

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

SIDNEY DA SILVA RÊGO

**DO PATRIMONIALISMO À REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL:
harmonização dos direitos fundamentais à informação, cultura e educação e o uso
alternativo de obras protegidas**

MESTRADO EM DIREITO

**Maceió/AL
2010**

SIDNEY DA SILVA RÊGO

**DO PATRIMONIALISMO À REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL:
harmonização dos direitos fundamentais à informação, cultura e educação e o uso
alternativo de obras protegidas**

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: Dilma Maria dos Santos Cunha

R343d Rego, Sidney da Silva.
 Do patrimonialismo à repersonalização do direito autoral : harmonização dos.
 direitos fundamentais à informação, cultura e educação e o uso alternativo de obras
 protegidas.
 132f.

Orientador: Querino Mallmann.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2010.

Bibliografia: f. 123-132.

1. Patrimonialismo. 2. Direitos autorais. 3. Sociedade da informação
4. Direito à informação. 5. Direito à educação. 6. Creative commons. I. Título.

CDU: 347.78



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

SIDNEY DA SILVA RÊGO

DO PATRIMONIALISMO À REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL:
harmonização dos direitos fundamentais à informação cultura e educação e o uso
alternativo de obras protegidas

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

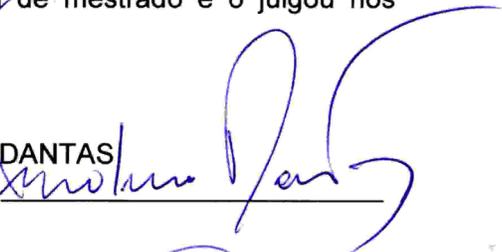
Área de Concentração do Curso:
Fundamentos Constitucionais dos Direitos.

Orientador: Prof. Dr. Querino Mallmann

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de mestrado e o julgou nos seguintes termos:

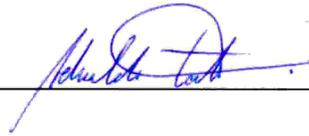
Professor Doutor FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS

Julgamento: Aprovado

Assinatura: 

Professor Doutor ADRUALDO DE LIMA CATÃO

Julgamento: Aprovado

Assinatura: 

Prof. Dr. CARLA EUGÊNIA CALDAS BARROS

Julgamento: Aprovado

Assinatura: Carla Eugênia Caldas Barros



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, **Telmo** e **Nazaré**, e irmãos, **Samyr** e **Suzanne**, pelo apoio incondicional e incentivo nas horas mais difíceis.

Em especial para minha esposa, **Janine**, que sempre esteve ao meu lado, apoiando, ajudando, lendo, pelo amor e companheirismo incondicionais nestes anos de luta.

E a duas pessoas que não mais se encontram neste plano, mas sabem da importância que tiveram na minha educação: minhas queridas avós. **Hilda**, por ter desde cedo me incentivado desde pequena, me dando livros e caligrafias. Ela sabia da sua importância já naquele tempo. E minha **Vozinha**, Maria das Dores, na verdade minha bisavó, mas que fez as vezes da verdadeira que não conheci. Mesmo sem saber uma só letra era a pessoa mais sábia que conheci. Obrigado por suas palavras e ensinamentos...nunca esquecerei. Amo vocês...

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao CESAMA - Centro de Ensino Superior Arcanjo Mikael de Arapiraca, pelo incentivo nesta jornada, em especial ao Coordenador do Curso de Direito, Dr. Valter Acioly.

Ao TRE/AL – Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas, pelo apoio na concessão de alguns dias de estudo, longe do trabalho, 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: Larissa Barros Lima, Fernando Falcão e Petrucio Casado, companheiros de grupo de pesquisa, seminários e debates sobre a temática veiculada neste trabalho.

Ao amigo Gilbert Juliano, grande incentivador deste trabalho, pelo apoio e companheirismo de sempre.

Gostaria de fazer um agradecimento especial a algumas pessoas que se colocaram à minha disposição: a professora Helenara Avancini que gentilmente me cedeu sua dissertação de mestrado para o desenvolvimento desta pesquisa; o professor Luiz Gonzaga Silva Adolfo sempre atencioso em seus e-mails e que me permitiu acesso a alguns de seus textos; à professora Ângela Kretschmann, pelo envio de material essencial a esta pesquisa; ao professor Manuel David Masseno que através da rede social *Facebook* e também durante o III SENEPI – Seminário Nordestino de Propriedade Intelectual me passou informações de extremo valor para o enriquecimento do conteúdo aqui exposto.

“A imaginação é mais importante que o conhecimento. Conhecimento auxilia por fora, mas só o amor socorre por dentro. Conhecimento vem, mas a sabedoria tarda”.

Albert Einstein

RESUMO

A exacerbação dos traços patrimoniais ao longo da história dos direitos autorais trouxe sérias consequências para o seu desenvolvimento. O progresso histórico das legislações autorais nos cenários internacional e nacional com traços notadamente econômicos acabou por atribuir ao homem, criador da obra intelectual, um papel secundário. Sua atividade sempre foi importante, mas havia o predomínio do patrimônio, do ter. Com as revoluções burguesas do século XVIII inicia-se um processo de modificação de alguns ideais, pela inclusão nas cartas políticas dos Estados de alguns direitos fundamentais. A coexistência de dois sistemas de direitos autorais no mundo acabou por afastar ainda mais as prerrogativas morais dos autores. Mesmo assim os textos legais internacionais passaram a reconhecê-las, conquanto não sejam inteiramente respeitadas. Numa fase posterior há uma mudança de rumo no entendimento dos sistemas legais, sendo agora a constituição o fundamento para a interpretação dos direitos autorais, a enfatizar uma repersonalização de seus institutos. Nosso propósito neste estudo é questionar se é possível fazer uma releitura dos institutos jurídicos autorais, mesmo diante da nova sociedade da informação, bem como se é possível, nos dias de hoje, atender aos anseios sociais pela consecução dos direitos fundamentais à informação, cultura e educação, colocados em xeque com esta nova formação social. Faremos uma análise de tais questões com base no princípio da dignidade humana para, ao final, demonstrar a possibilidade de harmonizar tais direitos com o uso alternativo de obras protegidas pelas leis autorais, tomando, como exemplo, o *creative commons*.

PALAVRAS-CHAVES: Patrimonialismo, Direitos Autorais, Sociedade da Informação, Repersonalização, Direito à Informação, Direito à Cultura, Direito à Educação, Creative Commons.

ABSTRACT

Exacerbation of heritage features throughout the history of copyright brought serious consequences for their development. The copyright laws of historical progress in the scenarios with international and national economic traits notably eventually provide man, creator of intellectual work, a secondary role. Its activity has always been important, but there was a predominance of the equity, having. With the bourgeois revolutions of the eighteenth century began a process of modification of certain ideals, policies for inclusion in the letters of the states of certain fundamental rights. The coexistence of two systems of copyrights in the world ended up further back from the moral prerogatives of the authors. Yet the international legal texts now recognize them, although they are not fully respected. At a later stage there is a change of direction in the understanding of legal systems, is now setting up the foundation for the interpretation of copyright, to emphasize a repersonalization of its institutes. Our purpose in this study is to question whether it is possible to reconsider the legal institutions copyright, even with the new information society, and if possible, today, to meet the social expectations for the achievement of fundamental rights to information, culture and education, placed in check with this new social formation. We will analyze such issues based on the principle of human dignity for in the end, demonstrate the possibility of harmonizing these rights with the alternative use of works protected by copyright laws, taking as an example, the creative commons.

KEYWORDS: Patrimonial, Copyright, Information Society, Repersonalization, Right to Information Law, Culture, Right to Education, Creative Common.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Coord. – Coordenação

Inc. – inciso(s)

Org. – Organização

Par. – parágrafo(s)

LISTA DE SIGLAS

- ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual
- ADPIC – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio
- Apple – empresa norte-americana do setor de informática
- ARPA – *Advanced Research Projects Agency*
- CF88 – Constituição Federal de 1988
- CNDA – Conselho Nacional de Direito Autoral
- CTS – Centro de Tecnologia e Sociedade
- 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.
- DMA – *Digital Millenium Copyright Act*
- DPI – Direitos da Propriedade Intelectual
- ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais
- ENIAC – *Eletronic Numerical Integrator and Calculator*
- EUA – Estados Unidos da América
- FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo
- FGV – Fundação Getúlio Vargas
- GATT – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio / *General Agreement on Tariffs and Trade*
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
- IBM – International Business Machine
- LDA – Lei de Direito Autorais (Lei nº 9.610/98)
- MinC – Ministério da Cultura
- MP3 – MPEG-1/2 Audio Layer 3 – formato digital de arquivo de áudio
- OMC – Organização Mundial do Comércio
- OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual
- ONU – Organização das Nações Unidas
- PC – *Personal Computer*
- PUC-SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
- RNP – Rede Nacional de Pesquisas
- STF – Supremo Tribunal Federal

TRIPS – *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*

UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

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

LISTA DE FIGURAS

Figura 01	102
Figura 02	104
Figura 03	105
Figura 04	105
Figura 05	109
Figura 06	109
Figura 07	109
Figura 08	109
Figura 09	110
Figura 10	110

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E SOCIEDADE: A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO MODELO ATUAL DE DIREITOS AUTORAIS	16
1.1 DA ANTIGUIDADE À MODERNIDADE - O DIREITO AUTORAL NO MUNDO: DIREITO DE AUTOR VERSUS COPYRIGHT	16
1.2 A DUALIDADE SISTÊMICA: DIREITOS PATRIMONIAIS <i>VERSUS</i> DIREITOS MORAIS	22
1.3 O PATRIMONIALISMO COMO LINHA PREVALENTE NA HISTÓRIA	26
1.4 MUDANÇA DE RUMO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E NA SOCIEDADE LÍQUIDA: A CRISE DO DIREITO AUTORAL?	31
2 REGULAMENTAÇÃO LEGAL INTERNACIONAL E NACIONAL (CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL) PROTETIVA DOS DIREITOS AUTORAIS	43
2.1 SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS	43
2.1.1 A <i>Convenção de Berna de 1886 e alterações posteriores</i>	44
2.1.2 <i>Aspectos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio: GATT, OMC e ADPIC/TRIPS</i>	47
2.1.3 <i>Legislação Americana Protetiva do Direito de Autor na Mídia, Diretiva sobre Direitos Autorais da Comunidade Européia – Diretiva 2001/29/CE e o Projeto de Lei Francês punitivo do download ilegal</i>	50
2.2 SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS: UM LONGO CAMINHO	52
2.2.1 <i>O direito autoral nas constituições brasileiras</i>	52
2.2.2 <i>A proteção autoral brasileira infraconstitucional</i>	53
2.2.2.1 <i>O projeto e a codificação civil de 1916</i>	55
2.2.2.2 <i>A Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973</i>	58
2.2.2.3 <i>A Lei n.º 9.610/98 – A atual legislação protetiva dos direitos autorais e conexos</i>	60
3 NOÇÕES GERAIS DE DIREITOS AUTORAIS, DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (DE INFORMAÇÃO, CULTURA E EDUCAÇÃO) E A DIFUSÃO DO CONHECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	63
3.1 PLURISSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO AUTORAL E SEUS ASPECTOS GERAIS	63
3.1.1 <i>Direito de Autor, Direitos Conexos, Direitos Autorais, Direito Autoral – explicações necessárias</i> ..	63
3.1.2 <i>Natureza Jurídica, objeto, conteúdo e sujeitos dos Direitos Autorais</i>	65
3.1.3 <i>Limitações aos Direitos Autorais</i>	71
3.2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E SUA INTERRELAÇÃO COM OS DIREITOS AUTORAIS	75
3.2.1 <i>Os direitos humanos fundamentais</i>	75
3.2.2 <i>Os direitos fundamentais de acesso à informação, à cultura e à educação</i>	78
3.2.3 <i>O direito fundamental de propriedade autoral e sua funcionalização</i>	84
4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS: POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O ATENDIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INFORMAÇÃO, CULTURA E EDUCAÇÃO	88
4.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL	88
4.1.1 <i>Constitucionalização e Repersonalização do direito privado e a incidência no campo autoral</i>	88
4.1.2 <i>A equalização dos direitos fundamentais de informação, cultura e educação com a propriedade autoral – interpretação em torno da dignidade da pessoa humana</i>	94
4.2 VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS NA ERA DIGITAL E O USO ALTERNATIVO DE OBRAS INTELECTUAIS COMO COROLÁRIO DA REPERSONALIZAÇÃO	99
4.2.1 <i>Fair Use</i>	101
4.2.2 <i>Copyleft</i>	103
4.2.3 <i>Colorluris</i>	104
4.2.4 <i>Creative Commons</i>	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
REFERÊNCIAS	123

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o crescimento do acesso a informações por meio da internet tem possibilitado um maior acúmulo destas pela sociedade. A facilitação e rapidez no processo de aquisição do conhecimento, associada ao vasto conteúdo encontrado na rede tem ampliando os horizontes de inserção dos direitos autorais. Hoje ter informação é ser reconhecido enquanto ser.

Mas nem sempre foi assim. Durante séculos as informações foram segredadas a poucos, que não as repassavam como forma de acúmulo de poder. Este permitiu a construção de um sistema de direitos autorais baseado no ter, em detrimento do ser. O homem foi relegado a segundo plano e o patrimônio surgiu como a tonalidade dominante, a manter um sistema de imposição e dominação. O Estado permitiu tal disparidade até que novos anseios sociais surgiram no horizonte, a permear a mente dos criadores, ansiosos em verem seus direitos reconhecidos e transmitidos.

Neste trabalho iremos explicar com base na historicização o caminho árduo porque passou os direitos autorais, para serem reconhecidos e legislados na modernidade. Faremos uma análise do histórico do direito autoral, como forma de permitir o entendimento de nossos reais objetivos: explicar como os fenômenos da constitucionalização, e a conseqüente repersonalização do direito autoral, possibilitaram trazer o homem-criador para o centro das atenções.

Com o retorno do ser para o papel central das relações jurídicas autorais torna-se possível a consecução dos objetivos traçados na Constituição Republicana Brasileira, e a consecução de alguns direitos fundamentais constitucionalizados: notadamente a informação, a cultura e a educação.

No primeiro capítulo caminharemos juntos no histórico dos direito autorais, explicando o surgimento de tais direitos, desde os tempos mais remotos, até o surgimento de um novo modelo de Estado, que protege e tem a função de promover os direitos dos criadores de obras intelectuais.

Analisaremos os sistemas de direitos autorais vigentes no mundo, bem os traços marcantes de cada um deles. Verificaremos a dualidade sistêmica existente no mundo atual entre direitos morais *versus* patrimoniais.

Mais adiante viajaremos na história para entender como o patrimonialismo se tornou o caminho quase que único na história dos direitos autorais, a permear o entendimento e a criação de vários de seus institutos.

Chegaremos aos dias atuais com a análise do novo modelo social: a sociedade da informação e de alguns problemas por ela vivenciados.

No segundo quadrante faremos uma análise dos aspectos legislativos marcos dos direitos autorais. Partindo do plano internacional até desaguar no interno, entenderemos a configuração supra-estatal e nacional a reger as relações autorais.

No terceiro setor faremos uma incursão pelas regras gerais aplicáveis atualmente na seara autoralista, verificando institutos essenciais no entendimento global da disciplina, como sua natureza jurídica, objeto, conteúdo e sujeitos. Também vislumbraremos as limitações legais impostas pela LDA às criações intelectuais. Ao fim deste, com base nas noções gerais expostas, faremos uma análise da interrelação dos direitos autorais com os direitos fundamentais à informação, cultura e educação. Analisaremos também a função social do direito autoral e como ela deve ser entendida nesta álea.

No quarto e último tópico faremos uma investigação nos fenômenos da constitucionalização, que permitiu o desenvolvimento de um novo modelo de Estado, gerando, a seu turno, a repersonalização das relações jurídicas privadas.

Efetuaremos uma verificação de como podem ser aplicados os ditames da constitucionalização do direito privado na seara autoral, a recolocar a pessoa humana no foco das atenções. Assim, com base na dignidade humana, poderemos efetuar uma interpretação que torne possível entender os direitos fundamentais de acesso ao conhecimento em geral e sua aplicação nos idos e hoje.

Por fim, verificaremos como o uso da internet tem propiciado a violação de direitos autorais, bem como traçaremos algumas soluções que podem servir como norte para uma maior consecução dos direitos fundamentais de informação, educação e cultura.

A análise da utilização de alguns mecanismos sociais alternativos nos permitirá concluir que é possível efetuar uma nova releitura dos institutos autorais, com base nos direitos fundamentais, sem desrespeitar os direitos dos autores, que verão suas criações serem propagadas, ao mesmo tempo em que permitem um melhor desenvolvimento da sociedade.

1 DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E SOCIEDADE: A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO MODELO ATUAL DE DIREITOS AUTORAIS

1.1 DA ANTIGUIDADE À MODERNIDADE - O DIREITO AUTORAL NO MUNDO: DIREITO DE AUTOR VERSUS COPYRIGHT

Neste primeiro momento faremos um estudo necessário da evolução histórica do Direito da Propriedade Intelectual, não como forma de remontar ao passado sem motivos úteis, mas sim como meio de permitir um conhecimento da história para entender os tempos atuais, modernos, em que as informações são conhecidas e repassadas numa velocidade nunca antes imaginada.

O direito da propriedade intelectual, especificamente no campo dos direitos autorais, passou por inúmeras transformações para apresentar sua configuração atual. Ante os fatos históricos, conhecemos basicamente dois sistemas jurídicos: o sistema francês, do qual deriva o sistema brasileiro, conhecido como *droit d'auteur*, e o sistema do *copyright*, adotado pelos países seguidores do *common law*. Mas antes de visualizarmos tais sistemas, necessário se faz que entendamos os fatos pretéritos.

Na história antiga a ideia de autoria era quase desconhecida da maioria dos povos. Não havia uma atribuição de paternidade da obra ao seu legítimo criador, tendo em vista o culto aos deuses, a quem se atribuía a criação.

No Oriente Médio, se célebres eram narrativas épicas e religiosas, tragédias, poesias e outros gêneros, que, geralmente, versavam sobre ocorrências lendárias, suas autorias eram atribuídas a figuras mitológicas, deuses ou heróis divinizados, isso quando não anonimizadas pela tradição.¹

A primeira legislação específica conhecida a tratar dos direitos autorais foi o Ato da Rainha Ana (*Statute of Anne*). O projeto de lei de 1709 foi apreciado pela Câmara dos Comuns da Inglaterra e convertido em lei no ano de 1710. Mas muito antes começou o histórico dos direitos autorais, baseado num direito costumeiro, não positivado, como o conhecemos na atualidade; carecedor de um diploma legal devidamente estatuído pelo legislativo. Na antiguidade greco-romana os plagiadores já sofriam sanções. Daí o qualificador de “plagiador” para aquele que copia um trabalho, sem a devida autorização do

¹ BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Sergipe: Evocati, 2007. p. 467.

real autor. “Desde o mundo romano, os plagiários eram mal vistos pela opinião pública”². Os plagiadores sofriam repúdio público, desonra e eram desqualificados nos meios intelectuais. Em verdade a palavra plagiário deriva do latim *plagiarius*, significando aquele que rouba escravos ou escraviza indivíduos livres. Nosso Código Penal, no art. 149 prevê o crime de redução análoga à condição de escravo, conhecida pelos penalistas como “plágio”.

No campo literário a expressão foi criada pelo poeta Marcial. Durante o século I, ele comparou o roubo de versos de suas poesias, por Fidentino, a uma criança que cai nas mãos de um sequestrador. Daí, com o desvirtuamento do original significado da palavra, nascia uma nova significação, traduzindo a apropriação de forma fraudulenta de uma obra intelectual. Na atualidade o plágio autoral é vedado por nossa legislação de direitos autorais (Lei n.º 9.610/98 – LDA), em seu art. 27, somente sendo permitida transferência dos direitos patrimoniais a outrem, ao passo que os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis – estas e outras características dos direitos morais serão explicitadas mais a frente neste trabalho. A dualidade sistêmica – direitos morais *versus* direitos patrimoniais – será tratada mais a frente, ainda neste capítulo.

Enfim, o reconhecimento da autoria de obras somente passou a ser concebida mais tarde, na Grécia, mas não como forma de efetuar algum tipo de proteção jurídica. Havia tão-somente a celebração de talentos em setores específicos do conhecimento humano, tais como: dramaturgia, filosofia, medicina, etc. Como não existia nenhum tipo de sanção para aqueles que efetuassem a cópia das obras, os plagiadores estavam sujeitos somente às sanções morais da sociedade, que acabava por excluí-los do meio intelectual. Tais atos eram tão reprováveis quantos os penalizados, tal como o furto.

Em Roma, o direito autoral passa a ter contornos jurídicos, embora aos autores somente fosse atribuída a autoria, sem a percepção de remuneração, esta pertencente aos copistas ou ao senhorio (quando o autor era um escravo). A obra autoral passou assim a possuir dois aspectos: um moral, referente a quem desenvolvia a atividade produtora em si, e outro, econômico, dedicado a quem efetuava sua exploração com a reprodução da obra.

No mundo ocidental a disseminação dos direitos autorais ocorreu somente com a invenção, por Gutenberg, por volta de 1436 (para alguns autores o ano correto seria 1437), de sua máquina tipográfica. Com ela, os livros puderam ser impressos em série a custos muito reduzidos, deixando de figurar com primazia o copista. Os autores passaram a ter sua reputação, nesta fase, protegida, não havendo tão-só o reconhecimento moral de sua obra. Em

² MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 19-20.

verdade, antes da invenção dos tipos móveis de Gutenberg a disseminação das obras autorais não encontrava grandes espaços no mundo, havendo, com eles, a eclosão a nível mundial dos direitos autorais. Gutenberg se associou ao banqueiro Johan Fust para montarem uma oficina, que possuiria a finalidade de produzir livros impressos, sendo a Bíblia o primeiro livro a ser impresso. Estima-se que por volta de 1456 seu processo de cópia já estava sendo feito.

No entanto, mesmo com tal ‘eclosão’, ainda vigorou por todo o período da Renascença os ideais de que os frutos das obras somente pertenciam aqueles que as editassem, não havendo a completa proteção autoral, que somente era encontrada em casos isolados, com a concessão de privilégios. “Consta que um dos primeiros desses privilégios foi concedido pelo Senado de Veneza ao editor Aldo Manucio, que também é o inventor dos caracteres itálicos, para a publicação das obras de Aristóteles, em 1495³”.

Após o início de reconhecimento dos direitos dos autores, passou-se a uma fase, iniciada em 1709, na Inglaterra, com o “Copyright Act” da Rainha Ana I da Grã-Bretanha, relativo à proteção das obras. Este ato real foi editado tendo em vista as constantes contendas existentes entre autores e editores.

Houve um episódio, no ano de 1665, que incentivou grandemente as reivindicações dos autores. Foi o conflito entre as livrarias de Paris e as das províncias, por terem aquelas obtido um decreto real dispondo que só elas poderiam publicar obras novas, de escritores da atualidade. Os livreiros das províncias, limitados a editar clássicos e à revenda das edições parisienses, formularam enérgicos protestos. O objetivo era controlar as publicações do interior contra o governo, pregando resoluções⁴.

Os reais detentores dos direitos (autores) discutiam, numa atitude reacionária, os privilégios antes concedidos aos editores, daí o fato do estatuto da Rainha Ana ter limitado tais direitos. A Coroa passou a conceder o ‘privilégio de reprodução’ agora somente por um prazo determinado, após o qual tal direito não mais persistia (o tempo variava de 14 a 21 anos).

Na verdade o Estatuto da Rainha Ana não retirou por completo os privilégios dos editores, mas antes acabou por reconhecê-los no plano fático de uma forma, agora, ‘legalizada’. É somente com a Revolução Francesa de 1789, que propugna pela máxima forma de direitos individuais (com ideais de liberdade, igualdade e fraternidade) que se inicia a primazia do autor sobre sua obra.

O *droit d’auteur* enfoca também os aspectos morais, o direito que o autor tem ao ineditismo, à paternidade, à integridade de sua obra que não pode ser modificada

³ GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet*. 5 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 27.

⁴ PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais – Um Século de Proteção Autoral no Brasil (1898-1998)*. Livro I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 5.

sem o seu expreso consentimento. Mesmo que um autor ceda todos os direitos patrimoniais referentes à sua obra, ele conserva em sua esfera esses direitos morais, que são inalienáveis e irrenunciáveis. [...] O direito autoral, pode-se dizer, passa então a estruturar a proteção jurídica da matéria-prima da comunicação entre os seres humanos⁵.

O sistema de direito de autor francês, sistema de concepção jurídica latino-germânica, com inspiração nos decretos da Assembléia Constituinte Francesa de 1791 e 1793 (pós Revolução Francesa), reconhece o direito de autor como princípio legal, elevando a obra à condição de sua propriedade. Tal sistema é adotado por quase todos os países da Europa Continental. Inicialmente, a França efetua a abolição de todos os privilégios concedidos a editores, livreiros e autores, para, posteriormente, estabelecer os direitos autorais, sob a nomenclatura de direito de autor. Com a legislação francesa, na última década do século XVIII vários países passam a adotar legislações semelhantes, ou seja, um sistema de direito autoral baseado na tutela do direito de autor. O sistema francês de direito autoral passa a reconhecer, no plano jurídico, duas ordens de direitos: um moral, outro patrimonial. Tal dualidade explica-se pelo fato de que os franceses não se contentaram com os monopólios concedidos às indústrias e aos comerciantes, exigindo a vinculação de seus nomes às respectivas obras, com a consequente possibilidade de ceder os direitos patrimoniais a quem bem entendessem, mesmo assim mantendo a paternidade da criação.

Por sua ordem o *copyright*, adotado pelos países anglo-saxões, notadamente o Reino Unido e os EUA; além de Israel, África do Sul e outros, primeiro sistema existente, se alicerça basicamente na ordem patrimonial dos direitos autorais (caráter econômico). Em tal sistema, a expressão base significa apenas o direito de cópia, mas na atualidade significa genericamente o sistema adotado pelos países de língua inglesa. Os EUA adotaram este sistema por volta do século XVIII, com sua inclusão na Constituição de 1787, e, após três anos, com a lei federal (*Copyright Act* de 1790). Carla Eugênia Caldas Barros⁶ afirma que:

No “copyright” e, em particular, na legislação americana, permanece a primazia da materialidade do objeto da proteção, no caso, o exemplar da obra e sua reprodução, exigindo-se seu registro formal para que exista o direito. Não tem qualquer significado prático, portanto, o aspecto imaterial da obra, o ato de criação, que, por si mesmo, implica proteção para outros sistemas legais, independentemente do cumprimento de quaisquer exigências formais, tendo elas somente valor declaratório.

⁵ GANDELMAN. *Idem*. p. 28-29.

⁶ BARROS. *Idem* p. 471.

Segundo Eliane Abrão⁷, o *copyright*:

É historicamente precedente aos direitos de autor propriamente ditos, e mais limitados que estes, porque corresponde tão somente aos direitos de exploração econômica. Por outro lado, protege quaisquer escritos, e não só os de conteúdo literário, do mesmo modo como protege as obras integrantes do rol das obras protegidas por convenções internacionais ou pelas leis locais dos países que o adotam [...] Sua origem está relacionada à invenção da máquina copiadora, a imprensa.

A fundamentação teórica dos sistemas seria, inicialmente, diferente. O *copyright* possuiria fundamentação utilitarista, com a prevalência de aspectos comerciais e mais voltado para questões de ordem pública. Ao passo que o sistema de direito de autor francês possuiria fundamentação jusnaturalista, estando o autor e suas obras no foco central de atenção. Havia neste a proteção máxima do autor, como corolário de seu direito natural sobre suas criações intelectuais.

Na implementação dos sistemas, o *copyright* estaria mais vinculado a formalidades, instituindo limitações aos direitos, admitindo a autoria corporativa e não tratando (com primazia) os direitos morais do autor. O sistema de direito de autor, por seu turno, dispensava maiores formalidades e estatua limitações menores; considerava como autores apenas as pessoas físicas e tratava os direitos morais como indisponíveis.

Apesar das diferenças pontuais, na atualidade tais sistemas passaram a se aproximar, principalmente por intermédio do direito internacional, que os harmonizou. Algumas diferenças, assim, passaram a ser mais teóricas que práticas. Certas formalidades previstas no *copyright* foram abolidas com a adoção da Convenção de Berna, inclusive pelos EUA. Tal sistema também adota, na atualidade, em menor medida, os direitos morais, em verdade sua proteção é mais de caráter simbólico que prático, levando em consideração o grande poder conferido aos direitos patrimoniais aliado à grandiosa potência econômica de suas estruturas empresariais.

Teoricamente, os direitos morais do autor permitem até mesmo a retirada de sua obra de circulação. Mas como efetivar tal direito levando-se em consideração que boa parte dos meios de reprodução da obra encontra-se em poder de grandes conglomerados empresariais? A exposição da obra por meio de cinemas e da televisão são alguns exemplos que impossibilitam tal direito. Aqui não nos ateremos ao direito de retirada de circulação de obras intelectuais em decorrência de decisões judiciais, notadamente em contendas que envolvam o

⁷ ABRÃO, Eliane Yachou. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 32.

direito do autor de publicar sua obra em detrimento daquele retratado na criação intelectual, como foi caso do cantor Roberto Carlos, por não ser este objetivo-fim de nossa proposta.

Na atualidade os sistemas apresentam certa harmonia e não discrepâncias, possuindo, ambos, naturezas bastante semelhantes. As dissonâncias são mais tratadas por estratégias mercatórias, pela tecnologia e por setores interessados na diferenças, que propriamente na diferentes bases de fundamentação filosófica, ou, mais, na família de sistema jurídico à qual se filiam. Mas, segundo Mallmann⁸:

Embora, atualmente, tenha se desenvolvido substancialmente o processo de aproximação da concepção jurídica anglo-americana do *copyright* e da concepção jurídica latino-germânica de proteção do Direito de Autor, o certo é que ainda existem muitas arestas a serem aparadas para que se possa afirmar que está, ao menos, havendo um processo de uniformização de procedimentos dos dois sistemas de proteção.

O sistema francês também é conhecido como sistema continental ou unionista. Tal nomenclatura deve-se ao fato da adesão da maioria das nações, principalmente do mundo ocidental. Este teve seus princípios codificados, em boa parte, durante a Convenção Internacional para a proteção das Obras Literárias e Artísticas, que aconteceu em Berna (Suíça), no ano de 1886. Nesta os países unionistas se comprometeram a criar e/regular, nos respectivos territórios, legislações nacionais que atendessem aos preceitos lá estabelecidos. O principal item a ser obedecido é não só o respeito ao direito patrimonial, mas também dos direitos morais, como garantia da vontade do autor e elo entre o criador e sua obra, como expressão de sua personalidade.

O *copyright* foi construído a partir da possibilidade de reprodução das obras, por meio de cópias, sendo este o principal direito protegido e estritamente vinculado à exploração econômica das obras, sem, num primeiro momento, se preocupar com o aspecto moral. Tal sistema veio em razão da discordância norte-americana com a redação dada ao texto da Convenção de Berna. Assim, em 1952, efetivou seus ideais na Convenção de Genebra (revista em Paris em 1971). A maioria dos países signatários da Convenção de Berna também aderiu à Convenção de Genebra, chamada de Convenção Universal dos Direitos de Autor. Tal texto pugna pelo princípio da formalidade mínima indispensável, assim considerado aquele que em sua primeira publicação traga impresso o símbolo ©, que equivale à expressão *Copyright*, junto do nome do titular do direito de autor, seguido da indicação do ano da primeira publicação.

⁸ MALLMANN, Querino. A natureza Jurídica do Direito da Propriedade Intelectual: o Direito de Autor. In: *Revista do Mestrado em Direito – UFAL – Universidade Federal de Alagoas*. v. 2, n.º 3, 2º semestre 2008. Maceió: Edufal, 2008. p. 224.

1.2 A DUALIDADE SISTÊMICA: DIREITOS PATRIMONIAIS *VERSUS* DIREITOS MORAIS

Nos sistemas legais de proteção dos direitos autorais podemos identificar uma dualidade sistêmica: direitos patrimoniais *versus* morais. Cada qual com seus caracteres próprios, que passaremos a estudar um a um.

Os autores que se dedicaram ao estudo dos direitos autorais indicam que estes são dotados de uma natureza híbrida, *dúplice* ou *sui generis*. O autor é titular, na verdade, de dois feixes de direitos. Um deles diz respeito aos direitos morais, que seriam uma emanção da personalidade do autor e que estão intimamente ligados à relação do autor com a elaboração, divulgação e titulação de sua própria obra. O outro se refere aos direitos patrimoniais, que consistem basicamente na exploração econômica das obras protegidas⁹.

A Convenção de Berna de 1886, primeiro instrumento a equalizar os direitos de autor no plano internacional, da qual a maioria dos países é signatária, determina que os direitos de autor serão protegidos durante toda sua vida e após sua morte por um período de 50 (cinquenta) anos, período no qual seus sucessores usufruirão os benefícios da autoria. Tal prazo é mínimo, podendo ser majorado nas legislações internas. O Brasil é signatário de tal instrumento legal e protege os direitos de autor durante toda sua vida e mais 70 (setenta) anos após a morte, contados de 1º de janeiro do ano subsequente à sua morte para obras literárias, artísticas ou científicas (art. 41 da LDA). Após tal prazo a obra cai em domínio público, *i.e.*, pode ser livremente explorada economicamente por quaisquer interessados. Apesar da possibilidade de utilização do viés econômico da produção intelectual, os direitos morais continuam inalienáveis e irrenunciáveis, previsão contida no art. 27 da LDA.

Os direitos patrimoniais do autor no Brasil estão dispostos no art. 28 da LDA vigente que dispõe: “cabe ao autor o exclusivo direito de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. Tal direito de exploração econômica permite sua utilização por terceiros, que podem executá-la, editá-la ou interpretá-la de acordo com a permissão dada pelo “pai” da obra.

De acordo com o art. 29 da LDA, depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

- I – a reprodução parcial ou integral;
- II – a edição;
- III – a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;
- IV – a tradução para qualquer idioma;
- V – a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

⁹ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Direitos Autorais – Princípios Gerais. *In: Roteiro de Curso da Fundação Getúlio Vargas 2008.2.* (FGV-RIO). Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 13.

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.

O exercício de tais faculdades ainda pode ser feito a título gratuito ou oneroso, conforme disposições do art. 30 da LDA.

Ante uma gama de atividades que fazemos em nosso dia a dia é impossível hoje vivermos sem os bens criados intelectualmente. A utilização de tais bens possui cada vez mais significativo valor em nossa economia globalizada. “De acordo com Lesley Ellen Harris (1998:17), advogada canadense, a propriedade intelectual responderia por cerca de 20% do comércio mundial, o que significa aproximadamente US\$ 740 bilhões”¹⁰, ao ano. Em nossa legislação, o prazo de duração da proteção, de 70 anos após a morte do autor da obra, parece ser excessivo. Em verdade há uma tentativa não somente de proteção do autor, mas também aos seus sucessores. Mesmo assim consideramos o prazo por demais longo. O excesso afronta diretamente o direito de acesso à cultura e informação, como direitos fundamentais, com bases constitucionais.

Inobstante em nossa Constituição os direitos intelectuais sejam tratados com conteúdo basicamente industrial (patentes, marcas, nome empresarial, etc.), não há confusão com a regulação econômica dos direitos autorais. Os direitos industriais são regulados especificamente com a presença da cláusula finalística, devendo ser levado em consideração aspectos econômicos e sociais; as finalidades econômicas e sociais em geral. No que concerne aos direitos autorais e sua relação com o direito de propriedade também encontramos

¹⁰ HARRIS *apud* PARANAGUÁ. et BRANCO. *Direitos Autorais – Série FGV Jurídica*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 52.

limitações impostas pela Constituição levando em conta o bem comum, em especial a função social da propriedade tratada no art. 5º, XXIII. Mesmo assim a proteção autoral não se esgota com a proteção patrimonial, haja vista a presença dos direitos da personalidade ou dos direitos morais. O direito patrimonial do autor, assegurado no art. 5, XXII da CF88, deve estar aliado também com o art. 170 do mesmo diploma legal, que concebe a propriedade privada como princípio da ordem econômica, ainda assim aliado à função social. Os direitos patrimoniais do autor são tratados na atualidade e no decorrer no tempo com prevalência nos diplomas legislativos, sendo tal característica a vertente principal no histórico dos direitos autorais. O patrimonialismo tornou-se a linha prevalente na história dos direitos intelectuais; voltaremos a tal ponto mais adiante. “O direito autoral patrimonial é o direito subjetivo da obra que incide sobre a sua face econômica. Assim, a essência do direito patrimonial é a exploração econômica da obra¹¹”. Em suma, o direito patrimonial consiste na faculdade exclusiva do autor de autorizar os atos permitidos em lei que possibilitem a utilização e exploração de sua criação por outrem. Ademais, possui como características básicas a alienabilidade, penhorabilidade, temporalidade e prescritibilidade.

Os direitos morais, enquanto direitos da personalidade, são direitos latentes, específicos, não possuindo as mesmas características do demais. Isso se explica pelo fato de o mesmo não proteger todas as pessoas desde o momento de seus nascimentos, como ocorre com os direitos da personalidade em geral (nome, imagem, dignidade, etc.). Para que haja a incidência da proteção do direito autoral da personalidade ao indivíduo é preciso que haja uma criação intelectual. Daí ser um direito latente, que permanece em condição suspensiva até que haja a produção derivada do intelecto.

A terminologia adotada, direitos morais é por vezes criticada pelos autoralistas, tendo em vista sua impropriedade técnica. José de Oliveira Ascensão utiliza a expressão “direitos pessoais”¹², afirmando que a utilização da atual terminologia foi inapropriadamente traduzida do francês, sem as devidas adaptações. Segundo Rodrigo Moraes:

A principal crítica que se faz ao vocábulo é a seguinte: para os desavisados, direitos morais podem ser confundidos com normas morais. Na verdade, neles não existe espontaneidade para o cumprimento. Pelo contrário, há coercibilidade. Direitos morais são, portanto, normas jurídicas: impositivas e com sanção institucionalizada.¹³

No estudo do direito comparado encontramos expressões semelhantes à adotada em nosso país. Vários países de língua espanhola adotam a expressão *derechos morales*

¹¹ PIMENTA. 2004. p. 280.

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 129.

¹³ MORAES. *Idem*, p. 9.

(Espanha, Argentina, Paraguai, Chile, México, etc.). Na França, *droits moraux*. Nos de língua inglesa, *moral rights* (EUA e Reino Unido). Neste estudo utilizaremos a expressão “direitos morais”, por seu uso já costumeiro na doutrina autoralista. No entanto, os termos “direitos extrapatrimoniais” ou “direitos pessoais” do autor poderão ser utilizados, com o mesmo intento.

Os direitos morais estão enunciados, de forma taxativa, no art. 24 da LDA. Consistem basicamente nos direitos: de reivindicar a paternidade da obra a qualquer tempo (inc. I e II), direito a conservar a obra inédita (inc. III), direito à integridade da obra (inc. IV), direito à modificação da obra (inc V), direito ao arrependimento da obra (inc. VI) e o direito ao acesso a exemplar único e raro da obra em poder de terceiro (inc. VII).

Denis Borges Barbosa afirma que essência moral do direito autoral não se encontra nos incisos XXVII e XXVIII do art. 5º da CF88, mas sim “os dispositivos gerais de tutela da expressão (o direito de fazer pública a obra) e de resguardo da entretela moral da vida humana”¹⁴. Tais são os previstos nos incisos IX e X do referido art. 5º, que preceituam:

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independentemente de censura ou licença;
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Assim, com a efetiva interpretação de tais dispositivos constitucionais podemos efetuar a proteção de tais direitos, como extensão da personalidade protegida. Elisângela Dias Menezes afirma que já no século XVIII o filósofo Immanuel Kant assegurava a existência dos direitos morais do autor, ao tratar da problemática que envolvia a cessão de direitos para a edição gráfica.¹⁵

Para Bruno Jorge Hammes:

O direito moral é o que protege o autor nas suas relações pessoais e ideais (de espírito) com a obra. Não pode ser confundido com o direito de personalidade em geral, embora diga respeito à personalidade do autor. [...] O direito moral seria a ligação (vínculo) do direito do autor em todo a uma determinada obra.¹⁶

A doutrina autoralista, com escol no art. 5º da CF88, afirma serem sim os direitos morais expressões da personalidade do autor. O direito moral protege a subjetividade da criação intelectual, com a conservação e o respeito à personalidade criativa. “São direitos

¹⁴ BARBOSA, Denis Borges. *Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/4695/4265>>. Acesso em: 02 set. 2009. p. 38.

¹⁵ MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de Direito Autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 67.

¹⁶ HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito da Propriedade Intelectual – Subsídios para o Ensino*. 2 ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1998. p. 60.

personalíssimos, inerentes à própria condição de autor, o que lhes garante o *status* de direito fundamental”.¹⁷

O art. 27 da LDA define como atributos dos direitos morais do autor: inalienabilidade e a irrenunciabilidade. Tais caracteres permitem uma distinção destes em relação aos direitos patrimoniais. A inalienabilidade justifica-se pela impossibilidade de sua disposição (seja de forma gratuita ou onerosa). O autor não pode após criar sua obra, despojar-se de qualidade de criador. Não pode atribuir a outrem a qualidade de autor pelo que não efetivamente produziu. É a identificação da paternidade da obra, já prevista na legislação nacional.

Ademais, por ser um direito intimamente ligado à personalidade do autor, também é considerado intransmissível a terceiros. Somente é possível a alienação material de sua obra (suporte físico), mas não a imaterialidade. A irrenunciabilidade, por seu turno, também traduz a essência da criação autoral, tendo em vista a impossibilidade fática e jurídica do autor desistir de sua condição de autor. O vínculo que une o autor à sua obra é eterno.

A doutrina ainda cita como características dos direito morais: a pessoalidade, o direito moral autoral protege o indivíduo, como ser único e possibilitando sua vinculação com sua obra; a perpetuidade, que estabelece que o vínculo do autor com sua obra não se desfaz, nem mesmo com sua morte; imprescritibilidade, que reafirma a possibilidade jurídica de sua defesa a qualquer tempo, mesmo que a obra tenha caído em domínio público, quando a defesa de sua integridade e autoria deve ser feita pelo Estado, pelo Poder Público; impenhorabilidade. Tais direitos não podem ser transferidos economicamente – como os direitos patrimoniais –, nem mesmo mensurados monetariamente.

1.3 O PATRIMONIALISMO COMO LINHA PREVALENTE NA HISTÓRIA

Com a dualidade de proteção conferida pelos sistemas de direitos autorais existentes na atualidade, necessário se faz que entendamos a que ponto a prevalência dos direitos patrimoniais influenciou as diferentes legislações autoralistas a ponto de se tornar como a linha prevalente na história. Para tanto, traremos exemplos fáticos que nos permitem entender e afirmar que estamos num rumo histórico quase único, mas que precisa ser modificado, como forma de permitir a consecução de ditames constitucionais, principalmente no que se refere

¹⁷ MENEZES. *Ibidem*.

aos direitos fundamentais à informação, à cultura e à educação, tudo em consonância com os direitos autorais.

No período romano a proteção literária era possível, mesmo que de forma quase rudimentar. Mesmo assim alguns negam a possibilidade de proteção, tendo em vista alguns argumentos, a saber: primeiro, não existia legislação específica a proteger as obras oriundas do intelecto humano; segundo, não haveria viabilidade econômica da proteção, em razão mesmo de impossibilidade física de criação em larga escala dos trabalhos; e, por fim, a terceira, algumas razões de ordem legal impediriam tal proteção.

A não existência de um regramento legal específico não pode ser considerado um argumento válido, ao passo que mesmo em situações onde não exista tais regras a proteção era conferida. Um exemplo pode ser observado quanto à possibilidade de aplicação de penalidades (mesmo que sociais) aos plagiadores, que não mais participavam da vida pública, sendo desonrados e banidos da sociedade intelectual.

Na fase romana também não era plausível a existência de reproduções em larga escala, uma vez que não existiam condições fáticas propícias para seu desenvolvimento em grandes proporções. As reproduções, por serem manuais, eram extremamente trabalhosas e com altos custos. Mesmo assim não podemos afirmar a impossibilidade total da exploração econômica de uma obra nesta fase. Os livros começaram a ser produzidos a partir do século II a.C., de forma que nesta fase já existia o comércio de livros no Mediterrâneo e no interior da França.

O aumento do mercado de leitores permitiu a criação de novas profissões, dentre elas os copistas e os *librarius* – que era, ao mesmo tempo, copista, livreiro e encadernador. O *librarius*^{18 19} se tornou uma figura de vital importância no curso comercial desta época. Dentre eles podemos citar Tito Pompônio Ático (109-32 a.C.), que produzia e divulgava tiragens de “quinhentas e mil cópias”, tanto em Roma quanto em suas províncias. Nesta fase os livros eram transcritos por profissionais copistas, que os reproduziam em grupo, de forma simultânea – uma só pessoa ditava o texto, transcrito por várias pessoas, ao mesmo tempo, gerando a multiplicação dos livros.

Em Roma, a valoração material pode ser mais bem visualizada pelo instituto da Acessão. Nesta o autor da obra obtém a propriedade do suporte físico sobre o qual é expressa

¹⁸ BRAGA, Rafael Wiladino. *A evolução da escrita: da origem da comunicação pictográfica à tipografia*. Disponível em: < http://marciorps.sites.uol.com.br/mrps/PV2/cont/rwb/rwb_prn.html>. Acesso em: 25 set. 2009.

¹⁹ LEITE, Leni Ribeiro. *O Universo do Livro em Marcial*. 2008. 98f. Tese (Doutorado em Letras Clássicas) – Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.letras.ufrj.br/pgclassicas/tese_Leni%20Ribeiro%20Leite.pdf>. Acesso em: 25 set. 2009.

sua criação, que é considerado acessório em relação ao seu engenho. Logo, é forçoso reconhecer a existência e proteção, em Roma, da obra imaterial. Não podemos, portanto, afirmar da inexistência nesta fase de uma proteção à propriedade intelectual na Antiguidade.

Numa época mais avançada, já início da Era Moderna, a invenção da imprensa por Gutenberg em 1436, e, logo em seguida, do papel, nos idos de 1440, permitiram a reprodução dos livros em larga escala, numa produção muito maior que a anteriormente vista. Com tal facilitação e o aumento do número de leitores ocorre a eclosão de um período de grande produção cultural, a Renascença. Tal período destaca-se pela disseminação dos impressores e vendedores de livros, que possuíam certos privilégios, como a exclusividade na reprodução e distribuição de material impresso, por certo período. Tal prazo inicial era de 5 anos, que poderia ser renovado. Mais a frente chegou mesmo a se tornar perpétuo. A primeira manifestação jurídica específica de proteção dos direitos do autor foram os privilégios concedidos pela Coroa aos livreiros. Estes investiram grandes somas nos instrumentos de impressão e os privilégios surgiram como forma de protegê-los da concorrência alheia. Aqui verificamos mais uma vez a proteção dos direitos autorais baseada nos ideais patrimoniais.

Allan Rocha de Souza preleciona que:

Os privilégios eram uma instituição de salvaguarda industrial destinados a indenizar os editores dos custos gerais de publicação e dos riscos comerciais da empreitada. Em um segundo momento, explicavam-se por serem uma constatação oficial de uma situação preexistente, passando, no terceiro momento, a ser entendido como sendo uma graça fundada na justiça. Em 1578 foram suspensos os privilégios sobre obras antigas, que foram consideradas de domínio público, introduzindo, pela primeira vez, este conceito no âmbito dos direitos sobre os bens resultantes da criação literária, autorizando apenas aqueles sobre obras novas. Esta situação teve reverses nas décadas vindouras, com os decretos de 1618 e 1649, instigando um embate entre os defensores do uso livre da obra e os que, com o apoio da realeza, pregavam a perpetuidade dos privilégios, obtida em 1723, e causando a concentração dos privilégios nas mãos dos livreiros parisienses, que apoiavam a realeza, em oposição aos livreiros de outras regiões e defensores da liberdade comercial, inspirados pelo emergente paradigma liberal.²⁰

O debate sobre a concessão ou limitação de privilégios é tratado de forma primordial na Inglaterra. De um lado as preocupações em manter o *status quo*, com o claro e irrestrito apoio da realeza, de outro, aqueles que pugnavam pela sua vedação, baseando suas pontuações em argumentos anti-monopolistas, mas também com o intuito iluminista de efetivar uma distribuição do conhecimento. Claro está que apesar de todas as motivações um fator preponderou em tal embate, o patrimonial. De um lado uns solicitando a continuidade

²⁰ SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Autorais: a História da Proteção Jurídica. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Rio de Janeiro, ano VI, n. 7, dez. 2005. p. 14.

dos privilégios, como forma de manter suas riquezas investidas. De outro, os demais, tentando fazer com que o produto oriundo da produção literária fosse repartido.

Tais debates foram fundamentais na criação posterior do *Copyright Act* da Rainha Ana, que inicialmente reconheceu os criadores das obras como titulares dos direitos, mas ainda permitiu certo prazo de utilização econômica das obras pelos livreiros: 21 anos para livros já impressos e 14 anos para os novos. Era possível a renovação do prazo ao final, caso o autor da obra ainda estivesse vivo.

Na França, no período o Rei Luís XVI (1776), era reconhecida a autoria do autor sobre a obra, mas ainda havia a manutenção dos privilégios reais. No ano de 1777 o conselho do Rei estipula a perpetuidade dos privilégios.

O preâmbulo da determinação, fortemente influenciado pela carta de Luís XVI reconhecendo os autores como proprietários, afirma que os privilégios de impressão são uma graça fundada na justiça, como o objetivo de remunerar os autores pelos seus trabalhos.²¹

Somente em 1789, com a Revolução Francesa, veio a ocorrer o cancelamento de todos os privilégios, tanto em relação aos autores, quanto aos livreiros. Os direitos autorais passam finalmente a ser reconhecidos, sob o signo “direito de autor”, não mais dependente da concessão, diga-se de passagem, arbitrária, do Poder instituído. Agora decorria ele do fato natural derivado da criação intelectual humana.

Os desenvolvimento de tais embates e suas decisões posteriores acabaram por originar, como já falamos, nos sistemas jurídicos de direitos autorais conhecidos na modernidade.

No Brasil o desenvolvimento do direito autoral com base nas raízes patrimonialistas não foi diferente. Com o Decreto Imperial de 1827, que criou os cursos jurídicos em nosso país, temos o primeiro modelo de legislação nacional a assegurar certa proteção jurídica ao direito do autor. Determinava, em seu art. 7º, que cabia aos autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos, *in verbis*:

Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de acordo com o systema jurado pela nação, estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se porém a aprovação da Assembléia Geral, e o governo fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo por dez annos.

No panorama nacional inauguramos a fase de concessão de privilégios quando, há muito, estes não mais existiam no plano internacional. Um exemplo claro de nosso atraso

²¹ SOUZA. *Idem*, p. 18.

jurídico à época. Aos *lentes* (professores) atribuía os direitos patrimoniais pela criação de obras destinadas ao ensino no cursos jurídicos.

Posteriormente, o Código Criminal de 1830 criou a proteção penal dos direitos autorais em seu art. 261. Mas tal proteção acaba por ir mais além, afirmando, mesmo que de forma indireta, a existência dos direitos autorais no plano civil. Tobias Barreto, citado por Allan Rocha de Souza, afirma que:

O direito de autor é garantido entre nós pela lei penal; o que cahe no domínio da lei civil, é simplesmente a indemnização do mal causado pela violação desse direito, e isto nada tem a vêr com a personalidade, mas sómente (tem que ver) com o *quantii interest* com as relações econômicas do autor.²²

Novamente, pela leitura da lei criminal da época, podemos visualizar a interferência do item patrimonial no desenvolvimento do direito autoral. A possibilidade de indenização pela utilização indevida da obra intelectual, mais que afirmado somente pela lei penal, se baseia na possibilidade do uso econômico por um terceiro, que poderia indevidamente utilizá-la. A compensação civil ali demonstrada não se baseia num direito da personalidade.

No plano internacional, a discussão nos países anglo-saxões acerca dos direitos autorais baseou-se fundamentalmente no entendimento do *copyright* enquanto direito de propriedade ou especificamente como um monopólio exclusivamente comercial. Tal visão foi gradativamente sendo modificada, principalmente com a internacionalização do debate.

A visão dos direitos autorais como propriedade, que perdurou no século XIX até meados do século XX, foi diminuindo, cedendo espaço, nos países unionistas, às visões personificadas dos direitos autorais, que possuem como caractere básico serem os direitos autorais *sui generis*, com as vertentes patrimoniais e morais. Aqui percebemos que a visão patrimonial foi sendo modificada gradativamente, mas que prevaleceu durante boa parte de nossa história autoralista.

Os investimentos dos países desenvolvidos na produção cultural, cujas obras são protegidas pelos direitos autorais, e a respectiva exploração econômica de outros Estados se tornou uma fonte importante de obtenção de recursos econômicos, que se fez principalmente pelo pagamento de royalties, por parte do explorados, que se utilizam dos recursos dos criadores de obras intelectuais.

Numa fase mais desenvolvida de nossa sociedade, na era da tecnologia da informação, o conhecimento se torna novamente produto de relações baseadas no comércio,

²² BARRETO *apud* SOUZA. *Idem*, p. 22.

no valor patrimonial dos bens, inclusive os imateriais. No próximo tópico trataremos alguns delineamentos acerca de tal etapa.

O grande e grave ponto a ser questionado no decorrer de nossa história é até que ponto a prevalência do aspecto patrimonial no desenvolvimento das sociedades criou uma sociedade mais justa, solidária e igualitária? Não cremos que tal prevalência seja o modelo ideal de desenvolvimento social. No próximo tópico demonstraremos que as modificações sociais envolvidas na atual sociedade da informação são vitais para o desenvolvimento de sociedades menos desenvolvidas, como é o nosso caso. Com a velocidade das informações, hoje é essencial que possamos ter acesso às informações em geral para nosso crescimento pessoal, o que vem a naturalmente contribuir para o crescimento social do país.

1.4 MUDANÇA DE RUMO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E NA SOCIEDADE LÍQUIDA: A CRISE DO DIREITO AUTORAL?

Em nosso planeta vivemos uma época de rupturas com estruturas antigas. Esse novo ambiente apresenta novos desafios para a sociedade, com fatos sem precedentes em nossa história. Vivenciamos a revolução da informação, representada pela expressão “revolução tecnológica ou revolução tecnológica da informação”, na qual as informações são adquiridas e modificadas em grande velocidade.

Manuel Castells, ao falar da atual fase que vivenciamos, afirma que:

o que distingue a configuração do novo paradigma tecnológica é a sua capacidade de reconfiguração, um aspecto decisivo em uma sociedade caracterizada por constante mudança e fluidez organizacional.²³

Passamos por um momento em que as informações alcançadas já se tornam obsoletas em pouco tempo, ante o fato das constantes modificações de conhecimento repassadas a toda sociedade por novos meios de difusão do conhecimento, que tem na *internet* um de seus principais aliados.

A aquisição da informação e seu repasse aos demais passou por grandes conflitos, das mais variadas ordens (crença, opinião pessoal, desenvolvimento político, etc.).

No decorrer de nossa história, inúmeras são as definições de informação, apresentada por diferentes áreas do conhecimento, com varias acepções culturais. Não possui assim ela um

²³ CASTELLS, Manuel. A revolução da tecnologia da informação. In: *A sociedade em rede*. Trad.: Roneide Venancio Majer. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 109. (Coleção: A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura – Vol. I).

conceito de todo singular. Historicamente, boa parte da população ou não teve acesso à informação ou o teve de forma deficitária. Hoje, sabemos que sua aquisição perpassa por processos diferentes no decorrer da história de vida de cada ser, mas uma coisa é certa: o papel decisivo do Estado no desenvolvimento social e tecnológico de seu povo. Desde a invenção dos tipos móveis, por Gutenberg, cada avanço tecnológico da sociedade gera novas interferências na vida e modo de ser de toda uma comunidade. A informação, no século XX, possibilita a criação de novos conhecimentos, os quais permitem, por sua ordem, a transformação, circulação, inovação a difusão por todos os campos de conhecimento humano (economia, plano social, campo político, etc.).

O novo conceito de informação não é fruto do acaso. Ele é fruto de um novo molde social e, segundo Wachowicz, “tecnologicamente complexo e cuja velocidade no trânsito de dados e, por conseguinte, a necessidade urgente do novo superam a cada minuto décadas inteiras outrora experienciadas pela humanidade”²⁴.

A sociedade em que vivemos, globalizada e com amplo grau de desenvolvimento tecnológico, é tratada pelo português José de Oliveira Ascensão como a “sociedade da informação”, da seguinte forma:

“Sociedade da Informação” não é um conceito técnico: é um *slogan*. Melhor se falaria até em **sociedade da comunicação**, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação.²⁵ (grifo nosso)

O novo modelo social fez surgir novas formas de aquisição e repasse da informação, possuindo, a mesma, um custo, calculado nas várias etapas de sua disseminação. Com a *internet*, a informação adquire uma noção ainda mais dinâmica. O século XXI traz o paradigma tecnológico baseado na organização e repasse da informação. Neste novo quartel de desenvolvimento, a função dos variáveis tecnológicos, como o *software*, assume importante papel na função de tornar acessível o conhecimento humano. Nossa sociedade se tornou extremamente complexa, baseada em novos sistemas de informação.

Ante as conquistas da sociedade, que adquiriu sua emancipação a duras batalhas no curso da história, e com a liberdade de acesso conquistada nas últimas décadas do século XX, principalmente por meio da rede mundial de computadores, não podemos atualmente pensar numa volta ao passado. A atual fase é irremediável e com ela traz novos desafios,

²⁴ WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação – os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz Gonzaga Silva Adolfo (org.) Curitiba: Juruá, 2007. p. 40.

²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 71.

principalmente no que tange à proteção jurídica do conhecimento ante os novos bens trazidos pela revolução tecnológica. É preciso que repensemos alguns valores, tais como o direito à informação e a importância da proteção dos direitos fundamentais. E mais: será que a nova “era” que estamos vivendo produziu uma crise do direito autoral?

As novas formas de tecnologia da informação já indicam a importância que o conhecimento vai ter no decorrer do século atual (XXI). Elas trazem também novos componentes culturais que irão influir em nossos comportamentos e modos de vida. O próprio conceito de informação passa por modificações de sentido. Antes significando somente os conhecimentos adquiridos de uma geração para outra, normalmente por intermédio da escola ou dos pais. Agora, adquirido pelo próprio ser, que o busca nos novos elementos sociais tecnológicos. Ser informado mais que nunca significa não só ter a liberdade de se expressar, mas também ter liberdade de escolher.

O processo atual, da revolução tecnológica, que cria a novel sociedade da informação, é marcado por dois momentos distintos.

O primeiro caracterizado pelos inventos e a evolução decorrente da Revolução Industrial (nos séculos XIX e início do século XX). Nesta, importantes criações foram fundamentais no desenvolvimento humano, tais como o telégrafo (que permitiu a transmissão de informações por meio de códigos) e o telefone (possibilitando a comunicação, por voz, de pessoas que se encontravam a milhares de quilômetros de distância).

A segunda etapa é marcada pela evolução da cibernética, conceituada como “ciência do controle por meio de máquinas de informação sejam estas máquinas naturais, como as máquinas orgânicas, ou artificiais”²⁶. A cibernética surgiu no EUA, por volta dos anos 40 do século passado e gerou fortes influências nos campos econômico, político e industrial. Na economia, com uma redução drástica dos custos de produção dos bens tecnológicos. No político e industrial, pela sua utilização como forma de crescimento estatal atrelado ao crescimento industrial. Por fim, possibilitou o acesso de um número cada vez maior de pessoas aos conhecimentos, em geral.

A nova sociedade originada pela evolução da tecnologia possui constituição similar à verificada pela Revolução Industrial.

Castells afirma que:

A tecnologia de informação é para esta revolução o que as novas fontes de energia foram para as outras Revoluções Industriais sucessivas, do motor a vapor à eletricidade, aos combustíveis fósseis e até mesmo à energia nuclear, visto que a

²⁶ RUYER, Raymond. *apud* WACHOWICZ. *Idem*, p. 42.

geração e a distribuição de energia foi o elemento principal na base da sociedade industrial.²⁷

Não há como negar, estamos numa “nova Revolução Industrial”. No entanto, esta não apresenta um único marco histórico que nos remeta ao início de tudo. O certo é que teve início no pós Segunda Guerra. Ela é notadamente marcada pela presença evolutiva dos computadores e suas gerações. O computador torna-se um valioso instrumento de comunicação, da economia e de poder. Ela é dividida em três fases distintas.

A primeira, denominada Era da Eletrônica, surge com a invenção do primeiro computador eletrônico, chamado de ENIAC. Ele surgiu em 1945 com a função de realizar cálculos balísticos. Não era interativo com o homem, tendo em vista que não possuía teclado nem monitor.

A segunda, Era Digital, se distingue pelo aparecimento dos computadores pessoais: PC, a partir da década de 80. Apple e IBM são as principais empresas precursoras de tal feito, com a criação de importantes itens tecnológicos, como o *hardware* e o *software*. Nesta fase o computador torna-se interativo com o homem, tornando-se num veículo de comunicação.

A terceira e atual fase, Era da Informação, e baseada na rede mundial de computadores: a *internet*. Sua conceituação encontra os mais variados sentidos e significações. Dentre as mais variadas possíveis Gennari preleciona que:

A internet não tem dono nem presidente, tampouco sede ou limites geográficos. Para participar dessa rede você precisa apenas de um microcomputador, um modem, uma linha telefônica e dos serviços de um provedor de acesso para ligá-lo à Internet. Você pode pensar na Internet como uma rede telefônica onde, em lugar de um aparelho telefônico, está um computador, o que a transforma numa rede telefônica audiovisual. Repare que, quando dizemos que você entrou na Internet, queremos dizer que você se conectou com algum computador que está em rede. Ninguém entra na rede sem se conectar com outro computador, assim como você só entra na rede telefônica quando escuta uma chamada completa.²⁸

A *internet* é somente um veículo de comunicação como outros, que permite a transmissão do conhecimento, mas também um meio de transporte, por permitir a negociação dos mais variados bens da vida. Da mesma maneira que a impressão tipográfica de Gutenberg causou uma revolução, a *internet* tem provocado modificações sociais e políticas, surtindo efeitos radicais em nossa cultura e forma de pensar. Nunca na história da humanidade tantos dados foram acessíveis de forma rápida a tantas pessoas. Em breve, quase todo tipo de

²⁷ CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 50.

²⁸ GENNARI, Maria Cristina. *Minidicionário Saraiva de Informática*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 198-199.

conhecimento humano estará acessível ao alcance de qualquer pessoa que possua acesso à Internet.

A Portaria nº 148/95, do Ministério das Comunicações define a *internet* como “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores”.

Tecnicamente, a internet é um sistema de comunicação ao público de informações, em hipermídia, dispersas no ciberespaço. Visto que para acessá-las é necessário o usuário contratar um provedor, que disponibilizará o acesso à internet, proporcionando a transmissão de dados digitais, e permitindo o acesso à informações dispersas no ciberespaço²⁹.

A história da internet é iniciada com o projeto ARPA do Departamento de Defesa do Governo Norte-Americano.

A criação e o desenvolvimento da Internet nas últimas três décadas do século XX foram consequência de uma fusão singular de estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação contracultural. A internet teve origem no trabalho de uma das mais inovadoras instituições de pesquisa do mundo: a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA) do Departamento de Defesa dos EUA.³⁰

No ano de 1957 o projeto americano pretendia criar um sistema de telecomunicações entre computadores, interligados de forma descentralizada, de maneira que caso algum sofresse algum dano os demais continuassem a funcionar. Esta corrida tecnológica surgiu em plena Guerra Fria, com a tensa ameaça de Guerra Nuclear entre EUA e a ex-União Soviética. O marco histórico da internet é no ano de 1969, quando há o relato da primeira comunicação remota entre computadores com a rede ARPA. Nas duas décadas seguintes (70-80) o crescimento da rede foi exponencial, havendo a interligação de outras redes, inclusive com a conexão de grandes universidades e organismos de pesquisa dos EUA, e a criação de novas.

No Brasil a revolução tecnológica da era da informação somente tem início no fim da década de 80 (1988), quando a FAPESP realiza sua primeira conexão. Em seguida ocorreram novas investidas por parte de outras universidades (UFRJ) e, em 1992, por parte do Governo Federal, ao criar a RNP, pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, trazendo a infra-estrutura para a conexão nas principais capitais do país, nas universidades, fundações de pesquisa e órgãos do governo.

Na década de 90 tem início propriamente a Era da Informação, caracterizada pela criação e conexão de vários tipos de redes de informática. Surge, assim, um novo elemento: o

²⁹ PIMENTA. 2004. p. 74.

³⁰ CASTELLS. 2005. p. 82.

Ciberespaço. Este é caracterizado por permitir a interconexão entre redes e possibilitar, num ambiente digital, a emissão e recepção de informações.

Assim, definitivamente, na nova sociedade da informação os conhecimentos passam a ser transmitidos com uma incrível velocidade. Ao mesmo tempo ficam disponibilizados para um número cada vez maior de pessoas, gerando algumas consequências no campo do direitos da propriedade intelectual, mas notadamente na seara dos direitos autorais. O desenvolvimento da internet possibilita o acesso irrestrito de conteúdos que estão disponíveis na rede, muitas vezes sem nenhum custo econômico para aquele que os adquire. Assim, torna-se possível a aquisição de novos conhecimentos sem efetivamente nenhum custo. Daí surgem novos questionamentos do papel da internet frente aos direitos autorais. Sua utilização é benéfica ou não para os criadores e disseminadores do conhecimento humano? Como se tornou possível a utilização de conteúdos sem o respectivo pagamento, por exemplo, dos direitos autorais de um determinado artigo científico? Será o fim dos direitos dos autores quando sua obra imaterial é colocada no meio digital? E como ficam os direitos morais do autor quando sua obra é utilizada e não é feita a devida referência à sua paternidade da obra? Enfim, o direito autoral encontra-se em crise? Ainda não responderemos neste ponto. Antes é precisamos apresentar alguns elementos de um novo conceito de sociedade disseminada pelo sociólogo Zygmunt Bauman: a sociedade líquida.

Bauman é um sociólogo polonês radicado na Inglaterra desde 1971, que disseminou seu conceito de modernidade e sociedade líquidas, noções trazidas por sua “sociologia humanística”. Em suas obras trata de variados temas, mas sempre se preocupando com uma dimensão ética do ser, como forma de promover a justiça social.

Em boa parte de nosso planeta, ao menos na que se considera desenvolvida, têm acontecido algumas mudanças, intimamente interligadas e interconectadas, que criam um novo ambiente para a vida dos indivíduos. Estes acontecimentos levam em consideração fatos sem precedentes em nossa história. Há a passagem de uma sociedade “sólida” para uma “líquida”. Na atualidade as organizações sociais não mais conseguem manter sua forma por muito tempo, tendo em vista que a velocidade dos fatos e informações não mais permite que haja uma reorganização de seus elementos. Há o surgimento de algo novo, logo em seguida, que impede sua “solidificação”.

A “sociedade” é cada vez mais vista e tratada como uma “rede” em vez de uma “estrutura” (para não falar e “totalmente sólida”): ela é percebida e encarada como

uma matriz de conexões e desconexões aleatórias e de um volume essencialmente infinito de permutações possíveis.³¹

Hoje, vivenciamos uma fase em que o novo não mais o é. E isso se deve pela visão da sociedade como uma rede, que permite uma séria de conexões, gerando novos conhecimentos e desconstruindo os já existentes, tudo numa velocidade sem precedentes. Coexistimos com mutações sociais que tendem a se modificar cada vez mais rápido. Vivemos num mundo em que aqueles que não possuem as informações não são considerados. A nova forma de viver não nos permite ficar de fora da sociedade da informação, ao menos para aqueles que vivem em comunidade.

Bauman afirma que:

[...] num planeta atravessado por “auto-estradas da informação”, nada que acontece em alguma parte dele pode de fato, ou ao menos potencialmente, permanecer do “lado de fora” *intelectual*. Não há *terra nulla*, não há espaço em branco no mapa mental, não há terra nem povos desconhecidos, muito menos incognoscíveis.³²

Um fato é certo: estamos vivendo num planeta globalizado (por mais que isso possa trazer consequências positivas ou negativas) e os problemas enfrentados não mais se tornam problemas locais.

Trazendo tais ensinamentos para a seara dos direitos autorais podemos afirmar que hoje não é possível mais vivermos distantes do conhecimento. Ele se tornou uma ferramenta poderosa de sobrevivência, ainda mais se observarmos que de fato estamos numa fase histórica em que as informações são novas; construídas, desconstruídas e reconstruídas a cada instante, quase que instantaneamente. A internet nos possibilita o acúmulo dos conhecimentos, mas até que ponto há o respeito aos criadores das obras? É possível obedecer aos postulados constitucionais que pugnam pelo acesso ao conhecimento e, ao mesmo tempo, garantir os direitos dos criadores sobre suas produções intelectuais? Esses são alguns questionamentos que responderemos ao longo do trabalho, mas podemos afirmar que é possível sim uma equalização dos direitos fundamentais de acesso à informação, cultura e educação em consonância com os direitos autorais, em especial na atual sociedade da informação.

O certo é que com o desenvolvimento do novo modelo social, baseado na informação, e com o surgimento de novas tecnologias o direito de autor sofre alguns impactos diretos, e isso desde o século XX. Há questionamentos de toda ordem com a ocorrência da

³¹ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007. p. 11.

³² BAUMAN. *Idem*, p. 11.

democratização da cultura por meio dos meios de comunicação em massa. Essa nova onda representa a quebra de alguns paradigmas presentes nos direitos autorais, tais como: utilização do meio físico como principal meio de difusão da obra intelectual e o respeito aos direitos patrimoniais dos autores.

A crescente utilização de ferramentas digitais na produção de obras intelectuais, e sua livre disponibilidade na internet, gerou uma perspectiva assustadora dos titulares de direitos autorais: a violação de seus direitos. Hoje novos conceitos estão sendo introduzidos como forma de aliar o crescimento social ao respeito dos direitos autorais. A despersonalização, ou repersonalização, dos direitos autorais atende aos anseios constitucionais, permitindo um respeito aos direitos morais do autor.

Há certo tempo já se fala na crise do direito autoral, esta atrelada ao desenvolvimento da sociedade informação. Os discursos giram em torno da defesa de modificações estruturais no sistema de proteção de tais direitos, que passam por uma instabilidade generalizante em virtude do desenvolvimento de novas tecnologias. Em verdade, o direito autoral sempre passou, no decorrer de sua história, por fases marcadas pela invenção de novas tecnologias, de um lado, e de outro, por reações jurídicas frente a tais desenvolvimentos. Assim foi desde o desenvolvimento da tipografia e as respectivas legislações posteriores, numa verdadeira **guerra**.

A crise da propriedade intelectual, mais especificamente do direito autoral, é um fenômeno complexo e se desenvolve em vários aspectos, mas principalmente nos moldes conceituais e em sua eficácia.

No plano jurídico, há um verdadeiro abismo entre as várias concepções conceituais que acabam por afetar sobremaneira a forma como a doutrina e a jurisprudência a analisam. No campo conceitual desde a sua origem a propriedade intelectual encontrou sérios problemas, principalmente relacionados com o próprio conceito de propriedade a ser aplicado em tal seara. A propriedade intelectual reúne várias disciplinas sob a mesma nomenclatura e tenta, numa forma quase sobre-humana, reuni-las sob uma única unidade conceitual. Verdade é que todas apresentam um caractere comum: a defesa da imaterialidade. Mas assim mesmo apresentam controvérsias, chegando mesmo autores a incluírem a defesa dos direitos da personalidade entre seus objetos.

Abrão³³, por exemplo, ao definir a propriedade imaterial, acrescenta no objeto da proteção os direitos da personalidade, ao lado dos direitos autorais e dos conexos. Sabemos

³³ ABRÃO. *Idem*, p. 15.

que os direitos morais guardam estreita relação com os direitos da personalidade, mas não podemos confundi-los. Aqueles são espécies do gênero deste. Ademais, não podemos considerar como propriedade os direitos da personalidade, posto que estes são inalienáveis, ao passo que boa parte dos direitos autorais são inalienáveis. O termo “propriedade” na verdade não é dos mais felizes, pois engloba, em sua essência, direitos que não são propriamente entendidos como propriedade, como por exemplo, o campo dos direitos morais, que não são alienáveis, característica basilar da propriedade. Mesmo assim durante séculos continuamos a usar tal terminologia, por grande força semântica que a palavra carrega, bem como pela sua carga de poder. Mas, infelizmente não podemos abandonar o uso de tal expressão de uma hora para outra, ainda mais quando seu uso está enraizado nas legislações internacionais e pátrias.

Na outra ponta da crise encontramos a propagada ineficácia da legislação autoral em proteger os autores, principalmente pelo desenvolvimento das novas tecnologias informação, notadamente da internet.

A fonte primária da eficácia jurídica é o fato jurídico. Neste plano podem ingressar e produzir efeitos todos os fatos jurídicos *lato sensu*, aí englobados os atos anuláveis, os ilícitos e os nulos a que a lei reputar de forma expressa algum efeito. A eficácia jurídica, assim, tem como predicado essencial que ocorra a concreção de todos os elementos descritos no suporte fático, com a conseqüente revelação do fato jurídico.

Saliente-se que a noção de eficácia jurídica aqui descrita destoa substancialmente da revelada por Kelsen, segundo o qual a eficácia jurídica de uma norma reside no fato da mesma ser cumprida, ao menos em parte, pela sociedade a que ela é destinada. É justamente neste ponto que residem as maiores confusões. Os autores, não cientes dos reais contornos de cientificidade fazem uma verdadeira confusão conceitual, utilizando indistintamente as expressões de autores diversos como se fossem sinônimas, com os mesmos significados, o que não pode, em nenhuma hipótese, ser considerada válida.

Ensina Pontes de Miranda que:

*Eficácia jurídica é o que se produz no mundo do direito como decorrência dos fatos jurídicos, e não, como definiu A. Manigk (Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 16), a mudança que atua nas relações jurídicas. Aliás, é sempre de atender-se a que não é ao suporte fático (Tatbestand) que corresponde a eficácia. Os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte. Só de fatos jurídicos provém eficácia jurídica.*³⁴

³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. 2 ed. Tomo I (Parte Geral). Campinas: Bookseller, 2000. p. 50.

Destaque-se que a eficácia jurídica não possui uma relação de causalidade normativa, tal como ocorre com a incidência. Apesar da existência do fato jurídico, nem sempre ocorre a eficácia jurídica. Mello destaca que:

[...] apesar de a eficácia jurídica ser a finalidade última e a razão de ser do fato jurídico, em face de sua própria natureza ou de condições que lhe são estranhas, é suscetível de não irradiar-se (testamento, negócios jurídicos sob condição suspensiva, negócios jurídicos nulos, por exemplo). Falta, portanto, à relação *fato jurídico R eficácia jurídica* univocidade e constância, o que é bastante para descaracterizar a relação com de causalidade; define-se ela ao invés como de probabilidade.³⁵

Com o surgimento da revolução tecnológica muitos autores têm questionado a aplicabilidade ou não da nossa LDA ao plano digital. Com o avanço da utilização da *internet*, se tornou muito mais fácil a obtenção de qualquer informação.

Embora com o avanço tecnológico tenha havido um crescimento vertiginoso das informações postas à disposição do público em geral, nada mudou o direito autoral do ponto de vista jurídico. Ao menos não no plano da incidência da lei. O autor continua possuindo os direitos morais e patrimoniais de sua obra. Em verdade o que mudou foi somente na óptica do usuário da *internet*, que pode efetuar cópias variadas, com a possibilidade de violação dos direitos autorais, como caso simbólico podemos citar a impunidade dos Hackers.

A própria LDA, em seu art. 7º, diz 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 [...] (grifo nosso)

Assim, mesmo as publicações veiculadas na *internet* são passíveis de proteção pela LDA, seja qual for a forma de sua expressão. Para a veiculação da criação do autor na rede basta o requisito da vontade, mas argumenta-se se a proteção da LDA às criações e publicações intelectuais no meio digital seria eficaz, ou se seria efetiva.

Muito se tem propagado a falácia de que a legislação autoral não possui eficácia no meio digital. Talvez por puro desconhecimento dos conceitos difundidos e ensinados por Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello.

A eficácia, como já antes tratada, consiste na produção de efeitos jurídicos pela ocorrência do fato jurídico, este como consequente da incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático. Assim, podemos afirmar que a legislação brasileira de direitos autorais possui eficácia jurídica sim, mesmo quando obras do intelecto humano são reveladas pelo meio

³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia – 1ª parte*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 25.

digital. Não há razão para confusão. Explicamos. Com a adoção da Teoria Ponteana do Fato Jurídico o fenômeno da eficácia jurídica não se confunde com o conceito de efetividade da norma jurídica.

A efetividade da norma jurídica não é um dado inerente à juridicidade da norma. É tão-somente uma questão situada no plano sociológico do fenômeno jurídico, significando o atendimento de uma comunidade aos comandos da norma jurídica. Assim, com a incidência da norma jurídica de direitos autorais no seu suporte fático suficiente, tem-se a ocorrência do fato jurídico, com a conseqüente eficácia jurídica. Não há motivos para conflitos de conceituação.

Mello ensina que:

No plano da Sociologia Jurídica, a validade de uma norma ou mesmo de todo um ordenamento jurídico significa que aquela norma ou ordenamento é aceito, atendido, pela comunidade jurídica a que diz respeito, ou seja, a comunidade se comporta segundo os seus comandos. Aqui *validade* tem o mesmo significado que *efetividade*. Não é somente usual, como é preferido pela maioria da doutrina, porém, o emprego da palavra *eficácia* para designar esse aspecto da validade do direito. Esse termo (*eficácia*), no entanto, nos parece impróprio porque gera confusão com outros sentidos mais específicos de eficácia, tais como **eficácia jurídica (= efeitos decorrentes dos fatos jurídicos)** e eficácia normativa (= incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático, criando o fato jurídico).³⁶ (*grifo nosso*)

Quando tratamos da eficácia jurídica, não estamos nos referindo aqui à visão kelseniana de eficácia da norma jurídica, onde esta seria o resultado da obediência da norma, mesmo que por uma parcela mínima da sociedade em que ela é posta. Tal conceito da teoria de Kelsen consiste no conceito de efetividade da norma jurídica, antes explicitado. Mello afirma “em verdade, o conceito kelseniano de eficácia corresponde àquele que denominamos *efetividade da norma*, e não constitui dado inerente à juridicidade em si, mas é questão que se situa na dimensão sociológica do fenômeno jurídico”³⁷.

Kelsen diz que

Uma **norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que - como costuma dizer-se - não é eficaz** em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição da sua vigência.³⁸ (*grifo nosso*)

³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1-2.

³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia – 1ª parte*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 25.

³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 8.

Depreende-se de sua visão a distinção teórica existente acerca da conceituação de eficácia. Assim, com o consequente entendimento das distinções aqui traçadas, nos filiamos à posição dos mestres alagoanos (Ponte de Miranda e Marcos Mello) acerca dos conceitos práticos de eficácia jurídica e efetividade da norma. Não há motivos práticos para um conflito conceitual.

Em verdade, o que podemos pensar é na inefetividade da lei de direitos autorais brasileira quando das publicações de obras na internet. Se há crise, esta certamente não é de eficácia, mas sim de inefetividade, e em decorrência de certas práticas de cunho social. Talvez até mesmo por questões culturais, econômicas, etc., boa parte da sociedade nacional não obedeça aos comandos legais, como, por exemplo, pela impossibilidade de reprodução de obras integrais, por meio das tão famosas máquinas de “xerox”, inclusive existentes – e combatidas por muitos – no meio universitário-acadêmico. Talvez a falta de acesso à educação básica, a falta de recursos financeiros, entre outras tentativas de explicarmos o fenômeno social, possam explicar a inefetividade da lei. O que não podemos é falar numa ineficácia da norma jurídica.

2 REGULAMENTAÇÃO LEGAL INTERNACIONAL E NACIONAL (CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL) PROTETIVA DOS DIREITOS AUTORAIS

2.1 SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

Num âmbito de interesses transnacionais em que convivem os vários ramos da propriedade intelectual necessário se faz que os Estados exercitem sua soberania, inclusive mantendo relações com outros Estados. Tais interações interestatais são possíveis graças a existência de um conjunto de normas e procedimentos regulatórios de tais direitos, que garantem, inclusive, sua existência tais direitos nas órbitas públicas e privadas. O fato do direito da propriedade intelectual proteger bens imateriais torna ainda mais difícil a relação de proteção a ser conferida, daí a grande necessidade de legislações nos âmbitos regionais (específicos) e internacional.

Segundo Hammes, “o direito da propriedade intelectual é considerado, hoje, o conjunto de disciplinas relativamente novas que foram incluídas em diversas áreas do direito com as quais apresentavam certa afinidade”³⁹. E continua, “o que eles têm em comum é a imaterialidade, é o fato de resultarem de atividade intelectual humana e não da força física. Constituem um direito de propriedade intelectual”.

A propriedade intelectual refere-se a idéias, construções mentais (daí a imaterialidade) que são materializadas num meio físico. Segundo Del Nero, são “criações intelectualmente construídas a partir de formas de pensamento que se originam em um contexto lógico, ou socialmente aplicável ao conhecimento técnico-científico, desencadeando ou resultando uma inovação”⁴⁰.

A literatura acerca da propriedade intelectual utilizada terminologias diversas para expressar ou se referir a um mesmo ramo ou a suas subdivisões, daí encontramos: propriedade artística, científica e literária; propriedade imaterial; propriedade industrial; direito autoral. Todas estas são expressões são dotadas de um conceito próprio e com características individuais. A propriedade artística, científica e literária cuida das obras correlatas, em geral, e são disciplinadas no cenário brasileiro pela nossa LDA. A nomenclatura propriedade imaterial é relacionada com a forma do objeto protegido, que não é de ordem material ou

³⁹ HAMMES. *Idem*, p. 17.

⁴⁰ DEL NERO, Patrícia Aurélio. *Propriedade Intelectual – A Tutela Jurídica da Biotecnologia*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 43.

corpórea. Seu objeto possui origem abstrata, sendo a modalidade de propriedade que incide sobre os direitos e coisas não tangíveis. Já o direito da propriedade industrial envolve a proteção jurídica conferida pelos Estados às marcas e patentes. Tal ramo é o “conjunto de normas que tem por objetivo regular os direitos sobre patentes de invenção, modelos de utilidade, modelos e desenhos industriais, marcas de produtos e/ou serviços”⁴¹.

No mundo contemporâneo a propriedade intelectual passa a ter importância decisiva nos processos produtivos, notadamente no desenvolvimento dos países desenvolvidos. Mas tal papel não existe somente na atualidade, ele já vem de há muito tempo, mesmo antes da invenção dos tipos móveis. Com tal valoração no mundo atual, a propriedade intelectual passa a ser regulamentada e construída por diversos tratados internacionais que propagam seus efeitos aos países signatários, com vistas a efetivar uma regulamentação legal da matéria e determinar que os mesmos implantem tais determinações no plano interno.

No panorama internacional de proteção da propriedade intelectual encontramos como o principal documento norteador a Convenção de Berna de 1886. Passemos à sua análise histórica e legal.

2.1.1 A Convenção de Berna de 1886 e alterações posteriores

Com a quebra dos privilégios concedidos aos impressores e editores no século XVIII pela Revolução Francesa e o surgimento de legislações internas (em 1791 e 1793), que reconhecem a propriedade artística e literária aos criadores, muda-se o curso da história de proteção dos direitos autorais. Com tal reconhecimento os bens imateriais passaram a ter presença marcante no cenário comercial mundial, circulando intensamente nos territórios dos mais variados Estados. Em virtude de sua capacidade de disseminação no meio comercial os Estados percebem a importância de elaborarem normas que sejam capazes de proteger suas criações, quer nos limites de seu próprio território, quer seja noutros. Com a possibilidade de violação dos direitos referentes ao bem imaterial em qualquer dos territórios, percebe-se a necessidade urgente de tutelar juridicamente tal bem.

Até a segunda metade do século XIX, o assunto era tratado pelas regras do Direito Privado de cada Estado, estendidas às questões internacionais e que não se especificavam, expressamente, na propriedade intelectual, fato que veio a modificar-se quando, por iniciativa francesa, em 20 de maio de 1883, foi assinada a Convenção da União de Paris – CUP. Em 1886, com a Convenção de Berna, que trata da proteção das obras literárias e artísticas, houve o reforço da idéia de um sistema

⁴¹ BASTOS, Aurélio Wander. *apud* DEL NERO. *Idem*, p. 47.

multilateral de proteção à propriedade intelectual, ao serem prescritas regras práticas e comuns inerentes ao assunto.⁴²

A Convenção de Berna é o mais importante tratado internacional a regular a matéria referente aos direitos autorais. Celebrada em Berna (Suíça) no ano de 1886 já passou por vários complementos (em Paris, no ano de 1896), revisões (Berlim-1908; Roma-1928; Bruxelas-1948; Estocolmo-1967; Paris-1971) e sofreu uma emenda (em Paris no ano de 1979). Por ela vários países signatários se unem numa tentativa de estabelecer algumas regras comuns que venham a proteger suas “obras literárias e artísticas”. A aliança destes países é conhecida também como Acordo Unionista, pois une, num só documento, vários Estados que decidiram pela proteção. Por obras literárias e artísticas devemos entender quaisquer tipos de produção nos campos literários, artísticos ou científicos, que inclui, por exemplo: o original da obra, suas traduções, adaptações, arranjos, etc.

Como precedeu à primeira grande guerra, o que equivale a dizer que foi anterior à própria formação da Liga das Nações, embrião da ONU, chamou-se inicialmente essa Convenção de sistema da “União de Berna”, representado cada país “unionista” uma espontânea adesão ao feixe de proteções *jurídicas* elencadas. Até então, os tratados e convenções internacionais tinham caráter eminentemente político ou militar, sendo Berna a pioneira a tratar de um assunto especificamente jurídico⁴³.

A Convenção de Berna, apesar da data de criação, continua sendo o principal documento internacional a proteger o Direito de Autor, e atualmente é administrada pela OMPI, principal organização internacional responsável pela negociação e administração de Tratados de Propriedade Intelectual. A proteção conferida referida Convenção é tratada pela doutrina como extremamente protetiva, ao reduzir as possibilidades, por exemplo, de reprodução da obra, exigindo o prévio ajuste entre as partes para a utilização da obra, principalmente com finalidade econômica. De tal fator decorreu, durante muito tempo, a negativa dos EUA em assinarem este Tratado. Segundo Mallmann, a Convenção “[...] caracteriza-se pela sua proteção mais radical do Direito de Autor, o que fez com que os Estados Unidos somente viessem a aderir à mesma, em 1989”⁴⁴.

Originalmente a Convenção não trazia a previsão dos direitos morais do autor, que somente foram incluídos por ocasião da Revisão de Roma, em 1928. Nessa ocasião fora incluído o artigo “6 bis” que prevê:

Artigos 6 bis:

1) independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e

⁴² BARROS. *Idem*, p. 78-79.

⁴³ ABRÃO. *Idem*, p. 43.

⁴⁴ MALLMANN. *Idem*, p. 197.

de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou a sua reputação.

2) Os direitos reconhecidos ao autor por força do parágrafo 1 antecedente mantêm-se, depois de sua morte, pelo menos até à extinção dos direitos patrimoniais e são exercidos pelas pessoas físicas ou jurídicas a que a citada legislação reconhece qualidade para isso. Entretanto, os países cuja legislação, em vigor no momento da ratificação do presente ato ou da adesão a ele, não contenha disposições assegurando a proteção, depois da morte do autor, de todos os direitos reconhecidos por força do parágrafo 1 acima, reservam-se a faculdade de estipular que alguns desses direitos não serão mantidos depois da morte do autor.

3) Os meios processuais destinados a salvaguardar os direitos reconhecidos no presente artigo regulam-se pela legislação do país onde a proteção é reclamada.⁴⁵

Ressalte-se que em 1908, em Berlim, foi tentada a inclusão dos direitos morais no texto do Tratado, mas a tentativa restou sem sucesso, inclusive pela pressão exercida pelos EUA, que à época não aderiam à Convenção. Os EUA somente aderiram ao Acordo muito tempo depois, e mesmo assim com reservas ao artigo 6 bis, que não é aplicável na sua ordem interna, portanto.

Uma das características principais trazidas pelo Acordo Unionista é a informalidade na caracterização do direito do autor sobre sua obra, não havendo a necessidade de registro prévio para a atribuição do direito de paternidade à obra, desde que seja possível, por óbvio, efetivar tal atribuição provável por outros meios. Berna visa a garantir ao autor e à sua obra, segundo Abrão, três mínimos níveis de proteção, que são conseguidos com o atendimento aos seguintes princípios:

- Princípio do Tratamento Nacional, segundo o qual será dispensada às obras estrangeiras o mesmo tratamento dispensado por qualquer país às obras de seus respectivos nacionais;
- Princípio da Proteção Automática, segundo o qual a proteção independe do cumprimento de qualquer formalidade como o registro ou o depósito para o gozo da proteção legal;
- Princípio da Independência na Proteção, segundo o qual a fruição e o exercício dos direitos independem até mesmo da existência de proteção no país de origem da obra, desde que circule por outros países membros da União.⁴⁶

Em razão da não adesão dos EUA ao Acordo de Berna, em 1952, nos pós Segunda Guerra, por iniciativa da UNESCO, é realizada em Genebra uma conferência diplomática com vistas criar uma nova Convenção capaz de vincular os americanos. Assim, surge a Convenção Universal de Genebra, que trata basicamente de aspectos pessoais e econômicos relacionados à obra, ao passo que o Tratado de Berna privilegia o tratamento do autor. Saliente-se que a maior parte dos países signatários de Berna aderiu ao Tratado Universal, alcançado este um patamar de universalidade.

⁴⁵ Convenção de Berna de 1886. In: *Propriedade Intelectual: legislação e tratados internacionais*. Maristela Basso *et. al.* (org.). São Paulo: Atlas, 2007. p. 62.

⁴⁶ ABRÃO. *Idem*, p. 44.

“A Convenção de Berna [...] tanto por contemplar os direitos morais, como por desprezar as formalidades como garantia de proteção não contou até 1º de março de 1989 com a adesão dos Estados Unidos da América do Norte”⁴⁷.

Esta Convenção caracteriza-se pela adoção dos princípios do tratamento nacional, princípio da assimilação das obras estrangeiras às nacionais, e da formalidade mínima indispensável.

Anteriormente ao Tratado de Genebra, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, os direitos morais são reconhecidos como Direitos Humanos, no art. 27, a saber: “Todos têm direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”.

2.1.2 Aspectos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio: GATT, OMC e ADPIC/TRIPS

O final do século XX, mais especificamente em suas duas últimas décadas, é marcado pela atenção dada à propriedade intelectual enquanto fator de desenvolvimento econômico. Isto em decorrência do processo de globalização da sociedade, principalmente no campo da economia, e dos avanços da tecnologia. A produção da indústria foi se solidificando em setores da economia ligados a áreas de pesquisa e inovações. Com a massificação da economia e sua disseminação surge um novo fator que veio a gerar tensões entre países desenvolvidos e os “emergentes”: a pirataria de produtos, ante a não existência ou parco desenvolvimento dos direitos da propriedade intelectual.

“Revelou-se a íntima relação entre o comércio internacional e os direitos de propriedade intelectual. Era necessária uma adequada e eficaz proteção jurídica, o que fez surgir o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC)”⁴⁸. Em inglês, TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*). Havia uma “necessidade de igualar métodos de ação, de punição e de proteção entre países de sistemas jurídicos diferentes, o que era evitado por Berna e Genebra, cuja preocupação maior sempre foi o respeito às legislações internas e a soberania de seus Estados-Membros”⁴⁹.

⁴⁷ ABRÃO. *Idem*, p. 46.

⁴⁸ FRIEDRICH, Tatyana S. FONSECA, Karla C. Regulamentação da Propriedade Intelectual: uma análise crítica. In: *Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à Professora Maristela Basso*. Patrícia L. de Carvalho (coord.). Curitiba: Juruá, 2005. p. 64-65.

⁴⁹ ABRÃO. *Idem*, p. 49.

Em virtude da inação dos órgãos relacionados aos Acordos de Berna (OMPI) e Genebra (UNESCO), a partir de 1979 as necessidades já mencionadas passam a ser discutidas pelo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*). As discussões envolvendo os direitos da propriedade intelectual e o comércio de tais bens imateriais intensificam-se, principalmente em razão das elevadas somas de capital já inseridas. Com o início das discussões na Rodada do Uruguai (1986) há a criação da OMC, em 1994. Esta organização, que não é vinculada à ONU, passa a regular o comércio internacional de bens materiais, por meio do próprio GATT, ao passo que noutra frente, efetiva a regulamentação dos bens imateriais por meio da criação do Acordo TRIPS. A criação do TRIPS partiu do pressuposto de que o aumento da proteção conferida aos direitos da propriedade intelectual aumentaria sensivelmente o comércio mundial. Logo, as “obras do espírito, de caráter estético, cultural, artístico passaram a ser consideradas como mercadoria, de alta aceitação e consumo no mundo inteiro [...]”⁵⁰.

O Acordo ADPIC foi promulgado no Brasil por meio do Decreto n.º 1.355, de 1994. Ele é o Anexo 1C do Acordo de Marraquesh que criou a OMC, aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n.º 30/94. Definitivamente o Acordo ADPIC entrou em vigor no Brasil quatro anos após sua promulgação, após cumprir todos os prazos legais previstos no mesmo.

Tal acordo traz como princípios básicos:

- a) tratamento nacional: previsto no art. 3º, afirma que aos nacionais dos Estados-Membros conceder-se-á tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais;
- b) tratamento da nação mais favorecida: previsto no art. 4º, afirma que toda vantagem, privilégio ou imunidade que um membro conceda a seus nacionais deva ser extensivo, imediata e incondicionalmente aos nacionais dos demais membros;
- c) prevenção de abusos: previsto no art. 8º, 2, afirma que se faculta aos Estados-Membros a aplicação de medidas apropriadas para prevenir o abuso dos direitos da propriedade intelectual por seus próprios titulares ou coibir as práticas que limitem de maneira injustificada o comércio ou prejudique a transferência internacional de tecnologia;

⁵⁰ ABRÃO. *Idem*, p. 50.

- d) exaustão de direitos: previsto no art. 6º afirma que em nome da liberdade do comércio, os titulares de direitos da propriedade intelectual esgotam o exercício desses direitos na primeira utilização pública consentida, não mais podendo impedir que terceiros, a partir daí, as explorem, desde que respeitada a respectiva remuneração;
- e) obrigatoriedade ou adesão sem reservas: previsto no art. 2º, itens 2 e 3 da Ata Final, afirma que nenhum Estado poderá integrar a OMC com condicionantes ou reservas em nome da unidade do sistema; e, por fim,
- f) a cooperação técnica e financeira: prevista no art. 67 e aplicável aos países em desenvolvimento, afirma que os países desenvolvidos comprometem-se a prestar assessoria na preparação de leis e prevenção de abusos em matéria de propriedade intelectual, incluindo apoio técnico e financeiro para a criação ou ampliação de escritórios e entidades nacionais competentes em matéria.

Na seara dos direitos de autor e conexos o ponto crucial do Acordo ADPIC foi a definição da forma de proteção a ser conferida pela indústria aos programas de computador, que antes possuíam proteção não excedente a quinze anos, por serem tratados à luz do direito de patentes. Com a utilização maciça de tais programas e sua grande finalidade lucrativa, as pressões exercidas pela indústria do software acabaram por incluí-lo, de forma artificial, no conceito de obras literárias tratado na Convenção de Berna, o que gerou uma proteção mínima do bem por cinquenta anos.

Especificamente no campo dos direitos autorais o principal ponto tratado no Acordo ADPIC foi a exclusão dos direitos morais. Com o posicionamento negativo dos Estados Unidos em relação aos direitos morais de autor o TRIPS, em seu artigo 9.1. acaba por excluir o artigo 6 bis do Tratado de Berna. Há uma clara e inequívoca diminuição na proteção conferida aos criadores, notadamente nos países signatários do Acordo Unionista.

As principais críticas direcionadas ao Acordo ADPIC/TRIPS baseiam-se na constatação de que o mesmo possui eminentemente uma natureza capitalista e ocidental de noção do conhecimento. “Alega-se que os direitos de propriedade intelectual (DPI), tal como concebidos pelo Acordo TRIPS, excluem os conhecimentos coletivos, comuns em comunidades camponesas e indígenas, onde são repassadas de geração para geração”⁵¹.

Ao reconhecer os direitos da propriedade intelectual apenas como direitos privados, conforme tratado em seu preâmbulo, exclui conhecimentos comunitários e universais

⁵¹ FRIEDRICH, Tatyana S. FONSECA, Karla C. *Idem*, p. 67.

disseminados pelos povos e cientistas, sendo considerado um “mecanismo para a privatização das ‘terras comunitárias intelectuais’ e a desintelectualização da sociedade civil”⁵².

2.1.3 Legislação Americana Protetiva do Direito de Autor na Mídia, Diretiva sobre Direitos Autorais da Comunidade Européia – Diretiva 2001/29/CE e o Projeto de Lei Francês punitivo do download ilegal

O primeiro ponto que trataremos, neste subitem, é acerca da legislação americana protetiva do direito de autor. Com a adesão dos EUA a várias convenções multilaterais e o desenvolvimento de novas tecnologias se fez necessário a adequação de sua legislação interna para atender aos novos anseios. Assim o Congresso norte-americano modificou sua legislação interna em 1998, com a alteração do Título 17 do Código norte-americano, o qual passou a ser chamado de “cópia digital do milênio” (DMA).

A novel legislação americana possui cinco títulos, mas o considerado mais importante, por ser pioneira no histórico de proteção mundial, é o segundo. Ele trata da responsabilidade de provedores de internet sobre o material protegido pelo direito autoral que for utilizado na rede mundial de computadores (*on line copyright infringement liability limitation*).

A importância de tal legislação deve-se ao fato da não existência, até à época, em caráter global, de nenhuma outra que viesse a tentar regular a utilização dos direitos autorais na mídia digital, e certamente servirá de modelo para outras legislações.

Noutro quadrante mundial, na Europa, o Parlamento e o Conselho Europeus, em 2001, cria a Diretiva 2001/29/CE, que tenta;

[...] harmonizar certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, à união dos países europeus mantendo a tradição de extremo respeito à legislação interna de cada país membro, e com vistas a um enquadramento legal flexível que estimule o desenvolvimento e a comercialização de novos produtos e serviços bem como a criação e a exploração de seu conteúdo criativo na sociedade da informação na Europa⁵³.

Dispõe, por exemplo, no item 3 de seu considerando que esta harmonização deve contribuir para a implementação das liberdades do mercado interno e enquadra-se no respeito dos princípios fundamentais do direito – especialmente os da propriedade, o que inclui a industrial – e da liberdade de expressão e do interesse geral. Caracteriza-se assim por ser um

⁵² *Ibidem*.

⁵³ ABRÃO. *Idem*, p. 55.

texto baseado marcado profundamente por gerir aspectos econômicos, numa clara e inequívoca proteção baseada no mercado global.

No caminho do ADPIC, reafirma a proteção conferida aos programas de computador e a bases de dados. Estabelece também exceções e limitações aos direitos da propriedade intelectual de uma forma exaustiva, desde que atendidos certos requisitos. No tocante às reproduções temporárias inexistem a prévia autorização, desde que, segundo Abrão⁵⁴:

- a) Constituem parte integrante e essencial de um processo tecnológico;
- b) Seu uso seja legítimo e permitam uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário;
- c) Não tenham significado econômico.

Estabelece limitações também ao direito exclusivo de reprodução, desde que feito por bibliotecas, escolas, museus ou arquivos que não tenham a finalidade econômica (lucrativa).

Na relação com o ADPIC, a Diretiva autoriza seus Estados-Membros a estabelecerem outras exceções aos direitos dos autores, estabelecendo a hipótese concreta da chamada “regra dos três passos”, que tem como regras principais (de uma forma resumida, por não ser objeto neste momento de nosso estudo aprofundá-la): 1) que não seja a reprodução o principal objetivo da obra; 2) que tal reprodução não prejudique a normal exploração da obra, *i.e.*, não estabelecendo a concorrência no plano comercial; e 3) que não venha a causar um prejuízo injustificado ao legítimo interesse do autor.

Em caminho diametralmente oposto ao da Diretiva da Comunidade Européia, a França, no ano de 2009, tenta efetivar por intermédio do Senado, a apresentação de um projeto de lei⁵⁵ que tenta proteger as criações intelectuais difundidas pela internet. Tal projeto, que já havia sido votado e negado no Conselho da Comunidade Européia foi aprovado pela Assembléia Nacional Francesa, mas não entrou em vigor por ser considerado um retrocesso na proteção dos direitos fundamentais. A principal crítica dispensada ao seu texto leva em consideração a criação de um Conselho de Alta Autoridade, com a finalidade de coibir eventuais abusos dos direitos autorais perpetrados pela internet, o qual tem a possibilidade inclusive de aplicar a penalidade de suspensão do serviço de internet (por até dois anos) daquele que violar os direitos autorais no meio digital.

⁵⁴ ABRÃO. *Idem*, p. 56.

⁵⁵ *Projet de Loi adopté le 13 mai 2009 – favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*. Disponível em: < <http://www.senat.fr/leg/tas08-081.html> >. Acesso em: 20 mai. 2009.

2.2 SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS: UM LONGO CAMINHO

A proteção da propriedade intelectual no direito brasileiro trilhou longos caminhos até a adoção de nossa atual legislação protetiva dos direitos autorais. Inicialmente faremos uma abordagem da evolução constitucional para, em seguida, tratarmos da proteção no plano das legislações ordinárias.

2.2.1 O direito autoral nas constituições brasileiras

O primeiro texto constitucional adotado em nosso país, a Constituição do Império de 1824, com toda sua importância histórica, sendo considerado um instrumento de estabilidade política, não estabeleceu nenhuma proteção aos criadores de obras literárias, artísticas ou científicas. Somente trazia a proteção do inventor (no art. 179, § 26), mas adotava nenhuma expressão referente ao direito de autor. Antes mesmo de sua adoção, na fase do Brasil-Colônia, a imprensa era proibida, e mesmo com a independência de nosso país, segundo Hammes, “o imperador D. Pedro II resistia a qualquer tentativa de conceder aos autores uma proteção que não derivasse do privilégio”⁵⁶. O ato adicional de 1837 também não fez nenhuma referência a tais direitos.

A primeira constituição a garantir os direitos autorais foi a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, que em seu art. 72, par. 26 dispunha: “Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico”. Ainda garantiu, no art. 72, par. 24, o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual ou industrial. Em verdade, a adoção no texto constitucional brasileiro da proteção a tais direitos somente se deu em razão da participação do Brasil, de 1886 a 1891, da rodada de negociações que resultou na criação da Convenção de Berna.

A Constituição de 1934, pós-guerra, trouxe grandes reflexos das transformações sociais ocorridas, principalmente no Ocidente. Com o crescente processo de industrialização dos países os direitos de autor foram reafirmados, permanecendo os direitos dos autores de reproduzirem suas obras com exclusividade. Assim foi o disposto no art. 113, par. 20: “Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de reproduzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar”.

⁵⁶ HAMMES. *Idem*, p. 21.

Já o texto constitucional de 1937 foi totalmente omissivo, não regulando a matéria em nenhum momento. Mas há uma razão de ser. Como a principal meta de tal texto era estruturar politicamente o Estado Novo, foram omitidas quaisquer referências à propriedade imaterial.

Segundo Abrão,

A preocupação do Estado Novo, autoritário e censor, era com respeito à liberdade de manifestação do pensamento por escrito, impresso ou por imagens (item 15, do art. 122). Foi a Carta de 37 que instaurou, a pretexto de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, “a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação” (art. 122, 15, a).⁵⁷

Com a supressão do direito de expressão, nada mais natural também que fosse efetivada a eliminação dos direitos dos autores e do produto de suas atividades intelectivas. Não houve, a bem da verdade, uma eliminação total, nesta fase, de tais direitos, posto que ainda eram regulados pelo Código Civil de 1916, ao tratar do direito de propriedade, que garantia a propriedade literária, artística ou científica. Havia assim a proteção infraconstitucional, mas que não mais era disciplinada como um direito fundamental e constitucional.

A Carta Política de 1946 restabelece as garantias anteriormente excluídas, garantindo os direitos autorais como um direito fundamental e pessoal, com previsão no art. 141, parágrafo 19.

A Carta Magna de 1967, com redação por sua Emenda Constitucional de 1969, manteve os direitos autorais no mesmo patamar de proteção antes conferido.

Por fim, a Constituição Federal Republicana de 1988 consolidou os direitos dos autores ao efetivar a proteção como um direito constitucional fundamental, por meio do art. 5º (inc. XXVII e XXVIII).

2.2.2 A proteção autoral brasileira infraconstitucional

A primeira legislação a tratar, mesmo que de maneira reflexa, acerca dos direitos autorais foi a que criou os cursos jurídicos em nosso país. A lei que criou as Faculdades de Direito de Olinda e São Paulo, em 11 de agosto de 1827, dispôs no art. 7º que:

Art. 7º - Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela Nação. estes compêndios, depois de aprovados pela

⁵⁷ ABRÃO. *Idem*, p. 63.

Congregação, servirão interinamente; submetendo-se porém à aprovação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, **competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos.** (grifo nosso)

A regulamentação dos direitos autorais no Brasil alcança efetiva proteção somente em 1830, por intermédio da legislação penal, com a criação do Código Criminal do Império, que trouxe a criminalização da contrafação. “No art. 261 criou indiretamente um direito autoral de reprodução a partir de um tipo incriminador que proibia a reprodução, em várias modalidades, de escritos e estampas feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros”⁵⁸. Não havia nesta fase a proteção jurídica conferida aos estrangeiros, e o direito era conferido aos nacionais por um período de dez anos após a morte do autor (se existissem herdeiros).

O Código Penal de 1890 continuou a efetuar a criminalização das condutas violadoras dos direitos autorais, por meio dos art. 342 e 344.

Os direitos libertários conferidos aos autores pela Constituição de 1891 permaneceram até a Emenda Constitucional de 1969, quando é publicada a primeira legislação infraconstitucional acerca dos direitos autorais, a Lei nº 496, de 1898, conhecida por Lei Medeiros Albuquerque, o primeiro estatuto civil a regular tais direitos. Aprovada após o Tratado de Berna a lei passa a tratar o direito de autor como um privilégio, estabelecendo a proteção durante cinquenta anos após o primeiro de janeiro ao da publicação (art. 3º, 1º). Trazia, no entanto, uma condicionante para o exercício de tal direito, que fosse feito o depósito na Biblioteca Nacional da obra, dentro de dois anos, sob pena de perda do direito.

O direito de autor fazer ou autorizar traduções, representações ou execuções era limitado no tempo, por dez anos (de acordo com o disposto no art. 3º, 2º). Seu art. 19 definiu o crime de contrafação, conceituando-o como “todo atentado doloso ou fraudulento contra o direito do autor”.

Esta Lei também inovou ao trazer, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, o sistema de limitações aos direitos autorais. Estabeleceu um rol de limitações que tomamos por base para nossas futuras legislações. Seu art. 22 trouxe sete limitações e descaracterizou algumas condutas tratadas como contrafação.

Antes desta Lei algumas tentativas foram feitas com a intenção de introduzir a regulação da matéria no âmbito nacional, todas se sucesso. Allan Souza afirma que:

⁵⁸ MIZUKAMI, Pedro Nicoleti. *Função Social da Propriedade Intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.com.br>>. Acesso em: 25 set. 2009. p. 287.

Em 1856, Aprígio Justiniano da Silva Guimarães apresentou o primeiro projeto ao parlamento. Logo após, em 1858, Galvão Peixoto fez o mesmo, e a que o primeiro acusou implicitamente de plágio [...]. E em 1875, José de Alencar apresenta um novo projeto, também sem obter sucesso. [...] Outro projeto da era republicana de autoria de Pedro Américo foi apresentado, também sem lograr continuidade, e sem data especificada.⁵⁹

A Lei Medeiros Albuquerque foi inovadora no que tange aos direitos morais do autor. Sem fazer nenhuma referência expressa a tal direito ela proibiu as modificações não autorizadas, garantindo o direito à integridade da obra, e instituiu o direito de nomeação, notadamente uma referência pretérita ao princípio da paternidade da obra. Tais expressões são antecedentes históricos dos direitos morais do autor, antes não mencionados em nenhuma legislação nacional ou internacional, posto que somente no ano de 1928 foram incorporados ao Tratado de Berna, por meio de uma revisão. Esta legislação teve curto tempo de duração, pois já crescia nas mentes intelectuais a criação de um código protetivo dos direitos privados.

No ano de 1912 foi promulgada a Lei n.º 2.577 que estendeu a proteção dos direitos autorais às obras publicadas em países estrangeiros, amparo já previsto por vários membros das convenções internacionais (em especial as da União de Berna). Assim, o Brasil ingressa finalmente no plano internacional de proteção de obras criativas.

2.2.2.1 O projeto e a codificação civil de 1916

O projeto inicial de codificação foi apresentado por Clóvis Beviláqua, que dedicou boa parte dele à exposição de motivos de questões relacionadas aos direitos autorais. Beviláqua seguiu orientação difundida por Rudolf von Ihering, colocando tais direitos entre os direitos reais, por mais que no âmbito internacional (e até mesmo interno) já existisse doutrina que tratasse a matéria diversamente. Não optou assim por incluir no projeto a criação da categoria dos direitos intelectuais.

Fazia referência ainda à perpetuidade aos direitos dos autores, o que provocou objeções por parte daqueles que ponderavam os interesses da sociedade frente aos bens culturais. Explicitava uma posição individualista, traduzida em sua explicação para a adoção de tal medida:

E, uma vez creada essa riqueza immaterial, não há, em princípio, razão theorica para que se não transmita pelos modos adoptados para a transmissão da riqueza material. São razões de ordem prática, e uma certa obscuridade de ideais, proprias da phase

⁵⁹ SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Autorais: a História da Proteção Jurídica. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Rio de Janeiro, ano VI, n. 7, dez. 2005.* p. 29.

evolucionar, em que se acha o direito autoral, que explicam essa fôrma de propriedade menos plena, de propriedade temporaria e revogavel, que a lei imprime ao direito dos autores.⁶⁰

Uma comissão revisora de tal projeto tentou modificá-lo para incluir novos artigos que tratavam de privilégios de invenção e das marcas de fábricas, mas que não foram aprovadas. Até mesmo a nomenclatura antes adotada (direito autoral) foi modificada para direito de propriedade literária, artística e científica, mesmo com as várias críticas feitas a tal postura. Por fim, a matéria foi incluída, mesmo de um modo equivocado, na categoria tradicional do direito da propriedade.

O Projeto do Código de Beviláqua não reproduziu as valiosas contribuições trazidas anteriormente pela Lei Medeiros Albuquerque. Alterou sobremaneira a natureza do direito autoral, num verdadeiro retrocesso doutrinário. Segundo Bittar:

Assim, inobstante a evolução havida nesse campo – em especial na jurisprudência francesa e de outros países europeus, em que já se reconhecia o direito moral de autor –, o nosso estatuto civil ateu-se a estruturação da codificação francesa, inserindo estes direitos como de propriedade e com regulamentação voltada para a sua faceta patrimonial, na qual, ademais, acabou por permitir a penetração de normas estranhas à sua própria índole.⁶¹

Finalmente com a promulgação do Código Civil de 1916 a matéria passa a ser disposta num capítulo especial, intitulado “Da Propriedade Literária, Científica e Artística” (arts. 649 a 673), classificada, portanto, como direito de propriedade.

O diploma civil de 1916 confirma e evidencia a tendência patrimonialística referendada às obras criativas (literárias, artísticas ou científicas), principalmente quando da regulação de aspectos referentes à reprodução ou representação das obras. Há uma clara convergência de forças para proteger todas as formas de utilização econômica das criações intelectuais.

O código se tornou abrangente ao extremo, não disciplinando quais as formas de utilização das criações intelectivas protegidas, o que acabou por abarcar todas as suas formas. Ademais, ampliou o prazo de proteção conferido pela Lei Medeiros Albuquerque (que era de cinquenta anos contados de 1º de janeiro do ano seguinte ao da publicação) para 60 (sessenta) anos após a morte do autor. Tal prazo era muito maior que o previsto em várias legislações dos países unionistas, numa clara expressão de que a tendência era mesmo considerar a criação como uma propriedade que deveria se manter ao máximo sob sua seara de direitos reais, quiçá com caráter de perpetuidade.

⁶⁰ BEVILÁQUA, Clovis. *apud* SOUZA. *Idem*. p. 32.

⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 95

O Código Civil de 1916 também trazia a previsão de alguns limites aos direitos do autor, em geral centrados em interesses coletivos. Por exemplo, permitindo a execução de obras musicais em público durante concertos de beneficência, ou mesmo em festas populares, sem a respectiva contribuição pecuniária. Era uma tradução da desapropriação do direito imaterial, numa prevalência do interesse coletivo sobre o individual – exclusivo do autor, mas que não poderia ser utilizado com abuso.

No art. 666 previa uma série de limites expressos aos direitos de autor, onde não prevalecia o direito de propriedade (não incidência), tais como: citações com referência, divulgação de obra em forma de notícia ou de crítica, cópia única sem finalidade lucrativa, reprodução de obras públicas, etc. Vejamos:

Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos de autor:

I - A reprodução de passagens ou trechos de obras já publicadas e a inserção, ainda integral, de pequenas composições alheias no corpo de obra maior, contanto que esta apresente caráter científico, ou seja, compilação destinada a fim literário, didático, ou religioso, indicando-se, porém a origem, de onde se tomarem os excertos, bem como o nome dos autores.

II - A reprodução, em diários ou periódicos, de notícias e artigos sem caráter literário ou científico, publicados em outros diários, ou periódicos, mencionando-se os nomes dos autores e os dos periódicos, ou jornais, de onde forem transcritos.

III - A reprodução, em diários e periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas, de qualquer natureza.

IV - A reprodução de todos os atos públicos e documentos oficiais da União, dos estados e dos Municípios.

V - a citação em livros, jornais ou revistas, de passagens de qualquer obra com intuito de crítica ou polêmica.

VI - A cópia, feita à mão, de uma obra qualquer, contanto que se não destine à venda.

VII - A reprodução, no corpo de um escrito, de obras de artes figurativas, contanto que o escrito seja o principal, e as figuras sirvam somente para explicar o texto, não se podendo, porém, deixar de indicar os nomes dos autores, ou as fontes utilizadas.

VIII - A utilização de um trabalho de arte figurativa, para se obter obra nova.

IX - A reprodução de obra de arte existente nas ruas e praças.

X - A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se a reprodução ou pública exposição do retrato ou busto.⁶²

O rol do artigo citado é meramente exemplificativo, posto que não engloba todas as possibilidades fáticas de utilização das criações intelectuais pela coletividade.

Com o desenvolvimento de novas formas de reprodução do conhecimento atribuídas pelas novidades trazidas pelas tecnologias de comunicação, execução e armazenamento, foram sendo aumentadas as pressões para que surgissem novas formas de proteção dos titulares das obras intelectuais.

⁶² Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 2009.

Assim, neste sentido, é criado o Decreto n.º 4.70, de 1924, com a finalidade de definir os direitos autorais e instituir prerrogativas dos titulares para uma proteção contra os usos não autorizados. Posteriormente, o Decreto n.º 5.492, de 1928 veio a regular a organização das empresas de diversão pública e locação de serviços teatrais. Esta legislação teve sua importância em razão da proteção de artistas que se apresentavam, sendo considerada uma predecessora das futuras legislações que tratariam acerca dos direitos conexos.

O Código Civil de 1916 perdurou durante longos anos e sua parte dedicada à regulamentação da propriedade literária, artística e científica foi revogada pela LDA, de 1998. Mas antes de adentrarmos na análise da atual legislação analisemos sua antecessora, a Lei n.º 5.988/73.

2.2.2.2 A Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973

Após algumas tentativas infrutíferas de criar um Código Nacional de Direitos de Autor e Direitos Conexos o Ministro da Justiça, Mem de Sá, designou o Desembargador Milton Sebastião Barbosa para criá-lo. Da nomeação resultou na confecção de um Anteprojeto com 351 artigos. Posteriormente foi nomeada uma Comissão Revisora do Projeto, pelo então Ministro da Justiça Luiz Antônio da Gama e Silva, composta pelo Ministro do STF Cândido da Mota Filho, Desembargador Milton Sebastião Barbosa e o Dr. Antônio Chaves. Entre várias discussões e nenhum acordo, foram apresentados dois novos projetos. Um, do Ministro do STF, considerado mais conservador, pois mantinha os critérios tradicionais previstos na antiga legislação cível. Outro, mais inovador, apresentado pelos outros membros da comissão. Ante a indecisão, o Dr. José Carlos Moreira Alves é encarregado da elaboração de um novo projeto, que acabou por se tornar um simples projeto de lei, e que foi transformado na Lei n.º 5.988/73.

Quase totalmente revogada pela LDA atual, a Lei n.º 5.988/73 foi o segundo diploma jurídico específico a regular os direitos autorais. Atualmente somente estão em vigor os par. 1º e 2º do art. 17, que trata do registro de obras intelectuais.

Esta legislação foi considerada inovadora em relação ao previsto na seara civil. Segundo Caldas Barros:

A preocupação com o primor legislativo já se percebe no quarto artigo da lei, em que se relacionam conceitos de 12 termos e expressões atualmente importantes em sede de direitos autorais, desde a publicação, editor, contrafação até transmissão,

fonograma, produtor cinematográfico, produtor fonográfico, artista, videofonograma etc. o mesmo se dá em relação aos tipos de obras intelectuais [...].⁶³

Allan Souza, com apoio nos ensinamentos de Bittar, afirma que:

A legislação, fortemente influenciada pela lei francesa de 1957, considerada universalmente como a de mais alto grau de proteção conferida aos titulares, promoveu diversos avanços, superando os obstáculos jurídicos e preenchendo as lacunas de nosso ordenamento, no que se refere à matéria. A versão promulgada constitui-se de 134 artigos, divididos em 9 títulos, e entres os aspectos positivos [...] pode-se destacar: (a) a sistematização, concentração e atualização da matéria, inclusive os direitos conexos; (b) o estabelecimento, reconhecimento e diferenciação dos dois planos de direitos, o moral e o patrimonial, conferindo-lhes regulamentação própria; [...] Como aspectos negativos podemos apontar a inclusão do Direito de Arena concedido à entidade vinculadora e não ao atleta [...].⁶⁴

Em virtude do art. 673 do antigo diploma civil, que trazia a previsão do registro como requisito para o reconhecimento do direito de paternidade da obra, a novel legislação trouxe, em seu art. 17, a possibilidade de registro da obra como forma de dar uma maior publicidade ao autor, posto que segundo os arts. 12 e 13, bastava a simples identificação do autor na sua obra para caracterizar a respectiva autoria.

Traz também, em seu art. 116, a criação do CNDA, como sendo o órgão de fiscalização, consulta e assistência, no que diz respeito a direitos de autor e direitos que lhes são conexos. Sua organização somente veio a ocorrer em 1975, com o Decreto n.º 76.275.

O CNDA foi extinto pela Lei n.º 8.028, de 1990, assinada pelo então presidente Fernando Collor de Mello, ao reestruturar a organização da União, por intermédio de seus Ministérios e Secretarias.

Uma das mais importantes inovações do CNDA foi a implementação de um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD). Allan Souza leciona que:

Mesmo extrapolando os seus atributos legais, o CNDA em 1976 instituiu normas determinando a extinção das sociedades arrecadoras e a concentração da cobrança e distribuição dos direitos em um escritório central para o ano de 1977. Após questionamentos jurídicos, determinou-se o prazo para submissão dos estatutos elaborados pela associações arrecadoras [...] para conformação do ECAD.⁶⁵

A instituição do ECAD é considerada, assim, de fundamental importância para o desenvolvimento dos direitos de autor em nosso país, mas saliente-se que sua atuação restringe-se ao campo musical, não englobando, por exemplo, a cobrança de direitos de autor nas obras literárias, cuja fiscalização é feita normalmente pelos próprios autores.

⁶³ BARROS. *Idem*, p. 495.

⁶⁴ SOUZA. *Idem*, p. 47

⁶⁵ SOUZA. *Idem*, p. 49.

Contrariamente ao seu desenvolvimento a Lei n.º 5.988/73, em seu art. 93, instituiu a cobrança de direitos autorais sobre as obras caídas de domínio público, num claro retrocesso jurídico, posto que passa a reconhecê-las como patrimônio estatal, em confronto direto aos preceitos da União de Berna, do qual nosso país é signatário.

É patente a obrigação do Estado em proteger as obras caídas em domínio público, até mesmo com o fito de permitir que elas continuem com tal natureza. Mas daí a instituir um regime de tarifação pela sua utilização consiste num temeroso retrocesso, que novamente privilegia o campo patrimonial da proteção jurídica autoral, e pior, nem mesmo atribuindo tais direitos ao autor original da criação.

Um dos principais motivos para a existência do domínio público é a possibilidade de utilização das obras, após seu uso pelo próprio autor, como mecanismo de promoção da cultura e desenvolvimentos sociais. Adoção da cobrança lançava por terra todos os avanços alcançados após décadas de discussões. Assim é que, em virtude das veementes críticas sofridas e dos intensos debates acerca da validade de tal imposição legal, surge a Lei n.º 7.123/83, extinguindo o domínio público remunerado.

Além da falta de divulgação da legislação de 1973, de sua não harmonia com a regulamentação internacional e da ambiguidade implementada no plano interno, o próprio autor do anteprojeto, Antonio Chaves, citado, por Allan Souza, credita o mais grave problema em tal legislação no fato de “que a mesma não conseguiu definir um critério para a distribuição dos direitos patrimoniais, ponto básico, nuclear, fundamental [...] a razão da própria lei”⁶⁶.

Novamente encontramos nesta passagem um momento histórico que comprova quanta importância foi dada, no decorrer de nossa história, ao aspecto econômico do direito da propriedade intelectual, em especial nos direitos autorais.

2.2.2.3 A Lei n.º 9.610/98 – A atual legislação protetiva dos direitos autorais e conexos

Os grandes avanços verificados na seara da tecnologia da informação e os acordos internacionais assinados no plano externo, dos quais o Brasil é Estado-Membro, criaram um ambiente propício para a criação de uma nova legislação protetiva dos direitos autorais, que atendesse aos novos anseios.

⁶⁶ CHAVES *apud* SOUZA. *Idem*, p. 53.

A disciplina dos direitos autorais e conexos hoje é regulada infraconstitucionalmente por meio da Lei n.º 9.610/98 (LDA). Ela confere a proteção, explicitando as obras protegidas pelos direitos autorais, em seu art. 7º, como sendo “as criações do espírito, expressadas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro [...]”.

Como fruto de todo processo democrático, esta legislação é consequência de intensos debates que procuraram refletir os mais variados interesses. A LDA, ciente de tais interesses, procurou aliar dois aspectos principais que se apresentavam: a importância econômica, por um lado, e a cultural, de outra.

A cultura de um povo é decorrência da atividade criadora de seus nacionais. Os conhecimentos literários, artísticos e científicos contribuem de maneira acentuada para o desenvolvimento social e aumento do patrimônio cultural. Nesse ponto, o direito de autor é um dos elementos essenciais no desenvolvimento cultural de um país.

Em razão do grande tempo por que passou o projeto inicial da LDA em discussão no Congresso Nacional, perdeu grande parte de sua atualidade, em especial devido a novas técnicas de reprodução das obras autorais, bem como de novas formas de distribuição ao público, por exemplo, por meio da internet. A revolução tecnológica pela qual passamos (e ainda estamos passando) não foi abarcada com esta legislação já durante sua discussão, muito menos na atualidade. Plínio Cabral, comentando a LDA, declara que:

Teria sido oportuno que o novo diploma legal contemplasse, mais acuradamente, questões cruciais que estão na ordem do dia do mundo jurídico e que têm sido objetivo de discussões e conclusões bastante avançadas. Isto foi feito apenas parcialmente. Perdeu-se uma boa oportunidade de um avanço maior no campo das novas tecnologias que afetam o direito autoral.⁶⁷

Realmente, devido à demora de tramitação do projeto no Congresso houve o engessamento de determinadas matérias que eram urgentes. José Genoíno, deputado federal à época de tramitação do projeto no Congresso, nos dá uma visão de como ela ocorreu.

Esse projeto tramitou na Câmara dos Deputados há quatro anos e havia risco de receber um parecer que desvirtuava seus elementos básicos. Em função disso, retiramos o projeto e o reapresentamos nesta legislatura, que está terminando agora e vai terminar no início do ano. O projeto caminhou mais porque nós chegamos a realizar dentro da Câmara um processo de audiência pública, de debate com todas as posições, com todas as correntes, com todas as entidades de artistas e de empresários, através do mecanismo de audiência pública na Comissão de Ciência e Tecnologia.⁶⁸

⁶⁷ CABRAL, Plínio. *A Nova Lei de Direitos Autorais – Comentários*. 4 ed. São Paulo: Ed. Harbra, 2003. p. 12.

⁶⁸ GENOÍNO, José. Aspectos Gerais da Nova Lei sobre o Direito Autoral em tramitação no Congresso Nacional. *In: Reflexões sobre o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 1997. p. 158.

O projeto buscou eliminar as contradições existentes entre os direitos moral e patrimonial. Tentou aliar os preceitos dos tratados internacionais existentes em nível mundial acerca dos direitos autorais e aplicá-los no plano interno. Mas para isso não descuidou também dos aspectos econômicos. Segundo Hammes, “A cultura é fator de progresso. Um povo culto progride sob todos os pontos de vista. O progresso econômico está na dependência direta da cultura”⁶⁹.

A discussão de uma sociedade livre, plural e democrática, que respeita os direitos dos autores tem necessariamente que aliar o campo moral ao patrimonial, mas isso não significa engessar toda uma estrutura social em razão quase que exclusivamente por razões de ordem econômica.

Nossa LDA “seguindo um caminho diferente do traçado por outras legislações [...] enaltece o caráter personalístico do autor, podendo ser ele um escritor, um artista plástico, um jornalista, um fotógrafo ou, mesmo, um ‘web designer’”⁷⁰. Tais são os preceitos trazidos pela análise do art. 7º da LDA.

A LDA trouxe importantes definições ao adotar um sistema de classificação (enunciação e explicação) de conceitos aplicáveis na seara autoral, o que certamente trouxe, por um lado, alguns benefícios, mas que, de outro, engessa o entendimento de alguns institutos que sofrem constantes mutações em decorrência da própria dinâmica de vida da sociedade.

⁶⁹ HAMMES. *Idem*, p. 31.

⁷⁰ BARROS. *Idem*, p. 506.

3 NOÇÕES GERAIS DE DIREITOS AUTORAIS, DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (DE INFORMAÇÃO, CULTURA E EDUCAÇÃO) E A DIFUSÃO DO CONHECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

3.1 PLURISSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO AUTURAL E SEUS ASPECTOS GERAIS

3.1.1 Direito de Autor, Direitos Conexos, Direitos Autorais, Direito Autoral – explicações necessárias

A doutrina autoralista tem se debatido acerca da nomenclatura mais apropriada para a designação das obras oriundas da criação do espírito humano. Para tanto, inicialmente devemos alertar que no decorrer de nosso estudo usamos de forma indistinta as expressões Direitos de Autor ou Direitos Autorais quando da referência a “Direito de Autor e Direito Conexos”. E Direito de Autor quando estivermos nos referindo de forma direta a este.

Segundo Carlos Alberto Bittar ⁷¹, a designação “Direito Autoral” advém de um neologismo introduzido em nosso sistema por Tobias Barreto, numa tradução da palavra alemã *urheberrecht*, a qual significa Direito de Autor. Tal expressão é amplamente difundida e aceita pela maioria de nossa doutrina autoralista pátria, bem como pela jurisprudência oriunda de nossos tribunais superiores. Tal expressão é largamente adotada em outros países que adotam o sistema do *droit d’auteur*, como na França, Itália e Alemanha. Os países que adotam o sistema anglo-norte-americano utilizam a expressão *copyright* ou direito de cópia, que não consegue abranger todas as prerrogativas envolvidas por tal disciplina.

Nossa LDA, no art. 1º, define os Direitos Autorais como “os direitos de autor e os que lhe são conexos”. Logo, por direito conexos podemos compreender aqueles ligados ao Direito de Autor, embora a estes não pertençam. Segundo Helenara Braga Avancini:

Os direitos autorais se subdividem em duas categorias: o direito de autor e os direitos conexos. O direito de autor consiste num conjunto de prerrogativas patrimoniais e morais que é exercido pelo autor (ou pelo titular de direitos) sobre a sua criação intelectual, que consiste numa obra artística, literária ou científica. Nos direitos conexos existem três categorias de beneficiários, isto é, os artistas intérpretes e/ou executantes, os organismos de radiodifusão e os produtores de fonogramas. Apesar de não criarem uma obra, lhes são reconhecidas as faculdades patrimoniais e morais, já que através destes beneficiários é que a obra do autor é posta à disposição do público. ⁷²

⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 10.

⁷² AVANCINI, Helenara Braga. *O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2002. p. 42-43.

A expressão direitos conexos também é conhecida pelas expressões direitos afins ou direitos vizinhos pela doutrina autoralista estrangeira ⁷³. A intenção de tal distinção é, em última análise, permitir que terceiros participantes da criação intelectual, mesmo que não de uma forma direta, possam ter o reconhecimento pela sua obra. A participação indireta pode ser, por exemplo, mediante a representação teatral de uma peça ou a interpretação de uma música feita por um compositor.

Bruno Jorge Hammes afirma que:

Tem-se mostrado fecunda a idéia de distinguir o Direito de Autor de outros direitos afins, semelhantes, conexos e não idênticos. O Direito de Autor fica restrito a direitos que se originam da criação autêntica de obra. Os alemães falam em *direito patentes (verwndte Schutzrechte)* ou *direitos limítrofes (angrenzende Rechte)*. Os franceses dizem *direitos vizinhos (droits voisins)*. A doutrina alemã inclui no termo de *verwndte Schutzrechte* tipos de natureza distinta como direitos à obra fotográfica, direito sobre edições científicas, não o restringindo aos direitos do artista intérprete ou executante, do produtor de fonogramas em empresas de radiodifusão. ⁷⁴

E complementa exemplificando:

[...] Posso ser um bom compositor, mas minha voz pode não agradar a um público que acabará vaiando. Do contrário, se um cantor, com voz maravilhosa, cantar minha composição, até medíocre, pode fazer dela um sucesso. Da mesma forma, um artista medíocre pode comprometer seriamente uma obra de qualidade. O artista intérprete e/ou executante dão algo de si, de pessoal, que ornamenta e embeleza a obra. Não é de estranhar que os artistas, conscientes deste fato, se julguem merecedores de um direito sobre o seu desempenho e o reclame para si. ⁷⁵

Os direitos conexos somente passaram a ser inseridos num contexto legal no início do século XX, quando, em 1901, uma lei alemã considerou a fixação da obra, mediante execução pessoal, em aparatos que servissem à execução mecânica destinada à audição, como uma adaptação. O executante, assim, deveria ser considerado como um adaptador, e tal legislação teve a finalidade de proteger mais os interesses dos fabricantes de discos do que dos executantes ⁷⁶.

Enfim, Direitos Conexos são direitos pertencentes a determinadas categorias, como a dos artistas ou executantes (cantores, dançarinos, atores, etc.), produtores fonográficos, entre outros, que auxiliam na criação, produção ou difusão de uma obra intelectual. O disciplinamento legal de seus direitos encontra-se previsto nos arts. 89 a 100 da LDA.

⁷³ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO/CERLAC/ZAVALIA, 1993. p. 347.

⁷⁴ HAMMES. *Idem*, p. 190.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ MORAES *apud* HAMMES, p. 191.

José de Oliveira Ascensão⁷⁷ utiliza a expressão Direito de Autor para designar, ao mesmo tempo, tudo aquilo que se refere aos Direitos Autorais ou aos Direitos Conexos. Ao passo que prefere a expressão Direito de Autor para expressar-se com relação àquilo que somente seja relacionado ao próprio autor. E explica que não vê nenhuma razão plausível para a utilização do nominativo “Direitos de Autor”, pois tal traria a idéia de uma multiplicidade de direitos subjetivos, quando, em verdade, o que se pretende designar é tão somente uma unidade de um ramo da ordem jurídica: o Direito de Autor. Não falamos, por exemplo, em Direitos de Família, haja vista que somente há um único ramo deste correlacionado com o texto legal, com vários institutos próprios, estudados e mencionados dentro de um só corpo.

Embora reconheçamos que há a utilização, muitas vezes indistinta, dos termos Direito Autoral, Direito de Autor e Direitos Autorais, e que eles encerram muitas semelhanças, o último o que melhor se adéqua à realidade do ordenamento autoralista brasileiro. Ele designa, por meio do art. 1º da LDA, de forma simultânea, dois campos de estudo de um mesmo ramo: Direito de Autor e os Direitos Conexos.

3.1.2 Natureza Jurídica, objeto, conteúdo e sujeitos dos Direitos Autorais

A busca do entendimento de determinado instituto ou ramo jurídico perpassa pelo conhecimento de sua natureza jurídica, como forma maior de conhecer sua essência. Seu estudo se faz necessário como forma de permitir uma adequada compreensão da disciplina.

Aqui nos atemos ao estudo da origem axiológica do Direito de Autor, como meio de permitir uma correlação com setores da ciência jurídica. “Historicamente, o Direito de Autor já foi associado a diferentes ramos do Direito. por seus atributos de patrimonialidade, foi considerado Direito de Propriedade e, assim, inserido e codificado como parte do Código Civil”⁷⁸.

Também já foi relacionado ao Direito da Propriedade Industrial, com caracteres basicamente comerciais, sendo inserido no campo de estudo do Direito Comercial. Ademais, também possui relações com os campos do Direito Internacional, do Direito do Consumidor, do Direito Tributário.

Bruno Jorge Hammes nos traz alguns questionamentos que devem ser respondidos, como forma de obter um posicionamento seguro da natureza jurídica do Direito Autoral. Diz

⁷⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 22-23.

⁷⁸ MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de Direito Autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 28.

ele: “Seria o Direito do Autor um direito de personalidade? Seria um direito patrimonial de caráter real? Seria um privilégio concedido pelo soberano? Ou seria um direito que o legislador deve garantir por se tratar de um direito previsto na carta da ONU sobre os direitos humanos?”⁷⁹. Ateremos-nos ao embate doutrinário existente acerca da natureza jurídica do direito de autor entre direito da propriedade e direito da personalidade, para, ao final, tratar doutra corrente doutrinária.

Antonio Chaves afirma que:

A regulamentação positiva dos resultados da atividade do intelecto humano resultou sempre de uma escolha e frequentemente de um compromisso entre duas exigências contrastantes: o interesse da coletividade em utilizar livremente e imediatamente o resultado, e o interesse do autor em reservar para si mesmo o emprego econômico, ou ao menos em retirar proveito do aproveitamento alheio.⁸⁰

A opção legislativa é importante fator de escolha no desenvolvimento de uma sociedade, e deve pautar-se na busca do bem comum ou bem-estar social. Inicialmente podemos afirmar que em decorrência da existência de atributos morais e patrimoniais há uma terceira via para o Direito de Autor, por muitos considerada como *sui generis*.

Basicamente duas foram as correntes doutrinárias que tentaram explicar a natureza jurídica dos direitos autorais. A monista considera tal direito com uma natureza única. Ou é considerado um direito exclusivamente patrimonial, como direito de propriedade, mesmo que na forma de intelectual. Ou configura-se como um direito da personalidade, uma emanção do espírito. Já os partidários da teoria dualista defendem a existência de duas ordens de direitos: uma moral, outra patrimonial, mas as duas interrelacionadas.

Clóvis Beviláqua afirmou que o direito autoral “é o que tem o autor da obra literária, científica ou artística, de ligar seu nome às produções do seu espírito e de reproduzi-las, ou transmiti-las. Na primeira relação, é manifestação da personalidade; na segunda, é de natureza econômica”⁸¹. Mas nem sempre esta foi sua afirmação. No projeto originário do Código Civil de Beviláqua, que substituiu a antiga Lei Medeiros e Albuquerque, houve uma alteração importante da natureza do direito autoral, que passou a ser considerada com um direito de propriedade. Allan Rocha de Souza critica tal posição, considerado-a como um retrocesso doutrinário⁸².

⁷⁹ HAMMES, 1998. p. 41.

⁸⁰ CHAVES, Antônio. *Direito de Autor: Princípios Fundamentais. Vol I*. Rio de Janeiro: Forense: 1987. p. 8-9.

⁸¹ BEVILÁQUA *apud* PIMENTA, 2004. *Idem*. p. 26.

⁸² SOUZA. *Idem*, 32.

Antônio Chaves, citando Beviláqua, preleciona que três são as correntes que tratam da natureza a classificação do Direito Autoral, trazendo visões bastantes diferentes umas das outras. Diz:

- a. não passaria de uma forma particular pela qual se manifesta a personalidade (Bluntschli, Dahn, Gierke, Tobias Barreto, Heymann);
- b. não haveria no caso, propriamente, um direito, mas um simples privilégio concedido para o incremento das artes, das ciências e das letras (Gerber, Coelho Rodrigues, Medeiros e Albuquerque);
- c. modalidade especial da propriedade (Ahrens, Ihering, Köhler, Dernburg).⁸³

O direito de autor como vinculação à personalidade foi teorizada pelo francês Bertand e difundida pelo alemão Otto von Gierke, segundo o qual “O direito de autor é um elemento da personalidade, cujo objeto é constituído por uma obra intelectual, considerada como parte integrante da esfera da própria personalidade”⁸⁴. Intitulada também de teoria monista da personalidade, considera a obra como extensão da personalidade do autor.

Dirceu de Oliveira e Silva preleciona que:

A natureza jurídica do direito de autor, conforme assinalamos, continua sendo discutida. Uns consideram-no como um direito pessoal, diretamente vinculado à personalidade do autor, do qual a obra não é senão uma projeção. Seguindo êsse conceito, PAUL OLAGNIER vê na relação jurídica que liga o autor à sua obra os mesmos característicos da tutela paterna. **A obra é como um filho: é concebida quando a idéia se apresenta ao espírito do autor; é gerada quando o autor dá à idéia a sua expressão pessoal; e nasce quando é publicada.** Em síntese: A Maieutica de Sócrates aplicada à conceituação do direito autoral. Muitos autores se inclinam por essa tese: LANGE, BLUNTSCHLI, DAHN, e entre nós, TOBIAS BARRETO.⁸⁵ (grifo nosso).

A teorização enquanto direito real de propriedade, ou monista do direito patrimonial ou real, não considera a fração extrapatrimonial do direito do autor, qual seja, o aspecto moral. Um dos mais conhecidos defensores de tal teoria foi Josserand. Afirmou que “apesar do nome e das prerrogativas que contém, não é considerado pela jurisprudência como um verdadeiro direito da personalidade, mas como investindo o seu titular de simples privilégio exclusivo de exploração temporária”⁸⁶. Esta teoria é duramente criticada por não conseguir aliar os caracteres do direito da propriedade ao autor. Como por exemplo, a perpetuidade. A utilização da fração econômica de tal direito não perdura para todo sempre, mas encontra um limite temporal previsto em lei. Somente a fração extrapatrimonial ou moral tem o condão de perdurar mesmo após a fruição econômica do bem imaterial.

⁸³ BEVILÁQUA *apud* CHAVES. *Idem.* p. 9.

⁸⁴ GIERKE *apud* CHAVES. *Idem.* p. 12.

⁸⁵ OLIVEIRA E SILVA *apud* FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *A fração extrapatrimonial do direito de autor.* 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). p. 36. Disponível em: <<http://www.cipedya.com/web/FileDownload.aspx?IDFile=159553>>. Acesso em: 25 set. 2009.

⁸⁶ JOSSERAND *apud* CHAVES. *Idem.* p 11.

A teoria dualista do direito autoral consegue aliar os aspectos morais e patrimoniais, considerando sua natureza dúplice. Picard, um dos precursores de tal teoria, ao lado de Köhler, diz que não é possível efetuar a inclusão do direito de autor na clássica divisão do direito romano em direitos pessoais, direitos reais e obrigações⁸⁷. Logo, nominam um novo campo de incursão, os direitos intelectuais, como uma quarta categoria de direitos. Por seu turno, Köhler o concebe como um direito *sui generis*, de caráter real e incidente em coisa imaterial⁸⁸.

Na atualidade podemos afirmar que o direito autoral é um direito especial, daí a expressão *sui generis*, que não se enquadra em nenhuma classificação, possuindo caracteres e objeto de estudo autônomos.

Segundo magistério da Prof^a. Carla Eugenia Caldas Barros:

[...] o fato gerador do direito moral é o que origina a obra, o ato criador que se concretiza através de uma linguagem passível de percepção, que pode ser sonora, escrita, plástica, cênica, óptica etc. Já o fato gerador do direito patrimonial é a fixação da obra, depois de concretizada, em suporte material que permita sua exibição e divulgação junto ao público.⁸⁹

O objeto de estudo do direito autoral nos conduz à identificação do bem, sujeito ou entidade sobre o qual é efetivada a proteção legal. Com a análise da LDA brasileira podemos identificar de pronto, em seu art. 7º, o que pode ser considerado objeto de proteção. As obras intelectuais a serem protegidas são aquelas dotadas de caracteres estéticos e/ou artísticos. Segundo Antônio Chaves “Objeto do direito do autor é o produto da criação intelectual, isto é, a obra, o que exclui [...] a proteção à simples idéia, que não encontra ainda, no sistema monopolístico do direito de autor, proteção adequada”⁹⁰.

Vejamos:

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, alocações, 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;

⁸⁷ PICARD *apud* CHAVES. *Idem*. p. 13.

⁸⁸ KÖHLER *apud* ABRÃO. *Idem*. p. 34.

⁸⁹ BARROS. *Idem*. p. 485.

⁹⁰ CHAVES. *Idem*. p. 166.

- 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.⁹¹

Saliente-se que o rol trazido pelo legislador não é taxativo, podendo haver a inclusão de outras criações, expressas por quaisquer meios ou fixadas em qualquer suporte. Além de descrever algumas obras protegidas cuidou a LDA também de expressar quais as que não são objeto de proteção legal. O art. 8º cita apenas alguns exemplos em que não existe a criação original, ou quando não há a exteriorização de algo já criado. Diz ele:

- Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:
- I – as idéias, 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 idéias contidas nas obras.⁹²

Em relação ao conteúdo podemos identificá-lo com as respostas ofertadas pelo estudo da natureza jurídica do direito autoral. Dado o caráter dúplice vislumbrado podemos identificar dois elementos fundantes. De um lado “as prerrogativas de natureza moral, como a proteção da essência da obra e própria personalidade do autor nela refletida”⁹³. A outro, de ordem patrimonial, “enquanto monopólio de utilização econômica temporário, relativo e limitado, que possibilita ao autor explorar sua obra no mercado”⁹⁴. Luiz Adolfo Silva Gonzaga leciona que em relação ao conteúdo dos direitos autorais seria mais propícia a utilização da expressão prerrogativas. E explica:

Trata-se, desta forma, de possibilidades jurídicas que tem o criador da obra intelectual, decorrentes de sua titularidade sobre ela. Elas se mostram claramente sob dois aspectos: primeiramente, na ligação pessoal que mantém o autor com sua obra, pelo chamado direito moral do autor, e num segundo plano no privilégio de utilização, o qual se denomina direito patrimonial do autor. Neste, o Direito Autoral tem sua faceta de propriedade mais claramente exposta, seguindo-se o princípio geral de que a utilização do bem – intelectual, no caso – sempre depende de

⁹¹ Art. 7º, *caput*, LDA.

⁹² Art. 8º, LDA.

⁹³ MENEZES. *Idem*. p. 65.

⁹⁴ *Ibidem*.

autorização de seu titular. Naquele, embora a inexatidão da expressão “direitos morais” para muitos, como se verá a seguir, a conotação é extrapatrimonial, tutelando-se a ligação pessoal do autor com sua criação.⁹⁵

Os sujeitos criadores da obras intelectuais são tratados nos artigos 11 a 17 da LDA. A regra geral é de que as pessoas físicas são as detentoras da obras do intelecto humano, mas a grande discussão estabelecida neste ponto é a possibilidade da pessoa jurídica ser considerada autora.

Carlos Alberto Bittar conceitua o titular do direito de autor da seguinte forma: “Titular de direitos é o criador da forma protegida, a saber, a pessoa que concebe e materializa a obra de engenho, qualquer que seja sua idade, estado ou condição mentais, inclusive, pois, os incapazes, de todos os níveis”⁹⁶. Somente o autor pode dispor livremente acerca dos direitos patrimoniais que possui sobre sua criação, inclusive com a possibilidade de ceder a utilização da obra, seja de forma gratuita ou não.

A criação oriunda da pessoa jurídica é disciplinada no parágrafo único do art. 11 da LDA, que diz: “A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei”.

Para Antônio Chaves a “autoria é a qualidade de alguém que realiza ou dá à luz alguma coisa: um crime, um filho, uma obra literária, científica ou artística”⁹⁷. Para o doutrinador auctoralista a pessoa jurídica, como entidade abstrata que é, fictícia, não poderia gerar uma obra intelectual. Por óbvio que a pessoa jurídica não é dotada das capacidades intelectuais que recaem sobre a psique humana. O ato de criação advém daqueles que compõem o grupo, das pessoas físicas. Sérgio Vieira Branco Júnior explica:

De início, é muito importante fazermos uma distinção entre autor e titular dos direitos autorais. Pela lei – atendendo-se, inclusive, a princípio lógico – autor só pode ser a pessoa física. Afinal, apenas o ser humano pode criar. Pessoa jurídica não pode criar, exceto por meio das pessoas físicas que a compõem, caso em que os autores serão, então, as pessoas físicas.

Muito diferente, entretanto, é a questão da titularidade. Ainda que apenas uma pessoa física possa ser autora, ela poderá transferir a titularidade de seus direitos para qualquer terceiro, pessoa física ou jurídica. Nesse caso, ainda que a pessoa física seja para sempre a autora da obra, o titular legitimado a exercer os direitos sobre esta poderá ser pessoa jurídica ou pessoa física distinta do autor.

Um exemplo pode ser muito esclarecedor. O escritor Paulo Coelho poderá transferir seus direitos econômicos sobre a obra que escreveu para a editora responsável por sua publicação. Nesse caso, o Paulo Coelho será para sempre autor da obra, mas não exercerá pessoalmente o direito sobre sua obra, já que, com a transferência, quem terá legitimidade para exercer os direitos será a editora.

⁹⁵ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2006. p. 89.

⁹⁶ BITTAR. *Idem*. p. 34.

⁹⁷ CHAVES. *Idem*. p. 132.

Por outro lado, o autor poderá transferir os direitos para um amigo ou uma pessoa de sua família. Da mesma forma, continuará a ser autor da obra, mas o exercício de seus direitos econômicos competirá a quem recebeu os direitos por meio de contrato – uma pessoa física, neste segundo exemplo.⁹⁸

Tal elucidação feita é essencial para o entendimento completo da autoria prevista na LDA. Muito embora o nome jurídico aferido à LDA seja “lei de direitos autorais”, ela protege, de forma precípua, o titular dos direitos, que nem sempre coincide com a figura do autor da obra. Daí a explicação para a proteção conferida às obras pertencentes às pessoas jurídicas. Além da possibilidade de autoria individual de uma obra, também prevê a LDA a co-autoria e criação coletiva, ambas espécies de criação em que os autores são sempre pessoas naturais.

3.1.3 Limitações aos Direitos Autorais

A regra quando da utilização de obras intelectuais é que somente podem ser usadas de forma restritiva, isto é, com as necessárias anuências por parte dos respectivos autores. E tal fato explica-se pela desnecessidade de registro da obra para a mesma seja protegida pela legislação autoralista, como previsto no art. 18 da LDA, que diz: “A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”.

Utilizando-se das prerrogativas atribuídas pelos caracteres morais e patrimoniais somente os autores podem efetivar quaisquer modificações em suas obras. A nenhuma outra pessoa é dado o direito de reproduzir, por exemplo, uma obra, sem que haja uma prévia autorização por escrito. Saliente-se que a anuência do autor deve ser dada para cada tipo de reprodução que deseja efetivar o outro contratante, sob pena de ferir as regras legais. Os negócios jurídicos que tenham por objeto direitos autorais devem ser interpretados de forma restritiva, conforme previsão contida no art. 4º da LDA.

No entanto, ao contrário do que possa parecer, o direito de autor não é absoluto, comportando exceções, principalmente no campo dos direitos patrimoniais. “Há, assim, determinadas situações em que o autor é obrigado a tolerar o uso de sua obra independentemente de autorização, tendo em vista direitos e interesses maiores”⁹⁹. Estes casos são disciplinados pela LDA como limitações ao exercício dos direitos autorais.

⁹⁸ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Direito Autorais – Princípios Gerais. In: *Propriedade Intelectual*. Org.: Ronaldo Lemos. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2008. p. 9.

⁹⁹ MENEZES. *Idem*. p. 95.

Por limitações ao direito de autor devemos considerar aquelas que impedem seu uso de forma absoluta. São as previstas nos arts. 46 a 48 da LDA. Carla Eugenia Caldas Barros afirma que:

Na Lei nº 9.610/98, é utilizada a forma negativa, relacionando-se as hipóteses que não se tipificam como ofensas ao direito autoral. Por conseguinte, ‘não constitui ofensa aos direitos autorais, por exemplo, a reprodução por um copista, em um único exemplar, de pequenos trechos para seu uso pessoal e sem fins lucrativos’.¹⁰⁰

A LDA assim dispensa de prévia autorização o uso de algumas obras, em certas ocasiões justificadas pelo interesse público, muito embora o tom característico seja o caráter privado. Alguns exemplos do que pode livremente ser utilizado por todos, por refletir em sua essência o direito à informação e ao conhecimento – direitos fundamentais como veremos mais adiante – podemos visualizar no art. 46 da LDA, *in verbis*:

Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I – a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II – a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV – o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI – a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII – a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

¹⁰⁰ BARROS. *Idem*, p. 526.

Eduardo Vieira Manso, citado por Guilherme Carboni, leciona que as limitações são “uma consequência da função social das obras, atendendo ao inafastável interesse público pelo desenvolvimento cultural”¹⁰¹.

Sofía Rodríguez Moreno:

O direito de autor não é um direito absoluto. Igual a outros direitos, também está submetido a certos limites que garantam prerrogativas não menos significativas, que impedem considerar o autor como o único protagonista em um âmbito em que se encontra isolado com uma criação que lhe pertence.¹⁰²

O direito autoral envolve diversos interesses, não somente os pertencentes aos autores propriamente ditos, mas também a outros criadores, empresários, público em geral etc. Cada qual com um interesse específico. Mas sem dúvida um de grande relevância encontra-se no da coletividade. A finalidade social e a função educativa se tornam motores na busca de um melhor desenvolvimento. E os limites funcionam como permissões legais para o alcance de tais objetivos.

Saliente-se que até mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a necessidade social do desenvolvimento, garantindo, para tanto, a participação dos indivíduos nas artes, vida cultural e no progresso científico, bem como aos seus benefícios. A fonte principal para o alcance de tudo está na possibilidade de acesso a obras, criadas pelo espírito humano. Daí a importância fundamental de serem estabelecidos limites para o exercício dos direitos dos autores.

Plínio Cabral leciona que “Essas limitações têm objetivo social e cultural. Constituem a construção jurídica que permite manter o equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público na obra de criação [...]”¹⁰³. Tanto a Convenção de Berna quanto outras legislações internas de outros países trazem a previsão das limitações. No entanto, aqui, ao contrário do objeto protegido pela LDA, o rol é taxativo, *numerus clausus*, e não podem ser ampliados além do fixado no texto legal.

Elisângela Dias Menezes entende que:

O objetivo de estabelecer tais limites ao Direito de Autor parecer ser exatamente o de favorecer o acesso da comunidade às obras autorais. [...] Tais limites justificam-se basicamente por três motivos. O primeiro deles é o direito da sociedade à informação, que como, direito coletivo de natureza constitucional, sobrepõe-se a

¹⁰¹ MANSO *apud* CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito do Autor*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 164.

¹⁰² MORENO, Sofía Rodríguez. *La Era Digital e las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 61. Tradução do espanhol: “El derecho de autor nos es un derecho absoluto. Al igual que los otros derechos, también está sometido a ciertos límites que garantizan prerrogativas no menos significativas, que impiden considerar al autor com el único protagonista en un ámbito en el que se encuentra aislado con una creación que le pertenece”.

¹⁰³ CABRAL. *Idem*, p. 70.

todo e qualquer interesse privado. [...] A segunda razão fundamenta-se na necessidade de desenvolvimento da educação, como garantia da própria ordem social e cultural do país. [...] O terceiro e último motivo para limitar-se o Direito de Autor são os usos técnicos e judiciais.¹⁰⁴

As motivações acima elencadas constituem uma base fundamental de nossa pesquisa, mas serão tratadas mais a frente, de forma mais aprofundada.

Dentre todas as limitações impostas a que causa maior polêmica na atualidade é o disposto no inciso II, a permitir “a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”. Houve um grande retrocesso quando da edição da atual LDA em relação à anterior (Lei nº 5.988/73). E tal fato explica-se pela inclusão da expressão “pequenos trechos”. Na antiga LDA era permitida a cópia integral de uma obra, desde que se destinasse à utilização do copista, e sem intuito lucrativo. O maior questionamento em tal tema reflete uma preocupação crescente do mercado editorial em relação às máquinas reprográficas – xerox – cada vez mais presentes em nossa vida, principalmente nas universidades e faculdades.

Plínio Cabral sintetiza bem tal preocupação ao afirmar que:

A ninguém é dado aproveitar-se do trabalho de outrem, seja a que título for. [...] Como o centro da reprografia ilegal está nas universidades, o problema passa a ter dois aspectos, a saber:

1. grave atentado aos direitos do autor, com a reprodução ilegal e indiscriminada de obras protegidas;
2. um problema educacional não menos grave, pois os jovens passam a estudar em trechos, em folhas soltas. A apostila substitui o livro. Não é difícil imaginar o que isto significa para a formação dos estudantes.¹⁰⁵

Concordamos com o autor que não pode haver a utilização indevida de uma obra, mas afirmar que o uso de obras intelectuais para fins acadêmicos – direito de acesso à informação, à educação e à cultura – é aproveitamento alheio do trabalho de outrem não consiste num argumento plausível e sério, principalmente se levarmos em consideração que não são os autores aqueles que obtêm os maiores percentuais de lucro na venda, por exemplo, de livros. A eles geralmente são concedidos, quando muito, 10% (dez por cento) sobre o valor de venda do livro.

O direito de cópia sem dúvida é um tema de extrema repercussão social, principalmente nos dias de hoje, na qual a sociedade da informação e a crescente utilização de seus mecanismos, como a internet, permitem a cópia de quase tudo com base simplesmente num ‘clic’. No entanto, não nos alongaremos mais no atual tópico por não ser nosso objeto principal de pesquisa.

¹⁰⁴ MENEZES. *Idem*. p. 96.

¹⁰⁵ CABRAL. *Idem*. p. 72.

3.2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E SUA INTERRELAÇÃO COM OS DIREITOS AUTORAIS

3.2.1 Os direitos humanos fundamentais

Os direitos humanos nem sempre foram reconhecidos no plano internacional. Grandes transformações foram necessárias para que eles fossem incorporados aos textos constitucionais do vários Estados participantes da história mundial.

Muito antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, alguns fatos históricos foram essenciais para a formação do conceito atual de direitos humanos fundamentais.

A doutrina dos direitos humanos é uma conquista da modernidade, mais especificamente baseada no pensamento liberal. O jusnaturalismo moderno – teoria dos direitos naturais –, enquanto doutrina jurídico-filosófica que fundamenta os direitos humanos rompeu com os antigos dogmas tradicionais do direito medieval, fato que se deve principalmente ao filósofo inglês Thomas Hobbes (século XVII). O modelo Jusnaturalista Hobbesiano baseava-se no individualismo, no estado da natureza, no contrato social, este em sua feição absolutista, e no Estado, o qual possuía como principal função a proteção do direito à vida.

A doutrina jusnaturalista nasce num período marcado pela ascensão da burguesia, que reivindicava maior liberdade de ação e uma maior representatividade política em relação à nobreza e ao clero. Os iluministas, como precursores do pensamento jusnaturalista moderno, influenciaram diretamente as grandes revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, em especial as Revoluções Inglesa (1668), Norte-Americana (1776) e Francesa (1789), que juntas formam marcos históricos essenciais na formulação de novos ideais a serem aplicáveis e incorporados aos textos normativos da maioria dos países ocidentais.

Mesmo com grandes conquistas, as revoluções burguesas não trouxeram ao plano prático os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, que tanta pregavam. Exemplos podem ser vislumbrados por alguns fatos históricos. Mesmo com a afirmação de que “os homens nascem livres e são livres e iguais”, boa parte da humanidade estava de fora das conquistas revolucionárias. As declarações de direitos das colônias norte-americanas não colocavam os escravos como titulares de direitos, não sendo considerados homens livres na completa acepção da palavra. Assim também as mulheres não eram portadoras de direitos iguais aos

dos homens, direitos consignados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa.

Jane Reis Gonçalves Pereira afirma que:

[...] o significado que os direitos fundamentais assumem no constitucionalismo contemporâneo é resultado de um longo processo histórico em que foram sendo ampliados, de forma progressiva, seu alcance e força vinculante no ordenamento.¹⁰⁶

Foi somente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1948, que os lemas das revoluções foram efetivamente traduzidos em um documento oficial dos Estados numa tentativa de efetivá-los no plano prático. O artigo 1º da Declaração reza, “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

A Declaração da ONU reuniu, em seu texto inicial, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa de 1789, reafirmando os direitos previstos nas revoluções burguesas e estendendo-os aos antigos excluídos das conquistas alcançadas. Foi o primeiro documento internacional que tentou erigir os direitos fundamentais numa categoria de direitos indisponíveis e inegociáveis.

No processo de atendimento dos preceitos traduzidos pela Carta da ONU encontramos as proclamadas, pelos mais variados autores, teoria geracional dos direitos, ou, como preferem alguns, teoria das dimensões dos direitos. Frise-se que embora as teorias sejam sucessivas, isto não quer dizer que a posterior suprima a anterior. Ao revés, elas coexistem de forma harmônica. Neste diapasão, Flávia Piovesan ensina que:

Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância.¹⁰⁷

Façamos uma breve análise de cada fase.

Na primeira geração, ou dimensão, encontramos os chamados direitos civis e políticos. São os direitos relativos às liberdades públicas, numa reafirmação do direito à liberdade, opondo-se à ação estatal, que possui o dever geral de abstenção, no intuito de não

¹⁰⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional & Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 75.

¹⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Propriedade Intelectual: proteção internacional e constitucional. In: *Direitos Fundamentais Revisitados*. Andrea Bulgakov Klock, Eduardo Cambi, Fernando de Brito Alves (orgs.). Curitiba: Juruá, 2009. p. 387.

causar violações. Dentre estes encontramos: vida, liberdade, propriedade, segurança pública, proibição de escravidão, proibição da tortura, igualdade de todos perante a lei, etc. Em suma, são as liberdades públicas negativas.

Na segunda geração incluímos os direitos econômicos, sociais e culturais. Nesta o Estado participa de forma ativa, garantindo o exercício de direitos por parte de seus “súditos”. Como exemplo, podemos citar: o direito à seguridade social, ao trabalho e a segurança no trabalho, ao seguro contra o desemprego, o direito de ter sindicatos, lazer, descanso remunerado, proteção do Estado do Bem-Estar-Social, a proteção especial para a maternidade e a infância, educação pública, gratuita e universal, direito de participação da vida cultural da comunidade, direito de benefício pelo progresso científico e artístico, a *proteção dos direitos autorais* e das patentes científicas. Dois marcos históricos fundamentais desta geração podem ser encontrados: são as Constituições do México de 1917 e a Constituição de Weimar (alemã) de 1919.

Os direitos de terceira geração, chamados de direitos sociais, de liberdade ou de fraternidade, são caracterizados por serem pertencentes a toda à coletividade, incluindo, assim, os direitos à paz, a um meio ambiente equilibrado, enfim, nos bens constitutivos do patrimônio comum da humanidade. São os direitos difusos.

Alguns autores ainda acrescentam a esta gerações, mais uma: a quarta dimensão – que incluiria os direitos à informação, à biotecnologia, biomedicina, dentre outros – todos sistematizados e incluídos como pressuposto de uma vida existente em comunidade.

Emerson Garcia diz que “são considerados fundamentais aqueles direitos inerentes à pessoa humana pelo simples fato de ser considerada como tal, trazendo consigo os atributos da tendência à universalidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade e da inalienabilidade”¹⁰⁸. Como se depreende da breve análise que fizemos, os direitos fundamentais não são legitimados pelo simples fato de serem encontrados em qualquer texto normativo específico, mas sim pela sua lenta e gradual evolução histórica.

Em verdade, a utilização da expressão, direitos fundamentais, acaba por designar os direitos humanos que foram reconhecidos e positivados na ordem internacional, e que podem ou não fazer parte da ordem jurídica interna de um país, a depender, em certo modo, da vontade dos que detém o poder.

¹⁰⁸ GARCIA, Emerson. O direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. In: *A Efetividade dos Direitos Sociais*. GARCIA, Emerson (coord). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 150.

Jane Reis Gonçalves Pereira afirma que:

O termo *direitos humanos* tem um alcance mais amplo, sendo empregado, de um modo geral, para fazer referência aos *direitos do homem* reconhecidos na esfera internacional, sendo também entendidos como exigências éticas que demandam positividade, ou seja, como “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”.¹⁰⁹

Na mundo moderno que vivenciamos, e desde tempos mais remotos, os direitos humanos assumiram importante papel no intuito de proteger e possibilitar a continuidade da vida humana, inclusive como forma de repelir as invasões estatais na órbita de interesses privados e coletivos.

Nossa Constituição Federal de 1988 inaugura um novo paradigma histórico, que tem o artigo 5º como base normativa para a proteção dos direitos humanos fundamentais. Nele encontramos os direitos fundamentais objeto de nosso estudo: o direito ao conhecimento, que de uma forma ampla pode ser compreendido entendido com os direitos à informação, à cultura e à educação, aliados ao direito autoral.

3.2.2 Os direitos fundamentais de acesso à informação, à cultura e à educação

A conceituação de direitos fundamentais encontra as mais variadas acepções, pelos mais diversos autores. Adiante, faremos a colação de ponto de vistas de autores nacionais e internacionais acerca dos direitos fundamentais, em seguida faremos a conceituação dos direitos fundamentais de acesso à informação, à cultura e à educação.

Jorge Miranda entende os direitos fundamentais como:

[...] os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*.¹¹⁰

Os direitos fundamentais são entendidos, *prima facie*, como aqueles inerentes à cada pessoa no trato direto com o Estado, isto é, como forma de fazer frente ao poder político do mesmo. Há o entendimento geral de que os direitos fundamentais não são somente aqueles disciplinados de forma explícita nos textos formais das constituições – leis fundamentais, mas

¹⁰⁹ PEREIRA. *Idem*, p. 76.

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2000. p. 7.

também aqueles decorrentes do seu sentido, portanto, não exemplificados no texto formal emanado dos legisladores.

Canotilho, ao comentar o texto constitucional português, que possui semelhanças diversas com o texto brasileiro, ao menos no trato dos direitos fundamentais, disciplina que “dispersos ao longo da Constituição existem outros direitos fundamentais, vulgarmente chamados *direitos fundamentais formalmente constitucionais, mas fora do catálogo* ou direitos fundamentais dispersos”¹¹¹. Nossa Constituição não é diferente, possuindo direitos essenciais no artigo 5º, bem como outros ao longo do texto fundamental, como é o caso dos direitos de acesso à cultura e à informação, que trataremos mais adiante.

Saliente-se que os autores informam da diversidade de nomenclaturas existentes como sinônimas de direitos fundamentais, citando, como exemplo: direitos de personalidade, situações funcionais, direitos dos povos, interesses difusos, garantias institucionais, deveres fundamentais, direitos humanos, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos individuais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, etc. Entre nós, Dirley da Cunha Júnior afirma sua predileção pela nomenclatura mais usual entre constitucionalistas, lecionando que:

Reiteramos a opção metodológica deste Curso pela expressão *direitos fundamentais*, que está alinhada com a terminologia utilizada pela Constituição de 1988, que adota como epígrafe do Título II o termo “*Direitos e Garantias Fundamentais*”, dispondo-o como gênero ou categoria genérica que abrange todas as espécies de direitos.¹¹²

Os direitos fundamentais, em verdade, servem de base para a verificação do grau de desenvolvimento de uma sociedade democrática, que reconhece e protege alguns direitos de maneira mais acentuada. Nossa constituição federal, em seu artigo 5º, protege tais direitos de forma direta, não sendo, entretanto, este, um rol fechado de cláusulas protetivas, tendo em vista que seu parágrafo segundo assegura a existência de outros direitos de mesma natureza, assim expressado:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Por fim, o jurista Dirley da Cunha Júnior conclui que:

[...] direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal)

¹¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 402.

¹¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 515.

ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).¹¹³

O Prof. George Sarmento afirma que “os direitos fundamentais são faróis que orientam a atividade estatal, impondo-lhe limites, deveres e obrigações destinadas a satisfazer pretensões subjetivas dirigidas à liberdade, igualdade, solidariedade e democracia”¹¹⁴. Assim o Estado Brasileiro possui obrigações supra-estatais e constitucionais que devem ser positivadas, como forma de permitir uma completa consecução dos ideários originados na revolução francesa e pós 2ª guerra, a garantir uma plena realização do homem enquanto elemento integrante de um processo democrático. E o fez com a previsão dos direitos fundamentais.

Os direitos sociais, econômicos e culturais, como integrantes dos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão são aqueles caracterizados pelo propósito de diminuir as desigualdades sociais e econômicas vigentes, em razão da anterior inércia estatal, na fase prévia conhecida como do Estado Liberal, o Estado do *laissez faire et laissez passer*, que vigorou nos séculos XVIII e XIX. São os direitos atrelados ao princípio da igualdade, decorrentes dos ideais revolucionários franceses e reconhecidos no século XX, pós primeira Guerra Mundial.

Dentre estes, encontramos os direitos de acesso à cultura e à informação em geral, como integrantes de uma gama de garantias necessárias para o crescimento pessoal ou individual do homem, enquanto integrante de uma sociedade cada vez mais globalizada e dinâmica, a sociedade da informação, onde a cultura e a posse das informações são essenciais para o seu pleno desenvolvimento. Encontramos também nesta álea, a proteção dos direitos autorais, ou o direito de propriedade sobre os inventos e criações oriundas do intelecto humano.

Desde o invento dos tipos móveis por Gutenberg, no século XV, a comunicação passou por um processo de democratização, permitindo que o conhecimento chegasse ao nível de produção industrial, com o conseqüente crescimento do nível intelectual dos povos pela possibilidade de aquisição de novos conhecimentos, seja pelo acúmulo de informações de seus antepassados – em uma referência direta à cultura dos povos –, seja pela aquisição de novas ideais – pelo desenvolvimento próprio que a noção de uma informação permite.

¹¹³ *Idem.* p. 520.

¹¹⁴ SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Mestrado em Direito – v. 1, n. 1, dez. 2005*. Maceió: Nossa Livraria: 2005. p. 32.

Gutenberg permitiu, de forma definitiva, a forma escrita de disseminação do conhecimento, tendo como consequência a transmissão de idéias das ciências para um número considerável de estudiosos. No entanto, por esta mesma expansão, nasce, em fase posterior, a proteção conferida aos autores sobre suas obras, sejam elas nos mais diversos campos do saber (textos literários, artísticos, científicos, artes plásticas, etc.). Surge então um problema que persiste até a modernidade e aflige os estudiosos dos direitos da propriedade intelectual: como equalizar os direitos fundamentais de propriedade e acesso à informação?

O acesso à informação, à cultura e à educação são direitos fundamentais protegidos em nossa Constituição Federal.

O art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, prevê a propriedade autoral, nos inc. XXVII e XXVIII, também como direito fundamental.

O direito à informação é tratado nos arts. 220 e seguintes, dispondo que a informação não sofrerá qualquer tipo de restrição. *In verbis*: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. O direito à cultura é encontrado nos arts. 215, *caput* e seguintes, que diz: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Já o direito à educação é disciplinado nos arts. 205 e seguintes e diz: “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”.

Como se depreende da leitura dos citados artigos, a cultura, a educação e a informação são direitos que todos os indivíduos possuem frente ao Poder Público, ao Estado, como forma de consecução dos postulados determinados pela mesma Carta Magna, isto é, a permitir o pleno desenvolvimento individual.

Vale salientar que o próprio preâmbulo de nossa Carta Magna reconhece a importância dos direitos humanos sociais, ao passo que estabelece, no art. 3º, os objetivos fundamentais de nossa república, dentre os quais, reduzir as desigualdades sociais (inciso III) e promover o bem de todos (IV).

O direito de informação inclui o direito de informar, de se informar e de ser informado, conforme determinações da própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, que em seu art. 19 diz:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir,

sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.¹¹⁵

Helena Braga Avancini leciona que:

[...] o direito à informação é considerado por excelência um dos principais direitos consagrados ao homem. Abrange o direito à liberdade de expressão e a outras liberdades que estão direta e essencialmente ligadas, associadas a esta, quais sejam a liberdade de pensamento em todas as suas manifestações e a liberdade de buscar e receber informações. A Declaração Universal igualmente consagrou o direito à informação em seus artigos XXVIII e XXIX [...]¹¹⁶

Paulo Ferreira da Cunha leciona que o direito à informação pode ser entendido em diversos aspectos. Assim, compreende o direito de informar, de obter a informação e o de ser informado¹¹⁷. Na consecução dos objetivos republicanos tais ópticas elevam-se em importância ao passo que permitem um desenvolvimento pleno da pessoa humana. Do mesmo modo permitem também um controle do Estado por parte dos seus pares. Celso Lafer, citando Hannah Arendt, explicita que:

uma das notas características do totalitarismo é a negação, *ex parte principis*, da transparência na esfera pública e do princípio da publicidade, seja através da estrutura burocrática na forma de cebola, seja através do emprego da mentira e da manipulação ideológica, que impedem a circulação de informações exatas e honestas [...].¹¹⁸

O direito à informação, como integrante dos direitos fundamentais de quarta geração, possui íntima ligação com a concretização dos princípios democráticos. Segundo Catarina Gonçalves Acioli:

[...] relaciona-se com a concretização do princípio da democracia, uma vez que quando se resguarda o acesso à informação livre de manipulação e com confiabilidade e autenticidade da fonte consegue-se atingir os verdadeiros fins de uma globalização política e cultural.¹¹⁹

Com o avanço tecnológico e o surgimento de outras formas de comunicação, que não mais restringem a informação, será possível a consecução dos direitos fundamentais dos indivíduos. Logo, o Estado deve estabelecer os meios possíveis de consecução de tal direito.

¹¹⁵ *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://www.cnpqjr.pt/preview_documentos.asp?r=1458&m=PDF>. Acesso em: 01 mai. 2009.

¹¹⁶ AVANCINI, Helena Braga. Direitos humanos fundamentais na sociedade da informação, *In: Perspectivas atuais do direito da propriedade intelectual*. Helena Braga Avancini e Milton Lucídio Leão Barcellos (orgs.). Porto Alegre: ediPUCRS, 2009. p. 49.

¹¹⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da. Direito à informação ou deveres de protecção informativa do Estado. *In: Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação – algumas aproximações*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 170.

¹¹⁸ ARENDT apud LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 242.

¹¹⁹ ACIOLI, Catarina Gonçalves. A efetividade do direito fundamental à informação e o sistema de certificação digital brasileiro. *In: Revista do Mestrado em Direito – v. 1, n. 1, dez. 2005*. Maceió: Nossa Livraria: 2005. p. 401.

Na conceituação do direito à informação devemos estar atentos para a variação nominativa encontrada na doutrina. Parte da doutrina a entende como sinônimo de direito à comunicação, outra prefere designá-la de maneira distinta. Assim o direito à informação pode explicitado como o direito de ter e compartilhar informações, por parte dos indivíduos ou do próprio Estado. Nesta álea, sendo considerado como o conjunto de normas jurídicas que permitem a exteriorização do pensamento por meio dos mecanismos de comunicação encontrados na sociedade, ou, em síntese, o direito de comunicação. Noutra parte, a informação é definida como o direito que todo ser humano possui de estar informado, obtendo e dispondo a mesma, a permitir o seu pleno gozo e fruição.

A cultura e a informação em geral são dados essenciais para o conhecimento de nossa história, bem como para o alcance de nossos objetivos futuros. “A idéia de cultura foi cunhada e batizada no terceiro quartel do século XVIII como um termo taquigráfico para a administração do pensamento e do comportamento humanos”¹²⁰. O conhecimento dos pensamentos e comportamentos humanos passados traduz o desenvolvimento cultural, social e econômico de um povo. A não tradição de acesso à cultura e à informação leva a população a um estado de subserviência aos poderosos, não permitindo sua plena realização. Bruno Jorge Hammes¹²¹ alerta para o fato de que a cultura é um fator de progresso.

A concepção de acesso ao conhecimento e à cultura perpassa, também, pelo próprio direito à educação, garantia constitucional e direito fundamental de todos.

Jorge Miranda ao falar acerca da cultura, da liberdade de educação e do direito à educação leciona:

Também a cultura (mesmo em sentido restrito) é uma das dimensões da sociedade, e nenhuma Constituição deixa de a incluir, seja para a conservar, seja para a transformar [...] No interior da Constituição cultural a região mais importante, de mais forte influência e mais pronta a ser autonomizada vem a ser a Constituição da educação.¹²²

Emerson Garcia afirma que:

A educação, longe de ser um adorno ou o resultado de uma frívola vaidade, possibilita o pleno desenvolvimento da personalidade humana e é um requisito indispensável à concreção da própria cidadania. Com ela, o indivíduo compreende o alcance de suas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, permitindo a sua integração em uma democracia efetivamente participativa.¹²³

¹²⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007. p. 71.

¹²¹ HAMMES. *Idem*. p. 31.

¹²² MIRANDA. *Idem*, p. 429.

¹²³ GARCIA. *Idem*, p. 149.

Na atualidade o acesso à cultura, ao conhecimento e à educação pode ser feito por diversas formas, com maior facilidade e rapidez. Uma forma proporcionada pela dinâmica do conhecimento de obtenção deles é por meio da internet. A internet, rede mundial de computadores, é um grande banco de informações de todas as ciências (humanas, naturais, sociais, exatas, etc.) conhecidas em nosso tempo. Trataremos mais adiante acerca da rede mundial de informações.

O cumprimento dos direitos humanos fundamentais de acesso à informação, cultura e educação devem ser acompanhados de formas de sua realização ou exigibilidade, até mesmo como forma de não se tornarem meras reproduções de textos legais, sem nenhum valor. Jayme Benvenuto Lima Júnior diz que “Esse é um imperativo do qual não se pode fugir, sob pena de se ver os direitos humanos reduzidos a meras normas programáticas ou a valores jusnaturalistas”¹²⁴.

Por fim, Antônio Augusto Cançado Trindade explicita bem a preocupação que os Estado devem ter na consecução de tais direitos fundamentais:

É inadmissível que continuem a ser negligenciados em nossa parte do mundo, com o têm sido nas últimas décadas, os direitos econômicos, sociais e culturais. O descaso com estes últimos é triste reflexo de sociedades marcadas por gritantes injustiças e disparidades sociais. Não pode haver Estado de Direito em meio a políticas que geram a humilhação do desemprego e o empobrecimento de segmentos cada vez mais vastos da população, acarretando a denegação da totalidade dos direitos humanos em tantos países. Não faz sentido levar às últimas conseqüências o princípio da não-discriminação em relação aos direitos civis e políticos, e tolerar, ao mesmo tempo, a discriminação como “inevitável” em relação aos direitos econômicos e culturais. A pobreza crônica não é uma fatalidade, mas materialização atroz da crueldade humana. Os Estados são responsáveis pela observância da totalidade dos direitos humanos, inclusive os econômicos e sociais. [...]¹²⁵

3.2.3. O direito fundamental de propriedade autoral e sua funcionalização

O direito de propriedade autoral ou intelectual possui previsão, como já vimos, tanto no âmbito internacional, em especial pela Declaração Universal da ONU, em seu art. 27; quanto no plano interno, conforme previsto no art. 5º da Constituição Federal, nos inc.

¹²⁴ LIMA JR., Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 95.

¹²⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos. In: *Educando para os direitos humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade*. José Geraldo de Souza Jr. et al (org.). Brasília: UnB, 2003. Disponível em: <http://www.itsbrasil.org.br/sites/default/files/infoteca/uploads/livro_Educando_para_os_direitos_humanos.unb_.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2009. p. 21-22.

XXVII, XXVIII e XIX. Há uma clara proteção do direito de autor, bem como da propriedade industrial. Trataremos aqui tão-somente da primeira.

O artigo 5º, XXVII da CF/88, norma constitucional assecratória do direito autoral, confere aos autores o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras literárias, artísticas, científicas e de comunicação.

O direito de propriedade autoral é assim tratado no plano constitucional como um direito fundamental, da mesma forma que os direitos de acesso à cultura, à educação e à informação. Destarte, do mesmo modo serve como mecanismo de promoção do crescimento individual.

O direito autoral, como sendo um direito de propriedade com bases constitucionais, não está isento de interferências estatais. Assim, é possível a retirada de tal direito conquanto este não esteja cumprindo, em sua completude, sua função social.

Disciplina nossa CF/88, em seu art. 5º, XXIII, que “a propriedade atenderá sua função social”. Não é diferente com a propriedade do autor. Esta tem papel fundamental, principalmente quando aliada a outros mandamentos constitucionais, como o acesso à cultura, educação e informação. Sabemos que há uma proteção conferida pela LDA que permite ao autor a utilização, de forma exclusiva, de suas criações intelectuais, somente havendo a transmissão, no máximo, dos direitos patrimoniais, e mesmo assim, com caráter de exceção, bem como mediante autorização específica do titular dos direitos.

Pois bem, gravitam os doutrinadores autorais nos mais variados conceitos acerca do conteúdo da função social da propriedade autoral. Certo mesmo é que o próprio conceito de propriedade modifica-se no tempo e espaço, sendo sua função social um espelho da época em que estudado.

Na atualidade podemos identificar sua conceituação, com base nas lições do Prof. Guilherme Carboni, que diz:

O direito de autor tem como função social a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo, findo o qual a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa. Normalmente, confunde-se a regulamentação da função social do direito de autor com as limitações e exceções dadas pela lei.¹²⁶

¹²⁶ CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 97.

José de Oliveira Ascensão¹²⁷ assevera que a Constituição Brasileira é, sem dúvida, a que maior dá relevo à função social da propriedade.

Por mais que o texto constitucional não faça referência expressa à função social da propriedade autoral, é pleno seu entendimento quando da leitura, principalmente, do inciso XXIX do art. 5º do mesmo texto legal, que manda ter em vista “o **interesse social** e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país” (grifo nosso).

Em nossa LDA há uma série de práticas não consideradas ofensivas ao direito de propriedade autoral, elencadas nos arts. 46 a 48, as limitações já tratadas em nosso estudo.

Manoel J. Pereira dos Santos leciona que o direito de autor:

Apesar de incondicionado, não se trata evidentemente de um direito absoluto, pois desde logo, reconhece a doutrina, está sujeito à limitações constitucionais inerentes à função social da propriedade, contidas no inc. XXIII do mesmo artigo, face ao conteúdo marcadamente patrimonial da norma constitucional.¹²⁸

Há claro consenso na doutrina que não há direito absoluto da propriedade autoral, tal qual como ocorre com outras espécies de propriedades relacionadas no plano constitucional. Esta deve ser submetida aos ditames da função social.

Toda e qualquer obra intelectual é fruto decerto de outros direitos fundamentais. A criação do intelecto humano certamente adveio da possibilidade que o indivíduo teve de ter acesso à cultura, à informação e à educação. É justo, portanto, que a proteção conferida não seja de forma absoluta, atemporária, mas que esteja delimitada por regras constitucionais e infraconstitucionais que possibilitem a funcionalização social de suas criações.

Carla Eugênia Caldas Barros ensina que:

O fato é que o produto intelectual tem causa e desdobramentos sociais necessários. Por mais solitária e decisiva que seja a ação de um autor, inevitavelmente, os elementos sociais não só determinam a existência da obra, como, também, são por ela influenciados. Na obra, esses elementos se reciclam ou, mesmo, se revolucionam. Daí, o princípio da função social prevista pela coerência constituinte, a razão de ser da obra como um bem potencialmente econômico e moral que não se desvincula da coletividade.¹²⁹

Como se depreende das explicações doutrinárias acima expostas, não podemos efetuar uma desvinculação dos direitos fundamentais de acesso à cultura, educação e

¹²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In: *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz (coords.). 1 ed. 2 tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 90.

¹²⁸ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual – O Regime Constitucional da Propriedade Intelectual. In: *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz (coords.). 1 ed. 2 tir. Curitiba: Juruá, 2007. pp. 28-9.

¹²⁹ BARROS. *Idem*. p. 501.

informação, do direito de propriedade autoral. Ao revés, devemos estudá-los conjuntamente, como maneira de conformação dos mandamentos constitucionais brasileiros. E na atualidade tal fato torna-se ainda mais importante tendo em vista a revolução tecnológica em que vivemos. Com o avanço da utilização da rede mundial de computadores, se tornou muito mais fácil a obtenção de qualquer informação – e aqui não estamos falando da veracidade das mesmas.

4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS: POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O ATENDIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INFORMAÇÃO, CULTURA E EDUCAÇÃO

4.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL

4.1.1 Constitucionalização e Repersonalização do direito privado e a incidência no campo autoral

Tradicionalmente a ordem legal privada foi construída ao largo da ordem constitucional. O sistema de codificação oriundo do século XIX, que derivou nosso Código Civil de 1916 e algumas legislações privadas, sempre foi baseado pelo traço distintivo da dualidade existente entre direito privado e público. Um fundado nos pilares da propriedade privada e na autonomia das relações. Outro, caracterizado por um sistema de interferências estatais a permitir a consecução de garantias constitucionais.

Enquanto a Constituição era vista como uma carta política, que disciplinava, além de outros temas, o sistema de proteção do cidadão contra as ingerências estatais, a legislação privada, centrada no Código Civil, regia basicamente as relações patrimoniais. O Código Civil era entendido como a “constituição” do direito privado, levando seus intérpretes a efetivarem a resolução de conflitos privados somente com base em seus fundamentos, num quase que completo desprezo pelas normas constitucionais.

No entanto, a história demonstrou a incipiência das regras privadas para a resolução de todos os conflitos somente com base nas regras civis. A evolução do direito público no decorrer do século XX acabou por solidificar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, criando novos direitos e garantias aos cidadãos, conquanto as relações privadas, fundadas em especial no Código Civil francês de 1804 – o Código de Napoleão – acabaram por revelar inúmeras desigualdades, mesmo tendo por fundamentos os ideais burgueses libertários da liberdade, igualdade e fraternidade.

O homem era concebido de forma abstrata, traduzido pela iniciativa privada e pela autonomia da vontade, sem nenhuma análise de fatores sociais ou econômicos.

No contexto social de não proteção da pessoa humana surge então um Estado, que passa a intervir nas relações privadas com o fim de proteger os valores sociais e culturais

aceitos. Inicialmente há tão-somente a ingerência estatal caracterizada edição de normas coativas, a regular relações de trabalho, locação, etc. É o fenômeno da publicização.

Segundo o professor Paulo Luiz Netto Lôbo,

A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do Século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, **os direitos autorais**, o direito do consumidor.¹³⁰ (grifo nosso)

Saliente-se que nesta fase ainda não havia a submissão das regras de direito privado às normas constitucionais, mas somente a ingerência estatal a criar normas infraconstitucionais.

Somente no século XX há uma profunda transformação da dogmática privada, com o surgimento de novos textos constitucionais, principalmente na Europa do pós Segunda Guerra. No Brasil a Constituição Republicana de 1988 absorve garantias essenciais no desenvolvimento da pessoa humana, que acabam por superar uma dicotomia entre o público-privado. A constituição agora passa a ser o novo centro de atenções. Há um salto interpretativo deslocando a Constituição para o centro do sistema jurídico, fenômeno conhecido como a Constitucionalização do Direito Privado, importante fator de transformação axiológica do direito privado.

Aline Vitalis afirma que:

Em qualquer ordenamento jurídico, a Constituição configura a Lei Maior, o referencial ético e valorativo reconhecido por toda nação. Os demais instrumentos normativos devem estar de acordo com o texto constitucional, visando à preservação do sistema regulatório e do modelo de Estado, definidos a partir do poder constituinte em dado momento histórico.¹³¹

O texto constitucional agora passa a ter supremacia, conformando interesses maiores de cidadãos no espaço e no tempo. Como verdadeira lei superior passa a definir o modelo de Estado adotado em dado momento histórico. O antigo modelo de Estado, que não implantava políticas protetivas da sociedade cede espaço a um novo modelo baseado e fundado nas normas constitucionais.

¹³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 10 mai. 2009.

¹³¹ VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: *Direito Autoral. Coleção Cadernos de Políticas Culturais*, v. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 177.

Destaca Maristela Basso que:

Aquela antiga condição de que gozavam os Estado, no modelo tradicional ou histórico, anterior à Segunda Guerra, de optar por implementar ou não, políticas de proteção à propriedade intelectual, torna-se inviável no modelo atual, perante os compromissos internacionais, cada vez mais numerosos, assumidos pelos Estados, e às pressões dos setores privados nacionais e transnacionais.¹³²

Com a constitucionalização do direito privado as normas constitucionais deixaram de ser meros textos a limitar o Estado e seu poder político, passando a consagrar instrumentos de realização de uma justiça social, abrigando liberdades negativas e positivas. O rol de direitos fundamentais passa por sensíveis mudanças, com progressiva ampliação, contemplando a implementação de políticas públicas tendentes a possibilitar o cumprimento de prestações positivas a cargo do Estado.

Paulo Lobo enfatiza 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”

¹³³

A nova Constituição do Estado Democrático de Direito então se caracteriza por possuir, ao mesmo tempo, normas que estruturam o Estado e seus princípios basilares, ao lado das normas de direito privado. A constitucionalização funda-se, logo, na força normativa de seus princípios e permite uma efetiva e permanente proteção da pessoa humana, dotada de dignidade irradiante. Permite também a superação dos dogmas da neutralidade e abstração, oriundas do Estado Liberal, e conduzem o intérprete e aplicador do direito a visualizar a pessoa humana em um contexto histórico, econômico, social e político. Há a incursão dos direitos da personalidade nos ordenamentos privados que permitem uma nova interpretação em torno do papel atribuído ao homem.

Com a modificação do paradigma jurídico, centrando a axiologia jurídica nas bases constitucionais do Estado há também a modificação de uma perspectiva civilista encontrado em nossa legislação privada: a centralização do direito no paradigma patrimonial. Vimos que o direito autoral, no decorrer de sua história, foi legislado e propagado tendo o homem, dotado de patrimônio – a propriedade intelectual –, como o fim último da sua existência. Boa parte das legislações autorais sempre tiveram uma preocupação muito maior com os aspectos

¹³² BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. *In: Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 162, 2004. p. 290.

¹³³ LÔBO. *Idem*.

patrimoniais do direito autoral que com as prerrogativas morais. Esse é um fato que não podemos negar, basta olharmos a história mundial e brasileira de criação de leis autorais.

A modificação das bases axiológicas constitucionais permite assim, também, que seja feito uma releitura do direito autoral, agora centrando a importância de seu estudo na pessoa humana, com suas prerrogativas morais.

A repersonalização é decorrência da constitucionalização do direito privado e inicialmente foi estudada e difundida pela doutrina civilista. Waldyr Grisard Filho afirma que:

Se antes o paradigma era o cidadão dotado de patrimônio, a prevalência deste sucumbiu à pessoa humana, sujeito em si, abstraído de sua dimensão real. A patrimonialização das relações no Estado moderno torna-se incompatível com o princípio fundante da República, a dignidade da pessoa humana, condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais. daí dizer-se da repersonalização do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário [...] ¹³⁴

No âmbito civil nosso Código de 1916 era entendido como uma legislação predominantemente individualista e patrimonializada, fundado basicamente nos institutos da propriedade e dos contratos, com prevalência do ter sobre o ser. A repersonalização ou despatrimonialização do direito civil, como preferem alguns doutrinadores ¹³⁵, relaciona-se com a emancipação da pessoa humana, agora colocada no centro das relações civis, sendo o patrimônio relegado a segundo plano. Luiz Gonzaga Silva Adolfo, citando Ricardo Aronne, diz que:

[...] o compromisso transformador, inerente à idéia de Estado Social e Democrático de Direito, publiciza o Direito Civil com vistas à sua “repersonalização”, através dos mecanismos normativos do sistema, ampliando o interesse recebido nas titularidades, visando, assim, sua funcionalização, na condição de meio de concretização dos valores solidarísticos constitucionalizados. ¹³⁶

Houve, na verdade, por parte dos civilistas a colocação dos princípios e valores da pessoa humana no centro do direito. A sociedade recoloca o indivíduo agora como um ser coletivo, que está no centro dos interesses e com vistas à uma igualdade substancial.

¹³⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. A função social da propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade. In: *Direito Civil- Constitucional: situações patrimoniais*. Carmen Lúcia Silveira Ramos (org.). Curitiba: Juruá, 2002. p. 242.

¹³⁵ Ver PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 33. SARMENTO. Idem, p. 115.

¹³⁶ OLIVEIRA, Paula Cristina Koerig de. SILVA ADOLFO, Luiz Gonzaga. Pra não dizer que não falamos de espinhos: a constitucionalização do direito civil e a difícil concretização da ideia de repersonalização em ações de direitos reais nos tribunais brasileiros. In: *Revista de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, n° 32, jul-dez. 2009*. Santa Cruz do Sul: EdUnisc, 2009. p. 56. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito>>. Acesso em: 27 mar. 2010.

Helenara Braga Avancini leciona que “A repersonalização perseguida advém de uma nova noção substancializada de sistema e de interpretação dos valores e das normas”¹³⁷.

O direito de família, dentre os ramos do direito civil, é o que mais sofreu modificações, com base nos preceitos trazidos pela repersonalização. Lôbo sintetiza tal evolução, nas seguintes palavras:

A repersonalização das relações jurídicas de família é um processo que avança, notável em todos os povos ocidentais, revalorizando a dignidade humana, e tendo a pessoa como centro da tutela jurídica, antes obscurecida pela primazia dos interesses patrimoniais, nomeadamente durante a hegemonia do individualismo liberal proprietário, que determinou o conteúdo das grandes codificações.¹³⁸

Rodrigo Moraes conceitua a repersonalização como:

[...] o fenômeno contemporâneo de regresso da pessoa humana ao centro do Direito; o paradigma de raiz antropocêntrica, que, ao considerar o homem como o centro dos interesses prioriza bem mais a sua dignidade do que as relações patrimoniais.¹³⁹

Na seara autoralista podemos dizer que a finalidade principal é humanizar tal ramo, com a colocação do autor no centro de atenções, a proporcionar não só para ele, mas para a sociedade, melhores condições de desenvolvimento social – educacional, cultural e informacional. Explicamos. Pode à primeira vista parecer contraditório, mas elevar a dignidade humana do autor pode sim servir como meio para o alcance dos direitos fundamentais elencados na Constituição Republicana de 88. O desenvolvimento do autor serve como mecanismo para seu engrandecimento pessoal e, ao mesmo tempo, de promoção do acesso ao conhecimento.

Não há nenhuma surpresa em dizer que os lucros auferidos com a venda, por exemplo, de livros não tem tornado ricos autores, mesmo os mais renomados. Ilustrando esta situação destacamos a fala do professor de economia da PUC-SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), Ladislau Dowbor, que no Seminário de Direitos Autorais de 2008, promovido pelo MinC (Ministério da Cultura) asseverou:

[...] sou economista, professor da PUC e tenho cerca de 40 livros publicados, além de títulos que passaram de 100 mil exemplares. Cá entre nós (entre quatro paredes), nunca ganhei nenhum dinheiro significativo com isso. Quando saí de uma reunião do Comitê Gestor da Internet (no Rio de Janeiro), um amigo professor disse: “mas isso não funciona, porque você disponibiliza gratuitamente os seus artigos... Você não ganha dinheiro, não é?” Eu perguntei se ele ganhava dinheiro com os livros. Ele

¹³⁷ AVANCINI. *Idem*, p. 34-35.

¹³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

¹³⁹ MORAES. *Idem*, p. 47.

falou: “não, eu não ganho dinheiro”, o que era óbvio. Bem, eu disse, pelos pelo menos os meus textos são lidos”.¹⁴⁰

Num país que possui altos índices de analfabetismo não há razões para uma exarcebação do patrimonialismo, especialmente no campo que se destina a divulgar as criações do espírito, o campo dos direitos autorais.

Segundo dados do IBGE, no Censo 2000, cerca de 16% da população brasileira era considerada analfabeta, o que equivalia a 24 (vinte e quatro) milhões de brasileiros¹⁴¹. Esta população, carecedora do direito fundamental à educação encontra-se excluída socialmente. Não possuía o direito mínimo reconhecido em nosso texto constitucional, e tal situação foi agravada por anos de descaso com a centralização do direito no aspecto patrimonial. A repersonalização, ao centrar suas preocupações na pessoa humana, pode ser um mecanismo de melhora nos níveis educacionais.

Saliente-se que com a despatrimonialização não há o abandono das relações econômicas. Até mesmo porque estas são também importantes no progresso de um país. O que não significa que devemos nos preocupar principalmente com os aspectos econômicos para a consecução dos objetivos republicanos.

A economia, sem sombra de dúvidas, domina o cenário mundial. O capitalismo impera em na sociedade e boa parte das indústrias culturais está voltada quase que exclusivamente para a busca do lucro. Rodrigo Moraes sintetiza a questão, afirmando que:

O mundo atual está inclinado para aspectos econômicos. A sociedade tornou-se terrivelmente monetarizada. Os seus sensores estão voltados unicamente para o lucro. E eles não captam, muitas vezes, valores éticos. A visão materialista enxerga, principalmente, o ter em detrimento do ser.¹⁴²

A lógica da economia domina também o cenário dos direitos autorais. É a lógica de mercado, onde tudo tem um valor monetário. Mas, nessa onda globalizante, não podemos esquecer de um fator primordial: a dignidade humana do autor. Este vem sendo colocado de lado em nome de um capitalismo desenfreado. E mais, vem sendo colocado em segundo plano, como coadjuvante no cenário autoralista, quando deveria estar no centro das atenções.

Há uma constatação histórica, desde antes mesmo da codificação civil de 1916, que relega ao autor o papel de um mero criador que gerará riquezas para outrem. Assim, o direito

¹⁴⁰ DOWBOR, Ladislau. Usos Educacionais de Conteúdos Protegidos. In: *Seminário de Direitos Autorais e Acesso à Cultura*. 2008. São Paulo: MinC, 2008. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2008/08/28/seminario-de-sao-paulo-discute-os-direitos-autorais-e-o-acesso-a-cultura/>>. Acesso em: 10 mai. 2009.

¹⁴¹ IBGE. *Censo Demográfico 2000: Educação – Resultados da Amostra*. Rio de Janeiro: IBGE, 2000. p. 41. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

¹⁴² MORAES. *Idem*. p. 47.

autoral foi moldado basicamente na rentabilidade de suas obras. Foi tratado como coisa. Houve uma prevalência do aspecto patrimonial em detrimento das peculiaridades morais.

O direito autoral, afirma Moraes:

[...] Desde a entrada em vigor de sua primeira lei, em 1710, priorizou o aspecto monetário, em detrimento do elemento moral. Preocupou-se muito mais com a dimensão do *ter* que com a do *ser*. A proteção sempre foi muito mais direcionada a investimentos de grupos econômicos que à pessoa do autor. a tutela sempre esteve muito mais a serviço do dinheiro que a serviço da vida.¹⁴³

O absurdo paradigma existente no direito autoral durante séculos somente serviu – e serve ainda – para conservar o atraso social em que os países se encontravam. Ao desprestigiar os cânones morais do autor, o capitalismo sufocou a lógica existencial do próprio direito autoral, não permitindo, por exemplo, a divulgação e disseminação das obras, e por consequência do conhecimento em geral.

Para que haja o cumprimento de uma verdadeira aptidão humanizadora, o direito autoral precisa urgentemente se libertar de suas amarras e sofrer uma releitura à luz dos preceitos constitucionais contidos na Carta Magna brasileira, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, o qual possui aplicabilidade imediata. Devemos efetuar uma leitura da LDA com fundamento na Constituição e colocando o autor no centro das questões, dando prevalência a seus direitos morais. Somente desta forma permitiremos uma interpretação correta do direito autoral, e que ao mesmo tempo atenda aos anseios sociais.

4.1.2 A equalização dos direitos fundamentais de informação, cultura e educação com a propriedade autoral – interpretação em torno da dignidade da pessoa humana

À primeira vista, pode parecer que os postulados constitucionais do acesso ao conhecimento e o direito de propriedade autoral sejam contraditórios. Podemos efetuar tal consideração levando em conta as disposições presentes, por exemplo, na LDA brasileira, que prima pela necessária proteção do autor, determinando que quase toda utilização de obra autoral, seja ela de natureza individual ou coletiva, necessite de autorização prévia e específica quanto à sua utilização. Neste ponto faz-se mister que façamos uma indagação: qual direito deve prevalecer no conflito de interesses entre direito de acesso à informação e o direito de propriedade autoral? Tal questionamento pode ser respondido se fizermos uma

¹⁴³ MORAES. *Idem*. p. 48.

análise de um valor fundamental em nossa ordem constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana.

A conceituação jurídica de dignidade possui origens da filosofia kantiana. Segundo Kant, o homem deve ser considerado com um fim, não como um meio. A pessoa humana não pode ser tratada como mero objeto, coisificada, e sim ser tratada com dignidade, estando acima de qualquer preço e sendo insubstituível.

Com o predomínio do pensamento liberal no passado, o Estado cada vez menos se intrometia nos assuntos de cunho primordialmente privado. Tal inação fez com que sérias distorções ocorressem no mundo fático, ensejando, já numa fase posterior, a intervenção estatal para regular e equilibrar as forças das partes presentes nas relações jurídicas.

Com os avanços sociais, e num plano mais recente com os avanços tecnológicos, o convívio humano tornou-se cada vez mais angustiante. Ao invés de todo este avanço possibilitar o processo de democratização do conhecimento, melhorando principalmente a qualidade de vida das pessoas, ocorreu o inverso: uma profunda e cada vez mais notória diferença entre os indivíduos. Assim, um valor decorrente diretamente das revoluções burguesas, em especial da Revolução Francesa de 1789, e com previsão supra-estatal na Declaração Universal da ONU, surge como o centro de expressão dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais: o princípio da dignidade humana.

Carlos Roberto Siqueira Castro diz que:

embora traduza um conceito jurídico indeterminado e de utilização ainda recente no plano das constituições e das Declarações Internacionais da era contemporânea, o postulado da dignidade humana universalizou-se como um pólo de atração para cada vez mais novos e novíssimos direitos refletores do modismo constitucional-democrático.¹⁴⁴

A dignidade humana prescreve que toda pessoa deva ser tratada de acordo com suas manifestações, decisões ou intenções. Logo, devem todas as relações ser pautadas pelo respeito às escolhas individuais sem descuidar, por óbvio, das necessidades coletivas, tudo como forma de permitir o crescimento individual e social de todos.

Para que haja o devido respeito ao direito de acesso ao conhecimento e, ao mesmo tempo, ao direito de propriedade autoral é preciso que façamos uma harmonização dos preceitos constitucionais, sem retirar de cada um deles o devido valor perante a ordem

¹⁴⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana – O Princípios dos Princípios Constitucionais. In: *Direito Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Daniel Sarmiento e Flávio Galdino (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 136.

jurídica, nem abandonar sua importância no ordenamento legal. Tudo isto pode ser feito com a análise da dignidade humana. Senão vejamos.

A dignidade humana tem como base fundamental e original o respeito aos valores da liberdade e da igualdade.

Assim todas as pessoas são dotadas de capacidade de escolha pelo seu plano de vida próprio, numa tradução do postulado da liberdade. Podemos identificar o direito fundamental de liberdade alicerçado na possibilidade de cada qual determinar seu destino, tornado-se criador, com livre disposição de sua própria inteligência, dos bens materiais e imateriais que criar.

A igualdade de todos refere-se à possibilidade de ter acesso ao conhecimento, com previsão constitucional do acesso à informação, à cultura e à educação.

No entanto, conquanto haja uma previsão constitucional de tais direitos fundamentais, há um claro e inequívoco embate entre os mesmos, somente sendo possível uma solução se efetuarmos a harmonização com base no princípio da dignidade humana. Não é possível valorar a propriedade autoral em detrimento da possibilidade de acesso ao conhecimento de forma ampla, ou vice-versa. Isso levaria a um desrespeito generalizado pelo valor constitucional fundamental.

Hoje, a dignidade humana, fundamento de nossa República serve como parâmetro para que haja uma desconstrução do antagonismo público-privado.

A propriedade autoral, essencialmente privada, não pode servir como óbice ao crescimento individual e coletivo, não pode ser obstáculo aos direitos fundamentais de acesso à informação, cultura e educação – que são em sua grande parte, consistentes em anseios sociais, vinculados pela própria determinação constitucional de garantia de ascensão dos povos. Daniel Sarmiento afirma que “O reconhecimento de que tal princípio situa-se no vértice axiológico da ordem jurídica vai acarretar a consagração da primazia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os patrimoniais do Direito Privado”¹⁴⁵. Isso significa que os valores privados devem, em certa feita, ceder aos ditames da dignidade humana, como forma de permitir a consecução dos valores constitucionais.

O contrário também é verdade. Não podemos negar a todo custo o direito constitucional de propriedade autoral com base num amplo e irrestrito direito de acesso ao conhecimento. Estes atos seriam inaceitáveis na ordem jurídico-constitucional vigente. É preciso que haja ao menos alguns direitos imputáveis ao titular de uma obra autoral. E isto

¹⁴⁵ SARMENTO. *Idem*, p. 115.

pode ser plenamente conseguido com a aplicação da dignidade humana, permitindo, por exemplo, em certos casos especificados na LDA, no mínimo, o respeito aos direitos morais do autor, com a consequente citação da fonte de pesquisa.

O reconhecimento nos planos jurídico e social da prevalência dos direitos morais do autor, com base na dignidade humana, tornará possível a reconstrução dos institutos autorais, a permitirem uma evolução pessoal do autor, aliada ao desenvolvimento da sociedade.

Jorge Miranda, tendo a Constituição Portuguesa como base, ensina que:

[...] a Constituição, a despeito de seu caráter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1º, ou seja, na concepção que faz da pessoa humana fundamento e fim da sociedade e do Estado. Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, em todas as pessoas [...].¹⁴⁶

Tal pensamento pode ser aplicável ao Direito Constitucional Brasileiro, que também possui a dignidade da pessoa humana como valor primordial informador de toda ordem social e legal.

Muito embora a doutrina autoralista concorde com boa parte das discussões até aqui explanadas, os legisladores parecem persistir na priorização dos aspectos patrimoniais. Nossa LDA atual, a título de ilustração, ao proibir a reprodução integral de uma obra, em um só exemplar, para uso privado e sem intuito de lucro, visa precipuamente interesses económicos de grupos editoriais. A discussão gira em torno dos altos investimentos a serem feitos na editoração de um livro, ao passo que relegam a segundo plano a dignidade do criador da obra, que muitas vezes não percebe mais que 10% (dez por cento) pela participação nas vendas. Além de se tornar um ilustre desconhecido, o autor se submete a perceber poucos rendimentos com o produto final de seu esforço intelectual. Os direitos morais são amplamente esquecidos!

José de Oliveira Ascensão afirma mesmo a existência de uma “ablação” dos direitos morais. *In litteris*:

Os direitos intelectuais são regulados pela OMC porque eles (ou o seu objecto) foram transformados em mercadoria. Nomeadamente, o Direito de Autor é assim regulado porque está despojado de todo o significado personalístico ou cultural. A OMC ignora o direito “moral”; e nenhuma consideração são válidas perante ela, que não sejam as que se traduzem em impacto económico.¹⁴⁷

¹⁴⁶ MIRANDA. *Idem*, p. 132-133.

¹⁴⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias. *In: Revista de Direito Autoral. Ano I, n. 1. ago. 2004.* p. 14.

O grave problema por que passa os direitos morais do autor na atualidade é a sua simples negação, tendo em vista a prevalência dos ditames comerciais. A regulação mercatória, inclusive por parte de órgãos que deveriam primar pela observância dos postulados da dignidade humana, é uma infeliz constatação. É o chamado “Ocaso dos direitos morais”, nominado pelo autoralista português e propagada por Moraes, nos seguintes termos:

Toda a evolução mais recente mostra um constrangimento grande na disciplina do direito “moral”. Enquanto os aspectos patrimoniais se desenvolviam em flecha, os aspectos pessoais continuavam acantonados à previsão do art. 6 *bis* da Convenção de Berna. A Comunidade Européia desistia de regular o aspecto pessoal e os Estados Unidos da América não eram inquietados pelo facto de terem aderido à Convenção de Berna, continuando sem regular as faculdades pessoais do direito de autor.

Com o ADPIC [TRIPS] a exclusão passa a ser explícita. Os membros obrigam-se a observar o disposto nos arts. 1 a 21 da Convenção de Berna, que contém a disciplina substantiva do direito de autor (art. 9/1). Deste modo se impõem a todos os países estes preceitos, independentemente da pertença ou não à União de Berna. Mas exclui-se expressamente o art. 6 *bis*, que respeita justamente os direitos pessoais do autor.

Temos assim o Direito de Autor rachado em dois segmentos. O que é universalizado é o direito patrimonial de autor, que já recebe ainda, o impulso de novas previsões. Os direitos pessoais, já em crise, são abandonados, ficando numa situação de decadência. Isto apesar de os países motores da OMC serem todos membros da União de Berna.

É possível que devamos reconhecer que um desenvolvimento anómalo ocorrido no seio do “direito moral” é co-responsável por esta situação. Como dissemos, na França deu-se uma exacerbação do “direito moral” que, por tão extrema, lhe fez perder o sentido. O direito moral tornou-se um poder arbitrário (por não necessitar de se fundar em motivos éticos) que permite ao autor todo o momento intervir e entrar a exploração normal das obras. Os Estados Unidos da América receiam muito estas intervenções porque se colocam do lado do *copyright*, portanto das empresas exploradoras das obras. Deixou de haver uma ponte entre os dois entendimentos. O resultado foi a derrota do “direito moral”.

Há que tirar deste facto as lições devidas. Há que procurar uma integração normal de faculdades pessoais e patrimoniais no seio de um único direito de autor, temporalmente limitado, que torne a categoria aceitável no plano internacional.¹⁴⁸ (grifo nosso)

Com base nestes entendimentos, podemos chegar, à guisa de conclusão, que somente o entendimento da dignidade humana, em toda sua completude, permitirá uma correta e perfeita harmonização dos direitos fundamentais de acesso ao conhecimento e de propriedade autoral, havendo uma conseqüente harmonização dos direitos autorais, com a prevalência das prerrogativas morais.

¹⁴⁸ ASCENSÃO *apud* MORAES. *Idem*. p. 51-52.

4.2 VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS NA ERA DIGITAL E O USO ALTERNATIVO DE OBRAS INTELECTUAIS COMO COROLÁRIO DA REPERSONALIZAÇÃO

O mundo em que vivemos hoje é muito diferente do de pouco tempo atrás. Há poucas décadas as informações somente eram repassadas pelos meios tradicionais, como o uso de livros. O sistema tradicional de disseminação dos conhecimentos necessitava do sistema educacional, em que o professor era a figura central a permitir o desenvolvimento de seus alunos.

Mais recentemente, a partir da década de 90, avanços na área tecnológica permitiram a aquisição e a disseminação de novos conhecimentos sob uma nova forma: o uso da internet. A revolução cibernética ensejou uma nova conformação social, a sociedade da informação por nós já tratada.

Hoje, inegavelmente a informação e os novos conhecimentos são essenciais para o pleno desenvolvimento de um país, e, por consequência, de seu povo. Aline Vitalis afirma que:

Não mais se mensura a riqueza de um país, de seu povo e da sua indústria apenas a partir de bens tangíveis e corpóreos. Ao contrário, nunca o conhecimento, a informação e a criatividade humanas foram tão valorizados como elementos diretamente vinculados à geração de riquezas e ao desenvolvimento do Estado-Nação.¹⁴⁹

Luis Carlos Cancellier de Olivo, com base nas lições de Ângela Brasil, afirma que a:

[...] internet é indicadora de novos rumos, pois ‘inquestionáveis são as imensas possibilidade que a Internet abre, e podemos mesmo arriscar a dizer que se trata de uma revolução social, econômica e cultural que poderá ser a bússola indicadora de novos rumos, com reflexo na vida pessoal de todos.’¹⁵⁰

Efetivamente a internet é um campo que traz novas possibilidades, notadamente na aquisição do conhecimento. Mas o problema reside justamente na não existência de fronteiras, a permitir uma livre circulação de obras intelectuais, muitas vezes sem o devido respeito aos direitos do autor, seja na seara moral, seja na patrimonial. O problema da pirataria ou da contrafação permeia o universo virtual.

¹⁴⁹ VITALIS. *Idem*. p. 212

¹⁵⁰ BRASIL *apud* OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Os “novos” direitos enquanto direitos públicos virtuais na sociedade da informação. In: *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. Antônio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 327.

David Ramirez Plascencia aduz que:

O problema dos Estados-Nação em relação ao controle da internet é o fato de que não conta com infra-estrutura suficiente para vigiar os conteúdos (sem contar a China e outros países, cujos governos totalitários estabelecem medidas extremas de controle que violam os direitos fundamentais, como a livre expressão, não só na internet, mas também na vida cotidiana de seus habitantes), assim como sua limitação para agir mais além de suas fronteiras territoriais.¹⁵¹

A universalização da rede mundial de computadores trouxe um problema de efetividade da LDA, pois mesmo com a dicção do texto da lei afirmando a sua aplicação às obras veiculadas “em qualquer meio ou fixadas por qualquer suporte”, conforme o art. 7º, há uma verdadeira impossibilidade fática da fiscalização, por exemplo, do uso de cópias privadas. Ademais há ainda a impossibilidade técnica de descoberta do primeiro usuário que efetivou a violação da obra. As violações a direitos autorais são uma constante no meio virtual. O mercado de disseminação de composições musicais sofreu sérios abalos financeiros, notadamente com a criação dos arquivos digitais do tipo MP3, em substituição do CD (Compact Disc).

Mesmo com a violação de conteúdos protegidos, a internet pode ser um mecanismo a favor do desenvolvimento social. Henrique Gandelman afirma que o impacto causado pela internet vem preocupando especialistas acerca da sobrevivência do *copyright*¹⁵². E mais, ao afirmar que o ciberespaço atinge frontalmente os conceitos básicos do direito autoral expressa sua preocupação pelo uso ilegal de obras, alegando que:

Todas estas atividades podem se tornar legais, desde que sejam solicitadas, previamente, licenças dos respectivos titulares dos direitos autorais, nas quais estas estarão especificadas expressamente. O que acontece na prática é que esse licenciamento é trabalhoso, provoca gastos de serviços profissionais especializados e eventuais gastos de royalties.¹⁵³

Não cremos que esta seja a melhor solução! Há uma clara preocupação, como quase sempre, com a proteção do aspecto patrimonial, sem nem se cogitar da prerrogativa moral. É sim possível a utilização de obras intelectuais protegidas pelos direitos autorais na internet, respeitando-se os direitos morais do autor.

A centralização do direito autoral na figura do autor, a permitir uma livre disposição de suas obras como consequência da importância dada à esfera moral de sua intelecção, pode permitir um melhor desenvolvimento da população como um todo. A concretização dos

¹⁵¹ PLASCENCIA, David Ramirez. Análisis Institucional del Ciberespacio: aplicación del pluralismo jurídico y neo-institucionalismo en estudio de la regulación de Internet. In: *Revista TEXTOS de la CiberSociedad*. 2008. Disponível em: < <http://www.cibersociedad.net/textos>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

¹⁵² GANDELMAN. *Idem*. p. 184.

¹⁵³ *Ibidem*. p. 185.

direitos fundamentais à informação, cultura e educação pode ser melhor alcançada se a disponibilização das criações forem afetas diretamente ao autor, e não somente nas mãos de poucos que efetivam a regulação dos mercados.

Abaixo elucidaremos alguns exemplos de usos sociais alternativos de obras intelectuais disponibilizadas na internet, a afirmarem a repersonalização dos direitos autorais.

4.2.1 Fair Use

Na busca de equalizar os direitos fundamentais do autor e os anseios da coletividade na busca de acesso ao conhecimento foi criado no direito norte-americano a doutrina do *fair use*, como um ponto de equilíbrio entre o direito do autor e o interesse coletivo. Em português a expressão possui as seguintes significações: “uso honesto”, “uso justo”, “uso razoável” ou “uso aceitável”. Os hispânicos a designam por “usos honrados”.

Esta teorização efetua uma distinção entre o uso justo, legítimo, do inadequado, o qual configura violação do direito autoral. Ademais, permite que uma pessoa possa usar livremente uma obra protegida com finalidade de crítica, comentário, para noticiar fatos ou para fins de ensino. Saliente-se que há a possibilidade de extração de cópias múltiplas destinadas à utilização por alunos em sala de aula – o que não é permitido pela legislação autoralista pátria, com seus usos tradicionais.

Não há uma divulgação do *fair use* no Brasil. E tal constatação é plenamente justificável tendo em vista que nosso sistema autoralista não segue o do *copyright*, do direito anglo-saxão, além de não haver previsão de sua existência em nossa legislação.

Conquanto não haja uma disseminação de tal doutrina no ordenamento brasileiro, a mesma possibilita o acesso à informação, com respeito ao direito autoral. Ela pode ser utilizada como meio de justificar o uso de obras intelectuais protegidas que estão disponíveis na internet, com respeito aos direitos autorais. A facilidade com que encontramos conteúdos protegidos na internet, bem como a dificuldade de obtermos a autorização por parte de autores, são argumentos que instrumentalizam o uso do *fair use*.

Manuella Silva dos Santos, com base nas lições de Eduardo Lycurgo Pinheiro, explicita que:

Por meio dessa doutrina o direito norte-americano harmoniza as tensões entre os princípios constitucionais da proteção autoral e do acesso à criação intelectual, bem como da liberdade de expressão, autorizando o uso de obras intelectuais para paródias, obtenção de cópias privadas, citações para fins de crítica ou estudo. Assim, mostra-se um importante instrumento na preservação do acesso à informação

naquela sociedade, bem como equilibra os interesses individuais do autor e os da coletividade.¹⁵⁴

Como forma de verificar se a utilização do trabalho intelectual por terceiro, com base no *fair use*, configura alguma violação ao direito do autor o Congresso Norte-Americano elaborou quatro itens que podem e devem ser considerados na análise do caso concreto. A saber: a) propósito e espécie de utilização – se comercial ou educacional sem fins lucrativos, por exemplo; b) a natureza da obra intelectual protegida utilizada por parte do terceiro; c) a quantidade e a proporcionalidade do trabalho copiado em relação ao todo; d) o efeito que este uso pode ocasionar no mercado da obra originária.

Desde que utilize a obra intelectual com base nas quatro proposições anteriormente explanadas, qualquer pessoa poderá utilizar livremente a obra disponibilizada na internet, mesmo que não tenha solicitado a autorização do autor. O símbolo designa as obras publicadas sob a licença do *fair use* é:  (Figura 1)

A utilização do *fair use* com fulcro no ordenamento jurídico brasileiro, que possui um regramento específico quantos às limitações dos direitos autorais, será possível desde que seja efetuada uma modificação do art. 46 da LDA. Há no Congresso Nacional diversos projetos de lei tendentes a modificar tal artigo. Ainda não configurada como um projeto de lei, merece destaque a proposta da ABPI oriunda da Resolução nº 67, que diz:

Resolução nº 67 – ABPI

Proposta de alteração

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais, a reprodução parcial ou integral, a distribuição e qualquer forma de utilização de obras intelectuais que, em função de sua natureza, atenda a dois ou mais dos seguintes princípios, respeitados os direitos morais previstos no art. 24:

I – tenha como objetivo, crítica, comentário, noticiário, educação, ensino, pesquisa, produção de prova judiciária ou administrativa, uso exclusivo de deficientes visuais em sistema Braille ou outro procedimentos em qualquer suporte para esses destinatários, preservação ou estudo da obra, ou ainda, para demonstração à clientela em estabelecimentos comerciais, desde que estes comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização, sempre na medida justificada pelo fim a atingir;

II – sua finalidade não seja essencialmente comercial para o destinatário da reprodução e para quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais;

III – o efeito no mercado potencial da obra seja individualmente desprezível, não acarretando prejuízo à exploração normal da obra.

Parágrafo único – A aplicação da hipótese prevista no inciso II deste artigo não se justifica somente pelo fato de o destinatário da reprodução e quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais ser empresa ou órgão público, fundação, associação ou qualquer outra entidade sem fins lucrativos.

¹⁵⁴ SANTOS, Manuella Silva dos. *Direito Autoral na Era Digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2008. p. 152.

A proposta, fundada na adequação do *fair use* ao sistema brasileiro, propõe a substituição do rol taxativo de limitações por um baseado em princípios gerais, a permitir uma melhor adequação do direito às mutações sociais, e permitindo, em última análise, uma verificação da conformação do caso concreto com os postulados constitucionais do acesso à informação, cultura e educação.

4.2.2 Copyleft

A licença *copyleft* foi criada no ano 2000 por artistas e especialistas em informática ao final de um encontro em Paris, com o fim de garantir que todos possam usar, modificar e distribuir tanto a obra original quanto as suas versões derivadas.

Tem como base garantir que os detentores de obras intelectuais possam licenciar suas obras além dos limites fixados em lei, mesmo que por esta sejam amparados. Surgiu como forma de resposta à excessiva imposição de barreiras pelo *copyright*, mas utiliza esta mesma licença. Assevera Ângela Kretschmann que:

É de ser observado, entretanto, que o *copyleft* não pode ser visto como o oposto do *copyright*, “porque usa as regras deste para que todos recebam uma versão da obra e possam reproduzi-la, modificá-la e distribuí-la. Afinal, se o *copyleft* usa as regras do *copyright* não pode então estar sendo seu oposto, mas antes seu discípulo. Até porque, o *Copyleft* reserva o direito autoral, não libera a obra para o domínio público, mas exige que no caso de derivação ou redistribuição, o produto derivado mantenha a mesma licença (o produto derivado de obra caída em domínio público receberá proteção, enquanto no *copyleft* forma-se uma cadeia de derivações livres).¹⁵⁵

Sua origem anterior deriva do *software livre* da década de 80, que tem como princípios basilares o compartilhamento de conhecimento e a solidariedade praticada pela coletividade que se liga à internet.

O *software livre* tem como fundamento quatro liberdades básicas: a) liberdade de executar o programa para qualquer propósito; b) liberdade de estudar como o programa funciona e adaptá-lo às suas necessidades; c) liberdade de distribuir cópias; d) liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar essas melhorias, de modo que toda a comunidade se beneficie.

Atente-se para o fato de que o autor não está abrindo mão de sua criação intelectual e de seus direitos autorais, mas apenas permitindo que terceiros utilizem sua obra, valendo-se

¹⁵⁵ KRETSCHMANN, Ângela. *O Direito Autoral na Era Digital: a reprodução de obras intelectuais na internet*. Artigo obtido diretamente com a autora em 27 mai. 2010.

de seus próprios direitos regulados. O autor, antes da utilização da obra por terceiros, estabelece quais os requisitos que devem ser seguidos por seus utilizadores.

Lilian Richieri Hanania afirma que:

[...] *Copyleft* pressupõe a existência de direitos do autor tal como o atual o concebe, mas reconhece que tais direitos apresentam características que impõem empecilhos para o desenvolvimento da arte. O objetivo é, novamente, de promover a atividade criativa através da expansão da utilização pública da obra. O acesso do público à obra é garantido pela aceitação, por parte do autor, da licença “Arte Livre”.¹⁵⁶

E finaliza:

O fundamento de tal iniciativa encontra-se na idéia de que, com a internet e a tecnologia digital, um novo ambiente foi criado, o qual permite novos modos de criação e de produção e, por conseguinte, novas possibilidades de inspiração e até mesmo de cópias de obras – o que normalmente, como sabemos, provoca uma grande reação negativa, sobretudo por parte das grandes empresas detentoras de direitos de autor.¹⁵⁷

A idéia difundida pelo *copyleft* é possibilitar a criação de uma cadeia criativa e de compartilhamento. Todos são beneficiados de forma individual com o aproveitamento do trabalho de outrem e não podem efetivar a quebra de tal sequência, pois deve haver a obediência às licenças originariamente concedidas. Assim, o produto consequente da obra original deve também se submeter à Licença da Arte Livre.

Mesmo com a utilização da obra intelectual por outrem os direitos autorais são respeitados com a adoção do *copyleft*, haja vista que os direitos morais do autor continuam a permear sua criação original, da qual derivam as demais. O símbolo que designa as obras publicadas sob a licença *copyleft* é:  (Figura 2)

4.2.3 ColorIuris

Outra proposta apresentada como alternativa para o uso de uma obra intelectual protegida é trazida pelo professor espanhol Pedro Canut. O ColorIuris baseia a concessão de uso de uma obra protegida com base num contrato prévio, no qual estão definidos: o objeto certo – o direito que se cede; b) causa lícita – a mera liberalidade do titular do direito autoral; c) o consentimento livre e informado¹⁵⁸. É definido como um sistema misto de auto-gestão e

¹⁵⁶ HANANIA, Lilian Richieri. Direito de Autor e algumas iniciativas tendentes a proteger o direito de acesso à cultura. In: *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Patrícia Luciane de Carvalho (coord.). Curitiba: Juruá, 2005. p. 458.

¹⁵⁷ HANANIA. *Ibidem*.

¹⁵⁸ CANUT, Pedro. *ColorIuris: Una aportación independiente a la cultura libre*. 2007. Disponível em: <https://www.coloriuris.net/autores/pjcanut/coloriuris_el_libro>. Acesso em: 15 mai. 2010. p. 136-137.

cessão de direitos autorais com base num modelo continental. Declara respeito à Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao Tratado de Berna, Tratados da OMPI e Diretivas Europeias sobre direitos autorais.

Nasce com uma ambiciosa proposta de ser um mecanismo que sirva, ao mesmo tempo aos sistemas jurídicos baseados no *civil law* e no *common law*, com o intento de solucionar a insegurança jurídica nestes encontrada.

Ângela Kretschmann explicita bem a visão do nóvel mecanismo:

Trata-se, como explica Pedro Canut, de uma ferramenta jurídica vinculada às facilidades da rede digital que trabalha os contratos tipo de cessão de direitos conforme as legislações de direitos autorais dos países. Tem por objetivo trazer maior segurança às relações comerciais que envolvem obras intelectuais na internet, respeitando a validade dos contratos segundo a lei (objeto certo, causa lícita e autonomia da vontade – consentimento livre). O ColorIuris visa, portanto, tornar válidas as contratações, mormente através do consentimento do titular dos direitos e do usuário dos conteúdos, de modo que cada um tenha a cópia do contrato de cessão e cópia do documento jurídico (url) que envolve a cessão, com a garantia de que a manifestação de vontade está depositada em um servidor seguro escolhido pelo titular da obra.¹⁵⁹

O ColorIuris nasce com a proposta de ser um sistema orientado para os criadores de conteúdo que usam a internet como mecanismo de difusão, publicação e disposição da obra, cedendo seus direitos patrimoniais, mas conservando os morais. É uma espécie de registro positivo da criação intelectual, que tem na visualização das cores presentes no contrato a explicação de que tipos de direitos foram cedidos pelo autor, daí o nome ColorIuris. Mas também pode ser utilizada para as criações veiculadas fora da rede mundial de computadores. O símbolo identificador do sistema ColorIuris, com a variação das cores, é:  (Figura 3)

4.2.4 Creative Commons

Entre os estudiosos em geral, mas também, e principalmente, dentre os que laboram na área da propriedade intelectual é quase unânime o desconhecimento ou, ao menos, o desinteresse quando o assunto é o *creative commons*. Esta é uma constatação prática, bastando manusear os vários livros, manuais, compêndios, etc. hoje disponíveis no setor de produção editorial dos direitos autorais para verificar que quase nenhum trata da matéria, ou, quando a expõem, pouco espaço dedicam ao seu estudo. Seu símbolo usual é:  (Figura 4)

A concepção do patrimônio comum data de longa data. Os romanos distinguiam diferentes categorias de propriedade, dentre elas, encontramos a *res communes*, consistindo

¹⁵⁹ KRETSCHMANN. *Idem*.

nas coisas naturais usadas por todos e que não pertenciam a ninguém, como o ar, a água e os animais selvagens. As coisas comuns têm importância fundamental em nossa sociedade, à medida que proporcionam o conhecimento por parte da comunidade de elementos que permitirão seu desenvolvimento. Não é diferente no campo do direito autoral. O conhecimento e a cultura quando disseminados para um número maior de pessoas permite um engrandecimento individual e global, melhorando o nível de vida de todos.

Na sociedade da informação o conhecimento tornou-se peça fundamental no processo de aquisição de bens materiais e imateriais. A internet e o desenvolvimento tecnológico em geral possibilitaram o acesso a dados antes não conhecidos ou disseminados. Ainda assim, mesmo no meio cibernético, o uso de criações intelectuais prescinde da autorização por parte de seus criadores, que permitirão ou não o uso de seus inventos com ou sem a respectiva retribuição pecuniária. Esta regra, de cunho claramente capitalista – e aqui não estamos fazendo nenhum tipo de juízo de valor acerca dos benefícios ou não do capitalismo –, retira o caráter de bem comum da propriedade imaterial. A volta ao comum, como forma de permitir a consecução dos fins da república, na tentativa de construção de uma sociedade mais justa e solidária, encontra bases no *creative commons*.

Diz José de Oliveira Ascensão que “na sociedade da informação a informação se transforma em novo *factor de produção*, a crescer aos classicamente enumerado”¹⁶⁰. Com a lógica vigente no campo dos direitos autorais no Brasil, para que qualquer pessoa faça uso da criação de outrem se faz necessária uma autorização específica, sem a qual o uso da obra passa a ser ilegal. A regra é que “todos os direitos” estão reservados ao autor.

O *creative commons* é um projeto idealizado por especialistas norte-americanos e difundido mundialmente por *Lawrence Lessig*. Criado em 2001 tem por objetivo primário proporcionar um meio de globalizar as obras criadas. *Lessig* em seu livro, intitulado *Cultura Livre*, dispõe que:

A *creative commons* é uma empresa sem fins lucrativos estabelecida em *Massachusetts*, mas com sua base estando na *Stanford University*. Seu objetivo é construir uma camada de *copyright racional* em cima dos extremos que atualmente regem o debate. Isso é feito para tornar fácil às pessoas construir em cima do trabalho dos outros, para tornar simples aos criadores expressarem a liberdade para outros pegarem e construir sobre suas obras. Marcação simples, ligadas a descrições compreensíveis pelas pessoas, ligadas a licenças bastante fortes, tornam isso possível.¹⁶¹

¹⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. In: *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região (ESMAFE)*. Vol. 02. Ano de Publicação: 2002. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 01 mai. 2009. p. 138.

¹⁶¹ LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre*. Trad. Fábio Emílio Costa. Disponível em: <<http://www.rau-tu.unicamp.br/nou-rau/softwarelivre/document/?view=144>>. Acesso em: 01 mai. 2009. p. 255.

O *creative commons* é baseado numa idéia de conteúdo livre, em que não há necessidade de solicitação prévia de autorização do autor para o uso de sua obra. Seus ideais podem permitir o acesso geral e irrestrito à informação e à cultura.

Há regras específicas para a disponibilização do conteúdo por meio do *creative commons*, elaboradas sob a forma de licença, nos mais variados formatos, que permitem atender às mais variadas necessidades específicas. Assim, o autor, ao licenciar sua obra, pode escolher uma dentre as várias permissões expressas. Há, por exemplo, a possibilidade de livre distribuição comercial ou não-comercial, a autorização para a criação de obras derivadas, dentre outras.

Tais formatos de licenciamento livre podem ser utilizados em conteúdos culturais, nas mais variadas modalidades, tais como: filmes, fotos, músicas, textos, projetos arquitetônicos, sites de internet, etc.

Este projeto de difusão do conhecimento em geral é encontrado em mais de 40 países ao redor do mundo, já existindo milhões de obras licenciadas, nos mais variados campos do saber.

Cumprido ressaltar que as diversas licenças Creative Commons, por exemplo, já são da ordem de 140 milhões, tendo instituições de renome, como o *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), por exemplo, adotando tais licenças para alguns de seus tradicionais e respeitados cursos. Como é conhecido, entidades públicas de alguns países, como a África do Sul e o Brasil, adotam tais licenças (THUTONG, o portal educacional do Departamento de Educação da África do Sul, e a FINEP, no Brasil). No que tange a licenças de software livre, é notório que o Brasil, bem como a Espanha, principalmente seus municípios de Extremadura e Barcelona, adotam tais licenças. Vários países desenvolvidos igualmente as adotam, como é o caso do distrito de Camden, em Londres, na Inglaterra; ou alguns órgãos públicos dos Estados Unidos da América, tais como a Casa Branca, o Pentágono, a CIA, o FBI, dentre outros; ou mesmo a municipalidade de Munique, na Alemanha, dentre muitos outros. Tais licenças deveriam ser mais utilizadas, uma vez que se baseiam no sistema de direitos autorais, promovem maior acesso a informação e tendem a consideravelmente baixar os custos.¹⁶²

Segundo Gustavo B. Corrêa:

O lema do Creative Commons esclarece que o que se busca não é uma anarquia em relação aos direitos autorais, e sim, respeitar os direitos do autor que criou sua obra e deseja dar diferentes rumos a esta. “Share what you want, keep what you want”, ou seja, abra mão dos direitos que lhe convém, não é uma imposição.¹⁶³

¹⁶² MINISTÉRIO DA CULTURA DO BRASIL. *Estudo sobre “Direitos Autorais, Acesso à Cultura e Novas Tecnologias: Desafios em Evolução à Diversidade Cultural”*. Ronaldo Lemos (coord.). Rio de Janeiro: MinC, 2006. p. 20-21.

¹⁶³ CORRÊA, Gustavo B. O creative commons frente aos direitos autorais no Brasil. In: *Perspectivas atuais do direito da propriedade intelectual*. Helenara Braga Avancini e Milton Lucídio Leão Barcellos (orgs.). Porto Alegre: ediPUCRS, 2009. p. 107-108.

Logo, o autor é livre para dispor de seus direitos da forma como lhe convier, sem necessariamente ter que abrir mão da totalidade de sua criação.

O uso do *creative commons* tem abrangência total no sistema anglo-saxão de proteção dos direitos autorais, onde somente são protegidos os direitos patrimoniais do autor. Em nosso sistema, de origem romano-germânica, onde há a dualidade protetiva, há algumas restrições ao seu uso, tendo em vista o disposto no art. 27 da LDA, que assim dispõe: “os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”.

Da leitura inicial logo depreendemos que a licença não pode ser aplicada na sua integralidade em nosso país, o que de forma nenhuma desqualifica sua utilização como meio legítimo de difundir o acesso ao conhecimento. Para sua aplicação em território nacional alguns ajustes estão sendo feitos.

Como meio de compatibilizar a licença do *creative commons* à legislação autoral brasileira, o CTS da Escola de Direito da FGV está responsável pela elaboração das adaptações necessárias.

Há colisão da licença pura do *creative commons* com nosso sistema jurídico, tendo em vista o que dispõe seu item 3 (concessão da licença): “o licenciante concede a você uma licença de abrangência mundial, sem *royalties*, não-exclusiva, perpétua pela duração do direito autoral aplicável, sujeita aos termos e condições desta Licença, para exercer os direitos sobre a obra definidos abaixo: a) reproduzir a obra [...]; b) criar e reproduzir obras derivadas [...]; c) distribuir cópias ou gravações da obra ou de obras derivadas [...]”. Tais direitos podem ser aplicados em todas as modalidades de veiculação da obra, conhecidos ou não.

Em nosso sistema legal não é possível sua aplicação da forma como prevista, daí a necessidade de adaptações, que estão sendo realizadas. Aqui, não há possibilidade de a obra criada cair em domínio público – licença pura do *creative commons*, ao passo que os direitos morais não são transmissíveis, podendo o autor, a qualquer tempo, reclamar, por exemplo, a integralidade de sua obra.

Mesmo com esta impossibilidade tal licença vem sendo bastante utilizada no Brasil por diversos autores, bem como por órgãos do governo, a exemplo do Ministério da Cultura. Nos Estados Unidos até mesmo o *site* da Casa Branca está sob a licença do *creative commons*.

A utilização deste mecanismo de difusão do conhecimento permite a consecução dos direitos fundamentais de acesso à cultura, informação e educação, isto é, o acesso universal, bem como respeita os direitos autorais, na medida em que criadores somente farão uso deste mecanismo se, quando e como quiserem.

O *creative commons* procura atender aos interesses e necessidades dos mais diversos tipos de artistas, criadores e detentores de direito. Por conta disso um autor pode optar por uma licença que atenda melhor aos seus interesses, podendo escolher entre as mais diversas opções existentes.¹⁶⁴

Abaixo vejamos os principais tipos de licenças existentes.

a) Atribuição:

Simbolização:  (Figura 5)

Com este tipo de licença o autor permite que outras pessoas copiem, distribuam e executem sua obra protegida por direitos autorais, bem como as obras derivadas da original, desde que sejam conferidos os créditos ao autor da obra original. Logo, há uma permissão para a distribuição, adaptação ou criação de obras derivadas, mesmo que com finalidade comercial. É a licença mais abrangente de todas.

b) Uso não comercial:

Simbolização:  (Figura 6)

Pelos termos desta licença, o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra. Mas veda qualquer distribuição, cópia, utilização e distribuição que tenha fins comerciais. Isto significa que qualquer pessoa que tenha obtido acesso à obra não pode utilizá-la para fins comerciais, como, por exemplo, vendê-la ou utilizá-la com a finalidade direta de obtenção de lucro.

c) Não a obras derivadas:

Simbolização:  (Figura 7)

Com esta opção, o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra, mas não permite que a obra seja modificada, devendo ser sempre mantida intacta, sendo vedada sua utilização para a criação de obras derivadas.

d) Compartilhamento pela mesma licença:

Simbolização:  (Figura 8)

Por esta licença, o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra. Entretanto, o autor impõe a condição de que, se a obra for utilizada para a criação de obras derivadas o resultado deve ser necessariamente compartilhado pela mesma licença. Assim, uma obra licenciada pela modalidade “compartilhamento pela mesma licença” só pode ser utilizada em outras obras se essas outras obras também forem licenciadas sob a mesma licença Creative Commons.

¹⁶⁴ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 85.

e) CC-GPL e CC-LGPL:

Simbolização:  (Figura 9)

Estas duas licenças são originárias do Brasil e destinam-se ao licenciamento de software. Foram desenvolvidas com o intuito de atender necessidades específicas do governo brasileiro em relação ao incentivo da adoção do software livre no país.

Essas licenças consistem nas tradicionais GPL e LGPL do GNU, isto é a General Public License e a Lesser General Public License internacionalmente adotadas para o licenciamento de software livre, mas com a diferença mesmas serem embaladas de acordo com os preceitos do Creative Commons. Estas licenças garantem todos os quatro direitos básicos do software livre, quais sejam, a liberdade de estudar o programa, tendo acesso ao seu código fonte, a liberdade de executar o programa para qualquer finalidade, a liberdade de modificá-lo e aperfeiçoá-lo, bem como a liberdade de distribuí-lo livremente. Note-se que na GPL, em contrapartida, mesmo que tenham ocorrido alterações no programa, este deve continuar sendo distribuído livremente sob os mesmos termos da GPL. Quanto à LGPL, ela permite que, em algumas circunstâncias, o programa seja distribuído sob termos de outras licenças.¹⁶⁵

f) Recombinação (Sampling):

Simbolização:  (Figura 10)

Segundo o professor Ronaldo Lemos, esta licença foi desenvolvida conjuntamente pelo Creative Commons e pela Escola de Direito da FGV no Rio de Janeiro, com o apoio do Ministro Gilberto Gil.

O termo Recombinação homenageia o coletivo pernambucano chamado Re:Combo, um dos pioneiros no Brasil no licenciamento de obras para recombinação e modificação. Pelos termos desta licença, o autor pode ou não autorizar a livre cópia, distribuição e utilização da obra. Entretanto, ele autoriza sempre a utilização parcial ou recombinação de boa-fé da obra. Isso permite, por exemplo, o emprego de técnicas como “sampleamento”, “mesclagem”, “colagem” ou qualquer outra técnica artística. A autorização é válida desde que haja transformações significativas do original, levando à criação de uma nova obra. Não vale fazer apenas uma modificação irrelevante na obra. A distribuição das obras derivadas fica automaticamente autorizada para o autor que criou a obra do autor original.¹⁶⁶

Além destas licenças, outras podem ser efetivadas com a combinação de elementos, permitindo uma maior e restrição da concessão dos direitos autorais.

Uma das maiores vantagens da utilização do *creative commons* é permitir uma ligação entre tecnologia e direito autoral, ampliando a possibilidade de circulação da obra, ao passo que não desrespeita os direitos do autor, sintonizados com a nova tônica social: a inclusão digital.

Manuella Silva dos Santos ainda apresenta mais algumas vantagens.

¹⁶⁵ LEMOS, Ronaldo. *Tudo que Você Sempre Quis Saber sobre como Usar o Creative Commons, mas não sabia como*. Disponível em: < <http://www.creativecommons.org.br>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

a) é um contrato entre o titular do direito autoral e aqueles que desejam utilizar a obra; b) cria padrões que possibilitam a fácil identificação dos usos concedidos e vedados pelo autor; c) oferece opções flexíveis de licenças que garantem proteção para autores e liberdade para a sociedade; d) as licenças são válidas para todos os países em que há adoção de Creative Commons; e) permite que o autor gerencie diretamente seus direitos, autorizando e vedando o uso que julgar conveniente; f) incentiva a criação intelectual. Em síntese, possibilita o uso de obras alheias sem a violação de direitos autorais.¹⁶⁷

Mesmo com a apresentação de aspectos positivos há quem não credite méritos a tal sistema. Basicamente as alegações giram em torno de duas questões.

A primeira crítica é no sentido de que o *creative commons* pretende substituir o sistema de direito autoral vigente. De total improcedência, pois sua utilização pressupõe um contrato de licenciamento com a participação de todos os interessados: autor e sociedade. Segundo Ronaldo Lemos “O *creative commons* não pretende substituir ou renegar o direito autoral, ao contrário, fundamenta-se nele e nas prerrogativas legais dos autores de autorizarem a utilização de suas obras da maneira que julgarem mais oportuna”¹⁶⁸.

A segunda sustenta que deve haver sempre a disponibilização dos direitos patrimoniais por parte do autor. Esta alegação não encontra a menor guarida com uma simples leitura das licenças a serem atribuídas pelos autores. Estes devem efetivar qual delas melhor corresponde às suas expectativas, aos fins da divulgação de seus trabalhos.

A professora Ângela Kretschmann envida duras críticas ao *creative commons*, afirmando que:

[...] ele tende a agredir muitos autores que não concordam e tem o direito de não concordar com a sistemática de licenciamento proposta pelo *creative commons*. Ele é sim, um espaço para que o autor licencie (e por isso, exerça) o uso da obra, porém, de modo irretratável, o que de resto, tem recebido severas críticas da doutrina e de autores, alguns argumentando inclusive que não perceberam isso antes do licenciamento (não obstante a indicação de um caráter irretratável e “perpétuo”).¹⁶⁹

Não concordamos com tais alegações, até mesmo porque o único caractere que pode sofrer tal restrição é na ótica das prerrogativas patrimoniais, ao passo que as morais nunca deixam de pertencer ao plano individual do sujeito-autor.

Mesmo com todas as críticas, cremos ser o *creative commons* o melhor sistema alternativo ao direito autoral que se funda nas prerrogativas autorais de permitir a acesso universal às suas obras, permitindo que outros delas possam fruir e exercer o espírito criativo.

¹⁶⁷ SANTOS. *Idem*. p. 169.

¹⁶⁸ LEMOS. 2005. p. 85.

¹⁶⁹ KRETSCHMANN. *Idem*. p. 20.

Talvez o *creative commons* não seja a solução de todos os problemas que afligem a seara autoralista, mas com certeza harmoniza em parte uma difícil tensão existente entre os novos mecanismos tecnológicos e o direito autoral, aliando-os ao acesso ao conhecimento.

Somos totalmente favoráveis ao pensamento exposto por Sérgio Vieira Branco Júnior, ao dispor que “o *Creative Commons* incentiva a criação intelectual ao mesmo tempo em que protege os direitos do autor, permitindo, por meio de instrumento juridicamente válido, o acesso à cultura e o exercício da criatividade dos interessados em usarem a obra licenciada”¹⁷⁰.

¹⁷⁰ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 161.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, é possível enumerar, de forma sistemática, as seguintes conclusões:

1. Desde os primórdios da civilização o homem buscou melhores condições de vida. A luta em busca de conhecimentos se tornou um caminho árduo em busca da realização humana.

2. O direito autoral passou por inúmeras transformações para apresentar sua configuração atual. Nem sempre a autoria de uma obra foi atribuída ao seu criador intelectual. Já foi entendida como fruto de obra divina, onde deuses e heróis eram os verdadeiros criadores.

3. A primeira legislação específica conhecida a tratar dos direitos autorais no plano internacional foi o Ato da Rainha Ana (*Statute of Anne*), datado de 1710. Mas este não retirou por completo os privilégios dos editores, antes acabou por reconhecê-los no plano fático de uma forma, agora, 'legalizada'.

4. No mundo ocidental a disseminação dos direitos autorais ocorreu somente com a invenção, por Gutenberg, de sua máquina tipográfica. Assim, os livros puderam ser impressos em série a custos muito reduzidos, deixando de figurar com primazia a figura do copista. Os autores passaram a ter sua reputação, nesta fase, protegida, não havendo tão-só o reconhecimento moral de sua obra.

5. Conhecemos basicamente dois sistemas jurídicos que versam sobre os direitos autorais: o sistema francês, do qual deriva o sistema brasileiro, conhecido como *droit d'auteur*, e o sistema do *copyright*, adotado pelos países seguidores do *common law*.

6. A fundamentação teórica dos sistemas seria, inicialmente, diferente. O *copyright* possuiria fundamentação utilitarista, com a prevalência de aspectos comerciais e mais voltado para questões de ordem pública. Ao passo que o sistema de direito de autor francês possuiria fundamentação jusnaturalista, estando o autor e suas obras no foco central de atenção. Havia neste a proteção máxima do autor, como corolário de seu direito natural sobre suas criações intelectuais.

7. Apesar das diferenças pontuais, na atualidade tais sistemas passaram a se aproximar, principalmente por intermédio do direito internacional, que os harmonizou, dentro de certos aspectos. Algumas diferenças, assim, passaram a ser mais teóricas que práticas. Certas formalidades previstas no *copyright* foram abolidas com a adoção da Convenção de

Berna, inclusive pelos EUA. Na atualidade os sistemas apresentam certa harmonia e não discrepâncias, possuindo, ambos, naturezas bastante semelhantes. As dissonâncias são mais tratadas por estratégias mercatórias, pela tecnologia e por setores interessados na diferenças, que propriamente na diferentes bases de fundamentação filosófica, ou, mais, na família de sistema jurídico à qual se filiam.

8. O sistema francês também é conhecido como sistema continental ou unionista e teve princípios codificados, em boa parte, durante a Convenção Internacional para a proteção das Obras Literárias e Artísticas, que aconteceu em Berna (Suíça), no ano de 1886. Nesta os países unionistas se comprometeram a criar e/regular, nos respectivos territórios, legislações nacionais que atendessem aos preceitos lá estabelecidos. O principal item a ser obedecido é não só o respeito ao direito patrimonial, mas também dos direitos morais.

9. O *copyright* foi construído a partir da possibilidade de reprodução das obras, por meio de cópias, sendo este o principal direito protegido e estritamente vinculado à exploração econômica das obras, sem, num primeiro momento, se preocupar com o aspecto moral. Tal sistema veio em razão da discordância norte-americana com a redação dada ao texto da Convenção de Berna. Assim, em 1952, efetivou seus ideais na Convenção de Genebra.

10. A maioria dos países signatários da Convenção de Berna também aderiu à Convenção de Genebra, chamada de Convenção Universal dos Direitos de Autor. Tal texto pugna pelo princípio da formalidade mínima indispensável, assim considerado aquele que em sua primeira publicação traga impresso o símbolo ©, que equivale à expressão *Copyright*, junto do nome do titular do direito de autor, seguido da indicação do ano da primeira publicação.

11. Nos sistemas legais de proteção dos direitos autorais podemos identificar uma dualidade sistêmica: direitos patrimoniais *versus* morais. Os direitos patrimoniais do autor no Brasil estão dispostos no art. 28 da LDA e possui como características básicas a alienabilidade, penhorabilidade, temporalidade e prescritibilidade. Os direitos morais, enquanto direitos da personalidade, são direitos latentes, específicos, não possuindo as mesmas características do demais. Os direitos morais estão enunciados, de forma taxativa, no art. 24 da LDA. Consistem basicamente nos direitos: de reivindicar a paternidade da obra a qualquer tempo (incisos I e II), direito a conservar a obra inédita (inciso III), direito à integridade da obra (inciso IV), direito à modificação da obra (inciso V), direito ao arrependimento da obra (inciso VI) e o direito ao acesso a exemplar único e raro da obra em poder de terceiro (inciso VII).

12. A doutrina autoralista, com escol no art. 5º da CF88, afirma serem os direitos morais expressões da personalidade do autor. O direito moral protege a subjetividade da criação intelectual, com a conservação e o respeito à personalidade criativa. O art. 27 da LDA define como atributos dos direitos morais do autor: inalienabilidade e a irrenunciabilidade. Tais caracteres permitem uma distinção destes em relação aos direitos patrimoniais. Tais direitos não podem ser transferidos economicamente – como os direitos patrimoniais –, nem mesmo mensurados monetariamente.

13. O patrimonialismo foi, e continua sendo, a linha prevalente na história dos direitos autorais, com consequências gravosas para a consecução dos direitos fundamentais à informação, cultura e educação. O sistema de privilégios existente na antiguidade acabou por instituir o conhecimento como um direito acessível a poucos. No Brasil o desenvolvimento do direito autoral com base nas raízes patrimonialistas não foi diferente.

14. Numa fase mais desenvolvida de nossa sociedade, na era da tecnologia da informação, o conhecimento se torna novamente produto de relações baseadas no comércio, no valor patrimonial dos bens, inclusive os imateriais.

15. Vivenciamos a revolução da informação, representada pela expressão “revolução tecnológica ou revolução tecnológica da informação”, na qual as informações são adquiridas e modificadas em grande velocidade. Com a *internet*, a informação adquire uma noção ainda mais dinâmica. O século XXI traz o paradigma tecnológico baseado na organização e repasse da informação. Neste novo quartel de desenvolvimento, a função dos variáveis tecnológicos, como o *software*, assume importante papel na função de tornar acessível o conhecimento humano. Nossa sociedade se tornou extremamente complexa, baseada em novos sistemas de informação.

16. A atual fase é irremediável e com ela traz novos desafios, principalmente no que tange à proteção jurídica do conhecimento ante os novos bens trazidos pela revolução tecnológica. É preciso que repensemos alguns valores, tais como o direito à informação e a importância da proteção dos direitos fundamentais.

17. O processo atual, da revolução tecnológica, que cria a novel sociedade da informação, é marcado por dois momentos distintos. O primeiro caracterizado pelos inventos e a evolução decorrente da Revolução Industrial (nos séculos XIX e início do século XX). A segunda etapa é marcada pela evolução da cibernética, conceituada como “ciência do controle por meio de máquinas de informação sejam estas máquinas naturais, como as máquinas orgânicas, ou artificiais.

18. A Portaria nº 148/95, do Ministério das Comunicações define a *internet* como “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores.

19. Na década de 90 tem início propriamente a Era da Informação, caracterizada pela criação e conexão de vários tipos de redes de informática. Surge, assim, um novo elemento: o Ciberespaço. Este é caracterizado por permitir a interconexão entre redes e possibilitar, num ambiente digital, a emissão e recepção de informações. Nesta, os conhecimentos passam a ser transmitidos com uma incrível velocidade, ao mesmo tempo em que ficam disponibilizados para um número cada vez maior de pessoas, gerando algumas consequências no campos do direitos da propriedade intelectual, mas notadamente na seara dos direitos autorais.

20. Em boa parte de nosso planeta, ao menos na que se considera desenvolvida, têm acontecido algumas mudanças, intimamente interligadas e interconectadas, que criam um novo ambiente para a vida dos indivíduos. Estes acontecimentos levam em consideração fatos sem precedentes em nossa história. Há a passagem de uma sociedade “sólida” para uma “líquida”. Na atualidade as organizações sociais não mais conseguem manter sua forma por muito tempo, tendo em vista que a velocidade dos fatos e informações não mais permite que haja uma reorganização de seus elementos. Há o surgimento de algo novo, logo em seguida, que impede sua “solidificação”.

21. A crescente utilização de ferramentas digitais na produção de obras intelectuais, e sua livre disponibilidade na internet, gerou uma perspectiva assustadora dos titulares de direitos autorais: a violação de seus direitos. Hoje novos conceitos estão sendo introduzidos como forma de aliar o crescimento social ao respeito dos direitos autorais. A despersonalização, ou repersonalização, dos direitos autorais atende aos anseios constitucionais, permitindo um respeito aos direitos morais do autor.

22. Embora com o avanço tecnológico tenha havido um crescimento vertiginoso das informações postas à disposição do público em geral, nada mudou o direito autoral do ponto de vista jurídico. Ao menos não no plano da incidência da lei. O autor continua possuindo os direitos morais e patrimoniais de sua obra. Em verdade o que mudou foi somente na óptica do usuário da *internet*, que pode efetuar cópias variadas, com a possibilidade de violação dos direitos autorais.

23. Num âmbito de interesses transnacionais em que convivem os vários ramos da propriedade intelectual necessário se faz que os Estados exercitem sua soberania, inclusive mantendo relações com outros Estados. Tais interações interestatais são possíveis graças a

existência de um conjunto de normas e procedimentos regulatórios de tais direitos, que garantem, inclusive, sua existência tais direitos nas órbitas públicas e privadas. O fato do direito da propriedade intelectual proteger bens imateriais torna ainda mais difícil a relação de proteção a ser conferida, daí a grande necessidade de legislações nos âmbitos regionais (específicos) e internacional.

24. No panorama internacional de proteção da propriedade intelectual encontramos como o principal documento norteador a Convenção de Berna de 1886. Além deste outros documentos internacionais foram importantes no desenvolvimento do sistema de proteção internacional dos direitos autorais, tais como a Convenção de Genebra e o ADPIC.

25. No panorama interno, o primeiro texto constitucional adotado em nosso país, a Constituição do Império de 1824, com toda sua importância histórica, sendo considerado um instrumento de estabilidade política, não estabeleceu nenhuma proteção aos criadores de obras literárias, artísticas ou científicas. A primeira legislação a tratar, mesmo que de maneira reflexa, acerca dos direitos autorais foi a que criou os cursos jurídicos em nosso país. Atualmente vige a Lei nº 9.610/98, LDA, a regular os direitos autorais.

26. A doutrina autoralista tem se debatido acerca da nomenclatura mais apropriada para a designação das obras oriundas da criação do espírito humano. A designação direito autoral é a preferida e mais utilizada pela doutrina autoralista.

27. Há um embate doutrinário acerca da natureza jurídica do direito autoral. A opção legislativa é importante fator de escolha no desenvolvimento de uma sociedade, e deve pautar-se na busca do bem comum ou bem-estar social. Inicialmente podemos afirmar que em decorrência da existência de atributos morais e patrimoniais há uma terceira via para o Direito de Autor, por muitos considerada como *sui generis*.

28. No campo das limitações aos direitos autorais salientamos que a regra quando da utilização de obras intelectuais é que somente podem ser usadas de forma restritiva, isto é, com as necessárias anuências por parte dos respectivos autores. E tal fato explica-se pela desnecessidade de registro da obra para a mesma seja protegida pela legislação autoralista, como previsto no art. 18 da LDA. Utilizando-se das prerrogativas atribuídas pelos caracteres morais e patrimoniais somente os autores podem efetivar quaisquer modificações em suas obras.

29. No entanto, ao contrário do que possa parecer, o direito de autor não é absoluto, comportando exceções, principalmente no campo dos direitos patrimoniais. “Há, assim, determinadas situações em que o autor é obrigado a tolerar o uso de sua obra

independentemente de autorização, tendo em vista direitos e interesses maiores”. São as limitações do direito autoral.

30. Até mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a necessidade social do desenvolvimento, garantindo, para tanto, a participação dos indivíduos nas artes, vida cultural e no progresso científico, bem como aos seus benefícios. A fonte principal para o alcance de tudo está na possibilidade de acesso a obras, criadas pelo espírito humano. Daí a importância fundamental de serem estabelecidos limites para o exercício dos direitos dos autores.

31. O direito de cópia sem dúvida é um tema de extrema repercussão social, principalmente nos dias de hoje, na qual a sociedade da informação e a crescente utilização de seus mecanismos, como a internet, permitem a cópia de quase tudo com base simplesmente num ‘clic’.

32. Os direitos humanos nem sempre foram reconhecidos no plano internacional. Grandes transformações foram necessárias para que eles fossem incorporados aos textos constitucionais de vários Estados participantes da história mundial. A doutrina dos direitos humanos é uma conquista da modernidade, mais especificamente baseada no pensamento liberal. O jusnaturalismo moderno – teoria dos direitos naturais –, enquanto doutrina jurídico-filosófica que fundamenta os direitos humanos rompeu com os antigos dogmas tradicionais do direito medieval, fato que se deve principalmente ao filósofo inglês Thomas Hobbes (século XVII).

33. Mesmo com grandes conquistas, as revoluções burguesas não trouxeram ao plano prático os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, que tanta pregavam. Exemplos podem ser vislumbrados por alguns fatos históricos. Mesmo com a afirmação de que “os homens nascem livres e são livres e iguais”, boa parte da humanidade estava de fora das conquistas revolucionárias. As declarações de direitos das colônias norte-americanas não colocavam os escravos como titulares de direitos, não sendo considerados homens livres na completa acepção da palavra.

34. Somente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1948, que os lemas das revoluções foram efetivamente traduzidos em um documento oficial dos Estados numa tentativa de efetivá-los no plano prático.

35. No processo de atendimento dos preceitos traduzidos pela Carta da ONU encontramos as proclamadas, pelos mais variados autores, teoria geracional dos direitos, ou, como preferem alguns, teoria das dimensões dos direitos. Frise-se que embora as teorias

sejam sucessivas, isto não quer dizer que a posterior suprima a anterior. Ao revés, elas coexistem de forma harmônica.

36. No mundo moderno que vivenciamos, e desde tempos mais remotos, os direitos humanos assumiram importante papel no intuito de proteger e possibilitar a continuidade da vida humana, inclusive como forma de repelir as invasões estatais na órbita de interesses privados e coletivos.

37. Nossa Constituição Federal de 1988 inaugura um novo paradigma histórico, que tem o artigo 5º como base normativa para a proteção dos direitos humanos fundamentais. Nele encontramos os direitos fundamentais objeto de nosso estudo: o direito ao conhecimento, que de uma forma ampla pode ser compreendido entendido com os direitos à informação, à cultura e à educação, aliados ao direito autoral.

38. Os direitos sociais, econômicos e culturais, como integrantes dos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão são aqueles caracterizados pelo propósito de diminuir as desigualdades sociais e econômicas vigentes, em razão da anterior inércia estatal, na fase prévia conhecida como do Estado Liberal, o Estado do *laissez faire et laissez passer*, que vigorou nos séculos XVIII e XIX. São os direitos atrelados ao princípio da igualdade, decorrentes dos ideais revolucionários franceses e reconhecidos no século XX, pós primeira Guerra Mundial. Dentre estes, encontramos os direitos de acesso à cultura e à informação em geral, como integrantes de uma gama de garantias necessárias para o crescimento pessoal ou individual do homem, enquanto integrante de uma sociedade cada vez mais globalizada e dinâmica, a sociedade da informação, onde a cultura e a posse das informações são essenciais para o seu pleno desenvolvimento. Encontramos também nesta álea, a proteção dos direitos autorais, ou o direito de propriedade sobre os inventos e criações oriundas do intelecto humano

39. O acesso à informação, à cultura e à educação são direitos fundamentais protegidos em nossa Constituição Federal.

40. O art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, prevê a propriedade autoral, nos inc. XXVII e XXVIII, também como direito fundamental. O direito à informação é tratado nos arts. 220 e seguintes, dispondo que a informação não sofrerá qualquer tipo de restrição. *In verbis*: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. O direito à cultura é encontrado nos arts. 215, *caput* e seguintes, que diz: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações

culturais”. Já o direito à educação é disciplinado nos arts. 205 e seguintes e diz: “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”.

41. A cultura, a educação e a informação são direitos que todos os indivíduos possuem frente ao Poder Público, ao Estado, como forma de consecução dos postulados determinados pela mesma Carta Magna, isto é, a permitir o pleno desenvolvimento individual.

42. O próprio preâmbulo de nossa Carta Magna reconhece a importância dos direitos humanos sociais, ao passo que estabelece, no art. 3º, os objetivos fundamentais de nossa república, dentre os quais, reduzir as desigualdades sociais (inciso III) e promover o bem de todos (IV).

43. O cumprimento dos direitos humanos fundamentais de acesso à informação, cultura e educação devem ser acompanhados de formas de sua realização ou exigibilidade, até mesmo como forma de não se tornarem meras reproduções de textos legais, sem nenhum valor.

44. O direito de propriedade autoral é assim tratado no plano constitucional como um direito fundamental, da mesma forma que os direitos de acesso à cultura, à educação e à informação. Destarte, do mesmo modo serve como mecanismo de promoção do crescimento individual. O direito autoral, como sendo um direito de propriedade com bases constitucionais, não está isento de interferências estatais. Assim, é possível a retirada de tal direito conquanto este não esteja cumprindo, em sua completude, sua função social.

45. Tradicionalmente a ordem legal privada foi construída ao largo da ordem constitucional. O sistema de codificação oriundo do século XIX, que derivou nosso Código Civil de 1916 e algumas legislações privadas, sempre foi baseado pelo traço distintivo da dualidade existente entre direito privado e público. Um fundado nos pilares da propriedade privada e na autonomia das relações. Outro, caracterizado por um sistema de interferências estatais a permitir a consecução de garantias constitucionais.

46. No entanto, a história demonstrou a incipiência das regras privadas para a resolução de todos os conflitos somente com base nas regras civis. A evolução do direito público no decorrer do século XX acabou por solidificar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, criando novos direitos e garantias aos cidadãos, conquanto as relações privadas, fundadas em especial no Código Civil francês de 1804 – o Código de Napoleão – acabaram por revelar inúmeras desigualdades, mesmo tendo por fundamentos os ideais burgueses libertários da liberdade, igualdade e fraternidade.

47. Estado passa a intervir nas relações privadas com o fim de proteger os valores sociais e culturais aceitos. Inicialmente há tão-somente a ingerência estatal caracterizada edição de normas coativas, a regular relações de trabalho, locação, etc. É o fenômeno da publicização.

48. Somente no século XX há uma profunda transformação da dogmática privada, com o surgimento de novos textos constitucionais, principalmente na Europa do pós Segunda Guerra. No Brasil a Constituição Republicana de 1988 absorve garantias essenciais no desenvolvimento da pessoa humana, que acabam por superar uma dicotomia entre o público-privado. A constituição agora passa a ser o novo centro de atenções. Há um salto interpretativo deslocando a Constituição para o centro do sistema jurídico, fenômeno conhecido como a Constitucionalização do Direito Privado, importante fator de transformação axiológica do direito privado.

49. Com a constitucionalização do direito privado as normas constitucionais deixaram de ser meros textos a limitar o Estado e seu poder político, passando a consagrar instrumentos de realização de uma justiça social, abrigando liberdades negativas e positivas. O rol de direitos fundamentais passa por sensíveis mudanças, com progressiva ampliação, contemplando a implementação de políticas públicas tendentes a possibilitar o cumprimento de prestações positivas a cargo do Estado.

50. A modificação das bases axiológicas constitucionais permite assim, também, que seja feito uma releitura do direito autoral, agora centrando a importância de seu estudo na pessoa humana, com suas prerrogativas morais.

51. Na seara autoralista podemos dizer que a finalidade principal é humanizar tal ramo, com a colocação do autor no centro de atenções, a proporcionar não só para ele, mas para a sociedade, melhores condições de desenvolvimento social – educacional, cultural e informacional.

52. Com a despatrimonialização não há o abandono das relações econômicas. Até mesmo porque estas são também importantes no progresso de um país. O que não significa que devemos nos preocupar principalmente com os aspectos econômicos para a consecução dos objetivos republicanos.

53. Para que haja o cumprimento de uma verdadeira aptidão humanizadora, o direito autoral precisa urgentemente se libertar de suas amarras e sofrer uma releitura à luz dos preceitos constitucionais contidos na Carta Magna brasileira, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, o qual possui aplicabilidade imediata. Devemos efetuar uma leitura da LDA com fundamento na Constituição e colocando o autor

no centro das questões, dando prevalência a seus direitos morais. Somente desta forma permitiremos uma interpretação correta do direito autoral, e que ao mesmo tempo atenda aos anseios sociais.

54. O reconhecimento nos planos jurídico e social da prevalência dos direitos morais do autor, com base na dignidade humana, tornará possível a reconstrução dos institutos autorais, a permitirem uma evolução pessoal do autor, aliada ao desenvolvimento da sociedade.

55. Inegavelmente a informação e os novos conhecimentos são essenciais para o pleno desenvolvimento de um país, e, por consequência, de seu povo.

56. A internet é um campo que traz novas possibilidades, notadamente na aquisição do conhecimento. Mas também traz novos problemas, pois permite a livre circulação de obras intelectuais, muitas vezes sem o devido respeito aos direitos do autor, seja na seara moral, seja na patrimonial. O problema da pirataria ou da contrafação permeia o universo virtual.

57. A centralização do direito autoral na figura do autor, a permitir uma livre disposição de suas obras como consequência da importância dada à esfera moral de sua criação, pode permitir um melhor desenvolvimento da população como um todo. A concretização dos direitos fundamentais à informação, cultura e educação pode ser melhor alcançada se a disponibilização das criações forem afetas diretamente ao autor, e não somente nas mãos de poucos que efetivam a regulação dos mercados.

58. Existem mecanismos sociais alternativos capazes de permitir a utilização e disponibilização de obras intelectuais por meio da internet, com respeito aos direitos autorais e, ao mesmo tempo, consecução dos direitos fundamentais de informação, cultura e educação.

59. Tais mecanismos são: *fair use*, *copyleft*, *ColorIuris* e o *Creative Commons*.

60. Dentro todos estes, o que melhor entendemos se adequar à realidade brasileira é o *Creative Commons*. Mesmo com todas as críticas, cremos ser este o melhor sistema alternativo ao direito autoral que se funda nas prerrogativas autorais de permitir a acesso universal às suas obras, permitindo que outros delas possam fruir e exercer o espírito criativo.

61. Talvez o *creative commons* não seja a solução de todos os problemas que afligem a seara autoralista, mas com certeza harmoniza em parte uma difícil tensão existente entre os novos mecanismos tecnológicos e o direito autoral, aliando-os ao acesso ao conhecimento.

62. O *Creative Commons* incentiva a criação intelectual ao mesmo tempo em que protege os direitos do autor, permitindo, por meio de instrumento juridicamente válido, o acesso à cultura e o exercício da criatividade dos interessados em usarem a obra licenciada.

REFERÊNCIAS

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

ACIOLI, Catarine Gonçalves. **A efetividade do direito fundamental à informação e o sistema de certificação digital brasileiro**. In: *Revista do Mestrado em Direito – v. 1, n. 1, dez. 2005*. Maceió: Nossa Livraria: 2005.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obra privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A função social do direito autoral e as limitações legais**. In: *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz (coords.). 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **Direito Autoral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação: estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Direito de Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias**. In: *Revista de Direito Autoral. Ano I, n. 1. ago. 2004*.

_____. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. **Direito intelectual, exclusivo e liberdade**. In: *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região (ESMAFE)*. Vol. 02. Ano de Publicação: 2002. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 01 mai. 2009.

AVANCINI, Helenara Braga. **Direitos humanos fundamentais na sociedade da informação.** In: *Perspectivas atuais do direito da propriedade intelectual.* Helenara Braga Avancini e Milton Lucídio Leão Barcellos (orgs.). Porto Alegre: ediPUCRS, 2009.

_____. **O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais.** 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. **Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/4695/4265>> Acesso em: 02 set. 2009.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de Direito da Propriedade Intelectual.** Sergipe: Evocati, 2007.

BASSO, Maristela. **A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual.** In: *Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 162, 2004.*

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos.** Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

_____. **Vida líquida.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRAGA, Rafael Wiladino. **A evolução da escrita: da origem da comunicação pictográfica à tipografia.** Disponível em: <http://marciorsps.sites.uol.com.br/mrps/PV2/cont/rwb/rwb_prn.html>. Acesso em: 25 set. 2009.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direito Autorais – Princípios Gerais.** In: *Propriedade Intelectual.* Org.: Ronaldo Lemos. 2ª ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2008.

_____. **Direitos Autorais – Princípios Gerais.** In: *Roteiro de Curso da Fundação Getúlio Vargas 2008.2.* (FGV-RIO). Rio de Janeiro: FGV, 2008.

_____. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CABRAL, Plínio. **A Nova Lei de Direitos Autorais – Comentários.** 4 ed. São Paulo: Ed. Harbra, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos.** In: *Educando para os direitos humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade.* José Geraldo de Souza Jr. Et al (org.). Brasília: UnB, 2003. Disponível em: <http://www.itsbrasil.org.br/sites/default/files/infoteca/uploads/livro_Educando_para_os_direitos_humanos.unb_.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANUT, Pedro. **ColorIuris: Una aportación independiente a la cultura libre.** 2007. Disponível em: <https://www.coloriuris.net/autores/pjcanut/coloriuris_el_libro>. Acesso em: 15 mai. 2010.

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

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **A revolução da tecnologia da informação.** In: *A sociedade em rede.* Trad.: Roneide Venancio Majer. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. (Coleção: A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura – Vol. I).

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Dignidade da Pessoa Humana – O Princípios dos Princípios Constitucionais.** In: *Direito Fundamentais – Estudos em Homenagem ao*

Professor Ricardo Lobo Torres. Daniel Sarmiento e Flávio Galdino (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHAVES, Antônio. **Direito de Autor: Princípios Fundamentais. Vol I**. Rio de Janeiro: Forense: 1987.

Convenção de Berna de 1886. In: *Propriedade Intelectual: legislação e tratados internacionais*. Maristela Basso *et. al.* (org.). São Paulo: Atlas, 2007.

CORRÊA, Gustavo B. **O creative commons frente aos direitos autorais no Brasil**. In: *Perspectivas atuais do direito da propriedade intelectual*. Helenara Braga Avancini e Milton Lucídio Leão Barcellos (orgs.). Porto Alegre: ediPUCRS, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito à informação ou deveres de protecção informativa do Estado**. In: *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação – algumas aproximações*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=1458&m=PDF>. Acesso em: 01 mai. 2009.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade Intelectual – A Tutela Jurídica da Biotecnologia**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DOWBOR, Ladislau. **Usos Educacionais de Conteúdos Protegidos**. In: *Seminário de Direitos Autorais e Acesso à Cultura*. 2008. São Paulo: MinC, 2008. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2008/08/28/seminario-de-sao-paulo-discute-os-direitos-autorais-e-o-acesso-a-cultura/>>. Acesso em: 10 mai. 2009.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **A fração extrapatrimonial do direito de autor**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-

SP).p.36.Disponível em:<<http://www.cipedya.com/web/FileDownload.aspx?IDFile=159553>>.

Acesso em: 25 set. 2009.

FRIEDRICH, Tatyana S. FONSECA, Karla C. **Regulamentação da Propriedade Intelectual: uma análise crítica.** *In: Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à Professora Maristela Basso.* Patrícia L. de Carvalho (coord.). Curitiba: Juruá, 2005.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet.** 5 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GARCIA, Emerson. **O direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade.** *In: A Efetividade dos Direitos Sociais.* GARCIA, Emerson (coord). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GENNARI, Maria Cristina. **Minidicionário Saraiva de Informática.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GENOÍNO, José. **Aspectos Gerais da Nova Lei sobre o Direito Autoral em tramitação no Congresso Nacional.** *In: Reflexões sobre o Direito Autoral.* Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 1997.

GRISARD FILHO, Waldyr. **A função social da propriedade: do direito de propriedade ao direito à propriedade.** *In: Direito Civil- Constitucional: situações patrimoniais.* Carmen Lúcia Silveira Ramos (org.). Curitiba: Juruá, 2002.

HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual – Subsídios para o Ensino.** 2 ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1998.

HANANIA, Lilian Richieri. **Direito de Autor e algumas iniciativas tendentes a proteger o direito de acesso à cultura.** *In: Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso.* Patrícia Luciane de Carvalho (coord.). Curitiba: Juruá, 2005.

IBGE. **Censo Demográfico 2000: Educação – Resultados da Amostra.** Rio de Janeiro: IBGE, 2000. p. 41. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRETSCHMANN, Ângela. **O Direito Autoral na Era Digital: a reprodução de obras intelectuais na internet**. Artigo obtido diretamente com a autora em 27 mai. 2010.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 2009.

LEITE, Leni Ribeiro. **O Universo do Livro em Marcial**. 2008. 98f. Tese (Doutorado em Letras Clássicas) – Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.letras.ufrj.br/pgclassicas/tese_Leni%20Ribeiro%20Leite.pdf>. Acesso em: 25 set. 2009.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

_____. **Tudo que Você Sempre Quis Saber sobre como Usar o Creative Commons, mas não sabia como**. Disponível em: <<http://www.creativecommons.org.br>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre**. Trad. Fábio Emílio Costa. Disponível em: <<http://www.rau-tu.unicamp.br/nou-rau/softwarelivre/document/?view=144>>. Acesso em: 01 mai. 2009.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires: UNESCO/CERLAC/ZAVALIA, 1993.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

_____. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 10 mai. 2009.

MALLMANN, Querino. **A natureza Jurídica do Direito da Propriedade Intelectual: o Direito de Autor**. In: *Revista do Mestrado em Direito – UFAL – Universidade Federal de Alagoas*. v. 2, n.º 3, 2º semestre 2008. Maceió: Edufal, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia – 1ª parte**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia – 1ª parte**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de Direito Autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MINISTÉRIO DA CULTURA DO BRASIL. **Estudo sobre “Direitos Autorais, Acesso à Cultura e Novas Tecnologias: Desafios em Evolução à Diversidade Cultural”**. Ronaldo Lemos (coord.). Rio de Janeiro: MinC, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2000.

MIZUKAMI, Pedro Nicoleti. **Função Social da Propriedade Intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.com.br>>. Acesso em: 25 set. 2009.

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

MORENO, Sofía Rodríguez. **La Era Digital e las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.

OLIVEIRA, Paula Cristina Koerig de. SILVA ADOLFO, Luiz Gonzaga. **Pra não dizer que não falamos de espinhos: a constitucionalização do direito civil e a difícil concretização da ideia de repersonalização em ações de direitos reais nos tribunais brasileiros**. In: *Revista de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, n° 32, jul-dez. 2009*. Santa Cruz do Sul: EdUnisc, 2009. p. 56. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito>>. Acesso em: 27mar. 2010.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. **Os “novos” direitos enquanto direitos públicos virtuais na sociedade da informação**. In: *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. Antônio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2003.

PARANAGUÁ, Pedro e BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos Autorais – Série FGV Jurídica**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional & Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais – Um Século de Proteção Autoral no Brasil (1898-1998). Livro I**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Propriedade Intelectual: proteção internacional e constitucional**. In: *Direitos Fundamentais Revisitados*. Andrea Bulgakov Klock, Eduardo Cambi, Fernando de Brito Alves (orgs.). Curitiba: Juruá, 2009.

PLASCENCIA, David Ramirez. **Análisis Institucional del Ciberespacio: aplicación del pluralismo jurídico y neo-institucionalismo en estudio de la regulación de Internet.** In: *Revista TEXTOS de la CiberSociedad*. 2008. Disponível em: <<http://www.cibersociedad.net/textos>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 2 ed. Tomo I (Parte Geral). Campinas: Bookseller, 2000.

Projet de Loi adopté le 13 mai 2009 – favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. Disponível em: <<http://www.senat.fr/leg/tas08-081.html>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual – O Regime Constitucional da Direito Autoral.** In: *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz (coords.). 1 ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

SANTOS, Manuella Silva dos. **Direito Autoral na Era Digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções.** 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2008.

SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais.** In: *Revista do Mestrado em Direito – v. 1, n. 1, dez. 2005*. Maceió: Nossa Livraria: 2005.

SOUZA, Allan Rocha de. **Direitos Autorais: a História da Proteção Jurídica.** In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Rio de Janeiro, ano VI, n. 7, dez. 2005*.

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

WACHOWICZ, Marcos. **A revolução tecnológica da informação – os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais.** In: *Direito da Propriedade Intelectual –*

Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Luiz Gonzaga Silva Adolfo (org.)
Curitiba: Juruá, 2007.