

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

LARISSA DA ROCHA BARROS LIMA

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS E O ACESSO À INFORMAÇÃO:
cultura, downloads e cópia privada na internet**

MESTRADO EM DIREITO

**Maceió/AL
2010**

LARISSA DA ROCHA BARROS LIMA

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS E O ACESSO À INFORMAÇÃO:
cultura, downloads e cópia privada**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Querino Mallmann

**Maceió/AL
2010**

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

L732p

Lima, Larissa da Rocha Barros.

A proteção dos direitos autorais e o acesso à informação : cultura, downloads e cópia privada / Larissa da Rocha Barros Lima, 2010.
[229] f.

Orientador: Querino Mallmann.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2010.

Bibliografia: f. 168-179.

Anexos: f. 180-229.

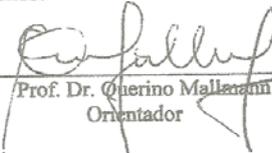
1. Direitos autorais. 2. Sociedade da informação. 3. Propriedade intelectual.
I. Título.

CDU: 347.78

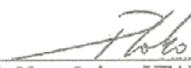
Nome: Larissa da Rocha Barros Lima

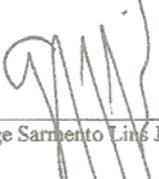
Título: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS E O ACESSO À INFORMAÇÃO:
cultura, downloads e cópia privada.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal
de Alagoas, na área de concentração em Direito Público.
Maceió, 2010.


Prof. Dr. Querino Mallatani
Orientador

Aprovada em: 06/07/2010


Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lobo - UFAL


Prof. Dr. George Sarmiento Lima Jr. - UFAL


Prof. Dra. Carla Eugênia Caldas Barros - UFS



Atribuição-Usu Não-Comercial-Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil

Você tem a liberdade de:



Compartilhar — copiar, distribuir e transmitir a obra.



Remixar — criar obras derivadas.

Sob as seguintes condições:



Atribuição — Você deve creditar a obra da forma especificada pelo autor ou licenciante (mas não de maneira que sugira que estes concedem qualquer aval a você ou ao seu uso da obra).



Uso não-comercial — Você não pode usar esta obra para fins comerciais.



Compartilhamento pela mesma licença — Se você alterar, transformar ou criar em cima desta obra, você poderá distribuir a obra resultante apenas sob a mesma licença, ou sob uma licença similar à presente.

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a sua concretização.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional e incentivo.

Ao Bernardo pelo companheirismo.

Ao meu irmão Júnior e à minha cunhada Ana, sempre compreensíveis das minhas ausências, quando de suas visitas.

AGRADECIMENTOS

À FAPEAL – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas, apoio sem o qual não seria possível a realização deste trabalho;

Aos professores da Faculdade de Direito de Alagoas pela contribuição na minha formação profissional;

Aos meus colegas de turma de mestrado, em especial: Sidney Rêgo, Fernando Falcão e Petrucio Casado, companheiros de grupo de pesquisa, seminários e debates sobre a temática veiculada neste trabalho;

Aos amigos, Ricardo Zagallo, Afrânio Novaes, Diego Carvalho, Vanessa Campuzano, Vivianny Galvão, Virgínia Da Hora, Mariana Falcão e Flávia Jordão, pelo apoio e companheirismo de sempre.

e ao Bernardo que me acompanhou durante toda esta jornada.

Gostaria de fazer um agradecimento especial a algumas pessoas que se colocaram à minha disposição: a professora Helenara Avancini que gentilmente cedeu-me sua tese de doutorado para o desenvolvimento dessa pesquisa; o professor Allan Rocha de Souza sempre atencioso em seus emails e que me permitiu acesso a alguns de seus textos; e o professor Manuel David Masseno que através da rede social *Facebook* e também durante o III SENEPI (Seminário Nordeste de Propriedade Intelectual) me passou informações interessantíssimas para o enriquecimento do conteúdo aqui disposto.

“Information, knowledge, and culture are central to human freedom and human development. How they are produced and exchanged in our society critically affects the way we see the state of the world as it is and might be; who decides these questions; and how we, as societies and polities, come to understand what can and ought to be done.”

Yochai Benkler

RESUMO

A Propriedade Intelectual foi colocada ao teste: como conseguir alcançar uma situação de equilíbrio entre os interesses sociais em conflito, quando a troca de informações na sociedade atual atinge o ápice da instantaneidade? Esse novo paradigma social que se revela para alguns sob a expressão “sociedade da informação” é o responsável pelas constantes desavenças que têm se observado nos últimos anos entre as instituições em defesa dos direitos autorais e os interesses da sociedade de acesso ao conhecimento e à cultura. Emerge desse conflito o problema da cópia privada executada em meio digital, por vezes referido como uma das formas existentes de pirataria. O uso privado se encontra delimitado à execução de apenas pequenos trechos no âmbito da lei 9.610/98 como uma espécie de limite ou de exceção à proteção autoral. Em contrapartida, a cópia privada integral é recorrente no dia a dia de diversos cidadãos. Questiona-se no presente trabalho se a delimitação imposta na lei à ação do uso privado responde às necessidades da sociedade de acesso ao conhecimento. Em conjunto a esse aspecto, procurou-se analisar de que forma o domínio público pode ser regulamentado com vistas à aquisição do equilíbrio pretendido. Diante de um modelo econômico em que a informação exerce papel de alto relevo, indaga-se se é possível alcançar uma harmonização ideal a ser facilitada pela letra da lei e pela interpretação constitucional de um instituto de direito privado que se contrapõe a prerrogativas fundamentais constitucionalmente previstas.

PALAVRAS-CHAVES: Propriedade Intelectual, Sociedade da Informação, Direitos Autorais, Cópia Privada, Direito à Informação, Direito à Cultura, Domínio Público.

ABSTRACT

The intellectual property was placed to the test: how we can achieve a balanced situation between the social interests in conflict, when the exchange of information in the current society reaches the apex of the immediate time? This new social paradigm that discloses itself for some under the expression “information society” is the responsible one for the constant disagreements that have been observed in the past few years among copyright defense groups and the interests of society of access to knowledge and the culture. The problem of the executed private copy in digital devices emerges of this conflict, for times related as one them existing forms of piracy. The private use is restricted to the execution of only small stretches, according to the 9.610/98 law, as a limit or exception to copyright protection. On the other hand, the integral private copy is recurrent in the daily lives of diverse citizens. It is questioned in the present work if the restriction imposed by the law to the action of the private use answers to the necessities of the society of access to the knowledge. Together, we tried to analyze in which way the public domain can be regulated with sights to the acquisition of the intended balance. Facing an economic model where the information plays such an important role, it is inquired if it is possible to reach an ideal harmonization to be facilitated by the letter of the law and the constitutional interpretation of a private law institute that is the counterpoint to the fundamental rights constitutionally foreseen as basic prerogatives.

KEY WORDS: Intellectual Property, Information Society, Copyright, Private Copy, Information’s Right, Culture’s right, Public Domain.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. - Artigo

Coord. – Coordenação

Ed. – Editora

Ltda. – Limitada

Org. – Organização

LISTA DE SIGLAS

- ADPIC/TRIPS - Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual / *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*
- ABDR – Associação Brasileira de Direitos Reprográficos
- APCM – Associação Antipirataria Cinema e Música
- APDIF - Associação Protetora de Direitos Intelectuais Fonográficos
- ARPA – Agência de Projetos de Pesquisa Avançada
- BIT – Acordos Bilaterais de Investimento
- CDADC – Código de direito de autor e direitos conexos
- CC – *Creative Commons*
- CD – *Compact Disk*
- CTEA - *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* / Lei de Extensão do Período do *copyright* Sonny Bonno
- CUB – Convenção da União de Berna
- DIRETIVA 2001/29/CE - Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.
- DJ – Disk Jockey
- DVD – *Digital Video Disk*
- ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
- FECOMÉRCIO-RJ – Federação Comércio do Estado do Rio de Janeiro
- FTA - Acordo de livre-comércio bilateral regional
- FTP - *file transfer protocol*
- GATT – *General agreement on tariffs and trade*
- IBDE – Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico
- IFPI – International Federation of Phonographic Industry / Federação Internacional da Indústria Fonográfica.
- LDA – Lei de Direitos Autorais
- MP3 – MPEG-1/2 Audio Layer 3
- MPAA – *Motion Picture Association of America*
- NTI – Novas Tecnologias da Informação
- OMC – Organização Mundial do Comércio

OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

P&D – Pesquisa e Desenvolvimento

p2p – *peer-to-peer*

PI – Propriedade Intelectual

PL – Projeto de Lei

RIIA – *Record Industry Association of America*

SGAE – *Sociedad General de Autores Y Editores*

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura

TCP/IP – *Transfer Control Protocol / Internet Protocol*

VJ – *Vídeo Jockey*

WIPO – *World Intellectual Property Organization*

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 01	122
Figura 02	122
Figura 03	122
Figura 04	122

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO I – O DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E O MODELO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	19
1.1 Aspectos gerais sobre o direito de Propriedade Intelectual	19
1.2 Propriedade intelectual e desenvolvimento	28
1.3 O paradigma da Sociedade da Informação	36
1.3.1 Internet, virtualidade e cibercultura	42
CAPÍTULO II – O SISTEMA DE PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS AUTORAIS	49
2.1 Conceito e nomenclatura	49
2.2 Evolução histórica e natureza jurídica dos direitos autorais	52
2.3 Objeto e conteúdo dos direitos autorais	59
2.4 O direito autoral nos tratados e convenções internacionais	67
2.5 O direito autoral no Ordenamento Jurídico brasileiro	73
CAPÍTULO III – O DESAFIO DA PROTEÇÃO AUTORAL NA ERA DIGITAL: a questão do uso privado de obras intelectuais	82
3.1 Os limites e as exceções aos direitos autorais no Ordenamento Jurídico Brasileiro.	83
3.2 As limitações aos direitos autorais no sistema de proteção do <i>copyright</i> : o <i>fair use</i> e o <i>fair dealing</i> .	88
3.3 O problema da cópia privada e o acesso a conteúdos intelectuais na rede mundial de computadores.	95
3.3.1 O compartilhamento em redes <i>peer to peer</i> (p2p) e a reação da indústria cultural	107
3.4 Em busca do equilíbrio: soluções alternativas propostas pela sociedade	117

CAPÍTULO IV - O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO E À CULTURA E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO AUTORAL	129
4.1 Constitucionalização do direito privado: a repersonalização dos direitos autorais e o princípio da função social da propriedade	129
4.2 A dificuldade em se legislar sobre direitos autorais em consonância com os direitos humanos fundamentais	137
4.3 O direito à cultura e o acesso às suas fontes	144
4.4 O direito à Informação e ao conhecimento humano: a importância do domínio público para a criação e o desenvolvimento das faculdades humanas	151
4.4.1 O domínio público	154
4.5 Repersonalização dos direitos autorais: há espaço para a liberação da cópia privada no ordenamento jurídico brasileiro?	158
4.5.1 Propostas e alternativas	160
CONCLUSÃO	164
REFERÊNCIAS	168
ANEXOS	180

INTRODUÇÃO

O direito da Propriedade Intelectual se destaca por tentar conciliar os interesses de dois grupos antagônicos, em meio à defesa de bens intangíveis, mas de alto valor econômico. A defesa dos direitos autorais assim como dos direitos de Propriedade industrial representam essa situação, uma vez que concedem privilégios de exploração de ordem econômica, ao passo que limitam esse usufruto a um tempo determinado, a fim de que a sociedade em geral possa também se beneficiar daquele invento ou de uma criação.

Num mundo em que as distâncias se abrandam, as relações de comércio se fixam em escala global e a velocidade da sociedade pós-moderna não para de crescer, o desenvolvimento de novas tecnologias se torna essencial para que o homem não se perca nesse universo. Para tanto, é preciso que o indivíduo se posicione no mundo apto a receber a carga excessiva de informações que estão disponíveis, e somente em momento posterior exerça a filtragem dos conteúdos que lhe interessam.

O acesso à informação, nos moldes em que o mundo hoje se encontra, é indispensável para que o homem possa se determinar como tal. A posse de conteúdos chega aos dias atuais como uma prerrogativa extremamente importante de poder domínio. Seja esse aplicado em prol da construção da concepção de mundo próprio do indivíduo, seja ele utilizado nas instâncias do poder, ainda que de forma abusiva. Dessa forma, a posse do conhecimento é, portanto, a chave para que o sujeito possa defender as suas liberdades.

Ao se transpor essa realidade para o campo de atuação da propriedade intelectual, especificamente, no tocante aos direitos autorais, perceber-se-á que o momento atual vive um conflito de proporções mundiais relativo à circulação de bens imateriais pela internet e ao paradoxo da proteção autoral.

Essa problemática transcende as barreiras da comunicação permitindo que um usuário localizado em qualquer ponto do mapa, desde que tenha acesso a um computador ligado à rede mundial de computadores, possa acessar os mais diversos conteúdos, sem se preocupar com a atuação repressiva do proprietário daquele trabalho.

A proteção dos direitos autorais tem encontrado na internet um grande desafio quanto à sua operacionalidade. Segundo pesquisa realizada em setembro de 2008 pelo Ibope/NetRatings, já existem mais de quarenta milhões de usuários ativos de internet no Brasil. O País, no período em que foi realizada a pesquisa, encontrava-se em primeiro lugar desse *ranking*, à frente de potências como o Japão e os Estados Unidos em se tratando de

tempo despendido à frente do computador, com uma média de vinte e três horas e quarenta e oito minutos por mês. Além disso, não se pode negar o crescimento da banda larga brasileira, cujo acesso à internet ocorre em alta velocidade, permitindo que os internautas possam executar transferências de arquivos com rapidez e sem dificuldades.

Outro aspecto importante encontrado nessas pesquisas diz respeito ao número de usuários que acessam a internet através de *lan houses*, cibercafés, entre outros locais públicos, de modo pago ou gratuito. São estes cerca de 6 milhões de pessoas dos quais 42% são da classe C e 22% das classes D e E.

Como se pode observar, o crescimento é vertiginoso, ainda mais se lembrarmos que somente em 1995 é que a internet começou a se apresentar disponível para o uso residencial. É certo que o computador ligado à rede mundial serve como ferramenta de pesquisa e acesso à informação, mas diante de um quadro de tantos usuários, não se pode negar a necessidade do estabelecimento de regras que devam ser respeitadas.

O direito de acesso à informação se encontra tutelado constitucionalmente como direito fundamental, e o desafio maior, em termos de mundo virtual, diz respeito aos limites que devem ser estabelecidos entre a liberdade de acesso à informação e proteção dos direitos autorais. Com a troca de arquivos pela internet de forma desmedida, o que se tem na verdade é o alastramento da pirataria de obras artísticas ante a inércia do poder público. Dessa forma, o uso privado e o uso comercial de obras intelectuais, duas ações diferenciadas, são confundidos ante a ideia de que toda e qualquer forma de exploração ou utilização de trabalhos autorais devem ser consideradas um ilícito e, portanto, devem ser combatidas.

Daí surgirem também questionamentos do tipo: será preciso que uma nova legislação seja produzida, ou não está na hora de se empreenderem modificações no texto atual das leis existentes? Talvez o ponto mais importante seja o de que é preciso que qualquer alteração seja discutida com todos os segmentos da população, tendo em vista que a rede está disponível para qualquer pessoa independentemente de profissão e de classe social.

Segundo dados veiculados amplamente pelas entidades em combate contra a pirataria em geral, o Brasil deixa de arrecadar todo ano cerca de 10 bilhões de reais, e a internet tem se mostrado como uma das fontes buscadas por aqueles que “pirateiam” obras intelectuais. É preciso que o poder público e a sociedade possam discutir as regras que julguem adequadas para a tutela das situações jurídicas surgidas pela rede mundial. É necessário que os mecanismos de controle e de proteção da propriedade intelectual sejam aperfeiçoados de forma constante. Ao mesmo tempo o rompimento de barreiras à circulação de dados digitais é uma realidade que, se utilizada adequadamente, poderá trazer benefícios à

difusão cultural, à divulgação da obra autoral e ao incentivo à criação. Por outro lado, o seu uso irregular é responsável pela violação dos direitos patrimoniais e morais do autor.

A legislação atual sobre direitos autorais tenta estabelecer o equilíbrio entre esses direitos estabelecendo restrições ao direito de propriedade do autor. Quanto a essas limitações, a Lei nº. 9.610/98, em obediência ao princípio da função social da propriedade, garante o acesso à informação em situações excepcionais. Ocorre que a lei mencionada, embora abrangente, foi editada num período em que o meio de comunicação da internet no Brasil ainda tinha o seu alcance limitado.

O presente trabalho tem se dedicado a identificar de que forma o equilíbrio entre a proteção do direito autoral e o acesso à informação na internet pode ser estabelecido, de modo que o judiciário possa ter em suas mãos uma produção legislativa devidamente atualizada com as questões que estão em pauta sobre o mundo virtual. Para tanto, avaliar-se-á a legislação em vigor e a doutrina específica sobre o tema, a fim de inquirir sobre a possibilidade de se alcançar um equilíbrio razoável entre os interesses da sociedade e os interesses particulares da indústria do entretenimento e dos autores.

No primeiro capítulo, serão colocados em análise os fundamentos do direito da propriedade intelectual, estudo esse necessário para que se possa compreender de que modo funcionam os direitos autorais. Posteriormente, será explicada a relação existente entre esse ramo do direito e o desenvolvimento econômico e social, passando em seguida para o posicionamento e inserção desta área do conhecimento no contexto atual da sociedade da informação.

No segundo capítulo, serão estudados os principais aspectos relativos ao instituto do direito autoral, traçando-se uma análise de elementos que vão desde a nomenclatura utilizada aos fatos históricos e à legislação em vigor tanto no plano internacional, por força dos tratados, como em âmbito nacional, mormente a Constituição e a Lei 9.610/98.

No terceiro capítulo, observar-se-á de que forma os limites e as exceções aos direitos autorais foram estabelecidos pela LDA, questionando-se se estes, por sua vez, refletem o princípio da função social da propriedade constante na Constituição de 1988. Será descrito também como tais limites e exceções foram colocados em prática nos domínios do sistema de proteção do *copyright*, verificando-se a sistemática de aplicação de doutrinas como a do uso justo e a do tratamento justo. Logo em seguida, será colocado em apreciação de que forma a ação da cópia privada tem se revelado como um problema para determinados segmentos da sociedade e de que maneira outros grupos sociais têm encontrado respostas a essa demanda,

uma vez que as leis produzidas nas últimas décadas denotam uma concepção de direito autoral tradicional que não se coaduna com o contexto da Sociedade da Informação

No quarto capítulo, já em vias de conclusão, será observado se a legislação sobre os direitos autorais está em consonância com os ditames da Constituição que visam à proteção do direito à cultura e do direito de acesso à informação, essenciais para formação pessoal do indivíduo, perquirindo-se sobre qual a relação existente entre os direitos humanos e o direito de propriedade intelectual. Com o auxílio da hermenêutica constitucional e do estudo da constitucionalização do direito privado, investigar-se-á sobre a possibilidade de adoção de uma cláusula geral de limitação aos direitos autorais, assim como de modificações na legislação que possam regulamentar o uso privado, a fim de que um verdadeiro equilíbrio entre os interesses em jogo possa ser visualizado. Dessa forma, pretende-se com o presente trabalho identificar de que modo o instituto do direito autoral pode ser regulamentado com vistas à concretização de seus fins sociais.

Ao final, serão articuladas as conclusões alcançadas mediante a sintetização das principais ideias desenvolvidas assim como uma possível solução jurídica para problema central da investigação

1 O DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E O MODELO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O direito de Propriedade Intelectual enfrenta hoje uma transformação sem precedentes, em virtude da evolução tecnológica. Como consequência, os debates sobre uma possível crise na defesa desses direitos tendem a levantar uma maior preocupação com o fortalecimento do sistema de proteção vigente. Num primeiro momento, o capítulo que por ora se expõe tem como propósito analisar os fundamentos do direito de Propriedade Intelectual, bem como sua relação com o desenvolvimento socioeconômico, visto que a informação e o conhecimento são elementos que demonstram alto potencial econômico. Depois, será estudada qual a relação que esse ramo do Direito possui com o paradigma emergente da Sociedade da Informação e o contexto da cibercultura, uma vez que os bens intelectuais produzidos se encontram amplamente inseridos no mundo virtual.

1.1 Aspectos gerais sobre o direito de propriedade intelectual

A Propriedade Intelectual corresponde ao ramo do direito responsável pelo estudo das criações do intelecto humano, abrangendo a tutela de direitos autorais, da propriedade industrial e de outras prerrogativas sobre bens imateriais de gênero diverso. Consiste na proteção de obras provenientes de diversos campos de conhecimento e da produção oriunda da atividade de raciocínio.

Segundo Pontes de Miranda:

Com os títulos “propriedade intelectual” e “propriedade industrial” tratamos do direito concernente à obra literária, artística e científica e do direito concernente às invenções patenteáveis, aos modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, variedades novas de plantas e animais, marcas de indústria e de comércio, proveitos dos nomes comerciais, títulos de estabelecimento, insígnias comerciais ou profissionais, expressões ou sinais de propaganda e recompensas industriais¹

Atualmente, contudo, o conceito veiculado pela Convenção da OMPI, conforme análise feita por Denis Borges Barbosa, estabelece o termo propriedade intelectual como

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial* - Tomo XVI - Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 8

centro referencial através do qual sobressaem os direitos autorais e a propriedade industrial, compreendendo:

[...] a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.²

A Propriedade Intelectual (PI), dessa forma, é estudada a partir da divisão retromencionada, de modo que cada um desses ramos do direito possui a sua normativa específica. O direito autoral abrange obras artísticas e literárias, sendo objeto de estudo mais aprofundado em capítulo específico deste trabalho. Já a propriedade industrial não se limita apenas aos direitos dos inventores, como as patentes, os modelos de utilidade e os desenhos industriais, mas também se estende às marcas e sinais distintivos da atividade econômica, como as de fábrica, de comércio, e de serviço, aos mecanismos de repressão à concorrência desleal e ainda às indicações geográficas de procedência e de denominação de origem.

Diferentemente do que ocorre no direito de propriedade tradicionalmente conhecido, o bem jurídico a ser protegido na esfera do conhecimento se refere a “fatos das dimensões sociais, da arte, da ciência e da economia”³, identificados como bens intangíveis, bens imateriais ou bens intelectuais.⁴ Conforme o ensinamento de Denis Borges Barbosa:

A raiz histórica e os fundamentos constitucionais da Propriedade Intelectual são muito menos naturais e muito mais complexos do que a da propriedade romanística; como se verá, disto resulta que – em todas suas modalidades – a propriedade intelectual é ainda mais funcional, ainda mais condicionada, ainda mais socialmente responsável, e seguramente muito menos plena do que qualquer outra forma de propriedade.⁵

É certo que a noção de propriedade, como relação jurídica complexa, atualmente veiculada pela Constituição abrange bens dessa natureza no âmbito de seu objeto, contudo essa inserção ainda enfrenta dificuldades. Como lembra Pontes de Miranda: “Tome-se, por

² BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2 ed. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/>> Acesso em 20 de abril de 2009.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial - tomo XVI - Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 7

⁴ Cláudio Barbosa prefere a terminologia “bens intelectuais” por razões de ordem prática. O autor explica que, embora grande parte adote o termo “bens imateriais”, este seria impróprio por abranger não apenas a atividade criativa, mas qualquer outra hipótese de bem que “não tem matéria” ou “corpo”. BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*: introdução à propriedade intelectual como informação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 15

⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2 ed. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/>> Acesso em 20 de abril de 2009

exemplo, a reivindicação de algo que não é corpóreo, ou a questão da exclusividade, que permite a usurpação do bem, sem desapossamento.”⁶ Ou ainda, no caso dos direitos autorais, o fato de que:

O bem imaterial pode ser incorporado multiplamente (A confere a B e a C interpretar a mesma peça, a D editá-la, a E filmá-la e radiodifundi-la) . Tudo isso pode ocorrer ainda se o dono do original é F (titular do direito de propriedade do manuscrito da peça).⁷

Daí porque há autores como Carlos Alberto Bittar que defendem a existência de novas categorias de direito privado a serem identificadas, dentre as quais se encontra a dos direitos intelectuais.⁸

Contudo, apesar das diferenças observadas entre bens tangíveis e intangíveis, ainda há diversos autores que defendem a necessidade de redução do pensamento original produzido em um suporte material, para que possa haver a proteção pela propriedade intelectual. Com esse entendimento, Robert M. Sherwood que adverte que os sonhos, as imaginações e as fantasias não são objetos de proteção intelectual, senão quando forem convertidos em bem tangível.⁹

Seguramente, configurados ou não em um suporte físico, não há dúvidas de que ao se proteger um bem de natureza imaterial, o direito concede ao criador uma exclusividade sobre a obra criada, de modo que esse possa explorá-la economicamente durante certo período de tempo. Esse direito temporário de exploração exclusiva tem como objetivo o de estimular o autor à produção de outros bens imateriais, assim como o de incentivar a inovação e a atividade inventiva do homem e com isso a própria sociedade possa usufruir do desenvolvimento cultural e tecnológico alcançado.

Note-se que o direito de propriedade intelectual serve de base para a tomada de decisões de cunho político e econômico que, de uma forma ou de outra, o torna passível de afetar grandes populações. Sendo considerado, portanto, um ramo do direito de alta relevância no âmbito internacional, estando consignado em diversos tratados e convenções firmadas por diversos países e apresentando-se como um campo de estudo que não pode ser dissociado das questões mundiais em evidência, por ocasião da globalização do comércio e da economia.

⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como uma relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 70

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial - tomo VII* - Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, P. 77

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2002, p. 1-2

⁹ SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Edusp, 1992, p. 23

O direito da propriedade intelectual foi desenvolvido nos últimos séculos em benefício das criações da mente humana, todavia desde a pré-história já era possível perceber a capacidade do homem em desenvolver técnicas e procedimentos com a finalidade de encontrar soluções para os problemas e desafios que lhe eram colocados à frente. Da mesma forma, este mesmo homem era hábil o suficiente para desenvolver mecanismos que o permitisse de alguma forma exercer a exteriorização do seu íntimo, da sua cultura e da sua história.

A preocupação com o fomento de um mínimo de proteção voltado para os frutos decorrentes do exercício da atividade intelectual humana somente se evidencia por volta do século XV, contudo alguns resquícios dessa inquietação pautados na noção de titularidade da obra já poderiam ser observados durante o período da Antiguidade, notadamente na Grécia e na Roma Antiga. Nesse momento, a preocupação do autor residia no reconhecimento da paternidade da obra em função do prestígio a ser alcançado, angustiando-se com eventuais hipóteses de plágio, mas desconsiderando as questões pertinentes à propriedade.¹⁰

Na Idade Média, momento histórico marcado pela constituição das bases em que se assentaria o renascimento comercial, a concessão de benefícios reais ao inventor ou criador foi predominante. Entretanto, somente no período que marca a transição para a Idade Moderna, em 1443, é que se consignou um dos primeiros pedidos de patente no mundo, relativo à permissão de constituição de um monopólio quanto à construção de moinhos movidos pela ação da água, no norte da Itália, em Veneza. Assim como, tem-se a invenção da imprensa de tipo móveis por Gutenberg, nos idos de 1440.

A primeira lei que tratou da concessão de privilégios reais relativos a inventos e descobertas foi, portanto, a Lei de Veneza de 1474. Daí por diante, a evolução do conhecimento científico e o desenvolvimento de tecnologias aplicadas desde as navegações às manufaturas marcam um momento histórico evidenciado por práticas monopolistas, cujos benefícios se mantinham nas mãos das classes dominantes.

É nesse período que surge a ideia de Propriedade Intelectual, explicando, Peter Burke e Asa Briggs que esta noção foi uma resposta não só à incidência de uma sociedade de consumo quanto à disseminação da nova tecnologia de impressão.¹¹

A evolução para um sistema de produção automatizado não demorou muito, visto que entre os séculos XVII e XVIII já se via o desenvolvimento de novos traços na sociedade

¹⁰ BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 23-24.

¹¹ BRIGGS, Asa. BURKE, Peter. *Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 64.

que se industrializava. A produção científica e tecnológica era intensa, e diversas legislações sobre patentes começava a surgir em países como Inglaterra (*Statutes of monopolies*, de 1623), Estados Unidos (*United States patent act*, de 1790), França (*Loi du 7 Janvier*, de 1791) entre outros. Da mesma forma ocorria com os direitos autorais, sendo publicado o Estatuto da Rainha Ana em 1710, na Inglaterra e o *Copyright Act of 1790*, nos Estados Unidos.

Ao final do século XIX, surgiram as Convenções Internacionais de Paris (1883) e de Berna (1886) estabelecendo sistemas de proteção que passariam a funcionar como padrão a ser seguido pelos signatários, quanto à propriedade industrial e aos direitos autorais, respectivamente. Nesse momento, a noção de privilégio se perde na história e os direitos exercidos sobre bens intelectuais passam a ser prestigiados segundo a natureza jurídica de direito de propriedade.¹²

A ideia de um direito de propriedade a ser exercido sobre bens científicos, culturais entre outros ainda predomina em diversos países, entretanto há teorias diversas que buscam fundamentações concernentes à natureza jurídica da propriedade intelectual. Esse é um tema que tratado com muito pouca uniformidade na doutrina. Com base na obra do espanhol Hermenegildo Boyles Corroza, Helenara Avancini, em sua tese de doutorado¹³, traça de forma bastante coerente uma síntese estrutural de como se agrupam algumas das correntes teóricas sobre o tema.

Escreve a autora que as teorias justificantes dos direitos abrangidos pela PI podem ser reunidas em duas correntes, uma monista, e uma dualista. As teorias monistas, de origem no direito alemão, entendem haver uma unicidade entre os aspectos morais e patrimoniais desses direitos, adquirindo destaque a teoria do direito da personalidade. Já no tocante às concepções duais, nas quais se sustenta a separação dessas duas características, dois subgrupos podem ser identificados: no primeiro, no qual se compreende a ideia de exercício de um poder jurídico sobre um bem, reside a teoria do direito à propriedade em diferentes acepções; no segundo, a partir do critério da estipulação de uma exclusividade, estão teorias como a do direito de clientela, do direito do trabalho, do monopólio legal, entre várias outras.¹⁴

¹² BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 30.

¹³ AVANCINI, Helenara. *O Direito Autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais : a limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do consumidor*. Tese de Doutorado. PUCRS, Porto Alegre, 2009.

¹⁴ AVANCINI, Helenara. *O Direito Autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais : a limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do consumidor*. Tese de Doutorado. PUCRS. Porto Alegre, 2009, p. 16.

Em recente estudo, as principais dessas teorias que justificam a Propriedade Intelectual foram revisitadas e resumidas em quatro concepções elementares pelo professor americano William Fisher¹⁵: a utilitarista, a teoria do trabalho, a teoria da personalidade e a do plano social.

A teoria utilitarista tem como base noções de economia para afirmar a necessidade de que o investimento feito pelos intermediários, assim como pelo criador e o tempo de dedicação e esforço empregados na atividade criativa devam ser recompensados, em virtude da diminuição do valor a que o bem intelectual se submete em virtude das eventuais cópias produzidas. Um dos propósitos dessa teoria supõe a maximização da justiça social que seria alcançada através de leis que incentivassem a retribuição pela ação inventiva e a disposição do consumidor em pagar pelos bens e serviços de sua escolha.

Como se pode ver, o bem-estar pretendido reside no interesse social de existência e manutenção de um sistema de produção criativa que sem o devido estímulo, através da recompensa, não permitiria o acesso do público a bens intelectuais, posto que o inventor/criador não se sentiria motivado a fornecê-los. Essa forma de se pensar bens intelectuais, no entanto, tem por atuar sob a filosofia de que os “fins justificam os meios”, de que é permitido que direitos individuais sejam violados¹⁶ em nome da finalidade de promoção da inovação.¹⁷

Outro questionamento que se pode efetuar é o de que existem formas de produção intelectual que não necessitam da motivação pecuniária vinda do consumidor, visto que o incentivo pode vir através do poder público¹⁸, como no caso de financiamentos de pesquisa em universidades. Além disso, ao tratar os bens criativos como mercadoria, a teoria utilitarista não promove o acesso em benefício da construção de um acervo de domínio público como prioridade.

A teoria do trabalho, por sua vez, influenciada pelas ideias de John Locke, tem como orientação a perspectiva do direito de propriedade como um direito natural. Para essa

¹⁵ FISHER, William. *Theories of Intellectual Property*. In: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, New York: Cambridge University Press, 2001, disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2010.

¹⁶ Amartya Sen, escrevendo sobre a concepção de justiça para o utilitarismo, destaca como uma de suas deficiências o fato de que sua abordagem não atribui importância a reivindicações de direitos e liberdades, tendo em vista que somente se confere importância a estas prerrogativas quando posicionadas a favor de uma utilidade. SEN, Amartya. *O desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000 p. 81

¹⁷ KINSELLA, N. Stephan. *Is intellectual property legitimate?* Disponível em: <<http://www.stephankinsella.com>> Acessado em 20 de Janeiro de 2010.

¹⁸ MOORE, Michael Owen. *Hettinger v. Paine: Justifying Intellectual Property Rights*. Disponível em: <http://courses.washington.edu/info300/Hettinger_paine.pdf> Acessado em 19 de janeiro de 2010.

doutrina, o indivíduo tem um direito natural aos frutos do labor¹⁹, e o Estado o dever de respeitá-lo e garanti-lo. As criações da mente humana, quando resultantes de esforço, dedicação e equiparadas a noção de trabalho devem então ser consideradas como uma propriedade, da mesma forma que os bens materiais.

Esse discernimento, contudo, provoca alguns problemas. Em primeiro lugar, não se pode tratar a propriedade de bens intangíveis da mesma forma que os bens tangíveis, porque a imaterialidade não presume a escassez.²⁰ Em se tratando de direitos autorais, essa noção teria aplicabilidade prática desfavorável visto que, nesse caso, tutela-se apenas forma de exteriorização das ideias, ao contrário do que ocorre na propriedade industrial na qual também se atenta para o conteúdo. Adotando-se a doutrina do trabalho, a verificação da originalidade tornar-se-ia algo extremamente complexo, levando-se em consideração que o trabalho produzido num determinado momento depende de conhecimentos criados externados anteriormente.²¹

Outra dificuldade na aplicação desta teoria reside na possibilidade de duas pessoas, separadamente, desenvolverem a mesma técnica ou invenção, pois a proteção do conhecimento desenvolvido por um não pode durar mais do que o tempo suficiente para que outros indivíduos possam criar a partir da mesma técnica ou de seus melhoramentos, independentemente.²² Além disso, a ideia de que o direito de propriedade intelectual consiste num direito natural não pode ser aceita, posto que tal prerrogativa é criada exclusivamente pela lei e conforme os interesses da sociedade num dado momento histórico.²³

A teoria da personalidade, segundo Fisher, parte da premissa de que os direitos de propriedade privada são essenciais à satisfação de algumas necessidades humanas e somente

¹⁹ “Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens. Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou (...).” LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 98. Também disponível na versão em inglês em: <<http://www.constitution.org/jl/2ndtreat.htm>>

²⁰ Quando um bem é escasso, a sua utilização por um indivíduo prejudica o seu uso por outrem, no caso de bens imateriais como não escassez qualquer pessoa pode utilizá-lo sem que haja privação do uso por outra. Essa diferenciação será mais bem explicitada em tópico a seguir.

²¹ HIMMA, Kenneth Einar. *The justification of intellectual property*: contemporary philosophical disputes. Journal of the American Society for Information Science and Technology, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=904264>> Acessado em 15 de Janeiro de 2010.

²² NOZICK, Robert. *Anarchy, state and utopia*. Oxford: Blackwell, 1974. APUD FISHER, William. *Theories of Intellectual Property*. In: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, New York: Cambridge University Press, 2001, disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>> Acessado em 20 de Dezembro de 2009.

²³ BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2 ed. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/>> Acesso em 20 de abril de 2009.

quando beneficiarem o indivíduo devem ser promovidos.²⁴ Nessa concepção observa-se o papel que a personalidade do autor exerce na produção de um trabalho intelectual, posto que a atividade criativa é a expressão e extensão dessa personalidade colocada na sua obra. Conforme esclarece Kenneth Himma, a personalidade se expressa por meio de um conjunto de elementos como o conhecimento, a experiência pessoal e a reputação.²⁵

Essa teoria que é fortemente influenciada pelo direito de base romano-germânica prevê uma série de direitos que são impenhoráveis e inalienáveis. Não há aqui justificativas a partir do investimento que fora feito ou a utilidade econômica e social que irá advir de sua criação, muito embora exista a previsão de prerrogativas patrimoniais. Assim a proteção à obra ocorre ainda que não haja interesse em recompensa pecuniária, uma vez que existem direitos morais a serem exercitados.

Essa teoria se submete a diversas críticas, dentre as quais Fisher²⁶ aponta para o problema de que o foco na personalidade independente que se quer proteger reflete um grau de abstração elevado e insuficiente para responder a diversas questões específicas colocadas na esfera da propriedade intelectual. A par disso, o autor também menciona que a adoção de tal doutrina reflete uma necessidade de se prover ao legislador com orientações suficientes sobre uma concepção de personalidade vinculada mais fortemente à cultura e a um tempo determinado, para que ele possa tratar do tema em debate.

Por fim, há a teoria do plano social que aduz que os direitos de propriedade intelectual podem e devem ser modelados com vistas a fomentar uma cultura justa e atraente.²⁷ Essa é uma linha de pensamento nova que busca, por exemplo, adequar a propriedade intelectual aos problemas colocados em pauta pela utilização da internet.

William Fisher ensina que uma cultura intelectual atraente deve reunir porções dos seguintes elementos: bem-estar do consumidor (através do equilíbrio entre o incentivo à criatividade e à disseminação de uso), fluxo constante de informações e ideias (com acesso a uma gama de informações e às mais variadas formas de lazer), tradição artística abundante e

²⁴ FISHER, William. *Theories of Intellectual Property*. In: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, New York: Cambridge University Press, 2001, disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2009.

²⁵ HIMMA, Kenneth Einar. *The justification of intellectual property: contemporary philosophical disputes*. *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=904264>

²⁶ FISHER, William. *Theories of Intellectual Property*. In: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, New York: Cambridge University Press, 2001, disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2009.

²⁷ FISHER, William. *Theories of Intellectual Property*. In: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, New York: Cambridge University Press, 2001, disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2010.

preservada, justiça distributiva (no sentido de que todos devem ter acesso a esses bens), democracia semiótica (em que todos devem ter a oportunidade de participar do processo cultural), sociabilidade (ainda em ambiente exclusivamente virtual) e respeito pela criação uns dos outros.²⁸

Ainda que se coloque como defensor dessa corrente, Fisher reconhece que ela também traz consigo algumas controvérsias. E afirma que apesar da Constituição Americana e a Suprema Corte dos Estados Unidos adotarem um posicionamento utilitarista, é possível se observar reflexo das quatro teorias no sistema de proteção daquele país.

No caso da atual Constituição Brasileira, os autores pátrios em geral concordam com aceção de uma natureza jurídica com base no direito de propriedade. Ideia essa que já havia sido veiculada anteriormente pelo antigo código civil de 1917, ao elencar, por exemplo, as criações literárias, científicas e artísticas como direitos de propriedade, nos artigos 649 e seguintes. Essa natureza proprietária, contudo, não se confunde com aquela de origem no direito romano, sendo considerada *sui generis* por abarcar não apenas caracteres patrimoniais, mas também personalíssimos.

A teoria do plano social, por outro, lado torna-se uma opção interessante a ser analisada, tendo em vista o contexto em que se insere a atual problemática do direito da propriedade intelectual. Levando em consideração elementos que vão desde a democratização do acesso à cultura, ao acolhimento da figura do consumidor, mas atravessando exigências de incentivo à criação, essa teoria apresenta uma série de reflexões sobre temas que estão inseridos na Constituição Brasileira sob a configuração de cláusulas pétreas.

Em se tratando de direitos autorais, Avancini se coloca em posição favorável à teoria do plano social afirmando que esta proposta figura como a mais coerente em relação aos compromissos constitucionais assumidos pelo Estado brasileiro.²⁹

²⁸ FISHER, William. *Theories of Intellectual Property*. In: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, New York: Cambridge University Press, 2001, disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2010.

²⁹ AVANCINI, Helenara. *O Direito Autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais* : a limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do consumidor. Tese de Doutorado. PUCRS, Porto Alegre, 2009. P. 18

1.2 Propriedade Intelectual e desenvolvimento

A propriedade intelectual conserva uma estreita ligação com o desenvolvimento econômico de um país. Ao estabelecer um sistema eficaz de proteção ao resultado da ação criativa, o Estado consegue garantir a estabilidade necessária para que a inovação estimule a geração de riquezas em uma nação.

Em primeiro lugar é preciso salientar que a produção de conhecimento deve ser observada de modo diverso do que a de bens materiais. A propriedade de bens imateriais se reduz a tutela de um conhecimento veiculado por meio de uma informação e que esta, por sua vez, sob o ponto de vista econômico, apresenta características de não rivalidade ou não competitividade e de não exclusividade.³⁰

Para ser considerado um bem não-rival ou não-competitivo, o objeto após ser consumido deve manter sua disponibilidade e características preservadas para que outrem possa usufruí-lo da mesma forma e maneira que o consumidor anterior.³¹ O bem em questão necessita apresentar-se disponível para que um ou mais indivíduos possam dele se servir sem que cada uma dessas utilizações exclua as demais, e todas possam eventualmente ocorrer de forma simultânea. Em outras palavras, o bem não pode ser passível de diminuição em sua substância após ser consumido, ao passo que o seu uso deve poder ser exercitado por vários indivíduos ainda que ao mesmo tempo.³²

A não exclusividade se caracteriza pela impossibilidade ou a dificuldade de exclusão de indivíduos na utilização de um bem que fora colocado à disposição de outros, ainda que eles não tenham participado dos custos de sua produção,³³ O aspecto não exclusivo está relacionado à capacidade de qualquer pessoa poder desfrutar dos benefícios proporcionados pelo seu uso. Em contraposição, quando um bem é designado como exclusivo, somente

³⁰ LÉVÊQUE, François. MÉNIÈRE, Yann. *The economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press, 2004, p. 4-5, disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=642622>>

³¹ LÉVÊQUE, François. MÉNIÈRE, Yann. *The economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press, 2004, p. 4-5, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=642622>

³² “O ar é o típico exemplo de bem passível de compartilhamento por todos, configurando-se como um bem **não-competitivo**: o fato de eu respirar não priva ninguém mais da possibilidade de fazer o mesmo, em igualdade de condições. (...) Por sua vez parques, praias, ruas e praças não são passíveis ‘naturalmente’ de compartilhamento por todos: se eu me aproprio do terreno de uma praça, aquele terreno passa a pertencer apenas a mim e a mais ninguém. Tratam-se de bens **competitivos**. Entretanto, apesar disso, são mantidos em regime de *commons*. (...) É a sociedade que escolhe manter determinados bens, ainda que competitivos como *res commune*.” LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. São Paulo: FGV Editora, 2005, p. 17-18.

³³ FISHER III, William W. *Promises to keep: technology, law and the future of the entertainment*. Stanford University Press: Stanford, 2004 p. 199. O capítulo de número 06 deste livro está disponível na sua íntegra no sítio <<http://www.tfisher.org>>.

poderá ser favorecido de suas vantagens aquelas pessoas que se dispuserem a pagar por ele.

Na teoria clássica da economia de mercado, essa distinção é necessária para que possam ser identificados os bens considerados como públicos ou privados.³⁴ Em geral, bens públicos são considerados como não-rivais e não-exclusivos, em oposição aos bens classificados como privados que são compreendidos como rivais e exclusivos.

A ideia de não rivalidade e não exclusividade permite que um bem com esses caracteres possa se multiplicar com rapidez. A consequência dessa difusão se corrobora na perda de valor agregado àquele bem que se encontra em excesso no mercado. Uma vez que não há escassez, não é possível que se gere renda a partir desse bem.

Ao lidar com esses conceitos, a teoria americana da falha do mercado (*market failure*) ratifica a existência da proteção de bens imateriais por meio do direito da propriedade intelectual, uma vez que o Estado é convocado para corrigir um desequilíbrio na economia.³⁵ A falha do mercado existe quando a produção de bens e serviços pelo mercado é ineficiente e, portanto, necessita de uma intervenção Estatal.

No caso da propriedade intelectual, a falha do mercado reside no fato de que os custos de produção do conhecimento são elevados, enquanto que sua propagação se dá a expensas irrisórias.³⁶ Desse modo, a chancela do direito se faz necessária por ser a informação um bem de natureza não rival e não exclusiva. Com isso pode ser ela consumida livremente, sem que se possa falar em valor econômico agregado, provocando um desestímulo à criação.

A utilização do direito da propriedade intelectual atua na informação convertendo-a temporariamente de bem público para bem privado, o que tem por resultar na alocação de

³⁴ Importante ressaltar que tal distinção não se equipara àquela que se encontra no âmbito de atuação do ordenamento jurídico. Nesse último caso, o referencial adotado quanto à classificação desses bens reside no fato destes pertencerem a pessoas jurídicas de direito público ou a particulares. Os bens públicos em sentido econômico podem ser identificados pela expressão inglesa “*commons*”, que designa bens não-rivais e não-exclusivos e que se sujeitam ao problema da escassez.

³⁵ Segundo Denis Borges Barbosa, a justificativa para a existência do direito da propriedade intelectual se encontra na impossibilidade de um correto funcionamento da livre concorrência. Conforme demonstra o autor, a dispersão do conhecimento produz uma série de desvantagens, dentre elas, o desestímulo à pesquisa em função da ausência de retorno econômico a um investimento. BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2 ed. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/>> Acesso em 20 de abril de 2009. Assim como não há mercado perfeito, também não é possível se falar em concorrência perfeita. Shumpeter explica que a concorrência perfeita seria o livre acesso de toda a indústria a uma nova atividade. A consequência desse desimpedimento, contudo, conduziria ao contrário à impossibilidade de qualquer acesso, de modo que não se poderia falar em progresso econômico num ambiente de concorrência perfeita. E conclui ao afirmar que esta é incompatível com o surgimento de qualquer inovação. SHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 134, Disponível em <<http://ordemlivre.org>> Acessado em 18 de janeiro de 2010.

³⁶ LINDBERG, Van. *Intellectual property and open source*. O’reilly 2008, p. 6.

recursos e investimentos³⁷ e na possibilidade de exploração econômica do conhecimento produzido. Assim, fica estabelecido um direito de exclusividade com relação àquele bem criativo que, por sua vez, passará a integrar o domínio público tão logo seja exaurido o prazo estabelecido para essa conversão.

Como se pode observar, o paradoxo da proteção intelectual consiste na tentativa de se estabelecer uma tutela equilibrada entre o incentivo à inovação e a difusão do conhecimento obtido nesse processo. Há assim uma dinâmica contínua em que são inseridos elementos que vão desde a imaginação, o conhecimento dela resultante, a inovação ou solução a partir dele produzida até a proteção ao bem intelectual como fórmula responsável pelo estímulo constante à consubstanciação de imaginação em inovação.

A inovação tem por se tornar o aspecto chave para estimular o desenvolvimento econômico. Somente através do incentivo e da tutela da inovação é possível se falar numa real dinâmica do sistema econômico de um país que possa vir a resultar em novas tecnologias e na sua inserção de modo competitivo na ordem econômica mundial. A possibilidade de se comercializar a informação obtida por meio de uma inovação é um importante fator de incremento da economia, independentemente dela se apresentar sob a forma de uma invenção a ser produzida comercialmente ou mesmo sob a configuração de uma obra autoral conectada à indústria cultural.

Por outro lado a divulgação da informação obtida num procedimento inovador também tem suas vantagens. Além de favorecer as prerrogativas de acesso à informação, à cultura e à educação, atua na concretização da funcionalização da propriedade a que se submetem os bens intelectuais, privilegiando o interesse da coletividade.

A salvaguarda da propriedade intelectual tende a se apresentar na prática como mecanismo imperfeito de proteção³⁸, uma vez que tenta solucionar os problemas da não rivalidade e da não exclusividade. Robert M. Sherwood explica que a imperfeição pode ser observada na constatação de que o registro de uma patente, muito embora conceda ao inventor um direito exclusivo e temporário de exploração, com a consequente exclusão de terceiros, não tem ele a aptidão de impedir que aquela tecnologia desenvolvida possa ser suplantada.³⁹

³⁷ LINDBERG, Van. *Intellectual property and open source*. O'reilly 2008, p. 12 e 14.

³⁸ SHERWOOD, Robert M.. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1992, p. 60 e LÉVÊQUE, François. MÉNIÈRE, Yann. *The economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press, 2004, p. 09.

³⁹ SHERWOOD, Robert M.. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1992, p. 60

Ensina o autor:

É dado ao inventor um direito de exclusividade temporária e ele, em troca, descreve a invenção em detalhes e clareza suficientes para que outros proficientes naquele ramo sejam capazes de aprender e praticar aquela invenção, embora impedidos de fazê-lo até que expire o prazo de validade da patente. A proteção é imperfeita para o inventor ou criador, no sentido que sua invenção ou expressão criativa pode ter se tornado obsoleta; mas isto não significa que o sistema seja imperfeito para o público, que se beneficia do estímulo para se continuar inventando. Uma patente não assegura de nenhum modo o sucesso comercial ou alguma vantagem no mercado. (...) A marca registrada para bens e serviços específicos não impede outros de oferecer produtos um produto ou serviço competitivo, usando outra marca de identificação. O *copyright* impede somente a cópia, e não trabalhos que podem ser um tanto parecidos, mas que tenham características suficientes para serem distinguidos.⁴⁰

A expansão dos direitos de propriedade intelectual cresce a olhos vistos e se reflete na edição de leis e atos normativos em defesa dos titulares da exclusividade.⁴¹ A demanda existente por uma compensação financeira ao investimento feito em inovação tem provocado um movimento em favor de uma tutela cada vez mais forte dos bens de natureza imaterial.⁴² Os direitos de propriedade intelectual têm alcançado nas últimas décadas uma significação importante no tocante à importação de bens e serviços⁴³, e isso tem sido utilizado como fundamento para o aumento das pressões em exigência por padrões elevados de proteção em países em desenvolvimento.⁴⁴

⁴⁰ SHERWOOD, Robert M.. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1992, p. 60

⁴¹ Tem-se percebido, nas últimas duas décadas diversos esforços no sentido de editar novas leis e modificar as já existentes em diversos países. No Brasil estão em vigor as Leis: 9.610/98 e 9.609/98, devendo ser destacado que, quanto a Lei de direitos autorais, já existe proposta de modificação em estudo liderado pelo MinC, cujo texto será apresentado à sociedade para debates. Além disso, conforme dados obtidos nos sítios eletrônicos do Senado e da Câmara de deputados, 09 projetos de Lei sobre direitos autorais dos que se encontram em trâmite foram iniciados desde 2002. Na Europa a Diretiva 2001/29/CE sobre a harmonização de aspectos dos direitos autorais e direitos conexos da sociedade da informação foi responsável por alterações no sistema de proteção de diversos países membros da União Europeia. Notadamente na França as leis: LOPSI (Loi d'Orientation et de Programmation pour La Sécurité Interieure) de 2003 e revisada em 2009, DADVSI (Loi sur Le Droit d'Auteur ET Le Droit de Voisins dans La Société de l'Information) de 2005 e a HADOPI (Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet) de 2009.

⁴² “Um dos discursos hegemônicos típicos atuais prega que são fundamentais – à dinâmica do sistema econômico global – rigorosos dispositivos de garantia à PI mediante a proteção de patentes e marcas, pois, em caso contrário, o desestímulo à inovação prejudicaria o sistema como um todo.” DUPAS, Gilberto. *Propriedade intelectual: tensões entre a lógica do capital e os interesses sociais*. In: VILLARES, Fábio. (Org.) *Propriedade intelectual: tensões entre a lógica do capital e os interesses sociais*. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 17.

⁴³ Estudo sobre a relação entre a propriedade intelectual e o desenvolvimento econômico demonstra que em países desenvolvidos o crescimento das importações de produtos de alta tecnologia aumentou de 12% para 24% entre os anos de 1980 e 1994. Na categoria “outros serviços”, em que se incluem por exemplo os de computação e informática, e produção cinematográfica, a aquisição de *royalties* e de compensação por meio de taxas de licenciamento, também foi significativa. BRAGA, Carlos Alberto Primo. FINK, Carsten. SEPULVEDA, Carla Paz. *Intellectual Property rights and economic development*. Washington D.C.: The World Bank, 2000, p. 16, 18.

⁴⁴ BRAGA, Carlos Alberto Primo. FINK, Carsten. SEPULVEDA, Carla Paz. *Intellectual Property rights and economic development*. Washington D.C.: The World Bank, 2000, p. 23.

Para Luiz Otávio Pimentel e Welber Barral⁴⁵, um sistema forte de proteção da propriedade intelectual certamente tem como característica a habilidade de fomentar tecnologias, contudo, para que o crescimento econômico derivado desse processo possa se consolidar, é indispensável que existam mecanismos que permitam a sua transferência.

James Boyle⁴⁶, por sua vez, argumenta que esse incremento de proteção resulta no aumento de custos de produção e na redução do acesso à matéria prima utilizada, de modo que mais direitos de propriedade, ainda que supostamente devessem oferecer mais incentivos, em contraposição, não conduzem necessariamente a acréscimos e melhoramentos das criações em geral.⁴⁷

Em sentido semelhante assevera Maristela Basso: “Não há nenhuma evidência de que a adoção de padrões rígidos de proteção dos direitos de propriedade intelectual tem efeitos mensuráveis na inovação doméstica dos países em desenvolvimento.”⁴⁸

Como se pode observar, a situação que se verifica no caso de países em desenvolvimento é bastante delicada pois, além dos investimentos necessários ao fortalecimento de sua estrutura interna, há dificuldades que também precisam ser superadas no tocante ao alcance da cooperação nas relações comerciais exercidas no plano internacional.

A existência de negociações bilaterais se apresenta como um desses obstáculos. Os acordos de livre-comércio bilaterais regionais (FTA's) e bilaterais de investimento (BIT's) expõem uma espécie de novo bilateralismo⁴⁹ coercitivo, que tem como consequência o enfraquecimento das limitações impostas pelo ADIPIC/TRIPS (Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual / *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.*), notadamente

⁴⁵ PIMENTEL, Luiz Otávio. BARRAL, Welber. *Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento*. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. BARRAL, Welber. (Org) Propriedade intelectual e desenvolvimento. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2007.

⁴⁶ BOYLE, James. *The public domain: enclosing the commons of the mind*. New Haven and London: Yale University Press, 2008. p. 48-49.

⁴⁷ Essa barreira à inovação supostamente colocada pela proteção excessiva da propriedade intelectual é chamada de “*tragedy of the anticommons*”, expressão que segundo Leveque e Meniere designa a situação em que diversos indivíduos possuem direitos de exclusão e ao exercitá-los restringem o acesso e a utilização de bens que são comuns a todos, causando desperdício. LÉVÊQUE, François. MÉNIÈRE, Yann. *The economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press, 2004, p. 17. Ao inverso, a tragédia dos “*commons*” ocorre quando muitos indivíduos são privilegiados com a utilização de um bem escasso, mas esse uso é feito de modo excessivo, induzido ao esgotamento daquele. HELLER, Michael. *The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets*. Harvard Law Review n. 111, 1997. A expressão tragédia dos “*commons*” também pode ser traduzida como “tragédia dos bens públicos”, levando-se em consideração a classificação de bens anteriormente comentada.

⁴⁸ BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual na era pós-OMC: especial referência aos países latino-americanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 97.

⁴⁹ Expressão utilizada pela prof^a Maristela Basso para explicitar o reaparecimento de uma situação semelhante e anteriormente verificada em que os países em desenvolvimento tiveram dificuldades em regulamentar o direito de propriedade intelectual conforme suas necessidades internas, em virtude da ampliação dos padrões normativos de proteção dos países desenvolvidos. BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual na era pós-OMC: especial referência aos países latino-americanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18-19.

das flexibilizações. Isso tem feito com que diversos países em desenvolvimento busquem amparo nos mecanismos de licenciamento compulsório, visto que são forçados a abrir mão de seus direitos para se inserirem no mercado de investimentos.

O futuro da propriedade intelectual em países pobres depende em larga escala da estratégia política por eles utilizadas no âmbito das reuniões periódicas que ocorrem nas organizações internacionais. Um novo modelo internacional de proteção da propriedade intelectual deve inevitavelmente tentar favorecer o ressurgimento de um ambiente cooperativo que possa contribuir para a diminuição das desigualdades em países vulneráveis.

Internamente, no entanto, há alguns expedientes que podem ser executados com vistas a conferir maior eficácia do sistema de proteção da propriedade intelectual. No caso brasileiro, a consolidação desse sistema é algo essencial a fim de que o país possa ocupar posição de maior relevo no âmbito do comercial mundial. O baixo índice de pedidos de registro para patentes brasileiras no âmbito internacional não é, na opinião de Pimentel, uma consequência do fato do país ser uma nação em desenvolvimento, mas sim da desvalorização que se confere à Propriedade Intelectual e do seu desconhecimento pelos pesquisadores, centros de pesquisas, empresas e formuladores de políticas públicas no segmento da ciência e tecnologia.⁵⁰

A necessidade de que se promova o incentivo à pesquisa e desenvolvimento (P&D) tanto na esfera das empresas nacionais⁵¹ como, e em especial, no âmbito das universidades públicas é elemento de consenso entre os autores nacionais. Sobretudo porque a relação entre a produção de tecnologia e o desenvolvimento é algo inevitável e que se reflete diretamente no campo das relações políticas e econômicas de um país.

Dentre as propostas de Luiz Otavio Pimentel e Welber Barral estão: a) a valorização do conhecimento gerado em centros de pesquisa e universidades e de seus respectivos pesquisadores com a participação destes nos resultados econômicos; b) a conscientização da comunidade científica do papel da propriedade intelectual e formação de uma cultura de P&D para solução de problemas; c) a divulgação do conhecimento através de banco de dados, com

⁵⁰ PIMENTEL, Luiz Otávio. *O desenvolvimento Nacional e a Tecnologia – Perspectivas para a Inovação, Propriedade Intelectual e Transferência de Resultados no Brasil*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. WACHOWICZ, Marcos. (coord.) *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem ao PE*. Bruno Jorgem Hammes. Curitiba: Juruá, 2008, p. 185.

⁵¹ Conforme destaca Carol Proner, o investimento voltado às empresas multinacionais não traz benefícios práticos no tocante à transferência de tecnologias, uma vez que na produção deste desenvolvimento dificilmente há a participação de pesquisadores nacionais e, principalmente, porque ocorre em meio ao sigilo de todas as suas etapas. Assim, conclui a autora, dificilmente será possível falar em autonomia tecnológica nacional ante incentivos ao desenvolvimento no âmbito de multinacionais. PRONER, Carol. *Propriedade Intelectual: Para uma outra ordem jurídica possível*. São Paulo: Cortez Editora, 2007, p. 69.

a inserção da busca obrigatória como etapa prévia para pedidos de financiamento público; d) o controle da divulgação de conhecimentos e informações tecnológicas até que as medidas de proteção adequadas estejam concluídas; e) uma maior cooperação e acordo nas relações com instituições públicas e privadas.⁵²

Nesse sentido, não há dúvidas de que os países que se afastam da promoção do desenvolvimento tecnológico estão fadados à dependência econômica e, conseqüentemente, à colocação de seu povo em uma situação de exclusão social.

É em atendimento a esse espírito, que Maristela Basso assevera:

É preciso que se encontre um novo modelo de proteção dos direitos de propriedade intelectual por meio do qual se possa recompensar e proteger os conhecimentos tradicionais locais do hemisfério sul e que se possa diminuir as vulnerabilidades dos países em desenvolvimento e em menor desenvolvimento relativo e de certas regiões. Enquanto se buscam por alternativas, é fundamental que se priorize a redução da pobreza, o acesso à saúde e a promoção da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, é preciso abandonar a tarefa de elaboração de regras de comércio internacional que não são justas para os países pobres e que não levam em conta as assimetrias existentes entre as economias⁵³

Ainda sobre os países em desenvolvimento, além do crescimento econômico, é preciso que se destaque o papel importante que o sistema de proteção da propriedade intelectual assume ante o progresso de uma sociedade. Nesse sentido resta acentuada a concepção de que a tutela de bens intelectuais não se limita apenas a promover e a incentivar as relações econômicas de uma nação, mas também a de que resguarda um vínculo de intensidade semelhante com o desenvolvimento social.

Em atenção a esse pensamento, é preciso que se destaque que a acepção de desenvolvimento adotada neste trabalho corresponde àquela veiculada na obra de Amartya Kumar Sen, de que o incremento nas relações econômicas de uma nação só pode ser alcançado mediante a expansão das garantias de liberdade do homem.⁵⁴

Para esse autor, a liberdade exerce um papel constitutivo e outro instrumental, sendo considerada ao mesmo tempo um fim primordial e um meio do desenvolvimento.⁵⁵ No que se refere ao papel constitutivo, a expansão da liberdade se relaciona com a liberdade substantiva de enriquecimento da vida humana, de modo que o indivíduo deve ser capaz de superar eventuais privações, como a subnutrição, assim como de exercitar as liberdades de expressão,

⁵² PIMENTEL, Luiz Otávio. BARRAL, Welber. *Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento*. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. BARRAL, Welber. (Org) *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

⁵³ BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual na era pós-OMC: especial referência aos países latino-americanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, Pag 112

⁵⁴ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17.

⁵⁵ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 52

de participação política, entre outras.⁵⁶ Já no tocante ao papel instrumental, o autor destaca que cinco tipos de liberdades distintas, mas interrelacionadas, devem ser levadas em consideração em virtude da contribuição que ocasionam para o êxito da capacidade geral de um indivíduo viver livremente: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparências e segurança protetora.⁵⁷

Essas cinco liberdades observadas por Amartya Sen geram uma dinâmica cíclica que demonstra a existência de um vínculo necessário entre os aspectos econômicos e sociais. Esse autor ensina:

Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais.⁵⁸

Amartya Sen compreende que para haver desenvolvimento, é preciso que se removam as principais fontes de privação de liberdade, como a pobreza, a tirania, a carência de oportunidades econômicas, a destituição social sistemática, a negligência de serviços públicos e a intolerância ou excessiva interferência de Estados repressivos.⁵⁹ E completa mencionando que os indivíduos são capazes de traçar seus próprios destinos, bem como ajudar uns aos outros, desde que lhes sejam proporcionadas oportunidades sociais adequadas.⁶⁰

Desse modo, voltando-se o presente trabalho para a análise de um direito que lida diretamente com a questão da propriedade de um conhecimento, é preciso que se atente para o fato de que a ocorrência de um excesso na sua tutela acarreta em desrespeito ao direito de acesso a essa mesma informação. Quando a lei estabelece uma exclusividade mediante prazo desarrazoável, a liberação da ideia contida naquela inovação, após o decurso desse período, resta por se configurar como inutilizada, tendo em vista que a sociedade não mais irá usufruir dos eventuais benefícios sociais resultantes da utilização daquele conhecimento, dificultando a realização de liberdades do indivíduo.

Daí ter-se como relevante a necessidade de um verdadeiro equilíbrio na proteção de um bem intelectual, uma vez, que somente dessa forma, poder-se-á observar a ocorrência de um desenvolvimento em sentido não apenas econômico, mas também social.

⁵⁶ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 52

⁵⁷ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000 p. 54

⁵⁸ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000 p. 25-26

⁵⁹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000 p. 18

⁶⁰ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000 p. 26

1.3 O paradigma da Sociedade da Informação

A evolução e o desenvolvimento da propriedade intelectual perpassam momentos de grandes mudanças sócio-estruturais da humanidade, especialmente no tocante aos dois últimos séculos. A junção entre modernidade e capitalismo, a crise do Estado-providência e a emergência de um novo paradigma identificado como a era da informação inserido num contexto neoliberal e de economia globalizada, influenciaram o trajeto percorrido pela construção de um sistema de proteção aos bens intelectuais. Esses elementos fizeram emergir uma série de desafios a serem suplantados no processo de expansão e transformação do direito da propriedade intelectual.

A era moderna é identificada como o período que se estende desde o iluminismo até o final da segunda guerra mundial, caracterizado pela expansão do sistema econômico do capitalismo.⁶¹ Sua base se assenta na ideia de propriedade privada, na noção de progresso, no industrialismo, nas trocas comerciais e na racionalidade científica. Um de seus aspectos relevantes diz respeito à separação entre tempo e espaço. Antes da invenção do relógio mecânico, prevalecia no mundo pré-moderno a coincidência entre esses elementos, de modo que o cálculo da vida cotidiana era impreciso e variável.⁶² A marca da modernidade residente nesse isolamento tem por provocar um movimento de aceleração e dinamismo nas relações sociais que faz do fator presencial e da interação face a face, circunstâncias insignificantes.

A ideia de pós-modernidade possui representatividade na expectativa de substituição da máquina pela informação e na desmaterialização do mundo social.⁶³ O universo pós-moderno é identificado pela existência de mercados em que capital e mercadorias circulam livremente e pela globalização como um processo irreversível.⁶⁴

⁶¹ Boaventura de Souza Santos entende que modernidade e capitalismo são dois processos diferentes e autônomos, encontrando-se a primeira entre o século XVI e o final do século XVIII, quando dominante o capitalismo industrial no ocidente. Daí em diante, segundo o autor, ocorre uma junção entre esses dois processos que podem ser identificados em três períodos: um caracterizado pelo capitalismo liberal até o século XIX, outro pelo capitalismo organizado até os anos 60 e por fim o do capitalismo desorganizado que se estende até a atualidade. SOUSA SANTOS, Boaventura. *Pelas mãos de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. 11 ed. São Paulo: Cortez, 2006, *passim*.

⁶² GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 2001, p. 21.

⁶³ DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*. São Paulo: Unesp, 2001, p. 16.

⁶⁴ BECK, Ulrich. *O que é globalização? equívocos do globalismo : respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 30.

Em sua versão de modernidade “liquefeita”, Zigmunt Bauman prefere a ideia de transição entre uma modernidade pesada ou da era do hardware⁶⁵, para uma modernidade leve ou da era do software⁶⁶. A primeira se relaciona à conquista do espaço territorial como objetivo máximo, estando a riqueza e o poder inseridos na própria terra, e o tempo aprisionado na rotina do trabalho. Já a segunda, caracterizada pela instantaneidade e desvalorização do espaço, diz respeito a um momento de incerteza e descorporificação, em virtude da mobilidade das relações humanas e do capital extraterritorial e volátil.⁶⁷

Conforme esclarece esse autor:

O que leva tanto a falar [...] da pós-modernidade, da “segunda modernidade” e da “sobremodernidade”, ou a articular a intuição de uma mudança radical no arranjo do convívio humano e nas condições sociais sob as quais a política-vida é hoje levada, é o fato de que o longo esforço para acelerar a velocidade do movimento chegou a seu “limite natural”. O poder pode se mover com a velocidade do sinal eletrônico – e assim o tempo requerido para o movimento de seus ingredientes essenciais se reduziu à instantaneidade.⁶⁸ [grifo nosso]

Jeremy Rifkin, por sua vez, destaca que a nova sociedade se qualifica pela intensidade da experiência em oposição à realidade estável e cognoscível, e pode ser identificada como a “era do acesso”:

Num sistema baseado no trabalho, prevalece o paradigma operacional da produção e a propriedade fruto do esforço humano. Num universo governado pelo jogo, o que domina é o princípio da representação, e o acesso por via do mercado às experiências culturais passa a ser o objetivo último da atividade humana. Produzir objetos, trocar e acumular propriedades passam a ser atividades secundárias na era do acesso, onde o que importa acima de tudo é produzir cenários, tecer narrativas e viver fantasias.⁶⁹

Nesse sentido, observe-se que a evolução científica no âmbito da tecnologia da informação e das telecomunicações permitiu que o homem fosse capaz de ultrapassar as fronteiras geográficas e alcançasse a interconexão comunicativa em escala global. O aumento do fluxo de informação em processamento é fruto do desenvolvimento de uma jornada que teve início já no século XX quando a possibilidade de organização da sociedade em rede se tornou algo possível de ser concretizado.

A pós-modernidade, nesses termos, identificada, representa o que os historiadores designam por período pós-industrial, em que o século XX se apresenta marcado por severas

⁶⁵ *Hardware* é a parte física do computador, ou seja, o conjunto de componentes eletrônicos que quando conectados permitem o funcionamento da máquina.

⁶⁶ *Software* é o conjunto de comandos e de dados relacionados responsável por transmitir ao computador as instruções do que deve ser executado pela máquina. Esse termo surge em contraposição à palavra *hardware*, com a finalidade de fazer alusão àquilo que é intangível.

⁶⁷ BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 132-143.

⁶⁸ BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 17-18

⁶⁹ RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: a revolução da nova economia*. Lisboa: Editorial Presença, 2001, p. 235

transformações sociais decorrentes de mudanças observadas com maior ênfase em duas áreas do conhecimento humano: a economia e a tecnologia. Se antes, nos tempos da revolução industrial e da modernidade havia uma preocupação maior com o modo de produção e a propriedade privada, hoje, em consequência do novo paradigma que nasce da revolução tecnológica, é possível se observar o desenvolvimento de uma nova forma de condução da economia global e de redefinição das relações jurídico-sociais.

O cenário dessa jornada que coincide com a pós-modernidade tem como elemento principal a informação. O aumento do fluxo de dados informacionais e a circulação do conhecimento acabam por alterar a dinâmica predominante da era industrial, cujo foco residia no acúmulo de bens materiais. A nova economia passa a se caracterizar pela desmaterialização de sua composição⁷⁰ como consequência da reestruturação do modelo capitalista keynesiano a que se estava habituado. Ao final dos anos sessenta esse movimento, por sua vez, intensifica-se em função da rapidez com a qual a tecnologia da informação se difunde pelo globo, e desta forma é possível se falar verdadeiramente numa ordem econômica caracterizada pelo capitalismo informacional.⁷¹

O ponto de partida de tantas modificações se encontra na idealização de uma sociedade organizada em rede. Concretamente, no entanto, ainda que diversos engenhos mecânicos tenham sido concebidos por entre os séculos, somente com o advento da eletromecânica se percebe um primeiro passo em direção a essa nova era. Nesse sentido, a projeção de uma aldeia global começa a adquirir formas reais gradativamente ainda na terceira etapa do fenômeno da globalização compreendida entre o século XIX do industrialismo e o século XX, antes do início da segunda guerra mundial.

O incremento das novas tecnologias da informação (NTI) inspirado pela evolução inter-relacionada da microeletrônica, da informática e das telecomunicações coincide com a quarta etapa da globalização.⁷² Estabelecendo um comparativo com as revoluções do passado, esse novo lapso temporal corresponde ao que se convencionou chamar de terceira revolução industrial, ou terceira revolução tecnológica, caracterizada não só pela substituição da mão-de-obra por um maquinário altamente sofisticado, mas também pela engenharia genética e pela formação de grandes blocos econômicos.

Em se tratando do primeiro elemento enriquecedor desse processo, a microeletrônica, dois momentos são considerados como principais: a criação e difusão do

⁷⁰ RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: a revolução da nova economia*. Lisboa: Editorial Presença, 2001, p. 47.

⁷¹ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Vol I. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 55.

⁷² CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 76.

transistor a partir de 1947, que permitiu a comunicação entre máquinas através de dispositivos semicondutores ou *chips*, e a invenção dos circuitos integrados em 1957.⁷³ A combinação dessas inovações permitiu que posteriormente, em 1971, fossem criados os microprocessadores, cuja capacidade de integração, armazenamento e velocidade tem aumentado paralelamente à diminuição de seu aspecto físico, permitindo que diversas aparelhagens se encontrem disponíveis a toda a população nos dias atuais.

No tocante à informática, o primeiro computador comercializável, o UNIVAC I, já existia em meados do ano de 1951, mas seu sistema e *interface* ainda eram primitivos. A união dessa área de conhecimento com os avanços da microeletrônica permitiu a fabricação de microcomputadores que logo após evoluíram para a versão do computador pessoal e a criação de autênticos supercomputadores.

Já no que se refere às telecomunicações, a revolução informacional se destaca pela invenção dos roteadores, necessários à efetuação da troca de pacotes digitais entre computadores, e pelo progresso da tecnologia de transmissão, que por sua vez segue desde a fibra ótica, à comunicação via satélite, à constituição da telefonia móvel entre outros avanços.

Na esteira desses acontecimentos, a tecnologia da informação caminha rumo a um ideal de convergência integral que somente é possível quando a sociedade incorpora o desenvolvimento tecnológico disponível e o mantém em movimento. A negação a esse procedimento de absorção pode parecer incompreensível aos olhos de indivíduos que se encontram em meio à conjuntura apresentada. No entanto, é preciso que se ressalte que o paradigma da informação em livre movimento resultante da globalização tecnológica, somado à crise da democracia representa um obstáculo à manutenção da soberania dos Estados.⁷⁴

Sob esse viés impende asseverar que a informação se tornou medida de poder e ideal de convergência esboçando uma ameaça às instâncias de controle do Estado. Na prática, é possível observar que a ineficiência estatal em prover a sociedade tem gerado uma apatia social generalizada.⁷⁵ A circulação da informação e a integração dos sistemas informáticos

⁷³ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 76-77.

⁷⁴ “Talvez a característica mais impressionante do fim do século XX seja a tensão entre o processo de globalização cada vez mais acelerado e a incapacidade conjunta das instituições públicas e do comportamento coletivo dos seres humanos de se acomodarem a ele. É curioso observar que o comportamento humano privado teve menos dificuldade de se adaptar ao mundo da televisão via satélite, a correio eletrônico, (...)”. HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 24.

⁷⁵ “A tentativa de o Estado reafirmar seu poder na arena global pelo desenvolvimento de instituições supranacionais acaba comprometendo ainda mais sua soberania. E os esforços do Estado para restaurar sua legitimidade por meio da descentralização do poder administrativo, delegando-o às esferas regionais e locais, estimulam as tendências centrífugas ao trazer cidadãos para a órbita do governo, aumentando, porém, a

nessa acepção são capazes de efetuar uma transformação na consciência do indivíduo que se queda indiferente. Dessa forma, o exercício do direito à informação em consonância com todas as suas dimensões⁷⁶ pelo cidadão conectado à rede mundial⁷⁷, especialmente quando inserido na dinâmica dos movimentos sociais⁷⁸, tem se mostrado como prejudicial ao interesse de conservação do poder de quem o detém.

Veja-se que, dentre os desafios enfrentados pelo Estado-Nação, conforme a enumeração de Manuel Castells, está a autonomia e a diversidade das mídias em geral.⁷⁹ O autor destaca que o domínio da tecnologia da informação pode ser colocado a serviço da vigilância, do controle e da repressão estatal, ao mesmo tempo em que serve ao cidadão como meio de aprimoramento desta atuação.⁸⁰ Desta feita, o Poder resta inserido no âmbito de um espaço democrático que não mais se limita às instituições tradicionais.

É possível, portanto, que a sociedade sufoque o seu próprio desenvolvimento através da atuação estatal.⁸¹ O medo dos governantes ante o impacto potencialmente destrutivo das novas tecnologias da informação sobre a estabilidade social e a mudança de valores perpetrada podem se manifestar sob a forma de um conservadorismo tecnológico⁸² capaz de frear o potencial de desenvolvimento daquele grupo social. Para Manuel Castells, contudo, a passagem pela era da informação não representa mais um subsídio à crise da soberania

indiferença deste em relação ao Estado-Nação.” CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 287.

⁷⁶ Direito de informar, direito de ser informado e direito de se informar.

⁷⁷ Não há mais que se duvidar da capacidade de integração da internet em benefício da organização social participativa. A internet foi utilizada como peça chave da candidatura de 2008 do candidato que se elegeu presidente dos Estados Unidos. No Brasil, a rede tem sido o elemento propulsor de manifestações civis em contraposição à política executada, por exemplo, no Congresso Nacional, entre outras. Um exemplo marcante desse ativismo social que envolveu o ciberespaço e o espaço real se deu em contraposição ao projeto de Lei nº 89/2003 também conhecido como “Lei Azeredo”. Dentre os pontos polêmicos estava a obrigatoriedade de manutenção pelos servidores de internet dos *Logs* de atividade dos internautas, o que foi considerado por muitos como invasão de privacidade. Outro exemplo de manifestação iniciada na rede e que não se limitou à esfera do virtual foi o movimento “fora Sarney” bastante difundido pela comunidade social *on-line* designada de *Twitter*. Além de contar com diversos internautas engajados, o movimento foi responsável pela organização de diversas manifestações realizadas nas principais capitais brasileiras no segundo semestre de 2009. A Internet assim tem sido utilizada como forma de expandir o debate entre a classe política e a sociedade. Mais um exemplo a ser citado se refere a discussão sobre a elaboração do marco civil da internet.

⁷⁸ “O segundo traço que caracteriza os movimentos sociais em rede é que eles têm de preencher um vazio deixado pela crise das organizações verticalmente integradas, herdadas da era industrial. (...) Como o poder funciona cada vez mais em redes globais (...) os movimentos se defrontam com a necessidade de obter o mesmo alcance global dos poderes vigentes, exercendo seu próprio impacto sobre a mídia (...). Ao fazê-lo, eles transformam, por sua vez, a internet: de ferramenta organizacional para as empresas ela se converte também numa alavanca de transformação social.” CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p.116-119.

⁷⁹ CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 369-374.

⁸⁰ CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 348-352.

⁸¹ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p.44.

⁸² CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 47.

nacional existente, mas uma chance a ser ofertada ao Estado-Nação para que este assumira o lugar de ator estratégico num sistema de compartilhamento do poderio.⁸³

Como se pode observar, um dos elementos importantes da era informacional diz respeito à medida da informação disponível como modeladora do conhecimento a ser difundido. Nicholas Negroponte⁸⁴, todavia, menciona que a existência de uma sociedade em rede na qual o destinatário pode se resumir a apenas um indivíduo possibilita a cogitação de uma era da pós-informação, em que em contraposição aos meios de comunicação de massa ocorre uma personalização da informação.

Nesse sentido, a sociedade da informação é, portanto, a integralização do mundo em redes globais advindas dos avanços da tecnologia da informação composta por uma série de mudanças estruturais no aparelhamento sócio-estatal.⁸⁵ Para José de Oliveira Ascensão⁸⁶, contudo, essa expressão não passa de um *slogan*, tendo em vista que o principal elemento propulsor dessa transformação é a comunicação. Assim, para esse autor o termo mais adequado a ser empregado seria “sociedade da comunicação” cuja base universal do fenômeno residiria na digitalização.

Manuel Castells, por outro lado, prefere o vocábulo sociedade informacional, ao argumento de que essa expressão indica uma forma específica de organização social em que a criação, o processamento e a transmissão da informação se convertem em elementos fundamentais de produtividade e também poder, graças às condições tecnológicas geradas pelas novas tecnologias.⁸⁷

A ideia de uma nova sociedade emergente não é ainda objeto de consenso por parte de seus pensadores. No âmbito das ciências sociais, além das controvérsias acerca da passagem para a pós-modernidade, observa-se a existência de diversas nomenclaturas a fim de designar fenômenos semelhantes.⁸⁸ Para autores como Anthony Giddens, entre outros, no entanto, o que ocorre é apenas uma mera continuação de relações sociais pré-estabelecidas, na qual a informação exerce papel relevante.

⁸³ CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 409-412, 417-427.

⁸⁴ NEGROPONTE, Nicholas. *Vida Digital*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 157-158.

⁸⁵ É importante frisar, como fez Manuel Castells, que a tecnologia não determina a sociedade, assim como o contrário não é verdadeiro. A lógica da estrutura de redes é apenas uma das características que possui a sociedade da informação, sendo ela complementada por outros componentes como no caso anteriormente citado dos movimentos sociais. CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2005. 43-44, 65.

⁸⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.71.

⁸⁷ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 65.

⁸⁸ Pós-modernidade (Baudrillard), Pós-industrialismo (Daniel Bell), Modernidade Líquida (Bauman), segunda modernidade ou modernidade reflexiva, (Anthony Giddens), entre outras designações.

Divergências à parte, o trabalho em desdobramento compreende o momento de indefinição conceitual, mas aceita como evidente, conforme o pensamento de Manuel Castells⁸⁹, que o modelo da sociedade da informação representa uma profunda mudança em curso na organização da sociedade e da economia.

Diz esse autor:

São nesses recônditos da sociedade, seja em redes eletrônicas alternativas, seja em redes populares de resistência comunitária, que tenho notado a presença dos embriões de uma nova sociedade, germinados nos campos da história pelo poder da identidade.⁹⁰

1.3.1 Internet, Virtualidade e Cibercultura

A internet tem se apresentado como o principal motor de transformações com vistas à concretização do paradigma da sociedade de informação. Sua origem se encontra na ação inventiva da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA), integrante do Departamento de Defesa dos Estados Unidos. A corrida armamentista inserida no contexto da Guerra Fria lançou dois países, os EUA e a União Soviética, numa disputa pela excelência tecnológica no âmbito militar. Com o lançamento do *Sputnik*⁹¹ em 1957 por esta última, o time americano se viu compelido a investir cada vez mais em pesquisas de modo a recuperar a dianteira nesse desafio.

O projeto Arpanet se desenvolve primeiramente como um programa de computador com o intuito de interligar os computadores do centro de pesquisa do departamento americano e aumentar a produtividade científica. Esta primeira rede de computadores estabeleceu a conexão ou “nós” entre quatro universidades americanas, por volta de 1969, sendo posteriormente ampliada a outros centros de ensino superior.

Posteriormente, a partir do desenvolvimento de uma nova forma de teletransmissão tornou-se possível estabelecer conexões entre redes diversas, não se limitando a Arpanet aos computadores existentes numa única rede. A nova forma de comunicação que

⁸⁹ O termo Sociedade da informação, diferentemente, refere-se meramente ao papel exercido pela informação na sociedade de comunicar o conhecimento, contudo, no presente trabalho optou-se pela utilização de ambos os termos, Sociedade Informacional e Sociedade da Informação, a fim de designar o mesmo fenômeno social, uma vez que não é sua intenção empreender um análise terminológica sobre estes conceitos.

⁹⁰ CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 427

⁹¹ Primeiro satélite artificial a orbitar a Terra.

nascia por entre as teias de computadores existentes se baseava na transmissão de protocolos padronizados que deram origem ao modelo TCP/IP⁹² ainda hoje utilizado.

A rede das redes que nesse momento nascia foi batizada de ARPA-INTERNET, somente se desvinculando do contexto militar por volta do início dos anos 90, momento em que foi privatizada e novas portas de comunicação se abriram na esfera comercial a partir da existência dos provedores de acesso. Ao mesmo tempo, a indústria do *software* se modernizava com o objetivo de explorar as potencialidades do *hardware* e facilitar a troca de informações entre computadores.

Com a proliferação dos computadores conectados à rede cada vez mais indivíduos se colocam em contato com um mundo habitado por hipertextos, *links*, simulações, hiperdocumentos e objetos virtuais, todos advindos do processo de digitalização de informações para o mundo virtual.

O processo de virtualização⁹³, no entanto, conforme esclarece Pierre Levy, não é inumano ou desumanizado, como também não significa uma oposição à realidade, mas é uma contrariedade ao que o autor chama de atualização.⁹⁴ Tanto a virtualidade como a atualidade são para Pierre Levy dois modos diferentes de realidade, sendo a primeira a ocorrência de um estado pré-definido e a segunda a criação de uma solução exigida pelo complexo problemático da virtualidade.⁹⁵ Estes dois fenômenos são complementares entre si. A receber a solução de um problema, a virtualização ocasiona um novo problema a ser destrinchado. Enquanto isso a atualização, que se realiza através de “um ato que não estava pré-definido em parte alguma e que modifica por sua vez a configuração dinâmica na qual ele adquire uma significação”⁹⁶, provoca uma espécie de retroalimentação do virtual, ao propor uma outra solução.⁹⁷

⁹² TCP significa Protocolo de Controle de Transmissão e IP, protocolo de interconexão.

⁹³ Contrariamente ao possível, estático e já constituído, o virtual é como o complexo problemático, o nó de tendências ou de forças que acompanha uma situação, um acontecimento, um objeto, ou uma entidade qualquer, e que chama um processo de resolução: a atualização. LEVY, Pierre. *O que é virtual?*. São Paulo. Ed. 34. 1996, p. 16

⁹⁴ A atualização é criação, invenção de uma forma a partir de uma configuração dinâmica de forças e finalidades. LEVY, Pierre. *O que é virtual?*. São Paulo. Ed. 34. 1996, p. 16.

⁹⁵ LEVY, Pierre. *O que é virtual?*. São Paulo. Ed. 34. 1996, p. 17.

⁹⁶ LEVY, Pierre. *O que é virtual?*. São Paulo. Ed. 34. 1996, p.137.

⁹⁷ Com isso, a virtualização fluidifica as distinções instituídas e aumenta os graus de liberdade, cria um vazio motor. Se a virtualização fosse apenas a passagem de uma realidade a um conjunto de possíveis, seria desrealizante. Mas ela implica a mesma quantidade de irreversibilidade de seus efeitos, de indeterminação em seu processo e de invenção em seus esforços quanto a atualização. A virtualização é um dos principais vetores da criação de realidade. LEVY, Pierre. *O que é virtual?*. São Paulo. Ed. 34. 1996, p. 18.

Para esse autor, a virtualização deve ser definida como um processo de mutação de identidade e nunca como uma desrealização.⁹⁸ O virtual existe e é real, porém ele não precisa “estar presente”, ou, em outras palavras, ele é desterritorializado, ocupando espaços de instabilidade, por vezes simultâneos e independentemente da unidade tempo.⁹⁹ Não há, bem assim dizer, a inserção de informações em um mundo fictício ou ilusório, semelhante ao que acontece nos meios de comunicação de massa, pois segundo o autor o virtual é na verdade a “dinâmica mesma do mundo comum, é aquilo através do qual compartilhamos uma realidade”¹⁰⁰.

A virtualização tem como resultado a criação de um ciberespaço composto por *bits*, *bites*, programas de computadores e diversos algoritmos. Esses elementos podem ser armazenados em diversos dispositivos, tais como discos rígidos, disquetes, entre outros, de modo que se pode dizer que o ciberespaço existe nos meios de armazenamento ou em virtude deles.¹⁰¹

David Koepsell explica que o termo ciberespaço foi criado por William Gibson em um romance de ficção científica *ciberpunk*¹⁰², referindo-se ao universo das redes digitais e à ideia de “alucinação consensual”, vivenciada pelos personagens usuários de rede de computadores no momento em que abandonavam a esfera virtual.¹⁰³ O termo, contudo, tem sido utilizado indiscriminadamente como sinônimo para a internet, porém o seu real significado tem maior amplitude, já que sua aplicação consiste na realização dos “fenômenos computadorizados modernos”.¹⁰⁴ Segundo André Lemos, o ciberespaço pode ser compreendido a partir de duas perspectivas que se encontram em aproximação: a da realidade virtual e a do conjunto de redes de computadores interligados ou não.¹⁰⁵ Para Levy,

⁹⁸ LEVY, Pierre. *O que é virtual?*. São Paulo. Ed. 34. 1996, p.17.

⁹⁹ A virtualização submete a narrativa clássica a uma prova rude: unidade de tempo sem unidade de lugar [...] A sincronização substitui a unidade de lugar, e a interconexão, a unidade de tempo. Mas, novamente, nem por isso o virtual é imaginário. LEVY, Pierre. *O que é virtual?*. São Paulo. Ed. 34. 1996, p. 21.

¹⁰⁰ LEVY, Pierre. *O que é virtual?*. São Paulo. Ed. 34. 1996, p. 148.

¹⁰¹ KOEPESELL, David R. *A ontologia do ciberespaço: a filosofia, a lei e o futuro da propriedade intelectual*. São Paulo: Madras, 2004, p. 86.

¹⁰² O *ciberpunk* na literatura é um subgênero de ficção científica fortemente influenciado pela cultura urbana do *underground*, pela tecnologia e por aspectos futurísticos.

¹⁰³ KOEPESELL, David R. *A ontologia do ciberespaço: a filosofia, a lei e o futuro da propriedade intelectual*. São Paulo: Madras, 2004, p. 24 e LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo. Ed. 34. 1999, p. 92.

¹⁰⁴ KOEPESELL, David R. *A ontologia do ciberespaço: a filosofia, a lei e o futuro da propriedade intelectual*. São Paulo: Madras, 2004, p. 86p. 25

¹⁰⁵ LEMOS, André. As estruturas antropológicas do cyberespaço. In: Textos de Cultura e Comunicação, n. 35, Facom/UFBA, julho 1996, também disponível em <<http://www.andrelemos.info/artigos/estrcyl.html>> acesso em 05 de março de 2010.

ciberespaço é o espaço aberto de comunicação, através da interconexão mundial de computadores e de suas respectivas memórias.¹⁰⁶

O próprio computador como suporte já sucumbiu à ação do virtual, integrando-se ao ciberespaço e permitindo o acesso à distância de seus recursos.¹⁰⁷ A desconstrução da máquina permite que diversos dos seus componentes estejam em espaço diverso que o do próprio computador, ramificando-se através da rede, de modo que os limites de sua atuação são incontrolláveis.¹⁰⁸

Com a expansão do ciberespaço nota-se a emergência da cibercultura¹⁰⁹ e a inauguração de novas formas de relações sociais que possuem uma estrutura própria e diferenciada. A essência da cibercultura é a universalidade do ciberespaço construída através da ampliação do acesso e da sua separação com a totalidade.¹¹⁰ Nesse sentido, explica Pierre Levy:

O ciberespaço dissolve a pragmática da comunicação que, desde a invenção da escrita, havia reunido o universal e a totalidade [...] na medida em que a interconexão e o dinamismo em tempo real das memórias on-line tornam possível, para os parceiros da comunicação, compartilhar o mesmo contexto, o mesmo imenso hipertexto vivo. [...] No regime clássico da escrita, o leitor encontrava-se condenado a reatualizar o contexto a um alto custo, ou então a restabelecê-lo a serviço das Igrejas, instituições ou escolas, empenhadas em ressuscitar e fechar o sentido.¹¹¹

O novo modelo de comunicação privilegia o usuário próativo que não se submete aos conteúdos impostos pelos meios comunicativos do *mass media*, e compartilha opiniões e pensamentos através de comunidades virtuais acessíveis a partir de dispositivos móveis diversos de seu computador pessoal.

Desse modo, a transmissão da informação desprende-se da telecomunicação entre computadores e passa a estabelecer interconexões por entre diversos dispositivos multimídia como, por exemplo, no caso de celulares, *palmtops* e aparelhos de televisão, concretizando a chamada convergência digital. Na verdade, atualmente já existe tecnologia suficiente para

¹⁰⁶ LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo. Ed. 34. 1999, p. 92.

¹⁰⁷ LEVY, Pierre. *O que é virtual?*. São Paulo. Ed. 34. 1996, p. 46.

¹⁰⁸ LEVY, Pierre. *O que é virtual?*. São Paulo. Ed. 34. 1996, p. 47

¹⁰⁹ O termo está recheado de sentidos mas 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 da década de 70. [...] A cibercultura é a cultura contemporânea marcada pelas tecnologias digitais. LEMOS, André. *Cibercultura*. Alguns Pontos para compreender a nossa época. In: LEMOS, André. CUNHA, Paulo. (Orgs). *Olhares sobre a cibercultura*. Porto Alegre: Sulinas, 2003, p. 11, também disponível em <<http://www.andreleamos.info/artigos/cibercultura.pdf>> acesso em 05 de março de 2010.

¹¹⁰ LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo. Ed. 34. 1999, p. 111-118.

¹¹¹ LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo. Ed. 34. 1999, p. 118.

conectar todo o aparelhamento eletrônico e doméstico com a internet, no entanto, esse avanço somente se encontra disponibilizado para uma fração muito restrita dos usuários.

Na prática, o ciberespaço e a cibercultura já se constituem uma realidade palpável e em pleno funcionamento, ainda que se identifique uma parcela de indivíduos excluídos de seu desenvolvimento. Nesse ponto, cabe ressaltar que a entrada da humanidade na era do acesso traz consigo o problema da exclusão digital. Por outro lado, é preciso que se atente para o fato de que nenhum meio de comunicação midiático é totalmente democrático e universal.¹¹²

Um primeiro aspecto sobre a exclusão digital a ser analisado se refere ao nascimento do chamado analfabetismo digital. A informatização dos serviços prestados à sociedade, tanto no âmbito público como privado, demonstra ser um entrave à vida dos indivíduos que por diversos motivos nunca tiveram a oportunidade de interagir com essa nova realidade.

A construção da sociedade da informação impõe a inclusão na vida digital do indivíduo como cidadão, uma vez que um dos aspectos mais proeminentes, decorrente das mudanças em curso é o da substituição do produto pelo serviço. Tem se tornado evidente o fato de que cada vez mais empresas além de investirem na transposição de sua estrutura para o âmbito virtual, têm se tornado prestadoras de serviços que serão oferecidos em momento posterior ao da venda ou mesmo ao da concessão gratuita do produto.

Isto sem falar dos diversos sistemas informatizados que já estão em execução pelo poder público. Além de diversos setores do poder executivo, o poder judiciário também tem adaptado sua realidade processual ao âmbito da tecnologia. O processo virtual tem contribuído para a celeridade da justiça e se faz presente, inclusive, na esfera de atuação dos juizados especiais responsáveis pela resolução de conflitos de menor valor patrimonial. Para o indivíduo que procura a atuação judicial, a ausência de habilidade para manusear computadores nesses casos representa uma dificuldade de acesso à justiça.

Note-se que a obtenção e a difusão da informação se tornam um fator de aquisição de poder para o indivíduo e, com isso, pode se caracterizar como um critério de aferição da democracia de um Estado. Nesse diapasão, seria possível também se cogitar uma eventual revisão do conceito de cidadania para se incluir na sua concepção a satisfação do critério de acesso à informação e à tecnologia.

¹¹² LEMOS, André. As estruturas antropológicas do cyberspaço. In: Textos de Cultura e Comunicação, n. 35, Facom/UFBA, julho 1996, p. 14. Também disponível em <<http://www.andrelemos.info/artigos/estrcyl.html>> acesso em 05 de março de 2010.

Outro elemento a ser considerado diz respeito à existência de uma divisão entre gerações: aqueles que tendem a se adaptar com mais facilidade a essa nova realidade e outros que necessitam superar a barreira do aprendizado com maior dificuldade. Com relação a este aspecto, cresce em importância as políticas públicas de educação a serem desenvolvidas pelo Estado, de modo a promover a inclusão digital, não apenas através da disponibilização de pontos de acesso e da ampliação da internet de alta velocidade no país, mas, principalmente, mediante a capacitação desses indivíduos.

Segundo o livro verde do Programa da Sociedade da Informação, à época de sua publicação, o Brasil contava com cerca de quatro a sete milhões de usuários na internet a depender dos referenciais pesquisados.¹¹³ Em abril de 2009, segundo dados fornecidos pelo instituto de pesquisa Ibope¹¹⁴, o Brasil contava com cerca de 25,5 milhões de usuários de internet que acessavam a rede pelo menos uma vez no mês. A mesma pesquisa apontou que a população brasileira se encontra na liderança quando o assunto é tempo gasto na internet pelo usuário residencial.

Esses números tendem a crescer com o passar dos próximos anos e com isso mais indivíduos vão estar presentes no mundo da cibercultura, estabelecendo vínculos não apenas sociais, mas também econômicos. O nascimento da chamada sociedade da informação e a massificação da utilização de meios de comunicação em convergência criam situações nunca antes observadas e que passam a demandar uma conduta diferenciada a ser exercida pelo Estado. Diante de tantas mudanças econômico-sociais é inevitável que o Direito seja inserido nesse novo contexto comportamental no qual a formação de conflitos se caracteriza pela virtualidade das relações.

O direito autoral é, certamente, um dos ramos da seara Jurídica que mais sofre com a expansão da internet. Contudo, é preciso que seja lembrado que a Lei Brasileira sobre esse tema apresenta uma série de dificuldades quando o assunto é a sua aplicação aos conflitos existentes na rede. Ao que parece, a Lei, apesar de ter sido publicada recentemente, não conseguiu acompanhar os efeitos provocados pelas mudanças trazidas com o incremento na circulação da informação. De um lado, vêem-se os usuários ansiosos pelo mundo de possibilidades colocado à sua frente, no qual é possível ter acesso a diversos bens culturais de seu interesse com muita rapidez e, geralmente, de maneira gratuita, visto que a cobrança do direito autoral é bastante dificultada na internet. De outro, há a indústria cultural e parte dos

¹¹³ TAKAHASHI, Takao. (org) *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e da Tecnologia, 2000, p. 34.

¹¹⁴ Publicado no Jornal Folha de São Paulo em 29/05/2009.

autores que reclamam a existência de prejuízos financeiros, em virtude do tráfego livre de suas criações.

A virtualização, dessa forma, termina por se configurar como um elemento complicador na resolução desse conflito. O que parecia ser a solução encontrada para ampliar o acesso a bens intelectuais a determinados segmentos da sociedade, desprovidos não só de acesso à cultura, mas também de educação e, notadamente, de informação, acaba se tornando o inimigo principal a ser coibido em nome da continuidade da produção cultural e da preservação da lucratividade.

2 O SISTEMA DE PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS AUTORAIS

Após compreender o significado das transformações que estão em curso e os transtornos enfrentados pelo direito de Propriedade Intelectual nas últimas décadas, cumpre, por ora, empenhar-se na análise da regulamentação dos direitos autorais no ordenamento jurídico brasileiro, para que em momento posterior seja possível a identificação das possibilidades permitidas de utilizações livres das obras culturais que se encontram dispostas no mundo virtual. Objetiva-se no presente capítulo, refletir sobre os caminhos percorridos pelo direito autoral até os dias atuais, quando a Lei de Direito Autoral vigente enfrenta altos índices de rejeição por diversos grupos sociais, buscando ao mesmo tempo compreender de que maneira o tema tem sido abordado pela Constituição Brasileira e sob qual perspectiva os direitos autorais são discutidos no âmbito internacional.

2.1 Conceito e nomenclatura

A expressão do íntimo humano e a exploração de condições sensoriais, por vezes, vertem-se em criações artísticas e culturais, assim como a interrogação e a investigação que redundam em exercício intelectual são capazes de se desdobrarem em conhecimento a ser aplicado cientificamente. Todo o resultado desse tipo de ação criativa pode ser protegido em seus caracteres essenciais, independentemente, se ao tempo de sua arquitetura, a vontade do autor era a de se manifestar através da arte, se sua finalidade era meramente estética, se o seu interesse era apenas o da produção cultural, ou, ainda, se sua ideia era a de construção de um trabalho científico.

O laço subsistente entre o autor e o produto final exalado de seu âmago, bem como as relações jurídicas decorrentes da eventual exploração do bem imaterial ocasionado são resguardados através da atuação do direito autoral, desde o momento de sua criação. O zelo e a precaução assim estabelecidos são destinados aos escritos literários (poemas, contos, romances, etc.) às artes plásticas sob as suas diversas formas (pinturas, estruturas, esculturas, etc), à fotografia, às peças de teatro, à música, ao roteiro cinematográfico, à obra publicitária, mas também aos bancos de dados, às teses, às pesquisas, entre outros.

Não âmbito da tutela autoral, não há que se estabelecer distinções ou debates acerca da qualidade do trabalho criado. Não faz parte das atribuições deste ramo do direito dirimir conflitos sobre uma eventual obra ser ou não considerada arte em sua essência, ou ainda se o seu destino é o da cultura de massas. O fato de ter ocorrido a exteriorização de uma ideia original é suficiente para que haja o amparo legal. Para José de Oliveira Ascensão:

O mérito literário ou artístico não é relevante. Mas a tutela extensa do direito de autor só é justificada pela criatividade, pelo o que, se não houver uma base de criatividade, nenhuma produção pode franquear os umbrais do Direito de Autor.¹¹⁵

O direito autoral é um conjunto de atribuições cujo objetivo é salvaguardar o vínculo entre criador e obra. Segundo Carlos Alberto Bittar, “é o ramo do 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”.¹¹⁶ Na lição de Antônio Chaves, corresponde ao

[...] conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas, científicas, de alguma originalidade; de ordem extrapecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.¹¹⁷

As dicções “direito autoral” e “direito de autor” são comumente dispostas para significar as diversas prerrogativas relacionadas a esse tema existente na legislação. Utilizado como designação de gênero, o termo tem sido empregado, inclusive, no sentido de indicar o valor pecuniário devido pela utilização de uma obra protegida.¹¹⁸ Sobre o tratamento inoportuno conferido ao termo, Pontes de Miranda, já ensinava:

A expressão “direito autoral” ou “direito de autor” tem os inconvenientes que derivam de no conceito ora (A) se porem (*sic*) sob tal expressão a) o direito de identificação da obra, como direito autoral de personalidade, b) o direito de ligar o nome à obra e c) o direito de reprodução, ora (B) somente a) e b), ou (C) somente c). É chocante chamar-se direito de autor o que adquire o outorgado de direito de edição. Daí a necessidade de se tratarem separadamente tais direitos, com os seus nomes científicos. [...] Quando se diz que o direito de personalidade é parte integrante do direito autoral, a direito autoral dá-se o sentido (A) ou (B). Assim, estaria de tal modo extrapolado o conceito que abrangeria o direito de personalidade, o direito autoral impreluível de nominação e, em (A), o direito real preluível.¹¹⁹

¹¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 3.

¹¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 8.

¹¹⁷ CHAVES, Antônio. *Direito de Autor – Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 17.

¹¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 16.

¹¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial - Tomo XVI - Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 9.*

Ocorre que, ainda que imprópria, a expressão “direito de autor” é amplamente utilizadas nos sistemas de proteção de diversos países, no que esclarece Carlos Bittar:

As obras mais modernas já ostentam essa denominação, que os autores utilizam indistintamente, ao lado da expressão “Direito Autoral” (neologismo introduzido por Tobias Barreto em 1882). Assim é que se encontram os nomes *droit d’auteur*, *diritto di autore*, *Autorrecht*, *derecho de autor*, e equivalentes, mantendo-se, no entanto, no sistema anglo-norte-americano, em face de peculiaridades do regime, a designação de origem – *copyright* – embora insuficiente para abranger todas as prerrogativas desse Direito.¹²⁰

A lei autoral brasileira em vigor acertadamente utiliza a expressão “direitos autorais” com vistas a englobar tanto os direitos que se reportam ao autor da obra, como também às prerrogativas que se referem a terceiros que, embora não sejam criadores, possuam vínculos com o bem cultural.¹²¹ São os chamados direitos conexos, também denominados de direitos vizinhos ou afins ao direito de autor.

Para a exata compreensão da abrangência desse grupo, é preciso se estabelecer a distinção entre quem detém a autoria de uma obra e quem apenas possui titularidade sobre ela. A autoria será sempre de quem a criou originalmente, ao passo que a titularidade estará constantemente relacionada à contribuição de terceiros na consubstanciação da ideia em um suporte que a veicule. Em outras palavras, os direitos vizinhos se referem aos trabalhos de divulgação, interpretação, execução, produção, radiodifusão entre outros.

Optou-se no presente trabalho pela utilização do vocábulo “direitos autorais”, assim como de seu singular, “direito autoral”, para designar tanto os direitos do autor como os direitos a que lhe são conexos, uma vez que a temática conflituosa ora discutida repercute nas duas esferas de proteção indistintamente.

¹²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 10

¹²¹ Apesar de haver muitas semelhanças entre os termos Direito Autoral, Direito de Autor ou Direitos Autorais, a expressão Direitos Autorais é, na nossa concepção, uma expressão mais ampla e que melhor se aplica no direito autoral brasileiro (art. 1º, da LDA/98) para designar simultaneamente os dois termos: Direitos de Autor (que são as obras literárias, artísticas, ou científicas) e os Direitos Conexos (os que têm conexão com o direito de autor, tais como o direito de artistas, interpretes ou executantes, produtores de fonogramas e os organismos de radiodifusão). MALLMANN, Querino. *A natureza jurídica do direito da propriedade intelectual: o direito autoral*. In: Revista do Mestrado em Direito, v.2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008. p 185.

2.2 Evolução histórica e natureza jurídica dos direitos autorais

Analisando o curso de sua evolução histórica, é possível perceber as diferentes faces apresentadas pelos direitos autorais. Há, de certo, uma preocupação em se proteger a criação e os direitos do criador, de modo que seja viável a existência contínua de uma espécie de estímulo à criatividade e à produção de obras do intelecto. Contudo, é sobre o aspecto econômico e financeiro, advindo da exploração patrimonial, que parece recair a ênfase conferida pela legislação das últimas décadas.

Não se pode falar, apropriadamente, em direito autoral legislado no período anterior à Idade Moderna. O que havia, na verdade, eram institutos jurídicos e instrumentos processuais diversos que de forma indireta garantiam a tutela de eventual direito, hoje percebido como de autor, além de outros direitos, referentes a matérias variadas. A essência do que viria a ser o direito do autor, porém, sempre existiu desde a Antiguidade, ainda que eventualmente restrita ao reconhecimento¹²² de que certa obra de arte ou outra produção intelectual estética havia sido realizada por determinada pessoa.

O homem, enquanto ser criativo, expressa sua personalidade, sentimentos e ideias, utilizando-se dos meios que lhe estiverem disponíveis em dado momento histórico. Sua produção artística pode ser observada antes mesmo antes da invenção da escrita, quando a ação intelectual se exprimia mediante a pintura de símbolos, a modelagem de esculturas, entre outras formas. Em sistemas jurídicos como o da Grécia e o da Roma Antiga, onde havia intensa produção filosófica e já se conhecia a noção de plágio, era viável a possibilidade de reparação de danos. Isso se dava no direito romano a partir da chamada *actio injuriarum*¹²³, na qual alguns autores reconhecem a origem do que viria a ser identificado, posteriormente, como direito moral do autor.¹²⁴

A reprodução de obras ou mesmo a sua falsificação não eram consideradas um problema a ser enfrentado até os idos da Idade Média. Isto se dava uma vez que existiam dificuldades técnicas ainda não superadas, assim como pela sanção moral emanada pela sociedade como um todo em oposição ao contrafator. Em se tratando de literatura, por exemplo, a maior parte da produção, restrita aos interesses da igreja, ficava a cargo dos

¹²² GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 29.

¹²³ SOUZA, Allan Rocha de. *Função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito Campos, 2006. p. 35.

¹²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 12.

monges copistas que a executavam manualmente. Desse modo, além de não estarem disponíveis ao público em geral, a quantidade de obras elaboradas era limitada, o que possibilitava um maior controle quanto à circulação desses trabalhos.

Essa situação, no entanto, foi modificada em razão da criação da imprensa por Gutemberg, ao início da era moderna no século XV. Nesse período, observa-se o surgimento de uma indústria cultural de proveito econômico, que se fortaleceu na figura do mercado de edição, para o qual se dirigiram as primeiras normas que se ocuparam do direito autoral. A mercancia literária, à época, era um ofício altamente custoso em termos de investimento e necessitava de regulamentação, a fim de que se evitassem eventuais práticas abusivas e concorrenciais. Observe-se que a prioridade aqui se concentrava no mercado de edição, ou seja, no aspecto econômico da exploração e reprodução da obra, abstraindo-se das necessidades do autor.

O início dessa regularização se deu através da concessão de privilégios temporários à conveniência do Rei, a quem interessava o controle político do que era publicado.¹²⁵ Tal sistema, entretanto, entrou em declínio por influência da Revolução Francesa, assim como pelas ideias que emergiam do humanismo. O fim da censura e a abertura do mercado, por volta de 1694, pôs fim a esta espécie de monopólio e, como consequência, os livreiros se viram enfraquecidos.¹²⁶ As reivindicações que decorriam da insatisfação dos autores adquiriram maior ênfase e o conflito emergiu ante a questão da exploração e da titularidade das obras, isto porque se compreendeu que o comércio dos editores não subsistiria se não fosse pela ação mental e espiritual dos criadores.

Dessa busca em se tentar corresponder aos anseios remuneratórios dos autores e empenhar-se em manter o poder já conquistado pelos editores e livreiros, nasce em 1710 o *Copyright Act* ou Estatuto da Rainha Ana, em terras Britânicas. Neste, reconheceu-se o direito de cópia ou *copyright* aos autores, os quais poderiam mediante contrato de cessão autorizar a reprodução de suas obras. Quanto aos editores, modificou-se o regime de perpetuidade na exploração da obra, sendo este limitado aos prazos de vinte e um ou de catorze anos, conforme o período da impressão, criando-se como resultado o conceito de domínio público.¹²⁷

Outras Leis semelhantes se seguiram em alguns países, até que em 1777, a França edita legislação sobre o tema fortemente influenciada pelos ideais Iluministas de liberdade,

¹²⁵ SOUZA, Allan Rocha de. *Função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito Campos, 2006. p. 39.

¹²⁶ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 29.

¹²⁷ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 29.

igualdade e fraternidade. Havia entre os autores um forte sentimento de vinculação à sua criação, de modo que se passou a demandar por uma maior atenção às características pessoais manifestadas na obra produzida. Dessas exigências, originou-se o chamado direito moral do autor, como dever de observância a uma série de direitos de ordem não patrimonial como, por exemplo, o da integridade da obra. Segundo a Carta do Rei Luis XVI, aos autores foi conferido também a primazia na exploração da obra, bem como aos seus herdeiros, salvo se houvesse cessão a ser cumprida por um prazo máximo de dez anos.¹²⁸

A partir desses desenvolvimentos, dois importantes sistemas de proteção a direitos autorais foram formados: o anglo-americano ou *copyright*, de origem no direito da *common law*, e o *droit d'auteur* de influência franco-germânica, também conhecido como sistema da Europa Continental.

O significado de *copyright* traduz-se no direito de cópia originado na Grã-Bretanha. Sua estrutura atual, todavia, decorre igualmente de influências norte-americanas. Esse sistema, indicado como comercial, volve-se para a produção objetiva de obras e para a construção, manutenção e expansão de uma indústria cultural nos países de sua ingerência.¹²⁹ O direito à reprodução é, por conseguinte, o ponto chave desse método de proteção.

Segundo o texto da Constituição Norte-Americana de 1787, o *copyright* deveria ser entendido como um dos meios de promoção e progresso das ciências e das artes, mas na prática não foi isso o que ocorreu. O direito autoral nos moldes anglo-americano se desenvolveu sob o ponto de vista da privatização, qual seja, a partir da ideia de que este seria uma propriedade e ao mesmo tempo um interesse econômico.¹³⁰ Daí, tem-se que a propriedade privada advinda da concessão do direito temporário ao exclusivo deixou de ser compreendida como um meio, para ser vista como um fim em si mesma, consoante uma base utilitarista.¹³¹

Shubha Ghosh destaca que o modelo do *copyright* não cumpriu com a sua promessa da proteção autoral em prol da publicação e da distribuição do conhecimento, como fator de desenvolvimento da democracia americana.¹³² O autor relata que o direito de autor anglo-americano se desdobrou lado a lado com a formação de uma identidade cultural durante o

¹²⁸ PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 6.

¹²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 9.

¹³⁰ GHOSH, Shubha. *Deprivatizing Copyright*. In: *Case Western Reserve Law Review*. p. 46. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=443600> Acesso em 29 de maio de 2009.

¹³¹ GHOSH, Shubha. *Deprivatizing Copyright*. In: *Case Western Reserve Law Review*. p. 47. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=443600> Acesso em 29 de maio de 2009.

¹³² GHOSH, Shubha. *Deprivatizing Copyright*. In: *Case Western Reserve Law Review*. p. 47. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=443600> Acesso em 29 de maio de 2009.

século XIX, mas adverte que o ideal e a finalidade do progresso pela educação e pela cultura em proveito do bem-estar coletivo foi invertido no século XX, através do poder exercido pelas grandes empresas do entretenimento, da computação e das telecomunicações.¹³³

O *droit d'auteur*, por sua vez, nasce de um critério subjetivo, no qual a exclusividade é conferida no interesse do autor, para que este possa participar de todas as formas de exploração de sua obra¹³⁴, diferentemente do que ocorreu na Inglaterra cujo benefício foi concedido ao monopólio de editores e comerciantes. Sua inspiração reside nos princípios da Revolução Francesa, quando se extinguiu a ideia de privilégio e se acolheu a doutrina da obra como propriedade natural, fruto da criação intelectual e do esforço humano despendido na sua concretização.

É graças a essa concepção que se reconhece legalmente e pela primeira vez, direitos inalienáveis e irrenunciáveis à paternidade, à integridade, ao ineditismo entre outros compreendidos no que se convencionou por chamar de direitos morais do autor. Concebido como uma prerrogativa nascente do processo de criação, o direito autoral assumiu um caráter de personalidade¹³⁵, representando os interesses da sociedade civil, mesmo enquanto inserido num contexto dominado pela ideia de que não se poderia impor limites sobre o direito de propriedade.¹³⁶

Esse foi o sistema adotado pela maioria dos países ocidentais, e também aquele que deu base à Convenção Internacional para a proteção das Obras Literárias e Artísticas assinada em Berna, na Suíça, responsável pela sua internacionalização.

Dentre as diferenças apresentadas por esses dois sistemas: a) a ênfase conferida aos direitos morais do autor no regimento francês – o *copyright* tem como objetivo a atividade comercial, ao passo que o *droit d'auteur* tem no autor a finalidade de sua proteção; b) o objeto da proteção para o *copyright*, segundo o *copyright act* 1976, precisa necessariamente estar fixado em suporte material e ser registrado, enquanto no sistema do direito do autor isso é prescindível, bastando apenas a exteriorização para que haja a respectiva tutela; c) a separação entre os direitos do autor e os direitos conexos pelo critério da originalidade que é inexistente no âmbito do *copyright*, pois o sistema abrange ambos os casos indistintamente.

Há que se ressaltar, entretanto, que, muito embora ambos os sistemas tenham se constituído segundo pontos de partida diversos, atualmente se percebe uma aproximação entre

¹³³ GHOSH, Shubha. *Deprivatizing Copyright*. In: Case Western Reserve Law Review. p. 47. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=443600> Acesso em 29 de maio de 2009.

¹³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 9.

¹³⁵ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 32.

¹³⁶ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Rio de Janeiro. Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2006, p. 46.

essas duas tradições autorais e um desejo de harmonização mundial das normas sobre direitos autorais.¹³⁷ Isso se dá em função dos avanços na área de tecnologia, que provocam efeitos universais no campo das telecomunicações e do acesso à informação, assim como pela assinatura de tratados internacionais que são administrados pela OMPI – Organização Mundial da Propriedade intelectual – pela OMC – Organização Mundial do Comércio – ou pela UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

Como se pode observar, a ideia da necessidade de proteção da criação do intelecto é, portanto, introduzida pouco a pouco no ideário humano. Ainda que iniciada a partir dos interesses comerciais da época, a regulamentação do direito autoral se sedimentou com o passar dos anos em prol de uma proteção tanto dos direitos patrimoniais, como dos direitos morais, independentemente do sistema legal adotado. A diferença, contudo, reside no interesse daqueles que são afetados diretamente pela elaboração das leis. Aos intermediários entre o autor e o público, caso das gravadoras musicais, editoras de livros, entre outros, destaca-se a perspectiva financeira, já para os autores em geral, salienta-se tanto o aspecto moral como pecuniário.

A questão da autoria de uma determinada obra não é mais o ponto fundamental do debate¹³⁸, mas sim como a indústria do entretenimento e os artistas em geral vão se posicionar face as novas tecnologias a sua disposição. Conforme isto for sedimentado, será possível solucionar outros problemas também advindos do desenvolvimento tecnológico, como por exemplo, a questão da remuneração quanto aos direitos autorais e conexos em relação aos trabalhos disponíveis na rede mundial de computadores.

Um dos elementos principais contidos nesse conflito diz respeito à ideia de que o direito autoral representaria uma propriedade. Isso porque tal noção está relacionada com o caráter econômico do direito autoral, de modo que é do interesse de quem explora comercialmente uma obra intelectual que ela seja vista como uma propriedade em sua acepção absoluta.

¹³⁷ BRAEGELMANN, Tom . *Copyright law in and under the constitution: the constitutional scope and limits to copyright law in the United States in comparison with the scope and limits imposed by constitutional and european law on copyright law in German*. In: Cardozo Arts and Entertainment Law Journal. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1400996>> Acessado em 01 de junho de 2009.

¹³⁸ À exceção da problemática referente às obras órfãs. Não se quer aqui excluir os conflitos advindos da rede mundial de computadores referentes aos direitos morais do autor, mas não há dúvidas sobre a importância de se atribuir a paternidade de obras, ou mesmo quanto à proteção de seu conteúdo contra modificações e inserções não autorizadas. No caso do aspecto patrimonial, a internet foi a responsável pelo o aumento das violações de direitos dessa natureza, além de ter provocado uma reviravolta nos negócios relativos à indústria do entretenimento, que tem alegado sucessivos prejuízos decorrentes das trocas de arquivos entre usuários.

Ocorre que a delimitação da natureza jurídica do direito de autor sempre foi motivo de divergência, e, assim como no caso da propriedade intelectual, diversas teorias foram concebidas a fim de solucionar este conflito, sendo cada uma delas reflexo do momento histórico no qual foram produzidas.¹³⁹

Consoante ensina Sérgio Branco, a compreensão da natureza jurídica autoral é resultante da apreciação de dois interesses em oposição, quais sejam, a utilização da obra pela coletividade, com fins de promoção de outros direitos fundamentais, e a possibilidade de aproveitamento econômico da obra produzida.¹⁴⁰

Num primeiro momento, assim como os demais direitos de propriedade intelectual, os direitos autorais eram um privilégio real, evoluindo, logo após, à categoria de propriedade, segundo as orientações da categoria dos direitos reais.

No último século, a discussão concentrou-se na argumentação de duas correntes teóricas, a partir de critérios personalísticos e patrimonialísticos: uma referente condição de unicidade, e outra no tocante ao caráter dúplice.

As teorias monistas entendiam o direito autoral a partir de uma prerrogativa única e uniforme que seria exclusivamente patrimonial como um direito de propriedade, ou somente moral, posto que fruto da emanção da alma humana, ocorrendo o seu predomínio por entre ingleses, alemães e franceses – sendo estes últimos defensores da hipótese monista de personalidade.¹⁴¹ Essa concepção chega aos dias atuais sob a configuração adotada na Alemanha e na Áustria em que ambas as faces, a do patrimônio e a pessoal, se conjugam simultaneamente num só direito.¹⁴²

As teorias dualistas, por outro lado, sustentam uma natureza dúplice dos direitos de autor, na qual coexistem as características pessoais e patrimoniais. É a posição aceita pela maioria da doutrina nacional, uma vez que procura conciliar duas faces importantes procedentes de um mesmo direito, a da retribuição econômica e a da essência personalística

¹³⁹ Autores como Antônio Chaves, Eduardo Pimenta e Alexandre Pereira resumem em suas respectivas obras o elenco das teorias constituídas ao longo dos séculos, no que fica demonstrado o solo fértil provocador de tantos debates sobre o tema. Dentre elas: a teoria do monopólio, a da obrigação *ex delicto* de Gerber, a doutrina da propriedade intelectual de Pouillet, a de Gierke como direitos da personalidade, a dos bens jurídicos imateriais ou direitos intelectuais de Kohler, a do direito de clientela de Desbois, a dualista de Caselli, entre tantas outras. Ver em: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 8ss.; PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 30ss; e PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de autor, e propriedade tencnodigital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.113-123.

¹⁴⁰ BRANCO Jr.. Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 26.

¹⁴¹ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 34

¹⁴² MALLMANN, Querino. *A natureza jurídica do direito da propriedade intelectual: o direito autoral*. In: Revista do Mestrado em Direito, v.2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008. p 202.

impressa pelo autor na criação de seu trabalho, de modo que diversas prerrogativas restam asseguradas, com fins de compor um todo ordenado e harmônico.

A Lei brasileira adota esta última concepção, compreendendo o direito autoral como um direito híbrido, de caráter *sui generis* e inserido no ramo jurídico da propriedade intelectual, no que concorda boa parte dos doutrinadores do país. Nas palavras de Carlos Alberto Bittar:

“(...) exatamente porque se bipartem nos dois feixes citados de direitos – mas que, em análise de fundo, estão por sua natureza e sua finalidade, intimamente ligados, em conjunto incindível – não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem nova modalidade de direitos privados. São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais, quanto patrimonial, do autor com sua obra, de índole especial, própria, ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual.”¹⁴³

O direito autoral tem como conteúdo tanto direitos de natureza pessoal como direitos de caráter real, o que lhe confere características bastante distintas, já que neste último caso, além de servirem como um estímulo à criação contínua de obras são também prerrogativas de utilização econômica do bem imaterial, ao passo que no anterior a retribuição financeira é substituída pelo caráter personalíssimo da obra originada da criatividade de um autor.

Ao mesmo tempo, o ordenamento jurídico brasileiro também reconhece no direito autoral uma propriedade, devendo esta ser considerada apenas no tocante ao seu aspecto patrimonial. Ainda assim, é preciso que se compreenda que tal propriedade apresenta uma qualificação especial, tendo em vista que, ao contrário do que ocorre na sua aceção habitual, quando é percebida como um direito perpétuo, que somente se extingue em hipóteses específicas, os direitos autorais são limitados, impossíveis de serem usucapidos, desapropriáveis ou perecíveis, e ingressam no domínio público no momento em que cessa a temporalidade de sua proteção.¹⁴⁴ Some-se a isso, conforme lembra Carla Caldas, o fato de que se considerado um direito estritamente real, o direito autoral ficará restrito ao âmbito da relação jurídica entre possuidor e coisa possuída, o que não se coaduna com a dinâmica desse instituto.¹⁴⁵

Assim, ao adotar as disposições da teoria dualista, o direito autoral brasileiro é compreendido por sua natureza jurídica híbrida, sem que se abandone totalmente a ideia do

¹⁴³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 11.

¹⁴⁴ PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 22

¹⁴⁵ BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 483.

direito de propriedade, sem que se transforme numa categoria especializada do direito civil, e sem que seja considerado um direito integralmente de personalidade.¹⁴⁶

2.3 Objeto e conteúdo dos direitos autorais

Após determinar em seu artigo 1º que os direitos autorais são aqueles do autor somados aos direitos conexos, a Lei 9.610/98 continua em seu artigo 7º determinando que o direito autoral tutela as “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”, seguido de um rol exemplificativo constante de treze incisos em que se detalha algumas dessas espécies.¹⁴⁷

Do que fora, por ora, exposto, não há dúvidas de que o objeto do direito de autor é, conseqüentemente, a obra intelectual. Do texto legal acima mencionado, para que uma obra seja considerada como passível de observância pelos direitos autorais, é necessário que atenda a certas condições. Em primeiro lugar, destaca José de Oliveira Ascensão a necessidade de que o trabalho seja fruto do intelecto humano, de modo que as eventuais formas e objetos derivados da ação da natureza ou mesmo animal não são acolhidos pelo conceito.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Seria um ramo novo do Direito. [...] O Direito de Autor não pode, pura e simplesmente, ser equiparado a um direito de propriedade, como não é apenas um direito personalíssimo. Isto levaria a entendê-lo mal. HAMMES p. 42

¹⁴⁷ Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, aloçções, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. § 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis. § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras. § 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

¹⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 11.

Outro ponto importante é que a obra seja exteriorizada, não permanecendo somente no campo das ideias¹⁴⁹, o que segundo a Lei poderá ocorrer de diversas formas, em suporte concreto ou intangível, já reconhecido, ou a ser inventado. Nesse sentido, importante ressaltar mais uma vez a prescindibilidade de um suporte material como condição ao exercício da tutela da obra criada, prevista tanto no texto da Convenção de Berna¹⁵⁰ como no dispositivo supramencionado da Lei 9.610/98.

Conforme lembram José de Oliveira Ascensão¹⁵¹ e Guilherme Carboni¹⁵², a passagem da concepção criativa para um sustentáculo real, pode eventualmente ocorrer na forma imaterial, como no caso de um bem digital, ou ainda sob qualquer forma de expressão que possa se exaurir pelo mero ato de execução, o que não desqualifica a sua proteção. Esse seria o caso de uma música que fora executada, mas não transcrita em partitura ou gravada em dispositivo físico, mas que ainda pode ser reproduzida por terceiros, ou de uma palestra cujo conteúdo não houve registro em suporte, mas cujas ideias não poderão ser copiadas indiscriminadamente.

Por fim, outros critérios de observância obrigatória a fim de que se possa atribuir à criação a qualidade de obra intelectual são: a originalidade e a esteticidade.

A obra original é aquela passível de individualização¹⁵³, imbuída de caracteres singulares que lhe são próprios e que não se confunde com outra, ainda que semelhanças possam ser identificadas. O grau de criatividade e de ineditismo ordenado é relativo, não se exigindo novidade absoluta¹⁵⁴, porém faz-se necessário que haja um mínimo de inventividade, a fim de que o produto criado não se revele desprovido de significado, hipótese em que será desqualificado à proteção autoral.¹⁵⁵

Já o critério da esteticidade se refere a uma função (de estética ou de conhecimento)¹⁵⁶ a ser exercida pelas obras artísticas, literárias e também científicas. A atribuição estética é uma finalidade a ser alcançada pela criação autoral, de modo que esta

¹⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 12.

¹⁵⁰ Art. 2/2 Os países da União reservam-se, entretanto, a faculdade de determinar, nas suas legislações respectivas, que as obras literárias e artísticas, ou ainda uma ou várias categorias delas, não são protegidas enquanto não tiverem sido fixadas num suporte material

¹⁵¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997

¹⁵² CARBONI, Guilherme C. *O Direito de Autor na Multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 54

¹⁵³ José de Oliveira Ascensão considera a individualização/personalidade como um critério adicional à identificação da obra intelectual, no sentido de que é preciso, além do caráter original e criativo, que seja notabilizada uma marca pessoal do autor na sua criação. Traços específicos percebidos como fruto do imaginário específico daquele autor ou de seu estilo inconfundível. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 51-52.

¹⁵⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 55.

¹⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 51.

¹⁵⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2002, p. 21.

possa ser diferenciada de outra cujo objetivo seja meramente técnico ou de simples utilidade prática. A obra que atende as especificações desse critério dispensa a fixação de um destino a ser conquistado, ao passo que a obra tida como utilitária tem um fim material em sua pretensão.

A par desse discernimento, a Lei 9.610/98 também esclarece em seu texto as obras intelectuais que desde logo não serão objetos de proteção. No artigo 8º é possível se observar uma lista exemplificativa de alguns dessas situações, sem que seja possível haver o esgotamento das possibilidades dessa proibição.¹⁵⁷

Definido o objeto do direito autoral, analise-se em seguida o conteúdo do direito autoral para que se possa prosseguir posteriormente com as disposições da legislação adequada sobre o tema.

Conforme leciona Carlos Alberto Bittar, os direitos morais e patrimoniais do autor, embora possuam origem e evolução bastante diversas, ao se incorporarem entre si constituem o núcleo unitário e incindível dos direitos autorais.¹⁵⁸ Contudo, ainda este se perfaça como uma classe singular de direitos a serem exercidos, é possível distinguir dois blocos de prerrogativas que exercem funções próprias.¹⁵⁹ Seguindo esse raciocínio e evidenciada a adoção de uma natureza jurídica dúplice, os direitos autorais, por conseguinte, apresentam seu conteúdo fracionado em dois grupos distintos: um de ordem moral, com base na doutrina dos direitos de personalidade, e outro de cunho patrimonial dada a atribuição de um direito exclusivo de exploração e de utilização econômica.

Direitos Morais do Autor

Os direitos morais na esfera da autoria são de exercício exclusivo pelo autor e tratam da relação pessoalíssima existente entre este e sua criação, ocupando-se o instituto da verificação de eventual dano extrapatrimonial que lhe seja causado. A base para a concepção dessa prerrogativa é a noção de que há uma relação naturalmente estabelecida desde o

¹⁵⁷ Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

¹⁵⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 4ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2002, p. 46

¹⁵⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 4ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2002, p. 46

momento em que a ideia é exteriorizada, o que faz com que reste impossibilitado que se faça qualquer tipo de dissociação entre o autor e a obra intelectual por ele produzida.

Para conceituá-los, a doutrina brasileira em sua maioria tende a ressaltar a existência desse vínculo mencionado e o reconhecimento de que constituem verdadeiros direitos de personalidade.

Carlos Alberto Bittar diz que os direitos morais são vínculos temporários que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade¹⁶⁰, cuja manifestação ocorre com a criação.¹⁶¹

Eliane Abrão, em sentido semelhante, afirma que são eles a união indissolúvel entre o criador e a obra criada, pois emanam da sua personalidade e imprimem um estilo de vida.¹⁶²

Rodrigo Moraes, por sua vez, para conceituar o direito moral do autor, prefere destacar o seu duplo fundamento que recai na tutela da personalidade do autor e a na tutela da obra como entidade própria. E o faz da seguinte maneira:

[...] pode-se conceituar direito moral como a pluralidade de prerrogativas extrapatrimoniais que visam a salvaguardar tanto a personalidade do autor quanto a obra intelectual em si mesma, por ser esta uma projeção do espírito de quem a criou. Em outras palavras, é uma série de direitos de ordem não-patrimonial que visam a proteger criador e criação. Esta constitui um reflexo da personalidade daquele e, conseqüentemente, uma emanção de sua própria dignidade como pessoa humana.¹⁶³

Carlos Alberto Bittar explana que os direitos morais são direitos de personalidade, uma vez que se encontram inseridos no âmbito dos direitos relacionados ao homem.¹⁶⁴ É preciso que se explique que para este autor, os direitos de personalidade se dividem em dois grupos: àqueles que são inatos, ou originários, que surgem desde o nascimento; e àqueles de base ética, referentes à projeção da personalidade do homem enquanto ser moral e social.¹⁶⁵ Nesse sentido, os direitos morais do autor estariam introduzidos neste segundo grupo, sendo considerados direitos de natureza ética resultantes da expressão do espírito e cuja proteção se observa com a criação da obra.

Em sentido divergente, posiciona-se o autor José de Oliveira Ascensão, para quem os direitos morais do autor devem ser considerados como direitos pessoais, em oposição aos

¹⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2002, p.47

¹⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direito de personalidade*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 9.

¹⁶² ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 74

¹⁶³ MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 9.

¹⁶⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direito de personalidade*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 9.

¹⁶⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direito de personalidade*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 10

direitos patrimoniais. Ressalte-se, contudo, que o professor Ascensão¹⁶⁶ compreende que direitos pessoais não se confundem com direitos de personalidade e explica que, embora ambos estejam conectados sob o ponto de vista da origem, ou seja, a pessoa humana, as prerrogativas pessoais possuem regime e tutela diferenciados.¹⁶⁷ Isso porque os direitos personalíssimos constituiriam uma classe de prerrogativas específicas no âmbito dos direitos pessoais, que não abrangeria todas as hipóteses das faculdades pessoais do autor. Daí porque esse jurista português considera que os direitos morais do autor não são direitos de personalidade, mas sim direitos pessoalíssimos.

Ainda segundo José de Oliveira Ascensão, a expressão “direitos morais” é imprópria, não apenas porque proveniente de uma importação francesa traduzida inadequadamente, mas também em razão do caráter generalizado que possui o qualificativo “moral”.¹⁶⁸ O autor também critica a utilização da terminologia “direito” sob a forma plural, ao argumento de que o termo geraria ambiguidades de significado. Essa motivação somada a sua avaliação dos direitos de personalidade fazem com que o autor sugira a substituição da expressão “direito moral” por “direito pessoal”, alegando ser esta mais adequada.

Em que pese a opinião do eminente professor lusitano, a doutrina brasileira majoritária trata os direitos morais como verdadeiros direitos de personalidade.¹⁶⁹ Entendimento este que é seguido por autores como Pontes de Miranda, Antônio Chaves, Orlando Gomes, Carlos Bittar, Eliane Y. Abrão, Eduardo Pimenta, Elisângela Dias Menezes, Leonardo Macedo Poli e Rodrigo Moraes, entre outros.

Quanto à inconveniência do termo, esta também foi alvo de críticas por parte de Pontes de Miranda que em seu Tratado de Direito Privado já se manifestava contra a utilização da expressão “droit moral”, pela confusão de vocábulos que cometia. Em suas palavras:

A expressão “droit moral”, lançada pelo jurista francês ANDRÉ MORILLOT, em 1872, é vazia, mal-sonante, híbrida e quase diremos monstruosa, por ser de uma dimensão social o substantivo e de outra o adjetivo. No mesmo despenhadeiro de

¹⁶⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 130.

¹⁶⁷ Ascensão escreve que existem direitos pessoais que não são de personalidade, e cita como exemplo na ordem civil os direitos familiares como direitos pessoais em geral. O autor segue explicando que há também outros direitos pessoais que se encaixam em tais circunstâncias e que não necessariamente pertencem a ramos institucionalizados do direito. Seria o caso do direito a lugar sentado nos transportes públicos para grávidas, deficientes físicos e idosos, que é pessoal e não de personalidade. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Os direitos de personalidade no código civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.fd.ud.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensãoJoseOliveira10.pdf>> Acesso em 10 de março de 2010.

¹⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 129.

¹⁶⁹ Os direitos de personalidade em geral, como à honra, à vida, à intimidade, entre outros podem ser exercitados desde o momento do nascimento, mas no que toca aos direitos morais do autor, estes ficam sob uma espécie de condição suspensiva. Ou seja, precisam ser exteriorizados pela ação de criação.

imprecisões, outro escritor francês, foi mais longe: a adjetivação “moral” parecia-lhe boa, porque o objeto último do direito é o “belo” [...].¹⁷⁰

A proposta de Pontes de Miranda para a modificação da locução direito moral repousa na expressão “direito autoral de personalidade”, uma vez que o que se tutela é a identificação pessoal da obra e a sua autenticidade.¹⁷¹ Na lição desse autor:

Essa identificação pessoal, essa ligação do agente à obra, essa relação de autoria, é vínculo psíquico, fático, inabluível, portanto indissolúvel, como toda relação causal fática, e entra no mundo jurídico, como criação, como *ato-fato jurídico*, razão por que o louco, o surdo-mudo absolutamente incapaz e o menor de dezesseis anos adquirem direito autoral de personalidade e direito patrimonial de autor. E exercendo a liberdade de criar, de produzir obras, inseparável do homem, que êles os adquirem. A liberdade de criar é direito a criar obras; o direito autoral de personalidade é direito à ligação da obra feita à pessoa que a fez. Tal direito não se separa da pessoa; e está fortemente esteado, em torno, pelos direitos à vontade, à honra e à identidade pessoal principalmente pelo direito ao nome.¹⁷²

Impende asseverar, todavia, que, apesar das críticas que desperta, o vocábulo “direito moral” é utilizado amplamente pela doutrina. Destarte, há que se fazer mais uma observação acerca da expressão em análise, uma vez que o termo “moral” pode conduzir o leitor desavisado a uma compreensão inadequada. Orientado por essa cautela e apoiado nos ensinamentos de Bruno Hammes, Querino Mallmann explica que o direito moral do autor, apesar de conter em seu termo a expressão “moral”, nada tem a ver com moralidade ética, ou seja, se o autor merece respeito como pessoa ou não. Segundo o professor, o direito moral não se relaciona com adjetivação de caráter ou de bom nome, mas sim se o indivíduo criativo merece respeito enquanto autor.¹⁷³

Em se tratando de suas características, os direitos morais de forma geral se apresentam como irrenunciáveis, imprescritíveis, oponíveis *erga omnes*, inexpropriáveis, inalienáveis e intransferíveis. Porém, quanto a este último aspecto a lei estabelece algumas exceções, de maneira que podem ser transmitidos aos herdeiros, licenciados a terceiros ou sofrerem eventual cessão, os direitos de integridade, ineditismo, paternidade e nomeação, ou ainda de não indicação de participante em obra coletiva que assim o requirite.¹⁷⁴

Segundo o artigo 24 da Lei 9.610/98, os direitos morais são estes indicados a seguir:

¹⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial - Tomo XVI* - Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 09.

¹⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial - Tomo VII* - Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 139-140

¹⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial - Tomo VII* - Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 143

¹⁷³ MALLMANN, Querino. *A natureza jurídica do direito da propriedade intelectual: o direito autoral*. In: Revista do Mestrado em Direito, v.2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008, p. 204.

¹⁷⁴ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 74.

a) direito de integridade: prerrogativa a partir da qual o autor pode se opor a eventuais deformações, mutilações, modificações, ou ainda, qualquer forma de dano à obra que possa acarretar inclusive em prejuízo a sua honra ou reputação.

b) direito de modificação: complementar à anterior, por esta o autor tem o poder de modificar a sua obra antes ou depois de ocorrer a sua utilização e independentemente da motivação que o conduzir.

c) direito de arrependimento ou de retirada: diz respeito à escolha de retirar de circulação determinada obra, conforme o interesse do autor. Também aqui não importa qual a justificativa que levou ao exercício do arrependimento, apenas que ao autor compete a decisão de permitir ou não a sua divulgação.

d) direito de paternidade e de nomeação: corresponde ao direito de ter o seu nome ou a indicação de sua autoria anunciada. Significa que ainda que terceiros se utilizem de uma determinada obra com autorização, é imprescindível que seja feita a designação de quem a criou. Desse modo, não se pode atribuir como sua, obra intelectual que de autoria de outra pessoa.

e) direito ao ineditismo ou de publicação: equivale a ação de conservar a obra criada e de não divulgá-la, caso seja esta a vontade de seu autor.

f) o direito de acesso: relaciona-se ao exemplar único e raro de obra intelectual em poder de terceiro, para que o autor possa de alguma forma preservar sua obra, seja por meio de fotografia ou de procedimento congênere, e causando o menor inconveniente possível. Note-se que o terceiro detentor da do produto intelectual pode ser indenizado pelos prejuízos que sofrer durante o exercício desta prerrogativa pelo o autor.

Direitos patrimoniais do autor

Tratando de interesses diversos, e refletindo o caráter econômico existente na possibilidade que possui o criador ao dispor de sua obra, o direito patrimonial do autor desde o início esteve presente no sentimento de proteção do legislador.¹⁷⁵ Isto porque é através do direito patrimonial que se permite que o autor ou o terceiro titular possam auferir vantagem pecuniária pela exploração da obra.

¹⁷⁵ [...] apesar de o direito moral de autor possuir hoje uma proteção mais ampla que o direito patrimonial, as repercussões econômicas da criação alcançaram amparo jurídico muito antes de seus aspectos pessoais. POLI, Leonardo Macedo. *Direito Autoral: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 34.

Há uma verdadeira reserva de exploração econômica da obra, tendo em vista que a prerrogativa se destina exclusivamente ao autor.¹⁷⁶ Com efeito, os direitos patrimoniais constituem um monopólio de exploração, através do qual o autor poderá estabelecer as condições que melhor aprouverem aos seus interesses e com isso legitimar a eventual exploração a ser exercitada por terceiros.

O rol de direitos patrimoniais existente na LDA apesar de extenso é meramente exemplificativo e segundo o disposto no artigo 28 são estes direitos de utilizar, fruir e dispor da criação. A escolha pela designação não restritiva se dá uma vez que não é possível catalogar todas as possibilidades de uso da obra intelectual, pois a cada dia novas formas de exploração são desenvolvidas, haja vista o progresso tecnológico. Dessa forma, a previsão de enquadramento de “novos usos” tem se mostrado como um recurso adequado à manutenção da legislação.

Na dicção do artigo 29, as faculdades de utilização e exploração são:

- 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, ondas 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.¹⁷⁷

Os direitos patrimoniais, ao contrário dos direitos morais do autor, podem ser transmissíveis, o que permite que a titularidade possa ser adquirida por meio de ato *inter*

¹⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 163.

¹⁷⁷ BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 fev. 1998, art. 29.

vivos, como licenciamento, autorização ou concessão ou ainda em razão de *mortis causa*, através de sucessão entre herdeiros. Ao mesmo tempo para que haja a atribuição de um exclusivo de exploração é impreterível que haja a autorização prévia e expressa do autor, sem a qual o uso econômico se revestirá de ilegitimidade.

Além disso, os direitos patrimoniais têm característica de temporalidade, extinguindo-se a proteção com o decurso do tempo. Na esteira desse princípio, também não podem ser negociados com prazos perpétuos, o que se fosse permitido contraria a prerrogativa do domínio público. São também penhoráveis, de modo que se sujeitam à constrição judicial, e prescritíveis, no tocante à ação judicial. Outro aspecto relevante, diz respeito à individualidade da obra ou a sua autonomia. Sobre esse aspecto, pode-se dizer que os direitos patrimoniais são independentes entre si, de modo que não há impedimentos para que duas ou mais faculdades de utilização sejam objeto de um mesmo negócio jurídico

2.4 O direito autoral nos tratados e convenções internacionais

A existência de tratados e convenções sobre os temas relacionados aos direitos autorais de estudo tem se tornado algo comum na agenda comercial dos países. Apesar de representar um esforço com vistas à unificação de normas jurídicas, os Tratados e as Convenções Internacionais não representam necessariamente uma imposição de regras a fim de solucionar os conflitos jurídicos num determinado território. Esses acordos são, em verdade, referenciais de uniformização, ou em outras palavras, recomendações as quais o país signatário se compromete a seguir, quando da produção de lei referente à matéria ínsita a tal contexto.

É válido ressaltar o papel de coadjuvante que a globalização tem exercido no ideal de padronização de direitos, mediante a assinatura de Tratados Internacionais. No caso dos direitos autorais, Denis Borges Barbosa resalta que existe uma ideia de uniformidade de proteção jurídica, como decorrência da aproximação global dos mercados.¹⁷⁸ O que se enquadra perfeitamente na conjuntura atual do tráfego de informações na internet por dois motivos principais: num primeiro momento, porque o direito à propriedade intelectual é uma prerrogativa produto da lei, não podendo ser considerada como um direito inato ao ser

¹⁷⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2 ed. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/>> Acesso em 20 de abril de 2009.

humano¹⁷⁹ – daí a necessidade de um *standard* legal; e num segundo momento, pelo fato de que a conquista do conhecimento e da informação significa aquisição de poder de controle, especialmente no tocante à formação de opinião pública.

A harmonização de um tratamento legal para as controvérsias derivadas do conflito entre os direitos autorais e a sociedade de informação se mostra como algo inevitável. A dificuldade para tanto, porém, reside no fato de que as nações se manifestam em favor de diferentes prioridades não se alcançando um resultado final com a rapidez que as mudanças sociais exigem.

A Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, de 1886, nesse sentido, exerce importante papel na regulamentação dos direitos autorais entre os países signatários, sendo considerada como referência obrigatória na confecção de documentos legais sobre esse tema. Assinada em 1886 e em vigência desde dezembro de 1887, este acordo foi denominado primeiramente como sistema da “União de Berna”, em alusão à subscrição espontânea dos países em estabelecer uma avença prioritariamente jurídica e não militar, conforme era de costume nesse período.¹⁸⁰ Seu compromisso fora revisado posteriormente em diversos momentos até a sua última revisão em 1971.

A Convenção da União de Berna (CUB) tem por transmitir três princípios importantes à tutela dos direitos de autor: o do tratamento nacional, o da proteção automática e o da independência da proteção.¹⁸¹

O princípio do tratamento nacional surge a partir de um dos problemas que se verificava à época da confecção do acordo de Berna. Tratava-se da dificuldade em se obter proteção às obras autorais em países estrangeiros àquele em que ocorria a primeira publicação. De acordo com a normativa aprovada, resolveu-se que a proteção aos autores não se limitaria a ocorrer em eventual território e somente aos seus nacionais ou às obras que ali fossem publicadas, abrangendo igualmente todas as produções advindas de qualquer um dos Estados signatários da Convenção, bem como de seus cidadãos.

O princípio da proteção automática, por sua vez, diz respeito ao fato de que a Convenção entende como desnecessária a imposição de registro ou de qualquer outra formalidade para que uma determinada criação autoral seja inserida no âmbito de sua proteção. Já o princípio da independência da proteção significa que é suficiente que uma obra

¹⁷⁹ BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2 ed. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/>> Acesso em 20 de abril de 2009, p. 75.

¹⁸⁰ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002p. 43

¹⁸¹ PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de autor, e propriedade tencnodigital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 93; ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 44.

circule nos contornos territoriais dos países signatários para que seja considerada como objeto a ser defendido, ainda que no país de origem tal garantia seja inexistente.¹⁸²

O texto original da Convenção trazia uma série de condições a serem observadas por cada Estado, sob a forma de parâmetros mínimos que deveriam ser reconhecidos internamente quando da elaboração da legislação de seus subscritores. Havia uma preocupação em se definir uma espécie de padrão a ser seguido pelos “unionistas”, restando o disciplinamento da matéria e principalmente as questões relacionadas ao estabelecimento de sanções punitivas a cargo de cada Estado.¹⁸³

Dentre as exigências do documento de Berna estava a impossibilidade de restrição dos direitos morais e o reconhecimento de tais prerrogativas como fundamento dos direitos autorais¹⁸⁴, que somada ao princípio da proteção automática, representou um dos motivos que atrasaram a adesão à Convenção de países advindos do sistema de proteção de *copyright*, como o Reino Unido e os Estados Unidos da América. O que somente veio a ocorrer no final dos anos 80, mediante a flexibilização de alguns dos termos do acordo de Berna, corroborados posteriormente pelo ADIPIC/TRIPS.

Tal dissonância foi responsável pelo desenvolvimento em paralelo à CUB, de outro importante acordo internacional o qual restou consolidado em 1953, em Genebra na Suíça, por influência dos países adeptos do *copyright*. A Convenção de Genebra, como é chamada, é marcada pela influência mercantil advinda desse sistema de proteção, cuja base se assenta na proteção dos investimentos firmados em consonância com a construção e a expansão de uma indústria cultural.

Dentre os princípios veiculados em seu texto é significativo ressaltar o da formalidade mínima indispensável, que contraria o da proteção automática, elucidado por Eliane Abrão a seguir:

[...] entender-se-á como protegida a obra, independentemente da existência ou não das exigências internas dos países signatários, que desde a primeira publicação consentida, traga impresso o símbolo © (*copyright*) acompanhado do nome do titular do direito de autor, seguido da indicação do ano da primeira publicação.¹⁸⁵

Ocorre que grande parte dos signatários da Convenção de Berna também assinou os termos do acordo de Genebra, em função do interesse de que suas obras fossem protegidas em

¹⁸² PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de autor, e propriedade tencnodigital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

¹⁸³ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 44.

¹⁸⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2002, p. 88

¹⁸⁵ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p 46.

território americano.¹⁸⁶ Com isso, pode-se dizer que houve a internacionalização do sistema do *copyright*, já que as nações associadas ao sistema unionistas passaram a reconhecê-lo e a respeitá-lo ante o surgimento de eventuais situações em que fosse necessária sua aplicação.¹⁸⁷

Em 1976, o sistema de *copyright* sofreu modificação no sentido de que a formalidade mínima não mais seria considerada como essencial, muito embora fosse conservada, o que representou um movimento de aproximação dos Estados Unidos ao sistema da União de Berna.¹⁸⁸ A adesão oficial desse país ao acordo unionista ocorreu enfim em 1989, quando então se reconheceu finalmente a possibilidade de aplicação dos direitos morais do autor no sistema de proteção do direito de cópia.

Segundo Elisângela Menezes¹⁸⁹, a concordância com os termos definidos em Berna, especialmente no tocante aos direitos morais do autor, por parte dos EUA era algo inevitável, tendo em vista a difusão da teoria dos direitos humanos. Demonstra, a autora, que o *copyright* enfrenta uma dinâmica de flexibilização a cada dia mais intensa e evidente, restando aos Estados Unidos uma escolha entre a aceitação e adaptação e o risco de isolamento.

Ao contrário da desarmonia observada no que se refere ao reconhecimento dos direitos morais, a tutela do aspecto patrimonial pelos acordos internacionais tem sido objeto constante de preocupação por parte das nações, com vistas à adequação da exploração comercial. Certamente a Convenção de Berna é o documento mais importante na tratativa dos direitos autorais para o ordenamento jurídico brasileiro, mas há outros acordos também relevantes que foram sendo assinados ao longo das últimas décadas e que versam sobre a regulamentação do comércio no âmbito da propriedade intelectual.

O GATT, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, administrado pela OMC, foi uma das iniciativas que colocou em pauta as discussões sobre a necessidade de adoção de métodos semelhantes por parte dos dois sistemas de proteção, no tocante, por exemplo, às violações de direitos autorais. Segundo Abrão, foi a partir dessa aliança que se transformou “os novos direitos (intelectuais) em mercadorias de alto valor comercial”.¹⁹⁰

Também administrado pela OMC, o ADIPIC/TRIPS, Acordo sobre Direito de Propriedade Intelectual relacionado ao Comércio, foi assinado 1994 mediante a recomendação de que fossem aplicados os princípios básicos do comércio dispostos pelo GATT às

¹⁸⁶ MENEZES, Elizângela Dias. Curso de Direito Autoral. Belo Horizonte. Del Rey. 2007, p. 33.

¹⁸⁷ MENEZES, Elizângela Dias. Curso de Direito Autoral. Belo Horizonte. Del Rey. 2007, p. 34.

¹⁸⁸ MENEZES, Elizângela Dias. Curso de Direito Autoral. Belo Horizonte. Del Rey. 2007, p. 35.

¹⁸⁹ MENEZES, Elizângela Dias. Curso de Direito Autoral. Belo Horizonte. Del Rey. 2007, p. 35.

¹⁹⁰ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 49

convenções e acordos internacionais em matéria de propriedade intelectual.¹⁹¹ Dentre eles estão: o princípio da prevenção de abusos, o princípio da adesão sem reservas e o princípio da cooperação técnica e financeira.¹⁹²

O acordo ADIPIC/TRIPS nasce com a promessa de criar um padrão global para a propriedade intelectual que não foi alcançado pela Convenção de Berna, mas se configura, na verdade como uma tentativa de consolidar uma posição hegemônica dos Estados Unidos, servindo-se aos seus interesses.¹⁹³ Como inovação, no entanto, trás a preocupação com a inserção dos programas de computadores no âmbito da proteção do sistema de direitos autorais.

No âmbito da OMPI, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, há dois tratados que visam à regulamentação do direito autor, desta vez em meio digital, por decorrência da utilização da internet. São eles o WCT (WIPO Copyright Treaty), ou TODA (Tratado da OMPI sobre direito de autor), e o WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty), ou TOIEF (Tratado da OMPI sobre interpretação e execução de fonogramas).

Os tratados da OMPI possuem disposição expressa de que suas disposições guardam vinculação exclusivamente com a Convenção de Berna e nenhum outro acordo, ainda que respeitados os direitos e obrigações destes advindos, de modo que os seus signatários somente podem ser aqueles que são membros do acordo unionista.¹⁹⁴ Apesar dessa exclusividade, o TODA em seu artigo 2º repete o conceito de direito autoral veiculado pelo ADIPIC/TRIPS, contudo tal disposição termina por atualizar a norma da Convenção de Berna, uma vez que acrescenta os programas de informática à esfera de proteção dos direitos autorais.¹⁹⁵

Dentre os aspectos que podem ser destacados do TODA estão a ampliação dos direitos de comunicação pública em comparação com a Convenção Suíça, a previsão do direito de locação e a determinação de que o tratado não poderá se sobrepor à faculdade das partes contratantes, quanto ao estabelecimento de condições relativas à fruição dos direitos patrimoniais, tais como a forma de disponibilização da obra ao público.¹⁹⁶

¹⁹¹ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 51.

¹⁹² ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 51.

¹⁹³ ENGLE, Eric Allen. When is Fair Use Fair? A Comparison of E.U. and U.S. Intellectual Property Law. In: *Transnational Lawyer*, Vol 15, No 187, 2002, p. 15-16, disponível em SSRN: <<http://www.ssrn.com/abstract=1020474>> Acessado em 08 de março de 2010.

¹⁹⁴ BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 133

¹⁹⁵ BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 133

¹⁹⁶ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p.52

Ainda sobre acordos internacionais que abordam o tema autoral, importante ressaltar o papel das diretivas europeias na uniformização desse direito em países cuja influência é marcante nas rodadas de negociações das quais o Brasil tem participado.

As diretivas europeias são um instrumento de harmonização das legislações nacionais dos países-membros que compõem a União Europeia. Funcionam a partir da fixação de objetivos e metas a serem alcançados por alguns ou todos os Estados de sua formação. Entretanto, para que produzam efeitos, devem ser transpostas para a ordem jurídica local até uma data limite pré-estabelecida, a fim de que reste assegurada a segurança das relações jurídicas ali iniciadas. Outrossim, ainda que seu texto veicule normas de observação obrigatória, é possível que os países legislem de acordo com a realidade que enfrentam, desde que seguindo as recomendações veiculadas.

Há duas diretivas que tratam da temática dos direitos autorais: a DIRETIVA 2004/48/CE sobre os direitos da propriedade intelectual e a DIRETIVA 2001/29/CE, sobre a harmonização de certos aspectos referentes aos direitos autorais e os direitos conexos na sociedade de informação.

A Diretiva 2004/48/CE trata de disposições sobre o direito da propriedade intelectual em geral, estabelecendo alguns pontos importantes, inclusive, no tocante à interpretação da Diretiva 2001/29/CE. Um desses aspectos é o de que a proteção ao exclusivo permita que o inventor ou criador possa usufruir de forma legítima de sua invenção ou criação, mas ao mesmo tempo possibilite, da maneira mais ampla possível, a difusão de obras, ideias e novos conhecimentos, não consistindo em obstáculo às liberdades de expressão, informação, circulação, ou ainda à proteção dos dados pessoais, inclusive na internet.

Continuando, a Diretiva ora em comento, atenta para a diversidade de regimes entre os Estados-membros, de modo que compreende que a proteção da propriedade intelectual nem sempre ocorrerá de forma igualitária em toda a Comunidade, já que determinadas formas de proteção podem ser consideradas como prejudiciais para eventual mercado interno.

Quanto aos direitos autorais, o disposto na Diretiva deve ser compreendido sem prejuízo das determinações referentes às exceções e limitações estabelecidas em outros instrumentos comunitários anteriores e reafirma a necessidade de que a indústria participe ativamente na luta contra pirataria, devendo os Estados, em colaboração com uma Comissão, elaborar códigos de conduta. Contudo, as medidas técnicas de proteção contra as infrações de direitos de propriedade intelectual não podem ser abusivas.

A Diretiva 2001/29/CE, por outro lado, merece maior atenção, por parte deste trabalho, tendo em vista que trata da implementação de uma série de liberdades e restrições no âmbito de um novo paradigma tecnológico.

A diretiva da sociedade da informação, quando trata das limitações e exceções aos direitos autorais, tenta assimilar a maior quantidade possível de situações, tratando inclusive da cópia privada. Ocorre que a forma generalizada de tratamento tem dificultado a identificação dessas situações de exclusão da proteção por alguns países. Alguns deles, inclusive, têm suscitado a compreensão de que, fora das possibilidades listadas, não seria possível que o Estado-membro acrescentasse novas formas de exceções ou limitações à sua legislação interna.¹⁹⁷

Sobre a questão do uso privado, por exemplo, tema que será analisado logo mais à frente, o instrumento normativo comunitário sugere que os países adotem medidas de compensação, independentemente das formas de utilização identificadas como desta natureza, e que adotem a Convenção de Berna, no tocante ao acolhimento da chamada regra dos três passos. Ao que possibilita também que se interprete que a cópia privada é uma exceção a ser adotada de forma facultativa pelos países membros da União europeia.¹⁹⁸

2.5 O direito autoral no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A história dos direitos autorais do Brasil é bastante recente, desenvolvendo-se somente a partir do século XIX e evoluindo até os dias atuais quando enfrenta o desafio da regulamentação desta garantia em meio digital. Seguindo a classificação expressa na obra de Antônio Chaves, essa história poderia ser dividida em três períodos¹⁹⁹: de 1827 à 1916, de 1916 a 1973 e de 1973 até o momento da publicação da obra desse autor, em 1987. Com entrada em vigor da Constituição de 1988 e da Lei 9.610 em 1998, é possível se distinguir uma quarta etapa a ser acrescida na elaboração de Chaves, correspondente ao período que se segue entre o ano de 1988 e os dias atuais. Veja-se a seguir cada um desses momentos.

¹⁹⁷ HELBERGER, Natali. HUGENHOLTZ, Bernt P. *No place like home for making a copy: Private copying in European copyright law and consumer law*. Berkeley Technology Law Journal. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012305> Acesso em: 4 de junho de 2009.

¹⁹⁸ MAZZIOTTI, Giuseppe. *Il diritto d'autore comunitario nel nuovo ambiente digitale: Riproduzione riservata, diritto d'accesso ed eccezioni all'esclusiva all'ombra della Direttiva 2001/29/CE*. Disponível em <<http://works.bepress.com/mazziotti/2/>> Acesso em 3 de junho de 2009.

¹⁹⁹ CHAVES, Antônio. *Direito de Autor – Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 27.

O referencial utilizado por Antônio Chaves ao iniciar sua análise sobre a história dos direitos autorais no Brasil é a Lei de 11 de agosto de 1827, que criou o curso de Direito nas cidades de São Paulo e Olinda, já no período imperial. Mas antes de se dar continuidade à cronologia dos fatos, é preciso que se façam alguns esclarecimentos sobre a situação das obras autorais durante o período imediatamente anterior ao de 1827, correspondente ao do colonialismo até a outorga da Constituição do Império em 1824.

No período em que o Brasil consistia numa colônia de Portugal, a Constituição Portuguesa de 1838, texto a ser obedecido em terras brasileiras, já veiculava em um de seus artigos a garantia de proteção aos escritores e inventores por suas obras intelectuais produzidas²⁰⁰, no entanto a imprensa era proibida na terra colonizada e não havia qualquer estímulo ao investimentos em impressão gráfica.²⁰¹ Com a independência do Brasil em 1822, houve a elaboração de uma Carta Constitucional, com a devida outorgação em 1824, sem que se fizesse qualquer referência ao direito autoral, mas apenas ao direito dos inventores pelas suas descobertas e produções.²⁰² O modelo de concessão de privilégios mediante outorga havia sido mantido pelo Império, onde somente os editores poderiam obter quaisquer direitos sobre obras autorais.

Note-se que a Constituição de 1824 permaneceu em vigor até à promulgação da Carta de 1891, e com isso qualquer forma de proteção adicional ao sistema de privilégios ficou a cargo da legislação ordinária. A lei supramencionada que data de 1827 foi o primeiro documento em vigor no Brasil que fez menção expressa a um privilégio de autor a ser exercido sobre os compêndios elaborados e utilizados nos cursos de ciências jurídicas que naquele momento estavam sendo criados. O privilégio exclusivo ali estabelecido seria temporário e com duração por dez anos.

No ano de 1930, outro documento legal a que os autores podiam se socorrer foi publicado. Tratava-se do Código Criminal, cujo artigo 261 consignou a proibição de reprodução não autorizada de obras compostas ou traduzidas por cidadãos brasileiros, com duração que se dilatava por toda a vida do autor ou caso este deixasse herdeiro, por mais 10 após a sua morte.²⁰³ Daí em diante, somente em 1890 se tem notícia de um novo documento que tratou da questão autoral no Brasil, ainda que tenham sido elaborados projetos de lei sobre o assunto. O escrito em referência era mais um código penal, desta vez promulgado pelo

²⁰⁰ CHAVES, Antônio. *Direito de Autor – Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 27.

²⁰¹ MENEZES, Elizângela Dias. *Curso de Direito Autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 25

²⁰² CHAVES, Antônio. *Direito de Autor – Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 27.

²⁰³ BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 486

Decreto n.º. 847, que trazia capítulo específico sobre crimes contra a propriedade literária, artística, industrial e comercial.

Em 1891, o direito autoral finalmente recebe *status* constitucional, inserindo-se no âmbito das garantias mínimas dos cidadãos. Observe-se que neste momento já houvera a assinatura da Convenção da União de Berna que ocorreu em 1886. Segundo Carla Caldas Barros, pode-se dizer que a elaboração de 1891 representou um avanço na normativa sobre o tema, uma vez que o dispositivo aprovado se destacava como princípio interpretativo e norma basilar para o sistema legislativo.²⁰⁴ Posteriormente, em 1898, surge a primeira lei ordinária sobre direitos autorais no Brasil, a Lei Medeiros e Albuquerque, de n.º 496, com as seguintes disposições: ampliação do prazo de proteção de dez para cinquenta anos; vedação de alterações não autorizadas, ainda que a obra estivesse já em domínio público; impenhorabilidade do direito de reprodução²⁰⁵; e a exigência de registro na Biblioteca Nacional como formalidade indispensável²⁰⁶, sendo esta última considerada posteriormente como inconstitucional.

Daí por diante, acontece em 1916 a aprovação do antigo código civil, inaugurando-se, assim, o segundo momento da história dos direitos autorais. Com o advento desta lei, os direitos autorais passaram à condição de bens móveis e ao abrigo de seção específica da propriedade literária, científica e artística, na esfera de atuação do direito das coisas. Para Rodrigo Moraes, a inserção dos bens intelectuais como direito real resultou numa “desfiguração” da prerrogativa, tendo em vista que a ênfase conferida ao direito de propriedade ignorou os caracteres extrapatrimoniais do instituto.²⁰⁷

O regramento do código civil de 1916 somente veio a ser revogado em 1973 com a publicação da Lei n. 5.988. Até lá, no entanto, diversos decretos foram elaborados com vistas a adequar a legislação às mudanças em curso na esfera dos meios de comunicação. O código penal foi um deles, editado em 1940 através do Decreto-Lei n. 2.848. Em seu regramento está a previsão de diversas formas de violação de direitos autorais apenadas com sanções que variam entre multa e detenção.

Nesse entremeio, é importante salientar que diversas Constituições foram sendo aprovadas, sem que se incorresse em inovações. Houve a Constituição de 1934, seguida pela

²⁰⁴ BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 487

²⁰⁵ CHAVES, Antônio. *Direito de Autor – Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 29.

²⁰⁶ BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 490.

²⁰⁷ MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 34

de 1937, outorgada por Getúlio Vargas e a única que omitiu o dispositivo sobre direito de autor, e logo após as Cartas de 1946 e de 1967, todas com redação semelhante, à exceção da substituição do verbo reproduzir pela palavra utilizar, de sentido mais amplo. Sobre o período compreendido entre os anos de 1937 e de 1946, é válido ressaltar que o direito autoral não fora suprimido pelo ordenamento jurídico, a semelhança do que fora previsto com relação à liberdade de expressão e à previsão da possibilidade de censura. Apenas não havia a previsão da prerrogativa como garantia constitucional, mas a legislação ordinária, como o código civil, mantinha-se em funcionamento.²⁰⁸

Voltando-se para o ano de 1973, quando da publicação da Lei n. 5.988, diversas novidades foram introduzidas na tratativa do direito do autor e dos direitos conexos. O processo de elaboração desta lei, na lição de Henry Jessen citada por Antônio Chaves, foi resultado de dois fatores fundamentais: a existência de diversos textos esparsos sobre a matéria, o que provocava a necessidade de consolidação de um documento normativo único, e insatisfação da classe artística com as sociedades arrecadadoras da época.²⁰⁹ Tinha início, portanto, a terceira fase da história do direito autoral brasileiro.

Dentre as novas regras transmitidas destaque-se: a diferenciação entre o direito moral e patrimonial; a regulamentação não apenas dos direitos do autor, mas também dos direitos conexos em um mesmo diploma legal; a exigência por escrito para que se possa fazer qualquer tipo de cessão de direitos; a proteção aos projetos de arquitetura; a criação do Conselho Nacional de Direito Autoral como responsável com função fiscalizadora; e a instituição do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, o ECAD.²¹⁰

A lei 5.988 sofreu algumas alterações com o passar dos anos, assim como também assistiu à mudança promovida pela atual Constituição Federal de 1988. Esse quarto momento da história autoral se estende até os dias atuais, sendo atravessado pela publicação de uma nova lei sobre direito autoral e pelos debates atualíssimos sobre a urgência de sua modificação em função dos desafios colocados pela Sociedade da Informação.

A Constituição Federal brasileira em vigor nasce sob a influência do Constitucionalismo revisitado após a 2ª grande guerra. Sua promulgação resulta na transformação de toda a estrutura político-jurídica do Estado, em virtude de seu sistema ser baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da democracia e do bem-estar da sociedade. Com a colocação da pessoa humana no centro de sua preocupação, a Constituição

²⁰⁸ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 63

²⁰⁹ CHAVES, Antônio. *Direito de Autor – Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 32.

²¹⁰ CHAVES, Antônio. *Direito de Autor – Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 38.

de 1988 termina por estabelecer um sistema complexo de direitos e garantias fundamentais primordial para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito

No que toca à tutela do Direito Autoral na Constituição Federal de 1988, o destaque recai sob a mudança de paradigma interpretativo que se retira da preocupação patrimonialista e se introduz no âmbito do aspecto pessoal, como resultado da constitucionalização dos direitos fundamentais estatais e supraestatais.

A proteção autoral na Carta Magna de 1988 restou estabelecida no texto dos incisos XVII e XVIII do artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

XVIII - 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.

Recordando a redação semelhante das Constituições anteriores, Eliane Abrão destaca que o inciso VII poderia ter resumido os conceitos de publicidade, utilização e reprodução numa única expressão, ao que a autora sugere como “utilização pública por qualquer meio ou processo.”²¹¹

Outra observação feita pela mesma autora diz respeito ao fato de que pela primeira vez uma Constituição no Brasil adotou tão somente o termo “obras”, no lugar da expressão “literária, artísticas e científicas”, que tanto foi reproduzida anteriormente. Como resultado, o objeto da propriedade intelectual foi ampliado, de modo a abranger não apenas as obras estéticas, mas também as bases de dados e programas de computadores.²¹²

Outra novidade trazida pelo texto constitucional é a inclusão da proteção da participação individual em obras coletivas e da reprodução da imagem e da voz humana, ainda que em atividades desportivas na alínea “a” do inciso XVIII. Com efeito, a tutela autoral foi estendida pelo texto constitucional àquelas obras cuja unidade é composta do trabalho de diversos autores, tal como acontece com um jornal ou uma produção musical, colocando-se em evidência a figura dos direitos conexos ao direito do autor.

²¹¹ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 67

²¹² ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 64

A Carta Brasileira também estabelece como princípio essencial a ser respeitado no âmbito da normativa autoral o do respeito à função social da propriedade. Esse dispositivo representa a necessidade de viabilização dos interesses sociais quando do reconhecimento pelo ordenamento das liberdades individuais, noção esta que não pode ser descartada tendo em vista o papel importante que a propriedade intelectual exerce no âmbito do desenvolvimento social.

Ao final, é possível identificar que a Constituição delibera sobre uma série de características dos direitos autorais: a personalidade da autoria, uma vez que a Carta ora em comento se volta para a figura do autor enquanto sujeito de direito, ao invés de se referir apenas ao titular; a exclusividade, exposta no inciso XVII pela necessidade de autorização a ser conferida pelo autor para que possa ocorrer eventual utilização ou exploração; a utilização pública e o aproveitamento dos direitos patrimoniais; e a transmissibilidade temporária aos herdeiros.²¹³

O tema dos direitos autorais tornou-se pauta novamente de discussão nas casas legislativas nos idos de 1997, resultando na publicação da lei n.º 9.610, comumente chamada de lei dos direitos autorais (LDA), em 1998.

Dentre as modificações empreendidas, a nova lei trouxe a reelaboração de conceitos para termos como publicação, transmissão ou emissão, retransmissão, fonograma entre outros, assim como para as definições de editor, produtor e artistas intérpretes e executantes.²¹⁴ Da

²¹³ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 65

²¹⁴ Segundo a dicção da lei 5.988/73: Art. 4º Para os efeitos desta lei, considera-se: I - publicação - a comunicação da obra ao público, por qualquer forma ou processo; II - transmissão ou emissão - a difusão, por meio de ondas radioelétricas, de sons, ou de sons e imagens; III - retransmissão - a emissão, simultânea ou posterior, da transmissão de uma empresa de radiodifusão por outra; IV - reprodução - a cópia de obra literária, científica ou artística bem como de fonograma; (...) IX - editor - a pessoa física a ou jurídica que adquire o direito exclusivo de reprodução gráfica da obra; X - produtor: a) fonográfico ou videofonográfico - a pessoa física ou jurídica que, pela primeira vez, produz o fonograma ou o videofonograma; b) cinematográfico - a pessoa física ou jurídica que assume a iniciativa, a coordenação e a responsabilidade da leitura da obra de projeção em tela; XI - empresa de radiodifusão - a empresa de rádio ou de televisão, ou meio análogo, que transmite, com a utilização ou não, de fio, programas ao público; XII - artista - o ator, locutor, narrador, declamador, cantor, bailarino, músico, ou outro qualquer intérprete, ou executante de obra literária, artística ou científica.

Ao passo que para a Lei 9.610/98, a classificação a ser adotada é a seguinte: Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - publicação - o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo; II - transmissão ou emissão - a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético; III - retransmissão - a emissão simultânea da transmissão de uma empresa por outra; IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse; V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares; VI - reprodução - 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

mesma forma novas modalidades de obras intelectuais foram acrescentadas ao texto, passando-se a admitir a existência de obras coletivas e de obras audiovisuais, alterando-se também a definição de obra em colaboração para o conceito de co-autoria.

Quanto ao exercício dos direitos patrimoniais, a LDA define que este será de setenta anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor, ressalvando-se que nos casos de co-autoria, esse prazo deve ser observado a partir do falecimento do último dos autores.²¹⁵ A nova lei, assim, muito embora tenha estendido o prazo resguardado ao direito autoral de sessenta para setenta anos, por outro lado acertou ao eliminar a proteção vitalícia que a lei anterior determinava aos filhos, pais, ou cônjuge do autor.

Dessa forma, resta assente que expirado o lapso temporal determinado pela lei, a obra intelectual passa a fazer parte do chamado domínio público, caso em que sua utilização por qualquer indivíduo se torna livre, desde que preservados os direitos morais de seu autor. Nessas hipóteses, por exemplo, não há dúvidas de que o conteúdo da obra possa ser compartilhado através da internet²¹⁶, ou ainda, seja objeto de reprodução em fotocopiadoras de forma livre e que não pode ser obstaculizada.

A Lei 9.610/98 trouxe consigo diversas modificações que já vinham sendo objeto de discussão desde os anos 80. A lei de 1973 precisava se adequar ao progresso tecnológico que à época se observava, especialmente no que dizia respeito ao uso privado, dada a utilização de máquinas fotocopiadoras, videocassetes e gravadores som, e à problemática da gestão coletiva dos direitos autorais. Em que pese tal preocupação de modernização, a lei que se encontra em

qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido; (...) IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual; X - editor - a pessoa física ou jurídica à qual se atribui o direito exclusivo de reprodução da obra e o dever de divulgá-la, nos limites previstos no contrato de edição; XI - 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; XII - 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; XIII - 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.

²¹⁵ Há que se observar que a lei também traz algumas especificações quanto às obras em formato audiovisual, fotográfico, ou de autoria anônima e/ou pseudônima. Nos dois primeiros casos observa-se a data da 1ª divulgação, enquanto que nesses últimos, o da 1ª publicação. Importante ressaltar também que as obras de autores falecidos, mas que não possuem herdeiros ou sucessores, assim como aquelas de autor desconhecido, mas transmitidas por meio da tradição cultural, essas são consideradas como de domínio público. (vide os artigos 43, 44 e 45 da lei 9.610/98)

²¹⁶ Um excelente exemplo sobre a disponibilização para uso privado de obras caídas em domínio público através da internet é o sítio <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Através dessa iniciativa o governo federal tem por facilitar o acesso da sociedade a uma ampla gama de bens culturais na qual se incluem obras literárias, partituras musicais, gravações, vídeos e publicações científicas.

vigor não conseguiu resolver tais contratempos, chegando aos dias atuais em descompasso com o avanço tecnológico que ocorrera na última década.

Nesse sentido, tal desacordo é evidente no campo do uso privado que anteriormente se restringia ao alcance limitado das relações inter pessoais do indivíduo, mas que atualmente alcança o aspecto global, tendo em vista que o compartilhamento de arquivos de computadores pode ocorrer entre quaisquer máquinas conectadas à internet, independentemente de suas respectivas localizações. Dessa forma, a cópia para uso privado tem sido vista por alguns grupos como uma fonte de pirataria que necessita de repressão, o que tem aumentado o *lobby* das grandes empresas do setor do entretenimento por uma legislação cada vez mais restritiva e desfavorável à manutenção do domínio público.

Daí porque, nos últimos anos, diversos setores da sociedade se apresentam empenhados na discussão das propostas de modificações dos artigos da lei 9.610/98. As motivações para a transformação da lei atual continuam semelhantes àquela do período de sua concepção, contudo observa-se que hoje a demanda pelo acesso livre aos bens culturais se encontra em nível nunca antes observado, o que certamente tem dificultado a tarefa do legislador.

No momento, encontra-se em discussão a elaboração de um projeto de lei com o objetivo de sanar as eventuais contrariedades observadas na legislação autoral. O Fórum Nacional de Direito Autoral é uma iniciativa do Ministério da Cultura cujo objetivo é apresentar e discutir com a sociedade as maneiras viáveis de se tornar a lei atual em cadência com as exigências do mundo atual. Diversas mudanças importantes certamente irão advir deste programa que tem se desenhado ao longo dos últimos anos, porém deve ser ressaltado que, muito embora a última reunião desse evento tenha ocorrido em novembro de 2009, a promessa de liberação do inteiro teor do pretense projeto de lei ainda não havia ocorrido até o mês de maio de 2010.²¹⁷

No tocante aos temas em debate, a regulamentação do direito de cópia a ser realizada para uso pessoal e em âmbito privado se apresenta como um dos mais controversos. Dentre os problemas apontados, critica-se o fato de que a interpretação dos limites e das exceções aos direitos autorais inseridos na LDA deve ser feita de modo restritivo, partindo-se da ideia de que as condutas que importem em usos livres somente são permitidas quando expressas na lei. Essa forma de abordagem relativa às obras autorais, embora fruto de um discurso em benefício do direito patrimonial envolvido, acaba por trazer uma série de

²¹⁷ Houve, no entanto, através do sítio do MinC, a publicação de uma notícia no dia 12 de abril de 2010, com o resumo de algumas das propostas em debate, ainda que não mencionado o texto dos artigos.

problemas em termos práticos que dificultam o acesso e a utilização de bens certos bens culturais por parte da sociedade.

Nesse sentido, a proposta de modificação apresentada no Fórum Nacional de Direito Autoral realizada no final de 2009 tem como ponto positivo o intuito de alcançar um equilíbrio entre interesses público e privado, adequando a Lei em vigor às novas necessidades sociais, sem descumprir os compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional. Se aprovada nos moldes em que as alterações se delineavam durante o evento, o Brasil terá em um futuro muito breve uma das legislações mais avançadas em termos de direito autoral no mundo.²¹⁸

Sobre a questão dos limites e das exceções estabelecidos em oposição à proteção autoral e o problema da cópia privada, estas serão matéria de maior aprofundamento no capítulo a seguir.

²¹⁸ Assim afirmou o professor Lawrence Lessig durante a palestra em que proferiu no evento *Campus Party*, em São Paulo, no início de 2010, ao comentar sobre as alterações na LDA brasileira.

3 O DESAFIO DA PROTEÇÃO AUTORAL NA ERA DIGITAL: a questão do uso privado de obras intelectuais

O problema do acesso livre aos bens culturais sempre foi tratado de forma displicente pelo direito de Propriedade Intelectual. Não há dúvidas de que, desde a publicação da Convenção de Berna, já existia uma preocupação com a necessidade de se estabelecer limitações ao monopólio do direito autoral, contudo, uma vez que os meios disponíveis para a confecção de uma cópia da obra original eram escassos e de resultados com qualidade inferior, o tema do uso privado permaneceu desprezado até o momento em que o progresso tecnológico passou a incomodar os interesses comerciais de criadores e intermediários.

A sensação de liberdade propagada pela navegação na internet ampliou para o usuário a compreensão de que os conteúdos dispostos no mundo virtual poderiam ser acessados e utilizados, independentemente da existência de regras jurídicas coercitivas quanto a determinados tipos de conduta ou utilizações. O excesso de autonomia concedido aos que têm acesso à internet, somado ao entendimento de que toda e qualquer informação é naturalmente livre, levou diversos indivíduos que, antes se colocavam inadvertidos sobre o assunto, a abraçar a ideia de que o direito autoral não pode ser concebido como um instituto coator da liberdade de expressão e do acesso aos bens culturais em determinadas situações.

O tema da cópia privada, tão pouco explorado em períodos passados, ressurgiu na última década como uma matéria que desperta forte interesse da sociedade quando esta reconhece diversas prerrogativas fundamentais em risco, em função da atuação repressora da indústria cultural.

Nesse sentido, cresce em importância o debate sobre quais medidas devem ser tomadas, de modo que um real equilíbrio entre os interesses em jogo possa ser concretizado. O capítulo que ora se descerra tem como objetivo discutir quais os mecanismos que estão colocados à disposição do legislador para que se alcance a pretendida harmonização. Será feita uma análise sobre as limitações existentes na LDA, com destaque para o aspecto da cópia privada, tendo em vista a controvérsia observada no âmbito da atuação do internauta que se utiliza da rede para copiar obras intelectuais para uso próprio, quando destituído de intenção de lucro.

3.1 Os limites e as exceções aos direitos autorais no ordenamento jurídico brasileiro

O capítulo IV da LDA trata das limitações aos direitos autorais, situações em que a proteção do direito autoral sofre algum tipo de restrição, de modo a permitir utilizações livres de obras intelectuais. Este tema é por vezes tratado pela doutrina sob a denominação de limites e exceções, expressões essas que são bastante semelhantes, mas que podem ser individualizadas.

Antes, porém, de se partir pela busca de uma conceituação do que vem a ser tais limites ou exceções, é importante observar primeiramente como o tema é veiculado pela legislação dos países. Ao se proceder com essa análise, tem-se como resultado a percepção de que há uma ausência de uniformidade no tocante à nomenclatura a ser utilizada na designação desse conjunto de situações que tem por objetivo o cerceamento da tutela autoral. Nesse sentido, assim como o faz a Lei Brasileira, também se utiliza do termo “limitações” a Lei Espanhola de Propriedade Intelectual, todavia os documentos internacionais em geral, como o ADIPIC/TRIPS, os Tratados da OMPI e a Diretiva 2001/29/EC que trata da harmonização dos direitos autorais na Sociedade da Informação, preferem o emprego de ambos os termos de forma simultânea, perfazendo a expressão “limites e exceções”.²¹⁹

Mas o que vem a significar um limite ou uma exceção ao direito autoral? Segundo Pierre Sirinelli, as noções que aqui se procuram são imprescindíveis para que se possa estabelecer uma prerrogativa de oposição ao direito da propriedade intelectual e designar de que forma e sob quais parâmetros cada uma delas poderá ser operacionalizada.²²⁰ Para esse autor, trata-se da delimitação de tudo o que escapa da zona de acesso restrito da proteção autoral e aquilo que deve ser tolerado pelos titulares desses direitos.

Paolo Marzano explica que a diferença entre uma e outra se limita à questão do conteúdo. Nesses casos, em se tratando de uma exceção, o direito de autor é reconhecido pela

²¹⁹ Na Bélgica utiliza-se o termo “exceção”, na Alemanha fala-se em “limites”, na Suíça diz-se que são “restrições”, no Reino Unido há “atos autorizados”, e em Portugal, “utilizações livres”. SIRINELLI, Pierre. *Excepciones y limitaciones AL derecho de autor y los derechos conexos*. Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de La OMPI sobre derechos de autor (WCT) y el Tratado de La OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 e 7 de dezembro de 1999, p. 2. O professor português José de Oliveira Ascensão prefere o uso da palavra “restrições” para representar o tema das limitações, ao argumento de que nem toda restrição poderá ser considerada uma exceção, ou ainda, o emprego do vocábulo “limites” de forma generalizada abarcando também a exceção. ASCENSÃO, José de Oliveira. *As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital*. Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura/Seminário Internacional sobre Direito Autoral. Fortaleza, 26, 27 e 28 de novembro de 2009.

²²⁰ SIRINELLI, Pierre. *Excepciones y limitaciones AL derecho de autor y los derechos conexos*. Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de La OMPI sobre derechos de autor (WCT) y el Tratado de La OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 e 7 de dezembro de 1999, p. 2.

lei, porém apenas aplicável em abstrato, não o sendo em uma situação concreta, ao passo em que na limitação, o direito autoral pode ser exercitado, porém apenas na medida em que se reconhece eventual direito de compensação.²²¹

Em outras palavras, é possível que se fale de limitação quando há em jogo algum direito de remuneração a ser compensando, enquanto que há exceção quando se está diante da ausência de um direito de autor ou de um direito conexo. Assim, as exceções são utilizadas naqueles casos em que o titular do direito autoral carece tanto das faculdades de autorizar ou proibir a utilização de sua obra por terceiros, como da permissão de receber algum tipo de remuneração. As limitações, ao contrário, são àquelas situações em que diante da ausência dessas mesmas faculdades, ainda é possível que haja alguma forma de retribuição financeira ao autor, como ocorre, por exemplo, no caso de licenças não voluntárias. No primeiro caso, há uma obrigação para o autor em permitir que sua obra seja utilizada livremente por terceiros, já no segundo caso, a lei estabelece de que maneira e quais direitos podem ser exercitados.²²²

Em sentido semelhante, Eliane Abrão opta pela designação de isenções e imunidades. Em consonância com a primeira circunstância, a lei de direito autoral tem por transmitir um elenco de situações nas quais a importância do conhecimento a ser propagado se sobrepõe à proteção do direito autoral em função do interesse público predominante.²²³ Ou seja, a transmissão de informações passa a ser livre de autorização em nome dos benefícios que serão trazidos à coletividade, dispondo a lei, por exemplo, que não será considerada ofensa a lei de direitos autorais a reprodução, em diários ou periódicos de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza.²²⁴ Já nos termos da segunda hipótese, a autora leciona que há uma ausência natural de autoria, pois certas condições se apresentam imunes à proteção do direito autoral.²²⁵

Ainda no âmbito das limitações, mencione-se que alguns autores se utilizam preferencialmente do termo derrogação, no lugar da palavra exceção, servindo-se do

²²¹ MARZANO, Paolo. *Diritto d'autore e digital technologies: il digital copyright nei trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitária*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 254.

²²² MARZANO, Paolo. *Diritto d'autore e digital technologies: il digital copyright nei trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitária*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 254.

²²³ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 146.

²²⁴ BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de fevereiro de 1998, Art. 46, I, "b".

²²⁵ As ideias, os procedimentos, os conceitos matemáticos entre outros, conforme afirmado anteriormente, são inapropriáveis por natureza e, com isso, ao não se sujeitam à proteção autoral, constituem-se sob a forma de imunidades no campo das limitações. ABRÃO, Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 153.

fundamento de que a tutela do direito autoral deve ceder ao interesse público, em casos específicos e em atendimento ao princípio da utilização livre.²²⁶

Por fim, deve ser destacado que muito embora não haja harmonização na utilização dos termos ora discutidos, não se pode olvidar do fato de que o esforço empreendido para se entenderem tais distinções importa num melhor discernimento acerca do funcionamento das limitações. As consequências práticas provenientes dessa atividade de diferenciação, segundo Christophe Geiger, é a de que ao se legislar sobre exceções deve-se levar em consideração que a regra é a do direito exclusivo do autor, somente havendo excepcionalidade quando observados casos especiais em que essa tutela inexistente; ao passo que no caso das limitações deve-se partir de uma regra geral, a liberdade, para que os direitos autorais possam ser restringidos, uma vez que o monopólio que sustentam os autores não pode ser no todo ilimitado.²²⁷

Partindo-se para uma reflexão sobre o papel do princípio da liberdade no âmbito do direito autoral e do impacto produzido em sua decorrência no campo das limitações, observa-se que a noção tradicional de que limites e exceções devem ser interpretados restritivamente parece não se coadunar com a realidade em decurso.

Um dos aspectos que sobreleva tal concepção é o fato de que os direitos autorais não devem ser considerados em absoluto sobre qualquer outro direito fundamental constitucionalmente previsto. Há, em verdade, uma dificuldade por parte dos autores e dos interessados nos resultados mercantis da indústria autoral de se vislumbrar a hipótese de um direito de autor relativizado pela atuação de outros direitos que eventualmente conflitem com ele, dada a feição de propriedade que sempre fora assumida por esse instituto. Contudo, é preciso que se destaque que assim como os demais direitos humanos fundamentais, os direitos autorais devem se submeter a parâmetros e balizamentos na esfera de sua interpretação, em virtude de exigências sociais.

A adoção de uma interpretação extensiva tem como benefício a possibilidade de se encontrar limites outros que não apenas aqueles contidos na lei especial, notadamente porque a LDA não é capaz de listar todas as possibilidades de utilizações livres que o sistema jurídico é hábil a permitir. Além disso, com as mudanças perpetradas pelos mecanismos tecnológicos envolvidos na circulação da informação, novas necessidades surgiram no seio da sociedade

²²⁶ PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 318.

²²⁷ GEIGER, Cristophe. *Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts*, GNUR, 2004, p. 818 APUD CARDONA, José Javier González de Alaiza. *La copia privada: sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Granada: Editorial Comares, 2008, p. 104.

em prol de uma maior atenção ao acesso ao conhecimento. Como resultado, mais do que nunca, a dedicação efetuada nos domínios dos limites autorais deve levar em consideração a existência de um equilíbrio a ser alcançado.²²⁸

Seguindo essa perspectiva de restrição dos direitos fundamentais, a proteção do direito autoral deve se sujeitar a condicionamentos de natureza intrínseca e extrínseca.

Os limites intrínsecos se referem à estrutura interna do direito autoral. Isso quer dizer que se torna pertinente avaliar qual a extensão do objeto a ser protegido, o tempo de duração a ser estabelecido em sua tutela, assim como a existência de um interesse público a ser tutelado.²²⁹ Para José Cardona são três os critérios principais a serem analisados: a) a ubiquação sistemática dos limites, posto que para este autor não convém saber se limites e exceções estão contemplados na definição da norma, ou em preceitos à parte, mas decerto que a demonstração de inexistência desses limites na definição deve ser feita pelo autor, e a comprovação das exceções em preceitos à parte, por aquele que dela pretende se beneficiar²³⁰; b) a origem dos limites ou dos interesses que defendem; e c) os efeitos que se pretende alcançar.²³¹

Nessa acepção, a legislação pode assumir basicamente duas formas: uma de cláusula geral, nos moldes do direito americano, que permite maior flexibilidade na interpretação da norma, mas tem como consequência a imprevisibilidade; e outra sob a configuração de uma listagem de restrições que poderá ser taxativa ou não, correndo o risco de se converter num elenco defasado com o passar do tempo.²³²

Os limites extrínsecos, por sua vez, nascem do conflito com outras áreas do Direito, essencialmente quando os limites intrínsecos não obtêm êxito ao tentar conciliar interesses públicos e privados.²³³ Nesses casos, pode-se dizer que há uma omissão ou improficiência do legislador, que ao estabelecer as restrições aos direitos autorais não exerce a ponderação

²²⁸ “The notion that the law must preserve a balance between protecting the rights of authors and safeguarding fundamental user freedoms is now generally accepted. In defining this balance, copyright limitations are mere (but essential) instruments, not exceptions to a rule.” HUGENHOLTZ, Bernt. *Fierce creatures: Copyright Exemptions: Towards Extinction?. Rights, limitations and exceptions: striking a proper balance.* IFLA/IMPRIMATUR Conference, 30-31 October 1997, Amsterdam, The Netherlands.

²²⁹ CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 155.

²³⁰ CARDONA, José Javier González de Alaiza. *La copia privada: sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Granada: Editorial Comares, 2008, p. 107.

²³¹ CARDONA, José Javier González de Alaiza. *La copia privada: sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Granada: Editorial Comares, 2008, p. 108.

²³² ASCENSÃO, José de Oliveira. *As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital*. Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura/Seminário Internacional sobre Direito Autoral. Fortaleza, 26, 27 e 28 de novembro de 2009.

²³³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital*. Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura/Seminário Internacional sobre Direito Autoral. Fortaleza, 26, 27 e 28 de novembro de 2009.

necessária ante as colisões provocadas por outros direitos, como o do consumidor, o do trabalho, a concorrência desleal, os direitos fundamentais, entre outros.²³⁴ Como consequência, a limitação externa enfatiza a compreensão de que o direito autoral está adstrito à esfera de atuação dos princípios constitucionais, devendo ser, portanto, confrontado com todo o ordenamento jurídico.

Feitas essas considerações, note-se que há quatro categorias de usos às quais a obra intelectual se submete, dentre as quais três são acolhidas pela lei autoral brasileira. Segundo a classificação esquematizada por Allan de Souza são elas: a) a de uso patrimonial reservado e privado, adstritos à autorização prévia e ao pagamento de remuneração ao autor; b) a de utilização livre independente de autorização, mas condicionada a uma compensação financeira, em virtude de eventual prejuízo comercial, e que não foi prevista na LDA; c) a de utilização livre, isenta de compensação, posto que sem finalidade lucrativa e com vistas à concretização de direitos fundamentais; e d) a de obras que podem ser livremente utilizadas, ainda que com finalidade comercial e sem condicionamentos.²³⁵

Na LDA, tais espécies foram contempladas nos artigos de número 46, 47 e 48, não ocasionando ofensa a direito autoral, por exemplo, as reproduções: em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; 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; 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; 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; a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa; 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

²³⁴ CARDONA, José Javier González de Alaiza. *La copia privada: sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Granada: Editorial Comares, 2008, p. 109

²³⁵ SOUZA, Allan Rocha de. *Legislação Autoral: conflitos e soluções*. Palestra na CEC – Câmara dos Deputados, Brasília, 11 de novembro de 2008.

exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores; entre outras hipóteses.²³⁶

Assim como são livres paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito²³⁷ e podem ser representadas sem restrições por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais, as obras situadas permanentemente em logradouros públicos.²³⁸

3.2 As limitações aos direitos autorais no sistema de proteção do *copyright*: o *fair use* e o *fair dealing*.

As limitações aos direitos autorais também constituem uma parte importante do sistema de proteção de direitos autorais dos países que adotam o *common law*. Através de teorias como a do uso justo ou a do tratamento justo, é permitido que se estabeleça uma limitação ao direito que o autor possui de controlar os usos e formas de exploração de sua obra. Nos Estados Unidos essa teoria é reconhecida sob a denominação de “*fair use*”, ao passo que em países como o Canadá, Inglaterra, Nova Zelândia, Austrália, entre outros, o termo comumente utilizado é o “*fair dealing*”.²³⁹

De modo geral, o uso justo constitui uma cláusula geral que permite uma interpretação ampla a ocorrer com base no caso concreto apresentado. Utilizando-se de recursos interpretativos como a analogia e a equidade, a estipulação permite uma abertura interpretativa de modo a beneficiar a sociedade, a partir da identificação de uma situação não prevista em lei, mas em que o direito autoral possa ser excetuado, permitindo-se o acesso à obra intelectual quando identificado o preenchimento de determinadas condições.

A doutrina do tratamento justo, por sua vez, diferentemente do que ocorre com a teoria do uso justo, parte de proposições previamente determinadas em lei e em

²³⁶ ²³⁶ BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de fevereiro de 1998, art. 46.

²³⁷ ²³⁷ BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de fevereiro de 1998, art. 47.

²³⁸ ²³⁸ BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, , 20 de fevereiro de 1998, art. 48.

²³⁹ O verbo “*to deal*”, do qual decorre a flexão verbal *dealing*, contida na expressão, pode ser traduzido para o português no sentido de “lidar com”. Juntamente do vocábulo *fair*, como se faz no termo “*fair dealing*”, compreende-se que o significado pretendido está relacionado à estipulação de um “tratamento justo”, em sentido semelhante ao da locução americana “*fair use*”, cuja tradução mais próxima é a de “uso justo” ou a de “uso razoável”.

desconhecimento de eventual cláusula geral. Ao aplicar-se unicamente às situações enumeradas na legislação e nenhuma outra que não prevista, as limitações aos direitos autorais desses países tornam o modelo do tratamento justo mais restritivo que o regramento da teoria americana do uso razoável.

A ideia de se estabelecerem limites ou exceções ao direito de cópia (*copyright*) foi a forma encontrada como meio de se atingir um equilíbrio entre os interesses sociais em conflito, assim como de manter o sistema de proteção autoral sob constante apreciação, especialmente no tocante à doutrina americana. Conforme relata Melissa de Zwart, foi a partir do caso *Folsom v. Marsh*, em 1841, que se firmou a base para o que viria a ser a doutrina do uso justo em sua acepção mais moderna e codificada em 1976.²⁴⁰ Nesse julgamento, decidiu-se que a citação de trechos de uma obra com a finalidade de criticá-la poderia ser considerada como uma conduta lícita e não de pirataria, desde que analisados alguns elementos, como a natureza e o objeto da seleção, possibilidade de diminuição do valor da obra original, entre outros.²⁴¹

A adoção de um mecanismo de uso justo compreende a noção de que os autores merecem ser recompensados pelas utilizações comerciais de suas obras, mas ao mesmo tempo revela a necessidade de que existam instrumentos capazes de coibir o controle monopolizado por parte dos autores de toda e qualquer utilização.²⁴² Segundo essa doutrina, é permitido que um indivíduo faça desde cópias a citações de trechos de uma obra original, sob determinadas circunstâncias, mesmo que o titular do direito autoral se oponha a essa possibilidade.

Rick Boucher afirma que a doutrina do *fair use* foi criada pelas cortes americanas como uma maneira de consubstanciar os direitos de liberdade de expressão contidos na primeira emenda.²⁴³ No esteio desse entendimento, a liberdade de expressão possui pouco significado se um indivíduo precisa adquirir previamente a permissão do autor de uma obra intelectual, para poder produzir algo de sua autoria, mas que possa ser considerado

²⁴⁰ DE ZWART, Melissa. Fair Use? Fair Dealing? In: *Copyright Reporter* – Vol. 24, Janeiro/2006, p. 4, Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=1069183>> Acessado em 01 de março de 2010.

²⁴¹ DE ZWART, Melissa. Fair Use? Fair Dealing? In: *Copyright Reporter* – Vol. 24, Janeiro/2006, p. 4, Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=1069183>> Acessado em 01 de março de 2010.

²⁴² BOUCHER, Rick, *The Future of Intellectual Property in the Information Age*. In: THIERER, Adam. CREWS, Wayne. (Org.) *Copy Fights: The future of Intellectual Property in the Information Age*. 2 ed. Washington, D.C. : Cato Institute, 2003, p. 963.

²⁴³ BOUCHER, Rick, *The Future of Intellectual Property in the Information Age*. In: THIERER, Adam. CREWS, Wayne. (Org.) *Copy Fights: The future of Intellectual Property in the Information Age*. 2 ed. Washington, D.C. : Cato Institute, 2003, p. 963.

posteriormente como semelhante ao que fora utilizado.²⁴⁴ Nessa perspectiva, se toda e qualquer forma de utilização for precedida, obrigatoriamente, de autorização do criador, então o princípio da liberdade de expressão se encontraria tolhido e de difícil concretização.

Para a justiça americana, a vitalidade do princípio da liberdade de expressão depende da existência da doutrina do uso justo e essa, por sua vez, é elemento essencial que permite que autores e artistas sejam recompensados pelo trabalho produzido ao mesmo tempo em que à sociedade é garantido espaço para manter seu discurso ativo.²⁴⁵

Tal concepção, por exemplo, foi a veiculada pela Suprema Corte Norte-Americana em decisão referente ao caso *Eldred v. Ashcroft*. Lawrence Lessig²⁴⁶ narra que seu cliente Eldred tinha como objetivo o de criar um ambiente virtual em que fosse possível que qualquer indivíduo tivesse acesso irrestrito a livros cujo direito autoral estivesse expirado, ou seja, em que a obra estivesse em domínio público o que consistiria num uso justo. Contudo, com a edição do *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* — CTEA (Lei de Extensão do Período do *copyright* Sonny Bonno) – o legislador possibilitou que o prazo necessário para que uma obra passasse a fazer parte do domínio público fosse estendido para além do prazo definido em lei. A demanda judicial com a finalidade de declarar tal norma como inconstitucional foi iniciada, contudo Lawrence Lessig e seu cliente não obtiveram a decisão pretendida. Em que pese a deliberação em favor da constitucionalidade da lei, a Corte Americana apresentou em sua fundamentação a noção de que o *copyright* e a liberdade de expressão são dois direitos que coexistem da seguinte forma: o direito de cópia proporciona um ambiente de incentivo à produção, o que tem por aumentar a liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que ele restringe essa liberdade²⁴⁷, necessitando do estabelecimento de mecanismo de usos razoáveis.

Há, porém, diversas teorias que visam dar apoio e sustentação à noção de usos justos na esfera do direito autoral, não sendo a teoria da liberdade de expressão a única existente. Dentre elas há a teoria econômica, a teoria do custo social e a teoria da razoabilidade.²⁴⁸ Além

²⁴⁴ BOUCHER, Rick, *The Future of Intellectual Property in the Information Age*. In: THIERER, Adam. CREWS, Wayne. (Org.) *Copy Fights: The future of Intellectual Property in the Information Age*. 2 ed. Washington, D.C. : Cato Institute, 2003, p. 963.

²⁴⁵ BOUCHER, Rick, *The Future of Intellectual Property in the Information Age*. In: THIERER, Adam. CREWS, Wayne. (Org.) *Copy Fights: The future of Intellectual Property in the Information Age*. 2 ed. Washington, D.C. : Cato Institute, 2003, p. 963.

²⁴⁶ LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. p. 211, disponível em <<http://softwarelivre.org/samadeu/lawrence-lessig-cultura-livre.pdf>> Acessado em 11 de dezembro de 2008. e LESSIG, Lawrence. *The Future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Random House, 2001.

²⁴⁷ LESSIG, Lawrence. *The Future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Random House, 2001, p. 197.

²⁴⁸ LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use” delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo, ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 108, fev. 2006. APUD ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva.

disso, é possível encontrar autores que discordem da visão de que o direito de cópia ou *copyright* consiste numa supressão ao direito de liberdade de expressão e que, por isso, a adoção do modelo do uso justo constituiria uma maneira de preservá-lo.²⁴⁹

A previsão em lei de um modelo de uso justo a ser aplicado é algo que somente vem a ocorrer com a adoção do *Copyright Act* de 1976, quando certas situações foram previstas de modo que não seriam consideradas como condutas violadoras de direito autoral. São elas: as utilizações cuja intenção do usuário fosse a de fazer uma crítica ou comentário sobre a obra em uso, o uso de obra para veiculação de notícia jornalística e o emprego do trabalho do original de outrem para finalidades educacionais ou de pesquisa.²⁵⁰

A partir daí foi possível que se determinasse uma série de condições de cumprimento obrigatório, a fim de que certa situação pudesse ser enquadrada como um uso justo. Assim, não basta apenas dizer para um professor que a utilização de um filme em sala de aula, com o objetivo de auxiliá-lo no ensino de seus alunos, é uma ação coberta pelo manto do uso razoável. Ela somente será compreendida de tal forma se estiver em conformação com seguintes critérios: a) o propósito e a natureza do uso, se comercial ou com fins educacionais não lucrativos b) a natureza do trabalho intelectual protegido; c) a quantidade e a essencialidade do que fora utilizado em comparação com a obra original em sua integralidade; d) os efeitos que o uso pode provocar no mercado potencial da obra.

O primeiro fator a ser observado, quanto ao propósito e a natureza do uso tende a favorecer as utilizações com finalidade educacional ou não lucrativa. Este último panorama foi o destacado no caso envolvendo a empresa *Sony*, fabricante dos aparelhos de videocassete Betamax e o grupo formado por *Universal Studios* e *Disney*. Segundo estes estúdios, a *Sony* deveria ser responsabilizada por violação de direitos autorais ao permitir que seus consumidores gravassem programas e filmes protegidos, sem autorização. A Suprema Corte, porém, reverteu a decisão da Nona Corte Distrital de Apelações ao argumento de que as

Obras Privadas Benefícios Coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Tese de Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

²⁴⁹ “No accommodation to copyright fair use can be certain to always rescue a free speech interest from a claim of copyright infringement. The Court could admit the lack of a real connection between fair use and free speech and provide separate First Amendment review in appropriate cases. Or, if the Court continues to rely on fair use as a bulwark against separate First Amendment scrutiny of copyright, then the Court and Congress owe a duty to the First Amendment to make fair use and its analytical framework operate in accord with First Amendment principles rather than in discord.” LOCKRIDGE, Lee Ann W. *The Myth of Copyright’s Fair Use Doctrine as a Protector of Free Speech*. In: *Santa Clara Computer & High Tech. Law Journal*. Vol 24, p. 103, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=id1148257>> Acessado em 10 de março de 2010.

²⁵⁰ Seção 17, U.S.C. § 107, disponível em <<http://www.copyright.gov>>: The fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright.

gravações residenciais consistiam em uma atuação não comercial e não lucrativa e que em conjunto com os demais critérios deveriam ser consideradas como um uso justificado.

O problema quanto ao fator do propósito do uso aparece, contudo, quando a motivação do usuário é o de produzir um trabalho derivativo, hipótese em que é preciso que se identifique a ocorrência de atividade “transformadora” na obra produzida, de modo que essa não se confunda com o original ou não prejudique a exploração normal deste último. Além disso, deve-se atentar também para o aspecto da boa-fé²⁵¹ por parte do usuário.

Sobre o segundo aspecto, o da natureza da obra original em utilização, deve-se levar em consideração o critério da criatividade, observando-se se o seu conteúdo é composto de dados factuais ou apenas de mera ficção, assim como se houve ou não a sua publicação.²⁵² Assim, o trabalho cujo conteúdo se apresenta como instrutivo tem maior tendência de ser liberado para utilização livre do que outro puramente ficcional.²⁵³

O terceiro fator a ser percebido, o da quantidade e da essencialidade do uso, diz respeito tanto à questão da porção da obra original utilizada, como à exploração da essência da obra original. Giuseppina D’agostino, no entanto, observa que há uma tendência de as Cortes analisarem com mais veemência o que fora objeto de uso e sob que circunstâncias do que necessariamente o volume do que fora aproveitado.²⁵⁴ Destaca a autora que em casos como *Harper v. Row*, o problema encontrado foi o de que o “coração” da obra original constituía a base do trabalhos derivado e não a quantidade de citações que foram feitas.²⁵⁵

Já o último critério, relativo aos efeitos produzidos na esfera do mercado em potencial, em muito se relaciona com a teoria econômica do direito da propriedade intelectual. Aqui é inevitável que se analise quais as consequências que as formas de utilização podem trazer para a exploração normal da obra original.

²⁵¹ D’AGOSTINO, Giuseppina. *Healing fair Dealing? A comparative analysis of Canadian fair dealing to UK fair dealing and US fair use*. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=id1014404>> Acessado em 05 de Março de 2010. p. 39

²⁵² D’AGOSTINO, Giuseppina. *Healing fair Dealing? A comparative analysis of Canadian fair dealing to UK fair dealing and US fair use*. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=id1014404>> Acessado em 05 de Março de 2010. p. 41

²⁵³ LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use” delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo, ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 108, fev. 2006. APUD ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras Privadas Benefícios Coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Tese de Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 129

²⁵⁴ D’AGOSTINO, Giuseppina. *Healing fair Dealing? A comparative analysis of Canadian fair dealing to UK fair dealing and US fair use*. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=id1014404>> Acessado em 05 de Março de 2010. p. 42

²⁵⁵ D’AGOSTINO, Giuseppina. *Healing fair Dealing? A comparative analysis of Canadian fair dealing to UK fair dealing and US fair use*. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=id1014404>> Acessado em 05 de Março de 2010, p. 43

Com relação a esse último aspecto, importante ressaltar a adoção da teoria econômica consistente na teoria da falha do mercado para questionar usos justificados. Nesse sentido, o uso justo seria a correção da falha, posto que o mercado, através dos mecanismos de que dispõe, não conseguiria suplantar eventuais obstáculos que se colocam a sua frente. Diante da existência de impedimentos ao bom funcionamento do mercado, a cópia então seria permitida.²⁵⁶ Essa doutrina foca a questão do licenciamento de uso como alternativa que o autor possui para negociar os termos da utilização pelo interessado, o que tem dificultado o exercício da doutrina do uso justo e consequentemente atuado em seu definimento.

O caso *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*²⁵⁷ ilustra uma situação cuja decisão judicial favoreceu a opção do licenciamento, uma vez que não fora identificada a falha do mercado. A empresa Texaco, à época da demanda, possuía em seu quadro de funcionários cerca de 400 pesquisadores e cientistas, o que despertava seu interesse em manter assinaturas de periódicos e publicações científicas. No entanto, após o recebimento desse material impresso, a empresa efetuava diversas fotocópias com a finalidade de distribuição entre seus empregados, mantendo apenas uma ou outra assinatura. O caso fora julgado em favor das empresas titulares dos direitos autorais das publicações científicas. O uso justo não fora identificado, a partir da análise dos efeitos que tal uso provocava no mercado, qual seja o prejuízo suportado pelas assinaturas que não foram concretizadas, posto que tal alternativa de acesso estava à disposição da empresa Texaco.

Ainda no que concerne aos fatores de verificação obrigatória, note-se que a lei de direito autoral americana de 1976 deixou a cargo das cortes qualquer juízo de valor ou identificação técnica a ser feita caso a caso, posto que em nenhum momento tornou claro como esses critérios deveriam ser aferidos numa eventual demanda que contivesse o problema da identificação de uma utilização justa.²⁵⁸ Esse ambiente de incerteza, contudo, tem gerado um enfraquecimento da doutrina ora em comento. De um lado, porque o usuário não consegue alcançar os benefícios do uso justo em sua integralidade, por outro, devido à existência de diversos meios jurídicos à disposição do autor da obra a fim de questionar a razoabilidade da

²⁵⁶ DEPOORTER, Ben, PARISI, Francesco. Fair Use and Copyright Protection: a price theory explanation. In: *International review of Law and Economics*, Vol. 21, No. 4, May 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=2592988> Acessado em 10 de Março de 2010.

²⁵⁷ A decisão em sua íntegra pode ser acessada em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=2nd&navby=docket&no=929341>> Acessado em 15 de março de 2010.

²⁵⁸ PARCHOMOVSKY, Gideon. WEISER, Philip J. Beyond Fair Use. In: *Cornell Law Review*, 2011, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1557242>> Acessado em 08 de Março de 2010. (No prélo).

utilização por terceiros, o que pode se reverter em algo financeiramente custoso ao usuário que é com quem reside o ônus da prova.²⁵⁹

Sida Vaidhyathan²⁶⁰ menciona que as Cortes americanas aparentemente têm tido dificuldade de identificar os fatores necessários para justificar o uso justo no caso de paródias. Para ilustrar sua afirmação o autor traz à baila casos concretos semelhantes, mas em que a justiça norte-americana se posiciona de modo diverso: o processo *Loew's Inc. v. Comlumbia Broadcasting System* tratava de um caso de paródia em exercício por um comediante na televisão, que envolvia o filme *Gaslight*, em 1956. Naquele momento a Corte decidiu que a paródia a partir de uma obra lucrativa não poderia ser utilizada como forma de criticismo. Nas décadas seguintes, esse entendimento foi modificado e o valor cultural da paródia fora reconhecido. Nos anos 80, contudo, a partir de outra ação judicial, a Nona Corte Distrital de Apelação decidiu que a paródia não poderia competir comercialmente com a obra original. Já em 1994, a Sexta Corte Distrital de Apelação, em *Campbell v. Acuiiff-Rose Music*, decidiu que a paródia criada com finalidade comercial não deveria ser considerada como um uso justo e que, portanto, necessitaria de autorização do autor. Além disso, essa corte revelou que a paródia não se limitaria ao aspecto da diversão, devendo ter também fundo crítico, e considerou que no caso em análise o usuário se aproveitou da essência da obra original para criar seu trabalho. Ao final, este caso foi revertido pela Suprema Corte em favor do usuário.

Como se pode observar, esses são apenas alguns dos vários casos em que se faz necessária a intervenção da Suprema Corte para que se possa definir uma solução adequada para a identificação do uso justo. Em caminho inverso, por exemplo, move-se o Canadá, país adepto da teoria do *fair dealing*, onde se tem observado uma movimentação em prol de uma maior flexibilização das cláusulas que dispõe sobre o tratamento justo. Uma consulta pública realizada em 2009 resultou na elaboração de uma Carta Aberta²⁶¹ na qual mais de 25 organizações sociais representantes de educadores, alunos, consumidores, entre outros, reclamaram a adoção de mecanismos de flexibilização para o *Copyright Act*. Para Trosow o país deverá muito em breve enfrentar uma reforma na lei de direitos autorais, e dentre os temas que serão debatidos está o papel do tratamento justo e a necessidade de haver uma adequação da Lei para que sua interpretação se adapte à prática judicial, uma vez que o texto

²⁵⁹ PARCHOMOVSKY, Gideon. WEISER, Philip J. *Beyond Fair Use*. In: Cornell Law Review, 2011 (No prélo). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1557242>> Acessado em 08 de Março de 2010.

²⁶⁰ VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and Copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: New York University Press, 2003, p.146-148.

²⁶¹ A Carta Aberta pode ser visualizada em: <<http://www.michaelgeist.ca>> Acessado em 25 de Março de 2010.

atual não corresponde ao entendimento da Suprema Corte daquele país veiculado no processo *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canadá*.²⁶²

Conforme já mencionado, o sistema do tratamento justo é reconhecido por sua interpretação restritiva das hipóteses justificáveis, de modo que somente o que se lê no texto da lei pode ser considerado como uma exceção ao direito autoral. Nesse sistema seis fatores devem ser observados de modo a considerar a aplicação de um tratamento justo: a) o propósito e a natureza comercial; b) os caracteres do uso; c) a quantidade do que fora utilizado da obra original; d) as alternativas existentes à utilização em análise e) a natureza do trabalho intelectual protegido; e f) o efeito que o uso pode provocar na obra original.

Com a publicação da decisão no caso supramencionado, a Suprema Corte canadense determinou que a lei autoral não poderia ser interpretada restritivamente, tendo em vista que tal conduta provocaria o seu próprio engessamento. Além disso, a Corte decidiu que o tratamento justo poderia ser inclusive conferido em casos diversos do uso privado ou não comercial. Modificando a noção até então aplicada de “originalidade”²⁶³, ficou abrangido pela exceção do tratamento justo, por exemplo, a fotocópia de livros utilizados por advogados a serem utilizados no exercício da profissão e não apenas para fins meramente acadêmicos.²⁶⁴

3.3 O problema da cópia privada e o acesso a conteúdos intelectuais na rede mundial de computadores

O problema da cópia para uso privado sempre foi apresentado como um dos maiores desafios a ser elucidado pelo sistema de proteção do direito autoral. Isto ocorre porque a determinação de um uso livre importa na colocação de um obstáculo ao autor de explorar economicamente sua obra e receber o direito de remuneração que possui. Nesse sentido, a cópia privada se apresenta como um instituto que se contrapõe ao direito autoral, pois as faculdades de exploração patrimonial estão reservadas ao seu titular e somente ele pode autorizar as utilizações em que perceber a existência de um potencial econômico.

²⁶² TROSOW, Sam. *Why copyright fair-dealing needs flexibility*. Disponível em <<http://samtrosow.ca>> Acessado em 15 de março de 2010.

²⁶³ Considerou-se como original o trabalho que fosse produto do exercício das habilidades e da capacidade de discernimento de quem o elabora.

²⁶⁴ D'AGOSTINO, Giuseppina. *Healing fair Dealing? A comparative analysis of Canadian fair dealing to UK fair dealing and US fair use*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=id1014404>> Acessado em 05 de Março de 2010, p. 6.

O embasamento para a criação deste tipo de limitação encontra fundamento na necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre os interesses sociais e a proteção do direito do autor, de modo que não seja necessário pedir autorização para cada uso caracterizado como fora do âmbito de atuação da proteção do autor, ou ainda essencial que se efetue algum tipo de pagamento. Tais situações revelam a dificuldade de se conseguir precisar até onde pode ir a capacidade do autor de controlar os usos possíveis de sua obra, assim como de se determinar quais as faculdades que podem ser exercidas por aquele que obteve acesso a uma obra intelectual, independentemente se de forma onerosa ou gratuita.

Para alguns autores, não é possível falar na existência de um princípio jurídico de liberdade de uso privado.²⁶⁵ Isso ocorre porque o direito de autor não está fundamentado na autonomia que se pressupõe existir diante de um uso pessoal, mas, ao contrário, ele deve estar em consonância com os limites extrínsecos que lhe são colocados, em função da ponderação a ser executada no interior do sistema jurídico. Dessa forma, não se pode dizer que a proteção autoral está condicionada à ideia de uma liberdade de utilização por um terceiro, mas apenas de que poderá ceder diante da tutela da vida privada, uma vez que o controle de utilizações por parte do autor não deve violar a privacidade do consumidor.²⁶⁶

O ponto de partida da preocupação em se restringir o uso privado se intensifica com o surgimento de técnicas que possibilitam a reprodução de obras intelectuais com maior facilidade, qualidade e menor esforço por parte do copista. Com o desenvolvimento de um maquinário capaz de aumentar a velocidade com que se produz a cópia de uma obra intelectual, tornou-se inviável para quem copia a necessidade de ter que pedir autorização sempre que praticasse uma reprodução. Some-se a isso, o fato de que no período em que o ato de reproduzir era algo custoso e demorado, as perdas financeiras dos autores eram consideradas de valor ínfimo, no entanto, a partir do momento em que tal atividade pode ser produzida com agilidade e o dispositivo mecânico espalhado sem impedimentos, cresceu a possibilidade do surgimento destes prejuízos.

Nesse momento que corresponde à quarta parte do século XX algumas justificativas foram elaboradas na tentativa de se fundamentar a existência de usos privados na legislação: a) a dificuldade de se fazer o controle dessas cópias; b) a existência de um uso social ou de

²⁶⁵ TRABUCO, Cláudia. Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais. In: *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. Ano 09, nº 18, segundo semestre de 2007. Disponível em: <<http://www-en.us.es/araucaria/nro18/nro18.htm>> acesso em 09 de fevereiro de 2010, p. 33. PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de autor, e propriedade tencnodigital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 343

²⁶⁶ PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de autor, e propriedade tencnodigital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 343.

uma conduta socialmente aceita; c) a ocorrência de um uso normal, ou seja, o fato de que a reprodução livre poderia ser considerada como inserida no âmbito das atividades normais de terceiros, uma vez que a obra original fora legalmente adquirida e este seria seu destino natural; d) a identificação do caractere de *ultima ratio*, derivado do princípio da intervenção mínima, segundo o qual o gravame produzido pela atividade do copista seria considerado pequeno demais a ponto de se necessitar da ação dos mecanismos de controle; e) o reconhecimento do abuso do direito à proteção autoral, que restringe a definição de usos livres; entre outras.²⁶⁷

A evolução da cópia analógica para a reprodução digitalizada, no entanto, modificou radicalmente a configuração das cópias produzidas e a sua capacidade de disseminação entre seus interessados. Diante de um contexto puramente eletrônico em que a informação se multiplica de modo trivial, e a cópia é elaborada a custos insignificantes, o valor da proteção autoral cresce, e uma nova conjuntura se apresenta às partes em conflitos em detrimento da prescrição de cláusulas de limitação.

Nessa situação, o motivo que serve para embasar o estabelecimento em lei de uma exceção de cópia privada também se modifica. José Cardona identifica seis tipos de justificativas que devem ser levadas em consideração pelo legislador: a) a impossibilidade de controle, especialmente no âmbito doméstico, e o alto custo financeiro para o seu funcionamento; b) o direito de intimidade, que protege o copista no âmbito de sua liberdade na esfera privada; c) a defesa da cultura; d) o progresso tecnológico frente às inovações; e) o reconhecimento de uma propriedade em favor do destinatário da obra; e f) a liberdade de expressão e o direito de informação.²⁶⁸

A averiguação de uma situação de uso privado de obra intelectual deve passar inevitavelmente pela delimitação do espaço no qual ocorrerá a utilização, pela forma eleita para o uso que se deseja e também pela verificação de seus participantes.

Um primeiro aspecto que deve ser levado em consideração nesse procedimento diz respeito ao caráter isento de exploração econômica ou comercial de que deve se revestir o uso privado. A ausência de intuito lucrativo é o principal aspecto que permite que se possa diferenciar uma cópia privada de uma ação de pirataria, conceitos estes amplamente confundidos. A cópia realizada com a finalidade de ser utilizada na esfera pessoal do copista não pode ser equiparada à ação criminosa de quem distribui ilegalmente ou reproduz sem

²⁶⁷ CARDONA, José Javier González de Alaiza. *La copia privada: sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Granada: Editorial Comares, 2008, 114-120

²⁶⁸ CARDONA, José Javier González de Alaiza. *La copia privada: sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Granada: Editorial Comares, 2008, 121-130

autorização uma obra intelectual com o objetivo de auferir lucro com a sua posterior comercialização e diante da ausência do pagamento do direito autoral devido. Além disso, ainda que a ação do usuário não possa ser enquadrada como de uso privado, não deve esta ser considerada um ato de pirataria, mas de contrafação de direito autoral, que é a denominação adequada.

Em segundo lugar, deve-se procurar compreender qual o local em que deve ocorrer a comunicação dessa obra para que se caracterize a esfera privada. O uso pessoal em geral é definido em contraposição a ideia de que a prerrogativa de comunicação da obra, de que faz parte das faculdades patrimoniais do autor, deve ser realizada em espaço público ou esteja revestida dessa qualidade. Nesse sentido, a utilização em meio privado do copista deve ocorrer preferencialmente em âmbito doméstico, contudo este caractere não pode ser analisado isoladamente, necessitando da verificação de quem são as pessoas que compõem este espaço de domínio pessoal.

A esfera privada de um indivíduo em geral é moldada pela existência de relações familiares e de amizade. Uma cópia feita para uso privado, certamente irá fazer parte do círculo de relações sociais do copista.²⁶⁹ Para ilustrar esse tipo de situação, um exemplo que se pode utilizar é o da realização de festas particulares, no qual se reproduz um CD ou DVD como forma de ambientação sonora do evento. Não havendo a cobrança de ingressos e em se tratando de um evento eminentemente familiar, não há direito de remuneração a ser repassado ao autor. Daí porque uma cópia pode continuar sendo considerada como de uso privado, ainda que tal utilização não seja feita diretamente pelo copista, mas por pessoa inserida no seu meio familiar. Assim, além do intuito recreativo, desprovido de finalidade comercial, pode-se considerar como privada uma utilização que estiver introduzida no seio familiar.

Sobre esse assunto, verifique-se a seguir jurisprudência do STJ – Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL. DIREITO AUTORAL. FESTAS SOCIAIS SEM INTUITO DE LUCRO. A EXECUÇÃO DE MUSICAS GRAVADAS, EM DISCOS E FITAS, EM FESTAS COMUNITARIAS DE MORADORES DE CONJUNTOS HABITACIONAIS, SEM OBJETIVO DE LUCRO, DIRETO OU INDIRETO, NÃO ESTÁ SUJEITA AO PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS E NEM DE LICENÇA DO ORGÃO ENCARREGADO DE SUA ARRECADAÇÃO” (STJ. REsp 26543-9/PR, Rel. Ministro Dias Trindade, DJ 23/11/1992 p. 21886) [grifo nosso].

²⁶⁹ Note-se que a expressão “uso privado” tem significado mais abrangente do que o vocábulo “uso pessoal. Nesta última, presume-se que a utilização será feita exclusivamente pelo copador.

Contudo, não há ainda uniformização jurisprudencial no tocante a festas particulares onde há execução musical ao vivo. O ECAD afirma que nesses casos o pagamento do direito autoral é devido e alguns Tribunais, como o TJMG (AC N° 1.0024.07.481171-2/001), possuem decisão com esse entendimento. O TJSP, em recente decisão, seguiu entendimento contrário, num caso judicial que abordava a questão da arrecadação de direito autoral pelo ECAD em festa de casamento com apresentação de Disk Jockey – DJ. Segundo esse Tribunal, conforme acórdão publicado em Junho de 2009:

DIREITOS AUTORAIS. Festa de casamento realizada em salão alugado no clube local, com música operada por DJ. Aplicação do art 46, VI, da Lei 9610/98. Hipótese de isenção. Recesso familiar, independentemente da grandiosidade da festa ou do local do evento. Restrição à participação. Ausência de finalidade lucrativa, ainda que indireta. Sentença mantida.” (TJSP, AC n° 994070387116, Rel. Des. Teixeira Leite, 4ª Câmara de Direito Privado DOE 05/06/2009) [grifo nosso].

O STJ, por outro lado, possui jurisprudência na qual se discute acerca da extensão do conceito de esfera privada ou âmbito doméstico aos quartos de hotéis e estabelecimentos dessa natureza. A partir da análise dessas decisões, depreende-se que não pode haver cobrança de direitos autorais em virtude da utilização de aparelhos de rádio e televisão, quando esses são colocados à disposição dos hóspedes nos quartos. Se houver, contudo, a retransmissão do sinal captado através de uma central, haverá a obrigatoriedade do pagamento. A cobrança também incide nos casos em que há sonorização ambiente ou quando tais dispositivos de mídia são colocados em áreas de frequência coletiva.²⁷⁰

Outro elemento que também se coloca na definição de um uso privado diz respeito à forma e à quantidade de cópias a serem realizadas e a finalidade de sua realização. As duas primeiras formas de mensuração, entretanto, são difíceis de serem realizadas restritivamente. Nesses casos, a lei pode optar pela autorização de reprodução parcial, integral ou limitada a um número de cópias pré-determinado. No que se refere à finalidade, o legislador pode, por exemplo, definir no texto legal a licitude do uso privado quando houver fim educacional envolvido ou mesmo quando a reprodução for direcionada ao acervo de bibliotecas e arquivos públicos.

²⁷⁰ Direitos autorais (cobrança). Aparelhos radiofônicos (transmissão). Quartos de hotéis e motéis. São devidos direitos autorais pela retransmissão (Súmula 63), mas, tratando-se de transmissão, feita através de rádio colocado à disposição dos hóspedes ou frequentadores, não se justifica a cobrança. Precedentes da 2ª Seção do STJ: EREsp's 45.675 e 97.081. Ação ordinária improcedente. Recurso especial não conhecido. (REsp 138690 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1997/0045982-9 - Relator(a): Ministro NILSON NAVES (361) - Órgão Julgador: T3 – TERCEIRA TURMA - DJ 04.09.2000 p. 147)

O regime atual da cópia privada no Ordenamento Jurídico Brasileiro restou escrito no inciso II do artigo 46 da LDA²⁷¹, em que se determina que não constitui ofensa aos direitos autorais, a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este e sem o intuito de lucro. A partir da redação do artigo, nota-se que houve a adoção de uma postura restritiva no que se refere ao uso privado para a LDA e de difícil operacionalidade na vida prática. O legislador somente permitiu que o próprio copista efetuasse a reprodução do material protegido, desde que fosse sob a forma parcial e uma única vez.

Alguns problemas desde já podem ser percebidos na redação do inciso. Um deles diz respeito à abrangência do uso privado que não ficou precisamente definida. A lei não demonstra exatidão se a utilização deve ser feita exclusivamente para uso de quem copia, ou se outras pessoas do seu convívio podem estar envolvidas numa eventual reprodução.

A questão dos “pequenos trechos” também é um dos principais pontos criticados na LDA. Ao se colocar na norma tal expressão, a lei termina por remeter indiretamente a outro documento normativo a eventual definição de seu conceito, já que ela por sua vez não tratou deste problema. A ideia bastante veiculada de que no Brasil somente é permitido a execução de fotocópias na quantidade de 10% a 15% do total da obra que se cobiça não encontra guarida na lei de direitos autorais. Essa foi apenas uma tentativa da ABDR (Associação Brasileira de Direitos Reprográficos) em interpretar o significado da expressão mencionada.²⁷²

Essa falta de esclarecimentos termina por criminalizar certos tipos de condutas que são triviais no universo do consumo de quem se utiliza de bens e serviços informatizados como no caso dos dispositivos de mídia convergentes que estão disponíveis no mercado.²⁷³

²⁷¹ LEI 9.610/98, Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

²⁷² Uma das saídas que a ABDR alega ter encontrado para o problema da Xerox no mundo universitário foi a adoção do projeto “Pasta do professor”. Através do *site* <<http://www.pastadoprofessor.com.br>> é possível que o professor tenha acesso ao conteúdo de uma determinada obra e o disponibilize para que seus alunos possam efetuar a impressão do material em algum ponto de venda autorizado. O detalhe fica para a presença obrigatória nos papéis impressos do nome completo e do CPF do aluno. Esse projeto apresenta diversas limitações de ordem prática e dificilmente cairá no “gosto” de seu público alvo. Note-se, por exemplo, a situação de um aluno que precisa da cópia de trechos de uma obra que não se encontra disponível no *site*. Segundo consta no FAQ do *site* oficial desse plano, nesses casos, cabe ao aluno interessado enviar solicitação para editora para que disponibilize tal conteúdo informando-lhe de sua necessidade. No caso de obra esgotada, a solução apresentada pela ABDR é a de que o professor ou aluno devem procurar por soluções alternativas ou pesquisar se existe nova edição.

²⁷³ Transferir o conteúdo de um CD para um computador ou tocador de mp3, por exemplo, é considerado como violação a direito autoral. Da mesma forma é infração autoral para lei qualquer tipo de cópia de salvaguarda de mídia digital que for feita por um indivíduo que não esteja em acordo com a designação de “pequenos trechos”, o que torna essa tarefa de difícil execução. Ter acesso a *sites* como *Youtube*, cujo conteúdo em sua maioria não possui autorização também é considerado crime, pois se trata de um serviço de *streaming* em que a cópia é feita para o computador do usuário ao mesmo tempo em que há a reprodução do conteúdo. A diferença de se acessar

A antiga lei, em contraposição, a de n.º 5.988 de 1973, definia como uso privado a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destinasse à utilização com intuito de lucro. Vê-se, assim, que a determinação anterior se caracterizava por uma maior flexibilidade ao tolerar a cópia em sua integralidade, bem como a utilização realizada coletivamente.

Nenhuma das duas leis se empenhou em definir exceções de direitos autorais para usos com finalidade educacional ou qualquer outro beneficiamento ao interesse social de forma mais detalhada, como no caso de reprodução ou digitalização de obras em bibliotecas públicas. Nesse sentido, no momento de sua criação, pode-se dizer que a LDA perdeu a oportunidade de reconhecer usos livres dessa natureza, como fizeram diversas leis estrangeiras.²⁷⁴

Para a Lei Brasileira, a conduta de quem se utiliza de obra intelectual sem a devida autorização ou sem estar acobertado por uma de limite ou de exceção, como a de cópia privada, incorre em violação de direito autoral.

As violações de direitos autorais constituem ilícitos civis, dada a existência de prejuízos financeiros eventualmente suportados pelo autor, mas também são consideradas, em determinados casos como contrafação penal. De acordo com o texto veiculado no artigo 184 do código penal, com redação alterada pela lei 10.695/03, violar direitos autorais constitui ilícito criminal cuja pena é a de detenção de três meses a um ano, ou multa. No caso de reproduções, quando verificado o intuito de lucro direto ou indireto, ou ainda em se tratando de interpretação ou execução desprovida de autorização por parte do titular, a pena passa a ser a reclusão de dois a quatro anos e multa. O mesmo artigo, em seu parágrafo 4º, explica que

um vídeo no *Youtube* e baixá-lo diretamente para armazenamento no seu computador e posterior reprodução, é que no serviço de streaming o usuário precisa está conectado à internet sempre que precisar reproduzi-lo. Também não é possível, devido ao texto da lei, que um professor se utilize de obras cinematográficas ou musicais em sala de aula sem que haja autorização do autor.

²⁷⁴ O código de Propriedade Intelectual Francês, atualizado em 2009, no artigo 8º do L.122-5 prevê a dispensa de autorização para bibliotecas públicas, museus e arquivos nos moldes quando não houver vantagem econômica envolvida nem prejuízo à exploração normal da obra. Também prescinde de consentimento naquele país as reproduções para fins educacionais, excluindo-se dessas as atividades recreativas e de entretenimento, mediante a doção de mecanismos compensatórios. Com isso restou autorizado, por exemplo, a digitalização de obra esgotada nesses estabelecimentos. Em Portugal o CDADC (artigo 75, “e”), publicado com nova redação, autoriza a reprodução isenta de autorização de peça encontra no acervo de bibliotecas públicas, arquivos públicos, museus públicos, instituição científica ou de ensino e centro de documentação não comercial, ressalvando que se a cópia não for destinada ao público deve ela ser desprovida de finalidade lucrativa direta ou indireta e ter como objetivo as necessidades próprias desses locais. O código Português também autorizou a colocação ou comunicação ao público através de terminais do acervo de bibliotecas públicas, arquivos públicos, museus públicos e escolas de obras protegidas cuja compra ou licenciamento não sejam possíveis contudo, determinou no artigo 76 que a reprodução e a citação nesses casos não podem ser extensas a ponto de prejudicar o interesse pela obra original. A lei 23 de 1982 da Colômbia em seu artigo 38 permite que bibliotecas públicas reproduzam obras que se encontram esgotadas para uso exclusivo de seus frequentadores, quando for necessário para sua conservação e para outras bibliotecas públicas.

tais disposições não serão aplicadas quando a cópia de obra intelectual ocorrer “em um só exemplar, para uso privado do copista e sem o intuito de lucro direto ou indireto”.²⁷⁵

Para alguns autores, a técnica legislativa foi mal empregada na redação da norma do art. 184 e de seus parágrafos. A expressão “violiar direitos de autor ou os que lhe são conexos” constitui uma norma penal em branco que não descreve o comportamento do infrator de forma clara e precisa, exigindo o auxílio da LDA. Com isso observa-se a violação de princípios como o da legalidade e o da taxatividade, tendo em vista que os elementos necessários para a identificação da conduta não estão descritos com exatidão, o que prejudica a função de garantia individual existente no âmbito da reserva legal.²⁷⁶ Note-se que o código penal não menciona a expressão “pequenos trechos”, o que pode conduzir ao entendimento de que a cópia integral em um único exemplar, para uso privado e sem finalidade comercial, não foi recepcionada como conduta criminosa no que toca aos direitos autorais.²⁷⁷

Outro ponto destacado por esses autores se refere ao fato de que a apuração de uma violação de direito autoral não deve ser realizada na esfera do direito penal, uma vez que o direito patrimonial de remuneração do autor se refere a um interesse privado e, portanto, constitui uma dívida civil quando transgredido. Impor uma tutela penal nesses casos consiste na desobediência dos princípios da intervenção mínima, segundo o qual o direito penal somente deve agir em *ultima ratio*, quando nenhuma outra forma de controle social puder funcionar adequadamente, e da lesividade, pelo qual o Estado deve evitar interferir na esfera privada punindo condutas que apenas alcancem preferências pessoais.²⁷⁸

Túlio Vianna critica ainda a existência de uma ênfase mais forte no que tange à tutela da propriedade intelectual, em que se visa garantir o direito do autor de receber um pagamento, quando comparada com o delito de furto, no qual há ofensa a direito real e

275 Código Penal, art. 184, §4º. 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

²⁷⁶ VIANNA, Túlio Lima. A ideologia da Propriedade Intelectual. In: *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, tomo II*, Disponível em: <www.tuliovianna.org> acesso em 11 de maio de 2009, p. 942. e SOUZA, Allan Rocha. SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. *Os direitos autorais, a cópia integral privada e a interpretação dos limites da proteção jurídica no Brasil*. Disponível em: <conpedi.org/manuel/arquivos/anais/bh/allan_rocha_de_souza.pdf> Acesso em 15 de janeiro de 2009

²⁷⁷ SOUZA, Allan Rocha. SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. *Os direitos autorais, a cópia integral privada e a interpretação dos limites da proteção jurídica no Brasil*. Disponível em: <conpedi.org/manuel/arquivos/anais/bh/allan_rocha_de_souza.pdf> Acesso em 15 de janeiro de 2009

²⁷⁸ VIANNA, Túlio Lima. A ideologia da Propriedade Intelectual. In: *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, tomo II*, Disponível em: <www.tuliovianna.org> acesso em 11 de maio de 2009, p. 942-943. e SOUZA, Allan Rocha. SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. *Os direitos autorais, a cópia integral privada e a interpretação dos limites da proteção jurídica no Brasil*. Disponível em: <conpedi.org/manuel/arquivos/anais/bh/allan_rocha_de_souza.pdf> Acesso em 15 de janeiro de 2009.

decréscimo no patrimônio.²⁷⁹ Para esse autor o que existe é uma inconstitucionalidade do artigo 184 do código penal, já que a hipótese de pagamento malsucedido de um crédito de direito autoral não acarreta lesão a bem jurídico patrimonial, mas sim em frustração de uma expectativa de recebimento.²⁸⁰

A disposição normativa do artigo 46 da LDA é ainda matéria de diversos projetos de lei (PL) que tramitam no Congresso Nacional, cujas modificações pretendidas consistem na alteração do texto, a fim de que melhor se adapte o instituto da cópia privada à realidade vigente. Leia-se a seguir um resumo das aspirações de alguns desses projetos:

a) Projeto de lei n.º 131/2006, iniciado no Senado: discute a adoção de limites ao ato de reprodução para uso privado, a partir da estipulação do percentual de 25% do total da obra intelectual. (ANEXO A, Parecer do Relator)

b) Projeto de lei n.º 7325/2010, iniciado na Câmara dos Deputados: prevê o acréscimo de alínea ao artigo 46, a fim de determinar como limitação ao direito autoral a reprodução de obra musical ou litero-musical e de registros sonoros para sonorização de ambientes em eventos desprovidos de finalidade lucrativa.

c) Projeto de lei n.º 3548/2008, iniciado na Câmara dos Deputados: busca isentar do pagamento de direitos autorais as entidades filantrópicas, hospitais públicos, transportes coletivos e terminais rodoviários e ferroviários que executarem música e peças teatrais, sem finalidade comercial. Em apenso ao PL3548, encontra-se o PL3829/2008, cujo objetivo é a dispensa às sociedades, fundações e associações religiosas, científicas, instrutivas e de lazer do pagamento de direito autoral ao Ecad, quando não houver vantagens financeiras e os recursos forem aplicados na manutenção e desenvolvimento de objetivos sociais. Em sentido semelhante tramita também o PL 3968/1997, objetivando a isenção para os eventos realizados por órgãos públicos e entidades filantrópicas.

d) Projeto de lei n.º 752/2007, iniciado na Câmara dos Deputados: pretende excluir da ofensa aos direitos autorais a reprodução de obra literária, científica ou artística destinada aos deficientes auditivos, mediante a utilização da Língua Brasileira de Sinais - Libras.

e) Projeto de lei n.º 1120/2007, iniciado na Câmara dos Deputados: tem como objetivo obrigar as instituições públicas de ensino superior a construírem os repositórios institucionais para depósito do inteiro teor da produção técnico-científica dos membros do

²⁷⁹ VIANNA, Túlio Lima. A ideologia da Propriedade Intelectual. In: *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, tomo II*, Disponível em: <www.tuliovianna.org> acesso em 11 de maio de 2009, p. 945.

²⁸⁰ O IBDE – Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico ingressou como *amicus curiae* em processo judicial sobre direitos autorais, com incidente de inconstitucionalidade referente ao artigo 184 do código de direito penal. O incidente foi negado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais por maioria de votos, havendo posteriormente o reconhecimento da ausência de legitimidade recursal do *amicus curiae* em sede de embargos declaratórios.

corpo discente e docente que receberem auxílio financeiro do poder público, viabilizando a consulta dessas pesquisas através da internet. (ANEXO B)

Os projetos de lei que se encontram em andamento, na sua maioria, apontam a ausência de intuito lucrativo como requisito principal a ser levado em consideração no momento da estipulação de um limite ou exceção a direito de autor. Esse é, na verdade, um dos aspectos que obrigatoriamente deve ser observado, tendo em vista a existência da chamada “regra dos três passos”, no artigo 9º (2), da Convenção de Berna, que, por sua vez, trata-se de um critério geral a ser seguido pelo legislador quando da elaboração das hipóteses de limitações ao direito autoral.

No âmbito da cópia para uso privado, o objetivo dessa regra é a inclusão da ação do copista no âmbito dos limites do razoável, tendo em vista que a restritividade aplicada à Lei diminui consideravelmente as possibilidades de utilização da obra.²⁸¹ Assim, para que seja percebido o seu caráter lícito, a ação de quem copia deve se encontrar sob a condição do enquadramento na regra dos três passos.

Segundo esse regramento, três itinerários precisam ser analisados: 1) a permissão para reprodução somente deve acontecer em casos especialíssimos; 2) a reprodução não pode afetar a exploração normal da obra; 3) a cópia não pode causar prejuízos injustificados aos interesses legítimos do autor.

A fórmula consiste na consignação de circunstâncias em tom generalizado e vago, adicionada à Convenção após a revisão de seu texto em 1967, na cidade de Estocolmo. A proposta para a adoção de uma regra com fundamento valorativo foi feita, na época, pelo Reino Unido, contudo, com o passar do tempo, a interpretação que lhe foi dada demonstrou uma tendência clara em direção ao caráter restritivo do sistema romanístico e restrita aos direitos de reprodução.²⁸²

As mudanças em sua feição vieram a partir da inserção dessa norma nos Tratados Internacionais que sobrevieram à Convenção. O ADIPIC/TRIPS, por exemplo, foi responsável por uma alteração importante no regulamento dos três passos. Conforme o artigo 13²⁸³, a aplicação da regra foi estendida a todos os direitos patrimoniais do autor, o que gerou

²⁸¹ VICENTE, Dário Moura. *Cópia privada e sociedade de informação*. Disponível em: <[http://www.apdi.pt/APDI/DOCTRINA/cópia privada e sociedade de informação.pdf](http://www.apdi.pt/APDI/DOCTRINA/cópia%20privada%20e%20sociedade%20de%20informação.pdf)> Acessado em 26 de junho de 2009.

²⁸² ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. WACHOVICZ, Marcos. (Coord.) *Direito da propriedade intelectual: estudo em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 91-92

²⁸³ Art. 13 Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificadamente os interesses legítimos do titular do direito.

como consequência a criação de uma espécie de “limite geral dos limites”.²⁸⁴ Além disso, esse acordo também previu que a adoção do teste dos três passos constitui um regramento de observância obrigatória para seus signatários.²⁸⁵ Os Tratados da OMPI, por sua vez, seguem a linha adotada pelo ADIPIC e acrescentam que a regra deve ser aplicada, inclusive, nos casos que envolvem direitos conexos, generalizando ainda mais a fronteira dos limites.²⁸⁶

A Diretiva Europeia da sociedade da informação, quando trata das limitações e exceções aos direitos autorais, tenta assimilar a maior quantidade possível de situações em que o direito autoral possa ser restringido. Ocorre que a forma generalizada de tratamento com fulcro na regra dos três passos tem dificultado a identificação dessas situações de exclusão e, conseqüentemente, a criação dos limites por alguns países. Alguns deles têm suscitado a compreensão de que fora das possibilidades listadas na Diretiva, não seria possível que o Estado-membro da União Europeia acrescentasse novas formas de exceções ou limitações à sua legislação interna²⁸⁷, outros, porém, visualizaram na norma da Diretiva uma oportunidade para transferir o inteiro teor da regra dos três passos para suas respectivas legislações internas.²⁸⁸

Sobre a questão do uso privado, o instrumento normativo comunitário sugere que os países adotem medidas de compensação, independentemente das formas de utilização identificadas como dessa natureza e que adotem a Convenção de Berna, no tocante, ao acolhimento da chamada regra dos três passos. Redação essa que insinua a possibilidade de que a cópia privada seja interpretada como uma exceção a ser adotada de forma facultativa pelos países membros.²⁸⁹

Em Portugal as normas da Diretiva sobre as limitações e exceções à proteção do direito de autor já foram transpostas a sua lei interna, o CDADC, e as formas de uso livre de

²⁸⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. WACHOVICZ, Marcos. (Coord.) *Direito da propriedade intelectual: estudo em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 93

²⁸⁵ MARZANO, Paolo. *Diritto d'autore e digital technologies: il digital copyright nei trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitária*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 258.

²⁸⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. WACHOVICZ, Marcos. (Coord.) *Direito da propriedade intelectual: estudo em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 94.

²⁸⁷ HELBERGER, Natali. HUGENHOLTZ, Bernt P. *No place like home for making a copy: Private copying in European copyright law and consumer law*. Berkeley Technology Law Journal. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012305> Acesso em: 04 de junho de 2009.

²⁸⁸ GEIGER, Christophe. *The role of the three-step test in the adaptation of copyright law to the information society*. In: *E-Copyright Bulletin*. UNESCO, Janeiro-Março 2007, disponível em: <http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test_trois_etapes_en.pdf/test_trois_etapes_en.pdf> acesso em 04 de junho de 2009.

²⁸⁹ MAZZIOTTI, Giuseppe. *Il diritto d'autore comunitario nel nuovo ambiente digitale: Riproduzione riservata, diritto d'accesso ed eccezioni all'esclusiva all'ombra della Direttiva 2001/29/CE*. Disponível em <<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=mazziotti/>> Acesso em 3 de junho de 2009.

obras protegidas estão elencadas no artigo 75, (1) e (2), alíneas de “a” a “t”. O legislador português demonstrou grande preocupação, sobretudo quanto às formas de uso advindas do uso da rede de computadores, reconhecendo-as em seu artigo 68, ao escrever que serão considerados como modalidades de utilização: os atos de reprodução, diretos ou indiretos, temporários ou permanentes, executados em quaisquer meios e sob qualquer forma, assim como a colocação de obra à disposição do público, a fim de torná-la acessível a qualquer pessoa, por fio ou sem fio.

Sobre a cópia na esfera privada do copista, a redação escolhida foi a seguinte:

Artigo 75. (...) 2 — São lícitas, sem o consentimento do autor, as seguintes utilizações da obra:

a) A reprodução, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com excepção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos;

(...)

3 — É também lícita a distribuição dos exemplares licitamente reproduzidos, na medida justificada pelo objectivo do acto de reprodução.

4 — Os modos de exercício das utilizações previstas nos números anteriores não devem atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor [grifo nosso]

O mesmo código teve o cuidado de definir os conceitos de “cópia”, de “reprodução” e de “distribuição, conforme se apreende do texto inserido no artigo 176:

Artigo 176. (...)

6 — Cópia é o suporte material em que se reproduzem sons e imagens, ou representação destes, separada ou cumulativamente, captados directa ou indirectamente de um fonograma ou videograma, e se incorporam, total ou parcialmente, os sons ou imagens ou representações destes, neles fixados.

7 — Reprodução é a obtenção de cópias de uma fixação, directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte dessa fixação.

8 — Distribuição é a actividade que tem por objecto a oferta ao público, em quantidade significativa, de fonogramas ou videogramas, directa ou indirectamente, quer para venda quer para aluguer [grifo nosso]

A adição na lei desses detalhes se reveste de importância, uma vez que é preciso que haja uma definição das condutas executadas pelo usuário na internet, a fim de identificar quais delas constituem usos com finalidades privadas. O internauta, independentemente do tipo e da velocidade de sua conexão, pode ter acesso a obras intelectuais através de: programas utilizados para compartilhamento de arquivos, nos quais é possível disponibilizar e copiar conteúdos; *sites* criados com a finalidade de propiciar armazenamento virtual que permitem a acessibilidade dos conteúdos a terceiros; acesso a bibliotecas virtuais com acervo digitalizado; acesso a *sites* que permitem o armazenamento e a exibição de videogramas; entre tantas

outras. Os tipos de criações colocados na rede também são variados, mas na sua maioria envolvem faixas musicais, filmes, fotografias e livros. As formas de utilizações também são diversas, em virtude da espécie e da natureza da obra, e vão além da mera reprodução e acesso, podendo ocorrer sob a forma de adaptações, releituras, citações, *sampling*²⁹⁰, *remix*²⁹¹, entre outras.

A troca de arquivos entre usuários é certamente a utilização mais polêmica de todas as exequíveis através da rede de computadores, e seu enquadramento como cópia para uso privado amplamente contestado pela indústria cultural, ao argumento de que acarretam decréscimos financeiros e prejudicam a exploração normal da obra. O estopim para um maior controle e regulamentação legislativa sobre os direitos autorais na internet foi, sem dúvida alguma, o uso de redes do tipo *peer-to-peer*, tema que será explorado a seguir.

3.3.1 O compartilhamento em redes *peer to peer* (p2p) e a reação da indústria cultural²⁹²

A troca de arquivos na internet consiste na ação de compartilhamento de bens culturais imateriais de forma livre e a título gratuito em meio digital. Seu surgimento está conectado à criação do Protocolo de Transferência de Arquivos, o FTP (*file transfer protocol*), através do qual um “cliente” (*client*) solicitava acesso a uma conexão de um servidor remoto que, se estabelecida, possibilitava a troca de dados. A forma de acesso ao FTP poderia advir de um *link* disposto em sítio da internet ou mediante linha de comando iniciada por “ftp://” a ser digitada na barra de endereço do navegador. Essa forma de partilha

²⁹⁰ Reutilização de trechos de uma obra intelectual no interior de uma nova, técnica polêmica sob o ponto de vista do direito autoral, mas muito utilizada na música, em especial, nos domínios do ritmo *hip hop*.

²⁹¹ Esse método consiste no empréstimo de partes, em geral, consideráveis de uma obra intelectual, que são utilizadas para a produção de outras, exercendo-se uma série de alterações na obra original. É popularmente conhecida como “colagem”. O problema existente no uso dessa técnica reside na dificuldade de identificação de um resultado novo e diverso do original, que possa ser considerado como obra derivada e principalmente da ausência de autorização do autor da obra para tal uso.

²⁹² Preferiu-se pela utilização da expressão “indústria cultural” no lugar do termo “indústria do entretenimento”. De acordo com Teixeira Coelho a expressão “indústria do entretenimento” é utilizada mais frequentemente nos Estados Unidos para designar setores empresariais que produzem bens e serviços relacionados à “diversão”, como o cinema, a televisão, as gravadoras, assim como os parques temáticos, os eventos esportivos, as performances ao vivo, entre outros. Essa denominação ou “rótulo” tem como aspecto negativo o fato de transferir setores como o da literatura para o segmento da “indústria da informação”, evitando-se com isso eventuais discussões acerca do significado e do conteúdo de termos como “cultura” e “diversão”. COELHO, Teixeira. Dicionário Crítico de Política Cultural. 2ª ed. São Paulo: Iluminuras, 1999, p. 216-217.

de arquivos existente antes da elaboração dos softwares de tecnologia ponto-a-ponto praticamente não é mais utilizada.

O primeiro *software* a utilizar a tecnologia do *peer-to-peer*, o Napster, foi criado em 1999 por um estudante universitário dos Estados Unidos. Seu funcionamento consistia na seguinte experiência: primeiramente o usuário era conectado a um computador central (*server*) que oferecia uma espécie de banco de dados de arquivos musicais; encontrado o arquivo de MP3²⁹³ desejado, o programa estabelecia uma conexão entre o computador hospedeiro (*host*) usuário, por meio do servidor até que o *download* fosse finalizado. Através desse programa era possível se ter acesso a uma lista completa dos arquivos compartilhados por outros usuários e, ainda, efetuar a escolha do arquivo que se pretendia “baixar” pela identificação da taxa de velocidade da conexão de internet do *host*.

Posteriormente, outros programas surgiram e incrementaram essa tecnologia, afastando-se da centralização da atividade no servidor e criando uma rede totalmente descentralizada, que não se limitava ao compartilhamento de MP3, mas de toda e qualquer forma de arquivo digitalizado. Como expoente na formação desse tipo de rede, tem-se o protocolo *Gnutella*.

Representando mais uma evolução no compartilhamento via internet, programas como *KaZaa* e *Emule*²⁹⁴ permitem que o sistema de troca seja otimizado, uma vez que permite que o *download* seja efetuado por meio do estabelecimento de conexões simultâneas com diversos computadores utentes de um mesmo arquivo. O sistema, dessa vez, funciona pela constituição de “filas” (*queue*), na qual o usuário ascende até que seja “a sua vez” de estabelecer a conexão com um respectivo hospedeiro. É interessante notar que nesses programas havia um sistema híbrido, em que era possível a transferência de arquivo via servidor central, ou mesmo pela rede descentralizada.

Atualmente, o sistema de troca de arquivos que tem suscitado grandes polêmicas, em virtude de recentes acontecimentos em alguns países, corresponde ao protocolo do BitTorrent, que, por sua vez, proporciona um método de *download* mais eficiente e estável que os demais

²⁹³ MP3 é uma sigla que corresponde à “MPEG-1/2 Audio Layer 3”, um padrão para arquivos digitais que permite a compressão de áudio com perdas insignificantes, tendo como resultado final um produto de boa qualidade sonora e que consome pouco espaço de armazenamento.

²⁹⁴ *KaZaa* e *Emule* são programas de computador cuja função principal, assim como o Napster, é a de permitir que seus usuários possam trocar arquivos entre si, através do compartilhamento de seus respectivos ficheiros e pastas de armazenamento.

apresentados. Aqui, a troca de arquivos se volta em sua maior abrangência para arquivos de grande porte²⁹⁵, como filmes, coletâneas e programas de computador

Diferentemente dos demais programas, para que se efetue um *download* através do protocolo BitTorrent, é preciso que ao mesmo tempo o usuário disponibilize arquivos por meio de *upload*, uma vez que as taxas de transferência do *upload* e do *download* são semelhantes (método olho-por-olho). Dessa forma, a velocidade para “baixar” aumentará, quanto maior for a velocidade de “disponibilização”. Isso se dá de forma automática, bastando que o usuário inicie o *download*, já que o protocolo cria uma espécie de rede para arquivos em trânsito.

O compartilhamento através do BitTorrent, ao contrário dos protocolos anteriores, não cria uma base de dados com as informações dos clientes. Para que se faça uso do sistema, é necessário que o usuário adquira um arquivo de extensão *.torrent*, em geral de pequena dimensão e disponível em sítios de busca específicos²⁹⁶. Acionado esse arquivo, este funciona como um *link* entre o cliente, o *tracker*/rastreador (servidor que gerencia a tarefa) e os outros computadores que possuem o arquivo por completo (*seeder*) ou apenas em fragmentos (*peers*), para que seja efetuado o *download*. É como se aquele arquivo de extensão *.torrent* fosse “preenchido” com os pedaços do arquivo baixados, um a um, até que se formasse o arquivo por inteiro em sua completude, para só então poder ser utilizado pelo usuário.

O debate sobre as redes p2p atuais reside no fato de que o conteúdo está espalhado entre os seus vários usuários, e o programa apenas facilita a identificação desses arquivos. Além disso, em conjunto com as novas formas de conexão de internet, cada vez mais velozes, a utilização desse tipo de rede permite um compartilhamento amplo, de rápida e fácil execução e que simplifica o *download* de grandes quantidades de material digitalizado.

Em se tratando de violações de direitos autorais, deve-se destacar que ao ser realizado o *download* de um arquivo, não há para o usuário qualquer tipo de informação sobre a legalidade daquele conteúdo por ele “baixado”, por parte do programa utilizado para a troca em redes de ponto-a-ponto. Isso só ocorre no momento em que o usuário encontra o arquivo de *torrent* em algum *site* que contenha a indicação de que seu uso foi autorizado pelo autor, o que na prática tem ocorrido em geral por meio de licenciamentos do tipo *Creative*

²⁹⁵ Segundo pesquisa publicada no site <<http://www.fcbrasil.com>> sobre análise e gerência de banda/tráfego IP, relativo ao ano de 2007, cerca de 37,4% do tráfego em p2p consistia no *download* de filmes e 21,15% de programas de televisão.

²⁹⁶ Sítios como o <<http://www.torrentreactor.com>>, <<http://www.piratebay.com>>, <<http://www.mininova.com>> entre outros.

*Commons*²⁹⁷, tema a ser estudado logo mais à frente. Daí porque cabe ao indivíduo a escolha por arquivos que estejam disponibilizados de forma livre e autorizados pelo autor da obra, uma vez que não há controle por parte dos administradores de tais programas quanto aos direitos autorais das obras disponibilizadas.

Em *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, a RIAA – Recording Industry Association of America – representando diversas gravadoras, em especial o grupo das quatro maiores empresa do ramo²⁹⁸, processou judicialmente o Napster alegando que o serviço por ele prestado contribuía para a violação massificada de direitos autorais através da internet. A Corte Distrital de Apelações, em sede de recurso, declarou que as ações praticadas pelos usuários do programa não poderiam ser consideradas como uso justo (*fair use*), ainda que estes possuíssem os arquivos “baixados” sob o seu formato original em CD, e concluiu que o réu deveria ser responsabilizado por permitir e proporcionar os mecanismos necessários para que a conduta de violação autoral pudesse ser realizada.

Posteriormente, outros processos judiciais se seguiram contra empresas que ofertavam serviços semelhantes. Em *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, as empresas Grokster e Streamcast citaram em sua defesa o precedente judicial de 1984, resultante do caso *Sony Corp v. Universal City Studios Inc.*, no qual a *Sony* fora acusada de prejudicar a indústria americana de filmes pela comercialização do videocassete Betamax, já que permitia que seus usuários fizessem gravações de conteúdos televisionados, como filmes, concertos e programas protegidos pelo *copyright*. O caso chegou à Suprema Corte Norte-Americana que decidiu segundo o critério de que o videocassete não poderia ser banido ao argumento de que infringia direitos autorais, em virtude do alto potencial para usos substancialmente legalizados que poderiam ser executados.²⁹⁹ Em outras palavras, entendeu-se que havia potencial tecnológico a ser explorado diante da inovação produzida. Esse argumento, contudo, não foi aceito no caso das empresas de p2p e ao final, contudo, as rés foram consideradas como responsáveis indiretamente pelas infrações de direito autoral de seus usuários e o serviço foi retirado da internet.

Outro caso paradigmático no âmbito da troca de arquivos, diz respeito ao *site Pirate Bay*. Em 17 de Abril de 2009, os criadores desse endereço de internet (um tracker para o

²⁹⁷ O *site* <<http://www.jamendo.com>> é um excelente exemplo de *tracker* que coloca à disposição dos usuários somente arquivos autorizados pelos titulares de *copyright* através de licenciamentos.

²⁹⁸ O “big four” é formado pelas empresas Universal, EMI, Sony Music Entertainment e Warner Music.

²⁹⁹ Lessig ressalva que os usos legalizados em potencial se referem a uma porção substancial não violadora, o que não significa dizer que a maior parte dos usos perpetrados devam ser legais, mas apenas requer que haja a possibilidade potencial daquela forma de utilização. LESSIG, Lawrence. *The Future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Random House, 2001, p. 195.

rastreamento de arquivos do tipo *.torrent*) foram sentenciados a um ano de prisão, somado ao pagamento de cerca 2,7 milhões de Euros pela Justiça da Suécia, ao argumento de que as formas de armazenamento do site e as suas ferramentas de busca motivariam o usuário à violação de direitos autorais. Houve apelação e requerimento para anulação do julgamento, e em momento posterior a empresa foi vendida para um grupo de empresários que prometeu a adequação do site às normas de direito autoral.

A repercussão dessa decisão obteve tamanho alcance que o número de filiações ao chamado “Partido Pirata” na Suécia aumentou em grandes proporções logo após a publicação do veredicto. Pouco tempo depois, ainda em 2009, o partido alcançou número de votos suficiente para angariar assento no Parlamento Europeu e o movimento atualmente se espalha com maior intensidade por outros países.³⁰⁰

Apesar do caso *Pirate Bay* ter sido considerado o julgamento do ano de 2009, outros processos se encontram em curso numa tentativa de barrar a atuação do protocolo BitTorrent. O processo entre *Mininova x BREIN*, em que as partes envolvidas são respectivamente um dos sítios mais populares de buscas de *torrents* no mundo e uma organização de combate à pirataria situada na Holanda, resultou numa decisão em que a Corte de Utrecht obrigou o *site* a excluir de seu banco de dados todo o conteúdo que fosse protegido por direitos autorais, além de determinar que a empresa desenvolvesse um sistema de filtragem que pudesse impedir o *upload* de novos arquivos sob tal configuração.³⁰¹ A sentença, todavia, reconheceu que o *site* Mininova não era diretamente responsável pelas infrações aos direitos autorais.

Os processos judiciais movidos pela RIAA, MPAA (Motion Picture Association of America) entre outras organizações de combate à pirataria, não se referiram exclusivamente aos programas e serviços de compartilhamento de arquivos. Em países como Estados Unidos, Finlândia e Reino Unido, vários usuários residenciais foram processados e condenados por violação de direito autoral, através da utilização desses programas.

Um caso recente e que se tornou muito divulgado pela imprensa americana se refere ao do estudante Joel Tenenbaum³⁰², cuja defesa fora elaborada e executada por um grupo

³⁰⁰ Notícia veiculada em diversos jornais on-line em 08 de junho de 2009 como <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8088309.stm>>; e <<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/eu/5472520/European-elections-2009-Swedens-Pirate-Party-wins-a-seat-in-parliamentpps.html>>

³⁰¹ Notícia veiculada pelo Jornal Estadão em 29 de novembro de 2009, disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/tecnologia+link,site-de-torrent-se-ajusta-as-leis-antipirataria,3204,0.shtm>> Acesso em 4 de dezembro de 2010.

³⁰² A defesa de Joel Tenenbaum criou o *site* <<http://joelfightsback.com>> no qual divulga todos os acontecimentos relacionados ao caso. O grupo também tem se utilizado das redes sociais atualmente mais populares como meio de divulgar o caso e obter seguidores. Em 21 de maio de 2010, o perfil deste grupo no

formado pelo professor Charles Nesson e seus alunos, todos da prestigiada Universidade de Harvard. O conflito teve início no ano de 2003, quando Joel foi acusado de fazer *download* de músicas através de um serviço de p2p, sendo-lhe oferecido um acordo no valor de USD\$3.500. Anos depois, em 30 de março de 2009 o caso foi a julgamento e Joel condenado ao pagamento de USD\$675,000 pelo compartilhamento de 30 arquivos de mp3. A alegação de que teria havido uso justo não foi reconhecida e em dezembro de 2009 a defesa de Joel pediu anulação do julgamento, em virtude do valor excessivo da condenação.

Há diversos outros casos que guardam semelhanças com o processo de Joel Tenenbaum, e em muitos deles valores aviltantes foram estabelecidos como punição aos compartilhadores. É preciso perceber, no entanto, que a estratégia judicial adotada pela indústria cultural não tem conseguido acabar com a troca de arquivos na internet. Para cada derrota observada aos piratas da internet, outros novos serviços de partilha se desenvolvem e se tornam ainda mais difíceis de serem controlados. Ao mesmo tempo, nota-se que a ideia de se utilizar processos judiciais contra alguns usuários como exemplo para os demais também não tem sido eficaz na diminuição da conduta de troca de arquivos.

No Brasil, o caso da comunidade “discografias” ilustra bem esse tipo de conduta. Embora não trate especificamente de uma rede p2p, a troca de arquivos nessa situação consistia na disponibilização de arquivos através de *sites* de armazenamento, cujo link era divulgado nessa comunidade. O grupo fora criado no âmbito da rede social Orkut, amplamente utilizada por brasileiros, com o objetivo de facilitar o acesso dos internautas a álbuns completos e discografias musicais de diversos artistas. A comunidade, que à época de seu funcionamento contava com mais de um milhão de membros, recebeu uma série de notificações da APCM – Associação Antipirataria Cinema e Música – e não teve escolha senão encerrar suas atividades. O fechamento da “Discografias” foi muito comemorado pela APCM e certamente deve ter tido valor simbólico para essa associação, em virtude da quantidade de internautas que faziam uso dos *links* ali disponibilizados. Contudo, é preciso que se ressalte que pouco tempo depois do fim da “Discografias”, novas comunidades com o mesmo intuito de compartilhamento surgiram naquela rede social e continuam em atividade com número elevado de usuários.

Igualmente, pode-se dizer que o fechamento de *sites* e as retiradas da internet de *links* cujo conteúdo diz respeito à obras intelectuais protegidas configura uma guerra de

Twitter declarou que novas atualizações sobre esse caso estavam por vir, contudo, ao final da elaboração deste trabalho isso ainda não havia ocorrido.

destino incerto. Outro capítulo desse conflito envolveu o *blog*³⁰³ Som Barato, que em 09 de novembro de 2008 foi retirado do ar pela empresa Google³⁰⁴, responsável pela sua hospedagem. O *blog* disponibilizava cerca de 2000 álbuns para *download*, alguns deles fora do catálogo das gravadoras, contava com espaço para bandas novas que buscavam por uma maior exposição e, inclusive, chegou a atuar no intercâmbio entre os músicos iniciantes e as oportunidades de shows que eventualmente apareciam a partir de algum usuário interessado. Diversos outros blogs foram fechados nesses últimos anos, mas ainda existe muito espaço sendo explorado com a comunicação de *links* direcionados para os arquivos digitalizados. Logicamente, quando um *blog* é criado exclusivamente com a finalidade de disseminar conteúdo protegido, mais vulnerável ele se torna a ser denunciado e, conseqüentemente, encerrado, todavia, essa mesma informação pode ser colocada em exibição em diários virtuais para uso pessoal, por algum blogueiro que sentiu necessidade de dividir com seus amigos leitores sua mais nova descoberta musical, por exemplo.

Dessa forma, não há dúvidas de que para cada site fechado ou *link* apagado, vários outros são criados. Assim como, para cada tentativa de combate tentada contra a troca de arquivos, novas formas de compartilhamento são criadas pelos usuários, inclusive envolvendo situações em que se torna possível a manutenção do anonimato dos internautas.

Com o passar dos últimos anos, alguns estudos sobre o impacto das redes p2p no comércio da música e do entretenimento foram divulgados e em algumas dessas pesquisas concluiu-se que os usuários de *peer to peer*, ao contrário do que as empresas do setor afirmam, são ávidos compradores de bens culturais.

No trabalho empírico bastante detalhado apresentado em 2007 pelas pesquisadoras Birgitte Andersen and Marion Frenz³⁰⁵, as autoras apresentaram algumas das seguintes conclusões quanto aos efeitos gerados pelo compartilhamento de arquivos e as vendas de discos no Canadá: a) existe uma relação positiva forte entre os Canadenses envolvidos na troca de arquivos pela rede p2p e o aumento das vendas de CDs; b) pessoas muito interessadas em bens da indústria do entretenimento, como a música, também se interessam por DVDs, shows, cinema e vídeo games e isto reflete um estilo de vida de certos grupos da

³⁰³ Os blogs surgiram inicialmente como uma espécie de diário pessoal *online*. Hoje em dia estes espaços para uso pessoal evoluíram de modo a figurarem como verdadeiras fontes de informação e diálogo entre os internautas.

³⁰⁴ A empresa tem sede nos Estados Unidos e se submete àquela jurisdição cuja Lei de Direitos Autorais se apresenta como DMCA – Digital Millennium Copyright Act.

³⁰⁵ FRENZ, Marion. ANDERSEN, Brigitte. *The Impact of Music Downloads and P2P File-Sharing on the Purchase of Music: A Study for Industry Canada*. Disponível em: <<http://www.dime-eu.org/files/active/0/AndersenFrenz.pdf>> Acesso em 08 de outubro de 2009.

sociedade; c) a variação demográfica observada demonstrou que a compra de música diretamente através de *sites* da internet aumenta, quanto maior for a habilidade para utilização da internet do usuário ou quanto mais jovem ele for; d) as pessoas que declararam ter forte interesse em música, comparadas com aquelas que mencionaram ter pouca afeição musical, compraram mais CDs; e e) o interesse pela música e a percepção de uma maior qualidade musical foram fatores que contribuíram de forma geral para o aumento das vendas digitais de arquivos. Sobre esse aspecto, no caso dos Canadenses engajados na troca de arquivos, foi constatado que a diminuição nas compras de música *online* estava relacionada ao reconhecimento da má qualidade musical do produto.

Em Maio de 2009, Felix Oberholzer-Gee da Universidade de Harvard, e Koleman Strumpf, da Universidade de Kansas, publicaram aquele que viria a ser o segundo estudo realizado pela dupla sobre o tema do compartilhamento nos Estados Unidos. A partir da análise de uma série de dados coletados estes professores deduziram, por exemplo, que: a) apesar do declínio inicial quando das primeiras demandas judiciais contra usuários, constatase que a quantidade de troca de arquivos aumentou, assim como número de usuários que praticam tal ação também cresceu; b) metade dos arquivos partilhados no âmbito da música diz respeito ao gênero musical Alternativo, e não aos mais populares como Rap, R&B ou artistas iniciantes; c) o foco dos *downloads* geralmente reside nos lançamentos da indústria e a quantidade de arquivos disponíveis é maior do que a demanda existente de interessados em baixá-los; d) as gravadoras enfrentam baixas nas vendas, entretanto, o negócio da música tem apresentado forte expansão, com incrementos observados na venda de *ipods*, ingressos para shows, entre outros; e) o avanço tecnológico demonstra que as mudanças são responsáveis pelas eventuais mudanças de preços e pela abertura de novas oportunidades negociais, o que demonstra que manter-se adstrito à forma tradicional de mercado pode representar uma desvantagem; e f) as novas tecnologias, aparentemente, não têm exercido qualquer influência de minimizar a produção cultural.³⁰⁶

Resultados semelhantes foram observados através da pesquisa “Consumer Culture in times of crisis” realizada pela Escola de Negócios da Noruega (Bedriftøkonomisk Institut), maior daquele país e segunda da Europa.³⁰⁷ Outros dois estudos importantes foram publicados entre novembro de 2009 e maio de 2010. O primeiro trata de uma pesquisa feita no Reino

³⁰⁶ OBERHOLZER-GEE, Felix. STRUMPF, Koleman. *File-Sharing and Copyright*. Harvard Business School. Disponível em: < <http://www.hbs.edu/research/pdf/09-132.pdf> > Acesso em 25 de Maio de 2009.

³⁰⁷ Notícia veiculada pelo jornal Norueguês Aftenposten em 20 de abril de 2009, disponível em: <http://www.aftenposten.no/kul_und/musikk/article3034488.ece> Acesso em 31 de outubro de 2009.

Unido sob a condução da *Ipsos MediaCT*³⁰⁸, na qual se demonstrou que os indivíduos engajados na troca de arquivos gastam em média £75 por ano com música, contra £44 pagos por aqueles que não utilizam os serviços de p2p, além de apresentarem maior constância no que se refere ao hábito de aquisição de bens culturais em comparação com estes últimos.³⁰⁹ O segundo, uma investigação realizada por pesquisadores holandeses, publicada em maio de 2010³¹⁰, em que foi averiguado que 68% dos usuários que compartilharam arquivos também efetuaram compras musicais legalmente. Além disso, a pesquisa também revelou que esses usuários gastam mais dinheiro e com maior frequência do que os não-compartilhadores, no que se refere a *merchandise* e ingressos para shows, concluindo de forma semelhante ao estudo americano que o problema não está na indústria musical como um todo, mas especificamente no âmbito das gravadoras. Outro ponto importante mencionado diz respeito ao mercado cinematográfico, em que se constatou que os indivíduos trocadores de arquivos gastam valores significativamente mais altos na compra de DVDs do que aqueles que não detêm o costume de “baixar” filmes pela internet e, ainda, possuem o hábito de irem ao cinema com maior regularidade.³¹¹

³⁰⁸ Ipsos MediaCT. Digital Music Survey. Publicada em 19 de outubro de 2009, disponível em: < www.demos.co.uk/files/DemosMusicsurvey.ppt> acesso em 10 de novembro de 2009.

³⁰⁹ A pesquisa traz alguns dos seguintes dados: 8 em cada 10 destes usuários de redes p2p afirmaram ter realizado compras de músicas nos últimos doze meses que antecederam a realização da pesquisa; os motivos principais alegados por quem fez *download* ilegal foram a disponibilidade (46%), a vontade de ouvir antes de comprar o produto original (42%) e os arquivos que se desejam não são encontrados no âmbito dos serviços comerciais legalizados (32%); já no caso de quem utilizou serviços musicais pela internet de forma legalizada as razões foram a facilidade de uso desses tipos de serviço, a conveniência e o fato de se poder ouvir música enquanto se faz uso do computador; o serviço mais citado foi o *Spotify*; 72% dos compartilhadores afirmaram que têm interesse em se associar a algum tipo de serviço legalizado se os preços forem convidativos e houver a possibilidade de se transferir o conteúdo para dispositivos móveis. Ipsos MediaCT. Digital Music Survey. Publicada em 19 de outubro de 2009, disponível em: < www.demos.co.uk/files/DemosMusicsurvey.ppt> acesso em 10 de novembro de 2009.

³¹⁰ EIJK, Nico van. POORT, Joost. RUTTEN, Paul. *Legal, Economic and Cultural Aspects of File Sharing*. Disponível em <http://www.ivir.nl/publications/vaneijk/Communications&Strategies_2010.pdf> Acesso em 25 de maio de 2010.

³¹¹ Verificou-se que os “baixadores” de jogos de vídeo game também são compradores mais assíduos. Foi identificado também que 63% dos trocadores de arquivos compraram o disco original após obtê-lo de graça, desses 80% afirmaram que o fizeram porque são apaixonados por música, 50% mencionaram o desejo de apoiar o artista de que são fãs e 48% alegaram que apreciam o suporte material que acompanha o CD original, como o encarte, a capa, etc., e a maior qualidade sonora que este possui. Quanto aos filmes baixados, 48% dos holandeses responderem que em geral adquirem o DVD em momento posterior pelas seguintes razões: ou porque gostam muito do filme, ou porque desejam ter acesso ao conteúdo extra que os DVDs oferecem. EIJK, Nico van. POORT, Joost. RUTTEN, Paul. *Legal, Economic and Cultural Aspects of File Sharing*. Disponível em <http://www.ivir.nl/publications/vaneijk/Communications&Strategies_2010.pdf> Acesso em 25 de maio de 2010.

Quanto ao Brasil, não se tem notícia até o presente momento sobre a realização de pesquisas relacionadas ao uso de rede p2p e o decréscimo das vendas de CDs e DVDs nos moldes dos estudos acima apresentados.³¹²

Recentemente, na Espanha, algumas decisões envolvendo a legalidade das redes p2p e da troca de arquivos foram motivos de destaque na mídia internacional. Em 2006, a juíza criminal Paz Aldecoa libertou um internauta em Santander ao considerar que a prática da troca de arquivos quando desprovida de finalidade lucrativa está albergada pela restrição da cópia privada. Para Paz Aldecoa, tal conduta não constitui infração merecedora de sanção penal e pensar dessa forma significaria a criminalização de comportamentos socialmente admitidos.³¹³ Em 2008, seguindo entendimento semelhante, dois novos casos foram arquivados, dessa vez envolvendo *sites* da internet, sendo sugerida a via cível para a resolução do conflito no lugar da esfera penal, segundo a análise feita pelos respectivos julgadores.³¹⁴ Por fim, em março de 2010, o Juiz Raúl N. García Orejudo, de Barcelona, entendeu pela legalidade das redes p2p, uma vez que o *site* envolvido na demanda não executa qualquer tipo de direito de reprodução, comunicação ou distribuição, mas funciona como uma espécie de índice geral que facilita a busca por arquivos na internet, assim como o Google e outros buscadores o fazem quanto à informação disposta na rede (ANEXO C).³¹⁵ Esse panorama, no entanto, pode ser modificado a qualquer momento. O Governo Espanhol está preparando uma série de reformas em sua legislação, dentre as quais se encontra os problemas relacionados às redes p2p.

No Brasil já existe sentença judicial que trata da atuação das redes ponto a ponto (ANEXO D). O primeiro caso envolvendo essa temática foi decidido em primeira instância pelo Juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba, Wolfgang Jahnke, e as partes envolvidas na demanda eram a APDIF – Associação Protetora de Direitos Intelectuais Fonográficos e a Cadari Tecnologia da Informação Ltda e outros. Em sua decisão, o magistrado entendeu que a tecnologia empregada pelo *software K-lite* Litro poderia ser utilizada pelo usuário de internet para fins legais ou ilegais, não sendo vislumbrado naquele momento qualquer tipo de co-

³¹² Existem estudos realizados sobre o tema da pirataria e venda de produtos pirateados em geral. Um deles, que trata do assunto sob a perspectiva do consumidor, foi realizado pela Fecomércio do Rio de Janeiro que será mencionado em momento logo mais à frente por este trabalho.

³¹³ Notícia veiculada no jornal El Mundo em 02 de novembro de 2006, disponível em <<http://www.elmundo.es/navegante/2006/11/01/tecnologia/1162383709.html>> Acesso em 13 de Março de 2010.

³¹⁴ Notícia veiculada no jornal El Mundo em 06 de novembro de 2008, disponível em <<http://www.elmundo.es/navegante/2008/11/06/tecnologia/1225962156.html>> Acesso em 13 de Março de 2010.

³¹⁵ Notícia veiculada no jornal El País em 13 de março de 2010, disponível em: http://www.elpais.com/articulo/tecnologia/Primera/sentencia/civil/declara/legales/redes/P2P/descargas/elpepatec/20100313elpepatec_2/Tes> Acessado em 13 de Março de 2010.

responsabilidade daquela empresa, com relação à forma de utilização de seus serviços por parte de terceiros. Desse modo, houve deferimento do pedido de liminar apenas parcialmente.³¹⁶

Por se tratar de uma decisão em sede de pedido de liminar, houve recurso de agravo de instrumento com posterior despacho do Relator, no sentido de que fosse concedido parcialmente o efeito ativo pleiteado, determinando-se à ré que implantasse um sistema de filtragem de conteúdos a fim de evitar que *downloads* ilegais pudessem ser executados pelos usuários do programa *K-lite*. A defesa alegou que seria impossível cumprir tal determinação judicial. Ao final, o recurso foi julgado em agosto de 2009, pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná que decidiu por unanimidade pelo seu parcial provimento, reafirmando a necessidade de instalação de filtros que, se por ventura, não pudesse ser realizada, deveria haver o encerramento das atividades do programa. Esse processo atualmente se encontra pendente de julgamento em sede de Recurso Especial.³¹⁷

Como se pode observar a discussão sobre as redes p2p e a troca de arquivos entre usuários recai sobre a questão da cópia privada, a que se fez referência anteriormente. É importante que se note, que nem toda forma de aquisição de conteúdo no ciberespaço será considerada ilícita, mas para se proceder com essa averiguação é preciso que as legislações dos países indiquem de que forma a cópia privada será admitida em seus respectivos ordenamentos ou ao menos de que modo se deve proceder com a interpretação da regra dos três passos nesses casos para que haja compatibilidade com o sistema jurídico.

3.4 Em busca do equilíbrio: soluções alternativas propostas pela sociedade

Diante do contexto ora apresentado, não há dúvidas de que o direito da propriedade intelectual se encontra em fase de adaptação a uma nova realidade. Esse procedimento, contudo, ainda não alcançou a velocidade desejada e necessária para solucionar os problemas que se manifestam no âmbito das relações jurídicas de forma coerente. Certamente, a novidade das circunstâncias tecnológicas que se coloca à frente do Direito pede por respostas com rapidez e agilidade, mas o problema da ausência de efetividade da norma jurídica, na

³¹⁶ Notícia disponível no *site* <<http://www.internetlegal.com.br>> Acessado em 15 de setembro de 2009.

³¹⁷ A decisão do Agravo de Instrumento pode ser acessada através do *site*: <<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/judwin/DadosTextoProcesso.asp?Linha=24&Processo=1082260&Texto=Acórdão&Orgao=>>>

esfera do direito de autor, também é resultado de uma mudança profunda na forma de se negociar o bem intelectual.

Já se mencionou anteriormente que a sociedade atual assiste a um período em que a capacidade de se comunicar e de se propagar a informação se encontra nas mãos de milhares de usuários de internet. E que estes, por sua vez, possuem a habilidade de compartilhar conhecimentos numa amplitude nunca antes percebida e totalmente descentralizada. Essa peculiaridade, característica de uma sociedade em rede, reverte-se numa mudança no modo de organização de uma economia que fora usualmente estabelecida com base na idéia de mercado e de firmas comerciais, já que o modelo colaborativo em ascensão destoa expressivamente deste segmento.³¹⁸

Yochai Benkler considera dois aspectos como fundamentais para essa alteração na estrutura econômica tradicional: o traço significativamente humano e a comunicação que se tornaram dominantes nas economias mais avançadas; e a exigência de apenas um único computador pessoal conectado como capital físico suficiente para expressar e comunicar esses valores em destaque.³¹⁹ Segundo explica esse autor, os novos modelos de produção de conhecimento são assim baseados na cooperação e no compartilhamento e os altos custos, que antes se faziam necessários no esquema tradicional de disseminação da cultura e da informação, hoje foram distribuídos por toda a sociedade.³²⁰

Há, portanto, um tipo inédito de produção econômica de bens intelectuais que acontece fora do âmbito do mercado, em que a ideia de propriedade não é mais o foco prevalente. Um dos pontos principais dessa realidade emergente são as práticas produtivas baseadas na ideia de *commons*, também denominadas de *peer production*, e que se referem a um sistema de produção dependente da atuação individualizada dos sujeitos de sua composição, sem que haja hierarquia entre eles.³²¹ Esses agentes são motivados em grande parte por incentivos não-econômicos que podem variar de uma satisfação pessoal de estar contribuindo para o aprimoramento da sociedade como um todo até a mera sensação de pura diversão.³²²

Nessa esteira de acontecimentos, o direito de propriedade intelectual acaba se revelando como um recurso jurídico inábil para lidar com os conflitos advindos dessa

³¹⁸ LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro. Editora FGV. 2005, p. 81.

³¹⁹ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 32.

³²⁰ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 32-33.

³²¹ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 76

³²² LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro. Editora FGV. 2005, p. 81

conjuntura em que as forças produtivas se evidenciam em descentralização. Daí porque não é de fato uma surpresa quando membros do corpo social atuam com a finalidade de trazer respostas alternativas para os dilemas que são enfrentados no dia a dia de suas vidas.

Este é o caso, por exemplo, do método de código aberto³²³ aplicado aos *softwares*, em oposição à mecânica do sistema vigente de proteção de direitos autorais e que originou a ideia de *softwares* livres.³²⁴ O termo *open source* deriva da noção exercitada pelo modelo do software livre, e embora versem sobre matérias semelhantes e sejam amplamente utilizados como sinônimos, eles não se confundem entre si.³²⁵ Conforme definição encontrada na enciclopédia de código aberto *Wikipedia*, o *open source* consiste nas práticas aplicadas à produção e ao desenvolvimento que têm como finalidade promover o acesso à matéria-prima de um produto final, cuja base é a produção descentralizada executada por pares (*peers*) e seu objetivo a produção colaborativa livre em contraposição ao modelo típico comercial.³²⁶ É uma doutrina que sustenta a mudança no modelo de econômico proprietário vigente, propondo um maior enfoque na prestação de serviços e na superioridade tecnológica, através da adoção de *softwares* livres.³²⁷ O conceito de *software* livre desenvolvido por Richard Stallman, por sua vez, possui uma ligação mais forte com as noções de liberdade e solidariedade e ao defender a utilização de programas dessa natureza, o faz com base em critérios morais e não meramente tecnológicos.³²⁸

O regime de liberdade na esfera de atuação desse tipo de programa nasce sob uma perspectiva de movimento contrário, na medida em que se adota como ponto de partida o livre

³²³ Importante mencionar que a sistemática de códigos abertos já existia antes do surgimento dos computadores e, portanto, não se aplica exclusivamente aos *softwares*, muito embora tenha se disseminado com maior facilidade com a internet. Diversas áreas de produção de conhecimento sempre foram beneficiadas pela troca de informações como no caso das artes e, atualmente, vê-se um crescimento da adoção deste modelo em setores como, por exemplo, o da biotecnologia e o do jornalismo.

³²⁴ “O movimento do software livre parece ser uma das raras circunstâncias em que as estruturas do direito autoral foram confrontadas a partir de uma perspectiva de transformação, derivada da percepção das limitações inerentes ao regime tradicional quanto ao desenvolvimento de software. (...) Originou-se da insatisfação relativa ao ao regime tradicional de direito autoral quando aplicado ao software, na medida em que ele impedia as possibilidades de se atender a objetivos que fossem além daqueles que econômicos” LEMOS, Ronaldo. P. 71-72.

³²⁵ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. LEMOS, Ronaldo. From free software to free culture: the emergence of open business. In: SHAVER, Lea. (Org.) Access to knowledge in Brazil: new research on Intellectual Property, innovation and development. Disponível em: <<http://isp.law.yale.edu>> Acesso em 18 de dezembro de 2009

³²⁶ WIKIPEDIA: The free encyclopedia. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Open_source> Acesso em 27 de abril de 2009.

³²⁷ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. LEMOS, Ronaldo. From free software to free culture: the emergence of open business. In: SHAVER, Lea. (Org.) Access to knowledge in Brazil: new research on Intellectual Property, innovation and development. Disponível em: <<http://isp.law.yale.edu>> Acesso em 18 de dezembro de 2009, p. 30.

³²⁸ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. LEMOS, Ronaldo. From free software to free culture: the emergence of open business. In: SHAVER, Lea. (Org.) Access to knowledge in Brazil: new research on Intellectual Property, innovation and development. Disponível em: <<http://isp.law.yale.edu>> Acesso em 18 de dezembro de 2009, p. 30.

acesso ao código-fonte, ao invés da limitação total. No modelo proprietário tradicional, o acesso ao código-fonte do software é limitado de modo que somente o seu autor pode exercer as prerrogativas de modificá-lo, distribuí-lo, entre outras. O *software* proprietário ou licenciado possui uma série de restrições destinadas ao usuário como a proibição de cópia e a permissão para uso em um único computador, além disso são comercializados sem o código-fonte.

Na definição de Yochai Benkler, compreende-se que tanto o *software* livre como o *open source* são “uma abordagem para o desenvolvimento de software que se baseia no esforço comum em um modelo não-proprietário”.³²⁹ Foi essa a saída encontrada por programadores e interessados para que pudesse haver uma troca de conhecimentos científicos e um esforço laborativo conjunto no aperfeiçoamento de programas e no desenvolvimento de novos projetos na área da informática.

Para que um *software* possa ser considerado como “livre”, é preciso que ele esteja em consonância com quatro tipos de liberdades: a liberdade para executar o programa, para qualquer propósito (liberdade nº 0); a liberdade de estudar como o programa funciona, e adaptá-lo para as suas necessidades (liberdade nº 1); a liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar ao seu próximo (liberdade nº 2); e a liberdade de distribuir cópias aperfeiçoadas pelo usuário do programa, para que toda a comunidade se beneficie (liberdade nº 3).³³⁰

Nesse tipo de regime, o fundamento não se encontra no *copyright*, mas na noção de *copyleft*³³¹ como regra a ser observada pelos usuários, para que as liberdades supramencionadas sejam preservadas ininterruptamente. Isso não quer dizer que haja um abandono do direito autoral e uma inserção direta da criação intelectual no âmbito do domínio público, ao contrário, a disciplina do *copyleft* visa a proteção da obra, contudo ela se realiza em movimento oposto, de modo que a forma livre estabelecida para sua exploração seja mantida nos termos em que fora adotado desde o seu início.

Existem hoje diversas formas de licenciamentos que são colocadas à disposição do autor, a fim de que este decida de que forma o bem intelectual poderá ser explorado por terceiros. Uma dessas iniciativas consiste na sistemática apresentada pelo projeto americano *Creative Commons* (CC), criado por uma organização sem fins lucrativos cujo objetivo é

³²⁹ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 63.

³³⁰ GNU OPERATING SYSTEM. *The Free Software Definition*. Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>> Acesso em 27 de abril de 2009.

³³¹ “O *copyleft* é um mecanismo jurídico para se garantir que detentores de direitos de propriedade intelectual possam licenciar o uso de suas obras além dos limites da lei, ainda que amparados por esta.”

facilitar o compartilhamento de obras intelectuais de maneira compatível com os direitos autorais, fortalecendo a ideia de domínio público.³³²

Para Lawrence Lessig,

“Uma licença *Creative Commons* constitui uma garantia de liberdade para qualquer um que acessa o conteúdo, e mais importante, uma expressão de um ideal, em que a pessoa associada à licença mostra que acredita em algo mais do que os extremos “Todos” ou “Nenhum”. O conteúdo é marcado com a marca (cc) ou CC, que não indica que se abriu mão do copyright, mas que certas liberdades foram dadas.”³³³

As licenças do tipo *Creative Commons* partem da concepção de que alguns direitos podem ser preservados, o que a torna uma opção intermediária entre a proteção garantida pelo *copyright*, em que todos os direitos estão reservados, e o domínio público, no qual se encontram as obras cujo direito autoral se apresenta expirado pelo decurso do tempo.³³⁴ As opções de licenças disponíveis permitem qualquer uma dessas possibilidades, o que torna esse método perfeitamente ajustável à vontade do criador.

Segundo Ronaldo Lemos,

“(...) o *Creative Commons* cria instrumentos jurídicos para que um autor, um criador, ou uma entidade diga de modo claro e preciso, para as pessoas em geral, que uma determinada obra intelectual sua é livre para distribuição, cópia e utilização. Essas licenças (...) se fundamentam no exercício de prerrogativas que cada indivíduo tem, como autor, de permitir acesso às suas obras e a seus trabalhos, autorizando que outros possam utilizá-los e criar sobre eles.”³³⁵

As espécies de licenciamento do CC variam conforme as escolhas feitas pelo interessado e na prática isso pode ser feito, de modo geral, mediante a combinação do seguinte grupo de condições³³⁶:

³³² O licenciamento pelo CC é amplamente utilizado por diversos *sites*, especialmente nos domínios da blogosfera. O “blog do planalto” (<http://blog.planalto.gov.br>), responsável por divulgar o cotidiano da Presidência da República é um desses exemplos, assim como o endereço eletrônico do Consórcio BDJur (<http://bdjur.stj.gov.br>), uma espécie de rede formada pelas bibliotecas digitais jurídicas dos órgãos do poder judiciário brasileiro. *Sites* como o da Gravadora Trama, Google (buscador), blip.tv (televisão online), Jamendo (música), Flickr (imagens/fotografia), Wikipédia (enciclopédia online), e o endereço oficial da Casa Branca também possuem licenças *Creative Commons*. Um importante projeto no âmbito do licenciamento CC é o da digitalização e disponibilização do acervo de arquivos da emissora BBC de Londres, que numa iniciativa pioneira optou por esse tipo de licença, entretanto, o conteúdo do *site* <www.bbc.co.uk/creativearchive/> somente está liberado para usuários no Reino Unido. Dentre os artistas que já mencionaram adesão ao sistema, estão Gilberto Gil, Teatro Mágico, Radiohead, Nine Inch Nails, entre outros.

³³³ LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre*. disponível em <<http://softwarelivre.org/samadeu/lawrence-lessig-cultura-livre.pdf>> Acessado em 11 de dezembro de 2008, p. 255.

³³⁴ A expressão “all rights reserved” é comumente utilizada no sistema Americano do *copyright* para indicar que a exploração de uma determinada obra está reservada apenas ao seu titular.

³³⁵ LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro. Editora FGV. 2005, p. 83.

³³⁶ Todas as informações sobre as hipóteses de licenciamento CC foram retiradas do *site* oficial do projeto. CREATIVE COMMONS, disponível em: <<http://creativecommons.org/about/licenses/>>, acessado em 09 de novembro de 2009. Há outras opções de licença disponíveis no *site*, dentre elas há as licenças de recombinação ou *sampling*, de GNU GPL e de GNU LGPL, todas criadas em colaboração com a Escola de Direito da FGV do Rio de Janeiro. A primeira é dedicada à técnica de *sampleamento* que resulta em uma nova obra, e as duas últimas destinadas aos *softwares* em função de uma necessidade do governo brasileiro em incentivar a utilização

a) atribuição – permite-se que terceiros livremente copiem, distribuam, executem e utilizem do trabalho protegido, desde que haja a atribuição da autoria original. Veja o ícone a seguir que representa essa opção



Figura 01

b) compartilhamento pela mesma licença – caso a criação original a que se tem acesso seja utilizada para a produção de uma obra derivativa, sob esta condição, o autor impõe que a nova obra deve ser obrigatoriamente compartilhada sob esta mesma licença. Observe na sequência o ícone que retrata essa escolha.



Figura 02

c) vedação a usos comerciais – a cópia executada por terceiros é livre, assim como a sua utilização e distribuição, desde que não haja finalidade lucrativa ou comercial, e ainda que se trate de obra derivativa. Visualize-se abaixo o ícone correspondente.



Figura 03

d) proibição de trabalhos derivativos – o autor determina que qualquer que seja a utilização empreendida por terceiros, deve a obra ser mantida em sua integralidade, sendo vedada a criação de obras derivadas. A representação desse licenciamento é feita pela figura abaixo.



Figura 04

São seis as formas disponíveis de combinação das condições apresentadas acima para o Brasil, pelo Creative Commons: 1) Atribuição 3.0; 2) Atribuição – Não Comercial 3.0 ; 3) Atribuição – Não Comercial – Proibição de trabalhos derivativos 3.0; 4) Atribuição – Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0; 5) Atribuição – Proibição de trabalhos derivativos 3.0; e 6) Atribuição – Não Comercial 3.0.

Como se pode observar, esse sistema de licenciamento da obra autoral tem como vantagem a flexibilidade de suas disposições e o fato de contribuir em larga escala para o crescimento de uma cultura colaborativa, pois facilita o acesso autorizado a conteúdos intelectuais. Dessa forma, ele acaba cooperando com a atitude de controle do autor com relação à obra criada. No entanto, ele não está alheio às críticas.

Num primeiro momento, deve ser ressaltado que o interessado em licenciar suas criações por meio desse tipo de licença precisa se certificar de que elas não foram objeto de cessão em outros contratos, ou ainda se já não existe alguma forma de gestão de direitos autorais responsável pelo manejo de eventuais direitos patrimoniais.

No que toca ao Ordenamento Jurídico Brasileiro e ao sistema de proteção de direito autoral adotado, em linhas gerais, o autor/criador pode fazer o que quiser com a sua criação. Ele possui uma gama de opções que permite, inclusive, a disponibilização de sua obra para o domínio público. O que se percebe, no entanto, é que há um desconhecimento por parte dos autores quanto às prerrogativas que possuem e, principalmente, da legislação de direitos autorais. Nesse diapasão, os modelos de gestão proporcionados por iniciativas como a do projeto *Creative Commons* se tornam opções interessantes para aqueles que detêm a vontade de colocar sua obra à disposição de seu público, mas não sabem como ou de que forma podem fazê-lo. Ou ainda, para levar ao conhecimento dos autores e titulares quais os direitos que eles possuem.

O *Creative Commons* é, na verdade, uma alternativa que vem para reforçar o direito autoral e não para contrariá-lo. A diferença é que, ao prover o criador de alguns direitos reservados, o modelo do CC também permite e incentiva a liberação do acesso ao público de um bem cultural e é nesse ponto em que ele se sobressai por tentar proporcionar um ambiente de equilíbrio entre os interesses dos titulares de direitos autorais e da sociedade.

Outro ponto que merece ser destacado diz respeito ao reconhecimento das licenças de CC pelos Tribunais em diversos países. O que antes parecia ser uma dificuldade, dada a inexistência de um documento autenticado com assinaturas que comprovasse a adesão³³⁷, tornou-se confirmado juridicamente em certas regiões.³³⁸ Na Holanda isso ocorreu através de

³³⁷ Houve juiz afirmando em sentença judicial que a licença de CC representava um mero folheto explicativo de direitos autorais. A cópia desta decisão está disponível em: <http://www.interiuris.com/blog/wp-content/uploads/Creative_Commons_APPO.pdf> acesso em 23 de março de 2010. (ANEXO E)

³³⁸ Na Espanha, foi decidido em primeira instância que a SGAE – SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES estava impedida de recolher pagamento devido à título de direitos autorais do estabelecimento “Disco Bar Metropol”, uma vez que restou comprovado que as músicas ali executadas estavam licenciadas pelo *Creative Commons* (ANEXO F). Sentença disponível em <http://www.internautas.org/archivos/sentencia_metropoli.pdf> Acesso em 23 de maio de 2010. Na Bulgária o caso judicial apresentava semelhanças com o processo Holandês e envolveu a publicação de uma fotografia

um processo judicial iniciado pelo VJ Adam Curry contra a revista *Gossip*, em virtude da publicação nesse meio de comunicação de fotos pessoais do autor, que estavam em seu *site* particular sob a licença do tipo “Atribuição – Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença”. A decisão da Corte Holandesa reconheceu a validade do licenciamento CC, proibindo a revista de publicar novamente tais fotografias e assinalando multa de 1,000€ em caso de desobediência.

Ainda sobre o tema das licenças públicas, é importante que se mencione que o CC não é único meio de licenciamento disponível e que existem outros métodos à disposição dos autores os quais foram elaborados em outros países.³³⁹ Uma condição semelhante de licença, não só em termos de estrutura científica, mas também no que se refere à rápida disseminação, é a ColorIURIS, que já se faz presente em vinte e seis países.

A ColoIURIS foi a solução encontrada por um grupo de pesquisadores de Zaragoza, na Espanha, para definir uma política de direitos autorais em conformidade com a Convenção de Berna e as normas da União Européia, mas também que estivesse em consonância com a tradição jurídica dos países latinos e fosse de possível aplicação em todos os países signatários daquele convênio.³⁴⁰ É um sistema que nasce da necessidade de se garantir segurança jurídica aos criadores de obras intelectuais, utilizando-se da figura do contrato como ferramenta jurídica apropriada, através da qual as partes envolvidas podem manifestar seus respectivos consentimentos sobre a utilização de conteúdos em meio digital e conservar consigo documentos comprobatórios autenticados, com detalhes sobre a cessão em causa, cuja cópia poderá ser encontrada no servidor de uma terceira pessoa confiável.³⁴¹ Nesse sistema, o autor pode definir quanto tempo durará a cessão e em qual âmbito territorial ele pode ser aplicada.

Um aspecto que diferencia o ColorIURIS do Creative Commons é o fato de que o primeiro faz uma cessão de sua marca, garantindo que sua utilização será sempre gratuita. Para Pedro Canut³⁴², o ColorIURIS dá uma maior atenção à proteção dos direitos morais do

licenciada pelo modo “Atribuição – Compartilhamento pela mesma licença”, sem que se fizesse menção ao autor da foto e sem que houvesse a utilização do mesmo licenciamento.

³³⁹ Há exemplos de métodos de licenciamento, por exemplo, na França, através do sistema “arte livre” <<http://artlibre.org>> e na Itália a partir da licença “copyzero”, albergada pela associação sem fins lucrativos denominada de “Movimento Costozero” <<http://www.costozero.org>> .

³⁴⁰ ZAZURCA, Pedro Canut. *ColoIURIS* – cores de autor. III Seminário Nordestino de Propriedade Intelectual. Maceió, 10, 11 e 12 de maio de 2010.

³⁴¹ ZAZURCA, Pedro Canut. *ColoIURIS*: Uma aportacion Independiente a La Cultura libre. Disponível, mediante adesão a acordo de licenciamento, em: <https://www.coloriuris.net/panel-www/aceptacion.jsp?cedenteNick=pjcanut&tituloUrl=coloriuris_el_libro> acesso em 24 de maio de 2010.

³⁴² ZAZURCA, Pedro Canut. *ColoIURIS* – cores de autor. III Seminário Nordestino de Propriedade Intelectual. Maceió, 10, 11 e 12 de maio de 2010.

autor, além disso esse método se configura como uma ferramenta direcionada para o criador e não para indústria. Outros aspectos ressaltados por Pedro Canut são: a permissão para comercialização da obra que pode ser concedida através do ColoIURIS; e o fato de que as licenças são constituídas por meio de contrato e não através de autorizações ou de licenças em estrito senso, o que facilita sua introdução em alguns países.

Saindo dos sistemas de licenciamento, novos modelos de comercialização e de gestão administrativa também têm sido testados na prática por artistas de diversos setores. Há uma série de iniciativas do tipo *open bussiness*³⁴³ que estão sendo colocadas em prática por musicistas ao redor do globo. No Brasil a gravadora Trama é reconhecida por adotar esse tipo de estratégia aplicada à internet, assim como grupos musicais a exemplo de “Mombojó”, “Teatro Mágico” e o cantor “GOG”. Casos como o da banda inglesa *Radiohead* que colocou um de seus lançamentos disponível na internet para *download* mediante o preço que o usuário considerasse justo foram considerados como uma atitude desvairada pela indústria, contudo, tal comportamento só tem por demonstrar a necessidade de uma reformulação na forma de se distribuir e reproduzir música através da internet. Outro caso que demonstra igual relevância, ainda na seara musical, trata do grupo americano *Nine Inch Nails*, que de forma independente, alcançou a marca de 1,6 milhões de dólares na primeira semana após o lançamento de um de seus álbuns cujo licenciamento fora feito pelo CC.³⁴⁴ A estratégia da banda foi simples, o usuário possuía opções que iam desde a compra, podendo optar conforme o preço e os benefícios incorporados a depender da escolha do cliente, ao *download* gratuito das faixas que compunham o CD.

Sobre esses novos padrões de distribuição fundamentados na compreensão de negócio aberto, uma situação paradigmática e extremamente interessante que tem sido objeto de pesquisas e de documentários diz respeito a cena musical do “tecnobrega”, residente na periferia do estado brasileiro do Pará. Identificado como uma espécie de negociação de

³⁴³ A definição de *open bussiness* nasce paralelamente à noção de Cultura Livre difundida por Lawrence Lessig. Enquanto esta última se preocupa com o estudo do papel exercido pela Propriedade Intelectual e se apegua a valores semelhantes ao do movimento do software livre, como no caso das prerrogativas de liberdade do usuário, o *open bussiness* se volta para uma análise de modelos de negócios mais flexíveis no que toca aos direitos de propriedade intelectual envolvidos. MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. LEMOS, Ronaldo. From free software to free culture: the emergence of open business. In: SHAVER, Lea. (Org.) *Access to knowledge in Brazil: new research on Intellectual Property, innovation and development*. Disponível em: <<http://isp.law.yale.edu>> Acesso em 18 de dezembro de 2009, p. 31.

³⁴⁴ Conforme notícia veiculada em: Chicago Tribune <http://leisureblogs.chicagotribune.com/turn_it_up/2008/03/reznors-one-wee.html> ; The New York Times <http://www.nytimes.com/2008/05/06/arts/music/05cnd-nine.html?_r=1> ; The Wired Magazine <http://www.wired.com/listening_post/2008/03/nine-inch-nai-2/>; Ars Technica <<http://arstechnica.com/media/news/2009/01/free-nine-inch-nails-albums-top-2008-amazon-mp3-sales-charts.ars>> ; entre outros. Acessados em 09 de abril de 2009.

conteúdo aberto, o cenário do tecnobrega apresenta todas as características típicas desse tipo de modelo pois, além de exigir um ambiente de maior flexibilidade de direitos de PI, evidencia-se por ser economicamente sustentável em meio a uma produção de padrão horizontal, permitindo a ampliação do acesso à cultura produzida.³⁴⁵ Em outras palavras, criou-se um sistema de manejo da cena musical no qual a livre circulação e a ampla divulgação exercem um papel chave multiplicador, dentro de uma estrutura linear, em que as gravadoras não se fazem presentes e a cultura do *remix* é predominante.

Dentre os personagens que compõem o panorama do tecnobrega estão: o artista, em geral também compositor; os estúdios caseiros de gravação para a produção do CD; as aparelhagens, que são grandes estruturas constituídas por equipamentos eletrônicos como caixas de som, amplificadores, computadores, telões, entre outros, geralmente administradas por grupos familiares; os DJs (Disk-Jockeys), responsáveis pelo comando da aparelhagem, estúdios e produção de CDs e DVDs; o distribuidor informal, que repassa a produção para os vendedores de rua; os vendedores de rua, responsáveis principais pela venda desses produtos; e as casas de shows, clubes e grupos de pessoas que organizam as festas das aparelhagens.³⁴⁶

A sistemática ocorre da seguinte maneira: num primeiro momento ocorre a fase de produção de faixas musicais avulsas nos estúdios caseiros, que são posteriormente selecionadas e divulgadas através das coletâneas produzidas pelos DJs, das aparelhagens, das rádios e dos distribuidores informais. Esse procedimento é necessário, pois, somente após a música se tornar sucesso de público, é que acontece a gravação do CD (álbum completo) ou DVD do artista, o que contraria a lógica empregada pelas gravadoras convencionais. A gravação é, portanto, a segunda fase desse procedimento. Nesse segundo lance, após a concretização do disco, passa-se a outra fase de divulgação, que desta vez envolve os procedimentos da primeira etapa somados às vendas em lojas e shows.³⁴⁷ Esse último também é um ponto que merece atenção, pois a renda do artista advém em sua maioria das performances ao vivo e não da venda de seus CDs, que fica em sua maior parte nas mãos dos vendedores de rua.

Apesar das inovações apresentadas, a modalidade de distribuição empenhada pelos agentes do tecnobrega também possui suas desvantagens. Segundo Ronaldo Lemos e Oona Castro, dentre os elos frágeis dessa corrente estão o compositor não intérprete, com poucas

³⁴⁵ LEMOS, Ronaldo. CASTRO, Oona. *Tecnobrega: o Pará reinventando o negócio da música*. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008, p. 21.

³⁴⁶ LEMOS, Ronaldo. CASTRO, Oona. *Tecnobrega: o Pará reinventando o negócio da música*. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008, p. 38-39

³⁴⁷ LEMOS, Ronaldo. CASTRO, Oona. *Tecnobrega: o Pará reinventando o negócio da música*. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008, p. 39.

chances de se manter de forma significativa nesse meio, e as próprias aparelhagens devido ao risco de falência em médio ou longo prazo. Outro aspecto ressaltado pelos pesquisadores diz respeito ao vendedor de rua, que é peça fundamental para a propaganda e, conseqüentemente, para o funcionamento da estrutura do tecnobrega, já que eventuais repressões ao comércio informal tendem a inviabilizar a realização desse modelo.³⁴⁸

Ainda no que tange ao comércio informal e o progresso tecnológico, importante destacar que o dispositivo empregado nos computadores e celulares, conhecido como “bluetooth”, também tem sido utilizada como uma nova forma de distribuição e compartilhamento de bens culturais. Em Alagoas, camelôs fazem uso desse tipo de expediente para a comercialização de obras cinematográficas e musicais.³⁴⁹

Voltando-se para as empresas do setor cultural, essas também têm investido, ainda que tardiamente, no desenvolvimento de alternativas aos modos tradicionais de circulação de seus produtos. Um desses meios que tem apresentado resultado expressivo corresponde à venda de Mp3 através de celulares e de sites especializados na internet. Segundo a própria IFPI – International Federation of Phonographic Industry (Federação Internacional da Indústria Fonográfica) – reconhece³⁵⁰, houve um aumento de mais de 25% em 2009 nas receitas advindas de transações digitais online, com um resultado financeiro de 4,2 bilhões de dólares, 12% acima do valor observado em 2008. A mesma pesquisa registrou que, no Brasil, apesar de haver uma queda de 40% nos lançamentos musicais nacionais, em comparação com a situação vista dez anos antes, a venda “casada” entre celular e música cresceu em 10% quanto ao seu tamanho em 2008 e passou a responder por 80% das comercializações digitais no país.

Isso só tem por demonstrar que, apesar de todas as possibilidades existentes de contrafação de direitos autorais disponíveis ao público, o destinatário final das obras intelectuais tem sim a intenção de adquiri-las por intermédio de plataformas legalizadas. A questão que aqui se coloca é que tais modalidades de comercialização lícitas devem estar disponíveis com facilidade ao usuário, de maneira que ele possa enxergar alguma vantagem em utilizá-las, ao invés de preferir a opção ilegal.

Nesse sentido, vale a pena se fazer uma breve incursão através da pesquisa sobre o consumo de produtos piratas elaborada pela FECOMÉRCIO-RJ e publicada em 2007.³⁵¹

³⁴⁸ LEMOS, Ronaldo. CASTRO, Oona. *Tecnobrega: o Pará reinventando o negócio da música*. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008, p. 55-56.

³⁴⁹ Nota publicada na revista Superinteressante, publicada no mês de Junho de 2010.

³⁵⁰ IFPI DIGITAL MUSIC REPORT 2009, disponível em: <<http://www.ifpi.org/content/library/DMR2009.pdf>> acessado em 24 de março de 2010.

³⁵¹ A pesquisa se encontra acessível no *site* da Fecomércio-RJ disponível em: http://www.fecomercio-rj.org.br/publique/media/Pirataria_2007.pdf

Segundo os dados coletados pela federação relativos ao ano de 2007, 42% dos entrevistados afirmaram ter comprado algum tipo de produto pirata no ano da pesquisa; destes, 86% disseram que compraram CDs, enquanto 53% adquiriam DVDs. Dentre os motivos mencionados sobre a opção por estes produtos na sua forma “pirateada” estão: o preço mais em conta; a facilidade em encontrar tais produtos; e o fato de eles estarem disponíveis antes do original.

Apesar dessa pesquisa não tratar especificamente da contrafação de direito autoral e da cópia privada no âmbito digital, ela traz alguns pontos que precisam ser repensados pela indústria do entretenimento, no que se refere à disponibilização e a comercialização desses produtos. Analisando a situação a partir das alternativas que têm surgido diante das exigências e, porque não dizer, carências que a sociedade coloca em pauta em prol de um maior equilíbrio e um maior acesso aos bens culturais de forma geral, é possível chegar à conclusão de que ainda existe espaço para a comercialização de obras intelectuais. O que talvez precise ser modificado é a forma como isso pode ser feito na atualidade, garantindo maior disponibilidade desses bens no âmbito comercial, para que o usuário possa obtê-los sem dificuldades, ao mesmo tempo em que se procura estabelecer preços razoáveis e convidativos e, principalmente, que haja transparência quanto à distribuição da remuneração arrecadada e uma maior flexibilidade da legislação autoral.

4 O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO E À CULTURA E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO AUTORAL

O presente capítulo tem como finalidade a de complementar o estudo, ora exposto, das limitações aos direitos autorais, de modo a analisar quais as possibilidades existentes de interpretação e alteração dessas normas. Na primeira parte, será observado como o direito privado tem percorrido o período de transformação, em virtude da colocação da Constituição como fundamento de validade jurídica das demais normas, enfocando a importância do atendimento da função social da propriedade pelo direito de autor. Num segundo momento, será explicado de que maneira se dá a relação entre o direito de propriedade intelectual e a doutrina dos direitos humanos fundamentais, tendo em vista a ocorrência de situações em que a tutela do direito autoral resulta em violação de direitos fundamentais. Na sequência, será avaliado de que forma os direitos à cultura e à informação estão dispostos na Constituição, enfatizando-se que a necessidade de equilíbrio entre estes e o direito autoral é condição essencial para que se possa garantir a existência de um domínio público fortalecido. Com isso, espera-se ao final, demonstrar que é possível alcançar uma harmonia entre os interesses em conflito.

4.1 Constitucionalização do direito privado: a repersonalização dos direitos autorais e o princípio da função social da propriedade

Durante muito tempo o direito civil foi peça chave na regulamentação da autonomia do indivíduo, encontrando-se apartado do direito constitucional. Os direitos fundamentais até então eram tidos como limitações ao poder do Estado, não se projetando à esfera das relações privadas. Com o pós-guerra e a colocação da Constituição no eixo central das relações jurídicas, como um todo, novas problemáticas passaram a surgir no tocante à aplicação dos princípios constitucionais ao âmbito privado. Esse processo de mudança de eixo na interpretação do direito é conhecido pelo nome de constitucionalização do direito civil.

Essa reestruturação, pela qual transcorre a disciplina cível, refere-se a uma espécie de interseção entre as concepções de público e privado, de maneira que se observa a existência de uma relação de complementaridade entre essas duas esferas. Para que se possa

compreender esse momento atual, cumpre analisar, ainda que de forma breve, como se deu todo essa temporada de transformações.

A separação entre o público e o privado tem suas origens na Antiguidade, notadamente em Roma, quando já se identificavam duas passagens do *Corpus Iuris* distinguindo cada um desses termos.³⁵² Em tal período, a esfera pública se caracterizava como um espaço de liberdade, no qual atuavam politicamente os cidadãos ou homens livres, privilegiados pela condição que ostentavam, ao passo que o âmbito privado se referia ao segmento onde esse mesmo homem exercia suas necessidades de sobrevivência.

Com o passar do tempo e ao longo da história, a dicotomia entre esses dois conceitos apresenta significados que se modificam e se alternam conforme os valores e aspectos políticos e institucionais de cada época. Para Norberto Bobbio, o reconhecimento dessa configuração dicotômica reside na noção de que certo grupo social deve ser capaz de conseguir diferenciar aquilo que faz parte da coletividade e o que pode ser considerado como pertencente a um indivíduo, na sua forma singular, ou, ainda, na ideia geral de que poderes periféricos inferiores são relativamente autônomos ou dependentes, com relação a um poder central superior.³⁵³

Num primeiro momento, pode-se falar na prevalência do direito privado sobre o direito público, em virtude da difusão no Ocidente do direito romano, que devotava ênfase em institutos como a família, a propriedade, o contrato e os testamentos.³⁵⁴ Esse destaque perpassa todo o momento histórico dedicado ao jusnaturalismo, até o retorno ao direito positivado, já no século XIX, marcado pelas codificações e pelo individualismo.

Segundo Eugênio Facchini, é em meados do século XVIII, que a separação entre esses dois aspectos se torna mais intensa, em virtude da visão de mundo dicotômica que à época se observava.³⁵⁵ Naquele momento, o direito público passou a ser conhecido como o ramo do direito responsável pela disciplina do Estado, enquanto que ao direito privado foi atribuída a guarda da Sociedade Civil, consoante a ideia de autonomia privada.

Após a Revolução Francesa e o nascimento dos códigos de legislação, quando ainda predominava o Estado Liberal, primou-se pela liberdade formal do indivíduo inserida no

³⁵² BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: para uma teoria geral da política. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 8.

³⁵³ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: para uma teoria geral da política. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 8.

³⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: para uma teoria geral da política. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p.21.

³⁵⁵ FACCHINI NETO, Edson. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 17.

âmbito do direito de propriedade e da liberdade contratual, e pela limitação do Estado e do poder político.³⁵⁶ As Constituições desse período se limitavam a regulamentar a estrutura do Estado mínimo³⁵⁷, e havia uma ideologia dominante de que o direito codificado deveria abranger todos os aspectos da vida privada, apresentando-se de forma clara e coerente, sem que se abrisse espaço para eventuais omissões, o que conduziu ao entendimento de que somente o legislador poderia editar as normas vigentes.³⁵⁸

Numa segunda fase, dessa vez já no século XX após as grandes guerras, percebe-se que o direito público passa a ocupar determinados espaços que antes eram consagrados ao direito privado, de modo que há uma relação de subordinação e o aumento da ação interventiva do Estado na regulação da atividade do particular.³⁵⁹ Inicia-se a etapa do constitucionalismo social³⁶⁰, em que a Constituição se torna a principal fonte do ordenamento jurídico e suas disposições normativas não mais se limitam à relação indivíduo-Estado, abarcando também as relações interindividuais. Assim, as normas codificadas passaram a ser interpretadas conforme os ideais de progresso da nova ordem preocupada com o risco da atividade social e seus impactos no interesse coletivo.

Esse processo termina por subtrair do código cível vários setores da atividade privada que, por sua vez, passaram a constituir verdadeiros estatutos³⁶¹, dando início a uma terceira fase no que toca à interpretação do direito civil.³⁶² Essas leis que tratam dessas situações de forma específica são diretamente orientadas pela normativa constitucional, erigindo uma nova era no âmbito da legislação extravagante. Uma nova forma de se legislar surge ao se estabelecerem objetivos concretos de cunho político por meio dessas leis e de suas

³⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação legislativa*. nº 141. jan./março, Brasília: Senado Federal, 1999, p. 101.

³⁵⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação legislativa*. nº 141. jan./março, Brasília: Senado Federal, 1999, p. 101.

³⁵⁸ FACCHINI NETO, Edson. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 20-21.

³⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 26.

³⁶⁰ “Pode-se afirmar que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil*. In: *Revista do Mestrado em Direito*. – v.2, n.3, dez. – Maceió, 2008, p. 118.

³⁶¹ “Diferentemente do período anterior, em que os Códigos representavam o eixo central de todo o ordenamento jurídico privado, pretendendo disciplinar a totalidade das relações jurídicas do sujeito abstrato sob a égide da autonomia da vontade, esse novo período vê direito privado deixar os códigos totalizantes em direção à legislação dita “extravagante”. FACCHINI NETO, Edson. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 23.

³⁶² TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e realções de direito civil na experiência brasileira. In: *Boletim da Faculdade de Direito – Studia Juridica*. nº 48, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 330.

cláusulas gerais. Essa “publicização” do direito civil significa o processo de intervenção estatal característico do Estado Social, no qual a autonomia privada tem seu espaço reduzido ante a noção de proteção do hipossuficiente.³⁶³ Aqui, a ação do legislador se mostra direcionada à interpretação dos institutos civis conforme a Constituição, mas ocorre de tal forma que ramos específicos do direito privado cível, terminam por constituir ramos autônomos do direito.

Nesse sentido, o que ocorre com a publicização é a submissão de determinados direitos, antes característicos da ordem privada, às necessidades estatais de promoção do interesse público. Isso é, na verdade, uma característica do Estado Social, que tem por confundir interesses públicos e privados, uma vez que as questões sociais passaram a ocupar a pauta da Constituição. Note-se que a publicização se refere a uma intervenção do legislador infraconstitucional no direito civil, ao passo que a constitucionalização diz respeito ao entendimento do direito privado conforme as disposições normativas constitucionais, que servirão de base a sua aferição de validade.³⁶⁴

Hoje, pode-se dizer que existe uma unidade hermenêutica, na qual a Constituição ocupa posição central de fundamento de validade das demais leis, de modo que resta ao intérprete a aplicação do direito com observância das disposições constitucionais. Há, assim, o nascimento de uma legislação inédita construída com base nos valores difundidos na Carta Constitucional como, por exemplo, o da solidariedade, da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Vê-se então o predomínio do ideal de justiça social e distributiva aplicado a casos em que antes a mera subsunção da regra resolveria o conflito.

Com a utilização desses princípios, o ordenamento passa a admitir a existência de verdadeiras antinomias entre direitos fundamentais em que a lógica dedutiva dos métodos tradicionais não consegue solucioná-las. Casos em que normas de conteúdo abstrato e conceitos indeterminados passam a influenciar diretamente na interpretação das regras do código civil. Dessa forma, não se pode mais falar em direito privado isolado, longe da influência do direito constitucional, pois ambos passam a adquirir diversos pontos de contato, restando, dessa forma, o desafio de conciliá-los.

Como se vê, a mudança de paradigma em curso em muito afeta o âmbito das relações sociais privadas, de modo que não se pode mais falar em utilização do código isolada das disposições constitucionais. O desafio atual se encontra na possibilidade de conciliação entre

³⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação legislativa*. nº 141. jan./março, Brasília: Senado Federal, 1999, p. 100.

³⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação legislativa*. nº 141. jan./março, Brasília: Senado Federal, 1999, p. 101.

normas da Constituição e do Código civil, uma vez que ambos se encontram em relação de interdependência. A problemática reside na identificação dos limites de atuação de cada uma dessas leis sobre a outra, ou em identificar sob quais pressupostos a esfera individual pode ser avaliada segundo os padrões normativos constitucionais. Se por um lado o código não pode ser aplicado à exclusão da Carta Magna, esta também não pode olvidar dos conceitos de origem privada, uma vez que parte de suas normas possuem caráter aberto e conceitos indeterminados, carecendo de exatidão.

Existe, portanto, uma necessidade de se estabelecer parâmetros para que possa existir equilíbrio, sem que haja uma interferência mútua que possa ocasionar em nulidade total de alguma dessas normativas. Outro ponto que deve ser colocado, diz respeito a impossibilidade de sufocamento do direito privado pela imposição constitucional. Nesse sentido, Gustavo Tepedino lembra que a transformação não pode ocorrer de modo quantitativo, mas sim de forma qualitativa, de maneira que não possa ocorrer a anulação de institutos cíveis, mas a sua harmonização com àqueles da Constituição.³⁶⁵

Quanto à dicotomia entre direito público e direito privado, Paulo Lôbo explica que, apesar das críticas que proclamam seu desaparecimento, ela ainda provoca efeitos práticos, uma vez que presta serventia à classificação dessas matérias, na falta de uma orientação mais apropriada.³⁶⁶ Daí porque, conforme comentário desse autor, permanece sendo pública a relação jurídica em que se observa a posição de superioridade ocupada pelo Estado, em contraposição a do cidadão, ao passo que fica conservada a natureza cível das relações entre familiares, herdeiros, contratantes, entre outros, ainda que condicionadas às normas constitucionais.³⁶⁷

Não se pode negar que a esfera individual sempre foi privilegiada ao longo da história, especialmente no que diz respeito à tutela do patrimônio, contudo, tal posição não mais se coaduna com os valores colocados em destaque pela sociedade contemporânea. É preciso que se perceba que os direitos fundamentais foram concebidos para tutelar as liberdades do homem, em especial à dignidade da pessoa humana. Em se tratando da esfera de autonomia privada de cada parte, é necessário que limites sejam impostos e a dignidade do homem desponte como um o valor mais importante.

³⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: *Boletim da Faculdade de Direito – Studia Jurídica*. n° 48, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 341

³⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. In: *Revista do Mestrado em Direito*. – v.2, n.3, dez. – Maceió, 2008, p. 119.

³⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. In: *Revista do Mestrado em Direito*. – v.2, n.3, dez. – Maceió, 2008, p. 119-120.

Dentre os ramos do direito que padecem diretamente a tal influência está, inevitavelmente, o da propriedade e, como consequência, também o direito autoral. Como não se pode mais falar em tutela privativa do interesse individual pela interpretação exclusiva da regra, em detrimento dos interesses sociais, a noção de função social estabelecida pela Constituição tem papel fundamental na ponderação de direitos e interesses. Isso porque ao mesmo tempo em que se têm interesses privados em jogo, não se pode negar a existência de interesses sociais que dependem de uma tutela adequada da propriedade, a fim de que se possam evitar eventuais abusos de direito.

O princípio da função social da propriedade previsto na Constituição Federal diz respeito à exigência de compatibilidade entre o interesse particular de se exercitar um direito individual e o alcance de sua destinação social. Sua operacionalidade de maneira geral consiste no estabelecimento de limites ao uso de certo bem pelo titular de modo que interesses da coletividade sejam contemplados.

A proteção da propriedade intelectual evoluiu através dos séculos, com vistas a tutelar a relação existente entre o criador, a criação e o interesse social ao desenvolvimento. O conflito entre o público e o privado nesse ramo do direito se estabelece no momento em que a propriedade é garantida a um determinado indivíduo pois, ao mesmo tempo, deverá ela estar condicionada a limites e restrições impostos pelo princípio da função social da propriedade.

Ao se proteger um bem imaterial fruto do intelecto humano, o direito concede ao criador uma espécie de monopólio sobre a obra criada, de modo que este possa explorá-la economicamente durante certo período tempo. Esse direito temporário de exploração exclusiva tem como objetivo o de estimular o autor à produção de outros bens imateriais, assim como o de incentivar a inovação e a atividade inventiva do homem, permitindo que a própria sociedade possa usufruir do desenvolvimento cultural e tecnológico alcançado.

A necessidade de se atribuir a tutela dos direitos autorais a observância do princípio da supremacia do interesse público e, em especial, da dignidade da pessoa humana decorre da sobreposição da visão patrimonialista do direito civil, que no século XX se viu atingida pelas exigências de repersonalização, com vistas a sua adaptação ao Estado do bem estar social que se perfazia.

A pretensão de cunho patrimonial encontra na dignidade da pessoa humana limites antes não inseridos na tutela dessas relações. A despatrimonialização ou repersonalização do direito civil significa um retorno da pessoa humana ao centro das atenções, valorizando-se os direitos de personalidade, como consequência da necessidade de humanização dos vínculos jurídicos. Ensina, Paulo Lobo:

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda a sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.³⁶⁸

No caso do direito autoral, a função social se efetiva pela ponderação entre a prerrogativa do autor de ter sua criação protegida, sendo recompensado pelo seu trabalho e os direitos da sociedade em geral de ter acesso àquela obra, promovendo o desenvolvimento individual de seus membros, uma vez que ela forneceu os meios disponíveis para que esta pudesse ser elaborada.

Na legislação em vigor no país, esse procedimento, de maneira geral, ocorre pelo estabelecimento de limitações e exceções aos direitos autorais, os quais se referem às possibilidades de utilização de obras intelectuais protegidas, sem a necessidade de autorização e de forma gratuita pela sociedade, conforme mencionado anteriormente.

A taxatividade encontrada nessa seção da LDA, contudo, tem por dificultar a efetivação da função social dos direitos de autor através da realização dos direitos à cultura, à informação e à educação. Em contraposição a esta cláusula de encerramento, tem-se visto nas recentes publicações sobre esse tema, que os direitos autorais não se restringem a realizar apenas uma função social, mas várias funções sociais, de modo que estas não se esgotam apenas no estabelecimento de limites e exceções aos direitos autorais.³⁶⁹

Com base no princípio da proporcionalidade e na interpretação da Constituição, Guilherme Carboni afirma que as limitações por si só não são suficientes para a realização da função social na contemporaneidade, devendo a regulamentação das exceções aos direitos autorais contemplar outras situações referentes à estrutura e ao exercício desses direitos.³⁷⁰

No primeiro caso, o das restrições intrínsecas, o autor ensina que a regulamentação não se limita ao capítulo IV da lei, abrangendo também o próprio objeto da criação, uma vez que para ser merecedor de tutela autoral a obra intelectual deve obrigatoriamente respeitar um série de condições exigidas pelo artigo 7º, bem como ao caractere de temporalidade da

³⁶⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. In: *Revista do Mestrado em Direito*. – v.2, n.3, dez. – Maceió, 2008, p. 128.

³⁶⁹ Ver: CARBONI, Guilherme. *Função Social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Tese de Doutorado. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006; SOUZA, Allan Rocha de. *Função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito Campos, 2006; BRANCO Jr., Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³⁷⁰ CARBONI, Guilherme. *Função Social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 97.

proteção do monopólio, que quando esgotado incorre em exploração livre da obra, configurando o domínio público.

Por outro lado, em se tratando de restrições extrínsecas ou referentes ao exercício da prerrogativa autoral, Guilherme Carboni ressalta que a função social do direito de autor deve respeitar as regras existentes quanto à aplicação das normas contratuais com teor restritivo, mas destaca que essa forma de interpretação não exclui a anterior, devendo ambas conviver em harmonia.³⁷¹ Outro aspecto frisado por esse autor, situa-se no âmbito da aplicação da teoria do abuso do direito³⁷², como forma de se evitar desvirtuamentos no exercício da finalidade social, a prática de concorrência desleal ou infrações à ordem econômica.³⁷³

Essa posição inclusive se coaduna com a demanda de uma interpretação balanceada da chamada regra dos três passos. Não há, entretanto, dispositivo que determine como deverá ser feita a interpretação dessa regra, se de forma restritiva e limitada ou de modo amplo e abrangente. Em um esforço colaborativo, especialistas e pesquisadores da área da propriedade intelectual de diversos países na Europa, assinaram em 2008 uma Declaração em prol de uma interpretação equilibrada do teste dos três passos. O texto, que está disponível no Instituto Max Planck³⁷⁴, aponta para a necessidade de que não se negligencie o interesse público quando do estabelecimento de prerrogativas de direitos autorais, e que se faça uma avaliação conjunta de todos os passos, evitando-se que estes sejam considerados individualmente, um após o outro.

Como se pode observar a construção de instrumentos normativos e remédios jurídicos que tratem sobre o aspecto da concretização da função social é essencial para que se possa alcançar a tão pretendida harmonização entre os direitos de autor e os demais direitos fundamentais eventualmente em conflitos. O desafio a ser enfrentado, na elaboração e na utilização dessas ferramentas jurídicas, consiste na superação das insuficiências do sistema de exceções vigente, tendo em vista um balizamento a ser implantado entre os interesses empresariais e da gestão coletiva, relativos ao aspecto econômico e patrimonial, e o interesse

³⁷¹ ConForme explica esse autor: “ (...) enquanto a interpretação restritiva determina que tudo aquilo que não foi previsto no contrato deve permanecer com o autor, a função social do contrato, quando aplicada aos contratos de direitos autorais, deve corrigir as distorções, de forma a restabelecer o equilíbrio e o poder entre as partes contratantes.” CARBONI, Guilherme. *Função Social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 186.

³⁷² No âmbito dos direitos autorais a teoria do abuso do direito corresponde ao que os americanos chamam de *copyright misuse*.

³⁷³ CARBONI, Guilherme. *Função Social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 189-190.

³⁷⁴ Declaração disponível em < http://www.ip.mpg.de/ww/en/pub/news/declaration_on_the_three_step_cfm> Acessado em 05 de agosto de 2010.

da sociedade quanto à realização dos direitos a cultura, educação e informação, em observância à tendência de repersonalização do direito privado.³⁷⁵

4.2 A dificuldade de se legislar sobre direitos autorais em consonância com os direitos humanos fundamentais

É interessante notar que os direitos humanos e os direitos de propriedade intelectual se desenvolveram durante todo o período clássico até o momento do pós-guerra e boa parte do contemporâneo, como dois corpos jurídicos estranhos entre si, provavelmente por possuírem raízes filosóficas distintas.³⁷⁶ Se de um lado, no processo de afirmação histórica dos direitos do homem se observa uma preocupação de cunho filosófico e político quanto ao seu reconhecimento, de outro, no campo de defesa dos direitos intelectuais, percebe-se uma maior inquietação no que se refere ao aspecto econômico³⁷⁷ do privilégio a ser preservado.

É possível perceber tal afastamento ao analisar o texto de tratados e convenções que tratam sobre direitos da propriedade intelectual, como as Convenções de Berna, Roma e Paris, ou mesmo outros mais recentes como o ADIPIC/TRIPS, que insistem em tratar do direito intelectual sob a ótica do direito privado e dos benefícios econômicos em jogo.³⁷⁸ Essa visão econômica, refletida nesses acordos internacionais do início do século XX, deriva da adoção do modelo econômico do capitalismo ao final do século XIX, com o acirramento da competição pelas fontes de riquezas entre as nações.

³⁷⁵ Segundo Castanho de Carvalho: “A provocação que hoje faz ruir as barreiras do direito público e do direito privado acaba por revelar que entre interesse público e privado surge uma terceira via, um terceiro interesse, não reconduzível ao interesse público estatizante, nem ao interesse privado liberalizante: um interesse comunitário, coletivo, social, difuso, que não é só público, nem só privado, mas que encerra características essenciais dos dois.” CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. *Direito de informação, liberdade de expressão e internet*. In: SILVA JUNIOR, Roberto R. Rodrigues da. (Org.) *Internet e Direito: reflexões doutrinárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, APUD AVANCINI, Helenara. *Direitos Humanos Fundamentais na Sociedade da Informação*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1937/1/Direitos_Humanos_Fundamentais.pdf> Acessado em 22 de junho de 2009.

³⁷⁶ HELFER, Laurence R. *Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property*. U.C. Davis Law Review, Vol. 40, p. 971, 2007. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=891303>> Acesso em 11 de agosto de 2009. p. 980

³⁷⁷ “A instituição da propriedade intelectual é uma medida de fundo essencialmente econômico.” BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2 ed. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/>> Acesso em 20 de abril de 2009.

³⁷⁸ HELFER, Laurence R. *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?*. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 5, 2003. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=459120> Acesso em 11 de agosto de 2009. p. 50.

Há que se ressaltar, contudo, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, entre outros acordos internacionais sobre direitos humanos assinados no momento do pós-guerra, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mencionam em seus respectivos textos disposições acerca do direito da propriedade intelectual. É o caso do artigo XXVII da Declaração que escreve:

Artigo XXVII

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.
2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.³⁷⁹

E do artigo 15 do Pacto retro mencionado:

Art. 15 - 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

- a) Participar da vida cultural;
 - b) Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;
 - c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.
2. As medidas que os estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.
3. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.
4. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

Note-se que o cruzamento de interesses entre o direito da propriedade intelectual e a teoria dos direitos humanos surge por iniciativa desta última, a partir do momento em se percebe que os mecanismos de proteção do primeiro estavam interferindo diretamente na realização de interesses do segundo. Para Laurence Helfer, dois momentos foram imprescindíveis nesse processo de identificação: a percepção de que direitos de comunidades tradicionais estavam sendo negligenciados, dentre eles o da proteção do conhecimento tradicional de populações indígenas; e o comprometimento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais nos países em desenvolvimento, que signatários do acordo TRIPS.³⁸⁰

³⁷⁹ Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948

³⁸⁰ HELFER, Laurence R. *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?*. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 5, 2003. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=459120> Acesso em 11 de agosto de 2009. p. 51-55

São situações desta natureza, as responsáveis por expor a deficiência normativa na produção de leis sobre a propriedade intelectual sob uma perspectiva de direitos humanos.³⁸¹ O contexto econômico global dos dias atuais demonstra que o direito da propriedade intelectual precisa acompanhar o progresso tecnológico e científico em plena expansão, entretanto a normatização das relações jurídicas decorrentes desse desenvolvimento, não pode olvidar de observar uma série de implicações que essa regulamentação poderá causar à proteção de diversos direitos fundamentais. Especialmente em se tratando de direitos sociais básicos, já que estes muitas vezes são considerados como empecilhos ao funcionamento do mercado econômico em geral.

A complexidade desse tema abrange desde o aspecto econômico relacionado ao desenvolvimento de países periféricos, ante a cooperação mundial e dos interesses comerciais das grandes potências à necessidade de proteção de um verdadeiro patrimônio comum da humanidade constituído pelos direitos humanos. Os desafios que ora se apresentam são consequências geradas pelo avanço em diversas áreas do conhecimento, especialmente no tocante à tecnologia da informação, à biotecnologia e às pesquisas científicas na esfera de medicamentos. Estão em jogo não apenas direitos sociais, econômicos e culturais, mas também as liberdades civis e as demais dimensões de direitos fundamentais, de modo que o direito da propriedade intelectual deve observância obrigatória ao interesse coletivo e não pode menosprezar direitos dessa natureza.

É possível afirmar, contudo, que os direitos humanos constituem, ainda que parcialmente, um obstáculo à formação dessa unidade, o que deve ser encarado de forma positiva. Como foi mencionado anteriormente, a atividade legislativa sobre a propriedade intelectual em geral, e durante muitos séculos, prescindiu do dever de observância da normativa sobre os direitos do homem, visto que esse foco residia apenas no aspecto patrimonial da mercancia. Somente com o despertar para o fato de que direitos humanos estavam sendo violados por leis desse ramo do direito, que segmentos sociais e políticos de diversos países iniciaram um movimento em favor daquelas prerrogativas.

No caso dos direitos autorais, a ânsia pela regulamentação das novas tecnologias da informação tem ocasionado certo descuido em se tratando de uma série de direitos fundamentais. Nesse contexto emergem conflitos entre a proteção do monopólio autoral e o direito de acesso à informação sob diversas perspectivas como a educacional, a

³⁸¹ HELFER, Laurence R. *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?*. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 5, 2003. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=459120> Acesso em 11 de agosto de 2009, p. 52

democratizante, a incentivadora do progresso científico, e outras tantas, quanto à necessidade de controle sobre a rede, às eventuais situações de vigilantismo, ao direito do consumidor, ao direito à privacidade e à intimidade do usuário da internet. Todas essas situações invocam uma postura equilibrada quanto aos interesses em confronto.

A regulamentação dos direitos autorais na internet tem se mostrado como algo bastante complexo de ser executado. O interesse pelo controle da circulação da informação em meio eletrônico e pela supressão de eventuais violações desses direitos tem sido responsável pela produção ansiosa de leis que desrespeitam diversos direitos fundamentais e interferem no âmbito da privacidade do usuário.

As legislações internas dos países devem observância, contudo, aos Tratados e às Convenções Internacionais que destilam a matéria. Ao estabelecer parâmetros mínimos a serem seguidos, esses acordos devem ser respeitados pelos signatários, de modo que haja uma relação de proporcionalidade entre os direitos em conflito. É preciso, no entanto, que a produção desses documentos atente para a relação de multilateralidade eventualmente existente com outros ramos do direito que já salvaguardados em acordos internacionais.

O desafio de uniformização de uma normativa sobre os direitos da propriedade intelectual deixa em aberto a possibilidade de construção de um verdadeiro código supranacional. Ainda que os sistemas de proteção de direitos autorais se encontrem em aproximação, há ainda uma série de diferenças e problemas que precisam ser superados, especialmente em se tratando de países em desenvolvimento.

Uma das dificuldades concernentes à criação de uma normativa uniforme diz respeito ao incentivo do cumprimento das disposições inclusas num Tratado pelos países signatários. Os Tratados são instrumentos jurídicos obrigatórios e vinculantes, mas em suas disposições normativas em geral não se evidenciam normas sancionadoras, recorrendo-se na maioria das vezes aos embargos econômicos entre outras possibilidades de punição que se apresentam sem efeito prático relevante.

O estabelecimento de pontos de contato entre a propriedade intelectual e os direitos humanos, segundo Laurence Helfer³⁸², há de provocar por outro lado uma série de efeitos dentre os quais dois deles se destacam: um que a vinculação destes direitos muito provavelmente irá suscitar a criação de normas mais brandas no que se refere à proteção dos direitos humanos – nesse sentido, o que pode parecer um retrocesso, poderá ser revertido,

³⁸² HELFER, Laurence R. *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?*. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 5, 2003. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=459120> Acesso em 11 de agosto de 2009.

segundo o autor, numa evolução jurisprudencial quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais – outra consequência será a do estabelecimento de padrões de maximização de proteção da propriedade intelectual, em contraposição as exigências mínimas que sempre se ocuparam, por exemplo, as Convenções de Berna e Paris – como no caso do TRIPS-Plus que tem sido negociado com países em desenvolvimento, com implicância direta na assunção de compromissos sem a devida verificação dos impactos do acordo nessas economias.

Enquanto a aproximação entre esses dois ramos do direito não se concretiza no âmbito da legislação, doutrinadores e pesquisadores que atuam nos domínios não só do direito, mas também da informática, têm encontrado soluções práticas a fim de compatibilizar a proteção dos direitos autorais com as necessidades de informação, educação e cultura.

Numa dessas frentes, está o Projeto *Creative Commons*, já descrito anteriormente como um conjunto de licenças que proporciona que qualquer pessoa disponibilize obras de sua autoria para utilização, cópia, divulgação ou mesmo modificações e alterações, conforme for a escolha inscrita na licença. A ideia de que o autor possa definir de que modo seu trabalho será compartilhado, proibindo a utilização comercial por terceiros e restando protegido os direitos morais, consubstancia um retorno à autonomia e ao poder de disposição sobre a obra concedidos ao criador que, na sua maioria, encontra-se sujeito às imposições existentes nos contratos de cessão estabelecidos com gravadoras, editoras, entre outras empresas.

Como se pode observar, iniciativas como as supra referidas representam um esforço à concretização do equilíbrio entre os direitos autorais e o direito de acesso à informação, à cultura, à educação e inclusive à continuidade do progresso científico. Uma vez que a produção de leis tem se apresentado como uma solução lenta e em geral ineficaz para a concretização da função social do autor, o mal funcionamento e o desequilíbrio da tutela da propriedade intelectual em referência aos direitos humanos se torna a assunto a ser resolvido através dos Tribunais, ainda que temporariamente.

Por outro lado, conforme já demonstrado em capítulo anterior, tem recaído sobre a sociedade a exigência de que engendre uma série de esforços criativos, a fim de que o acesso à informação possa ser feito em consonância com o paradigma da contemporaneidade, e atue de forma participativa, de modo que seu ímpeto de inventividade seja abarcado, posteriormente, pela legislação a ser produzida ou que pelo menos, a curto prazo, ela encontre soluções para suas necessidades.

Alguns países têm exercido uma série de tentativas de implementar leis que possam estabelecer o controle da internet e do tráfego em redes de ponto-a-ponto. Na França, foi

aprovada a chamada Lei *Hadopi*, cujo texto instala a política do “*three strikes, you’re out*”³⁸³. Segundo suas disposições, o usuário de rede ponto-a-ponto que for identificado “baixando” arquivos não autorizados pela internet será notificado pelo governo por até três vezes para que deixe de efetuar *downloads* ilegais. Não obedecendo tal imposição, será determinado o “corte” de sua conexão de internet por um prazo a ser comunicado. Seria essa a chamada “política da resposta gradual”.³⁸⁴

A primeira polêmica suscitada quanto ao texto dessa lei se referia ao fato de que todo o seu procedimento seria executado sem a necessidade de ordem judicial. Após ser submetida ao Conselho Constitucional daquele país, a lei teve diversos de seus trechos obrigatoriamente suprimidos, já que continham disposições inconstitucionais e uma nova redação foi devidamente aprovada em setembro de 2009.

A adoção desse tipo de medida repressiva, contudo, continua a provocar controvérsias entre diversos grupos da sociedade organizados em oposição, alegando a desproporcionalidade das providências adotadas. Outro aspecto destacado por essas organizações, diz respeito à manipulação das informações e números apresentados pelo governo francês e pela indústria de um modo geral. Como exemplo, o grupo “La Quadrature Du Net” destaca a petição interposta em favor da criação da lei Hadopi, a qual apresentava diversos problemas quanto à veracidade de seus dados.³⁸⁵ Além disso, há algumas dificuldades que precisam ser levadas em consideração, para que não se cometa eventuais injustiças, como no caso clássico da utilização não autorizada de internet *Wi-Fi*, através de terceiros, para “baixar” obras intelectuais.

A lei Hadopi já se encontra em vigor e o governo comemora a renovação dos lucros financeiros da indústria musical, tendo em vista um crescimento de cerca de 8% ou 128 milhões de euros na comercialização digital. Para o sindicato nacional de editores fonográficos esses números revelam a migração do usuário de *peer-to-peer* para os serviços legalizados disponíveis naquele país.³⁸⁶

Os grupos de oposição, por sua vez, afirmam que a lei não irá atingir todos os usuários, uma vez que diversos internautas já possuem meios de contornar a lei e continuam a

³⁸³ Jargão comumente utilizado em jogos de beisebol para indicar que depois de três tentativas, o rebatedor deve ceder o lugar a outro.

³⁸⁴ No Brasil, o projeto de lei que tratava sobre a implantação desses sistema, de autoria do Deputado Bispo Ge, foi arquivado e até o momento de encerramento desse trabalho não havia nenhum outro sobre esse tema em tramitação.

³⁸⁵ A análise do documento pode ser lida em <http://www.laquadrature.net/wiki/Liste_artistes_signataires_petition_sacem>

³⁸⁶ Conforme notícia veiculada através do site ZDNET.fr, em <<http://www.zdnet.fr/actualites/le-snep-se-rejoit-de-la-croissance-de-la-musique-sur-internet-39751416.htm>> Acessado em 05 de maio de 2010.

empreender *downloads* de conteúdos sob circunstâncias consideradas ilegais. Nesse sentido, um estudo publicado pela Universidade de Rennes³⁸⁷ revelou que após a publicação da lei da resposta gradual a pirataria na rede aumentou em cerca de 3%. A pesquisa demonstra que os hábitos dos franceses não foram modificados de forma significativa e demonstra que boa parte das pessoas que hoje se utilizam de serviços legalizados de *streaming* também fazem *downloads* através de sites como *Rapidshare* e *Megaupload*, onde os conteúdos, na sua maioria, são desprovidos de autorização dos titulares de direito autoral. Observou-se que houve uma redução na utilização das p2p de cerca 17% para 14% porém, em contraposição, foi constatada uma elevação de 27% quanto à procura de alternativas para esses *downloads*.

Apesar dos resultados que as pesquisas sobre esse tema demonstram, as tentativas de implantação de medidas como a da resposta gradual ainda são objetos de discussão em diversos países, constando, inclusive, no texto do acordo internacional ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement) que ainda se encontra em fase de análise. Dentre os mecanismos previstos neste último, todos os países que se tornarem seus signatários deverão introduzir o sistema de resposta gradual em seus respectivos ordenamentos e fixar uma série de sanções civis e penais em favor das medidas tecnológicas de proteção. O texto ainda se encontra em debate e a 9ª rodada de negociações estava prevista para o mês de junho de 2010. As reuniões têm ocorrido a “portas fechadas”, contudo, uma versão prévia da redação desse acordo foi liberada após o 8º encontro, despertando a preocupação de diversos segmentos sociais, em diferentes continentes.

Outro recurso que também tem sido amplamente discutido, inclusive no Brasil, diz respeito ao armazenamento das informações de acesso dos usuários de internet, a chamada “guarda de logs”, que tanto tem suscitado argumentações contrárias, com base na violação de direitos fundamentais do internauta, tais como a defesa da intimidade, da vida privada, e do sigilo das comunicações e dos dados pessoais. Esse é um dos temas que atualmente se encontra em estudo, sobretudo em virtude da 2ª fase da consulta pública acerca do Marco Civil da internet, promovido pelo Ministério da Justiça, cujo objetivo final é a construção de um regulamento direcionado às questões relacionadas à internet.

Como se pode observar, qualquer tentativa de se estabelecer modelos de regulamentação e de restrição para a internet deve, necessariamente, passar por uma avaliação sobre quais os direitos fundamentais que poderão ser restringidos e em que medida isso deve

³⁸⁷ Dados obtidos em: “French “3-Strikes” Actually Increasing Piracy”, disponível em: < <http://www.zeropaid.com/news/88521/french-3-strikes-actually-increasing-piracy/>> Acessado em 02 de abril de 2010, e “Piracy Rises In France Despite Three Strikes Law”, disponível em: < <http://torrentfreak.com/piracy-rises-in-france-despite-three-strikes-law-100609/>> Acessado em 02 de abril de 2010.

ser executado. O Parlamento Europeu já teve a oportunidade de se pronunciar sobre o assunto, quando através de Recomendação³⁸⁸ encaminhada aos países da União Europeia, sugeriu que seus respectivos poderes legislativos não violassem prerrogativas fundamentais, como as de liberdade de expressão, de informação e de proteção à vida privada, ao aprovarem padrões normativos destinados ao controle da rede.

Nesse diapasão, decidiu em prol dos direitos fundamentais, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, em litígio envolvendo a Promusicae, uma associação sem fins lucrativos de editores e produtores musicais, e a sociedade comercial Telefônica. No caso em tela, a Promusicae havia exigido, através de uma ação cível, que a Telefônica revelasse uma série de dados pessoais relativos aos usuários de internet, a quem esta última prestava serviço, em virtude do acesso desses clientes ao serviço de *peer-to-peer* conhecido como KaZaA. A Telefônica, por sua vez, manifestou-se em oposição a esse pedido, alegando que tal procedimento somente seria permitido se houvesse em curso investigação criminal ou em nome da segurança pública ou defesa nacional. O caso foi levado ao Tribunal Europeu que, por seu turno, afirmou que não havia Diretiva Europeia que contivesse em seu texto qualquer normativa que impusesse a obrigatoriedade de transmissão de dados pessoais de usuários de internet, como meio de se garantir a proteção ao direito autoral, em sede de ação judicial civil. Conforme a fundamentação do Acórdão, diz o Tribunal:

Assim sendo, compete aos Estados-Membros, na transposição das supramencionadas directivas, zelar por que seja seguida uma interpretação destas últimas que permita assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária. Seguidamente, na execução das medidas de transposição dessas directivas, compete às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com o direito comunitário, mas também zelar por que seja seguida uma interpretação de um diploma de direito derivado que não entre em conflito com os referidos direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito comunitário, como o princípio da proporcionalidade³⁸⁹

4.3 O direito à cultura e o acesso às suas fontes

Diante da necessidade de se analisar como a Constituição trata da matéria cultural, com vistas a verificar de que maneira o direito autoral pode encontrar nessa prerrogativa um

³⁸⁸ Recomendação de 18 de Maio de 2005, sobre a gestão coletiva do direito de autor e direitos conexos para legitimação de serviços musicais *online*. (ANEXO H)

³⁸⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 29 de Janeiro de 2008, Recurso prejudicial, Processo C-275/06, 29/01/2008, Disponível em: (ANEXO G)

eventual limite a ser respeitado, necessário se faz compreender a significação do que vem a ser o termo “cultura” e no que consiste o acesso às fontes culturais.

A expressão “cultura” tem sido utilizada a partir de significações diversas, de modo que é possível utilizá-la, cotidianamente, desde a forma mais banalizada, àquela por demais interessada no rigor científico. Além disso, cabe ressaltar que o tema, nos moldes em que a sociedade tem se apresentado, ainda não alcançou sua superação sintética no âmbito de estudos da antropologia e da sociologia.

Inicialmente, pode-se dizer que a cultura está relacionada ao desenvolvimento das faculdades cognitivas do homem, em contraposição à evolução biológica. Neste sentido o termo Cultura estaria ligado a um processo adaptativo do homem como resposta rápida às mudanças do meio em que ele habita. Inserindo essa ideia num contexto sociológico, tem-se que a Cultura não se limita a ser apenas um meio de evolução adaptativa humana, uma vez que ela tem se mostrado como um poderoso instrumento de organização e transformação social.

A investigação do que vem a ser a cultura de uma sociedade tem como importante conseqüência uma melhor compreensão da realidade daquele meio e por isso tem sido uma das preocupações atuais do mundo globalizado. Perceba-se que quanto maior o contato entre os povos, maior a complexidade das relações políticas, econômicas e sociais. Assim, cresce o interesse entre as nações em reduzir as zonas de conflitos e aumentar a circulação de bens, fazendo crescer o capital. A compreensão do termo em discussão é a peça chave para o entendimento das relações humanas no plano internacional, e para a realização do respeito e da diplomacia entre os povos.

Essa mesma preocupação existe quando se reflete acerca das sociedades de modo particularizado. No caso do Brasil, não se pode olvidar a existência de uma identidade cultural brasileira, traços comuns que unem as populações das regiões do país em um todo unitário. Entretanto, também não se deve esquecer que cada região possui características diferenciadas, o que nos leva a atentar para a diversidade de culturas existente no território. As desigualdades sociais, a existência de grupos marginalizados pela sociedade, a existência de diversidade étnica e religiosa, os grupos minoritários, entre tantos outros, fazem da realidade Brasileira um ambiente peculiar para o estudo das manifestações culturais e, conseqüentemente, do desenvolvimento das relações sociais.

A noção da cultura de uma sociedade é alcançada a partir da análise dos processos sociais e históricos pelos quais ela tem enfrentado. A constituição do modo de vida, os instrumentos utilizados neste processo, o desenvolvimento psíquico humano, tudo isso pode

ser considerado cultura, conforme o referencial adotado. A sua cognição se revela essencial para a construção de uma comunidade harmoniosa, pacífica isenta de perseguições e livre de alienação social e política.

A valorização da cultura como fator relevante para a qualidade de vida do homem somente tem a sua necessidade de preservação reconhecida no período pós Revolução Industrial quando se evolui para a defesa de direitos trabalhistas, dentre eles o da determinação da jornada de trabalho, o que vem por revelar uma nova vida para o homem operário, que passa a desfrutar de uma vida não apenas voltada para o trabalho, mas também para seus aspectos sociais, políticos e culturais.

Em consonância com o a ordem capitalista que a época prosperava, a arte passa a ser apresentada como objeto de consumo e de negociações, o que vem por ressaltar o caráter economicista da cultura como fator de desenvolvimento das nações. O seu reconhecimento como tal, somente se manifesta com a institucionalização do Estado Social, no início do século XIX entretanto, apesar de passar a constar no rol de proteção das Constituições de diversos países, a cultura ainda era tratada de forma incerta pelo constituinte, somente se protegendo alguns poucos direitos, como os autorais e os de liberdade de expressão.³⁹⁰

Tal situação veio por se modificar quando, finalmente, a Organização das Nações Unidas publicou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em um contexto histórico-social de pós-guerra, dando início a uma nova era na proteção dos direitos fundamentais, dentre os quais passaram a constar os direitos culturais.

Avaliando a teoria dos direitos fundamentais, muitos entendem que a cultura passou a ser encarada como objeto a ser tutelado pelo direito quando inserida dentro da concepção dos direitos de segunda dimensão, surgindo em conjunto com a seara dos direitos econômicos e sociais. Certamente, o Estado Liberal com sua atitude abstencionista não seria capaz de oferecer uma tutela cultural adequada, uma vez que durante sua vigência somente era possível a realização de liberdades individuais da classe burguesa. Isso ocorria em função de não existir uma igualdade além daquela formal existente nos textos legais, o que deixava parte da população alheia ao aspecto cultural de seu meio social. Contudo, o aspecto cultural já se fazia presente na primeira dimensão dos direitos fundamentais, ainda que limitado à esfera particular do indivíduo, e nem sempre se efetivando completamente.³⁹¹

³⁹⁰ SILVA, José Afonso. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

³⁹¹ Destaque-se dentre os direitos da liberdade, aquele relativo à liberdade de expressão pela arte ou, ainda, o direito a criação cultural.

Também não há como se negar a existência da Cultura na terceira dimensão de direitos fundamentais cujo alcance ultrapassa a figura do indivíduo e de determinados grupos em uma sociedade, estendendo-se a uma titularidade difusa e indefinida, a partir da idéia de universalidade de certos direitos. Nessa dimensão, direitos como ao desenvolvimento, a paz, a qualidade de vida, ao meio ambiente equilibrado, entre outros, relacionam-se direta ou indiretamente com a cultura.

No caso do Brasil, a preservação cultural possui seus fragmentos espalhados pelas Constituições históricas. Temas como a criação da Biblioteca Nacional e a proteção aos direitos autorais se fizeram presentes na realidade brasileira, mas sem muito aprofundamento quanto à questão cultural dentro do Ordenamento vigente. Alguns aspectos foram se desenvolvendo ao longo do tempo, até que a Constituição federal de 1988 veio por tratar do tema de forma mais abrangente. Ainda que se tenha discorrido sobre o tema nas diversas Cartas Constitucionais, em nenhum momento se adotou um significado específico para o termo cultura. Talvez isso tenha ocorrido por que a realidade brasileira nos induz a conceber a cultura de forma limitada. No ordenamento jurídico vigente isto não se fez de modo diferente. Existe uma crença de que o entendimento sobre a matéria é tão óbvio que os escritores se esquecem de pesquisar uma definição precisa sobre questão.³⁹²

Sabe-se ainda que a cultura está diretamente ligada aos ideais de liberdade, democracia e pluralismo assinalados na atual Constituição. Conforme se lê de seu artigo 215, tem-se que o bem jurídico cultura enseja o exercício dos direitos culturais, de onde se vê que a Cultura é vista pela nossa Constituição como um direito fundamental a ser preservado. Essa conclusão não poderia ser diferente, uma vez se tratar de um Estado Democrático de Direito baseado na proteção do valor da dignidade da pessoa humana. A cultura, ao contrário do que se possa pensar, não é decorrência desta proteção, mas sim, uma parte importante do que vem a ser a dignidade humana conforme consignado pela Carta Magna Brasileira. Essa concepção é de fácil identificação, posto que a Constituição dá ênfase ao resguardo de valores como os da democracia participativa, do desenvolvimento da pessoa, do pluralismo cultural e social da democracia cultural, pluralista e do equilíbrio entre as tensões sociais.

Há, entretanto, que se fazer uso, ainda que não se tenha alcançado uma síntese para a problemática conceitual, de uma concepção norteadora com fins de auxiliar a atuação do direito no campo cultural. No contexto acima apresentado, pode-se dizer que o Direito Brasileiro adota a noção de que a cultura como direito fundamental, uma vez que essa é vista

³⁹² CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico Brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica 2000, p. 34.

como um ideal de aprimoramento que visa à dignidade da espécie em função do todo coletivo e do indivíduo.³⁹³ Embora esse conceito não seja objetivo, assim como pede o direito, ele deixa margem para que cada ordenamento jurídico defina abertamente quais são os bens que serão valorados, culturalmente, a partir do seu contexto histórico-social e serão passíveis de proteção legal.

É sob essa ótica, portanto, que os direitos culturais devem ser encarados num contexto de sociedade da informação como o atual. É preciso que se observe que a cultura sempre correspondeu a um fator de desenvolvimento da personalidade do homem e de seu posicionamento no grupo social. Ao se ter acesso as fontes de cultura, num ambiente em que livre a expressão e a manifestação do pensamento, o homem é capaz de assimilar o conhecimento adquirido à sua experiência pessoal, transformando informação em opinião.

Pode-se afirmar com segurança, que os direitos culturais são assim definidos a partir do reconhecimento Legal de que certos bens materiais ou imateriais, com valor cultural em sua respectiva essência, atuam sobre aspectos qualitativos da vida humana e, ainda, exercem influência sobre a identidade ou a memória de um determinado povo.

Citando Peter Häberle, Francisco Humberto Cunha Filho destaca que os direitos culturais devem ser observados sob duas perspectivas: em seu sentido *stricto sensu*, no qual devem ser entendidos restritivamente e paralelamente a outros direitos, tais como os econômicos, sociais entre outros; e em seu sentido *lato sensu*, onde estão inseridos na compreensão cíclica de que a cultura seria a base dos direitos fundamentais, e estes seriam, em contrapartida, determinadores de cultura.³⁹⁴

Segundo o autor, uma vez que a doutrina não fornece elementos para a identificação desses direitos, conclui-se, a partir do método dedutivo de classificação que, para o ordenamento jurídico brasileiro, os direitos culturais são aqueles atinentes às artes, a memória coletiva e a transmissão de conhecimento, restando-lhes preservados uma ligação com o passado, assim como ao presente e ao futuro, com vistas a concretização do ideal de dignidade da pessoa humana.³⁹⁵

Lucia Reisewitz, por sua vez, recorda que a Lei Brasileira trata o direito cultural sob três aspectos: o fomento, a divulgação e a preservação; reconhecendo que estes direitos são

³⁹³ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico Brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica 2000, p. 28.

³⁹⁴ HÄBERLE, Peter. *Le Liberta Fondamentali nello Stato Costituzionale*. La Nuova Itália Scientifica: Roma, 1993, APUD CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico Brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica 2000, p. 30.

³⁹⁵ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico Brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica 2000, p. 33.

constituídos por aqueles que implicam em participação na vida cultural, fazendo-se necessária a existência de políticas públicas que não só incentivem a produção e o acesso à cultura, mas que também se relacionem com a educação e o lazer da população.³⁹⁶

Desta forma, pode-se observar que os direitos culturais se encontram espalhados por toda a Constituição Brasileira. Podem ser lidos nos artigos 215 e 216, destinados à tutela da cultura, entre os incisos do artigo 5º, dos direitos e das garantias constitucionais, identificados nos artigos 226 e 227, sobre a influência da cultura familiar, art. 205 da educação, entre tantos outros.

Seguindo outra acepção, José Afonso da Silva destaca que os direitos culturais são encarados, de um lado, como *norma agendi*, pois compõem o dever do Estado de garantir seu pleno exercício, e de outro, como *facultas agendi*, vez que aquele que for interessado tem o direito de reivindicar esse exercício frente a autoridade Estatal. Daí ter-se que, embora não exista uma definição precisa na Carta Magna, o autor se arrisca a classificar esses direitos da seguinte maneira: direitos a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica; direito à criação cultural, direito de acesso as fontes da cultura nacional, direitos de difusão das manifestações culturais, direito de proteção as manifestações culturais indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional e direito-dever Estatal de formação do patrimônio cultural e de proteção aos bens culturais sujeitos a regime jurídico especial, em função do interesse público.³⁹⁷

Segundo Vasco Pereira da Silva, o fato de o direito a cultura se encontrar inserido em todas as dimensões dos direitos fundamentais revela uma natureza jurídica unitária.³⁹⁸ Com isso, tal prerrogativa manifesta uma natureza simultaneamente dupla³⁹⁹ ao apresentar concomitantemente uma dimensão negativa, em que o Estado ou outro particular não pode interferir no direito fundamental seja modificando-o, eliminando-o ou obstaculizando sua realização; e outra positiva, que exige do Estado a prestação necessária para sua concretização; assim como uma dimensão subjetiva, sendo concebido como uma garantia de defesa do indivíduo perante o Estado; e outra objetiva, em que será compreendido como princípio jurídico, ou seja, como critério obrigatório a ser observado na interpretação das normas constitucionais.

³⁹⁶ REISEWITZ, Lucia. Direito Ambiental e Patrimônio Cultural: direito a preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p 78-79.

³⁹⁷ SILVA, José Afonso. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48

³⁹⁸ SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 114.

³⁹⁹ SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 114.

Consubstanciado em seu aspecto subjetivo, o direito fundamental à cultura pode ser consolidado, por exemplo, através das seguintes circunstâncias: como prerrogativa de defesa, numa eventual situação em que o direito autoral de paternidade de uma obra se encontra desrespeitado; como uma prestação positiva voltada para o incentivo à criação ou de acesso aos bens culturais; como um direito a uma “prestação cultural mínima”, revestindo-se na noção de que certos estabelecimentos públicos possam apresentar acervo disponível, a fim de evitar uma ausência de cultura; e por fim como uma proteção a ser garantida pelo Estado de que entidades particulares não restrinjam, agridam ou restrinjam o acesso a bens com valor cultural.⁴⁰⁰

Já no que se refere ao à sua dimensão objetiva, segundo a qual um direito fundamental se exterioriza como um padrão a ser seguido e um critério de controle da ação do Poder Público, Vasco Pereira da Silva destaca três aspectos que necessariamente devem ser analisados, por se tratar de um direito fundamental: o caráter de norma de competência negativa, a concepção de interpretação e conformação com a ordem jurídica vigente e o aspecto programático que demonstra.⁴⁰¹

Explica o autor que competência negativa se refere à função de expulsar do ordenamento jurídico normas ordinárias de conteúdo contrário ao do direito fundamental, autorizando o exercício do controle de constitucionalidade nos moldes abstrato.⁴⁰² Esse é um aspecto que reflete a noção de que os direitos fundamentais são valorados sob o ponto de vista da sociedade, e não apenas do indivíduo, o que evoca uma perspectiva comunitária em defesa dos direitos fundamentais.⁴⁰³

Em segundo lugar, a natureza de princípio jurídico que informa todo o ordenamento, refere-se ao funcionamento dos direitos fundamentais como critério de interpretação das normas jurídicas e à sua eficácia irradiante. Nesse sentido, as prerrogativas fundamentais fornecem as diretrizes para a aplicação das leis infraconstitucionais em conformidade com a Constituição, pois constituem a base principal da ordem jurídica.⁴⁰⁴ Com isso, o Poder

⁴⁰⁰ SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 128-129.

⁴⁰¹ SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 130.

⁴⁰² SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 130.

⁴⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 171-172.

⁴⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 173.

Público não é o único a sofrer limitações pela ação dos direitos fundamentais, pois esta transcende ao âmbito das relações privadas.

Por fim, menciona o autor que, o caractere programático das normas sobre direitos fundamentais obriga o Estado a atuar de modo contínuo e permanente para a realização dessas prerrogativas, pois a realidade de cada momento histórico permite a incorporação de novos conteúdos a esses direitos e com isso, pode-se afirmar que toda norma de direito fundamental apresenta um mínimo de indeterminação, submetendo-se a limites fáticos e jurídicos.⁴⁰⁵ Conforme a explicação de Vasco Pereira da Silva, a concretização dos direitos dessa natureza oscila entre o real e o idealizado, de maneira que o problema não reside na incerteza do programa, mas em que medida um direito pode ser efetivado.⁴⁰⁶ No caso de direitos como o da cultura e da educação, verifica-se que o alcance ideal, nem sempre será aquele possível de ser realizado.

Assim, o direito a cultura, em conformidade com sua dimensão objetiva, deve prevalecer sobre eventuais atuações que lhe sejam contrárias, posto que configura um parâmetro para declarações de inconstitucionalidade, da mesma forma em que se coloca como critério a ser observado, na interpretação e na integração de lacunas e demanda por maiores exigências na sua realização.⁴⁰⁷

4.4 O direito à Informação e ao conhecimento humano: a importância do domínio público para a criação e o desenvolvimento das faculdades humanas

A Constituição destaca o conteúdo do direito à informação no campo de atuação dos direitos de liberdade de expressão e de acesso às fontes culturais⁴⁰⁸, além de exercer sua tutela com maior ênfase no texto do artigo 5º, inciso IV.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p.132.

⁴⁰⁶ SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 132.

⁴⁰⁷ SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 132.

⁴⁰⁸ 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.

⁴⁰⁹ Art. 5º. (...) IV – É livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato. (...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional

No âmbito da legislação internacional, além de estar garantido em uma série de Tratados e Convenções, convém destacar o texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 no qual se concebe que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão sem interferências, inclusive de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.⁴¹⁰

A liberdade de acesso à informação, enquanto liberdade de opinião e expressão, deste momento em diante, não mais se restringe ao âmbito da autonomia privada do indivíduo, expandindo-se de modo a necessitar da intervenção do Estado para que direitos como os derivados da comunicação e o de acesso à informação existente em repartições públicas sejam merecedores de tutela.⁴¹¹ Ou seja, ela deixa de ser encarada meramente como uma liberdade civil, para ser considerada sob o viés do Estado do bem-estar.

Daí ter-se que o direito de liberdade de informação possui três aspectos indissociáveis de sua essência: o direito de informar, o direito de ser informado e o direito de se informar. Através do primeiro, o indivíduo possui o poder de transmitir e comunicar informações, através dos meios colocados a sua disposição, já pelo segundo tem-se a possibilidade de se obter dados, em geral por intermédio do Poder Público e, por fim, através do terceiro, a prerrogativa consiste em procurar e alcançar as informações pretendidas sem que existam obstáculos por parte do sujeito passivo.⁴¹² Para José Afonso da Silva:

“A liberdade de informação compreende a procura, o acesso o recebimento e a difusão da informação e de idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição (...).”⁴¹³

Ao dispor sobre o tema, esse mesmo autor menciona que é preciso atentar para o fato de que o direito à informação é ao mesmo tempo um direito da coletividade e uma garantia individual advinda da liberdade de expressão e manifestação de pensamento.⁴¹⁴ Nessa mesma linha, Paulo Ferreira da Cunha ressalva que a liberdade de informação é uma

⁴¹⁰ Artigo XIX: Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

⁴¹¹ ACIOLI, Catarine Gonçalves. *O sistema de certificação digital brasileiro como ferramenta para efetivar o direito fundamental à informação no meio eletrônico*. Dissertação de Mestrado. Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2006, p. 69.

⁴¹² CORREIA, Luis Brito. *Direito da comunicação social*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 629-630

⁴¹³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 245

⁴¹⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 259

espécie de liberdade política e cidadã, espécie do gênero liberdade de expressão e comunicação, da qual se depreende o termo direito à informação, restrito de significado.⁴¹⁵

Na prática, esse ponto de vista se concretiza partindo de três premissas fundamentais⁴¹⁶: primeiramente, a de que uma vida privada de qualquer informação por si só culmina em carência de conhecimento e saber; em seguida, o fato de que por ser essencial à satisfação de necessidade do indivíduo, assim como necessária para que este alcance seus objetivos, a informação resulta numa verdadeira *commoditie* em tempos atuais; e terceiro, a de que o acesso à informação é indispensável para que o homem possa exercitar e ter seus direitos protegidos. De onde se conclui que a existência de um mínimo de informação é imprescindível à determinação do homem enquanto ser social.

É preciso que se observe que a ocorrência de tal inevitabilidade atravessa necessariamente os imperativos de garantia dos direitos à cultura e à educação, a fim de que se possa realizar a democracia participativa desejada. Segundo a Constituição, o direito à educação tem como objetivo o de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa e com isso garantir o seu preparo para o exercício da cidadania e do trabalho.⁴¹⁷ O direito à informação, se devidamente tutelado, incide na consciência de participação social e na formação de uma sociedade civil forte e politizada.

Como elemento formador de um grupo social, na era da informação a circulação de dados informacionais implica em conseqüências não apenas culturais, mas também político-econômicas. Nesse sentido, notabiliza-se a urgência de uma ação estatal interventiva de modo a assegurar a liberdade de informação que possibilite a formação de uma opinião pública crítica capaz de deliberar sobre os rumos de sua própria sociedade sob diferentes perspectivas.

Assim, em tempos de pós-modernidade, ou de modernidade líquida, ainda que se tente diferenciar e separar o direito à informação da liberdade de expressão haverá situações em que dificilmente se conseguirá desvencilhar um do outro, tendo em vista a necessidade de que o indivíduo seja capaz de construir a sua concepção de mundo e fazer escolhas livremente.

⁴¹⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito à informação ou deveres de protecção do Estado?* In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Direitos Fundamentais, Informática e Constituição: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 169.

⁴¹⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição Viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 189-191.

⁴¹⁷ 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.

Contudo, é importante que se mencione que os conceitos de informação e de expressão não constituem sinônimos.⁴¹⁸ Conforme destaca Helenara Avancini, a liberdade de expressão está inserida no conceito de direito à informação, devendo ser entendida como a faculdade de transmissão de ideias e opiniões livremente, assim como ocorre com a liberdade de imprensa, ao passo que o acesso à informação se refere à divulgação de fatos de interesse público.⁴¹⁹ Para essa autora, existe uma conexão entre a liberdade de expressão e os direitos autorais, uma vez que a obra intelectual pode ter sua publicação tolhida pela censura e o autor, por sua vez, ser impedido de se manifestar, entretanto, numa situação oposta em que não haja qualquer forma de repreensão ao pensamento, o choque reside entre o direito do autor e a liberdade de acesso à informação.⁴²⁰

4.4.1 O domínio público

Um dos aspectos mais importantes no que diz respeito à tutela dos direitos patrimoniais do autor se refere à temporalidade. Isso porque somente após o exaurimento do prazo de proteção conferido pela lei, é que se pode falar na entrada da obra no domínio público, momento esse, a partir do qual, qualquer interessado poderá ter acesso irrestrito àquela criação e utilizá-la da forma em que bem entender, desde que demonstre respeito aos direitos morais do autor.

A expressão domínio público permite a identificação de vários significados, não sendo, para alguns autores⁴²¹, a mais indicada para utilização no âmbito dos direitos

⁴¹⁸ “É preciso não confundir as duas essências: informação e expressão. Elas quase sempre coexistem em um mesmo veículo, com maior ou menor interação, mas devem ser examinadas sob pontos de vista diametralmente opostos: uma é imparcial, outra é parcial; uma tem função social de contribuir para a elaboração de um pensamento, a outra tem a função de difundir pensamento ou um sentimento já elaborado.” CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. *Direito de informação, liberdade de expressão e internet*. In: SILVA JUNIOR, Roberto R. Rodrigues da. (Org.) *Internet e Direito: reflexões doutrinárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, APUD AVANCINI, Helenara. *Direitos Humanos Fundamentais na Sociedade da Informação*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1937/1/Direitos_Humanos_Fundamentais.pdf> Acessado em 22 de junho de 2009.

⁴¹⁹ AVANCINI, Helenara. *Direitos Humanos Fundamentais na Sociedade da Informação*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1937/1/Direitos_Humanos_Fundamentais.pdf> Acessado em 22 de junho de 2009, p. 9.

⁴²⁰ AVANCINI, Helenara. *Direitos Humanos Fundamentais na Sociedade da Informação*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1937/1/Direitos_Humanos_Fundamentais.pdf> Acessado em 22 de junho de 2009, p. 10.

⁴²¹ Para José de Oliveira Ascensão, o termo domínio pressupõe uma propriedade quando, na verdade, o que existe não é restrição, mas um liberdade de uso ao público. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 352-353.

intelectuais, uma vez que se confunde com o regime dos bens de interesse público. Conforme demonstra Maria Sylvia Di Pietro, o vocábulo sustenta pelo menos três acepções diferentes, dentre elas uma em sentido estrito, segundo a qual esse seria o conjunto de bens destinados unicamente ao uso comum do povo e pertencentes ao poder público.⁴²² Em se tratando de direito autoral, a origem do termo em comento remete à ideia de *res communes omnium*, que denota a noção de coisa comum de todos, de modo que a utilização do bem pode ser feita livremente, havendo finalidade de lucro, ou não.⁴²³

A norma que direciona a inserção desse recurso nas legislações internas de casa país é a da Convenção de Berna, através do artigo 7º. Em seu texto, prevê-se que a duração da proteção a ser concedida à criação do autor ocorrerá durante todo o tempo de sua vida até cinquenta anos depois de sua morte ou, em determinados casos, após ter sido tornada acessível ao público de forma lícita.

Na Lei de Direitos Autorais, tais disposições foram transferidas para os artigos de número 41 a 45, determinando-se que o prazo de proteção ao aspecto da patrimonialidade será de 70 anos, contados a partir do dia 1º de janeiro do ano seguinte ao falecimento do autor, recaindo a responsabilidade pela administração desse patrimônio cultural aos seus herdeiros. Esse mesmo prazo é concedido quando se trata de obra anônima ou pseudônima, devendo a contagem ser iniciado no 1º dia de janeiro do ano posterior ao da primeira publicação, salvo se houver a identificação do autor antes da finalização desse lapso temporal, quando então se aplica a regra dedicada à situação de falecimento. Prescrição semelhante foi dedicada às obras audiovisuais e fotográficas, quando a LDA explicita a contagem do prazo também a partir do ano posterior ao da divulgação.

Há algumas circunstâncias específicas em que a Lei resolve pela entrada da obra no âmbito do domínio público de forma automática. São elas:

- a) A hipótese em que o autor falecer sem deixar sucessores
- b) quando a autoria é desconhecida, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Quanto a esse último aspecto, é importante ressaltar que o conjunto de tradições culturais, popularmente conhecido como folclore, escapa da esfera de atuação da lei autoral, já que compõe uma parte enriquecedora do patrimônio cultural do país. Desse modo, é possível dizer que tais obras são consideradas ínsitas ao domínio público, uma vez que a transmissão desse conhecimento popular se dá por entre as gerações, sem que se possibilite a

⁴²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 580

⁴²³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 352

identificação da autoria, transformando-se em “expressão cultural coletiva”.⁴²⁴ Além disso, por se tratarem de um acervo de cultura brasileira, representam também a memória de um povo e apresentam excepcional valor histórico.

Por outro lado, conforme assinalado por Elizângela Menezes, a noção de que tais criações foram recepcionadas pelo domínio público, não quer dizer que elas são passíveis de exploração desmedida e por qualquer pessoa. Muito embora nesses casos o direito de autor não seja aplicado em correspondência à sua face autoral, tais obras exigem do poder público um esforço em benefício de sua preservação, de maneira que não poderão sofrer modificações substanciais ou serem utilizados em desfavor à cultura do país.⁴²⁵

Nesse sentido, a LDA mantém intactos após a inserção no domínio público, alguns direitos morais. Leonardo Poli explica que a Lei adota o entendimento de que certos direitos, como o de retirada, de acesso e de modificação da obra são extintos, após a morte do autor, ao passo que a prerrogativa do ineditismo se mantém em paralelo ao direito patrimonial. Mas ressalta que direitos como o de integridade e o de nomeação da autoria são perpétuos e que o privilégio de alteração não pode, de forma alguma, atingir a honra ou a reputação do autor.⁴²⁶

Impede asseverar que uma vez inserida no âmbito do domínio público, não há mais como se retirar a obra da obra a qualidade de bem comum. Conforme lembra Dênis Borges Barbosa, o ingresso no domínio público é universal, incondicional e definitivo, de modo que qualquer tentativa de separação deverá ser submetida à Constituição ou à lei ordinária, a fim de evitar qualquer forma de expropriação ou apropriação indébita.⁴²⁷

Um dos aspectos importantes de que se reveste o domínio público é a permissão que se garante a uma situação de liberdade intelectual. Para que isso ocorra, no entanto, o pressuposto a ser observado é o do livre acesso à informação, já que a criatividade não comporta restrições. Julie Cohen adiciona que se faz necessário que exista um ambiente desprovido de manipulações para que se realize a expressão do raciocínio em sua forma crítica.⁴²⁸ A existência do domínio público beneficia o exercício da criatividade, uma vez que

⁴²⁴ POLI, Leonardo Macedo. *Direito Autoral*: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 52

⁴²⁵ MENEZES, Elizângela Dias. Curso de Direito Autoral. Belo Horizonte. Del Rey. 2007, p. 93

⁴²⁶ POLI, Leonardo Macedo. *Direito Autoral*: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 55

⁴²⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Domínio Público e Patrimônio Cultural*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. WACHOWICZ, Marcos. (coord.) *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem ao PE*. Bruno Jorgem Hammes. Curitiba: Juruá, 2008, p. 125-126.

⁴²⁸ COHEN, Julie E. *Information rights and intellectual freedom*. Disponível em: < www.law.georgetown.edu/faculty/jec/intellfreedom.pdf> Acessado em 11 de maio de 2010.

se torna permitido usar e reutilizar uma obra intelectual, o que promove a autonomia do indivíduo criador e o incremento de capacidade de criação.⁴²⁹

Para Pamela Samuelson⁴³⁰, ao se estudar o valor do domínio público é preciso que identifique quais as categorias de obras intelectuais que dele fazem parte ou que possibilitam o acesso livre, ainda que nele não estejam inseridas. Na fronteira desses domínios, a autora identifica que os conteúdos licenciados e de acesso aberto constituem um reforço e uma grande contribuição à resistência desse conjunto de bens de uso comum. Segundo ela, as situações de uso justo estão mapeadas na penumbra do domínio público, enquanto que os licenciamentos são facilmente identificados nas fronteiras do domínio público.

No que se refere ao meio digital, Pamela Samuelson entende que a informação digitalizada pode causar, à primeira vista, um impacto positivo à conservação do domínio público, além de torná-lo mais eficiente e completo. Esse resultado é facilmente visível no âmbito da pesquisa científica, em que a digitalização serve a um maior acesso às publicações, assim como torna possível que os órgãos governamentais disponibilizem uma série de documentos e de informações ao público. Contudo, a autora alerta que a existência de dados digitais não significa propriamente um crescimento do domínio livre, uma vez que empresas do setor poderão iniciar numa batalha pelo controle do acesso à informação.

Nesse diapasão, o perfazimento de um repertório de bens em domínio público se encontra hoje em meio a uma crise, já que se observa cada vez mais um processo de esvaziamento desse patrimônio, em direção à privatização da informação.⁴³¹ Uma saída para evitar que isso ocorra é a adoção de políticas públicas, já que estas possuem maior potencial de produzir efeitos satisfatórios e uma redução no prazo prescrito em lei, a fim de que as obras produzidas possam fazer parte do domínio público com maior rapidez.

Para Joost Smier o problema da erosão do direito autoral e da privatização da informação reside na existência de grandes conglomerados culturais e alerta que a defesa de

⁴²⁹ COHEN, E. *Information rights and intellectual freedom*. Disponível em: < www.law.georgetown.edu/faculty/jec/intellfreedom.pdf > Acessado em 11 de maio de 2010.

⁴³⁰ SAMUELSON, Pamela. *Digital Information, Digital Networks, and The Public Domain*. Disponível em: < <http://www.law.duke.edu/pd/papers/samuelson.pdf> > Acessado em 12 de maio de 2010.

⁴³¹ “(...) as a practical matter, almost the entire stock of twentieth-century culture and beyond would stay privately owned, and its copyright would be renewed indefinitely. For video and sound recordings, this meant that almost the entire universe of materials would never become part of the public domain; would never be available for free use as inputs into nonproprietary production.” BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p.

um domínio público permanente encontra guarida em motivos culturais, sociais e políticos, tendo em vista que a relevância do acesso ao conhecimento.⁴³²

4.5 Repersonalização dos direitos autorais: há espaço para a liberação da cópia privada no ordenamento jurídico brasileiro?

Diante do quadro apresentado, resta saber que caminhos podem ser seguidos, com vistas a se alcançar o equilíbrio almejado. Certamente, definir sugestões de alterações à lei e apontar mecanismos jurídicos a serem utilizados é algo que precisa ser raciocinado com temperança e discutido abertamente com a sociedade. Não se espera aqui esgotar tal finalidade, mas apenas contribuir para o debate e suscitar alguns pontos para reflexão.

Um dos primeiros aspectos que precisa ser analisado se refere à inserção da regra dos três passos no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que tal regulamento se manifesta como um discernimento prudente a ser aplicado no estabelecimento de limites e exceções, sem que haja eventuais abusos de direito ou prejuízos ao autor.

A adoção de tal regra, entretanto, deve ocorrer nos moldes em que ela se apresenta na Convenção de Berna, ou seja, sob a forma de cláusula geral, tendo em vista a restritividade da LDA. Nesse sentido, restou demonstrado nesse trabalho que a interpretação tradicional (*numerus clausus*) da lei de direito autoral não mais se coaduna com a realidade desafiadora que se coloca à sua frente, uma vez que o rol taxativo de limitações descrito no seu texto não abrange todas as possibilidades de usos possíveis de serem liberados.

A introdução de uma cláusula geral, com conteúdo semelhante ao da regra dos três passos, irá permitir que o magistrado, diante de um caso concreto que não possa ser enquadrado nas hipóteses de utilizações livres existentes na lei, possa decidir com base na situação fática apresentada no processo, equilibrando os interesses em conflito e segundo o critério de interpretação do princípio da proporcionalidade. Tal procedimento se coloca como de grande importância, uma vez que as demandas judiciais que têm se iniciado nos últimos anos, de modo geral, têm denotado a existência de antinomias entre princípios constitucionais. O mecanismo da ponderação se apresenta como uma técnica que se sobressai diante de um

⁴³² SMIERS, Joost. SCHIJNDEL, Marieke Van. *Imagine there's no copyright, and no culture conglomerates too...*: an essay. Disponível em: < <http://networkcultures.org/theoryondemand> > Acessado em 12 de maio de 2010.

cenário em que não é possível que o legislador esgote todas as possibilidades de utilizações livres de direitos autorais.

Os conflitos entre direitos fundamentais ocorrem quando há prerrogativas que são incondicionais e derrotáveis⁴³³, ou seja, princípios constitucionais veiculadores de norma de direito fundamental que podem ser superados por outros princípios, mas nunca anulados ou invalidados, como ocorre com as regras suscetíveis ao comando da subsunção. As antinomias entre normas de direitos fundamentais se caracterizam, segundo Luiz Sanchís, de três formas: pela impossibilidade de se catalogar em abstrato todos os casos de conflito quando duas normas concorrentes são aplicáveis, porém versam sobre condutas diversas; pela impossibilidade de se resolver a antinomia pelo critério da invalidação, dada a natureza constitucional dos princípios; e pela possibilidade de aplicação de uma das normas, ou na utilização de ambas, conforme o grau de afetação averiguado, mas cujo resultado em casos diversos não seja necessariamente o mesmo.⁴³⁴

O princípio da proporcionalidade surge intrinsecamente ao Estado de Direito, como uma evolução do princípio da legalidade.⁴³⁵ Além disso, ele é essencial ao contexto normativo em que se insere atualmente a teoria dos direitos fundamentais, cuja base se constitui pela divisão entre princípios e regras e pela opção axiológica estabelecida na Constituição. Tal transformação tem por exigir um novo requisito operacional que vai além da legitimidade dos meios empregados e da finalidade perseguida, configurando-se pela adequação da medida adotada na persecução do fim. Desse modo, fica clara a intenção desse princípio em proteger o indivíduo de eventuais intervenções estatais excessivas ou supérfluas, na obtenção do interesse público.

Não há dúvidas de que ante a complexidade da sociedade e do ordenamento jurídico estatal contemporâneo, a ponderação se manifesta como um recurso de utilização imperiosa e irremediável. É preciso se ter em mente que um sistema composto somente de regras seria demasiadamente rígido e fechado, dado o caráter de objetividade desse tipo de norma. Assim como da mesma forma, seria insuficiente um sistema composto somente por princípios, graças à veiculação excessiva de valores subjetivos e consecução de um ambiente de insegurança jurídica.

⁴³³ MORESO, José Juan. *Conflictos entre principios constitucionales*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2005, p. 112.

⁴³⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2005, p. 140.

⁴³⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2005, p. 140

Nesse diapasão, a adoção de uma cláusula geral pela lei de direitos autorais deve ser seguida pela revisão do rol de situações previstas como de limitações aos direitos autorais. É preciso que se confira uma interpretação exemplificativa dessas circunstâncias para que se possa permitir a incorporação de novas exceções à tutela do direito autoral, quando eventualmente isso for necessário, em momento posterior.

Da mesma forma, deve-se destacar que o teste dos três passos não pode ocorrer de modo que cada um de seus itinerários sejam aplicados isoladamente, pois isso levaria ao esvaziamento dessa regra em virtude da tendência de se focalizar apenas o aspecto econômico em detrimento das adaptações em prol da cultura e do livre acesso.⁴³⁶

Segundo Christophe Geiger, a interpretação conjugada e abrangente dos três passos é necessária, uma vez que é preciso se chegar até o terceiro estágio da regra para que se possa, verdadeiramente, identificar um balanceamento entre os interesses em jogo.⁴³⁷ Para esse autor a inclusão da regra dos três passos na legislação induz o magistrado a exercer, inevitavelmente, um juízo de proporcionalidade.⁴³⁸

No caso da legislação brasileira de direito autoral, a inserção dessa cláusula geral no sistema de proteção dos direitos autorais, permite a combinação com os mecanismos de limitação, de maneira que é possível se criar uma convivência harmônica entre o preceito de conteúdo aberto e o regramento das hipóteses elencadas na lei.

4.5.1 Propostas e alternativas

Quando se trata da liberação da cópia para uso privado, a adoção de mecanismos de compensação se sobressai como uma das medidas mais polêmicas que um país pode adotar. Em países da Europa, a remuneração compensatória tem sido substituída pela introdução do

⁴³⁶ GEIGER, Christophe. The role of the three-step test in the adaptation of copyright law to the information society. In: *E-Copyright Bulletin*. UNESCO, Janeiro-Março 2007, disponível em: <http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test_trois_etapes_en.pdf/test_trois_etapes_en.pdf> acesso em 04 de junho de 2009

⁴³⁷ GEIGER, Christophe. The role of the three-step test in the adaptation of copyright law to the information society. In: *E-Copyright Bulletin*. UNESCO, Janeiro-Março 2007, disponível em: <http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test_trois_etapes_en.pdf/test_trois_etapes_en.pdf> acesso em 04 de junho de 2009

⁴³⁸ GEIGER, Christophe. The role of the three-step test in the adaptation of copyright law to the information society. In: *E-Copyright Bulletin*. UNESCO, Janeiro-Março 2007, disponível em: <http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test_trois_etapes_en.pdf/test_trois_etapes_en.pdf> acesso em 04 de junho de 2009

sistema de compensação equitativa, previsto na Diretiva 2001/29/CE através do qual se estabelecem valores pecuniários fixos, independentemente da avaliação dos prejuízos suportados pelo autor, diante de um uso livre determinado em lei.

O procedimento desse sistema consiste na agregação de valores monetários ao preço de diversos dispositivos tecnológicos, dentre os quais se identifica a possibilidade de utilização, pelo consumidor, de bens intelectuais não autorizados. Ou seja, há a imposição de uma espécie de taxa que deve em momento posterior ser revertida em benefício de artistas, produtores, editores, entre outros. Dentre os produtos que padecem à estipulação de compensação equitativa se encontram as mídias de CD e DVD graváveis ou regraváveis, telefones celulares que dispõem de tocador de mp3, discos rígidos de memória, memórias portáteis do tipo USB, impressoras, máquinas copadoras, *scanners*, tocadores de mp3, gravadores de CD e DVD, entre outros.

A adoção desse sistema deve ser feita de modo bastante cuidadoso, uma vez que em determinadas situações, os dispositivos acima comentados não são de uso exclusivo do copador em âmbito privado. Nesse sentido, é preciso que se encontre uma forma de implantação da compensação equitativa que não onere demais consumidores cujo objetivo funcional almejado com a compra desses objetos não corresponda à utilizações ilegais, como por exemplo no caso de pessoas jurídicas.

Outro ponto problemático que se observa diz respeito à natureza jurídica desse valor pecuniário a ser arrecadado e, conseqüentemente, à questão de quem será responsável pela sua arrecadação e distribuição. Considerar tal arrecadação como tributo em sentido estrito é algo complicado de ser feito, tendo em vista que se trata de uma compensação a ser realizada entre particulares. Ainda que um ente público venha a ser o responsável por essa cobrança, deve-se levar em consideração que, no Brasil, a estrutura do Escritório de Arrecadação é desprovida de uma sistemática de fiscalização a ser aplicada por um órgão que lhe seja superior, com isso a instituição desse tipo de compensação resta dificultada, uma vez que há potencialmente a consubstanciação da possibilidade de abusos de direito e de violação de prerrogativas fundamentais do consumidor a serem executadas.

Daí porque se faz necessário que, qualquer tentativa de introdução de sistemas de compensação por equivalência no ordenamento jurídico brasileiro deva ser amplamente discutida pelos segmentos interessados na resolução do conflito relativo à remuneração dos titulares de direitos autorais, bem como por toda a sociedade, tendo em vista que os valores cobrados serão suportados por seus membros.

No mais, ainda que tal estrutura não se apresente como a mais favorável, há outras medidas que podem ser adotadas com maior rapidez, a fim de que alguns fragmentos de harmonia possam ser concretizados.

Com a adoção da cláusula geral supra referida, torna-se possível, por exemplo, a adoção de uma norma cujo conteúdo revele a liberdade de utilização de obras intelectuais para fins privados ou pessoais, desde que desprovidos de finalidade comercial. A cópia a ser efetuada por esse consumidor deverá ocorrer somente quando o bem cultural for legitimamente adquirido, mas independentemente de quantidade a ser estabelecida por lei, tendo em vista a aplicação da regra dos três passos. O projeto de lei a ser elaborado pelo ministério da cultura prevê que essa limitação somente ocorra na modalidade de um único exemplar, contudo, conforme analisado no terceiro capítulo dessa obra, é possível identificar situações em que a cópia possa ser executada além dessa quantidade e ainda assim permanecer como um uso que não cause prejuízo ao autor.

Poder-se-ia inserir na LDA dispositivo normativo que permitisse a reprodução de obra, ainda que em ambiente digital, quando não houvesse finalidade comercial do usuário e se tratasse de produto fora do catálogo de exploração daquele que titular dos direitos autorais envolvidos. Nesse sentido, caberia aqui a discussão sobre a inclusão do instituto da licença compulsória, a ser requerida quando uma determinada obra se encontrasse esgotada, fosse órfã ou ainda quando houvesse a criação desarrazoada de obstáculos à sua exploração.

A Lei também deveria carrear normas de exceções que pudessem auxiliar os sistemas de ensino à distância existente no país, determinando a liberação do acesso a trechos de obras intelectuais de forma restrita ou irrestrita. Aqui seria possível o estabelecimento de limites, como, por exemplo, o de uma única cópia para o aluno inscrito nesse tipo de atividade. Tal limitação é viável, tendo em vista que as bibliotecas digitais já possuem dispositivos limitativos da ação do usuário, disponibilizando conteúdos somente para leitura e dificultando a ação de impressão.⁴³⁹ Por outro lado, a lei poderia facilitar os serviços prestados pelas bibliotecas públicas, liberando-as da necessidade de autorização dos autores para a digitalização de seu acervo. A discussão desses tipos de exceções devem obrigatoriamente vir em conjunto com o debate sobre as limitações em benefício de finalidades educacionais e de preservação do acervo de bibliotecas e arquivos públicos.

A permissão ao *sampling* é outra situação que deveria ser abarcada pela lei. Nesses casos, deve-se discutir a viabilidade do estabelecimento de um eventual percentual a ser

⁴³⁹ A biblioteca digital da câmara dos deputados, por exemplo, impede que o conteúdo acessado seja impresso pelo usuário.

averiguado, com vistas a não se permitir que o autor original sofra prejuízos consideráveis ou a exploração normal de sua obra seja arruinada.

Como fora observado, não se pretende aqui esgotar as possibilidades de limitações a serem veiculadas por uma futura modificação à lei, mas além dessas hipóteses de liberação de usos, é preciso que se conjuguem outras diligências direcionadas à adoção de estratégias com natureza diversa. Nesse ponto, convém destacar o incentivo a adoção de políticas públicas voltadas para o público jovem, com o intuito de divulgar o direito de propriedade intelectual e a importância do direito autoral. Da mesma forma, é preciso que se divulgue e se estimule a adoção de licenciamentos públicos pela classe artística, como no caso do *Creative Commons* e tantos outros.

Por fim, outro aspecto que poderia vir a contribuir com o alcance de um equilíbrio entre direitos autorais e interesses de acesso, seria a diminuição do prazo temporário de proteção do direito autoral de 70, para 50 anos, a fim de que a incorporação da obra ao domínio público viesse a ocorrer com maior rapidez. Essa temática deveria, inclusive, constar na agenda de debates sobre os direitos autorais nas reuniões internacionais, uma vez que no contexto da sociedade de informação o prazo de 50 anos ainda se configura como insuficiente, já que dificilmente um indivíduo poderá se beneficiar ainda em vida daquilo que fora produzido em seu tempo.

CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se que os direitos de propriedade intelectual constituem uma prerrogativa ao exclusivo necessária para a proteção dos bens intelectuais produzidos, permitindo-se que o criador de certa invenção ou obra autoral possa, ainda que de forma temporária, dela usufruir economicamente.

O direito de propriedade intelectual, tanto no que toca os direitos autorais, como no que se refere à propriedade industrial, sempre foi visto sob a perspectiva do caractere patrimonial e econômico na concessão do monopólio. É um direito intimamente ligado às questões comerciais e por se encontrar inserido no âmbito de uma ordem comercial mundial avulta o interesse de diversas nações, sobretudo pela existência dos *royalties* envolvidos. Desse modo, a proteção dos bens advindos do intelecto possui ligação direta com a noção de desenvolvimento econômico e social de um país, uma vez que nela se identifica um fator de promoção à inovação e à geração de riquezas.

Observa-se, atualmente, um crescimento na produção de leis e de atos normativos referentes a esse ramo do direito, assim como a realização de diversas reuniões entre representantes de diversos países, cujo objetivo é o de discutir e assinar acordos sobre a matéria, o que reflete o importante significado econômico que têm alcançado os bens intelectuais. Esse grau de atenção elevado termina por guiar as nações à exigência de padrões rígidos de proteção ao direito intelectual, prejudicando o ambiente de cooperação das negociações e, conseqüentemente, resultando em efeitos negativos para os países em desenvolvimento.

O futuro da propriedade intelectual enquanto fator de desenvolvimento se apresenta de forma desafiadora e incerta, tendo em vista a identificação de certos elementos que denotam a realização de um novo paradigma em curso, o da Sociedade da Informação. A interconexão entre computadores e a velocidade na transmissão de dados tem na internet um dos principais contributos para essa mudança de valores que sobreleva o papel da informação na sociedade atual e permite a livre circulação de bens culturais. Como consequência, o direito precisa se inserir nessa nova realidade e se mostrar apto para resolver os conflitos emergentes do mundo virtual, com destaque para o papel a ser exercido pela tutela dos direitos autorais.

Os direitos autorais, ao longo de sua história, evidenciaram maior preocupação com o caráter patrimonial, desde as primeiras legislações produzidas, uma vez que naquele

momento, não eram os interesses do autor que estavam em pauta, mas questões relacionadas ao comércio efetuado pelos editores e livreiros. Essa característica foi marcante no Estatuto da Rainha Ana, a partir de onde se desenvolveu o sistema de proteção anglo-saxão do *copyright*. O aspecto moral, no entanto, ganhou relevo no âmbito do direito autoral francês, influenciando a composição de um sistema de proteção de direito de autor que terminou por dominar grande parte da Europa, até os dias atuais. Ambos os sistemas, contudo, apresentam-se em situação de aproximação, tendo em vista a assinatura de tratados e de convenções internacionais, cujo objetivo é alcançar uma normativa uniforme para reger o direito dos países que signatários.

A legislação de direito autoral, nos moldes em que hoje se encontra, acaba por entrar em conflito com direitos fundamentais tais como o direito à cultura, o direito à educação e o direito de acesso à informação de um modo geral. Em se tratando da inserção dessa temática no contexto da Sociedade de Informação, este confronto termina por alcançar dimensões gigantescas, uma vez que a internet permite que bens culturais possam ser amplamente cambiados por seus usuários. A troca de arquivos na rede tem assim representado uma forte barreira a ser ultrapassada pela atual doutrina dos direitos autorais.

A lei de direitos autorais no Brasil, quando trata da cópia para uso pessoal, tem por empreender um texto de difícil aplicação na vida prática, ao deixar sem significado o conteúdo da expressão “pequenos textos” e ao se ausentar em definir no que consiste a esfera privada do copista. Por outro lado, com base na Constituição e na Convenção de Berna, é possível que se conclua que diversas circunstâncias, não elencadas na LDA, constituem situações nas quais poderia haver a exceção ou limitação da tutela autoral.

A par das mudanças empreendidas na sociedade e dos primeiros sinais de controle das liberdades individuais do usuário, é preciso que seja feito um esforço político e legislativo no sentido de garantir que a proteção da propriedade intelectual deverá, sempre que possível, possibilitar a difusão de obras, de idéias e de conhecimento, sem que existam obstáculos às liberdades de expressão e de informação.

Em se tratando de direitos autorais, a internet é o novo desafio a ser enfrentado pelo direito. Por se tratar de uma rede descentralizada, a ação de controle sobre o usuário internauta e de defesa dos bens culturais se mostra como um objetivo complexo e por vezes difícil de ser alcançado. A regulamentação da rede mundial de computadores não pode ser feita, contudo, sem que se observem as demandas de proteção dos direitos fundamentais. A livre circulação de dados informacionais e o livre acesso são dois quesitos essenciais para que

se possa realizar, em meio eletrônico, direitos relacionados à cultura e à educação, porém, não se pode se ausentar do dever de coibir violações de direitos autorais nesse ambiente.

Não se sabe ao certo, de que forma vão ocorrer os próximos acontecimentos relativos ao controle da internet e da proteção dos direitos autorais, muito embora já exista uma tendência sendo colocada em prática. Diversos processos estão em andamento e a criação de várias normas se encontra em debate tanto no âmbito internacional, como na esfera interna da legislação brasileira.

Os direitos humanos constituem, dessa forma, parâmetros obrigatórios de observância quando da produção de leis restritivas. Por se tratarem de direitos com fundamento ético coletivo, fundado na natureza humana, sistemas de proteção na esfera internacional e também regional foram criados de modo a conferir maior eficácia a essa proteção.

A teoria dos direitos humanos e a doutrina de proteção da propriedade intelectual evoluíram através dos tempos como dois corpos estranhos, sem que se ocasionassem pontos de contato. A junção destes dois ramos jurídicos somente tem seu início configurado quando se percebe que a concretização de determinados direitos tidos como fundamentais à natureza humana se encontram em situação de descumprimento e não de realização, em função do reforço na tutela dos bens imateriais. Portanto, é a partir dos direitos humanos que se começa a perceber a necessidade de que a regulamentação do direito da propriedade intelectual se faça segundo os critérios e princípios do anterior.

O direito autoral como protagonista do princípio da função social tem na liberação dos usos privados um obstáculo a ser suplantado. Isso porque, segundo uma concepção tradicionalista, o direito de autor não têm se apresentado como apto a dar respostas eficazes aos problemas que surgem da modernidade fluida. Daí, a necessidade de que uma nova interpretação condizente com a contemporaneidade seja possível de ser alcançada, a fim de que esses conflitos sejam solucionados. O atendimento da função social requer que o direito da propriedade intelectual seja elucidado segundo os parâmetros estabelecidos pela teoria dos direitos humanos, de modo que a proteção do autor seja útil a defender os interesses morais e patrimoniais do criador, mas também capaz de assegurar que outros direitos fundamentais sejam realizados.

A possibilidade de harmonização desses interesses existe, entretanto o direito não tem acompanhado a velocidade da era da informação, prevalecendo a interpretação restritiva da legislação autoral. Com isso, tem restado à jurisprudência dos Tribunais, através da aplicação dessa lei, a solução dos casos que, eventualmente, lhe são apresentados, mas que

nem sempre se resolvidos da maneira mais equilibrada. Ao mesmo tempo, diante da ausência de uma ação rápida e eficiente do legislador, a própria sociedade busca sozinha a resposta às suas demandas por informação e desenvolvimento cultural, segundo o impulso criativo de seus membros.

Diante desse quadro de acontecimentos, algumas medidas foram apresentadas, a fim de que se pudesse conceder à tutela do direito autoral a possibilidade de sua execução em consonância com os ditames constitucionais, muito embora ainda haja muito a ser discutidos com a sociedade, os autores e as empresas do setor cultural. Nesse sentido, foi possível indicar que a inserção da regra dos três passos no ordenamento jurídico brasileiro pode auxiliar o alcance de uma situação de equilíbrio entre os interesses em pauta. Tal introdução deve se dá sob a forma de uma cláusula geral, permitindo-se a interpretação aberta dos princípios constitucionais nas demandas relativas aos direitos intelectuais. Some-se a isso a necessidade de inclusão de situações de usos livres ainda não previstas no rol de limitações da LDA e a execução de mudanças nas hipóteses já constituídas como pressupostos inevitáveis à adequação da lei às exigências da sociedade em rede. Dessa forma, pode-se afirmar que, sob certos condicionamentos, a cópia privada e os usos livres podem ser amplamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico, ainda que o caso concreto não indique qualquer tipificação na lei, garantindo-se o fortalecimento do domínio público e a democratização do acesso à cultura e à informação.

REFERÊNCIAS

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

ACIOLI, Catarine Gonçalves. *O sistema de certificação digital brasileiro como ferramenta para efetivar o direito fundamental à informação no meio eletrônico*. Dissertação de Mestrado. Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2006

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Tese de Doutorado. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

_____, *Direito da internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002

_____, *A Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. WACHOVICZ, Marcos. (Coord.) *Direito da propriedade intelectual: estudo em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____, *As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital*. Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura/Seminário Internacional sobre Direito Autoral. Fortaleza, 26, 27 e 28 de novembro de 2009

_____, *Os direitos de personalidade no código civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.fd.ud.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira10.pdf>> Acesso em 10 de março de 2010

AVANCINI, Helenara. *O Direito Autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais : a limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do consumidor*. Tese de Doutorado. PUCRS, Porto Alegre, 2009

_____, *Direitos Humanos Fundamentais na Sociedade da Informação*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1937/1/Direitos_Humanos_Fundamentais.pdf> Acessado em 22 de junho de 2009

BARBOSA, Denis Borges. *Domínio Público e Patrimônio Cultural*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. WACHOWICZ, Marcos. (coord.) *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem ao PE*. Bruno Jorgem Hammes. Curitiba: Juruá, 2008

_____, *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2 ed. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/>> Acesso em 20 de abril de 2009.

BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BARRAL, Welber. *Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento*. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. BARRAL, Welber. (Org) *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2007

BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007.

BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual na era pós-OMC: especial referência aos países latino-americanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

BECK, Ulrich. *O que é globalização? equívocos do globalismo : respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 30.

BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2002.

_____, *Os direito de personalidade*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOUCHER, Rick, *The Future of Intellectual Property in the Information Age*. In: THIERER, Adam. CREWS, Wayne. (Org.) *Copy Fights: The future of Intellectual Property in the Information Age*. 2 ed. Washington, D.C. : Cato Institute, 2003.

BOYLE, James. *The public domain: enclosing the commons of the mind*. New Haven and London: Yale University Press, 2008.

BRAEGELMANN, Tom . *Copyright law in and under the constitution: the constitutional scope and limits to copyright law in the United States in comparison with the scope and limits imposed by constitutional and european law on copyright law in German*. In: *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1400996>> Acessado em 01 de junho de 2009.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 fev. 1998

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRIGGS, Asa. BURKE, Peter. *Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar. 2004.

CASTANHO DE CARVALHO. Luiz Gustavo Grandinetti. *Direito de informação, liberdade de expressão e internet*. In: SILVA JUNIOR, Roberto R. Rodrigues da. (Org.) *Internet e Direito: reflexões doutrinárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, APUD AVANCINI, Helenara. *Direitos Humanos Fundamentais na Sociedade da Informação*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1937/1/Direitos_Humanos_Fundamentais.pdf> Acessado em 22 de junho de 2009

CARBONI, Guilherme C. *O Direito de Autor na Multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____, Guilherme. *Função Social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006.

CARDONA, José Javier González de Alaiza. *La copia privada: sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Granada: Editorial Comares, 2008.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003

_____, *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

_____, *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CHAVES, Antônio. *Direito de Autor – Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COELHO, Teixeira. *Dicionário Crítico de Política Cultural*. 2ª Ed. São Paulo: Iluminuras, 1999.

COHEN, Julie E. *Information rights and intellectual freedom*. Disponível em: <www.law.georgetown.edu/faculty/jec/intellfreedom.pdf> Acessado em 11 de maio de 2010

CORDEIRO, Pedro. *Limitation and exceptions under the “three-step-test” and in national legislation : differences between the analog and digital environments* Disponível em:<http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_cr_rio_01/wipo_cr_rio_01_4.pdf> Acesso em 6 de junho de 2009.

CORREIA, Luis Brito. *Direito da comunicação social*. Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito à informação ou deveres de protecção do Estado?* In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Direitos Fundamentais, Informática e Constituição: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição Viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007,

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico Brasileiro*. Brasília. Brasília Jurídica 2000.

D’AGOSTINO, Giuseppina. *Healing fair Dealing?* A comparative analysis of Canadian fair dealing to UK fair dealing and US fair use. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=id1014404>> Acessado em 05 de Março de 2010

DE ZWART, Melissa. *Fair Use? Fair Dealing?* In: *Copyright Reporter – Vol. 24*, Janeiro/2006, p. 4, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1069183>> Acessado em 01 de março de 2010

DEPOORTER, Ben, PARISI, Francesco. *Fair Use and Copyright Protection: a price theory explanation*. In: *International review of Law and Economics*, Vol. 21, No. 4, May 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=2592988> Acessado em 10 de Março de 2010

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003

EIJK, Nico van. POORT, Joost. RUTTEN, Paul. *Legal, Economic and Cultural Aspects of File Sharing*. Disponível em <http://www.ivir.nl/publications/vaneijk/Communications&Strategies_2010.pdf> Acesso em 25 de maio de 2010

ENGLE, Eric Allen. *When is Fair Use Fair? A Comparison of E.U. and U.S. Intellectual Property Law*. Transnational Lawyer, Vol 15, No 187, 2002, disponível em SSRN: <<http://www.ssrn.com/abstract=1020474>> Acessado em 08 de março de 2010.

FACCHINI NETO, Edson. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Pillares, 2005.

FISHER, William. *Theories of Intellectual Property*. In: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, New York: Cambridge University Press, 2001, disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2010.

_____, *Promises to keep: technology, law and the future of the entertainment*. Stanford University Press: Stanford, 2004. Disponível em <<http://www.tfisher.org>> Acessado em 2010

FRENZ, Marion. ANDERSEN, Brigitte. *The Impact of Music Downloads and P2P File-Sharing on the Purchase of Music: A Study for Industry Canada*. Disponível em: <<http://www.dime-eu.org/files/active/0/AndersenFrenz.pdf>> Acesso em 08 de outubro de 2009

GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. 4 ed. Rio de Janeiro: Record. 2001. p. 29.

GEIGER, Christophe. The role of the three-step test in the adaptation of copyright law to the information society. In: *E-Copyright Bulletin*. UNESCO, Janeiro-Março 2007, disponível em: <http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test_trois_etapes_en.pdf/test_trois_etapes_en.pdf> acesso em 04 de junho de 2009

GEIGER, Cristophe. *Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, GNUR*, 2004, p. 818 APUD CARDONA, José Javier González de Alaiza. *La copia privada: sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Granada: Editorial Comares, 2008.

GHOSH, Shubha. *Deprivatizing Copyright*. In: *Case Western Reserve Law Review*. p. 48. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=443600> Acessado em 29 de maio de 2009.

GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Le Liberta Fondamentali nello Stato Costituzionale*. La Nuova Itália Scientifica: Roma, 1993, APUD CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico Brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica 2000

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual – subsídios para o ensino*. 2 ed. São Leopoldo: UNISINOS, 1998.

HELPER, Laurence R. *Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property*. U.C. Davis Law Review, Vol. 40, p. 971, 2007. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=891303>> Acesso em 11 de agosto de 2009.

HELLER, Michael. *The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets*. Harvard Law Review n. 111, 1997.

HELBERGER, Natali. HUGENHOLTZ, Bernt P. *No place like home for making a copy: Private copying in European copyright law and consumer law*. Berkeley Technology Law Journal. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012305> Acesso em: 4 de junho de 2009

HIMMA, Kenneith Einar. *The justification of intellectual property: contemporary philosophical disputes*. Journal of the American Society for Information Science and Technology, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=904264>> Acessado em 15 de Janeiro de 2010

HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século xx: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 24.

HUGENHOLTZ, Bernt. *Fierce creatures: Copyright Exemptions: Towards Extinction?. Rights, limitations and exceptions: striking a proper balance*. IFLA/IMPRIMATUR Conference, 30-31 October 1997, Amsterdam, The Netherlands

IFPI DIGITAL MUSIC REPORT 2009, disponível em: <<http://www.ifpi.org/content/library/DMR2009.pdf>> acessado em 24 de março de 2010

IPSO MEDIACT. DIGITAL MUSIC SURVEY. Publicada em 19 de outubro de 2009, disponível em: <www.demos.co.uk/files/DemosMusicsurvey.ppt> acesso em 10 de novembro de 2009.

KINSELLA, N. Stephan. *Is intellectual property legitimate?* Disponível em: <<http://www.stephankinsella.com>> Acessado em 20 de Janeiro de 2010.

KOEPSSELL, David R. *A ontologia do ciberespaço: a filosofia, a lei e o futuro da propriedade intelectual*. São Paulo: Madras, 2004,

LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use” delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo, ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 108, fev. 2006. APUD ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras Privadas Benefícios Coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Tese de Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2006

LESSIG, Lawrence. *The Future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Random House, 2001.

_____, *Cultura Livre*. disponível em <<http://softwarelivre.org/samadeu/lawrence-lessig-cultura-livre.pdf>> Acessado em 11 de dezembro de 2008.

LEMOS, André. As estruturas antropológicas do ciberespaço. In: *Textos de Cultura e Comunicação*, n. 35, Facom/UFBA, julho 1996, disponível em <<http://www.andrelemos.info/artigos/estrey1.html>> acesso em 05 de março de 2010.

LEMOS, André. *Cibercultura*. Alguns Pontos para compreender a nossa época. In: LEMOS, André. CUNHA, Paulo. (Orgs). *Olhares sobre a cibercultura*. Porto Alegre: Sulinas, 2003, p. 11, disponível em <<http://www.andrelemos.info/artigos/cibercultura.pdf>> acesso em 05 de março de 2010.

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

LEMOS, Ronaldo. CASTRO, Oona. *Tecnobrega: o Pará reinventando o negócio da música*. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008.

LÉVÊQUE, François. MÉNIÈRE, Yann. *The economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press, 2004

LEVY, Pierre. *O que é virtual?*. São Paulo. Ed. 34. 1996.

_____, *Cibercultura*. São Paulo. Ed. 34. 1999, p. 92.

LINDBERG, Van. *Intellectual property and open source*. O'reilly 2008,

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação legislativa*. nº 141. jan./março, Brasília: Senado Federal, 1999

_____, Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. In: *Revista do Mestrado em Direito*. – v.2, n.3, dez. – Maceió, 2008

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994

LOCKRIDGE, Lee Ann W. *The Myth of Copyright's Fair Use Doctrine as a Protector of Free Speech*. In: Santa Clara Computer & High Tech. Law Journal. Vol 24, p. 103, Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=id1148257>> Acessado em 10 de março de 2010

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como uma relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MALLMANN, Querino. *A natureza jurídica do direito da propriedade intelectual: o direito autoral*. In: *Revista do Mestrado em Direito*, v.2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008.

MARZANO, Paolo. *Diritto d'autore e digital technologies: il digital copyright nei trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitária*. Milano: Giuffrè, 2005.

MAZZIOTTI, Giuseppe. *Il diritto d'autore comunitario nel nuovo ambiente digitale: Riproduzione riservata, diritto d'accesso ed eccezioni all'esclusiva all'ombra della Direttiva 2001/29/CE*. Disponível em: < <http://works.bepress.com/mazziotti/2/>> Acesso em 3 de junho de 2009.

MENEZES, Elizângela Dias. *Curso de Direito Autoral*. Belo Horizonte. Del Rey. 2007.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. LEMOS, Ronaldo. *From free software to free culture: the emergence of open business*. In: SHAVER, Lea. (Org.) *Access to knowledge in Brazil: new research on Intellectual Property, innovation and development*. Disponível em: <<http://isp.law.yale.edu>> Acesso em 18 de dezembro de 2009.

MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MOORE, Michael Owen. *Hettinger v. Paine: Justifying Intellectual Property Rights*. Disponível em: <http://courses.washington.edu/info300/Hettinger_paine.pdf> Acessado em 19 de janeiro de 2010.

NEGROPONTE, Nicholas. *Vida Digital*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NOZICK, Robert. *Anarchy, state and utopia*. Oxford: Blackwell, 1974. APUD FISHER, William. *Theories of Intellectual Property*. In: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, New York: Cambridge University Press, 2001, disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>> Acessado em 20 de Dezembro de 2010.

OBERHOLZER-GEE, Felix. STRUMPF, Koleman. *File-Sharing and Copyright*. Harvard Business School. Disponível em: <<http://www.hbs.edu/research/pdf/09-132.pdf>> Acesso em 25 de Maio de 2009

PARCHOMOVSKY, Gideon. WEISER, Philip J. *Beyond Fair Use*. In: *Cornell Law Review*, 2011 (No prélo). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1557242>> Acessado em 08 de Março de 2010

PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de autor, e propriedade tencnodigital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *O desenvolvimento Nacional e a Tecnologia – Perspectivas para a Inovação, Propriedade Intelectual e Transferência de Resultados no Brasil*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. WACHOWICZ, Marcos. (coord.) *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem ao PE*. Bruno Jorgem Hammes. Curitiba: Juruá, 2008, p. 185.

PIMENTEL, Luiz Otávio. BARRAL, Welber. *Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento*. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. BARRAL, Welber. (Org) Propriedade intelectual e desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial - tomo VII* - Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial - tomo XVI* - Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955

PRONER, Carol. *Propriedade Intelectual: Para uma outra ordem jurídica possível*. São Paulo: Cortez Editora, 2007.

RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: a revolução da nova economia*. Lisboa: Editorial Presença, 2001, p. 47.

SAMUELSON, Pamela. *Digital Information, Digital Networks, and The Public Domain*. Disponível em: < <http://www.law.duke.edu/pd/papers/samuelson.pdf> > Acessado em 12 de maio de 2010

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SEN, Amartya. *O desenvolvimento como liberdade*. Lisboa: Gradiva, 2003. ????

SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Edusp, 1992

SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

SIRINELLI, Pierre. *Excepciones y limitaciones AL derecho de autor y los derechos conexos*. Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de La OMPI sobre derechos de autor (WCT) y el Tratado de La OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 e 7 de dezembro de 1999

SMIERS, Joost. SCHIJNDEL, Marieke Van. *Imagine there's no copyright, and no culture conglomerates too...: an essay*. Disponível em: < <http://networkcultures.org/theoryondemand> > Acessado em 12 de maio de 2010

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Pelas mãos de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. 11 ed. São Paulo: Cortez, 2006

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Rio de Janeiro. Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2006.

_____, *Direitos autorais: a história da proteção jurídica*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7. Rio de Janeiro. 2005. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/01.pdf>>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

_____, *Legislação Autoral: conflitos e soluções*. Palestra na CEC – Câmara dos Deputados, Brasília, 11 de novembro de 2008

_____. SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. *Os direitos autorais, a cópia integral privada e a interpretação dos limites da proteção jurídica no Brasil*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/allan_rocha_de_souza.pdf> Acesso em 15 de janeiro de 2009.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Considerações introdutórias sobre direito autoral e acesso ao conhecimento*. Disponível em: < <http://www.culturalivre.org.br/artigos/Carlos-Affonso-DA-A2K.pdf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2008.

TAKAHASHI, Takao. (org) *Sociedade da informação no Brasil : livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e da Tecnologia, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: *Boletim da Faculdade de Direito – Studia Jurídica*. nº 48, Coimbra: Coimbra Editora, 2000

TRABUCO, Cláudia. Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais. In: *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. Ano 09, nº 18, segundo semestre de 2007. Disponível em: <<http://www-en.us.es/araucaria/nro18/nro18.htm>> acesso em 09 de fevereiro de 2010

VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and Copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: New York University Press, 2003

VIANNA, Túlio Lima. A ideologia da Propriedade Intelectual. In: *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, tomo II*, Disponível em: <www.tuliovianna.org> acesso em 11 de maio de 2009

VICENTE, Dário Moura. *Cópia privada e sociedade de informação*. Disponível em: <[http://www.apdi.pt/APDI/DOCTRINA/cópia privada e sociedade de informação.pdf](http://www.apdi.pt/APDI/DOCTRINA/cópia_privada_e_sociedade_de_informação.pdf)> Acessado em 26 de junho de 2009.

ANEXO A

Projeto de lei n.º 131/2006

PARECER Nº , DE 2009

Da COMISSÃO DE EDUCAÇÃO, CULTURA E ESPORTE, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 131, de 2006, do Senador Valdir Raupp, que *altera o inciso II do art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, com a finalidade de estabelecer limite para reprodução de obra.*

RELATOR: Senador **ROMERO JUCÁ**

I – RELATÓRIO

Vem ao exame desta Comissão de Educação, Cultura e Esporte (CE), o Projeto de Lei do Senado nº 131, de 2006, do Senador Valdir Raupp, que *altera o inciso II do art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, com a finalidade de estabelecer limite para reprodução de obra.*

A proposição foi apresentada no dia 16 de maio de 2006 e foi distribuída, inicialmente, à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), para apreciação em caráter terminativo. Em virtude do Requerimento nº 210, de 2007, a matéria foi encaminhada à análise deste colegiado. Posteriormente, será examinada terminativamente pela CCJ.

O art. 1º da proposição altera a redação do inciso II do art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para estabelecer que não constitui ofensa ao direito autoral a reprodução, em um só exemplar, de até vinte e cinco por cento de uma obra, para uso privado do copista, desde que feita por ele, sem intuito de lucro.

O art. 2º determina a entrada em vigor da futura lei na data de sua publicação.

Em sua justificção, o autor do projeto afirma que a redação atual do inciso II do art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que contém a expressão “pequenos trechos”, tem proporcionado interpretações

equivocadas, por parte tanto de copistas quanto de entidades defensoras dos direitos autorais.

De acordo com o autor, os conflitos decorrentes do caráter impreciso do texto legal mencionado têm ocorrido, sobretudo, nas faculdades e universidades, onde, habitualmente, são reproduzidos textos e fragmentos de livros para uso acadêmico. A Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (ABDR), que tem buscado a Justiça para coibir a cópia de trechos de livro nas instituições de ensino superior, propôs o estabelecimento de multa no valor de até três mil exemplares da obra copiada. Porém, segundo o autor do projeto, tal medida configuraria, também, um abuso.

Diante do impasse, faz-se necessário conciliar a proteção ao direito autoral com o direito de acesso à informação e ao conhecimento, por parte dos estudantes. Esse é, segundo seu autor, o intuito da proposição.

Não foram oferecidas emendas no prazo regimental.

II – ANÁLISE

Nos termos do art. 102, V, do Regimento Interno do Senado Federal, compete à CE apreciar proposições que disponham sobre normas gerais sobre criações científicas e tecnológicas, categoria em que se enquadra o PLS nº 131, de 2006.

O tema tem, de fato, causado inúmeras controvérsias. Muitas vezes, os conflitos ocorrem em prejuízo dos estudantes. Não havendo clara definição do que seriam os “pequenos trechos” mencionados na lei, vêem-se, os acadêmicos, impedidos de reproduzir, legalmente, fragmentos de obras fundamentais para seus estudos universitários.

Por outro lado, as entidades voltadas à proteção dos direitos autorais valem-se da mesma imprecisão legal para buscar, pela via judicial, punições exemplares, que sirvam para desestimular o hábito da reprodução de obras que, segundo tais instituições, ocorre em desrespeito à legislação em vigor.

Faz-se necessário definir, com clareza, a extensão dos fragmentos das publicações autorais passíveis de reprodução para fins acadêmicos e para uso privado do copista. O limite proposto, de vinte e cinco por cento do total da obra é, salvo melhor juízo, muito apropriado. É,

portanto, meritória e oportuna a proposição.

III – VOTO

Em razão do exposto, o voto é pela APROVAÇÃO do Projeto de Lei do Senado nº 131, de 2006.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator

ANEXO B

Projeto de lei n.º 1120/2007

PROJETO DE LEI Nº , DE 2007
(Do Sr. Rodrigo Rollemberg)

Dispõe sobre o processo de disseminação da produção técnico-científica pelas instituições de ensino superior no Brasil e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. As instituições de ensino superior de caráter público, assim como as unidades de pesquisa, ficam obrigadas a construir os seus repositórios institucionais, nos quais deverão ser depositados o inteiro teor da produção técnico-científica conclusiva do corpo discente, com grau de aprovação, dos cursos de mestrado, doutorado, pós-doutorado ou similar, a produção técnico-científica conclusiva do corpo docente dos níveis de graduação e pós-graduação, assim como a produção técnico-científica, resultado das pesquisas realizadas pelos seus pesquisadores e professores, financiadas com recursos públicos, para acesso livre na rede mundial de computadores – INTERNET.

§ 1º. Os repositórios institucionais deverão ser compatíveis com padrões de interoperabilidade adotados internacionalmente.

§ 2º. Fica o Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT) responsável pela integração, consolidação e disseminação, em seu sítio na Internet, de todos os repositórios institucionais.

§ 3º. Os pesquisadores, que receberem apoio financeiro proveniente do governo federal, estadual ou municipal para suas pesquisas, são obrigados a depositar uma cópia das publicações dos resultados dessas pesquisas.

§ 4º. No caso em que tais publicações sejam protegidas por contratos de “copyright” que as impeçam de serem depositadas em seu completo teor, os pesquisadores se obrigarão a pelo menos depositar os seus metadados, com o compromisso de disponibilizar o acesso ao completo teor a partir do momento de sua liberação.

§ 5º. O mesmo se aplica em casos em que as publicações contiverem objetos passíveis de serem patenteados.

§ 6º. No que tange aos padrões de interoperabilidade, estes deverão ser estabelecidos pelo Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia que,

inclusive, terá a atribuição de orientar tecnicamente e dar total assistência às instituições de ensino superior e às unidades de pesquisa para a construção dos repositórios.

§ 7º. A inobservância do disposto no presente artigo por parte dos pesquisadores, das instituições de ensino superior ou das unidades de pesquisa torná-los-ão inelegíveis para obtenção de qualquer apoio financeiro para suporte às suas pesquisas.

Art. 2º. Com o propósito de dar suporte e estimular os pesquisadores a observarem o disposto nesta Lei, o Ministério da Ciência e Tecnologia deverá constituir um Comitê de Alto Nível, coordenado pelo IBICT, composto pelos principais segmentos da Comunidade Científica envolvidos na cadeia produtiva da pesquisa científica, para discutir e propor uma política nacional de acesso livre à informação.

Parágrafo único. O Comitê proposto deverá ser criado e instalado em um prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias a partir da entrada em vigor desta lei.

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação oficial.

JUSTIFICAÇÃO

Atualmente, um dos temas mais candentes no meio acadêmico é o acesso aberto à produção científica através da Internet. A sociedade do conhecimento, forjada por aqueles que criaram e animam o espírito da Internet – muito antes de sua popularização, é caracterizada pela busca do saber com base na coletivização, na distribuição e na difusão das descobertas nas comunidades de interesse. O compartilhamento em todas esferas do conhecimento em escala global é uma tendência que choca, desde sua essência, com velhas práticas que obram – até por inércia – no sentido contrário: pela concentração do saber, pela hierarquização, pelo poder auto-legitimado e auto-concedido e pelo prevalecimento do ganho econômico sobre o interesse social. Trata-se de matrizes ideológicas e comportamentais bastante distintas e altamente conflitivas que afetam não apenas o campo acadêmico, mas também os campos cultural, social e econômico.

A disponibilização pública de conteúdos digitais, sua proteção legal e a garantia de acesso aos seus produtos derivados são fundamentais para alimentar as cadeias culturais, artísticas, educativas e científicas. Devem ser consideradas também as questões da proteção aos direitos autorais e da garantia do domínio público, no caso do resultado de pesquisas financiadas pelo erário. Nesse sentido, as

declarações internacionais ajudaram a estabelecer os primeiros marcos para o início de uma discussão madura sobre tais temas.

A universidade hoje dispõe de meios acessíveis, criativos e baratos para superar os muros invisíveis que a separam de parte da sociedade. Iniciativas como o estímulo ao acesso aberto, a criação de um repositório de conteúdos digitais e a elaboração de uma política consistente com respeito à divulgação de conteúdos digitais vêm ao encontro da demanda dos docentes de difundir sua produção intelectual e de ter acesso facilitado às pesquisas dos colegas. Além disso, a promoção de mecanismos de acesso aberto dá mais visibilidade e transparência àquilo que é produzido pela universidade, reforçando sua função de servir à sociedade ao promover o conhecimento científico e a difusão cultural.

A construção dos repositórios e o arquivamento digital da produção técnico-científica proporcionará maior visibilidade dos investimentos do governo em C&T, além de dar subsídios, ao governo, para a elaboração da política de fomento de C&T para o Brasil.

É importante ressaltar o impacto da aplicação do conhecimento científico no desenvolvimento social, econômico, científico e tecnológico de um país.

O governo, em especial, com a iniciativa de criação dessa rede de repositórios institucionais passa a ter possibilidade de obter indicadores que orientem o planejamento da ciência e tecnologia no país.

Considerando a concentração de conhecimento gerados, em países localizados no hemisfério norte e os altos custos de manutenção das publicações periódicas, um novo fenômeno aparece que é a “exclusão cognitiva”. A ação proposta neste projeto de lei contribui para reduzir essa exclusão, uma vez que registra e dissemina a produção científica brasileira, assim como a estrangeira de forma livre e integrada.

Pelo exposto, conto com o apoio dos nobres Pares para aprovação da proposição em epígrafe.

Sala das Sessões, em

Deputado Rodrigo Rollemberg
PSB/DF

ANEXO C

Julgado Mercantil nº 7, Barcelona – Procedimento 261/09



JUZGADO MERCANTIL

NUMERO 7

BARCELONA

B. DUTSIDA

PONS DE GIRONELLA
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

966

109

és còpia

Procedimiento N° 261/09

SENTENCIA n° 67/10

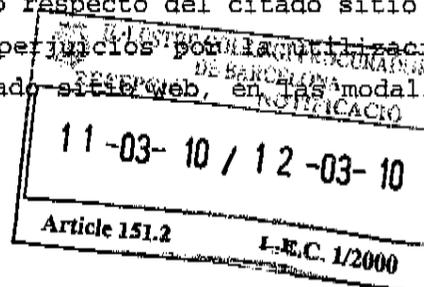
En Barcelona a 9 de marzo de dos mil diez

Vistos por mí, D. RAÚL N. GARCÍA OREJUDO, Magistrado titular del Juzgado Mercantil n° 7 de esta Ciudad, los autos del juicio ordinario N° 261/09, seguidos a instancia de Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) representada por el Procurador D. Francisco Fernández Anguera y defendida por el Letrado D. Albert López Vicente, contra D. Jesús Guerra Calderón, representado por el Procurador D. Carlos Pons de Gironella y defendido por el Letrado D. Javier Maestre Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La demandante, representada por el Procurador D. Francisco Fernández Anguera, formuló demanda de juicio ordinario contra D. Jesús Guerra Calderón, alegó los fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó solicitando del Juzgado que se dictase sentencia por la que se declare que el demandado está llevando a cabo desde el día 1 de octubre de 2007 hasta la actualidad, de modo ilegítimo, la comunicación pública y la reproducción de obras musicales del repertorio gestionado por SGAE a través del sitio web [www. elrincondejesus.com](http://www.elrincondejesus.com) de su titularidad y se condene a D. Jesús Guerra Calderón:

1. a pasar por esta declaración, cesar y abstenerse de utilizar el citado sitio web, o cualquier otro que pueda operar con la utilización de obras musicales del repertorio de la SGAE, con suspensión de la explotación y la prohibición de reanudarla mientras no obtenga la correspondiente autorización
2. a la suspensión de los servicios prestados por la entidad de intermediación RECORUNA S.L.U. con domicilio en Lugo, al demandado respecto del citado sitio web
3. a indemnizar a la actora en concepto de daños y perjuicios por la utilización no autorizada de las obras de su repertorio en el citado sitio web, en las modalidades





PONS DE GIRONELLA
JESUS TRITONALES
és còpia

de comunicación pública y reproducción, por el periodo comprendido entre octubre de 2007 y el día de presentación de la demanda, en la cantidad que, una vez liquidada durante el procedimiento con arreglo a los datos que se obtengan y a las tarifas generales de la actora se fije e introduzca en el procedimiento.

4. a indemnizar por la cifra de 1.546,28 euros por los gastos del documento de investigación privada aportado junto con la demanda.

SEGUNDO.- Por auto de fecha 7 de mayo de 2009 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a la demandada para que en el plazo de veinte días contestara a la misma por escrito apercibiéndole de que, de no hacerlo así, se declararía su situación procesal de rebeldía; la demandada compareció para contestar a la demanda y oponerse a las pretensiones de la actora, solicitando la desestimación de la demanda y la condena en costas de esta última.

TERCERO.- Citados los litigantes al acto de la audiencia previa que tuvo lugar el día 15 de octubre de 2009 en el mismo comparecieron la parte actora y la parte demandada y se celebró con el resultado que consta en el acta y en la reproducción audiovisual.

CUARTO.- La práctica de las pruebas admitidas tuvo lugar en el juicio celebrado en fecha 21 de enero de 2010 con el resultado que consta en el acta y en la reproducción audiovisual. Finalizado el periodo de prueba, practicadas las diligencias finales acordadas y recibidos los escritos resumen de las partes, quedaron los autos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) fundamenta sus peticiones en la infracción de los derechos de explotación del art. 17 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de reproducción del art. 18 y de comunicación pública del art. 20.2 en su modalidad de puesta a disposición. Esta infracción se habría producido en la actividad llevada a cabo por el demandado a través del sitio web www.elrincondejesus.com de su titularidad. En esta página web, se ofrecen, al menos desde octubre de 2007, de forma gratuita y sin limitación o restricción alguna, contenidos de obras musicales que pertenecen al repertorio de la SGAE. En dicha página web y a través de un menú o con imágenes de las obras, se puede



PONS DE GIRONELLA
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
es copia

acceder a archivos de películas, documentales, música series de televisión, entre otros. Desde esta página web, una vez seleccionado el archivo que se desea descargar, bien directamente o bien redireccionando a otra web de modo automático se procede a la descarga de la obra seleccionada.

La parte demandada alega, en síntesis, que en la citada página web de la que es titular únicamente existen enlaces a la red P2P eDonkey2000 que utiliza el programa eMule, sin que en dicha página existan almacenadas obras protegidas por derechos de propiedad intelectual; que existen enlaces a multitud de archivos y no solo de obras cuyos derechos son gestionados por la SGAE, quien debe identificar los enlaces a sus obras musicales; que no obtiene ingreso alguno procedente de la referida web; que el proveedor de internet REDCORUNA no es parte en el proceso; que el demandado únicamente hace publicidad de los enlaces en su página web y enlaza a las citadas redes lo cual no es reproducción, ni comunicación pública de obras protegidas; que resulta de aplicación la Ley de Sociedades y del Servicio de Información.

SEGUNDO.- Fondo del asunto. Páginas de enlace a redes P2P. El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente estipula que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone, de tal modo que la parte actora ha de probar normalmente los hechos constitutivos de su derecho y la parte demandada los extintivos (SSTS de 26 de junio de 1974, 16 de diciembre de 1985 y 19 de diciembre de 1989).

A la vista de las alegaciones de ambas partes se considera acreditado, como hechos que no son objeto de discusión:

- A) Que el demandado es titular y administra el sitio web www.elrincondejesus.com.
- B) Que en dicha página web se ofrece, a través del sistema de menús y referencias visuales de las obras, la posibilidad de descargar archivos de música, películas documentales etc.. mediante el sistema de enlace o "links" a la llamada red P2P eDonkey que utiliza el programa eMule.
- C) Que algunos de los archivos, cuya posibilidad de descarga se ofrece, son obras musicales del repertorio de la entidad demandante.
- D) Mediante estas redes P2P, usuarios de la red que instalen el citado programa, pueden descargarse en su ordenador, archivos, entre otros, de música o películas etc. ..., procedentes de los discos duros de otros usuarios que se encuentren en la misma red y utilicen el mismo programa, en un sistema cuyo buen funcionamiento dependerá del número de usuarios que tengan copia del archivo que se está descargando y en el que el usuario que descarga favorece la descarga de otros usuarios al tener parte del archivo descargado, u otros archivos en su ordenador, que fueron descargados a través del programa Emule.



PONS DE GIRONELLA
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

és còpia

A la vista de los informes periciales aportados por ambas partes se puede tener como acreditado que en la página web [www. elrincondejesus.com](http://www.elrincondejesus.com), no se almacenan ninguno de los archivos cuya referencia se indica, limitándose a ofrecer la posibilidad de descarga a través de la citada red P2P. Asimismo se tiene como acreditado que el Sr. Guerra Calderón no percibe cantidad alguna directa o indirectamente relacionada con el servicio que ofrece en su página web, la cual es de acceso gratuito, sin que en la misma existan referencias publicitarias de terceros anunciantes. Es decir, no existe ánimo de lucro ni directo ni indirecto.

En el acto de juicio se ha hecho referencia a otros contenidos de la citada página web como son los de "Música Rincón" o "Música directa, en los que, al parecer, se ofrecerían mediante el sistema de streaming de escucha directa sin descarga obras musicales subidas a la web por los usuarios. A este respecto es preciso indicar que no se ha hecho referencia a estos contenidos en el escrito de demanda, no son causa de la petición contenida en la demanda, que se centra en el contenido y conducta de enlace. Por ello no puede ser objeto de enjuiciamiento en esta sentencia.

Entrando en el fondo del asunto objeto de enjuiciamiento, de las alegaciones de la partes que constituyen los hechos base de su pretensión relacionadas con los informes periciales que las apoyan técnicamente, se puede concluir que la página web de enlace a redes P2P, de la manera en que se configura la web de elrincondejesus.com, no vulnera en la actualidad los derechos de explotación que les confiere a los autores la Ley de Propiedad Intelectual. El sistema de enlaces o *links* que se ha descrito, desarrollado por el demandado en este caso, no supone ni distribución, ni reproducción, ni comunicación pública. Dicho de otra forma, enlazar en la web de la manera que lo hace elrincondejesus.com no supone distribuir, ni reproducir, ni comunicar públicamente obras protegidas. La conducta desarrollada por el demandado es la de crear un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a las redes de intercambio de archivos P2P mediante el sistema de menús, carteles o portadas con títulos de películas u obras musicales. Pero, en el sistema de protección regulado por la Ley de Propiedad Intelectual, adaptado a la normativa comunitaria, no se contiene previsión alguna que prohíba favorecer, permitir u orientar a los usuarios de la red de Internet que acceden a esta página, la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P. En un sentido amplio, el sistema de enlaces constituye la base misma de Internet y multitud de páginas y buscadores (como Google) permiten técnicamente hacer aquello que precisamente se pretende prohibir en este procedimiento, que es enlazar a las llamadas redes P2P. Google no ofrece la visualización de las carteleras o portadas, como hace el demandado y ese plus de conducta del demandado es la que se pretende prohibir. Pero en nuestro derecho no está prohibido favorecer, orientar o ayudar mediante enlaces, en la búsqueda de archivos



és còpia
PONS DE GIRONELLA
 PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

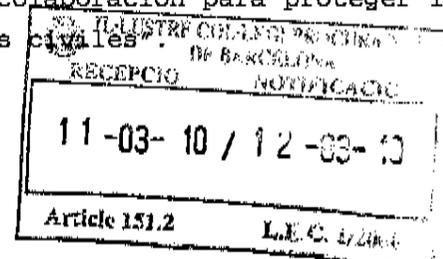
que contengan obras protegidas para lograr su posterior descarga a través de las llamadas redes P2P.

El objeto de este procedimiento se ha centrado, a través de los hechos, fundamentos y suplico de la demanda, en la determinación de que el sitio web www.elrincondejesus.com, infringe derechos de autor con todas las consecuencias solicitadas y en virtud de lo expuesto la demanda debe ser desestimada en su integridad.

TERCERO.- Redes P2P. A mayor abundamiento, parece oportuno referirse a las redes P2P a las que la página web gestionada por el demandado redirecciona, pues tiene relación directa con el objeto de este proceso.

Como se indicó en el auto de medidas cautelares, los comportamientos y actividades que se desarrollan en estas redes no encuentran un acomodo claro y específico en los comportamientos que prohíbe la ley, en especial la reproducción, distribución y comunicación pública sin autorización. Por ello, la actividad desarrollada por el demandado difícilmente encuentra acomodo en los actos típicos de la Ley. Las redes P2P, como meras redes de transmisión de datos entre particulares usuarios de Internet no vulnera derecho alguno protegido por la Ley de Propiedad Intelectual. Hay parte del "gran almacén" que constituye el sistema de redes P2P, que contiene archivos que no son protegidos. También hay obras que ya no son objeto de protección porque ha transcurrido el plazo de duración de los derechos y hay obras que cuya protección no está encomendada, en este caso concreto, a la SGAE. Por tanto, resulta necesario delimitar claramente obras protegidas y comportamientos que pueden infringir la LPI, cosa que no se ha realizado en este caso.

Además, hay que tener en cuenta, por otra parte, la imposibilidad en el actual marco legislativo, de que en un procedimiento civil y en la tutela de los derechos de autor, pudiera llegar a identificarse a los particulares o usuarios de estas redes a través de las empresas suministradoras del servicio y de la dirección IP, para poder luego averiguar qué obra o archivos son descargado, cual es su procedencia o su utilización y cómo se realiza la descarga por cada usuario en concreto. Así lo indica la sentencia de la AP de Barcelona, sección 15 de 15 de diciembre de 2009, con cita de la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 29 de enero de 2008 (asunto PROMUSICAE), al señalar que "se aprecia que en nuestro derecho no existe ningún deber legal de colaboración impuesto a las entidades suministradoras de acceso a Internet para suministrar la información interesada por la actora, para justificar una reclamación civil. Y la ausencia de este deber no contraía la normativa comunitaria, que restringe dicho deber de colaboración únicamente en relación con la persecución de delitos, sin perjuicio de la valoración que el legislador nacional pudiera realizar a la hora de introducir este deber de colaboración para proteger los derechos de propiedad intelectual en caso de infracciones civiles".





PONS DE GIRONELLA
 PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
es copia

Partiendo de aquí y en materia de reproducción, como se indicó en sede de medidas, se ha de tener en cuenta el límite recogido en el art. 31.2 de la LPI, pues las obras que circulan en el *gran almacén*, que constituye Internet generalmente ya se han divulgado, por persona física para uso privado con un acceso legal (pues la red P2P es legal) y la copia no es objeto de una utilización lucrativa, ni tampoco colectiva, pues estas dos expresiones se refieren a la posterior utilización que se hace de la obra una vez descargada, una vez obtenida la copia. Salvo los casos en que se haga una utilización en un ámbito público o con una finalidad lucrativa, claro está.

Asimismo, respecto del límite de la copia privada es preciso añadir que el art.31.2 en su redacción vigente que trae causa de la Directiva Sociedad de la Información exige que la copia privada se haga a partir de obras a las que haya accedido legalmente, poniendo así el acento en la nota de licitud o legalidad del acceso y no en la licitud o legalidad de la fuente. En el marco de las redes P2P, resulta dudoso y complejo el examen en cada caso de la legalidad de la fuente. Pero esto no es la exigencia de la Ley de Propiedad Intelectual, que habla de legalidad del acceso y no de la fuente, de tal manera que la mayoría de los usuarios de estas redes acceden legalmente a la obra, por cuanto han celebrado un contrato lícito y válido a cambio de un precio con un prestador de servicios de la red. La copia de la obra una vez descargada mediante el sistema de intercambio privado queda guardada en el disco duro del ordenador o bien es grabada en un CD, DVD regrabable o en un disco duro portátil. Y es preciso recordar en este punto, que precisamente por ser elementos susceptibles de recibir copias privadas de obras protegidas por propiedad intelectual, todos estos instrumentos y aparatos están gravados por el correspondiente canon o compensación equitativa a que se refiere el art. 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y que redunda en beneficio de la aquí actora y en general de los titulares de los derechos de explotación de la obra.

CUARTO.- Como se indicaba en el auto de medidas cautelares, el derecho de explotación que podría verse comprometido con la actividad desarrollada en las redes P2P es la comunicación pública a la que se refiere el art. 20, con la especial referencia de la letra i) del párrafo segundo citado por la parte demandante al indicar que "1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

2. Especialmente, son actos de comunicación pública: i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija."

Este último párrafo procede de la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

REGISTRO DE LA COPIA DE LA EXPOSICIÓN DE
 DE BARCELONA
 RECEPCIO NOTIFICACION
 11-03-10 / 12-03-10
 Artículo 151.2 L.E.C. 1/10



PONS DE GIRONELLA
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

es còpia

motivos se hace referencia a que todos los titulares de derechos reconocidos por la presente Directiva tienen el derecho exclusivo de poner a disposición del público obras protegidas por derechos de autor o cualquier prestación protegida mediante transmisiones interactivas a la carta. Tales transmisiones interactivas a la carta se caracterizan por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que ella misma elija. Este derecho exclusivo de comunicación pública y con estos mismos términos es reconocido en el art.3 de la Directiva.

Sin duda que mediante las redes P2P se produce una puesta a disposición del público de obras sin previa distribución de ejemplares y, al menos, potencialmente, aunque no se haga una efectiva bajada por parte de otros usuarios. Y este comportamiento puede en muchos casos ir encaminado a una pluralidad de personas. Sin embargo, de nuevo, el tipo legal no cuadra exactamente y en todo los casos con el comportamiento de los usuarios de tales redes, puesto que, por un lado, en la mayoría de los casos el usuario tiene como única intención descargar un archivo desconociendo si de la parte de ese archivo que tiene descargada en una parte del disco duro de su ordenador se están descargando a su vez otro usuario o una pluralidad de usuarios. Puede ser perfectamente posible que el intercambio de archivo sea con una única persona o con un escaso número de personas. También es perfectamente posible que el sistema permita al usuario impedir la subida de datos desde su equipo, aunque realice descargas al mismo tiempo o que el propio usuario elimine de su disco duro las obras que podrían ser objeto de descargas por otros usuarios. A ello se ha de añadir, como se ha indicado, que puede haber archivos que no son protegidos, u obras que ya no son objeto de protección porque ha transcurrido el plazo de duración de los derechos, o también obras que cuya protección no está encomendada, en este caso concreto, a la SGAE. Y a todo ello se ha de añadir la imposibilidad actual de identificación de los usuarios en el marco del procedimiento civil en el sentido aludido. En definitiva, no hay que olvidar que se trata de un mero intercambio de archivos entre particulares, sin ánimo de lucro directo o indirecto (pues difícilmente puede establecerse una necesaria relación de causalidad entre descarga y ausencia de compra de la obra) a través de un medio como es la red de Internet, que a diferencia de otras tecnologías obsoletas (intercambio o copia de cassette a cassette), se ha tornado masivo y de ámbito mundial, como también lo es la distribución, por el mismo medio, publicidad, acceso y comunicación autorizada de obras por sus autores y gestores con los correspondientes beneficios económicos y de difusión cultural.

QUINTO.- Costas.- Teniendo en cuenta que la demanda ha resultado desestimada, procede imponer a la parte demandante el pago de las costas causadas en aplicación de lo previsto en el párrafo primero del art. 394.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.



PONS DE GIRONELLA
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

és cònia

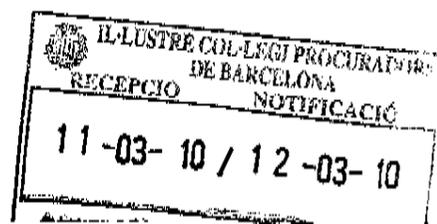
FALLO

Que **DESESTIMO íntegramente** la demanda formulada por D. Francisco Fernández Anguera, en nombre y representación de Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), y ABSUELVO a D. Jesús Guerra Calderón de la totalidad de las pretensiones formuladas en su contra y ello con la expresa imposición a la parte demandante de todas las costas procesales causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días ante este Juzgado, por escrito y con la firma de Letrado, para su resolución por la Audiencia Provincial.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída ha sido la presente resolución en audiencia pública por el Sr. Juez que la firma en el día de su fecha, doy fe.



ANEXO D

Acórdão do TJPR em Agravo de Instrumento, publicado em 25.08.2009.

AGRAVANTE : Associação Protetora de Direitos Intelectuais Fonográficos - APDIF.
AGRAVADOS : Cadari Tecnologia da Informação Ltda., Cadari & Cia. Ltda. e Nelson Luciano Cadari.
RELATOR : Des. Xisto Pereira.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA INIBITÓRIA. PRETENDIDA ANTECIPAÇÃO LIMINAR DOS SEUS EFEITOS. DISPONIBILIZAÇÃO PÚBLICA DE "SOFTWARE", DENOMINADO "K-LITE NITRO", PARA CONEXÃO ÀS REDES "PEER-TO-PEER" (P2P) POSSIBILITANDO O "DOWNLOAD" DE MÚSICAS PELA "INTERNET". PLAUSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA DE CONDUTA ANTIJURÍDICA (CIVIL E CRIMINAL). RISCO NA DEMORA PRESENTE. PRETENSÃO NO SENTIDO DE SER REMOVIDO O ILÍCITO MEDIANTE ORDEM QUE IMPEÇA A CONTINUAÇÃO DESSA ATIVIDADE. DECISÃO DO JUIZ DA CAUSA APENAS DETERMINANDO A INSERÇÃO DE "BANNERS" NOS "SITES" COMUNICANDO AOS INTERNAUTAS A NATUREZA ILÍCITA DESSA OPERAÇÃO SEM O PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA APTA A TORNAR EFETIVA A TUTELA JURISDICIONAL ALMEJADA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE PARA DETERMINAR A INSTALAÇÃO, EM PRINCÍPIO, COMO PROVIDÊNCIA VISANDO A OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE AO DO ADIMPLEMENTO, DE DISPOSITIVO (FILTRO) NO REFERIDO PROGRAMA DE COMPUTADOR, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA, PARA IMPEDIR O COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS E/OU FONOGRAMAS MUSICAIS PROTEGIDOS PELA LEI FEDERAL Nº 9.610/1998. REMESSA, OUTROSSIM, DE PEÇAS DOS AUTOS AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA.

(1) A tutela inibitória, voltada a uma prestação específica, não tem o dano (prejuízo) como seu pressuposto. Seu alvo é o ato ilícito, impedindo, fazendo cessar ou evitando a continuidade da sua prática. O dano (prejuízo) constitui apenas uma conseqüência eventual dessa conduta antijurídica (contrária ao direito), somente indispensável à configuração da obrigação ressarcitória, ou seja, à imposição de uma prestação substitutiva representada pelo equivalente em dinheiro (indenização).

(2) É em tese antijurídica, civil e criminalmente, a conduta de quem, mediante lucro indireto obtido pela exploração econômica de publicidades, disponibiliza publicamente "software" para conexão às redes "peer-to-peer" (ponto a ponto), possibilitando o compartilhamento ("download") de arquivos musicais via "Internet" protegidos pela Lei de Direitos Autorais.

(3) Em se tratando de violação a direitos incorpóreos ou imateriais, como são os de propriedade intelectual, a individualização e a extensão dos danos causados para se poder quantificar, por conseguinte, a correspondente indenização pecuniária é de difícil, senão impossível, aferição, de modo que, no mais das vezes, não há, mediante prestação genérica, a recomposição integral do patrimônio do titular do direito material violado, nem mesmo uma razoável compensação, incorrendo seu retorno ao "status quo ante", aflorando daí o risco na demora à concessão da tutela inibitória para a remoção dos efeitos do ato ilícito.

(4) Quando o § 5.º do art. 461 do CPC faculta ao juiz emitir comando visando à obtenção de resultado prático equivalente ao do adimplemento, admite expressamente que se deixe de atender ao pedido deduzido na ação para determinar providência diversa, desde que voltada à efetiva tutela do direito material afirmado em juízo.

(5) De acordo com o art. 40 do Código de Processo Penal, "Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia".

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 561.551-4, da 13.ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em que figura como agravante a ASSOCIAÇÃO PROTETORA DE DIREITOS INTELECTUAIS FONOGRAFICOS (APDIF) e agravados CADARI TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA., CADARI & CIA. LTDA. e NELSON LUCIANO CADARI.

I - RELATÓRIO

A Associação Protetora de Direitos Intelectuais Fonográficos (APDIF), ora "agravante", ajuizou ação em face de Cadari Tecnologia da Informação Ltda., Cadari & Cia. Ltda. e Nelson Luciano Cadari, ora "agravados". Disse, em síntese, que é uma associação que reúne diversos produtores fonográficos no Brasil; que os agravados disponibilizam pela Internet1 o software2 K-Lite Nitro por meio do qual se permite aos usuários/internautas, mediante conexão às redes peer-to-peer3, ou P2P, a feitura de cópias gratuitas de arquivos de música, isto é, o chamado download4, em flagrante violação aos direitos autorais de seus associados produtores fonográficos; que para ter acesso ao referido software o usuário é direcionado a um dos sites5 explorados economicamente pelos agravados; que nesses ambientes há instruções precisas de como realizar o download gratuito de músicas e que sob o manto da "gratuidade" do aludido programa de computador, isto é, dessa ferramenta, bem como dos arquivos de músicas, esses sites servem de meio para a exploração econômica de publicidades (anúncios de variadas empresas e outros sites, todos pagos), além do comércio de dados pessoais dos usuários. Pediu, então:

(a) a título de tutela ressarcitória a condenação dos agravados ao pagamento de ampla indenização pelos prejuízos direta e indiretamente decorrentes da violação dos direitos autorais de seus associados, cujo

valor deverá ser apurado em liquidação de sentença; (b) a título de tutela inibitória para a remoção do ato ilícito, inclusive mediante liminar que antecipe os seus efeitos,:(b.1) a imediata suspensão "da divulgação, promoção e propaganda, por qualquer meio, do serviço K-Lite Nitro ou qualquer outro serviço similar ... como ferramenta de pesquisa e download de músicas e arquivos cuja propriedade está sendo protegida" pela agravante; (b.2) a imediata cessação da "oferta do serviço K-Lite Nitro ou qualquer outro serviço similar, inclusive a distribuição e a permissão de download do programa K-Lite Nitro ou qualquer programa de computador similar, a partir da Internet, como mecanismo para a pesquisa e o download de músicas e arquivos cuja propriedade está sendo protegida" pela agravante; (b.3) a implementação, em dez (10) dias, das "alterações necessárias para que, caso pretendam continuar a oferecer o serviço K-Lite Nitro ou qualquer outro serviço similar, não possam os mesmos ser utilizados por novos usuários como meio de pesquisas e download de músicas e arquivos cuja propriedade está sendo protegida" pela agravante; (b.4) a implementação, em dez (10) dias, das "alterações necessárias no programa de computador e no serviço K-Lite Nitro para que os usuários que já realizaram o download do programa K-Lite Nitro": (b.4.i) "sejam expressamente alertados, por e-mail e por banners no próprio sítio do referido programa para a natureza ilícita da realização de cópias de arquivos musicais sem o respectivo pagamento dos direitos autorais"; e (b.4.ii) "sejam impedidos de continuar a utilizar o serviço K-Lite Nitro, o que inclui o programa de computador com o mesmo nome, com o objetivo de realizar pesquisas e download de músicas e arquivos cuja propriedade está sendo protegida" pela agravante, tudo sob pena de multa diária. A tutela inibitória para a remoção do ato ilícito foi parcialmente antecipada apenas para que os agravados, no prazo de 10 (dez) dias, "insiram nos sítios eletrônicos relativos ao programa ou serviço K-Lite Nitro 'banners' comunicando os usuários do referido serviço ou programa, para fins de alerta e para que não se alegue ignorância, acerca da natureza ilícita da realização de cópias de arquivos musicais sem o respectivo pagamento dos direitos autorais aos titulares de fonogramas, sob pena de multa diária no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), valor mais adequado às circunstâncias, bem como a incluir relação de fonogramas de titularidade de associados da autora cuja obtenção e compartilhamento configurem infração à Lei n.º 9.610/1998", devendo, para essa finalidade, a agravante fornecer mensalmente "relação de fonogramas de titularidade de associados da autora cuja obtenção e compartilhamento configurem infração à Lei n.º 9.610/1998". Para assim decidir, argumentou o juiz da causa que "Nada consta nestes autos ou nos de medida cautelar de produção de provas em apenso que tenha havido autorização ou acordo entre os associados da requerente e os requeridos para utilização dos direitos autorais relativos a fonogramas de titularidade de associados da autora. Da análise do contido nestes autos e nos de autos de medida cautelar em apenso verifica-se que através do serviço P2P (rede ponto a ponto) K-Lite Nitro, disponibilizado pelos requeridos, é possível que pessoas com acesso à Internet acessem e compartilhem arquivos, entre eles arquivos de música, filmes, imagens, jogos, e-books⁷ e softwares. O conceito de fonograma se encontra no inciso IX do art. 5.º da Lei n.º 9.610/98 ('toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual'), o que engloba a música digital. Da análise do contido nos autos de medida cautelar em apenso vislumbra-se que o compartilhamento de música via K-Lite Nitro envolve fonogramas (músicas digitais). Ou seja, é possível o usuário do referido serviço baixar fonogramas. Mas, da análise do contido nos presentes autos e nos autos de medida cautelar em apenso, verificase que a tecnologia empregada no software e serviço K-Lite Nitro não se destina exclusivamente à obtenção de fonogramas de titularidade de associados da autora, pois da mesma forma como em tese é possível utilizar o K-Lite Nitro para obtenção de fonogramas sem autorização dos titulares de tais fonogramas, o que caracteriza prática de ilícito, também é possível obter fonogramas de forma lícita, pois como é notório atualmente há artista e produtores independentes que atualmente disponibilizam a obtenção de fonogramas na Internet de forma gratuita a qualquer interessado ou mesmo músicas digitais de domínio público. E, da análise no contido nos autos em apenso e nestes autos, nada consta que os fonogramas de titularidade dos associados da autora estejam armazenados nos computadores dos requeridos ou que estes disponibilizem diretamente tais fonogramas a usuários dos serviços K-Lite Nitro. Denota-se que em tese é possível fazer uso dos serviços do K-Lite Nitro para fins ilícitos, causando prejuízos econômicos aos associados da autora, que nada recebem ou lucram em razão da utilização indevida dos fonogramas. Mas, também é possível fazer uso dos serviços K-Lite Nitro para fins lícitos, como obter músicas digitais de domínio público ou de artistas ou produtores titulares de fonogramas que liberam a franca utilização por qualquer interessado. Vislumbra-se, assim, que a tecnologia empregada no software e serviço K-Lite Nitro seria em tese neutra, pois pode ser utilizada tanto para fins lícitos como ilícitos, dependendo da intenção do usuário, o que ocorre com a própria Internet. Equipara-se assim à situação do fabricante de faca, eis que este disponibiliza produto que pode ser utilizado para o bem (na culinária, por exemplo, o que configura ato lícito) ou para o mal (como instrumento para lesionar ou matar alguém injustamente, o que configura ato ilícito) e não pode evitar que seu produto seja utilizado para o mal por parte de quem adquire. Não vislumbro assim que os requeridos seriam co- responsáveis pelos atos dos usuários do serviço e programa K-Lite Nitro para os fins do art. 104 da Lei n.º 9.610/98, pois não é possível afirmar peremptoriamente, ao menos nesta fase processual, que todo usuário do serviço disponibilizado pelos requeridos vise somente distribuir e reproduzir cópias não autorizadas de fonogramas protegidos por direitos autorais. Denota-se que o serviço e programa K-Lite Nitro podem ser utilizados como instrumentos para a prática de ilícitos e lícitos como já visto, mas, não vislumbro, ao menos nesta fase processual, como atribuir responsabilidade aos requeridos pelo fato de usuários de tal serviço e programa obterem conteúdo indevido (fonogramas, no caso em discussão), já

que o conteúdo ilícito não é em tese fornecido e nem armazenado pelos requeridos, mas sim por terceiros através da Internet. Além do mais, o simples fato de o serviço e o programa em discussão possibilitarem a pesquisa de músicas não significa por si só prejuízo aos titulares dos fonogramas⁸. É contra essa decisão que se volta este recurso. A agravante, em suas razões recursais, postulando a concessão de efeito ativo a este recurso (antecipação da tutela recursal) repisa, em resumo, os argumentos expendidos na inicial do feito de origem e acrescenta que a ordem judicial de primeiro grau de jurisdição não tutela adequadamente o direito afirmado em juízo; que os agravados admitiram na contestação a prática da conduta ilícita antes narrada "consistente na facilitação, contribuição, incitação, assistência e participação culposa para a prática de ilícito penal"; que "a cada música ou arquivo musical ilicitamente baixado pela Internet corresponde uma diminuição da receita destinada aos titulares dos direitos autorais vilipendiados" e que a decisão recorrida é nula por ser extra petita, haja vista que, por seu intermédio, manejou-se comando diverso daquele pleiteado liminarmente⁹. Pela decisão de fls. 1.851/1.858-TJ, deste Relator, deferiu-se também em parte o efeito ativo almejado, emitindo-se, porém, um comando com maior extensão do que aquele expedido em primeiro grau de jurisdição, isto é, deferiu-se parcialmente a tutela inibitória antecipada visando a remoção do ato ilícito "para, tendo em conta o resultado prático equivalente ao do adimplemento, determinar aos agravados que insiram em seus programas dispositivo (filtro) que impeça o download dos arquivos musicais e/ou fonogramas cuja titularidade pertença aos associados da agravante. Essa obrigação de fazer deverá ser cumprida no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a contar da intimação pessoal dos agravados, à vista da relação que deverá ser apresentada pela agravante nos autos de origem, como determinado pela decisão recorrida. Ao juiz da causa caberá determinar as necessárias diligências ao fiel cumprimento desta ordem. Observa-se que poderá, adiante, ser impedida por este Tribunal a veiculação do software caso resulte descumprida a obrigação de fazer ora imposta, tendo em vista a enumeração exemplificativa das ordens, postas à disposição judicial, previstas no § 5.º do art. 461 do CPC". Contra essa ordem judicial, os agravados interpuseram embargos de declaração¹⁰, os quais foram rejeitados por este Relator em decisão assim ementada: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. INADMISSIBILIDADE. REJEIÇÃO. É incabível, nos declaratórios, rever a decisão anterior, reexaminando ponto sobre o qual já houve pronunciamento, com inversão, em conseqüência, do resultado final. Nesse caso, há alteração substancial do julgado, o que foge ao disposto no art. 535 e incisos do CPC" (RSTJ 30/412)"¹¹. Ainda inconformados, os agravados interpuseram agravo interno¹², que não foi conhecido por esta Câmara por meio de Acórdão da lavra do Juiz Convocado Alexandre Barbosa Fabiani, em substituição a este Relator, cuja ementa tem o seguinte conteúdo: "AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE DEFERIU PARCIALMENTE O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL. EFEITO ATIVO. INADMISSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 527, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E 247 DO REGIMENTO INTERNO DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AINDA QUE HIPOTETICAMENTE ADEQUADO, EVIDENTE SUA INTEMPESTIVIDADE. RECURSONÃO CONHECIDO"¹³. O juiz da causa informa que manteve a decisão recorrida e que o agravante cumpriu a regra do art. 526 do Código de Processo Civil¹⁴. Os agravados, em contrarrazões, defendem o acerto da decisão recorrida e pugnam pela sua confirmação aduzindo, resumidamente, que não há prova nos autos de que a utilização do software K-Lite Nitro causa prejuízos aos associados da agravante; que referido programa "é uma tradução de um software livre, disponível inclusive em servidores da Universidade Federal do Paraná"; que o fornecimento dessa ferramenta não constitui atividade ilícita porque, de acordo com a jurisprudência pátria, somente é possível a responsabilização por atos supostamente auxiliares à contrafação quando houver ilicitude flagrante; que, além do mais, "caracterizar a participação de quem oferece apenas uma ferramenta, com usos potencialmente auxiliares à cominação de ofensa menor, implicaria na imputação de responsabilidade penal dos agravados por condutas de terceiros" e que não é possível, tecnicamente, cumprir a ordem judicial para ser inserido um filtro no programa que impeça o download dos arquivos musicais e/ou fonogramas cuja titularidade pertença aos associados da agravante¹⁵. É o relatório.

II - VOTO E SUA FUNDAMENTAÇÃO

Para a correta compreensão da questão posta em juízo faz-se imprescindível a abordagem dos seguintes pontos: II.a) O alvo da tutela inibitória antecipada perseguida: A tutela inibitória, voltada a uma prestação específica, não tem o dano (prejuízo) como seu pressuposto. Seu alvo é o ato ilícito, impedindo, fazendo cessar ou evitando a continuidade da sua prática. O dano (prejuízo) constitui apenas uma conseqüência eventual dessa conduta antijurídica (contrária ao direito), somente indispensável à configuração da obrigação ressarcitória, ou seja, à imposição de uma prestação substitutiva representada pelo equivalente em dinheiro (indenização). O que a agravante busca antecipadamente é uma tutela específica para a remoção do ato ilícito. Luiz Guilherme Marinoni, a propósito do tema, leciona que "A tutela de remoção do ilícito visa a emover ou eliminar o próprio ilícito, vale dizer, a causa do dano; ela não visa a ressarcir o prejudicado pelo dano. No caso de tutela de remoção do ilícito, é suficiente uma transgressão de um comando jurídico, pouco importando se o interesse privado tutelado pela norma foi efetivamente lesado ou ocorreu um dano"¹⁶. A tutela inibitória, portanto, é, modo geral, preventiva porque, repita-se, por meio dela busca-se impedir, fazer cessar ou evitar a repetição da prática de um ato ilícito contra um bem

jurídico protegido pelo direito material mediante a imposição, de acordo com o caso concreto, de uma obrigação de fazer ou não fazer. Por isso, ela representa mecanismo imprescindível dentro da sociedade contemporânea, apto a tornar efetiva a norma contida no caput do art. 5.º da Constituição Federal que estabelece a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade¹⁷. Lembre-se que o "direito autoral" é espécie do gênero "direito de propriedade intelectual".

II.b) Os requisitos legais para a antecipação dos efeitos da tutela inibitória perseguida:

A base legal para a antecipação dos efeitos das tutelas específicas está disposta no art. 461, § 3.º, do Código de Processo Civil, verbis: "Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...) § 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada". No caso em exame, em que se busca antecipadamente uma tutela específica para a remoção do ilícito, diante dos contornos do contraditório, é necessário analisar, mediante cognição sumária, a plausibilidade da existência da ilicitude sustentada pela agravante e, em caso positivo, o perigo da continuidade da sua prática a ensejar um justificado receio de ineficácia do provimento final. Pois bem. O sistema peer-to-peer (ponto a ponto) ou "P2P" permite que os internautas compartilhem entre si arquivos ou ficheiros de vídeo, de áudio e de programas de computador (software). De acordo com o site Wikipédia, a enciclopédia livre, "O compartilhamento de arquivos ou partilha de ficheiros é a atividade de tornar arquivos disponíveis para outros usuários através de download pela Internet e também em redes menores. Na maioria dos casos, o compartilhamento de arquivos segue o modelo P2P, no qual os arquivos são armazenados e servidos pelos computadores pessoais dos usuários. A maioria dos que participam do compartilhamento de arquivos também faz download de arquivos que outros usuários compartilham. Às vezes essas duas atividades estão ligadas umas às outras. O compartilhamento de arquivos é diferente da troca de arquivos, no qual o download de arquivos de uma rede P2P não requer upload¹⁸, apesar de que algumas redes oferecem incentivos para o upload como créditos ou forçam o compartilhamento de arquivos que estão sendo baixados no momento"¹⁹. O internauta, para se utilizar dessas redes peer-to-peer, deverá instalar em seu computador um programa apropriado (software), que na espécie é o K-Lite Nitro, fornecido pelos agravados. Essa prática, por conta da violação de direitos autorais, foi objeto de demandas judiciais em outros países, como conta Victor Eitácio Cravo Teixeira em seu trabalho intitulado "A regulabilidade e a propriedade intelectual das reproduções musicais no ciberespaço"²⁰, verbis: "Serão brevemente relatadas três das mais interessantes disputas judiciais entre representantes das corporações fonográficas e empresas especializadas em softwares capazes de disseminar reproduções musicais pela Internet:

a) MP3.com: Em 1997, um empresário chamado Michael Robertson vislumbrou na Internet uma grande oportunidade para desenvolver um negócio. Pesquisou tecnologias de distribuição e produção musical no ciberespaço, tendo optado pela utilização do MP3 e tecnologias de streaming²¹, através de sua página virtual, MP3.com. Robertson começou suas atividades encorajando artistas a produzir e distribuir música através de seu site, do que não diferia de outros negociantes da Internet, a exemplo do EMusic.com. A idéia do MP3.com diferia no fato de que propunha um sistema de fazer negócios distinto daquela já instituída pela indústria fonográfica, que guia as atividades dos artistas com vistas a que sejam populares. Em contraponto, o papel da página virtual seria o de apenas distribuir o arquivo musical, mediante assinaturas pagas de usuários, deixando aos artistas apenas o encargo de serem criativos e populares. O artista seria popular pela natural demanda do público, pois o MP3.com fazia estatísticas automáticas das músicas mais ouvidas, projetando o artista para o topo da lista dos preferidos pelo público, sem a interferência das gravadoras, as quais usualmente se preocupam em fazer com que determinado artista seja preferido pelas rádios. E o ponto nevrálgico desse imbróglio era que, ao contrário da indústria fonográfica, MP3.com não cobrava dos artistas pela distribuição de suas obras, nem se arrogava possuir titularidade sobre as obras desses. Através do MP3.com, o usuário poderia ouvir as músicas por duas maneiras: a) o usuário comprava um CD (compact disc) numa página virtual, a qual imediatamente avisaria ao MP3.com da disponibilidade das correspondentes músicas na conta daquele específico usuário, que passaria a poder-las ouvir também por meio de seu computador, conectado à Internet; b) o usuário já era legítimo proprietário de um CD, o qual, quando tocado num computador com acesso à Internet, era identificado pelo MP3.com, que, por sua vez, disponibilizava as respectivas músicas na conta daquele usuário. Uma vez disponibilizado na conta do MP3.com um arquivo musical na Internet, o usuário titular poderia escutá-la em qualquer outro computador conectado à rede mundial de computadores, sem a necessidade do CD²². Para dispor de um grande acervo musical, o MP3.com foi obrigado a legitimamente comprar 50.000 CD's, digitalizá-los e compactá-los através da tecnologia MP3. Apenas cinco dias após o lançamento desse novo serviço em sua página virtual, o MP3.com recebeu uma notificação da RIAA (Recording Industry Association of America), juntamente com outras quatro gravadoras, para que encerrasse suas atividades. Alguns dias mais tarde, MP3.com já estava respondendo a uma ação judicial milionária, sob o argumento de reprodução ilegal dos CD's adquiridos e da inaplicabilidade da doutrina do fair use (propósitos não-comerciais do uso das obras). Eram argumentos favoráveis ao MP3.com: a) o fato de que os clientes somente estavam autorizados a por em

suas contas músicas de CD's por eles legitimamente adquiridos; b) burlas aos direitos de autor existiam igualmente fora do ciberespaço; c) serviço prestado pela empresa servia para agregar valor aos cd's, aumentando-lhes a procura e as vendas; d) o serviço prestado pela empresa poderia ser facilmente executado pelos próprios consumidores; e) direito de proporcionar ao consumidor um espaço livre em que pudesse armazenar seu próprio conteúdo, acessível de qualquer lugar. Nada obstante aos razoáveis argumentos aduzidos pelo MP3.com, apenas nove meses mais tarde um juiz federal norte-americano veio a condená-lo ao pagamento de uma multa de 180.000.000,00 de dólares. Quase um ano depois, o MP3.com foi vendido a um dos autores da ação judicial, a Vivendi Universal²³.

b) Napster: Em evolução tecnológica ao MP3.com, o Napster, situado na página virtual Napster.com, desenvolveu um protocolo (código) capaz de permitir intercâmbio de dados armazenados nas memórias dos computadores pessoais dos usuários. Esse método de intercâmbio popularizou-se pela sigla P2P (peer-to-peer), que vem a significar um intercâmbio de dados na Internet de usuário final a usuário final. O Napster elaborou um cadastro que armazenava a referência aos arquivos musicais e ao endereço eletrônico das pessoas que os possuíam no computador pessoal. Quando um usuário procurava alguma música na página virtual do Napster, o cadastro apontava quem detinha aquele específico arquivo, e se estava naquele momento conectado à Internet. Em caso positivo, o usuário poderia estabelecer uma conexão direta com o computador indicado, a fim de obter uma cópia do arquivo pretendido. Assim sendo, o Napster era responsável por estabelecer um vínculo entre aqueles que desejavam fazer cópias de arquivos musicais, mas não se responsabilizava pelos atos desses indivíduos. De fato, não era o Napster quem disponibilizava o arquivo eletrônico a ser copiado, mas um cidadão comum, usuário da rede mundial de computadores. A reação da indústria fonográfica foi imediata, através da promoção de ação judicial contra o Napster, sob a acusação de infração dolosa e contribuição à infração aos direitos de autor. O Napster contra-argumentou alegando que a reprodução de arquivos musicais através da tecnologia P2P configurava uso lícito (fair use) e não-comercial pelo consumidor de um gravador digital de áudio, afóra a adução da irresponsabilidade dos servidores pelo conteúdo que armazenam, enquanto não notificados da ilegalidade desses dados (seção 512, 'a' e 'd', do Digital Millennium Copyright Act). Além disso, dentre outros argumentos, o Napster afirmou que significativa porcentagem das trocas de arquivos em sua página virtual tinha como objeto obras não protegidas pelo direito autoral, o que fazia invocar o precedente da imunidade de responsabilidade por contribuição à infração de direitos autorais, determinada pela Suprema Corte Norte-Americana, quando da discussão judicial sobre a legalidade dos videocassetes. Ainda que bem fundamentadas as razões da defesa, a Corte de Apelações considerou que o Napster foi responsável por contribuição a infrações ao direito autoral, mas somente após o recebimento de notificação da violação pelo titular do direito. Napster, então, foi obrigado a retirar do sistema todas as músicas cuja propriedade fosse protegida pelo direito autoral²⁴.

c) Kazaa: O degrading do Napster precipitou a popularização de outra tecnologia P2P de intercâmbio de dados, a qual permite troca de diversos tipos de arquivos, não somente aqueles musicais, e não necessita de um cadastramento central de usuários e correspondentes arquivos disponíveis para serem copiados. Dentre as páginas virtuais que utilizaram esse tipo de tecnologia, destacou-se a empresa holandesa Kazaa, logo acionada pelas gravadoras européias Buma e Stemra, com o objetivo de cessar as alegadas infrações aos seus direitos autorais. Em 1.^a instância, a Justiça holandesa determinou o desligamento do Kazaa da Internet, como forma de impedir a reprodução ilícita de músicas, sob multa pecuniária, fundado no raciocínio de que tal medida viesse a impedir a troca ilícita de arquivos. Todavia, a experiência empírica de tal medida e o laudo pericial produzido no processo convenceram o juiz de que o intercâmbio de dados através do programa oferecido pelo Kazaa ocorre independentemente do funcionamento da respectiva página virtual. A Corte de Recursos holandesa compreendeu serem atos relevantes ao direito autoral somente aqueles praticados pelos usuários do software desenvolvido pelo Kazaa, considerando que prover os meios para a reprodução de obras protegidas não equivale à infração de reproduzi-las. Ainda, a 2.^a instância da Holanda levou em consideração a considerável proporção do uso lícito da tecnologia desenvolvida pelo kazaa, que permite a troca de qualquer tipo de dados, entre fotos, livros eletrônicos, dentre outros²⁵. O software K-Lite Nitro, de propriedade dos agravados, conforme demonstra a perícia realizada na antecedente ação cautelar preparatória de produção antecipada de prova, assim funciona: "O K-Lite Nitro é uma interface que permite ao usuário interagir com sua principal ferramenta para conexão com as redes P2P. Quando o usuário faz a requisição de uma busca por músicas (ou outros arquivos) através da tela de BUSCA do software K-Lite, o programa GIFT26 é acionado. Este programa é a base do sistema, é ele quem faz a busca nas quatro redes conhecidas (Ares27, FastTrack28, Gnutella29 e OpenFT30). Logo que as respostas da pesquisa vão chegando, as mesmas são encaminhadas para o software K-Lite Nitro, a quem compete a organização dos arquivos para a visualização do usuário (organiza em Grid31). Mesmo com a busca não completa, o usuário já poderá acionar o download do arquivo desejado. O Gift é o responsável pelo gerenciamento do arquivo para que o mesmo chegue em condições de uso, embora erros possam ocorrer. Na tela de visualização (montada pelo K-Lite Nitro) é exibido um campo que identifica a qual rede pertence cada arquivo (vide Anexo III), ou seja, informa ao usuário de qual cliente usuário) e em que rede o arquivo baixado está disponível"³². Feita essa necessária explicação, é de se perguntar: É plausível, já que estamos em cognição não exauriente, que perante a nossa legislação sejam ilícitas (antijurídicas) as condutas dos agravados e dos internautas que utilizam o software K-Lite Nitro? A resposta é desenganadamente positiva. Nos incisos que aqui nos interessam e a seguir vão transcritos do art. 5.^o da Lei Federal n.º 9.610/1998, que regula os direitos autorais, entendendo-se sob essa

denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos, constam as seguintes definições: "IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse; (...) VI - reprodução - 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; VII - contrafação - a reprodução não autorizada; IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual; (...) XI - 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"³³. O inciso V do art. 7.º, por sua vez, estabelece que "são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como as composições musicais, tenham ou não letra"³⁴. Como facilmente se percebe, a Lei de Direitos Autorais protege todas as composições musicais, de modo que a sua utilização, com finalidade lucrativa ou não, depende de prévia autorização. É o que dispõe, nesse passo e aqui importa, o seu art. 29, incisos I, VII, IX e X, verbis: "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; (...) VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita a 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; (...) 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"³⁵. Essas normas, segundo dispõe o art. 89, "aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão"³⁶, por isso ditando o art. 93 que "O produtor de fonogramas tem o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar-lhes ou proibir-lhes: I - a reprodução direta ou indireta, total ou parcial; II - a distribuição por meio da venda ou locação de exemplares da reprodução; (...) V - quaisquer outras modalidades de utilização, existentes ou que venham a ser inventadas"³⁷. Em cognição sumária, repita-se, típica deste momento processual, tem-se que todas essas normas, interpretadas de forma sistemática³⁸, apontam para a claríssima (como a luz do sol) e fortíssima (como o fogo azul) verossimilhança no sentido de ser ilícita (antijurídica) a atuação dos internautas que, se utilizando de software que possibilita a conexão às redes peer-to-peer, deixam publicamente à disposição e/ou efetuam download de arquivos musicais pela Internet. Isso porque, é lógico concluir que essa simples disponibilização pública de um arquivo musical para tal compartilhamento (troca) indica que a obra já passou por uma reprodução e se encontra armazenada em um computador. E efetuada sua cópia, esse procedimento segue infinitamente adiante. E assim é porque, segundo o inciso VI do art. 5.º da Lei de Direitos Autorais, como seu viu linhas atrás, constitui "reprodução" a "cópia de um ou vários exemplares ... 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", enquanto a "distribuição", de acordo com o inciso IV desse mesmo artigo, também se caracteriza pela "colocação à disposição do público ... de cópia de fonogramas, mediante ... qualquer forma de transferência de propriedade ou posse". Veja-se, então, que a "reprodução direta e indireta, total ou parcial" de uma obra³⁹, a sua "distribuição por meio de venda ..., para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção ... ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda", o seu "armazenamento em computador" e "quaisquer outras modalidades de utilização, existentes ou que venha a ser inventadas"⁴⁰, somente são

lícitas (jurídicas) com a "prévia e expressa" autorização do titular do respectivo direito autoral. E o Código Penal, a respeito das condutas versadas nestes autos, possui as seguintes normas incriminadoras: "Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1.º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 2.º Na mesma pena do § 1.º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3.º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 4.º O disposto nos §§ 1.º, 2.º e 3.º 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 n.º 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 indireto⁴¹. Quanto ao fornecedor da ferramenta, vale dizer, daquele que, mediante lucro indireto, oferece publicamente o software que possibilita o download dos arquivos musicais, nota-se que os agravados, segundo consta da inicial do feito de origem, cujo fato é incontroverso nos autos, até porque a prova é farta nesse sentido, com o fornecimento público do software K-Lite Nitro obtêm lucro indireto pela exploração econômica de publicidades (anúncios de variadas empresas e outros sites, todos pagos), além do comércio de dados pessoais dos internautas. Nesse sentido, à fl. 759-TJ, os peritos atestaram

que "Foi localizado um aviso sobre propagandas direcionado aos usuários do software: 'O mais bacana disso tudo, nunca iremos cobrar nada de vocês, somos mantidos pela publicidade no site e no programa, não se preocupe, não queremos ser desagradáveis com isso, mas sim oferecer o que tem de melhor no mundo virtual'⁴². Assim, a conduta dos agravados, em tese considerada, viola a parte final do inciso VII do art. 29 da Lei de Direitos Autorais⁴³ e enquadra-se no § 3.º do art. 184 do Código Penal, como explica Rodrigo Guimarães Colares em seu trabalho "A troca de arquivos na Internet, em um Brasil pós-Napster", verbis:

"O parágrafo terceiro dispõe expressamente que passa a ser crime a conduta de oferecer ao público qualquer sistema que possibilite a troca de obras intelectuais por meios eletrônicos ou telemáticos, sem autorização expressa do titular, com fim de lucro direto ou indireto. Em outras palavras, a atividade de programas peer-to-peer (P2P), de trocas de arquivos com obras intelectuais, como o Napster e o KaZaA, passou expressamente a ser crime no Brasil, punido com pena mais rígida. De igual forma são tratados sites que disponibilizam esses arquivos. E os proprietários desses programas e sites podem ser punidos com penas que variam de 2 a 4 anos, além da multa". Quanto aos internautas, esclarece que "na opinião do diretor jurídico da Associação Protetora dos Direitos Intelectuais Fonográficos (APDIF), Jorge Eduardo Grahl, em entrevista a Paulo Rebêlo, há o entendimento de que quem copia ou compartilha arquivos com a intenção de economizar por não pagar pelos direitos autorais e impostos, automaticamente está tendo lucro indireto e, portanto, enquadra-se na violação de direitos autorais'. Assim, estaria o usuário enquadrado no parágrafo 1.º do art. 184 do Código Penal, cuja pena é de 2 a 4 anos, além de multa. Salvo melhor juízo, lucro indireto pode ocorrer em episódios de sites que disponibilizem arquivos etenham sua renda proveniente de outras fontes - indiretas, como anúncios de publicidade de terceiros. No caso do usuário, o que passa a ocorrer é a violação ao direito de autor, pura e simples, prevista no caput do art. 184 do Código Penal, punível com penas que variam de 3 meses a 1 ano e multa". Poder-se-ia invocar, no entanto, com base no inciso II do art. 46 da Lei de Direitos Autorais e no §4.º do art. 184 do Código Penal, como fazem alguns, que "a reprodução de um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro", não configura violação do direito de autor. Ocorre que essas normas, como observa o mencionado autor, apenas previu a possibilidade "de cópia única privada, para aqueles que já tinham adquirido a obra legalmente. Fala-se em analogia à cópia de backup prevista na Lei do Software"⁴⁴. Por isso, diante de todo o exposto, não se sustenta o argumento, com o devido respeito, constante na decisão recorrida de que "a tecnologia empregada no software e serviço K-Lite Nitro seria em tese neutra, pois pode ser utilizada tanto para fins lícitos como ilícitos, dependendo da intenção do usuário, o que ocorre com a própria Internet. Equipara-se assim à situação do fabricante de faca, eis que este disponibiliza produto que pode ser utilizado para o bem (na culinária, por exemplo, o que configura ato lícito) ou para o mal (como instrumento para lesionar ou matar alguém injustamente, o que configura ato ilícito) e não pode evitar que seu produto seja utilizado para o mal por parte de quem adquire".

Frise-se, além do mais, que a existência de outros softwares de propriedade de terceiros, semelhantes ao K-Lite Nitro, bem como a utilização de outras ferramentas para tornar possível a conexão às redes peer-to-peer (P2P) não afasta, por óbvio, a responsabilidade, em tese, civil e criminal dos agravados⁴⁵. II.c) O perigo na demora: Teori Albino Zavascki, em sua festejada obra "Antecipação da tutela", discorrendo acerca dos pressupostos para antecipar tutela específica com base no § 3.º do art. 461 do Código de Processo Civil, nos ensina que "justificado receio de ineficácia do provimento final" é expressão que traduz fenômeno semelhante a "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação"⁴⁶. Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, esclarece que o receio na demora, em casos como o presente, também ocorre quando for extremamente difícil, senão impossível, a individualização, a extensão e a quantificação dos prejuízos causados pela conduta ilícita do demandado, verbis: "O dano também é de 'difícil reparação' se dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão. Assim, por exemplo, no caso em que o ilícito praticado gera desvio de clientela, hipótese em que, além da difícil quantificação do dano emergente, o empresário sofre uma acentuação do prejuízo na medida em que, com o passar do tempo do procedimento ordinário, assiste ao progressivo afastamento de seus clientes. Nessa hipótese, para se evitar a continuação da concorrência desleal (por exemplo), deve ser proposta ação inibitória, requerendo-se tutela inibitória na forma antecipada com base na probabilidade da sua continuação (ato contrário ao direito).

Porém, ainda que a alusão ao dano não seja necessária, nada impede - sendo até mesmo aconselhável - que o autor alegue que provavelmente perderá os seus clientes durante o curso do processo e, assim, que provavelmente sofrerá dano. Frise-se que a tutela inibitória antecipada não exige a alegação de dano, embora admita essa alegação como mera faculdade do autor, destinada a formar o convencimento do juiz de maneira mais fácil. Quando se diz que a ação inibitória não comporta a discussão do dano, deseja-se evidenciar que o juiz não pode deixar de conceder a tutela antecipada (ou ao menos a tutela final) em razão de não ter sido demonstrado o dano⁴⁷. É exatamente o que ocorre no caso em pauta. É fato notório, a não depender de prova⁴⁸, que em se tratando de violação a direitos incorpóreos ou imateriais, como são os de propriedade intelectual, a individualização e a extensão para se poder quantificar, por conseguinte, a correspondente indenização pecuniária é de difícil, senão impossível, aferição, de modo que, no mais das vezes, não há, mediante prestação genérica, a decomposição integral do patrimônio do titular do direito intelectual violado, nem mesmo uma razoável compensação, incorrendo seu retorno ao status quo ante.

Isso mais se agrava quando a ofensa é praticada pela Internet, que pode ser utilizada, ao mesmo tempo, por um número ilimitado de pessoas, tanto que no caso em mesa os peritos informaram em seu laudo que "No site mencionado foram encontradas propagandas relacionadas ao software anunciando que o software K-Lite Nitro é mais rápido para compartilhar os arquivos que o concorrente EMULE, pois o K-Lite Nitro interliga 4 redes P2P (peer-to-peer) e poderá mudar de rede de comunicação automaticamente com a finalidade de aumentar a eficiência o software e, ainda, que se conecta a 50 milhões de usuários simultaneamente e já vem pré-configurado para o download de músicas e filmes de qualidade"⁴⁹.

Por isso, em se tratando de direitos de propriedade intelectual não há espaço para se aguardar o reconhecimento judicial do dano e, somente a partir daí, buscar o lesado a reparação pecuniária dos prejuízos sofridos, sobretudo porque, em casos como o presente, há violação dos direitos autorais dos artistas do mundo inteiro.

II.d) O resultado prático equivalente ao do adimplemento: O § 5.º do art. 461 do Código de Processo Civil outorgou relevantes poderes ao magistrado, de suma relevância e importância, a tornar efetiva a tutela específica concedida, verbis: "Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial"⁵⁰. Como se percebe, tirante a multa, a dar força mandamental ao provimento judicial, os demais previstos nessa norma, e outros que possam ser manejados⁵¹, caracterizam-se pela sua força executiva lato sensu. Essa norma teve por inspiração o princípio da maior coincidência possível entre a prestação devida e a tutela jurisdicional entregue, vale dizer, ela visa tornar efetiva a decisão judicial de modo a fazer com o que o jurisdicionado obtenha, por meio do processo, exatamente aquilo que teria conseguido caso não fosse necessário se socorrer ao Poder Judiciário. Concedeu-se ao magistrado, portanto, um poder executório genérico, habilitando-o a utilizar, inclusive de ofício, além dos mecanismos previstos no § 5.º outros meios de coerção ou de subrogação mediante a expedição de comandos mandamentais ou executivos lato sensu tendentes a induzir ou a produzir a entrega in natura da prestação devida ou de seu resultado prático equivalente. Na espécie, por meio de tutela inibitória antecipada para a remoção do ilícito, diante dos vários pleitos deduzidos na inicial do feito de origem, transcritos no relatório deste acórdão, visa a agravante, em linhas gerais, que se impeça, utilizando-se o internauta do software K-Lite Nitro, o download de arquivos musicais e/ou fonogramas cuja titularidade pertence aos seus associados. O juiz da causa deferiu parcialmente essa pretensão antecipatória apenas para que os agravados, no prazo de 10 (dez) dias, "insiram nos sítios eletrônicos relativos ao programa ou serviço K-Lite Nitro 'banners' comunicando os usuários do referido serviço ou programa, para fins de alerta e para que não se alegue ignorância, acerca da natureza ilícita da realização de cópias de arquivos musicais sem o respectivo pagamento dos direitos autorais aos titulares de fonogramas, sob pena de multa diária no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), valor mais adequado às circunstâncias, bem como a incluir relação de fonogramas de titularidade de associados da autora cuja obtenção e compartilhamento configurem infração à Lei n.º 9.610/1998", devendo, para essa finalidade, a agravante fornecer mensalmente "relação de fonogramas de titularidade de associados da autora cuja obtenção e compartilhamento configurem infração à Lei n.º 9.610/1998". Por essa decisão, portanto, apenas determinou-se, como forma de tornar efetiva a tutela antecipada de remoção do ilícito, uma providência visando assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento (impedir o download). Não há que se falar, por conseguinte, em decisão extra petita, haja vista que nesse passo o comando judicial não deve obediência ao princípio da congruência⁵². A esse respeito, segundo a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, é correto afirmar que "o juiz pode conceder a tutela específica ou determinar providências que assegurem o resultado prático do adimplemento. Admite-se expressamente, assim, que o juiz deixe de atender ao pedido formulado pelo autor para determinar providência diversa, desde que voltada à efetiva tutela do direito material"⁵³. Mas a providência determinada em primeiro grau de jurisdição por certo não é apta a tornar efetiva a tutela de remoção do ilícito almejada pela agravante, tanto que, para ser imposta a referida ordem, restou afirmado na decisão recorrida ser ilícita a atividade dos agravados e eles sequer se insurgiram, isto é, sequer manejaram recurso contra essa conclusão e respectiva deliberação judicial.

Daí a necessidade da prolação de outra ordem judicial com maior extensão, também como forma de obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento, tal qual se fez pela decisão de fls. 1.851/1.858-TJ deste Relator agregando em parte efeito ativo a este recurso, verbis: "...Mas impedir a veiculação do software não se afigura, por ora, razoável, visto as inúmeras obras musicais armazenadas nas redes compartilhadas eletronicamente que já se encontram em domínio público ou mesmo que foram disponibilizadas gratuitamente pelo seu autor. E simplesmente inserir mera advertência nos sites dos agravados de que os fonogramas protegidos pela agravante não devem ser copiados também não tutela adequadamente o direito afirmado em juízo, mesmo porque a ninguém é dado o desconhecimento da lei (LICC, art. 3.º)⁵⁴. Por isso, à vista da tutela antecipada pretendida, mostra-se em parte escorregia a decisão recorrida ao determinar à agravante que apresente a relação de seus associados e das respectivas obras por eles produzidas. Isso porque, de posse dessa listagem, haverá os agravados de inserir um filtro para impedir a cópia dos fonogramas protegidos pela agravante. A viabilidade técnica dessa medida a eles cabe, pois certamente detém o conhecimento específico para impedir o download de músicas e fonogramas, já que a busca em seus sites se faz por meio do nome da música, do artista ou do álbum. Portanto, sopesados os fatos articulados e o direito afirmado em juízo, defere-se parcialmente o feito ativo pleiteado, com fulcro nos arts. 558 e 461, § 5.º, do CPC, bem assim no art. 105 da Lei e Federal n.º 9.610/98, para, tendo em conta o resultado prático equivalente ao do adimplemento, determinar aos agravados que insiram em seus programas dispositivo (filtro) que impeça o download dos arquivos musicais e/ou fonogramas cuja titularidade pertença aos associados da agravante. Essa obrigação de fazer deverá ser cumprida no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a contar da intimação pessoal dos agravados, à vista da relação que deverá ser apresentada pela agravante nos autos de origem, como determinado pela decisão recorrida". E assim se fez, em princípio, em vista do escólio de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart no sentido de que "A tutela deve ser solicitada dentro dos limites adequados a cada situação concreta, evitando-se a imposição de um não fazer ou de um fazer que possa provocar na esfera jurídica do demandado

uma interferência 'injusta', porque excessiva em face da necessidade concreta de tutela. A inibitória, em outras palavras, deve ser imposta ao réu dentro dos limites necessários à prevenção do ilícito"⁵⁵. Em contrapartida, porém, pondera Luiz Guilherme Marinoni que "Se o juiz pode declarar o ilícito, e a tutela requerida não é suficiente para impedir o seu prosseguimento, negar-lhe a possibilidade de conceder a tutela adequada é subtrair da jurisdição a possibilidade de impedir a transformação do direito em pecúnia, o que é flagrantemente contrário a tudo o que está em torno das referidas normas. É o princípio da efetividade, portanto, que ilumina as normas que deferem ao juiz a possibilidade de conceder tutela diversa da pedida para que um direito possa ser efetivamente tutelado"⁵⁶. Por isso, o "impasse" desde já aventado pelos agravados de que é impossível cumprir a ordem deste Relator, inserindo dispositivo (filtro) no software K-Lite Nitro que impeça o download de arquivos

musicais protegidos pela Lei de Direitos Autorais, pode ser resolvido de duas formas. Em primeiro lugar, poderá ser determinado, como medida sub-rogativa, que terceiro, com conhecimento técnico bastante, analise o software K-Lite Nitro e verifique a possibilidade de nele ser inserido o aludido dispositivo, podendo, sendo o caso, ser por esse terceiro desde logo cumprida a ordem judicial. Nesse sentido, é o magistério de Luiz Guilherme Marinoni, verbis: "É preciso deixar claro que as referidas 'medidas necessárias' são todas aquelas que podem permitir a efetividade da tutela do direito com o menor gravame possível ao réu. As medidas referidas no § 5.º são apenas exemplificativas, pois afirma-se que o juiz poderá determinar as 'medidas necessárias' e, logo após, são elas enumeradas em seguida da expressão 'tais como'. É possível requerer que o juiz determine que um terceiro, à expensas do réu, faça aquilo que incumbiria a este último fazer. Também é possível requerer que o juiz determine um fazer, a ser realizado por um auxiliar do juízo, que seja capaz de dar à parte um resultado equivalente àquele que ela obteria se houvesse solicitado a imposição de um não fazer ou de um fazer sob pena de multa. Nada impede, ainda, que seja solicitada a nomeação de um terceiro para atuar no lugar da parte ré, quando o resultado objetivado pela sentença depender de um fazer infungível"⁵⁷. Em segundo lugar, não sendo possível a instalação do aludido dispositivo, não há outra alternativa senão tornar concreta a advertência deste Relator, inserida na mencionada decisão que recepcionou este recurso, no sentido de que será "retirado do ar" o software K-Lite Nitro, ou seja, "poderá, adiante, ser impedida, por este Tribunal a veiculação do software caso resulte descumprida a obrigação de fazer ora imposta, tendo em vista a enumeração exemplificativa das ordens, postas à disposição judicial, previstas no § 5.º do art. 461 do CPC". É que a tutela inibitória para a remoção do ilícito despida de efetividade é coisa nenhuma, pois é certo, de acordo com o magistério de Luiz Rodrigues Wambier, que "...o processo será efetivo se for capaz de proporcionar ao credor a satisfação da obrigação como se ela tivesse sido cumprida espontaneamente e, assim, dar-se ao credor tudo aquilo a que ele tem direito. A eficácia do provimento jurisdicional é a possibilidade de a decisão produzir transformações no mundo empírico, no plano real e concreto dos fatos, com o objetivo de gerar a satisfação do credor"⁵⁸. Por isso, nem se alegue que também sendo possível a utilização do software K-Lite Nitro para fins lícitos afigura-se inadmissível essa última solução, ou seja, a paralisação completa da sua publicidade, isto é, sua "retirada do ar".

Cabe, no ponto, a seguinte conclusão: Se em determinado estabelecimento, por exemplo, estiver sendo comercializada substância entorpecente (ato ilícito) e refrigerante (ato lícito) é mais do que lógico, é evidente, que a cessação de toda atividade se impõe como forma de findar a conduta contrária ao direito (antijurídica). Luiz Guilherme Marinoni, a propósito, traça um exemplo que se amolda como uma luva ao caso exame sobre ser "...possível ao juiz, ao invés de ordenar sob pena de multa a paralisação das atividades de uma fábrica, ordenar também sob pena de multa a instalação de um filtro. Vice-versa, e quando não for suficiente a instalação do filtro, pode o juiz determinar a paralisação das atividades"59. Outro exemplo, a seguir transcrito, imaginado por José Mauro Decoussau Machado, embora relativo ao direito de propriedade industrial, também elucida a questão, verbis: "Como exemplo de tutela específica, pode-se citar a ordem judicial que determina que uma empresa deixe de comercializar produtos distinguidos por marca pertencente ao autor da ação. Caso essa ordem não seja acatada, o magistrado poderá determinar a apreensão de todos os produtos mantidos em estoques ou expostos à venda, como forma de proporcionar ao autor o resultado prático que mais se aproxima do resultado por ele almejado, evitando que os produtos sejam comercializados. As determinações judiciais devem ser proferidas levando-se em consideração o impacto a ser causado para o réu, isto é, deve-se optar pelo meio que cause menos prejuízos ao réu, e que, ao mesmo tempo, seja apto a resguardar o interesse do titular do direito. No exemplo supra-citado, obviamente que não se justificaria, já de início, determinar a interdição de toda a empresa que fabrica ou comercializa produtos contrafeitos, causando o desemprego de funcionários, se a simples apreensão dos produtos já é apta a satisfazer o interesse do autor"60. Aliás, não é demasiado lembrar, a própria Lei de Direito Autorais, em seu art. 105, dita que "A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente...". II.e) O julgamento antecipado da lide de parte da pretensão deduzida em juízo: A agravante cumulou ação inibitória (para remoção do ato ilícito) com ressarcitória (indenização em dinheiro). Por isso, se entender o magistrado em primeiro grau de jurisdição que em relação ao pleito inibitório é possível o julgamento antecipado da lide (tudo está a indicar que sim), é conveniente deixar consignado que poderá fazê-lo desde logo, determinando a dilação probatória, se necessário for, somente em relação à outra pretensão, a indenizatória. Assim é possível proceder porque atualmente a sentença não mais é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo de conhecimento, mas sim aquele "que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269" do Código de Processo Civil61, isto é, segundo a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, "o legislador especificou quais são os conteúdos que fazem com que se possa identificar um pronunciamento judicial como sentença. Os possíveis conteúdos materiais das sentenças vêm expressamente previstos nos arts. 267 e 269 do CPC. Cremos, portanto, ser esta a nota marcante das sentenças, ou seja, é o seu conteúdo, preestabelecido por lei de forma expressa e taxativa, que as distingue dos demais pronunciamentos do juiz"62. Essa postura é salutar porque havendo necessidade de se determinar a dilação probatória para aferição da ocorrência, individualização e quantificação do dano (tudo está a indicar que sim), isso certamente demandará considerável lapso de tempo, o que se mostra apenas necessário em relação à pretensão indenizatória, mas não, como se viu linhas atrás, para o julgamento do pleito inibitório perseguido. Amolda-se a essa recomendação o magistério de Arruda Alvim, para quem "A demora dos processos é um mal universal. Essa tendência continuada dos legisladores, de tentarem agilizar a Justiça, tem sido a resposta correspondente ao grande aumento do acesso à Justiça, mercê do qual o aparato estatal tradicional, seja tendo em vista o seu tamanho, a sua eficiência, não tem logrado atender com a rapidez desejável"63. Isso significa que para afastar ou, ao menos, amenizar esse mal o legislador vem cumprindo o seu papel e nós, aplicadores do direito, devemos cumprir o nosso, qual seja, interpretar e aplicar a lei processual com olhos voltados à celeridade na prestação da tutela jurisdicional.É de se consignar que nesse caso o recurso cabível será o de apelação, a ser processado mediante extração de fotocópia dos autos de origem com posterior remessa a este Tribunal (é a chamada apelação por instrumento)64. Nessas condições, impõe-se o parcial provimento deste recurso, nos moldes da decisão de fls.1.851/1.858-TJ, bem como a remessa de fotocópia capa a capa destes autos, com fulcro no art. 40 do Código de Processo Penal65, ao Excelentíssimo Senhor Procurador Geral de Justiça, haja vista a existência, em tese, no caso em exame, de crime de ação penal pública. É como voto.

III – DISPOSITIVO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos moldes do voto do Relator. Acompanham o voto do Relator os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Ivan Bortoleto (Presidente) e Sérgio Arenhart. Curitiba, 25.08.2009 Des. Xisto Pereira, Relator.

1 "Internet é um conglomerado de redes em escala mundial de milhões de computadores interligados pelo TCP/IP que permite o acesso a informações e todo tipo de transferência de dados. Ela carrega uma ampla variedade de recursos e serviços, incluindo os documentos interligados por meio de hiperligações da World Wide Web, e a infraestrutura para suportar o correio eletrônico e serviços como comunicação instantânea e compartilhamento de arquivos" Wikipédia, http://64.233.163.132/search?q=cache:e4FWQExk_hsJ:pt.wikipedia.org/wiki/Internet+wikip%C3%A9dia+internet&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br, acesso em 10.08.2009).

2 "Software ou logiciário é uma seqüência de instruções a serem seguidas e/ou executadas, manipulação, redirecionamento ou modificação de um dado/informação ou acontecimento. Software também é o nome dado ao comportamento exibido por essa seqüência de instruções quando executada em um computador ou máquina semelhante. Tecnicamente, Software também é o nome dado ao conjunto de produtos desenvolvidos durante o Processo de Software, o que inclui não só o programa de computador propriamente dito, mas também manuais, especificações, planos de teste, etc." (Wikipédia, <http://64.233.163.132/search?q=cache:Wmz7qVPMjW4J:pt.wikipedia.org/wiki/Sftware+wikip%C3%A9dia+e+software&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br,> acesso em 10.08.2009).

3 "Peer-to-peer" (do inglês: par-a-par), entre pares, é uma arquitetura de sistemas distribuídos caracterizada pela descentralização das funções na rede, onde cada nodo realiza tanto funções de servidor quanto de cliente" (Wikipédia, <http://64.233.163.132/search?q=cache:OOHG1dJUMwJ:pt.wikipedia.org/wiki/P2P+wikip%C3%A9dia+e+peer-to-peer&cd=1&hl=PTBR&ct=clnk&gl=br,> acesso em 10.08.2009).

4 "Download (significa descarregar ou baixar, em português), é a transferência de dados de um computador remoto para um computador local: o inverso de upload (carregar em Portugal). Por vezes, é também chamado de puxar (e.g.: puxar o arquivo) ou baixar (e.g.: baixar o arquivo), e em Portugal de "desacarregar" (Wikipédia <http://64.233.163.132/search?q=cache:XnEkDD56x5MJ:pt.wikipedia.org/wiki/Download+wikip%C3%A9dia+e+download&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br,> acesso em 10.08.2009).

5 "Website ou wébítio (também conhecido simplesmente como site ou sítio) é um onjunto de páginas web, isto é, de hipertextos acessíveis geralmente pelo protocolo HTTP na Internet. O conjunto de todos os sites públicos existentes compõe a World Wide Web. As páginas num site são organizadas a partir de um URL básico, ou sítio onde fica a página principal, e geralmente residem no mesmo diretório de um servidor. As páginas são organizadas dentro do site uma hierarquia observável no URL, embora as hiperligações entre elas controlem o modo como o leitor se apercebe da estrutura global, modo esse que pode ter pouco a ver com a estrutura hierárquica dos arquivos do site" (Wikipédia <http://64.233.163.132/search?q=cache:Q7C9iBWxKPIJ:pt.wikipedia.org/wiki/Site+wikip%C3%A9dia+e+site&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br,> acesso em 10.08.2009).

6 Fls. 41/76-TJ.7 "É um livro em formato digital que pode ser lido em equipamentos eletrônicos tais comocomputadores, PDAs ou até mesmo celulares que suportem esse recurso" (Wikipédia, http://64.233.163.132/search?q=cache:eEK7p4065FUJ:pt.wikipedia.org/wiki/Livro_digital+wikip%C3%A9dia+e+book&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br, acesso em 10.08.2009).

8 Fls. 1.839/1.842-TJ. 9 Fls. 02/40-TJ.10 Fls. 1.865/1.878-TJ.11 Fls. 1.881/1.886-TJ.12 Fls. 1.902/1.925-TJ.13 Fls. 1.933/1.938-TJ. 14 Fls. 1.888/1.889-TJ.15 Fls. 1.892/1.899-TJ. 16 "Antecipação da tutela", 10.^a ed., Ed. RT, São Paulo, 2008, p. 92, destacou-se.

17 "Art. 5.^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade..." (destacou-se). Aliás, seu inciso XXVII estabelece que "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar".

18 "É a transferência de dados de um computador local para um servidor. Caso ambos estejam em rede, pode se usar um servidor de FTP, HTTP ou qualquer outro protocolo que permita a transferência" (Wikipédia, <http://64.233.163.132/search?q=cache:XlkvW6GQyiAJ:pt.wikipedia.org/wiki/Upload+wikip%C3%A9dia+e+upload&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br,> acesso em 10.08.2009).

19 http://pt.wikipedia.org/wiki/Compartilhamento_de_arquivos, acesso em 10.08.2009.

20 <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8739,> acesso em 10.08.2009.

21 Streaming tecnologia permite ao usuário da página virtual ouvir o arquivo digital sonoro semdele fazer cópias.

22 Lessig, Lawrence: The Future of Ideas, Random House, New York, 2001, p. 127-129.

23 Lessig, Lawrence: Free Culture. The Penguin Press, New York, 2004, p. 190.

24 FISHER, William e YANG, Christopher: Peer-to-Peer Copying. [Internet] In: URL:

<http://eon.law.harvard.edu:8090/ilaw/brazil03/participants/copytrans.php>

25 Buma & Stembra v. Kazaa (Mar. 28, 2002). Unofficial Translation. [Internet] In: URL:

http://www.eff.org/IP/P2P/BUMA_v_Kazaa/20020328_kazaa_appeal_judgment.html

26 "O giFT é um daemon, desenvolvido na plataforma GNU/Linux, usando a linguagem de programação C, com a intenção de servir como uma ponte pra combinar a capacidade de usar váriosprotocolos de transferência de arquivos (Peer to Peer ou semelhantes) em um único front-end,através de plugins desenvolvidos pela comunidade. A sigla giFT significa 'giFT nternet FileTransfer'" (Wikipédia, http://64.233.163.132/search?q=cache:B_SX60yS8lJ:pt.wikipedia.org/wiki/GiFT+wikip%C3%A9dia+e+programa+gift&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br, acesso em 10.08.2009).

27 "Ares Tube é um programa para salvar os seus vídeos, clipes, entrevistas e filmes favoritos de diversos sites. Ao entrar no programa a página inicial já conta com link para 50 diferentes sites de vídeos, tais como Music.com, Google Video, Daily Motion, MySpace e o famigerado You Tube" (Wikipédia, <http://64.233.163.132/search?q=cache:D1rcMnjdzPAJ:br.answers.yahoo.com/question/index%3qid%3D20090713115700AACOWHi+wikip%C3%A9dia+e+programa+ares+tube&cd=1&hl=PTBR&ct=clnk&gl=br,> acesso em 10.08.2009).

28 "Fast Track é um protocolo P2P (ponto-a-ponto). Fast Track (FT) é uma rede que ficou conhecida pelo programa Kazaa, baseava-se em envios de arquivos compartilhados entre nodos"(Wikipédia <http://64.233.163.132/search?q=cache:ScPhPgHEJQ4J:pt.wikipedia.org/wiki/FastTrack+wikip%C3%A9dia+e+FastTrack&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br,> acesso em 10.08.2009).

29 "Gnutella é uma rede de compartilhamento de arquivos usada principalmente para a troca de músicas, filmes e softwares. É uma verdadeira rede peer-to-peer, ou seja, opera sem um servidor central. Os arquivos são trocados diretamente entre os usuários (Wikipédia, <http://64.233.163.132/search?q=cache:5eCxRu1XHYQJ:pt.wikipedia.org/wiki/Gntella+wikip%C3%A9dia+e+gnutella&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br,> acesso em 10.08.2009).

30 "O OpenFT é um protocolo desenvolvido pelo projeto giFT. O nome 'OpenFT' significa 'OpenFastTrack'. Entretanto, o OpenFT é um protocolo completamente novo, e apenas alguns recursosvieram do pouco que se sabia sobre a FastTrack quando o OpenFT foi desenvolvido. Assim como aFastTrack, o OpenFT é uma rede onde nodos enviam listas de arquivos compartilhados para outros nodos. Isso reduz o consumo de banda necessário para a pesquisa, entretanto, consumindo maisrecursos do processador e memória nos nodos" (Wikipédia, <http://64.233.163.132/search?q=cache:yLs5N5Jz0QJ:pt.wikipedia.org/wiki/OpenFT+wikip%C3%A9dia+eopenft&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br,> acesso em 10.08.2009).

31 "Grid, palavra de origem inglesa que pode significar grelha, rede ou malha, pode referir-se a:Malha (tipografia), Grid de largada ou grelha de partida, em competições automobilísticas, gradecomputacional ou Grid Computacional" (Wikipédia, <http://64.233.163.132/search?q=cache:yYqCImcxbgJ:pt.wikipedia.org/wiki/Grid+wikip%C3%A9dia+e+grid&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br,> acesso em 10.08.2009).

32 Fl. 847-TJ.

33 Destacou-se.

34 Destacou-se.

35 Destacou-se.

36 Destacou-se.

37 Destacou-se.

38 "A interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre as várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance esuperando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação" (FREITAS, Juarez. "A interpretação sistemática do direito", 4.ª ed., São Paulo, Ed. Alheiros, 2004, p. 80).

39 Arts. 29, inciso I e 93, inciso I.

40 Arts. 29, incisos VII, IX e X e art. 93, incisos II e V.

41 Destacou-se.

42 Destacou-se. Vide, ainda, fls. 843/846-TJ.

43 "e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe empagamento pelo usuário".

44 <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4412>, destacou-se, acesso em 10.08.2009.

45 Aqui cabe esclarecer que a jurisdição é inerte, incumbindo a quem de direito provocar a atuação do Poder Judiciário. É o que diz o art. 2.º do CPC: "Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional não quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais". 46 "Antecipação da tutela", 6.ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 180.

47 "Antecipação...", ob. cit., p. 157-158.

48 CPC, art. 334, inciso I.

49 Fl. 759-TJ, destacou-se.

50 Destacou-se.

51 O rol do § 5.º, em vista da expressão "tais como" nele contida, é meramente exemplificativo.

52 CPC, arts. 128 e 460.

53 "Curso de processo civil", processo de conhecimento, vol. 2, São Paulo, Ed. RT, 6.ª ed., 2007, p. 439.

54 "Art. 3.º - Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece".

55 "Curso...", ob. cit., p. 440.

56 "Novas linhas...", ob. cit., p. 118.

57 "Antecipação...", ob. cit., p. 93.

58 "Curso avançado de processo civil", São Paulo, Ed. RT, 7.ª ed., 2005, p. 329.

59 "Novas linhas do processo civil", São Paulo, Malheiros Editores, 4.ª ed., 2000, p. 117.

60 "Aspectos da antecipação da tutela na propriedade industrial", São Paulo, Ed. RT, 2007, p. 72-73, destacou-se.

61 CPC, art. 162, § 1.º.

62 "Nulidades do processo e da sentença", 5.ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002, São Paulo, Ed. RT, 2004, p. 29-30.

63 "Manual de Direito Processual Civil", São Paulo, Ed. RT, 8.ª ed., 2.º vol, p. 400.

64 Confira-se, nesse sentido, trabalho de Fábio Milman intitulado "O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento", RePro 150, p. 160-174. Digno de destaque, também, a respeito do tema, o trabalho do Desembargador, deste Tribunal de Justiça, Jorge de Oliveira Vargas com o título "O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento?", RePro 148, p. 111-118.

65 "Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia".

ANEXO E

Sentença de 29 Nov. 2005, Espanha.

Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia de 29 Nov. 2005, rec. 3008/2005

Ponente: Valdés Garrido, Francisco Javier.

Nº de sentencia: 612/2005

Nº de recurso: 3008/2005

Jurisdicción: CIVIL

LA LEY JURIS: 2164413/2005

PROPIEDAD INTELECTUAL. Reclamación por la Sociedad General de Autores de los derechos de propiedad intelectual por actos de comunicación pública en la cafetería del demandado sin autorización.

Texto

En PONTEVEDRA, a veintinueve de Noviembre de dos mil cinco

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00612/2005

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0003008/2005

Asunto: VERBAL 9/05

Jdo. procedencia: MERCANTIL NUM. 1 PONTEVEDRA

LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR

LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NÚM. 612

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de JUICIO VERBAL 0000009/2005, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo 0003008/2005, en los que aparece como parte apelante-demandado: D. Jose Luis, y como apelado-demandante: SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES representado por el procurador D. CARMEN TORRES ALVAREZ, y asistido por el Letrado D. JUAN JOSE YARZA URQUIZA, sobre indemnización por violación de derechos de autor, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo.

Sr. D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pontevedra, con fecha 15 febrero de 2005, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimo íntegramente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Torres en nombre y representación de la SOCIEDAD GENERAL DE ATORES Y EDITORES contra D. Jose Luis, condeno a la expresada demandada a que pague a la parte actora la suma de 539,14 euros, más los intereses legales devengados desde la presentación de la demanda y hasta la fecha de la presente resolución, a partir de la cual será de aplicación lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC, con imposición de las costas procesales a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, por D. Jose Luis, se interpuso recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día veintitrés de noviembre para la vista de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Recurre en apelación el demandado, titular del establecimiento "DIRECCION000", sito en Marín, destinado a cafetería, la sentencia de instancia que le condena al pago a la demandante "Sociedad General de Autores y Editores (en adelante SGAE)" de la cantidad de 539,14 euros, en concepto de derechos de propiedad intelectual, por actos de comunicación pública en el local de negocio citado, sin la oportuna autorización, del repertorio de obras administrado por la actora, a través del aparato mecánico o electrónico no reproductor de imagen, correspondiente al periodo comprendido entre Junio de 2002 a Noviembre de 2004, aduciendo en síntesis, como único motivo impugnatorio, la falta de acreditación de que en su establecimiento se haya llevado a cabo actos de comunicación pública de obras correspondientes al repertorio de la SGAE dada la sola utilización en el mismo de música libre de canon, esto es, de autores que han decidido ceder la divulgación de su obra de forma gratuita y al margen de la SGAE, cuál sostiene viene a justificar la prueba por el mismo aportada, consistente en documental integrada por licencia de uso musical libre CREATIVE COMMONS, listado de autores de música libre que suena en su establecimiento bajo licencia exenta de canon, y fotografías del local que reflejan la colocación en diversas partes del mismo de pasquines o carteles indicativos de aquellas dos circunstancias, así como testifical de dos clientes del establecimiento en orden a manifestar la clase o tipo de música que se emite en el local.

Pues bien, centrado en semejantes términos el debate del recurso de partida conviene señalar que el documento aportado por el demandado-recurrente como licencia de uso musical libre no pasa de constituir un mero folleto informativo acerca del contenido de la misma y asimismo carente de toda firma, no pudiendo, por ende, serle atribuido ningún valor.

Por lo demás, de un examen y apreciación en conjunto de la prueba practicada en los autos, cabe desprender que la utilización en el local de obras musicales, obviamente como un servicio más de los prestados a los clientes del establecimiento, en cualquier caso no se limita a los autores relacionados en el listado adjuntado por el demandado sino que se extiende a los

autores de música comercial.

Así resulta del testimonio prestado por la testigo Estela, valorado conforme a las reglas de la sana crítica y de cuyo conocimiento personal de los hechos y veracidad no hay motivo de peso para dudar, en atención a su condición de trabajadora autónoma que visitó hasta en cinco ocasiones el establecimiento del demandado a instancias de la actora al objeto de inspeccionar la posible utilización en su actividad comercial del repertorio de obras musicales gestionada por la SGAE como también de lo fiable que se ha mostrado en el curso de sus manifestaciones, en el sentido de haber podido constatar el sonido en el local, procedente de un aparato de música provisto de altavoces, de música pop nacional (1ª visita), de música internacional (2ª visita), de música pop (3ª visita), de la canción "Princesa", de Joaquín Sabina (4ª visita), y de la emisora M-80 Radio, pudiendo identificar en concreto una canción de Gloria Estefan, entre otras (5ª visita). Siendo factible el llegar a igual conclusión de las propias manifestaciones prestadas por el demandado y los testigos-clientes deponentes a su instancia, dada la variedad de estilos de música de los que reconocen se hace uso en el local (pop, rock, jazz, chill out, étnica, electrónica, ambiental), al punto de indicar el testigo Jaime que se pone "un poco de todo".

Ello en cuenta, teniendo por probado la ejecución en el establecimiento del demandado de actos de comunicación pública del art. 20 de la LPJ, dentro de cuya dicción, al producirse en lugar accesible al público y no dentro de un ámbito estrictamente doméstico, cabe tanto la emisión original como la recepción que facilita su conocimiento (en tal sentido, T.S., de fecha 19-7-1993), y no logrando el demandado fundamentar su oposición a la pretensión actora en ninguna de las tres causas tasadas contempladas en el inciso final del párrafo 2º del art. 150 de la LPJ, se impone la desestimación del recurso de apelación y consiguiente confirmación de la sentencia de instancia impugnada.

Decir, por último, en relación al tema de las costas de primera instancia, que como bien señala la actora-apelada en su escrito de oposición al recurso, su imposición al demandado, al no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, resulta obligada en aplicación del criterio del vencimiento objetivo, sin perjuicio, en su caso, de una posterior determinación de su contenido en trámite de tasación de costas.

SEGUNDO.- Dada la desestimación del recurso de apelación, se imponen al demandado-recurrente las costas procesales de la presente alzada (art. 398-1 LEC).

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia de instancia impugnada; todo ello con expresa imposición al demandado-recurrente de las costas procesales de la presente alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

ANEXO F

Juzgado de Primera Instancia Número Seis de Badajoz Procedimiento Ordinario 761/2005,
Sentencia, N° 15/2006

**JUZGADO DE PRIMERA
INSTANCIA NÚMERO SEIS
DE BADAJOZ**

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 761/2005

SENTENCIA, nº 15 / 2.006.-

En BADAJOZ, a DIECISIETE DE FEBRERO DE DOS MIL SEIS, vistos por el lltmo. Sr. don LUIS CÁCERES RUIZ, MAGISTRADO-JUEZ accdtal. del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO SEIS de esta ciudad y su partido, los presentes autos número 761/2005 de PROCEDIMIENTO ORDINARIO entre las siguientes partes: como demandante la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), representada por él Procurador Sr. Rivera Pinna y asistida por la Letrada Sra. Lena Marín; como demandado don RICARDO ANDRES UTRERA FERNÁNDEZ, representado por la procuradora Sra. Rodolfo Saavedra y asistido por el Letrado De la Fuente Serrano; ha dictado la presente. resolución conforme a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Rivera Pinna en nombre y representación de 1.a SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES se presentó escrito de demanda en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de legal y pertinente aplicación, terminaba suplicando que se dictase sentencia por la que se declare: a) que en el periodo comprendido entre noviembre de 2002 a agosto de 2005, ambos meses inclusive, el demandado ha venido haciendo uso de las obras administradas por la actora en su local, denominado “Disco Bar Metropol” sin haber obtenido para ello la preceptiva autorización; y en consecuencia, se condene a la parte demandada: a) a estar y pasar por la anterior declaración; b) a cesar en la utilización del repertorio de obras administrado por la actora, con suspensión inmediata de la misma, en tanto no obtenga de ésta la correspondiente autorización para poder efectuar al uso del citado repertorio, decretando la remoción de los aparatos utilizados en tanto que sean separables del local, y el precinto de los que no lo sean; .c) a satisfacer a la actora en concepto de indemnización, conforme a lo establecido e el artículo 140 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, para la comunicación pública de obras llevada a cabo sin autorización en el establecimiento denominado “Disco Bar Metropol” y por el periodo comprendido entre noviembre de 2002 a agosto de 2005, ambos inclusive, la suma de 4.816,74 €, a que se contrae la reclamación; d) al pago de los intereses legales desde la interposición de la demanda y las costas del procedimiento.

SEGUNDO.- Por Auto de 6 de octubre de 2005 se admitió a trámite, emplazando al demandado a comparecer y contestar a la demanda.

TERCERO.- La Procuradora Sra. Rodolfo Saavedra en nombre y representación de don RICARDO UTRERA FERNÁNDEZ compareció en las actuaciones, presentando escrito de contestación en el cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de legal y pertinente aplicación, consistentes básicamente en que reconocía que había sido titular de la explotación del establecimiento “Disco Bar Metropol” durante el periodo reclamado y que en el mismo se utilizaba amenización musical, pero negaba que se reprodujeran obras del repertorio de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, terminaba suplicando que se dictase sentencia absolviendo al demandado de todos los pedimentos deducidos de contrario, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante.

CUARTO.- Se citó a las partes a audiencia previa el día 22 de diciembre de 2005, compareciendo ambas. Se suspendió la audiencia previa, al aportarse copia actualizada de los estatutos de la actora, señalándose continuación de la audiencia el día 17 de enero de 2006.

Se continuó la audiencia previa en la fecha señalada, acordándose la práctica de prueba, admitiéndose prueba documental (tanto en soporte de papel como en vídeo y DVD), interrogatorio de partes, testifical y pericial.

QUINTO.- En la fecha señalada se procedió a la celebración del acto del juicio, donde se practicaron las pruebas propuestas y admitidas. Una vez celebradas las pruebas, las partes realizaron las alegaciones que estimaron oportunas, ratificándose en sus peticiones iniciales, quedando las actuaciones para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se declara probado por el reconocimiento de ambas partes que don RICARDO ANDRÉS UTRERA FERNÁNDEZ ha sido titular de la explotación del establecimiento “Disco Bar Metropol” al menos en el periodo reclamado comprendido entre noviembre de 2002 a agosto de 2005, ambos meses inclusive, utilizando amenización musical. Igualmente ambas partes reconocen que el demandado no ha solicitado ninguna autorización a la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, ni le ha abonado ninguna cantidad.

La discrepancia entre las partes respecto a los hechos y lo que constituye objeto de controversia es que la actora sostiene que en el establecimiento Disco Bar Metropol se han utilizado obras de su repertorio, hecho que es negado por el demandado.

SEGUNDO.- La SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES ejerce la acción contemplada en el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia: “el titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y

exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140”. En cuanto a la indemnización reclamada, se opta por la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.

La SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES es una entidad constituida conforme al artículo 147 de la Ley de Propiedad Intelectual para dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, habiendo obtenido la oportuna autorización del Ministerio de Cultura publicada en el Boletín Oficial del Estado.

Como entidad de gestión está legitimada para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. Habiéndose cumplido los requisitos por la entidad actora, posee legitimación activa para ejercerla acción interpuesta en el presente procedimiento (artículo 150 del texto legal citado).

TERCERO.- La reclamación se plantea por la utilización de las obras administradas por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES en el Disco Bar Metropól de Badajoz, sin haber obtenido para ello la preceptiva autorización, durante el periodo comprendido entre noviembre de 2002 a agosto de 2005, ambos meses inclusive.

La parte demandada plantea como base de su oposición el negar que haya reproducido obras musicales de autores que estén bajo la gestión de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES.

CUARTO.- Conforme al artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según Las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción”, y conforme al apartado sexto de dicho precepto legal “el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

La entidad actora está obligada a probar que en el establecimiento del demandado se ha reproducido música cuya gestión de los derechos de autor le corresponde.

QUINTO.- Conforme al artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”. Puede considerarse como un hecho notorio y generalmente admitido, como así lo ha sido en este procedimiento, que la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, directamente y a través de acuerdos con entidades similares de otros países, tiene encargada la gestión de los derechos de autor de la inmensa mayoría de la música objeto de difusión pública. Ello ha dado lugar a que, puesto que la mayoría de la

música difundida está bajo la gestión de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, si existe difusión de música, se presume que se reproducen obras gestionadas por ella (Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 8 de septiembre de 1997 y de la Audiencia Provincial de Cuenca de 22 de julio de 1997) “debiendo ser el titular del establecimiento quien acredite que sólo utiliza el aparato reproductor para difundir obras no protegidas”.

Puede considerarse como criterio interpretativo que, si se reproduce música de manera general y reiterada de muy diversos autores, en principio ello sea prueba suficiente de que al menos parte de esa música es gestionada por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES. Pero dicho principio admite ser rebatido por la actividad probatoria de la parte demandada.

SEXTO.- No basta con que el demandado alegue que no reproduce música gestionada por la entidad actora, ha de probarlo. Pero no puede exigírsele la “probatio diabólica” de que todas y cada una de las obras que ha emitido no corresponden a las gestionadas por la actora. Un adecuado reparto de la carga probatoria implica en este caso, que al demandado le corresponde tan sólo destruir la presunción favorable a la actora. Para ello el demandado ha de probar que tiene capacidad personal y técnica para acceder a música no gestionada por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES, que tiene la capacidad personal y técnica de utilizarla y reproducirla en su establecimiento, así como de probar que efectivamente así lo ha realizado.

La parte demandada ha realizado una amplia actividad probatoria. De los títulos presentados y la declaración testifical del Sr. Mata Lozano queda probado que el demandado posee capacidad técnica para crear música y acceder a ella a través de medios informáticos. Numerosos testigos (Sr. Lemus Rubiales, Sr. Salguero Barrena, Sr. Barrero Peláez y Sr. Ares García) declararon que acuden asiduamente al establecimiento y que en el mismo no se reproduce música bajo la gestión de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, sino que la mayoría era obtenida a través de Internet como música bajo licencia “CREATIVE COMMONS”.

“La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación” (artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual). El autor posee unos derechos morales y económicos sobre su creación. Y como tal titular, puede hacer la gestión que estime oportuna, pudiendo ceder el libre uso, o cederlo de modo parcial. Las licencias “CREATIVE COMMONS” son distintas clases de autorizaciones que da el titular de su obra para un uso más o menos libre o gratuito de la misma. Existen, tal y como aportaron ambas partes, distintas clases de licencias de este tipo, que permiten a terceros poderla usar libre y gratuitamente con mayor o menor extensión; y en algunas de dichas licencias determinados usos exigen el pago de derechos de autor. El demandado prueba que hace uso de música cuyo uso es cedido por sus autores a través de dichas licencias CREATIVE COMMONS.

Lo relevante para este procedimiento no es que el demandado haya hecho uso de música cuya utilización estaba cedida gratuitamente por sus autores a través de licencias CREATIVE COMMONS, sino sí ha hecho uso o no de música bajo la gestión de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, que es la entidad

reclamante. La utilización de música bajo licencia CREATIVE COMMONS tan sólo acredita que el demandado ha tenido acceso y reproducido una gran cantidad de obras que no están bajo la gestión de la SGAE. De este modo el demandado prueba que tiene acceso a obras musicales no gestionadas por la SGAE.

Al acreditar el acceso a dichas obras y que posee medios técnicos para obtenerla y reproducirla en el establecimiento, se rompe la presunción inicial de que la música reproducida debía corresponder al menos en parte a la gestión de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES. El demandado prueba que crea y accede a numerosas obras musicales no gestionadas por la SGAE, que tiene los medios técnicos para ello y que esa es la música que se reproduce en el local.

Al destruirse la presunción de que las obras musicales reproducidas sean del repertorio gestionado por la actora, sobre ésta recae la carga de la prueba y habrá que analizar su actividad probatoria para ver si ha probado que se reproduce en el local música de la que gestiona.

SÉPTIMO.- La parte actora realiza varias pruebas, fundamentalmente la grabación del interior de la discoteca, así como el testimonio de detectives privados, y la declaración testifical de la agente de la GGAE Sra. Carvajal González y del perito Sr. Albero Tamarit.

De la grabación y de los testimonios de los detectives privados tan sólo se acredita que se reproduce música en el local, pero no que se reproduzcan concretas obras gestionadas por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES. En cuanto a la agente de la SGE y del perito, aunque manifestaron que sí se reproducían obras gestionadas por SGAE, no indicaron ninguna obra o autor en concreto, a pesar de que ambos manifestaron ser clientes del local.

En definitiva, la entidad actora tan sólo prueba que se reproduce música en el local, hecho reconocido por la demandada, pero no se prueba la reproducción de obras gestionadas por ella.

OCTAVO.- Para que la demanda prosperase, la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES debería haber probado que en el establecimiento se reproduce música de su repertorio. No han resultado acreditados los hechos en que la parte actora funda su pretensión, resultando procedente en virtud del principio de la carga de la prueba recogido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la desestimación íntegra de la demanda.

NOVENO.- En aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha de condenar a la parte actora al pago de las costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLO

1. - Desestimando la demanda formulada por el Procurador Sr. Rivera Pinna en representación de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) debo absolver al demandado don RICARDO ANDRÉS UTRERA FERNÁNDEZ de las pretensiones que se formulaban contra él.

2.- Se condena a la parte actora al pago de las costas.

Contra ésta sentencia podrá interponerse en este Juzgado recurso de apelación en el plazo de cinco días desde su notificación.

Líbrese únase certificación de esta resolución a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

Así por ésta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Illmo. Sr. MAGISTRADO—JUEZ que la suscribe, estando celebrando Audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.

ANEXO G

Comunicado à imprensa n° 5/08 do Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C- 275/06

Productores de Música de España (Promusicae) / Telefónica de España SAL

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SODNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA



EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-GUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKÝCH SPOLOČENSTEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

Imprensa e Informação

COMUNICADO DE IMPRENSA n.º 5/08

29 de Janeiro de 2008

Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C- 275/06

Productores de Música de España (Promusicae) / Telefónica de España SAU

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA PRONUNCIA-SE SOBRE A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

O direito comunitário não impõe aos Estados-Membros a obrigação, para garantir a efectiva protecção dos direitos de autor, de divulgar dados pessoais no âmbito de uma acção cível

Várias directivas comunitárias¹ têm como finalidade que os Estados-Membros garantam, nomeadamente na sociedade da informação, a protecção efectiva da propriedade intelectual, em especial dos direitos de autor. Todavia, essa protecção não pode prejudicar as exigências ligadas à protecção dos dados pessoais. Por outro lado, as directivas relativas à protecção dos dados pessoais² oferecem aos Estados-Membros a possibilidade de estabelecer excepções à obrigação de garantir a confidencialidade dos dados de tráfego.

A Promusicae é uma associação espanhola sem fins lucrativos que agrupa produtores e editores de gravações musicais e audiovisuais. A mesma recorreu aos tribunais espanhóis, pedindo-lhes que ordenassem à Telefónica que revelasse a identidade e endereço físico de determinadas pessoas a quem esta última presta serviços de acesso à Internet e relativamente às quais se conhece o «endereço IP» e a data e hora da ligação. Segundo a Promusicae, essas pessoas utilizam o programa de troca de ficheiros (dito «peer to peer» ou «P2P»), denominado «KaZaA», e permitem o acesso, nos ficheiros partilhados dos respectivos computadores pessoais, a fonogramas cujos direitos patrimoniais de exploração pertencem aos associados da Promusicae. Assim, pediu que lhe fossem transmitidas essas informações, para poder propor acções cíveis contra os interessados.

¹ Directivas 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade d[a] informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre o comércio electrónico») (JO L 178, p. 1), 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JO L 167, p. 10), e 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual (JO L 157, p. 45, e – rectificação – JO 2004 L 195, p. 16).

² Directivas 95/46 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (JO L 281, p. 31), e 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas) (JO L 201, p. 37).

A Telefónica sustentou que, nos termos da lei espanhola ³, a transmissão dos dados pedidos pela Promusicae só é autorizada no âmbito de uma investigação criminal ou para protecção da segurança pública e da defesa nacional.

O órgão jurisdicional espanhol pergunta ao Tribunal de Justiça se o direito comunitário impõe aos Estados-Membros que prevejam, para garantir a efectiva protecção dos direitos de autor, a obrigação de transmitir dados pessoais no âmbito de uma acção cível.

O Tribunal salienta que, entre as excepções permitidas pelas directivas relativas à protecção dos dados pessoais, se encontram as medidas necessárias à protecção dos direitos e liberdades de outrem. Uma vez que a directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas não especifica quais são os direitos e liberdades a que essa excepção diz respeito, há que interpretá-la no sentido de que exprime a vontade do legislador comunitário de não excluir do seu âmbito de aplicação nem a protecção do direito de propriedade nem as situações em que os autores procuram obter essa protecção no âmbito de uma acção cível. Logo, a mesma não exclui a possibilidade de os Estados-Membros preverem a obrigação de transmitir, no âmbito de uma acção cível, dados pessoais. Mas também não obriga os Estados-Membros a prever essa obrigação.

Quanto às directivas em matéria de propriedade intelectual, o Tribunal de Justiça verifica que as mesmas também não impõem aos Estados-Membros que prevejam, para garantir a efectiva protecção dos direitos de autor, a obrigação de transmitir dados pessoais no âmbito de uma acção cível.

Assim sendo, o Tribunal sublinha que o presente pedido de decisão prejudicial suscita a questão da necessária **conciliação** entre as exigências ligadas à protecção de direitos fundamentais, a saber, por um lado, o **direito ao respeito pela vida privada** e, por outro, os **direitos à protecção da propriedade e a uma tutela jurisdicional efectiva**.

A este respeito, o Tribunal de Justiça conclui que **os Estados-Membros, na transposição das directivas em matéria de protecção da propriedade intelectual e da protecção dos dados pessoais, devem seguir uma interpretação destas últimas que permita assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária. Depois, na execução das medidas de transposição dessas directivas, compete às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com as referidas directivas, mas também zelar por que seja seguida uma interpretação destas que não entre em conflito com os referidos direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito comunitário, como o princípio da proporcionalidade.**

³ Lei 34/2002 dos Serviços da Sociedade da Informação e do Comércio Electrónico, de 11 de Julho de 2002 (BOE n.º 166, de 12 de Julho de 2002, p. 25388).

Documento não oficial, para uso exclusivo dos órgãos de informação, que não envolve a responsabilidade do Tribunal de Justiça.

Línguas disponíveis: BG ES CS DA DE EN EL FI FR HU IT NL PL PT RO SK SL SV

*O texto integral do acórdão encontra-se na página Internet do Tribunal de Justiça
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=PT&Submit=rechercher&numaff=C-275/06>
Pode ser geralmente consultado a partir das 12 horas CET do dia da prolação do acórdão.*

*Para mais informações contactar Cristina Sanz-Maroto
Tel: (00352) 4303 3667 Fax: (00352) 4303 2668*

*Imagens da leitura das conclusões estão disponíveis em EbS “Europe by Satellite”,
serviço prestado pela Comissão Europeia, Direcção-Geral Imprensa e Comunicação,
L-2920 Luxemburgo, Tel: (00352) 4301 35177 Fax: (00352) 4301 35249
ou B-1049 Bruxelas, Tel: (0032) 2 2964106 Fax: (0032) 2 2965956*

ANEXO H

Recomendação de 18 de Maio de 2005, sobre a gestão coletiva do direito de autor e direitos conexos para legitimação de serviços musicais *online*

II

(Acts whose publication is not obligatory)

COMMISSION

COMMISSION RECOMMENDATION

of 18 May 2005

on collective cross-border management of copyright and related rights for legitimate online music services

(Text with EEA relevance)

(2005/737/EC)

THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Article 211 thereof,

Whereas:

- (1) In April 2004 the Commission adopted a Communication on the Management of Copyright and Related Rights in the Internal Market.
- (2) The European Parliament, in its report of 15 January 2004⁽¹⁾, stated that right-holders should be able to enjoy copyright and related rights protection wherever such rights are established, independent of national borders or modes of use during the whole term of their validity.
- (3) The European Parliament further emphasised that any action by the Community in respect of the collective cross-border management of copyright and related rights should strengthen the confidence of artists, including writers and musicians, that the pan-European use of their creative works will be financially rewarded⁽²⁾.
- (4) New technologies have led to the emergence of a new generation of commercial users that make use of musical works and other subject matter online. The provision of legitimate online music services requires management of a series of copyright and related rights.
- (5) One category of those rights is the exclusive right of reproduction which covers all reproductions made in

the process of online distribution of a musical work. Other categories of rights are the right of communication to the public of musical works, the right to equitable remuneration for the communication to the public of other subject matter and the exclusive right of making available a musical work or other subject matter.

- (6) Pursuant to Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society⁽³⁾ and Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property⁽⁴⁾, a licence is required for each of the rights in the online exploitation of musical works. These rights may be managed by collective rights managers that provide certain management services to right-holders as agents or by individual right-holders themselves.
- (7) Licensing of online rights is often restricted by territory, and commercial users negotiate in each Member State with each of the respective collective rights managers for each right that is included in the online exploitation.
- (8) In the era of online exploitation of musical works, however, commercial users need a licensing policy that corresponds to the ubiquity of the online environment and which is multi-territorial. It is therefore appropriate to provide for multi-territorial licensing in order to enhance greater legal certainty to commercial users in relation to their activity and to foster the development of legitimate online services, increasing, in turn, the revenue stream for right-holders.

⁽¹⁾ A5-0478/2003.

⁽²⁾ See recital 29.

⁽³⁾ OJ L 167, 22.6.2001, p. 10.

⁽⁴⁾ OJ L 346, 27.11.1992, p. 61. Directive as amended by Directive 2001/29/EC.

- (9) Freedom to provide collective management services across national borders entails that right-holders are able to freely choose the collective rights manager for the management of the rights necessary to operate legitimate online music services across the Community. That right implies the possibility to entrust or transfer all or a part of the online rights to another collective rights manager irrespective of the Member State of residence or the nationality of either the collective rights manager or the rights-holder.
- (10) Fostering effective structures for cross-border management of rights should also ensure that collective rights managers achieve a higher level of rationalisation and transparency, with regard to compliance with competition rules, especially in the light of the requirements arising out of the digital environment.
- (11) The relationship between right-holders and collective rights managers, whether based on contract or statutory membership rules, should include a minimum protection for right-holders with respect to all categories of rights that are necessary for the provision of legitimate online music services. There should be no difference in treatment of right-holders by rights managers on the basis of the Member State of residence or nationality.
- (12) Royalties collected on behalf of right-holders should be distributed equitably and without discrimination on the grounds of residence, nationality, or category of right-holder. In particular, royalties collected on behalf of right-holders in Member States other than those in which the right-holders are resident or of which they are nationals should be distributed as effectively and efficiently as possible.
- (13) Additional recommendations on accountability, right-holder representation in the decision-making bodies of collective rights managers and dispute resolution should ensure that collective rights managers achieve a higher level of rationalisation and transparency and that right-holders and commercial users can make informed choices. There should be no difference in treatment on the basis of category of membership in the collective rights management society: all right-holders, be they authors, composers, publishers, record producers, performers or others, should be treated equally.
- (14) It is appropriate to continuously assess the development of the online music market,
- (a) 'management of copyright and related rights for the provision of legitimate online music services at Community level' means the provision of the following services: the grant of licences to commercial users, the auditing and monitoring of rights, the enforcement of copyright and related rights, the collection of royalties and the distribution of royalties to right-holders;
- (b) 'musical works' means any musical work or other protected subject matter;
- (c) 'repertoire' means the catalogue of musical works which is administered by a collective rights manager;
- (d) 'multi-territorial licence' means a licence which covers the territory of more than one Member state;
- (e) 'collective rights manager' means any person providing the services set out in point (a) to several right-holders;
- (f) 'online rights' means any of the following rights:
- (i) the exclusive right of reproduction that covers all reproductions provided for under Directive 2001/29/EC in the form of intangible copies, made in the process of online distribution of musical works;
- (ii) the right of communication to the public of a musical work, either in the form of a right to authorise or prohibit pursuant to Directive 2001/29/EC or a right to equitable remuneration in accordance with Directive 92/100/EEC, which includes webcasting, internet radio and simulcasting or near-on-demand services received either on a personal computer or on a mobile telephone;
- (iii) the exclusive right of making available a musical work pursuant to Directive 2001/29/EC, which includes on-demand or other interactive services;
- (g) 'right-holder' means any natural or legal person that holds online rights;
- (h) 'commercial user' means any person involved in the provision of online music services who needs a licence from right-holders in order to provide legitimate online music services;
- (i) 'reciprocal representation agreement' means any bilateral agreement between collective rights managers whereby one collective rights manager grants to the other the right to represent its repertoire in the territory of the other.

HEREBY RECOMMENDS:

Definitions

1. For the purposes of this Recommendation the following definitions are applied:

General

2. Member States are invited to take the steps necessary to facilitate the growth of legitimate online services in the Community by promoting a regulatory environment which is best suited to the management, at Community level, of copyright and related rights for the provision of legitimate online music services.

The relationship between right-holders, collective rights managers and commercial users

3. Right-holders should have the right to entrust the management of any of the online rights necessary to operate legitimate online music services, on a territorial scope of their choice, to a collective rights manager of their choice, irrespective of the Member State of residence or the nationality of either the collective rights manager or the right-holder.
4. Collective rights managers should apply the utmost diligence in representing the interests of right-holders.
5. With respect to the licensing of online rights the relationship between right-holders and collective rights managers, whether based on contract or statutory membership rules, should, at least be governed by the following:
 - (a) right-holders should be able to determine the online rights to be entrusted for collective management;
 - (b) right-holders should be able to determine the territorial scope of the mandate of the collective rights managers;
 - (c) right-holders should, upon reasonable notice of their intention to do so, have the right to withdraw any of the online rights and transfer the multi territorial management of those rights to another collective rights manager, irrespective of the Member State of residence or the nationality of either the collective rights manager or the right-holder;
 - (d) where a right-holder has transferred the management of an online right to another collective rights manager, without prejudice to other forms of cooperation among rights managers, all collective rights managers concerned should ensure that those online rights are withdrawn from any existing reciprocal representation agreement concluded amongst them.

6. Collective rights managers should inform right-holders and commercial users of the repertoire they represent, any existing reciprocal representation agreements, the territorial scope of their mandates for that repertoire and the applicable tariffs.
7. Collective rights managers should give reasonable notice to each other and commercial users of changes in the repertoire they represent.
8. Commercial users should inform collective right managers of the different features of the services for which they want to acquire online rights.
9. Collective rights managers should grant commercial users licences on the basis of objective criteria and without any discrimination among users.

Equitable distribution and deductions

10. Collective rights managers should distribute royalties to all right-holders or category of right-holders they represent in an equitable manner.
11. Contracts and statutory membership rules governing the relationship between collective rights managers and right-holders for the management, at Community level, of musical works for online use should specify whether and to what extent, there will be deductions from the royalties to be distributed for purposes other than for the management services provided.
12. Upon payment of the royalties collective rights managers should specify vis-à-vis all the right-holders they represent, the deductions made for purposes other than for the management services provided.

Non-discrimination and representation

13. The relationship between collective rights managers and right-holders, whether based on contract or statutory membership rules should be based on the following principles:
 - (a) any category of right-holder is treated equally in relation to all elements of the management service provided;
 - (b) the representation of right-holders in the internal decision making process is fair and balanced.

Accountability

14. Collective rights managers should report regularly to all right-holders they represent, whether directly or under reciprocal representation agreements, on any licences granted, applicable tariffs and royalties collected and distributed.

Dispute settlement

15. Member States are invited to provide for effective dispute resolution mechanisms, in particular in relation to tariffs, licensing conditions, entrustment of online rights for management and withdrawal of online rights.

Follow-up

16. Member States and collective rights managers are invited to report, on a yearly basis, to the Commission on the measures they have taken in relation to this Recommendation and on the management, at Community level, of copyright and related rights for the provision of legitimate online music services.

17. The Commission intends to assess, on a continuous basis, the development of the online music sector and in the light of this Recommendation.
18. The Commission will to consider, on the basis of the assessment referred to in point 17, the need for further action at Community level.

Addressees

19. This Recommendation is addressed to the Member States and to all economic operators which are involved in the management of copyright and related rights within the Community.

Done at Brussels, 18 May 2005.

For the Commission
Charlie McCREEVY
Member of the Commission