

RESUMO

Rodrigues Junior, Alfredo. **DIREITO AUTORAL e INTERNET: IMPACTOS E EFEITOS JURÍDICOS**. RIO DE JANEIRO: UNESA, 2010.

O presente trabalho, que faz parte da Linha de Pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos, do Mestrado em Direito Público e Evolução Social da Universidade Estácio de Sá tem por objetivo analisar os impactos da Internet no Direito Autoral diante das condutas de usuários da rede mundial de computadores, em especial, quando baixam arquivos (download) de músicas, vídeos ou textos ou fazem uso direto, sem fins lucrativos. Trata-se de tema instigante e de grande relevância, tendo como base a função social do direito, a sociedade da informação, os princípios do livre acesso à cultura e à informação. Para alcançar o objetivo proposto, as fontes de consulta foram: a legislação, a doutrina e a jurisprudência nacionais e estrangeiras. Os principais resultados indicam que, segundo as fontes consultadas, é possível conseguir um equilíbrio entre os utentes da internet e os detentores de direito autoral no que se refere às condutas circunscritas no corte epistemológico. Ao final, apresentam-se conclusões e sugestões, tendo em vista a relevância de um fomento legítimo ao uso da internet, delimitando as fronteiras do injusto, por conta de uma fragmentação daquilo que mereça a tutela estatal, distinguindo o que inequivocamente se apresenta como violação de direito autoral.

PALAVRAS-CHAVE: direito autoral; sociedade da informação; sociedade moderna e eficácia social.

ABSTRACT

Rodrigues Junior, Alfredo. **COPYRIGHTS e INTERNET: IMPACTS AND LEGAL EFFECTS**. RIO DE JANEIRO: UNESA, 2010.

This paper aims to analyze the impact of the Internet on copyright law on the conduct of users of this global network of computers that are to download files music, video or text or make direct use of non-profit. This is a new theme and very relevant to legal study, based on the social function of law, information society, the principles of free access to culture and information. To achieve the proposed objective, the sources of advice were: legislation, doctrine and jurisprudence. The main results indicate that it is possible to achieve a balance between Internet users and holders of copyright in relation to the conduct limited epistemological. At the end, we present conclusions and suggestions, taking into account the relevance of promotion to the legitimate use of the Internet, delimiting the borders of unfair due to a fragmentation of what deserves state protection, a distinction that clearly presents itself as a violation of copyright.

KEYWORDS: copyright, information society, modern society and social effectiveness.

INTRODUÇÃO

Não há mais dúvidas de que a Internet faça parte do cotidiano de todos os segmentos sociais, alcançando o cidadão comum, o próprio poder público, ou ainda a sociedade civil organizada. Esse modelo de comunicação representa o maior exemplo de avanço tecnológico, afigurando-se como verdadeira ferramenta virtual que permite a mais nova e eficaz via de relação interpessoal.

A despeito dos benefícios incontáveis, certamente não faltarão novos problemas surgidos com essa nova interação. O grande exemplo que vem a talho é o impacto ao sistema de direitos autorais, cujos efeitos jurídicos serão objeto deste trabalho, na circunscrição epistemológica proposta.

Nas palavras de Guilherme Carboni¹, tais transformações afetam o ponto crítico do direito de autor, que é o conflito entre o interesse individual deste pela concessão da tutela e o interesse coletivo pelo desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico.

Factível é a ampliação vertiginosa da internet no Brasil e no mundo e, de efeito, não fica difícil entender a proporcionalidade direta da dificuldade de se controlar todas as ações que se passam pela grande rede. É evidente que não se pode confundir dificuldade de impossibilidade, grande exemplo é o feliz e extraordinário sucesso do Estado em combater a pedofilia por intermédio dessa via. Contudo, em se tratando de direitos autorais especificamente, o que se percebe é que a Internet contribui ainda mais para ampliar o que se denomina *déficit de efetividade da Lei de Direitos Autorais Brasileira*, fato que indubitavelmente só traz mais insegurança jurídica e a reboque, a necessidade de se encontrar caminhos alternativos.

Prova disso é a disseminação da cultura de que a internet é terra sem dono, tamanha é a facilidade de se disponibilizar conteúdos e informações em seu âmbito; seguramente essa situação enseja maiores preocupações, tanto à sociedade, por meio de indivíduos, grupos, associações, quanto ao Estado.

As significativas mudanças que aconteceram ao longo das últimas décadas, tempo bastante novo², já fazem refletir sobre a nova contextualização desta rede sob o

¹ CARBONI, Guilherme C. **Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico**. Revista da ABPI nº 85, 2006. p. 38.

ponto de vista de seu influxo aos direitos autorais, isso porque *ab initio* era ela considerada somente mais uma mídia na forma digitalizada, consistindo apenas mais um novo canal de veiculação das obras intelectuais. No entanto, há conseqüências que podem indicar modificações consideráveis à violação de tais direitos, como se tentará analisar ao longo do trabalho.

Tendo como objeto a análise dessa zona de tensão entre o direito autoral e a rede mundial de computadores, busca-se discutir o melhor e mais legítimo uso da Internet, no âmbito da sistematização do Direito Autoral.

Em termos de contribuição científica, a pesquisa se propôs a dimensionar, valorar e, sobretudo, delinear os aspectos lacunosos que se revelam nessa modalidade de utilização, quais sejam, de um lado, a consciência de que determinadas condutas no uso dessa rede mundial podem estar numa linha tênue de se subsumirem ou não à condição de fato civil ou penalmente relevante, solução que traz uma garantia aos seus usuários e, por conseguinte, incentiva o acesso legítimo dessas pessoas. Por outro lado, à medida que se delimitam as fronteiras do injusto, conseguindo fragmentar o que realmente merece a tutela estatal; legitimando, por sua vez, os detentores da propriedade intelectual a buscar pretensão em juízo ou fora dele, daquilo que inequivocamente se distingue como violação de direitos, garantindo e estimulando a continuidade da elaboração de suas obras.

Para tanto, de acordo com o referido objetivo, o nível de pesquisa se manifestou de forma eminentemente descritiva com delineamentos de pesquisa bibliográfica compreendendo um universo teórico desenvolvido no campo sociológico com base em livros e artigos científicos.

A Dissertação esta organizada em três capítulos. No primeiro, a ênfase recai na leitura doutrinária do direito autoral e sua inserção no rol dos direitos fundamentais, aquilatando a importância dessa tipificação constitucional para fins de tutela e harmonia aos princípios, entre outros, do livre acesso à cultura e à atividade intelectual, artística e científica.

Das duas espécies do gênero de direito autoral, quais sejam: direito moral e direito patrimonial, aquela primeira foi objeto especial de análise sob o influxo de direito fundamental, por se tratar inquestionavelmente de uma vertente fundamental dos direitos da

² Liberada ao público a partir da segunda metade da década de 90.

personalidade. Ainda nesse primeiro capítulo - que fecha analisando o regime legal brasileiro de direitos autorais - cotejou-se o referido Diploma Legal com a sistemática internacional de tutela desses direitos, mormente com os tratados internacionais de que o Brasil é signatário, realizando assim uma análise de compatibilidade da atual LDA não só com os referidos tratados, como também com os postulados constitucionais a que se fez referência.

O segundo capítulo foi dedicado à Internet, quando se buscou depreender até que ponto esse meio de comunicação está fazendo diferença na sistemática de direitos autorais. Com esse intuito, analisou-se a contribuição da rede aos novos paradigmas de modernidade e da sociedade de informação e o que ela representa no contexto de revolução tecnológica e da emancipação social, esta última, inclusive, pelo fato de estar nascendo um novo formato de sociedade, os denominados nativos digitais.

Com esse novo modelo social, certamente não se pode ignorar os impactos da revolução tecnológica. Exemplo disso é o fomento para o aludido déficit de efetividade que possui a atual LDA, mormente, quando se leva em consideração o novo modelo de interação social.

Outra forma de solução é a análise de novos métodos propostos de licenciamento, como o *creative commons*. Dessa maneira, as conclusões contribuirão para se harmonizar aos princípios do livre acesso à informação, à liberdade de expressão, entre outros.

No terceiro capítulo, buscou-se analisar os impactos nas elementares formais e materiais do direito autoral, criados pela Internet. Para isso, a análise inicialmente concentrou-se na natureza jurídica de propriedade do direito autoral, a despeito das divergências doutrinárias. Considerando a corrente doutrinária em que afirma que os bens imateriais consistem direito de propriedade dos autores, não se poderia, então, deixar de abordar o atendimento do princípio da função social.

Nesse diapasão, a reboque seguiram as análises do princípio da proibição do retrocesso social, assim com o da eficácia social a fim de encontrar consequência lógica compatível com o princípio da função social. Isso tudo para sustentar a tese de que a autorização dos autores se manifesta legalmente de forma tácita.

Esses, portanto, são os parâmetros investigativos para se chegar à conclusão da existência da autorização tácita como condição de procedibilidade. O referido capítulo encerra com a reflexão da liberdade do autor de exploração das suas obras, com as análises de existência ou não de dano a estes, quando se faz uso da rede nos moldes do corte epistemológico sugerido, portanto, situação afeta aos elementos materiais do direito autoral, assim como das principais ferramentas de acesso da Internet.

A partir do enfoque acima apresentado, é razoável sustentar que os efeitos da Internet no direito autoral são os mais variados, podendo consistir inequívoca violação desse direito, ou ainda apresentar apenas e tão-somente um quadro de relativização dessa violação, como ainda se caracterizar como um fato juridicamente irrelevante, tendo em vista poder estar circunscrito em um campo de cultura livre ou atipicidade.

Na delimitação do objeto da pesquisa, de pronto, percebe-se que determinadas condutas se subsumem a tipos penais ou ilícitos civis de maneira tão inquestionável e incondicional que dispensam qualquer tipo de avaliação, pois, a toda evidência, a violação de direito autoral pode ser perpetrada por diversos *modus operandi*, como aquela pessoa que faz uso da Internet para copiar diversas músicas em um DVD matriz e depois, com intuito preponderantemente econômico, realiza várias cópias para fins comerciais; ou como também aquele que, através da Internet, apropria-se indevidamente de patentes ou marcas alheias e as usa ou registra como próprias. Cumpre ressaltar que, não se cogita desse tipo de delito na presente pesquisa.

A investigação está limitada à análise da tutela de direitos autorais sobre obra veiculada na Internet, notadamente, vídeos e de músicas mas, quando a conduta do usuário da rede revestir-se inequivocamente de caráter personalíssimo, sem qualquer intuito econômico

Ultrapassar as barreiras do recorte sugerido nesta pesquisa, certamente a levaria ao insucesso, eis que ficaria nítida a possibilidade de se enxergar um campo muito abstrato sobre o assunto que certamente levaria à perda metodológica por conta da previsível pulverização de informações que restaria evidenciada, sobretudo desprovida de conclusões consistentes.

CAPÍTULO 01

DIREITO AUTORAL: ASPECTOS JURÍDICOS E PERSPECTIVAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

1.1 – Considerações Iniciais:

A lei protege o direito do autor ou direito autoral, cuja propriedade lhe é atribuída, independente da substância, do instrumento material ou *corpus mechanicum* no qual ou pelo qual se exprime.³

O Direito Autoral protege as denominadas criações do espírito, aquelas que representam obras intelectuais, regulando as relações recíprocas entre todos os envolvidos, quais sejam, o criador, intérprete e aqueles que executam, expõem, reproduzem e utilizam a obra intelectual.

Como se trata de um direito personalíssimo (criações do espírito), tecnicamente não se pode falar em alienação, senão quando estiver se referindo à sua titularidade, isso porque este último está subordinado ao direito patrimonial, enquanto aquele primeiro ao direito moral.

A Convenção de Berna⁴ estabeleceu que o tempo de proteção autoral compreende ao tempo de vida de seu autor adicionado de cinquenta anos após a sua morte.

No Brasil, essa duração está limitada a setenta anos⁵. Compreende esse tempo os denominados direitos conexos (fonogramas, transmissão, empresas de

³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal – Volume VII**. 1ª Edição, Rio de Janeiro. Forense. 1955, p. 329.

⁴ A Convenção da União de Berna (CUB) nasce na década de 80 do século XIX, fruto dos trabalhos que resultaram na *Association Littéraire et Artistique Internationale* (Associação Literária e Artística Internacional) de 1878. A Convenção foi revista em Paris (1896) e Berlim (1908), completada em Berna (1914), revista em Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e Paris (1971), e emendada em 1979. Desde 1967 que a Convenção é administrada pela *World Intellectual Property Organization* (WIPO), incorporada nas Nações Unidas em 1974.

⁵ Arts. 43, 44 e 96 da L. 9610/98

radiodifusão, execução e representação públicas), conforme salientado por Luiz Antônio Araújo Pierre⁶, a partir desse prazo entra o denominado Domínio Público.

Ainda em termos de Brasil, basta que a criação tenha o requisito da originalidade, ou seja, que a obra seja produto da capacidade criativa do artista, para merecer a proteção dos direitos autorais. O direito do autor manifesta-se assim que um trabalho é colocado num meio de comunicação acessível, no caso, as páginas da Internet, ou qualquer outro meio de utilização da Internet, e quando este material é utilizado de forma não autorizada pelo seu criador.

O direito autoral relaciona-se com outros ramos do direito, tal como o direito civil, (propriedade) e, dessa forma, o direito de propriedade literária surge com a criação da obra e, por isso mesmo, o único proprietário é o seu autor. O interesse individual do autor recai principalmente sobre o valor pecuniário que toda obra proporciona.

Eduardo Vieira Manso bem sustentou que:⁷

Sendo a obra intelectual o fruto do esforço humano capaz de proporcionar proveitos econômicos, nada mais natural que atribuir, ao criador dela, todas garantias para que essa utilização patrimonial seja possível ao autor desse bem.

Dessa forma, ao autor é legítima qualquer participação nos lucros decorrentes da utilização de sua obra. O esforço da criação da obra coube ao autor, logo este merece tirar os proveitos econômicos de seu esforço.

Qualquer pessoa, portanto, que pretenda comercializar, ou seja, obter lucro do fruto do esforço do autor, deve a este uma recompensa, do contrário estaria violando os seus direitos. Nesse caso, ainda se faz necessária a autorização expressa do autor na reprodução (se for o caso) de sua obra, pois a este é dado o direito *exclusivo* de aproveitar-se economicamente dessa sua obra.

⁶ PIERRE, Luiz Antônio Araújo. **Resumo Jurídico de Direito Autoral**. 1ª Edição, São Paulo. Projeto Editorial da Barros, Fischer e Associados Ltda. 2007, p. 03.

⁷ <http://www.faroljuridico.com.br>, página acessada em 23/03/2007.

Como meio de defesa a este direito, a legislação preconiza que essa publicação fraudulenta causa prejuízo a seu autor, que deve ser indenizado por aquele que fraudou.

1.2 – Direito Autoral como Direito Fundamental:

A noção de Direito Fundamental é um produto concebido ao longo dos tempos, não se pode negar que a Ciência pode nos ofertar o que seja fundamental e nessa concepção, fundamental é o que se consegue comprovar e não o que se tem como um juízo de valor individual. Há uma nítida subordinação conceitual de causa e efeito por força de estudos cientificamente comprovados. Também é fato que uma sociedade pode convencionar o que é fundamental para sua existência, cujo resultado não está subordinado diretamente a aspectos científicos, mas a aspectos político-sociais, uma forma maniqueísta de se dividir o bem e o mal, fundamentada em convicções políticas, sociológicas, religiosas, culturais e etc.

Diante do que se apresenta, percebe-se que, a despeito de fatores científicos, não se pode afirmar que exista um conceito unívoco de Direito Fundamental, pelo contrário, as divergências diante desse conceito podem ser consideravelmente grandes. Nesse sentido, explicando a influência conceitual que se desencadeou no mundo ocidental notadamente na Europa e nos Estados Unidos, Sarmiento⁸ já se manifestou acerca dessas distinções, na vertente Direitos Humanos, quando afirma, *verbis*:

Alguns críticos contestam o caráter universal dos direitos humanos, advogando a tese de que a imposição destes direitos em civilizações diferentes, que não partilham da tradição cultural do Ocidente, constituiria uma violência à autodeterminação dos povos, uma forma insidiosa de imperialismo e um sintoma da soberba ocidental.

Quanto à concepção jurídica, evidentemente que o conceito de direito fundamental também é de extrema relevância, não só pela segurança jurídica que se passa quando são inseridos no texto constitucional, como também quando informa uma tendência geral que pressupõe, quando encontrados em quase todas as constituições, uma vontade social globalizada que erige à condição de Direito Fundamental Supranacional. A história

⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, P. 05.

notícia que essa tendência é um produto engendrado pela trajetória desses mesmos direitos fundamentais nas duas grandes fases da modernidade, quais sejam, o Estado Liberal e o Estado Social.

Nesse contexto ainda, além da característica de direito fundamental, o direito autoral, nas palavras de Plínio Cabral⁹, possui outras características próprias e diferenciadas, quais sejam: a sua natureza e o seu interesse universal.

E com relação ao interesse universal, comenta o referido autor,¹⁰ consiste num elemento que perpassa o interesse social quando assevera que:

Não seria justo falar apenas em interesse social, porque isso faz parte de todos os componentes material da vida em coletividade. Há momentos em que determinado objetivo da comunidade sobrepõe-se ao interesse individual, o que é, muitas vezes, corriqueiro, inclusive no que tange a propriedade privada, pilar básico do capitalismo.

Considerando a qualidade cidadã da carta constitucional brasileira, não poderia ser diferente o tratamento dispensado aos Direitos Fundamentais, contemplados em seu capítulo inicial, como bem salientado por Gilmar Mendes¹¹. Em essência, percebem-se, nitidamente, dois enfoques tuteladores do Direito Fundamental: de um lado, a garantia dos direitos subjetivos e de outro, a segurança de direitos objetivos.

A despeito desses dois lados bem definidos e com peculiaridades próprias, em matéria de Direito Fundamental, exige-se do Estado, para contemplar tais direitos, uma gama de prestações positivas, envolvendo, primordialmente, os direitos de defesa que, nas palavras de Mendes¹² asseguram a esfera de liberdade individual contra as interferências ilegítimas do Poder Público.

Uma vez constatadas violações ao Direito Fundamental, realizadas pelo próprio Estado, através de edições de normas incompatíveis com os valores constitucionais, impõem-se a esse mesmo Estado as devidas prestações com pretensões pontuais que reclamarem cada caso concreto, como abstenção, revogação ou anulação de normatizações desproporcionais.

⁹ CABRAL, Plínio. **Limitações ao Direito Autoral na Lei nº 9610**. Revista da ABPI Nº 37, 1998. p. 03.

¹⁰ Op.Cit.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2ª edição, São Paulo: Celso Bastos editor, 1999, p. 36.

¹² Ob. Cit. P. 37

Em face de excessos estatais que, certamente, consistem anomalia aos princípios constitucionais, em verdade, já existem formas de controle preventivo e, como tal, preponderantemente direcionadas ao Poder Legislativo, que são as normas programáticas e o princípio da reserva legal. As principais normas constitucionais que fundamentam e erigem os direitos autorais como direitos fundamentais são reproduzidas na carta constitucional brasileira em seus arts 205 e. 5º XXVII e XXVIII.

É bem verdade que a proteção autoral levada a direitos fundamentais não é prioridade em todas as constituições liberais, exemplo disso, salienta Denis Barbosa¹³, é a constituição americana, finalizando o raciocínio de que os direitos de propriedade intelectual nasceram da lei e não do direito autoral, uma vez que esses respectivos direitos advêm da vontade e da conveniência da sociedade, reflexo de um movimento de política econômica.

Percebe-se, entretanto, que tal consideração é afeta à propriedade intelectual e não à propriedade autoral; há nesse particular uma distinção nítida entre a primeira (propriedade que serve de instrumento ao exercício do poder sobre outrem) e esta última (propriedade como uma garantia da liberdade humana) e Barbosa, respaldando-se em Konder Comparato, José Afonso e Manoel Gonçalves, assevera que a inclusão na Constituição Brasileira da propriedade intelectual à condição de direito fundamental não é alcance plausível, no entanto, o direito do autor, como direito de paternidade, assim como vertente do direito da propriedade, é manifestamente acertado ter sua proteção erigida à categoria de direito fundamental.

Sem embargo de tais discussões, de uma leitura atenta aos dispositivos constitucionais já aqui citados, é fato que o tratamento de direito fundamental aferido às duas modalidades de propriedade (intelectual e moral) é manifestamente consignado na Carta da República Brasileira.

Importante reflexão reside na adequação da temática do presente trabalho sobre o sistema de direitos fundamentais na medida em que esses valores refletem o pensamento de uma geração de acordo com o momento político vivenciado pela

¹³ BARBOSA, Denis Borges. **Bases constitucionais da propriedade intelectual**. Revista da ABPI nº 50, 2002. p. 16.

humanidade. Com esteio em César Flores¹⁴, o primeiro exercício cognoscível consiste no entendimento de que o direito é um instrumento distante da efetividade almejada:

[...] depois de muita humildade concluirmos que o direito ainda se encontra longe de ser o instrumento com soluções perfeitas para a falta de efetividade dos direitos fundamentais, em face dos seus destinatários mais necessitados, excluído da lei formal e ignorado pelo Estado e pelos seus iguais.

Diríamos que os destinatários mais necessitados inquestionavelmente estão na condição de órfãos da proteção constitucional de direitos constitucionais, no entanto esta característica não foge do âmbito de muitos outros que estão numa condição social melhorada, fato que só vem justificar muito mais esta lastimável situação.

Essa amplitude do déficit de efetividade só vem a beneficiar realmente aquelas pessoas consideradas inequivocamente mais socialmente privilegiadas, pois são elas que possuem condições econômicas de patrocinar as jurisdições superiores e nesse particular, sobressaem os interesses dos grandes conglomerados empresariais que detêm os direitos sobre as propriedades intelectuais.

Sob o ponto de vista dos direitos humanos - direito internacional que reflete a natureza do homem - que materializam os direitos fundamentais, César Flores¹⁵, nessa mesma senda, enfatiza de maneira pertinente a sua visão crítica quando preleciona:

Não se pode falar de direito humanos, enquanto priorizarmos: o formalismo, a propriedade, e o tecnicismo. Pois, entendemos que as prioridades devem ser efetivamente dos direitos e garantias fundamentais, do homem na sua essência, ou seja, dignidade da pessoa humana.

Aqui é justamente o cerne deste ponto reflexivo, pois a temática do presente trabalho consegue perpassar, na historicidade dos direitos fundamentais, praticamente por todas as dimensões destes direitos, fato que traz a preocupação inevitável da necessidade da igualdade de armas, pois sem essa condição naturalmente os argumentos daqueles socialmente mais privilegiados prevalecerão na condição destes como jurisdicionados.

¹⁴ FLORES, Nilton César. **Antagonismo da Propriedade Intelectual diante dos Direitos Humanos** *in* **Temas sobre Direitos Humanos**. Lúmen Iuris, 2009. p. 126.

¹⁵ Op.Cit. p. 127.

Por que a temática deste trabalho perpassa pelas gerações de direitos fundamentais? Os direitos fundamentais são conquistas históricas de um povo, não nasceram todos de uma vez só e não estão garantidos de uma vez por todos, assim com nascem, morrem. Cada “família” de direitos fundamentais que nasce, a doutrina denominou de “geração” de direitos fundamentais¹⁶.

Evidentemente não se pretende (e nem é o momento) expor de forma prolixa acerca das características dos direitos fundamentais, contudo, faz-se necessário trazer os principais aspectos do instituto para fundamentar a resposta ao questionamento deste item acima exposto, para tanto, continuamos no escólio de César Flores¹⁷ cuja reflexão sobre o assunto foi bem escolhida na doutrina de Paulo Bonavides e Cançado Trindade.

Os direitos da primeira geração teriam nascido no século XVIII, sob o influxo das revoluções americana e francesa, é a geração ligada ao liberalismo, ao denominado Estado Liberal ou “Estado Guarda-Noturno”, cuja finalidade é a proteção da segurança; não interfere na ordem social e econômica, por isso também denominado “Estado Mínimo”. Esses direitos de primeira geração são denominados de “direitos de defesa”; exige do estado um comportamento negativo, resguardando um espaço de autonomia privada, são exemplos de direitos de primeira geração: liberdade ambulatorial, liberdade de manifestação de pensamento e direito de propriedade.

Já os direitos de segunda geração teriam nascido no final do século XIX e início do século XX, possuem na constituição mexicana de 1917 sua grande representatividade, é a geração ligada ao estado social, ou seja, a garantia, por parte desse estado, da felicidade geral, da concepção de liberdades positivas exigindo prestações. São exemplos de direitos de segunda geração: o direito à saúde, o direito à cultura, direito à informação.

Os direitos de terceira geração teriam nascido após a segunda grande guerra e possuem na declaração universal dos direitos do homem seu grande marco e consagração; são direitos dos povos e transcendem as soberanias dos estados. São exemplos de direitos de terceira geração: direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, direito ao progresso, por isso são direitos da coletividade.

¹⁶ Também é denominada de “dimensão”.

¹⁷ Op.Cit. p. 128

Direitos de quarta geração são ligados às novas tecnologias, como à Internet, à clonagem, à fertilização *in vitro*, denominados de “bio-direitos”

Veja que agora possuímos subsídios para responder àquele questionamento inicial, vale dizer, a temática deste trabalho consegue perpassar por todas essas gerações de direitos fundamentais, a saber: na primeira geração (liberdade), temos como exemplo **o direito de propriedade intelectual**; na segunda geração (igualdade), temos como exemplo **o direito à informação**; na terceira geração (fraternidade), temos como exemplo **o direito ao progresso** e naqueles que consideram direitos de quarta geração, temos como essência, **o direito ao acesso às novas tecnologias (Internet)**.

A conclusão a que se chega é de que se torna inevitável, quando necessária, a recorrente busca à ponderação de princípios constitucionais para solução de conflitos existentes.

1.3 – Direito Autoral como Direito da Personalidade:

1.3.1 – A dicotomia: Pessoa e Personalidade:

A discussão já começa na origem etimológica do termo,¹⁸ enquanto numa parte da literatura o teatro grego se apresenta como elo de ligação à terminologia, vamos ver em Antenor Nascentes¹⁹ que o termo vem do latim *persona*, que é a máscara que usavam os atores gregos e romanos, dessa máscara passou ao sentido de papel, personagem e depois ao atual. Dessa forma, no teatro, envergando a máscara grega, o homem se tornava pessoa.

Conclui, então, Washington de Barros Monteiro²⁰ que: existem três acepções da palavra: a) a vulgar; sinônimo de ser humano; b) a filosófica; designando o ente dotado de razão; c) e a jurídica; designando o ente físico ou moral, susceptível de direitos e obrigações.

¹⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade fundamentação ontológica da tutela**, Lisboa: Almedina, 2008. Pg. 20

¹⁹ NASCENTES, Antenor. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro. 1932. P. 615.

²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, São Paulo, Saraiva, 1970, p. 115.

Do Cristianismo nasce a formação ideológica de que, muito mais do que uma simples terminologia, pessoa é condição fundamental de vida, de convivência; pessoa é ser alguém e não algo ou coisa, não mero elemento de um grupo qualquer.

Isso porque essa antropologia de pessoa humana inerente à proposta cristã apresenta-se de maneira inquestionável em todas as passagens do Evangelho²¹.

Essa importância cotejada com as demais formas de vida existentes no planeta fez reconhecer a superioridade humana e, por conseguinte, elevou-na à supremacia dos seres, mas como um todo e não ainda como detentor de uma individualidade humana, eis que esta condição ainda era renegada a alguns segmentos societários.

Assim, a história nos fornece situações em que nem sempre a noção de ser humano coincidia com a noção de pessoa, bastando lembrar a condição dos escravos no sistema romano. Nesse raciocínio, trazendo o código civil de Beviláqua lia-se que todo **homem** é capaz de direitos e obrigações, enquanto o atual código civil brasileiro afirma que toda **pessoa** é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

De notar-se que com essa alteração não mais há discussão hermenêutica acerca dos direitos da mulher e a reboque a possibilidade de identificar a capacidade das pessoas jurídicas.²²

Englobando também as denominadas pessoas jurídicas, a idéia conceitual mais completa de pessoa consiste em, nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:²³ ente capaz de exercer direitos e submeter-se a deveres na órbita jurídica, ou seja, é aquele que poderá compor o pólo ativo ou passivo de uma relação jurídica. É o sujeito de direito.

Tão quanto ou mais difícil do que conceituar pessoa é formular o conceito de personalidade, até porque não é fato corriqueiro nos manuais, pois, conforme preleciona Gonçalves²⁴, muitos adotam os vocábulos como equivalentes.

²¹ PERISSÉ, Gabriel. **O conceito de pessoa: A inovação radical do cristianismo.** <http://www.hottopos.com/mirand15/perisse.htm>, acessado em 26 de novembro de 2008.

²² DE OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes. **Novo Código Civil Anotado.** Rio de Janeiro, Lúmen Júris. 2005, p..02 e 03.

²³ DE FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral.** Rio de Janeiro, Lúmen Júris. 2006, p. 96.

²⁴ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade fundamentação ontológica da tutela,** Lisboa: Almedina, 2008. Pg. 64.

Ainda com esteio ao renomado autor lusitano, diz-se que pessoa é uma abordagem mais generalizável e abstrata, quanto à conceituação, enquanto personalidade é mais concreta e individualizada. A primeira é resposta para **o que é o homem?** E a segunda é para **quem é o homem?**

Toda pessoa possui um conjunto de qualidades que podem ter sido adquiridas ou já lhes são inatas, conjunto este que já faz parte de sua personalidade, essas qualidades podem ser divididas em psíquicas ou ônticas; ou seja, são relativas à pessoa tudo aquilo que se manifesta de maneira concreta, fática o atual, independentemente de, em qualquer nível, tornar-se objeto de reflexão.

Assim, a identificação dessa reflexão é sobremaneira subjetiva o que traz como consequência a noção de conjunto de disposições que possui uma pessoa, desprendendo-se, assim, do ente como um fim em si mesmo e revelando-se uma atribuição desse ente.

É nesse sentido de conferir a personalidade a noção de atributo jurídico que se manifesta Roxana Borges²⁵ e por ser um atributo jurídico esse conceito depende do ordenamento jurídico estatal. Sendo certo, também, continua a conceituada doutrinadora, que a definição de personalidade enquanto aptidão para adquirir direitos e deveres está presente, de forma quase unânime, na doutrina brasileira e estrangeira, o que reforça a idéia de conceituação idêntica à capacidade jurídica.

A partir da noção de que personalidade exprime aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, Caio Mario²⁶ sustenta estar ligada à idéia de pessoa. Cotejando com o tratamento que era dado aos escravos, por exemplo, salienta o referido jurista que não se pode reconhecer como uma conquista da civilização jurídica o fato desses conceitos estarem intimamente ligados, dando então um sentido de universalidade.

É bem verdade também, que é incontroverso o reconhecimento de personalidade não só aos seres humanos como também a determinados entes morais que concorrem com essa aptidão. O critério inerente da personalidade é de que para esta ser caracterizada não depende da consciência ou da vontade do indivíduo, ela é imanente.

²⁵ BORGES, Roxana C. Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2007, 2ª edição. P. 08.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol 1**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, 5ª edição. P. 198.

Criticando o termo pessoa jurídica, o referido autor leciona sua imprecisão quanto à personalidade, pois este só enaltece aspectos materiais e físicos do homem, dessa maneira, ficam de fora qualidades morais e espirituais que indubitavelmente são contempladas no conjunto de personalidade preferido, então, a terminologia pessoa natural.

De conseqüência, o civilista mineiro²⁷ fecha a seguinte afirmação: a denominada escola de direito natural proclama a existência de direitos inatos, de que o homem é titular, dividindo-se os Códigos no alinhar ou não os atributos inerentes à personalidade, como seja, o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao respeito de seus concidadãos.

É de oportuno trazer as considerações de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald quando anotam que a personalidade é uma aptidão genericamente reconhecida, sendo parte integrante de uma pessoa isto é, parte juridicamente intrínseca, permitindo que o titular venha exercitar seus interesses.

Diferentemente de Caio Maia, prelecionam os referidos juristas²⁸ que o conceito de personalidade não se pode confundir com o de capacidade, uma vez que esse primeiro significa um valor jurídico reconhecido a todos os seres humanos, ou seja, um alcance generalizante; este último refere-se à possibilidade daquele que são dotados de personalidade serem sujeitos de direito.

1.3.2 – Evolução da Tutela dos Direitos da Personalidade:

O primeiro grande desafio consiste em estabelecer o marco inicial da tutela da personalidade. Em matéria de direito brasileiro encontramos dois posicionamentos doutrinários: o primeiro considera adquirido a partir do nascimento com vida, assegurando, contudo, uma certa proteção aos direitos do nascituro, uma corrente que traz fortes influências romanas uma vez que no direito romano o embrião era considerado tão somente as vísceras da mulher, não sendo considerado um ser vivo independente.²⁹

²⁷ Op. Cit. P. 200 e 201.

²⁸ Op.Cit. P. 98.

²⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo, RT, 2005. P.. 63 e 64.

Outra afirmação - continua elucidando Elimar - é de que não seria apenas o nascituro o portador de direitos da personalidade, mas também o concepturo seria digno de proteção em todos os seus aspectos³⁰.

A Escolástica consistiu uma linha dentro da filosofia medieval com conotação preponderantemente cristã, que surgiu da necessidade de responder às exigências da fé que era ensinada pela Igreja. Era a que operava no controle dos valores espirituais e morais de toda cristandade, responsável por toda unidade dogmática da fé no velho continente.

Foi um movimento que começou no século IX e permaneceu até o fim do século XVI, período que finalizou a denominada Baixa Idade Média. O grande escopo era aprofundar a dialética com as artes de conhecimento; em matéria de Direito, buscando controlar seus anseios políticos, prevaleceram os ensinamentos da escola do direito natural em que idéias humanistas, individualistas e voluntárias refutavam idéias medievais de que a pessoa não detinha qualquer poder sobre si mesma.

Razão pela qual a *hybris* grega consiste numa das categorias jurídicas destinadas a tutelar a personalidade humana, eis que seu termo etimológico significa um peso excessivo, uma força exagerada que ultrapassa a medida humana, portanto, revela-se o excesso e a desmensuração que em termos de religião grega representa a violação quando o homem estivesse ou pretendesse competir com a divindade.

Assim, sua interpretação era a da violação às leis naturais, aqueles que desafiavam as leis morais vigentes na *polis* e as respectivas proibições dos deuses, transgrediam as ordens sociais.

Ainda assim, no período clássico grego existiam ordenamentos jurídicos próprios de cada cidade, cujas legislações específicas reconheciam o princípio da personalidade nas relações privadas, seja entre os membros da mesma nação ou entre estes e estrangeiros.³¹ Contudo, atribui-se aos romanos a elaboração da teoria jurídica da personalidade em que a expressão restringia-se aos indivíduos que reunissem os três *status*: *libertatis, civitatis e familiae*.³²

³⁰ Op.Cit. P. 64

³¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo, RT, 2005. P.. 24 e 25

³² Op.Cit. p. 25.

A visão antropocêntrica do iluminismo deu azo ao divórcio com o direito natural, dando espaço à razão e à liberdade individual, fato que culminou no prevalecimento do subjetivismo sobre a ordem então estabelecida.

As idéias contratualistas de Locke fortaleceram e legitimaram os direitos humanos cuja conseqüência foi a positivação desses direitos subjetivos, iniciando uma cultura legislativa de abolição das penas de morte, escravidão e castigos corporais.

Toda essa mudança sócio-política culminou na conseqüente revolução industrial, independência americana e revolução francesa. Foi a época da subjetivação dos direitos e o reforço dos direitos individuais face o Estado, proclamou-se a declaração dos direitos do homem e do cidadão, consolidou-se a iniciativa econômica e a forma de propriedade privada.³³

O Estado Liberal do século XVIII entra em crise, uma vez que o quadro que se apresentava era o pleno domínio da autonomia privada que reinava em sede das relações privadas, com isso se subtraía do indivíduo qualquer proteção particularizada dentro do ordenamento.

Nesta fase ainda não se cogitava da proteção da personalidade no âmbito do direito privado. De conseqüência, expandiu-se a luta que culminou a ascensão do Estado Social, agora no século XX, movimento constitucionalista que marcou e consagrou os denominados direitos de segunda geração.

Esse referido movimento se fez sentir por intermédio da Constituição de Weimar, cuja metodologia consistia na aplicabilidade dos direitos pessoais às circunstâncias que se colocava a pessoa humana.

Dessa forma, a partir da segunda metade do século XX, notadamente com o pós-guerra, os direitos da personalidade lograram maiores tutelas estatais em virtude do avanço tecnológico e consumerista da sociedade mundial, uma vez que foram criados novos atributos essenciais da sociedade contemporânea.

³³ SOUSA, Rabindranath V.A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Lisboa; Coimbra, 1995. p.. 03 e 04

1.3.3 Influência do Direito da Personalidade no Direito Autoral:

O Direito Autoral é a tutela da obra de criação humana, corresponde à criação do espírito de um homem. É o retrato, através de registros, em corpos mecânicos, (que podem ser tangíveis ou intangíveis) da realidade desse ser humano de acordo com sua peculiar percepção, mostrando ou querendo mostrar a todos esse quadro que chegara à sua mente.

Dessa maneira singela de ver a situação exposta, percebe-se a finalidade preponderante dessa pessoa, denominada também de ator e/ou autor, que consiste na pretensão da informação dessa sua realidade, isso porque se esta pessoa se conformasse com aquilo que, sozinha e autonomamente tinha vislumbrado em sua mente, necessidade nenhuma existiria em reproduzir tal quadro.

É bem verdade que a finalidade de levar esse tipo de informação às pessoas, pode conter, inequivocamente, uma conotação econômica, contudo, não subverte a essência desse instituto nos moldes aqui exposto.

Isso porque, quando se subordina o direito moral do autor ao direito da personalidade, a influência deste está justamente na insuscetibilidade de avaliação pecuniária, como nas palavras de Sérgio Branco³⁴:

Quanto à parcela do direito moral, a doutrina afirma que se trata de direito da personalidade. E como se sabe, os direitos da personalidade têm por característica, entre outras, serem insuscetíveis de avaliação pecuniária. Dessa forma, quando nos referimos aos aspectos do direito autoral relacionados à sua avaliação econômica, não podemos estar nos referindo a outros direitos senão àqueles de caráter patrimonial.

A denominação de autor se deve pelo fato de ser detentor de um direito intelectual, assim como a de ator, pelo fato de ser o criador dessa obra artística.

Fica claro que essa é uma via composta de, no mínimo, duas figuras que juntas constituem o pragmatismo ao caso revelado, que é **a informação**. De um lado o emitente, valendo dizer, aquela pessoa que retratou a sua realidade e a expôs (o autor); de

³⁴ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Lúmen Juris.2007 p. 49

outro lado, o destinatário, ou seja, aquela ou aquelas pessoas que estão aptas ou predispostas a receber tal informação.

Formam-se, assim, dois valores distintos que, para serem considerados como tal, precisam preencher critérios ou requisitos que construam e fundamentam seus respectivos conceitos.

O requisito é a constatação de que nem tudo que possa ser retratado por uma pessoa necessariamente se erige à condição de criação de espírito, isso porque, para que assim seja considerada, aquilo que esta a ser retratado tem de ter um certo **toque especial** de seu realizador, para que este tenha a condição de ser tratado como artista, do contrário, todos nós assim seríamos e toda criação não passaria de um fenômeno comum.

É certo que o esforço dos mais renomados autores civilistas contribuiu para um tratamento especial dos direitos da personalidade dentro da codificação civil brasileira, dentre eles destacam-se Teixeira de Freitas, Eduardo Espínola, Orlando Gomes, Pontes de Miranda, Milton Fernandes, Luiz da Cunha Gonçalves, Hermano Duval entre outros.

Não se pode olvidar que o Código Civil atual traz um capítulo especial acerca da proteção dos direitos da personalidade, e no que tange ao direito autoral, seu tratamento está solidificado na lei 9.610/98 que já havia, inclusive, revogado expressamente alguns artigos do antigo Código Civil.

Dessa maneira, o exercício axiológico consiste numa análise interpretativa da LDA e do Código Civil quanto às características de inalienabilidade e irrenunciabilidade do direito moral do autor, bem como às de disponibilidade e subjetividade do direito da personalidade.

1.3.3.1 Critério de Disponibilidade:

Não há dúvida alguma, quando de uma leitura atenta aos mais festejados autores de direito da personalidade, acerca da celeuma que consiste a possibilidade ou não de sua disponibilidade, ainda que de forma relativa.

Roxana Borges³⁵ inicia o assunto explicitando a necessidade de se distinguir as expressões disponibilidade e poder de disposição com outras correlatas, preconiza a renomada autora que não se trata, necessariamente, de sinônimos de alienação, transferência ou renúncia de direitos, mas sim liberdade jurídica de exercer certos direitos de personalidade de forma ativa ou positiva, não apenas na forma negativa, como tradicionalmente se faz.

Continua seu raciocínio salientando que os direitos da personalidade, em sua acepção positiva, estão inseridos na esfera da atuação privada da pessoa e não se identifica, por sua vez, com o direito de privacidade enquanto espécie daquele ramo.

Em verdade não se tira a indisponibilidade como característica dos direitos de personalidade, mas se sustenta que algumas expressões desse ramo do Direito estão relativizadas na doutrina e jurisprudências por conta de transformações vivenciadas no cotidiano da sociedade brasileira.

Num cotejo ao Direito Penal, Roxana Borges traz à colação o Princípio da Fragmentalidade³⁶ em que há a necessidade de identificação de quais bens serão objetos de proteção, quais estarão fora desta proteção e, portanto, forma que se apresenta de se valorar a disponibilidade ou não desses referidos bens respaldando-se em determinados critérios.

Dessa forma, chega-se à ilação de que o grande desafio consiste justamente em fundamentar quais os critérios ensejadores dessa relativização ou a verificação de fatores que determinam a vida privada.

A via mestra é o legítimo direito da autonomia privada, toda forma que tem o indivíduo de escolha da condução de sua vida, desenvolvendo livremente sua personalidade, evidentemente desde que seja um agir lícito e que não apresente, como causalidade, efeitos a terceiros.

³⁵ BORGES, Roxana C. Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2007, 2ª edição. P. 112.

³⁶ O objeto do direito penal é a conduta criminosa. Passado o período iluminista, cujas funções protetoras voltavam-se, eminentemente, aos direitos subjetivos, chegava à tona o triunfo do liberalismo, vindo nascer a chamada época das luzes - berço das duas grandes escolas penais, surgindo a idéia da proteção de interesses jurídicos representados por bens jurídicos (determinados valores dos indivíduos ou sociedades), atuando a nova visão da função do direito penal.

Assim, a sociedade é composta de determinados valores, interesses, relações, objetos, fórmulas, costumes que deveriam ser mantidos por questão de ordem social necessários à própria vida da pessoa humana. O direito seleciona quais são estes bens com proteção jurídica, vale dizer, harmoniza-se ao Princípio da Fragmentalidade do Direito Penal.

Esses efeitos, quanto à transmissão ou extinção de direitos, subordinando-se ao direito da própria pessoa, estão diretamente ligados – a título dessa análise – ao próprio corpo; e desdobram-se em duas grandes correntes: a primeira, denominada personalista que não distingue pessoa e corpo, com influências eminentemente cristãs, a segunda, denominada liberal, distinguindo-se pessoa e corpo como categorias distintas.

Dessa forma, percebe-se que a primeira refuta totalmente a disponibilidade do corpo e, como consequência, a indisponibilidade dos direitos da personalidade, enquanto a segunda preconiza entendimento diametralmente oposto.

A título de legislação brasileira, Roxana sustenta que o amparo à segunda corrente é a melhor forma de hermenêutica uma vez que não se pode concordar com proibição da disposição de determinados direitos da personalidade enquanto se concede ao Estado tal possibilidade, quando da publicação da Lei nº 9.434/97 (presunção da doação de órgãos)³⁷.

Ainda nesta seara, nada obstante o posicionamento de Roxana, a doutrina aponta para o entendimento de que algumas características dos direitos da personalidade possuem conotações indisponíveis, irrenunciáveis e intransmissíveis.

Evidentemente, enxergam-se na própria legislação e na jurisprudência limitações voluntárias ao exercício dos direitos da personalidade, como por exemplo, no direito à imagem, nos termos do código civil brasileiro.

O grande desafio argumentativo fica por conta do aspecto patrimonial de que algumas características dos direitos da personalidade podem apresentar. Os direitos autorais são exemplos da ordem do dia. Admite-se, portanto, a disponibilidade nessa modalidade quando esta referida disposição, evidentemente, não consistir por si só, fato penalmente relevante ou espécie de ilícito civil.

Nessa construção axiológica entra a discussão do consentimento do ofendido ou consentimento do interessado em matéria privada. A partir do momento em que se entendem as questões de direitos da personalidade como características patrimoniais e de autonomia privada, não se pode furtar que há argumentos suficientes que fundamentam uma delimitação no âmbito da autonomia privada, legitimando tais comportamentos à guisa

³⁷ A Lei 10.211/01 revogou o referido artigo que preconizava a presunção da doação de órgãos.

de negócios jurídicos. Mais uma vez, encaixam-se os direitos autorais como festejado exemplo para o que se discute.

Embora a discussão se limite a aspectos privados, não se pode olvidar, ao menos a título de comparação, do instituto do consentimento do ofendido em matéria de direito penal, isso porque, nada obstante tamanhas discussões também naquela seara, cuja consideração do referido fenômeno consiste em causa supralegal de antijuridicidade, o raciocínio empregado também deverá ser considerado na órbita civil, uma vez que por intermédio de uma interpretação lógico-sistemática, o direito penal nos apresenta como *ultima ratio* de tutela jurídica, assim se é capaz de gerar efeitos no âmbito criminal, com muito mais razão deverá fazer no âmbito civil.

Nesse diapasão, a despeito também de toda a discussão como dito, nada melhor, salutar e garantido respaldarmo-nos nas lições de Hungria³⁸, quando leciona, *verbis*:

Como é elementar, o direito penal não protege direitos individuais por si mesmos, senão porque e enquanto coincidentes com o interesse público ou social; mas, em certos casos, por exceção, condiciona a existência do crime ao dissenso do lesado. Assim, nos crimes patrimoniais e, em geral, naqueles em que o constrangimento, o engano ou o arbítrio por parte do agente entram como condições essenciais. Em tais casos, o não consentimento do ofendido é elemento constitutivo do crime...o consentimento do ofendido não tem jamais o prestígio de excluir a ilicitude da lesão de um bem jurídico protegido pela lei penal senão quando esta assim o disponha, e isso em razão do interesse público, sempre direto e imediato, que a lastreia.

1.3.3.2 Critério de Subjetividade:

Há aqueles que enxergam os direitos da personalidade como o direito de alguém sobre sua própria pessoa, isso se desenvolveu na época iluminista dos séculos XVII e XVIII denominando-se teoria subjetiva, negada veementemente por Savigny que afirmava se assim o fosse, teria que se admitir a possibilidade de a pessoa dispor de si mesma, justificando até mesmo o suicídio.³⁹

³⁸ HOFFBAUER, Nelson Hungria. Comentários ao Código Penal, V. 1 tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 4ª Edição, 1958, p. 269.

³⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo, RT, 2005. P.73 e 74.

Novamente no aspecto do direito autoral, a despeito da discussão de sua subjetividade, compreende-se entre os direitos de personalidade, aqueles direitos de limitar a expressão do próprio pensamento a determinados grupos, legitimando a proibição da divulgação de seus escritos e a publicação de suas obras.

E quanto à adequação de subjetividade ao direito autoral, como direito de personalidade, cinge-se ao seu duplo caráter patrimonial e pessoal, quando aceita essa teoria dualista não se nega a subjetividade e, como conseqüência, sua renunciabilidade perante a sustentação da autonomia privada.

Quanto à corrente que sustenta ser o direito autoral um direito unitário, a subjetividade indubitavelmente se encaixa, ao menos, ao titular originário que tenha a atribuição de criador intelectual, assim a substância da obra só pode ser modificada por este e nunca pelos sucessores, nítida influência dos direitos da personalidade.

A influência do direito da personalidade consegue se vista inequivocamente quando da denominada transmissão de direitos patrimoniais do autor, que pode até ser *inter vivos* ou *mortis causa*.

Há sempre uma clara e taxativa hipótese, dentre as normas de proibição da transmissão, da parte personalíssima do autor, assim os legatários do direito autoral são proibidos de introduzir modificações na obra do autor falecido ou alienante. É o que se denomina de núcleo indissociável da própria defesa do criador intelectual que vai de encontro com o denominado núcleo removível.⁴⁰

O benefício maior e que traz a característica de personalidade do direito autoral é a do chamado autor de obra não tutelado, como por exemplo, aquele escritor de país onde o direito de autor não é reconhecido, ao caso, a proteção se fundamenta pelo benefício da tutela geral do direito da personalidade.

A natureza jurídica dos direitos autorais é muito controvertida na doutrina, contudo, fica claro que nessa discussão desdobram-se duas grandes teorias: a patrimonialística e a personalística. Quando se considera somente a primeira subverte-se a influência do direito da personalidade devido a incongruência de suas peculiaridades;

⁴⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Renovar. 1997, p.595.

quando se considera a segunda ou a diversidade de regimes é incontroverso a característica do direito autoral com direito da personalidade.

Finalmente corrobora o aspecto de direito da personalidade o denominado direito de exclusivo do autor, ainda que o aspecto patrimonial predomine. São exemplos que decorrem o direito de conservar a obra inédita, o direito de ter o nome inserto na obra ou de modificar elementos como atributos personalíssimos do autor.

O direito pessoal do autor não é único, possui diversas faculdades todas atribuídas ao criador intelectual desde sua criação até a sua morte. É certo que muitas dessas faculdades estão subordinadas a eventos futuros e incertos como o direito de retirada que surge quando se extingue o direito do inédito, nas palavras de Ascensão.⁴¹ Nada obstante, é evidente que essas faculdades nascem não só em virtude desses fatos, mas legitimando a estrutura unitária do direito autoral que também está abordada pela tutela dos direitos da personalidade.

1.4 – Característica Especial: Direito moral personalíssimo e relativizado

A despeito de algumas tipificações legais, as chamadas limitações ao direito autoral não são encontradas de forma unânime na literatura nacional e alienígena. As discussões giram em torno de conceitos como: isenção, uso privado, *fair use*, paráfrases, pequeno trecho, paródias, plágio e reproduções legais.

Essas limitações justamente são as referências indicativas que legitimam a relativização do direito autoral em prol do acesso à cultura e à informação, do interesse público e da coletividade.⁴²

Interessante ressaltar que não se pode dissociar direito autoral de direito intelectual, pois o último é gênero do qual aquele consiste espécie. Assim definido o problema, não se perderá de mira que se estar diante duma subespécie das diversas formas de criação do intelecto humano.

Possuir capacidade de pensar e potencializar essa capacidade são características iminentes do ser humano, vez que qualquer falta ou dificuldade significativa

⁴¹ Op. Cit, p. 594.

⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Renovar. 1997, p. 03.

de tais características são consideradas anomalias de natureza patológica, o que significa dizer anormalidades.

Por outro lado, toda a exacerbada facilidade de compreensão e domínio dessa capacidade cognitiva pode levar a pessoa a ser qualificada de gênio.

Numa mesma linha de dobramento físico, por se originar do intelecto, difere o Dom, definido como qualidade natural de pessoa natural consistente em capacidade extraordinária de desenvolver habilidades produtivas. Trata-se de condições diferentes, porque são indivíduos ou grupos destacados por um processo seletivo natural, em virtude de dotação de específicas habilidades das quais o homem médio é desprovido. Por exemplo, ainda que em Salzburg inexista analfabetismo, por conta do seu nível social de primeiro mundo, certamente não se encontrará um Mozart em cada esquina daquela cidade.

Destarte, vêm a talho as preciosas palavras de Ascensão⁴³: O homem, à semelhança do animal, imita. Como a capacidade criativa é limitada, a cultura de consumo vive em grande parte da imitação.

Ainda com base nas palavras do mesmo autor⁴⁴, pode-se inferir que a justificativa da proteção não é a factível potencialidade da imitação em si e a sua respectiva repressão, mas a tutela da criação, cuja atividade de exploração econômica da obra não se apresenta livre, mas reservada ao seu titular. Essa constitui a recompensa que o Estado confere ao criador, por sua contribuição social, valendo dizer, a imposição do exclusivo.

Por outro lado, segundo a premissa de que não se concebem direitos absolutos, a denominada imposição do exclusivo só é aceita por um tempo que se julgar necessário à dita exploração do criador; passado esse espaço de tempo, prevalece o domínio público.

⁴³ Op. Cit.

⁴⁴ Op. Cit.

1.5 – Panorama Histórico:

Historicia Oswaldo Santiago⁴⁵ que de Homero a Aristóteles, do ítalo Dante ao luso Camões, nenhum músico ou escritor soube da existência do direito autoral, a despeito de teatrólogos como Shakspeare e Molière recebessem compensações financeiras pelas peças que produziam.

Conta ainda Santiago⁴⁶ que na antiga Atenas, por ocasião de festejos olímpicos, o Erário distribuía prêmios aos recitadores de versos e que em 67 A.C. havia um ministro do imperador Otávio Augusto, de nome Mecenas, que se popularizou como protetor dos intelectuais e tinha em Horácio e Virgílio como seus poetas favoritos.

O Senado de Veneza votou uma concessão em favor de Aldo Mannuci, continua narrando Oswaldo Santiago⁴⁷, inventor dos caracteres tipográficos conhecidos pelo nome de itálicos, dando-lhe a exclusividade do seu uso e prescrevendo penas para quem lançasse mão do seu evento.

Assim, conclui Santiago, o direito autoral, o mais entranhado dos direitos humanos, dada sua concepção nas profundezas do Espírito, é, entretanto, um direito moderno.

Indubitavelmente a invenção da imprensa de Hans Guttemberg consistiu o ponto de partida para a tutela do direito autoral, sua proteção, historicamente, não deixava de ser um mecanismo de controle usado pelos soberanos com o escopo de realizar censura sobre os escritos dos livreiros. Dessa forma, na Inglaterra do século XVI, esses livreiros detinham o direito de cópia (*copyright*) bem como o direito econômico sobre suas obras.⁴⁸

Alexandre Dias Pereira⁴⁹, nesse mesmo diapásão, atesta que não se tratava então de reconhecer direitos aos autores, mas antes da outorga de privilégios reais de impresso e comercialização de livros, muitos deles oriundos dos pensadores da antiguidade greco-romana.

⁴⁵ SANTIAGO, Oswaldo. **Aquarela do Direito Autoral**. Rio de Janeiro, 1946. p..11 e 12

⁴⁶ Op. Cit.

⁴⁷ Op.Cit.

⁴⁸ Op. Cit.

⁴⁹ PEREIRA, Alexandre Dias. **Direitos de Autor, da Imprensa à Internet**. Revista da ABPI nº 64, 2003. p. 21.

Hécto Della Costa⁵⁰ afirma que autoria das artes não tinha outra conseqüência senão a fama e uma forma de buscar a imortalidade, pelo menos dessa forma assim foi concebida no pensamento renascentista, como assim descreveu ⁵¹:

Mesmo assim há aqueles que afirmam que a espiritualidade da criação já havia sido reconhecida e atribuída na antiguidade, conforme preleciona Allan Rocha de Souza⁵²:

Escritas profissionais existiam desde a Mesopotâmia, indo além dos grupos religiosos. Os gregos já reconheciam a autoria de seus filósofos, que eram geralmente financiados por membros da elite econômica, valorizando a sua condição e status, o que resultaria em retorno econômico com as atividades remuneradas que exerceriam em razão de seus escritos. Pode-se afirmar também que em Roma havia uma produção organizada de múltiplas cópias de textos, tendo emergido e expandido no século I.

Nada obstante, é majoritariamente entendido de que as conquistas efetivas de proteção aos direitos do autor só foram oficialmente reconhecidas no século XVII, com o Ato da Rainha Ana, inicialmente prevendo um direito de cópia por 21 anos. O reconhecimento sob forma de propriedade é contemporâneo ao advento da Revolução Francesa, notadamente por força de normatizações dos idos de 1791 a 1793 e, quase cento e oitenta anos depois, na chamada Convenção de Berna, modificada em 1952 para a entrada dos Estados Unidos influenciando e fortificando assim o sistema anglo-saxônico (copyright).

Em termos nacionais, o primeiro dispositivo veio com a Lei que tratou da instituição dos cursos jurídicos no Brasil, de 11 de agosto de 1827. Naquele Estatuto era preconizado que somente os professores das faculdades de Olinda e São Paulo gozavam do direito sobre reprodução da obra por dez anos.

Na vigência do Código Criminal de 1830, seu artigo 231 tipificava a conduta de contrafação como penalmente relevante e em matéria cível, o direito autoral começou a ser tutelado pela Constituição Republicana de 1891, em seu art. 72 § 26, delegando à lei

⁵⁰ COSTA, Hécto Della. **El Derecho de Autor y su Novedad**. Cathedra, Buenos Aires. 1971. p. 31.

⁵¹ En la antigüeda, la autoria no tiene outra consecuencia fuera de la fama: aparte de la significación religiosa del vate o del profeta (el nabí o el roéh bíblicos), como mediadores entre la Divinidad y el hombre, pareciera que el autor sólo busca com la creación de sua obra una especial forma de inmortalidad, tal como luego la concibió el pensamiento renacenista.

⁵² SOUZA, Allan Rocha de. **A Construção Social dos Direitos Autorais**. Revista da ABPI nº 93, 2008. p. 11.

complementar sua regulamentação o que foi efetivado com a Lei 496/1896, denominada Lei Medeiros, em homenagem ao seu relator, Deputado Medeiros de Albuquerque.

Atualmente, a Carta da República preconiza em seu art 5º:

Todos são iguais, perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: inciso XXVII aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

1.6 – Adequação Terminológica:

Certamente a dicotomia direito moral e direito patrimonial que conceitua e distingue dois grupos de titulares bem definidos na literatura e na legislação, contribui para a discussão terminológica acerca do instituto.

Percebe-se que o próprio legislador pátrio dedicou no primeiro artigo da Lei 9.610/98⁵³ especial atenção à extensão da tutela, justamente por conta da controvérsia doutrinária acerca do que venha a ser o mais adequado conceito.

No âmbito da denominação direito autoral, encontra-se o desdobramento obras do espírito o que, de certa forma, explica a dificuldade inicial em reconhecer uma específica tutela jurídica, pois a referida terminologia inegavelmente se associa à alma, que, sob o ponto de vista eminentemente orgânico, diz respeito à entidade a que se atribui a característica essencial à vida e, por conseguinte, quando vinculada à matéria, a única forma de expressão é através do corpo humano.

Deriva daí a dificuldade aludida, pois, se uma obra do espírito é criada por uma alma expressada pelo respectivo corpo humano, não se pode imaginar esta vinculação à existência de uma relação jurídica. Nesse sentido, cumpre refletir sobre a elucidação de Eduardo Pimenta⁵⁴, quando salienta que:

O corpus da obra literária é o livro. Com certeza, nunca ninguém duvidou de que este corpo tenha uma alma, mas a verdade é que por longo tempo

⁵³ Lei 9.610/98, art. 1º: Esta lei regula os direitos autorais entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhe são conexos.

⁵⁴ PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 11.

por tal não deram os juristas, porque e enquanto a alma era considerada como tão ligada ao corpo que não podiam surgir a seu respeito relações jurídicas, ou seja, ante de mais, conflitos de interesses.

É evidente que o reconhecimento da existência do direito moral sob o influxo individualista da Revolução Francesa subverteu a fragilidade daqueles que efetivamente eram os autores das obras artísticas. Assim, associado ao sistema de *copyright*, distingue-se a tutela do autor com os denominados direitos conexos.

Ganha força, nesse diapasão, a denominação direitos intelectuais, pois compreende em seu âmbito as obras artísticas e respectivos direitos análogos, como os direitos dos artistas, dos intérpretes, dos executantes, dos produtores fonográficos, das empresas de radiodifusão e etc.

Ainda no aspecto intelectual, sobressai a denominada propriedade industrial ou direito industrial, em que seus titulares fazem jus à tutela estatal, sob forma de concessão de privilégio ou de registro, conforme a finalidade em que por lei adequar. Na primeira hipótese, contempla-se o instituto da patente em que são protegidos a invenção, o programa de computador, o modelo de utilidade, o desenho e modelo industriais; enquanto que, na segunda, a marca, protegendo sob forma de registro: a indústria, o comércio, o serviço, a propaganda e etc.

Percebe-se uma pluralidade de atributos ou ramificações oriundas da obra intelectual; destarte, não há detenção unitária; vale dizer, não se admite um só tipo de obra intelectual, por via de consequência, a denominação direito autoral é criticada por uma parte da literatura, ainda com espreque em Eduardo Pimenta⁵⁵, preconizando seus adeptos que o mais adequado é direitos autorais, pois não há como excluir os direitos conexos.

É certo que, por uma questão eminentemente lógica ou didático-pedagógica, todos esses atributos devem ser contemplados em conjunto, por meio de uma simples interpretação semântica relativa a direitos conexos. Nesse enfoque, depreende-se que não se trata de direito do autor, por isso conexos.

Direito autoral foi a nomenclatura introduzida no direito brasileiro por Tobias Barreto⁵⁶ em que Rui Barbosa era ferrenho opositor por entender ser uma expressão

⁵⁵ Op. Cit.

⁵⁶ PIMENTA, Eduardo Salles. **A Limitação dos Direitos Autorais e a sua Função Social in Direitos Autorais: Estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos**. RT, 2007. p. 71.

para somente entender a teoria, em que reduzir a mero privilégio os direitos da produção intelectual.

Nas palavras de Ascensão⁵⁷, direito autoral trata-se de um neologismo que não está nos hábitos portugueses, e ainda por cima a que é atribuído um sentido diferente do que corresponde à sua origem histórica.

É bem verdade também que esses direitos fazem parte de uma mesma espécie do qual o direito intelectual é gênero; por esta razão, refuta-se a denominação direito do autor e preferem direito de autor.

De qualquer forma, mesmo à guisa de tradição, o termo *direitos autorais* predomina, principalmente pelo fato de ser essa denominação inserta no Preâmbulo da lei que regula a matéria.

1.7 – Natureza Jurídica:

A resposta a essa questão está diretamente subordinada à discussão aqui já suscitada acerca da dicotomia direito moral e direito patrimonial, fica evidenciado que este último, por força do sistema *copyright*, fortaleceu os argumentos dos adeptos da denominada teoria da propriedade, pois a tutela estatal estava totalmente direcionada aos editores, renegando os direitos dos autores.

Dessa maneira, também sobre o influxo de uma sociedade eminentemente positivista, ergue-se a bandeira da inclusão do direito do autor ao rol dos direitos reais, fato que depois se desdobrou na chamada teoria monista.

Evidentemente, essa é uma concepção totalmente inversa aos postulados franceses à proteção do individualismo, de conseqüência, ganhando força isonômica a tutela do criador da obra, pois esta é o principal ponto de referência, verdadeira fonte de direito principal, da qual os conexos, por essencial, são meros acessórios.

As características individuais do autor, por força da aludida proteção francesa do *droite d'auteur* contribuíram decididamente como sólidos argumentos para aqueles adeptos da denominada teoria do direito da personalidade, subordinando a criação à pessoa humana, portanto, integrante da esfera da personalidade individual do ser humano

⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução ao direito de autor**. Dom Quixote, 1994.

autor da obra. Evidentemente o grande desafio dessa corrente era a de explicar a possibilidade de alienação desse direito, já que eram de características imateriais. Esse desafio fez nascer a denominada teoria da quase propriedade, mas não houve o sucesso almejado.

De qualquer modo, como consequência lógica, a grande utilidade foi o inequívoco reconhecimento do direito moral somado ao já reconhecido direito de propriedade dos editores, formando-se, assim, a grande corrente defensora da chamada teoria dualista. Sem embargo de muitas outras teorias que circundam a matéria, é flagrante a adesão do Brasil à teoria dualista nos termos a que se refere o art. 22 da Lei 9.610/98.

A despeito do referido artigo, é de bom tom chamar a atenção a grande discussão de elevar o direito autoral à condição de propriedade, isso porque a resistência a esse tipo de natureza está circunscrita a duas grandes argumentações: a primeira é de que se trata de direito material e, a propriedade por essência, nas palavras de Cretella Júnior⁵⁸, é o poder jurídico, geral e potencialmente absoluto, de uma pessoa sobre um coisa corpórea, há quem sustente, por conta dessa incongruência conceitual, a concepção de uma nova categoria de propriedade, como nas palavras de Pietro Pespersion⁵⁹ que afirma sobre a natureza de propriedade do direito autoral “tuttavia è una proprietà di un genere affatto differente dalle altre proprietà”⁶⁰. A segunda argumentação negando a natureza de propriedade do direito autoral consiste na inexistência da perpétualidade do direito autoral, característica essa imanente à propriedade.

Nesse sentido depreendem-se as escuras palavras de Eduardo Salles Pimenta⁶¹, *verbis*:

Entendemos que a propriedade não é a expressão mais harmônica para os direitos autorais, dentro do conceito sociojurídico. Até porque o direito de propriedade é perpétuo, extinguindo-se somente pela vontade do dono, ou por disposição expressa de lei, nas hipóteses de perecimento da coisa, desapropriação ou usucapião. Diferentemente os direitos autorais são limitados, caem em domínio público, não perece o direito e não há a possibilidade jurídica de usucapi-lo.

⁵⁸ JÚNIOR, José Cretella. **Curso de direito romano**. Forense, 1978.

⁵⁹ ESPERSON, Pietro. **Diritti di autori sulle opere dell'ingegno**. UTET, Torino, 1899.

⁶⁰ “No entanto, é uma propriedade de um tipo muito diferente de outras”.

⁶¹ Op.Cit.

1.8 – Regime Legal Brasileiro de Direito Autoral:

1.8.1 – Tratamento e Evolução das Tutelas Infraconstitucionais: Os Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário com a Lei de Direitos Autorais (LDA) Brasileira:

O cotejo ficará por conta do período compreendido entre 1973 e os dias atuais, tendo como parâmetro a atual LDA (Lei 9610/1998), assim como os tratados internacionais de que o Brasil seja signatário; uma leitura que necessariamente deverá seguir os parâmetros dos postulados constitucionais atuais.

1.8.1.1 – Lei 9.610/98 (LDA atual) e Lei 5.988/73 (LDA anterior):

Depois de quase vinte e cinco anos, no ano de 1998 (portando sob a égide de da atual carta da república) o Brasil se encontrava com uma nova Lei de Direitos Autorais em plena vigência, validade e eficácia.

Produto de então trinta e dois projetos de lei apensos e, portanto, a observância de extensas propostas revisoras à Lei de 1973, indicativo consistente de que esta última norma então em vigor não mais atendia aos reclames tanto dos detentores do direito autoral como também da sociedade brasileira.

A primeira grande crítica à atual Lei 9.610/98 é o incongruente postulado inserto em seu preâmbulo com o seu último artigo (nº 115). Reza seu preâmbulo a seguinte frase: **altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.**

Por técnica legislativa toda alteração implica revogação, é discussão assentada no âmbito da vigência. Atualizar é modernizar⁶², isto é trazer, acrescentar ou fornecer elementos, informações e estilos mais atuais.

Nada obstante, de uma leitura atenta ao art. 115 do referido Diploma Legal, percebe-se que o legislador, de forma inequívoca, não contemplou a expressa revogação da

⁶² Dicionário Eletrônico Aurélio – Século XXI

anterior Lei 5.988/73, o que julgamos ser conduta compatível com o que preconiza o aludido preâmbulo da Lei 9.610/98.

Nessa mesma linha de raciocínio, são essas as palavras de José Carlos Costa Netto⁶³:

[...] A modificação será parcial pois, embora a lei especial vigente para a matéria esteja prestes a ser – formalmente – revogada na íntegra (com exceção do regime de registro de obras intelectuais), o que ocorrerá, na prática, é mais a reafirmação – com inúmeros ajustes e complementos terminológicos e de regras tendentes a atualizar o sistema da Lei de 73 para os dias de hoje – do que propriamente alterações estruturais ou mesmo um volume relevante de mudanças de aspectos realmente substanciais.

Adentrando diretamente ao cotejo de mérito, percebe-se o cuidado do legislador da atual LDA, diferentemente da Lei de 1973, de explicitar o princípio da reciprocidade (art. 2º, parágrafo único) e certamente fazendo jus ao postulado preambular do verbo atualizar.

Pelo ano de entrada em vigor (1998) da atual LDA, o óbvio batia as portas do Poder Legislativo, qual seja, a realidade dos avanços tecnológicos de comunicação e aqui notadamente a Internet, porquanto o verbo atualizar no texto preambular indicava muito mais do que uma explicação da *ratio legis* consistia uma consideração à sociedade brasileira de que a tutela do direito autoral abarcava as novas vias de acesso.

Desse modo, a nova LDA inclui expressões do tipo sinais de satélite, fio, cabo, meios ópticos e deu azo à interpretação analógica quando preconizou qualquer outro processo eletromagnético. Na atual LDA é novidade o conceito de comunicação ao público, o de distribuição ficou inquestionavelmente mais abrangente, quando condiciona também a um exemplar e abarca agora obra científica, diminuindo assim as limitações ao direito autoral. Não se pode negar, entretanto, que consistiu um ajuste com os parâmetros tecnológicos, como se vê, como outro exemplo, no cuidado do legislador em estabelecer nova forma de se conceituar videofonograma, quando agora elege a denominação audiovisual.

⁶³ NETTO, José Carlos Costa. **O Novo Regime Legal Brasileiro de Direitos Autorais**. Revista da ABPI n° 30, 1997. p.05

Consolidou-se a orientação de que idéia não consiste objeto de proteção autoral e no que tange ao capítulo “Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração” ampliou significativamente o elenco exemplificativo e trouxe, ao nosso sentir e de maneira retrocessiva, uma espécie de presunção de desautorização de utilização, uma vez que indicou de forma inequívoca depende de autorização prévia e expressa do autor, ilogismo acentuado ante a dificuldade manifestamente inequívoca de contatar previamente o detentor dos referidos direitos autorais.

No que concerne aos direitos conexos, julgamos estar diante de outra forma retrocessiva quando a atual LDA exclui o direito de arena, ainda com esteio em Costa Netto,⁶⁴ reproduzimos seus comentários acerca do tema:

Neste título, a principal modificação trazida no novo texto legal consiste na exclusão do direito de arena do âmbito dos direitos autorais (em específico, dos direitos conexos ao de autor). Sem contestar a adequação jurídica dessa medida, cabe verificar, contudo, se essa prerrogativa será reeditada pelo direito positivo infraconstitucional em outra iniciativa legislativa, para não ficar, na sua especificidade, ao desamparo de um completo disciplinamento.

Sem embargo de que a lacuna deixada pela atual LDA durou apenas um mês, eis que editada em 24 de março de 1998 a Lei nº 9.615, denominada Lei Pelé, cuja regulamentação de direito de arena encontra-se expressamente em seu artigo 42, ainda assim não descaracteriza a crítica à referida Lei 9.610/98 quando o referido Diploma retrocede aos mandamentos da CRFB, art. 5º, inciso XXVIII, que assegura, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

No escólio de Newton Silveira⁶⁵, continuam as formas retrocessivas da atual LDA, *verbis*:

A par do que não se considera obra protegida (art. 8º), a nova lei mantém as limitações elencadas no art. 49 da lei de 1943, **sendo mais severa com as citações e a reprografia.** (grifos nossos).

⁶⁴ Op. Cit.

⁶⁵ SILVEIRA, Newton. **Comentários à Nova Lei de Direito Autoral nº 9.610, de 19/2/98.** Revista da ABPI nº 31, 1997. p.38.

1.8.1.2 – LDA e Convenção de Berna (Dec.75.699/75)

Dos três grandes sistemas de direito autoral (individual, comercial e coletivo), o individual foi adotado pelo Brasil considerando ser este o sistema baseado pela Convenção de Berna, cujo objeto é voltado à proteção subjetiva dos direitos do autor exclusivamente como criador, dispensado assim formalidades de registro da obra.

O sistema de direito autoral individual fica manifestamente claro na Convenção de Berna quando em seu artigo 6º declara: “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 de opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação”.

Entretanto somos pela conclusão de que não se seguiu à risca a tradição consagrada pela Convenção de Berna, ainda que a doutrina de Bittar⁶⁶ explique que a existência de direitos patrimoniais do autor não se contrapõe aos morais, entendendo ainda ao que se refere direitos patrimoniais o que existe é um verdadeiro monopólio em favor do criador, pois em consonância com a respectiva textura, esses direitos decorrem da exclusividade outorgada ao autor para a exploração econômica de sua obra, que constitui verdadeiro monopólio, submetendo à sua vontade qualquer modalidade possível.

Nesse sentido são os comentários de Newton Silveira⁶⁷: com poucas exceções, mantém-se a nova lei e se acentua o espírito nitidamente empresarial da lei de direitos autorais anterior, de nº 5.988/73.

Outro aspecto que fundamenta a tese de emancipação aos postulados da Convenção de Berna reside no seu próprio art. 9, quando declara Reserva-se às legislações dos países-membros da União a faculdade de permitir a reprodução de tais obras em determinados casos especiais, desde que essa reprodução não atente contra a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

⁶⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

⁶⁷ Op. Cit.

Pois bem, trata-se duma construção jurídica objetivando o equilíbrio da propriedade do direito autoral, de um lado e, a disponibilidade ao público fomentando o interesse social, de outro.

O limite temporal consiste no encerramento ao monopólio. Nesse particular já destoa a atual LDA da Convenção de Berna em que esta subordina o privilégio monopolista a cinquenta anos, enquanto aquele ainda fez prevalecer os irrazoáveis setenta anos.

Neste específico plexo de discussão, vem mais uma vez à tona a forma retrocessiva do legislador infraconstitucional, pois era a grande chance de se atualizar à guisa de seu mandamento preambular, uma vez que a lei revogada rezava em seu artigo 42 que os direitos patrimoniais do autor perduram por toda a sua vida e os artigos 44 e 45, de regra, subordinavam o monopólio temporal também pelos setenta anos.

Diferentemente, conseguiu o legislador de 98 retroceder à 73, pois deixou uma lacuna manifestamente evidente quando não fez referência ao tempo de duração dos direitos do autor em vida, a despeito, evidentemente de elementos coerentes de convicção que indicam como limite de tempo sua própria vida, como atenta Plínio Cabral⁶⁸.

1.8.1.3 – LDA e Convenção Universal sobre o Direito do Autor - CUDA (Dec. 76.905/75)

No que tange à duração da proteção, desaparece a lacuna da atual LDA acima narrada uma vez que o art.IV da CUDA prescreve que não será inferior a um período que compreenda a vida do autor, mas ainda não acompanha o limite temporal de encerramento do monopólio que nessa Convenção é de vinte e cinco anos, vale dizer, continua a Lei 9.610/98 com a maior tolerância temporal do mundo, depois da morte do autor (isso sem contar a extensão desse tempo aos herdeiros, caso haja).

O Conceito de publicação da atual LDA é manifestamente mais rígido do que o da CUDA, isso porque este último não se ateve a formalidade de inserir com o consentimento do autor, diferentemente da Lei 9.610/98, fato que só vem reforçar nossa crítica à indevida presunção de desautorização, notadamente numa complexa sociedade de informações como é a que vivemos atualmente.

⁶⁸

Op.Cit.

Nada obstante a determinados hiatos encontrados nas duas normas, considerando ainda, como já narrado, que a LDA é bem mais restritiva, o Brasil, nos termos do art X da CUD, compromete-se a adotar, em conformidade com as suas respectivas constituições, as medidas necessárias para assegurar a aplicação da aludida Convenção, mas não é a hipótese que se concretizou.

1.8.1.4 – LDA e Tratado sobre Registro Internacional de Obras Audiovisuais (Dec. 972/93)

Quanto ao conceito de obras audiovisuais não há muita diferença substancial, embora a LDA tenha a característica bem mais protetiva por conta das pormenorizações conceituais.

Por essência, em se tratando de Registro Internacional, é mais uma forma de ampliar os direitos extramuros uma vez que a expansão da comunicação e, por conseguinte, os meios de violação do direito autoral inquestionavelmente levam o problema a questões transnacionais.

Interessante comentário está adstrito ao artigo 3 parágrafo 5 do Tratado que habilita qualquer pessoa física a depositar o pedido de Registro da obra, isso porque o art. 25 da LDA legitima exclusivamente ao direito dos exercícios morais sobre a obra audiovisual o Diretor, pois nas palavras de Marco Antônio S. Bitteli⁶⁹, deixando assim um descompasso com quem é legitimado à depositar o registro com aquele que é exclusivamente legitimado ao direito dos exercícios morais.

Sendo o produto universal de escala de exploração comercial em centenas de territórios nacionais por meio de arranjos contratuais complexos, tal condição de aproximação de defesa do maior direito relativo à autoria é conferido a uma pessoa física isolada co autora (muitas vezes contratada para a prestação de serviço técnico ou executivo de direção).

⁶⁹ BITELLI, Marcos Alberto Sant'anna. **O direito de autor e as obras audiovisuais**. In <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/544/724>, página acessada em 18/07/2009.

1.8.1.5 - LDA e Tratados da OMPI

Aqui uma primeira consideração de suma importância: a elaboração dos denominados Tratado da OMPI sobre Direito do Autor e Tratado da OMPI sobre interpretações ou Execuções e Fonogramas com esquete em Ascensão⁷⁰ nasceu da necessidade de adequação às grandes inovações tecnológicas que agitam o século atual, em particular a informática.

A sociedade da informação é erigida a uma clássica categoria destinatária de direito autoral, frente ao desafio dessas novas tecnologias, nada obstante tamanho empreendimento, Ascensão⁷¹ assevera que os beneficiários finais dos referidos tratados foram os produtores de fonogramas.

A segunda e não menos importante consideração é de que o Brasil ainda não ratificou os presentes tratados, sem embargo da legislação atual brasileira se conformar muito com eles, nas palavras do referido autoralista lusitano.

Essas considerações fundamentam uma análise rasa dessas normas internacionais, a despeito de seus ricos conteúdos, mas o núcleo pertinente a este trabalho certamente consiste na colocação de obras ou prestações em rede de maneira a permitir o acesso individualizado do público.

Os novos e complementares direitos estabelecidos pelo Tratado da OMPI sobre direito do autor assim são delineados:

- 1) Direito de Distribuição que é aquele pelo qual todo autor de obra protegida possui o direito de colocar à disposição do público para venda o original e os exemplares de suas obras;
- 2) Direito de Aluguel ou de locação que é aquele pelo qual os autores de obras musicais fixadas em fonogramas poderão promover a locação dos exemplares contendo a reprodução de suas obras fixadas;
- 3) Direito de Comunicação ao Público que é aquele, nos termos dos arts. 6, 7 e 8 do tratado, pelo qual os autores de obras coletivas poderão colocar ao público suas obras de forma que qualquer pessoa possa ter acesso no momento e local por ela escolhido.

⁷⁰ ASCENSÃO, José Oliveira. **A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais comparada com os novos Tratados da OMPI**. Revista da ABPI n° 42, 1999.

⁷¹ Op.Cit.

Focando preponderantemente no direito de comunicação ao público e tentando identificar na LDA nacional pontos convergentes, o primeiro cotejo julgamos ser o do art 5º, V, que considera comunicação ao público o ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares, após é dedicado à presente matéria o art. 29 (que observa a dependência de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades): nos referidos incisos VII, VIII e IX e nos exatos termos:

Inciso VII – a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita aos usuários 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.

Inciso VIII – a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica mediante: aléna i: emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venha a ser adotados.

Inciso IX – a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero.

Estabelecem-se assim os parâmetros para a análise do cotejo entre comunicação ao público e colocação à disposição em rede nos termos da Lei 9.610/98, cujo desdobramento pode ficar dividido em três partes e uma conseqüência, a saber:

Primeiro, o inciso VII do artigo 29 em análise não comporta maiores considerações tendo em vista o seu comando expresso, ao final, de subordinar as determinadas condutas a sistema que importe pagamento, fato que está totalmente divorciado do corte deste trabalho, eis que o foco é o uso da Rede preponderantemente sem fins econômicos.

Segundo, sob o ponto de vista semântico, há diferenciações claras de sentido e forma, Ascensão⁷² enfrenta o assunto com pontualidade:

...a colocação, em rede não é uma comunicação ao público. Relembrando, a comunicação ao público supõe o acto de comunicar, é dinâmica. A

⁷²

Op. Cit.

colocação em rede é meramente passiva: o dinamismo cabe aos utentes, que acedem àquele obra.

Isto significa que, directamente, a colocação em rede não está compreendida no direito de comunicação ao público. Só podemos chegar a enquadrá-la aí em desespero de causa, se concluirmos que não cabe também na distribuição e na reprodução, e houver necessariamente que lhe abrir um lugar.

Mas nesse caso, à custa de uma deturpação do conceito de comunicação ao público, que passaria a abranger realidades que não se consubstanciam realmente numa comunicação.

E terceiro, de uma leitura atenta à lei 9.610/98, depreende-se que o conceito de comunicação ao público, está restrito às hipóteses de execução pública de obra musical, conforme previsto no art. 68 e seus parágrafos 1º, 2º e 3º, bem como no que diz respeito aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, como se verifica em seu art. 90, IV.

De efeito, chega-se à ilação de que não incumbe ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), previsto no art. 99 da Lei n. 9.610/98, a arrecadação de direitos autorais sobre obras musicais disponibilizadas na Internet.

Contudo, a despeito dessas considerações parece-nos, com todas as *vênias*, conter no discurso da palestrante Gloria Braga Botelho⁷³, no âmbito do Seminário Nacional da Propriedade Intelectual do ano de 2005, a incidência do desespero de causa a que faz referência Ascensão, quando a eminente palestrante, e não por coincidência então Superintendente do ECAD, de início sustenta que se insere no ordenamento jurídico pátrio conceitos mundialmente aceitos e que norteiam várias legislações nacionais sobre direitos autorais. Ora, se algo durante à análise comparativa entre a LDA brasileira e os tratados e convenções de que o Brasil é signatário foi manifestamente percebido é justamente a falta de um fiel similitude conceitual entre os diversos institutos que envolvem a disciplina.

Também não seduz a tentativa de se convergir conceitualmente os institutos de comunicação ao público e colocação à disposição em rede a ponto de fundamentar sua tese nas seguintes palavras:

Ora, façamos uma correlação como o que ocorre com a radiodifusão; quando uma emissora de rádio transmite sua programação, e lá estão inseridas composições musicais, a emissora é responsável por obter a necessária autorização dos titulares de direitos sobre essas criações para

⁷³ BOTELHO, Gloria Braga. **O Direito de Execução Pública Musical e as Novas Tecnologias: Ringtones, Internet**. Revista ABPI, 2005.

radiodifundi-las. **O mesmo ocorre com aquele que transmite obras musicais via internet.** (grifos nossos)

Com espeque ao comentário anterior de Ascensão, é de bom tom reforçar que não se pode confundir a comunicação ao público que supõe situação dinâmica, vale dizer, ato de comunicar, com a colocação à disposição em rede cuja conduta é manifestamente passiva e o dinamismo fica por conta daquele que porventura quer aquiesce-se àquela obra.

1.8.1.6 - LDA e Convenção de Roma (Dec. 57.125/65)

Assim como nas demais comparações até aqui realizadas, o que se observa do legislador da Lei 9.610/98 é uma espécie peculiar e endêmica de técnica de elaborações conceituais prolixas e carregadas de interpretações analógicas, como nos exemplos de publicação, fonograma e reprodução, isso em cotejo com os tratados e convenções de que o Brasil é signatário, o que nos faz pensar que este país estava vivenciando um verdadeiro caos para os detentores de direito autoral que justificava tamanho preciosismo.

Não perdendo de mira a quantidade de Estados que ratificaram os referidos tratados e convenções, levando em consideração todo esse tempo de vigência da LDA, seria de desejar então que o Brasil desapontasse como um exemplo de eficácia ao combate da pirataria, tendo em vista tamanha rigurosidade conceitual a que se faz referência, mas muito pouca ajuda a esse anseio lhe conferem as estatísticas lamentáveis que apontam no cenário nacional. Todos esses meandros, em verdade, só vêm a corroborar as palavras de Newton Silveira⁷⁴ de que o que se apresentou foi mais um forte lobby que só fez acentuar a atual LDA o espírito nitidamente empresarial; uma forma de reescrever a lei revogada com acréscimos buscando enfrentar os desafios do desenvolvimento tecnológico.

O art. 10 da Convenção de Roma permite a autorização indireta, ou seja, sem alusão explícita à pessoa ou coisa à qual se refere, o que dá azo a uma presunção de autorização, até porque o seu art. 7 compreende apenas faculdade de impedir, vale dizer, juízo de oportunidade e conveniência.

⁷⁴ Op.Cit.

Importante ressaltar, nos termos do art. 19, que esse mesmo art. 7 se torna inaplicável caso o artista intérprete ou executante tenha consentido a inclusão de sua execução numa fixação de imagens ou imagens e sons (de notar-se que somente o consentimento já produz esse efeito). Isso traz a confirmação de que a Convenção protege os artistas intérpretes, executantes e produtores de fonogramas, bem como organismos de radiodifusão, ou seja, toda fixação exclusivamente sonora, não contemplando, assim, quaisquer espécies de vídeos.

Já o seu art. 15.1 preconiza que qualquer Estado contratante possa estabelecer em sua legislação exceções à proteção concedida pela referida Convenção no caso de utilização para uso privado, ou seja, não precisa, necessariamente, como na LDA brasileira, estar subordinada a um exemplar de pequenos trechos.

1.8.1.7 - LDA e Acordo TRIPS – Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT (Dec. 1.355/94)

A tutela do Acordo TRIPS⁷⁵ na rodada Uruguai deixa claro que não é um privilégio somente de direito autoral, mas sim promover uma proteção eficaz e adequada aos direitos da propriedade intelectual, como no texto destinado aos membros do acordo. É de todo oportuno também salientar que o viés é de harmonização de políticas aduaneiras dos Estados signatários uma vez tratar-se de negociações comerciais multilaterais do GATT⁷⁶, valendo dizer, é a proteção da propriedade intelectual buscando normatizar as concessões tarifárias para o fomento da liberalização comercial e o combate a práticas protecionistas.

Assim, parece-nos estar presente um documento internacional que possui parâmetros inquestionavelmente ligados à sedimentação da construção social do direito autoral, a despeito dos outros segmentos da propriedade intelectual insertos no referido acordo. Os objetivos compreendidos em seu artigo 7 vêm a corroborar com a tese lançada quando prescreve:

⁷⁵ RIPS é a abreviatura de rights of intellectual property

⁷⁶ GATT é a abreviatura de General Agreement on Tariffs and Trades que se traduz em Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio.

artigo 7 (objetivos) A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

O conflito entre o direito do autor e a importância de sua obra fomentar um desenvolvimento social já foi exaltado neste trabalho no ponto 1.6.1, cujo desafio maior é a busca do equilíbrio entre essas duas vertentes. Essa preocupação não fugiu da argúcia dos membros do acordo TRIPS quando se observa os princípios expostos nesse documento em seu art. 8, *verbis*:

artigo 8 (princípios) 1 - Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo. 2 - Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

Uma leitura hermenêutica com interpretações lógico-sistemáticas de todos esses fatos reforça a idéia que sustentamos acerca da presunção de autorização dos autores em deixar suas obras veiculadas na Internet, diferentemente da LDA brasileira, enfatizando sempre (nunca é demais lembrar) desde que seja nos moldes do corte proposto neste trabalho.

A continuação atenta à leitura do referido acordo TRIPS recrudescer essa tarefa axiológica quando seu artigo 12 confirma e acompanha praticamente todos os tratados internacionais sobre a duração da proteção dos direitos autorais no proporcional espaço de tempo de cinquenta anos, bem como seu posterior art. 13, quando trata das limitações exceções; deixa claro que a possibilidade dessas restrições por parte de seus membros está subordinada a casos especiais (como o nosso corte proposto), desde que também não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito. (no âmbito do corte proposto, as referidas situações traduzem espécie de função social dos direitos autorais, porquanto **justificáveis**).

1.8.1.8– Projetos de Lei:

Nesse momento, o intuito é, primeiro, analisar se todos os atores da sociedade brasileira estão conformados com a atual LDA, resposta esta que vem de uma simples leitura ao exaustivo número de proposições no âmbito do poder legislativo ambicionando justamente a modificação do referido Diploma Legal em diversas peculiaridades ou até mesmo sua total revogação.

Isso corrobora o quadro esposado já na introdução deste trabalho acerca do denominado déficit de efetividade que lamentavelmente acompanha a referida Lei 9.610/98, prova disso é que o maior alvo objeto de propostas modificativas justamente consiste o art. 46 da aludida LDA que trata das limitações aos direitos autorais.

Ato contínuo, em segundo momento, a proposta é analisar que tipo de modificação ambiciona o legislativo ao sistema autoral brasileiro e, de uma leitura atenta a quatro dos diversos projetos de lei em trâmite, depreende-se inexoravelmente o empenho e a preocupação de adequar a atual LDA aos parâmetros que reclamam uma harmonia à função social dos direitos autorais.

Inegável é o fortalecimento das limitações aos direitos autorais, contudo, leitura esta que se ampara restritivamente sob o ponto de vista eminentemente formal e ao cotejo da Lei 9.610/98.

Nossa pretensa contribuição é justamente esclarecer a inexistência desse quadro desfavorável aos detentores de direito autoral, essa premissa se baseia na conformação dessas propostas de alteração com os postulados dos tratados internacionais, o que faz com que essas limitações ao direito autoral são justificadamente legitimadas em seu aspecto material, podendo até ser consideradas relativizações.

São esses os projetos de lei esquadrihados:

Primeiro Projeto de Lei:

Proposição: PL-3548/2008

Autora: Luciana Genro – PSOL / RJ

Ementa: Dá nova redação ao inciso VI, do art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

Explicação da Ementa: Estabelece que não há ofensa aos direitos autorais a representação teatral e a execução musical nos estabelecimentos destinados à prática desportiva.

Indexação: Alteração, Lei dos Direitos Autorais, autorização, representação, teatro, execução, obra musical, música, entidade desportiva, academia de ginástica, isenção, cobrança, taxas, (ECAD).

Segundo Projeto de Lei:

Proposição: PL-1550/2007

Autor: Takayama – PTB / PR

Ementa: Altera a Lei nº 9.610, de 1998, isentando do pagamento de direitos autorais as apresentações teatrais e musicais beneficentes e as organizadas por igrejas.

Indexação: Alteração, Lei dos Direitos Autorais, isenção, pagamento, direitos autorais, taxas, (ECAD), instituição beneficente, entidade de fins filantrópicos, instituição religiosa, execução, música, igreja, cerimônia religiosa.

Terceiro Projeto de Lei:

Proposição: PL-793/2007

Autor: Raimundo Gomes de Matos – PSDB / CE

Ementa: Altera a redação do inciso VI do art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, dispondo sobre dispensa da cobrança de direitos autorais, nos casos em que especifica.

Explicação da Ementa: Isentam do pagamento de direitos autorais as entidades de fins filantrópicos, hospitais públicos, transportes coletivos e terminais rodoviários e ferroviários que executarem música e peças teatrais, sem finalidade lucrativa.

Indexação: Alteração, Lei dos Direitos Autorais, isenção, direitos autorais, execução, obra musical, peça teatral, instituição assistencial, entidade de fins filantrópicos, hospital público, unidade de saúde, terminal rodoviário, transporte ferroviário, transporte coletivo.

Quarto Projeto de Lei:

Proposição: PL-2290/2003

Autor: Wilson Santos – PSDB / MT

Ementa: Modifica a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, estabelecendo que não ofende aos direitos autorais a reprodução

de música para fins de sonorização ambiental de clínicas, consultórios, escritórios e de academias de ginástica.

Indexação: Alteração, Lei dos Direitos Autorais, inexistência, crime, reprodução, música, utilização, serviço de som, clínica, consultório médico, escritório, academia, ginástica.

CAPÍTULO 02

Internet

2.1 – Considerações Iniciais:

O homem, desde que se agrupou em sociedade, faz uso de sua inteligência para se deparar com a chamada modernidade, e esta vem chegando proporcionalmente às conquistas alcançadas, observando-se na atualidade que, em decorrência disso, encontra-se a denominada era digital.

O computador indubitavelmente faz parte dessa grande descoberta, e através dele os usuários comunicam-se e trocam informações rompendo barreiras de territórios e culturas, graças a um fenômeno chamado Internet.

Através desse sistema internacional de informações, revelou-se a maior forma de comunicação surgida entre os homens, o que implica dizer que surgiram e surgirão importantes mudanças na vida civilizada de nosso planeta, até porque a quantidade de pessoas que se integram desse sistema vem crescendo em progressão geométrica.

Ademais, este novo tipo de comunicação não poderia ficar fora da tentativa de controle dos detentores do poder econômico e político, e também do medo e da ignorância das pessoas de alma pequena, pois se verifica que com a Internet, ao contrário, é possível sair da roda viva da manipulação de opinião pública, criando, obtendo e divulgando informações, sem que para isto, possam estar cometendo condutas relevantes ao nosso ordenamento penal, implicando dessa maneira, uma convivência harmônica e socialmente aceitável⁷⁷.

Ressalta-se que não há pretensão de registrar conclusões de caráter definitivo, tampouco apresentar por esgotada a discussão acerca do assunto, ao revés, é

⁷⁷ O ilustríssimo José Carlos Barbosa Lima Neto já dizia: A Internet é uma verdadeira praça pública, onde todos, independentemente de raça, cor e nacionalidade, têm direito ao uso da palavra. É a versão moderna da Ágora da Grécia Antiga. <http://jusvi.com/artigos/264> acessado em 02/08/2009.

trazer à baila as cotidianas condutas que vêm sendo apresentadas em decorrência da utilização cada vez mais freqüente da Internet, cotejando-as com o interesse social.

2.2 – Internet: Evolução Histórica.

A Internet, tal como hoje pode ser vista, possui uma longa história, tendo sido criada há cerca de 37 anos, nos EUA, porém com a denominação de ARPANET.⁷⁸

A estrutura que deu base à criação da Internet teve sua origem num sistema de interligação de redes de computadores nos Estados Unidos, para fins de proteção militar. Além de garantir o acesso ágil às informações, a inexistência de um centro único de emissão e recepção de dados permitia que, mesmo em caso de guerra e destruição de parte do sistema, as informações continuassem a ser transmitida, de maneira independente, através das áreas intactas da rede. Posteriormente, o mesmo modelo de sistema de interligação de redes locais passou a ser utilizado também entre universidades e laboratórios de pesquisas.⁷⁹

Com a evolução da ARPANET, no início dos anos 80, foi criada a MILNET, esta exclusivamente destinada às informações militares, liberando a ARPANET para a troca das demais informações.

No ano de 1987, já com a denominação de Internet, foi liberada para o uso comercial nos EUA, passando a crescer e ser disseminada intensivamente por todo mundo, atingindo no ano seguinte a marca de 148 milhões de pessoas das mais diversas localidades do planeta.⁸⁰

⁷⁸ O nome Arpanet derivou da entidade que a criou: Advance Research Projects Agency, uma organização pertencente ao Departamento de Defesa americano. Inicialmente o objetivo da Arpanet era interligar universidades e organizações com fins militares.

A Arpanet foi crescendo com os serviços de correio eletrônico, transferência de ficheiros e emulação de terminal ao mesmo tempo em que se foi criando a noção de que a capacidade da rede estaria a ficar pequena.

Por volta de 1973, nasceu um projeto denominado de Internetting Project com o objetivo de estudar a forma de lançar uma rede de interligação de todos os sistemas existentes.

⁷⁹ Esse projeto de natureza militar, foi criado no final dos anos 60, buscando estabelecer um sistema de informações descentralizado e independente de Washington, para que a comunicação entre os cientistas e engenheiros militares resistisse a um eventual ataque à capital americana durante a guerra fria.

⁸⁰ Fonte do instituto de pesquisa americano N.U.A. LDA.

A grande revolução da computação pessoal aconteceu, no início da década de 80, com o aparecimento do PC (Personal Computer), que trouxe para dentro das casas o poder de processamento existente, até então, somente nos grandes centros militares de pesquisa e nas universidades.

A Internet oferece vários recursos e meios de utilização aos seus usuários, que vão desde o correio eletrônico (e-mail) até o acesso a banco de dados e informações disponíveis na W W W⁸¹, a chamada área multimídia da Internet.

A Internet consiste na interligação de milhares de redes de computadores do mundo inteiro, através da utilização dos mesmos padrões de transmissão de dados, os chamados protocolos. Graças a essa uniformização na transmissão das informações, as diversas redes passam a funcionar como se fossem uma só, possibilitando o envio de dados e até mesmo de sons e imagens a todas as partes do mundo, com uma considerável eficiência e rapidez.

A interligação física das redes é feita por meio das linhas dos sistemas telefônicos, que podem ser de cabos de cobre, fibras óticas, transmissão via satélite, ou via rádio, o que interfere na qualidade do funcionamento da rede. Utilizando-se um modem, aparelho que converte os sinais sonoros transmitidos pelo telefone em sinais passíveis de reconhecimento pelo computador, o usuário conecta-se à Internet, diretamente através do sistema telefônico ou, indiretamente, conectando-se a um outro computador.

Quando é feita uma ligação direta à Internet, o computador do usuário passa a operar como um servidor da rede, possuindo seu próprio endereço em um protocolo da Internet, o chamado IP (Internet Protocol), enquanto a conexão indireta confere ao usuário um subendereço em um dos provedores.⁸²

No Brasil, a Internet chegou a 1988, sendo inicialmente restrita a universidades e centros de pesquisas, até que a Portaria n.º 295, de 20/07/1995, possibilitou às empresas denominadas provedores de acesso comercializar o acesso à Internet.

⁸¹ A **World Wide Web** (que em português significa, **Rede de alcance mundial**; também conhecida como **Web** e **WWW**) é um sistema de documentos em hipermídia que são interligados e executados na Internet.

⁸² Nesse sentido os advogados: Dr. Walter Douglas Stuber e Dra. Ana Cristina de Paiva Franco, em **A Internet sob a ótica jurídica** – Revista dos Tribunais – São Paulo, V. 87 – março de 1988.

Em três anos, a Internet no Brasil cresceu 4.000% (quatro mil por cento), atingindo 3,4 milhões de habitantes,⁸³ que tendem a aumentar cada vez mais devido ao barateamento de telefones, fruto da privatização, ao baixo custo dos computadores e à substituição das linhas telefônicas convencionais por fibra ótica, o que aumentou consideravelmente a velocidade das informações da Internet.

A dependência do mundo virtual é inevitável. Grande parte das tarefas do dia a dia é transportada para a rede mundial de computadores, ocasionando fatos e suas conseqüências, jurídicas e econômicas, assim como ocorrem no mundo físico. A questão que surge é relacionada aos efeitos dessa transposição de fatos, basicamente a sua interpretação jurídica, acerca da realização de fato penalmente relevante.

Outro fator que não pode ser deixado de lado é a problemática da segurança no mundo virtual, que merece atenção destacada. Aproximadamente 1/3 das empresas brasileiras já foram atacadas por hackers. Os efeitos decorrentes desse aspecto ensejam a busca pela responsabilidade do ato danoso, justificando, também, a preocupação com a discussão e debate do assunto, propondo, inclusive, a necessidade de regulamentação complementar.

As relações virtuais e seus efeitos são realidade. A tendência é a substituição gradativa do meio físico pelo virtual ou eletrônico, o que já ocorre e justifica a adequação, adaptação e interpretação das normas jurídicas nesse novo ambiente. Na grande maioria dos casos é possível a aplicação das leis existentes o que gera direitos e deveres que deverão ser exercidos e respeitados.

2.3– Internet e Sociedade Moderna:

2.3.1 – Modernidade:

De início, Anthony Giddens⁸⁴, em sua obra a respeito do assunto, desenvolve uma análise de modernidade dentro do campo cultural e epistemológico, iniciando uma perspectiva conceitual do tema baseando-se ao estilo, organização e costume de vida

⁸³ Fontes: Embratel, IBOPE/Cadê

⁸⁴ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da Modernidade**, tradução de Raul Fiker. Editora UNESP, p. 11.

européus que se manifestavam do início do século XVII em diante e que influenciaram praticamente todo o Globo.

Dessa forma, modernidade subsumiria-se a um espaço geográfico e temporal, sobretudo aos acontecimentos do final do século XX aos quais levaram e levam muitos à indagação de que estamos numa época de transição emergindo a um novo sistema social denominado sociedade de informação ou sociedade de consumo.

Inequivocamente surgem daí as primeiras considerações de que a Internet consiste, ao menos, num grande indicativo da continuidade da existência dessas transformações institucionais, uma vez que o deslocamento sugerido por Giddens⁸⁵ sai do plano de manufatura de bens materiais para outro relacionado mais centralmente com a informação.

Esse período de transição consiste, para Giddens, num universo de eventos não compreensíveis e que, em grande parte, está totalmente fora de nosso controle; isso não se resolve ou se tenta entender batizando com neologismos como pós-modernidade, mas o trabalho consiste em estudar a natureza desses acontecimentos e buscar razões específicas que explicassem esse fenômeno que apresenta uma abrangência insuficiente nas ciências sociais.

Não se deve negar, porém, na existência de um período cujas conseqüências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes, explica o autor, nesse passo o que se pode perceber são contornos de uma ordem nova e diferente que possui padrões modernos, mas ainda é muito cedo para asseverar tratar-se de pós – modernidade.

O processo de desenvolvimento social moderno não opera de forma continuista, na visão de Giddens⁸⁶, apresenta-se de certa forma com aspectos únicos, fato que diferencia dos tipos de ordem tradicional até então vistos.

Desse modo, o estudo se direciona em capturar a natureza dessas discontinuidades como fator preponderante para analisar modernidade, pois assim confirmaria que a história humana não possui forma homogênea de desenvolvimento, sobretudo nesse novo modo de vida produzida pelo período atual.

⁸⁵ Op.Cit, p.12.

⁸⁶ Op.Cit. p.13.

O que se tem em mira são as transformações radicais, produzidas por essa modernidade, nunca vistas nos tipos tradicionais de ordem social. Essas transformações se apresentam tanto no plano de extensão quanto de intencionalidade.

Mais uma vez, vem à tona a reflexão da Internet como indicativo ou produto dessa modernidade, pois sob o plano de extensão, o fenômeno que se apresenta é o estabelecimento de formas de interconexões sociais que cobrem praticamente todo o Globo.

Essa interconexão ainda possui uma especial peculiaridade que identifica de maneira inequívoca essas descontinuidades sociais que separaram as instituições modernas das ordens sociais tradicionais e que se manifesta no ritmo de mudança que a modernidade põe em movimento, o que traduz numa velocidade de mudança sem precedentes antes imaginados.

Duas características estão diretamente relacionadas a esse fenômeno: a primeira é a responsável por tal aceleração, que é a tecnologia e a segunda é uma consequência lógica dessa sociedade da informação ou sociedade de consumo, que é o escopo social para operar essas mudanças.

Isso se explica pelo fato de que a Internet, como ferramenta dessa interconexão, penetra de forma prática e rápida, pois é virtual, em toda superfície da terra. Essa difusão em escala mundial faz com que as pessoas reclamem oportunidades iguais a seus pares mais desenvolvidos.

A velocidade das informações de forma global também lança oportunidade de cotejos e permite com que a sociedade menos privilegiada se politize, consolidando a idéia de que o uso arbitrário do poder político é produto superado e, portanto, sua inexistência ou forma de o verberar veementemente é indicativa de modernidade.

Nem tudo que se colhe é passível de aproveitamento, lógico que o mundo da modernidade tornou-se muito mais carregado e perigoso, explica Giddens⁸⁷.

Enquanto o desenvolvimento de sociedades modernas se estabeleceu, como dito, numa velocidade nunca vista num sistema pré-moderno, produzindo uma consequente difusão em escala mundial e, como consequência, propiciando uma existência social mais segura, por outro lado, conflitos sociais se produziram em escala proporcional, trazendo o seu lado sombrio, nas palavras do autor.

⁸⁷ Op.Cit., p. 19.

Hábitos e práticas locais de uma sociedade são perfis, por excelência, endêmicos, mas que, à primeira vista, não contribuem para migração aos parâmetros da modernidade, porque a velocidade de informação implica dinamismo e, uma sociedade desencaixada de outras, proporciona o fenômeno da restrição.

Assim, o combate se deu na separação natural que havia entre tempo e espaço; esse foi um processo denominado de desencaixe cujo resultado é a capacidade das organizações em se conectar com o local e o global, fato totalmente impensável nas sociedades tradicionais e que afetaram rotineiramente a vida de milhões de pessoas. De observar-se que a Internet potencializou essa peculiaridade da vida moderna, afigurando-se como um fiel retrato de toda essa tendência cultural.

Giddens⁸⁸ se refere a desencaixe como deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço.

Os alinhamentos da mudança de tempo e espaço traduzem a busca do desencaixe, eles se manifestam por intermédio de mecanismos que aproximam as pessoas primordialmente pelo instituto da confiança, Giddens faz menção a dois dos principais mecanismos de desencaixe envolvidos no desenvolvimento das instituições sociais modernas: as fichas simbólicas e os sistemas peritos.

A confiança, portanto, está diretamente envolvida de maneira fundamental com as instituições da modernidade, finaliza o autor⁸⁹.

Nessa seqüência lógica de acontecimentos, na medida em que se apresentam fatos que traduzem modernidade, a tradição vai perdendo terreno nessa nova sociedade, nas palavras de Giddens⁹⁰, o contraste é inerente.

Em tese, é acontecimento que não se coaduna com reflexividade, pois esta, conforme informa o autor, é uma característica definidora de toda ação humana em que todos os seres humanos rotineiramente se mantêm em contato com as bases do que fazem como parte integrante do fazer. Isso significa dizer, que a sociedade encontra a maneira de lidar com o tempo e o espaço por intermédio da tradição; o passado é honrado e os símbolos são valorizados, fomentando e perpetuando a experiência de gerações.

⁸⁸ Op.Cit, p. 29.

⁸⁹ Op.Cit. p. 34.

⁹⁰ Op.Cit. p. 43.

Mas Giddens distingue reflexividade das culturas tradicionais da reflexividade da modernidade. De início explica que a escrita é uma das mais eficazes formas de gerar reflexividade (referindo-se às das culturas tradicionais) porque o fomento da tradição, que é a penetração da relação espaço-tempo só é possível com a intervenção da escrita, pois esta é que tem o poder de expandir o nível de distanciamento desta relação, criando assim, uma perspectiva do passado.

No que tange à reflexividade da modernidade, a cultura da tradição é sobremaneira relativizada, pois ela (a tradição) está posta à prova com consideráveis argumentos de reinterpretação e esclarecimentos, fazendo com que a balança do passado fique manifestamente abaixo da balança do futuro.

Nesse contexto, explica Giddens, a reflexividade da modernidade consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz da informação. Indubitavelmente, assim, a Internet é meio hábil a recrudescer esse tipo de reflexividade moderna, pois os aspectos da vida humana, notadamente a intervenção tecnológica e o apetite pelo novo, nas palavras do autor, radicalizaram a revisão da convenção⁹¹.

Numa outra visão, Ulrich Beck⁹², traz em sua obra a reflexão dos acontecimentos consideravelmente notáveis que marcaram o Ocidente, como o fim da era comunista e, por sua vez, no Oriente, Beck faz referência à simbiose capitalismo-democracia, questionando se esse sistema, ainda em voga e com esse colapso oriental, é capaz de ganhar espaço no Globo, preservando suas bases físicas, culturais e sociais.

Isso porque, segundo o autor, o Ocidente também vive seu colapso uma vez que o sistema de sociedade industrializada está se desmoronando no seu próprio sucesso, explicando este paradoxo⁹³.

Nesse contexto, Beck conceitua modernidade reflexiva como a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era em que a modernização ocidental afigura-se como o sujeito principal desse novo quadro.

⁹¹ Op.Cit. p. 45.

⁹² BECK, Ulrich. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. Unesp. P. 11.

⁹³ Beck recorda a mensagem de Karl Marx de que o capitalismo é o seu próprio coveiro.

Tal fenômeno, na concepção do autor, é explicado pela denominada manutenção inalterada do antigo modo de produção e isso não se coaduna com a sociedade moderna que se manifesta essencialmente dinâmica. Essa velocidade de transformação é tão grande que perpassa o período de disposições transitórias até então existentes e comuns a qualquer modificação, negando, assim, aqueles momentos de discussões e decisões políticas.

Acontece que isso se caracteriza como um fato eminentemente contraditório ao ideal democrático que possui as sociedades contemporâneas, pois sem influência política, sem controvérsias partidárias não ocorrem diálogos.

Assim, Beck afirma que ocorre uma silenciosa modernização reflexiva da sociedade industrial, o que de certa forma implica inseguranças, lutas entre facções; gera dinamização do desenvolvimento e aniquila os multipartidarismos o que pode trazer um retrocesso como fundamentalismos religiosos e pobreza em massas.

São esses os contextos de migração do período industrial para o de risco da modernidade, transição essa que, no conceito do autor, ocorre de maneira indesejada. É uma transformação também de objeto: na sociedade industrial, a discussão girava entorno da relação dos bens enquanto na sociedade de risco, o enfoque consiste na relação de malefícios.

Como a definição de perigo é cognitiva e social, finaliza Beck, o conceito de sociedade de risco provoca transformações notáveis com os recursos da natureza e cultura, assim como com as idéias sociais de segurança, provocando o que ele denomina retorno da incerteza à sociedade.

Aqui, evidentemente, não é o espaço para se discutir modernidade à exaustão; a idéia é incorporar argumentos que instrumentalizem o cotejo de sociedade moderna com a rede mundial a fim de delimitar em quais circunstâncias encontra-se a importância da Internet a ponto de reclamar a ingerência do Estado, seja fomentando seu uso, seja delimitando seus conteúdos quando a conclusão consistir condutas socialmente relevantes.

Vimos claramente em Ulrich Beck um ferrenho crítico do que se apresenta como produto desse fenômeno social atual, fica bem nítido, todavia, que o poder de informação é centro causal desses acontecimentos, no entanto, para aquilo que possa

afigurar-se como retrocesso desse movimento, a solução encontra alicerce nesse próprio poder de informação. Ele é causa e profilaxia.

Conforme inicialmente salientado, o marco de conceituação da modernidade consistiu nas referências dos estilos, costumes de vida e de organizações sociais que emergiram da Europa a partir do Século XVII, dessa maneira, fica evidenciado que a Internet não podia, inicialmente, fazer parte dessa estrutura conceitual.

Inegavelmente o poder da informação é pedra fundamental de toda transformação social, a Internet fez nascer um tipo de sociedade que nasceu da informação e não da dor. Esse crescimento esteve imune a acontecimentos desastrosos até mesmo com um intenso e significativo crescimento econômico impulsionando ou impelindo a sociedade industrial rumo a uma nova era, vide a revolução que está sendo feita na órbita dos diretos autorais por conta dessa rede mundial.

Hoje, percebe-se uma espécie de transição social ocorrendo naturalmente e sem influência política com o advento da Internet, desconhecendo controvérsias e influências partidárias fomentando um novo auto-entendimento democrático e globalizado.

A história do direito como a história do desenvolvimento interno dos seus conceitos e dos seus métodos apreende esta ciência como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua dinâmica interna.

Nesse diapasão é que Kelsen cria uma teoria pura do direito. Essa teoria consiste no esforço de todo o corpo dos juristas para construir um corpo de doutrinas e regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento.

Na contramão de um sistema fechado, a Internet, denominada terra sem dono, muitas das vezes é usada por pessoas escusas ou por classes dominantes que tentam se impor fazendo uso da Rede. Não é preciso escrever rios de tintas para exemplificar as barbáries acontecidas em que a referida Internet, lamentavelmente, foi o meio eficaz eleito.

A despeito dessa realidade, é notório que o fenômeno da rede é irreversível, é parte integrante e talvez o mais genial meio de comunicação de massa, nesse contexto, faz-se mister o cotejo com a denominada sociedade de risco.

De início, é necessário consignar que a sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Ela surge na continuidade

dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças.

Internet, nesse contexto, traduz-se em consequência da modernização, o aumento do conhecimento por intermédio dessa comunicação de massa faz nascer a autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco.

Bauman possui uma característica própria em analisar a modernidade com uma ligação ao holocausto e ao consumismo pós-moderno, em sua obra⁹⁴ *Modernidade e Ambivalência*, esse sociólogo polonês analisa o potencial entre os pontos de ordem e do caos, enumerando as alterações econômicas, políticas e culturais.

Bauman critica a maneira pela qual se historicia um acontecimento, asseverando que a interpretação fica a cargo de conveniências e oportunidades daquele que as escreve, possibilitando conferir a esse objeto uma ou mais categorias, fenômeno a que se refere como ambivalência⁹⁵.

Nesse ritmo é que se constrói argumentos de linguagem com o propósito de explicar a história de acordo com suas necessidades; assim as ações do passado terão legitimações para seus atos gerando explicações para futuras contestações.

No exemplo do holocausto, Bauman faz referência à prática da estratégica forma de marginalizar o crime e isentar a modernidade⁹⁶ de interpretações errôneas⁹⁷. Este era um aspecto normal de prática lingüística, dizia o autor, pois a razão interna era a eliminação da causalidade dos fatos, dessa maneira mantinha-se a ordem sustentada pela linguagem e afastando a referida causalidade, suprimiam-se o acaso e a contingência. Isso só se fazia possível com a prevenção da ambivalência.

A ferramenta de transformação de uma sociedade ordeira era a razão legislativa, dessa maneira o Estado se empenhava e submetia as populações dominadas a um exame completo de modo a transformá-la numa sociedade ordeira, afinada com os preceitos da razão, finalizava o autor.⁹⁸, era o perfil do denominado Estado Jardineiro, cujos

⁹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Tradução de Marcus Penchel. Zahar. 1999. P. 8.

⁹⁵ Op.Cit. p. 9.

⁹⁶ Op.Cit. p 28.

⁹⁷ O autor faz menção dos órgãos de comunicação que intencionalmente descreviam a Alemanha como mais uma refém do holocausto, pois era, na verdade, um paradigma de estado civilizado nos anos 30.

⁹⁸ Op.Cit. p.29

critérios dividiam a população em plantas úteis a serem estimuladas e cuidadosamente cultivadas e, ervas daninhas a serem removidas ou arrancadas.

Esses atos de classificação consistiam numa operação de inclusão e exclusão, inquestionavelmente atos de violência contra o mundo que requeriam fortes doses de coerção, destruindo a ordem e produzindo ambivalência. Esse modelo de mundo era totalmente divorciado do modelo divino de ordem que não reconhecia a necessidade dessa divisão, dessa forma esse era um postulado referente e pertinente à sociedade moderna desligada do dogmatismo religioso, criando assim a ambivalência da ordem e do caos, da clareza e da confusão, da beleza e da feiúra, do bem e do mal, do próprio do impróprio e etc.

De um lado tinham-se os governantes modernos e de outro os modernos filósofos com afinidades em comum: tornaram-se legisladores para domar o caos que descobriram por intermédio da ordem (lei). As ambições consistiam em controlar a estrutura orgânica do estado suprimindo e exterminando tudo que era ambíguo, entre outras palavras, Bauman dizia que era instaurar e manter a ordem fazendo amigos e lutando contra os inimigos significava expurgar a ambivalência.

Mas o paradoxo estava manifestamente apresentado: quanto mais esforço apreendido no extermínio da ambivalência, mais se produziam resíduos ambivalentes, pois tudo que escapava da classificação de ordeiro que o Estado valorava, era residualmente considerado subversivo, era violação da lei e, portanto, ambivalência. A prática do Estado Jardineiro forçava a oposição cultural e criava ambivalência, pois a solução de um problema cria outro e reproduz novamente ambivalência.

Mas a realidade é manifestamente outra, Bauman se reporta ao necessário convívio com as diferenças neste contexto⁹⁹:

A diferença é algo com que se pode viver na medida em que se acredita que o mundo diferente é, como o nosso, um mundo com uma chave, um mundo ordenado como o nosso, apenas mais um mundo ordenado habitado por amigos ou inimigos, sem híbridos para distorcer o quadro e confundir a ação e com regras e divisões que podemos ainda desconhecer mas que poderemos aprender se necessário.

Desse modo, ambivalência é coexistência da diversidade, consiste na aceitação do outro, do estranho e da alteridade, sintomas de pós-modernidade. Contudo, o

⁹⁹ Op.Cit. p. 68.

grande paradoxo é viver com a indeterminação, preleciona o autor, o mercado de consumo é outra grande indicativo de pós-modernidade, mas também é ambivalência por essência, pois seus produtos são excludentes.

A estranheza deve ser entendida como fenômeno cultural, o ponto de partida de que a ambivalência não pode ser eliminada da existência, pontua Bauman¹⁰⁰ e quanto mais bem-sucedida a prática da assimilação cultural, mais rápido será a descoberta dessa verdade. O que é a Internet senão o melhor canal de comunicação para entender esse fenômeno cultural de ambivalência?

Bittar¹⁰¹ referindo-se ao espírito da modernidade começa avaliando o termo moderno confirmando que suas origens remontam ao século V e, portanto, não é uma criação da modernidade. Apesar desse detalhe etimológico - que significa o novo, o cristão em oposição ao velho, ao pagão - a cada nova época histórica encontra-se reinserção semântica para significar o novo, o recente, o inovador, o atual, o avançado, portanto, nas palavras do autor, como uma referência necessária para a oposição ao passado, valendo dizer, ao antigo.

Importante ressaltar que Bittar¹⁰² interpreta a preocupação daquele período respectivo em designar o que está nascente, um período histórico em que modernidade está associada à insígnia de liberdade e racionalidade, tempo ansioso pela superação de dogmas e das limitações medievais e, portanto, momento de eclosão de vários anseios que permite associar a modernidade à idéia de progresso.

Assim, modernidade prometia liberdade, ciência, razão, ordem, soberania, controle, indústria, economia e outros termos que estão aleatoriamente associados à idéia de moderno, finaliza o autor.

Indubitavelmente consistiu um fenômeno de reconfiguração das relações humanas e sociais iniciando-se na Europa ocidental e pulverizando-se para o resto do Globo. Dentre as várias conseqüências trazidas por esse novo espectro social, salientava-se de maneira manifestamente consagradora a luta pela ausência de controle intelectual das idéias a partir da liberdade de pensamento, de pesquisa, descoberta e divulgação científicas, afirmando ainda Bittar que o culto da razão substitui o culto da religião.

¹⁰⁰ Op.Cit. p. 83.

¹⁰¹ BITTAR, Eduardo C.B. **O Direito na Pós-Modernidade**. Forense Universitária. 2006. P. 33.

¹⁰² Op.Cit. p 34.

No tocante ao movimento econômico fortaleceu-se o comércio com Oriente e foram criadas rotas de mercadores e de burgos para escambo, ademais as grandes navegações proporcionaram descobertas de novos povos e novas culturas então de hábitos e conhecimentos diversos dos padrões europeus medievais.

A natureza saiu do estado incognoscível e estático e passou a ser apropriada e fruída preponderantemente para serviço do saber estabelecendo-se bases para uma construção intelectual da modernidade em que Bittar¹⁰³ divide em aspectos do ideário intelectual (científico e filosófico), do ideário econômico (Revolução Industrial e ascensão da burguesia) e do ideário político (soberania, governo central e legislação); que seriam os novos modelos da modernidade.

Evidentemente não seria um novo sistema social protegido de críticas as quais possuíam características eminentemente políticas, mas que havia aquelas com um exacerbado viés corporativo e ambicioso de controle do poder econômico.

Desde a teoria contratualista de Rousseau, ao criticismo de Kant e ao de Marx, este quanto à exploração e apropriação de bens; desde o ilusionismo da razão e o ideal comunista, tudo contribuía para as críticas do legado que a denominada modernidade criou. A defesa tinha uma ideologia: a domesticação do mundo pela ordem uma vez que a modernidade é guardiã de seus ideários, nas palavras do autor, a superioridade do projeto moderno passa pela dimensão do impreciso para o preciso, do desordenado para o ordenado, ou seja, o mundo da desordem, que precisa ser triado e esquadrihado antes de ser colocado à disposição para a utilização, valendo dizer, é a política do Estado Jardineiro de Bauman com a necessária eliminação da ambivalência.

A história da passagem das Eras consiste na passagem de tempo geralmente longo que principia com um fato marcante ou que dá origem a uma nova ordem das coisas. Normalmente uma história de rupturas! A exemplo de uma época mais recente, mesmo sob o influxo religioso, o indivíduo divorciou-se da objetividade imposta à sua fé, verberando essas atitudes despóticas de sua própria religião, trazendo o racionalismo como fundamento e usando os próprios postulados cristãos como justificativa, propugnava que a verdadeira moral cristã é irreconciliável com o que se apregoava, melhor exemplo não seria outro senão a altruística tolerância que se infere do sermão da montanha quando não permitia,

¹⁰³ Op.Cit. p.42.

sequer a violência em legítima defesa, quando ali foi ensinado que se alguém te bater na face direita, oferece-lhe a outra.

É também notado no decorrer da história que essas rupturas tiveram como fundamentação a influência de aspectos individuais para legitimar interesses coletivos, um fenômeno produto da evolução e de interação social, porquanto, afirmava Guiddens, que Modernidade Reflexiva não é outra coisa, senão a possibilidade da autodestruição de toda uma era, do ponto de vista criativo em que o sujeito dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental. Enfim, a sociedade não pode existir sem continuamente revolucionar os instrumentos de produção, ou seja, as relações de produção, e, portanto, todos os relacionamentos sociais.

Em virtude do seu inerente dinamismo, a sociedade moderna está acabando com suas formações clássicas, camadas sociais, ocupação, papéis dos sexos, família nuclear, agricultura, setores empresariais e, é claro, também com os pré-requisitos e as formas contínuas do progresso técnico-econômico e a Internet se encaixa perfeitamente nesse fenômeno!

Ulrich Beck explica essa nova sociedade como um produto da vitória do capitalismo, que constrói uma nova forma social, um tipo de modernização adicional que estão dissolvendo os contornos da sociedade industrial e não necessariamente o resultado de uma luta de classe.

De qualquer sorte, a modernização reflexiva significa essa mudança da sociedade industrial que implica radicalização dessa modernidade, invadindo premissas e contornos, como dito, dessa sociedade industrial enraizada e abrindo caminhos para outra modernidade.

Conforme já dito, a Internet fez nascer um tipo de sociedade que nasceu da informação e não da dor. Esse crescimento esteve imune a acontecimentos desastrosos até mesmo com um intenso e significativo crescimento econômico impulsionando ou impelindo a sociedade industrial rumo a uma nova era, o que faz dessa rede mundial muito mais do que um simples canal de informação, mas um verdadeiro movimento que se caracteriza pela confiança no progresso e na razão, pelo desafio à autoridade e à tradição e pelo incentivo à liberdade de pensamento (uma nova época das luzes).

Hoje, sempre é salutar repetir comentário anterior, percebe-se uma espécie de transição social ocorrendo naturalmente e sem influência política com o advento da Internet, desconhecendo controvérsias e influências partidárias fomentando um novo auto-entendimento democrático e globalizado. Interessante que o fundamento de legitimação a essas ações está residente na soberania estatal, nos direitos fundamentais e numa sociedade justa e pluralista.

Essa modernidade fez nascer, como lógico, um relacionamento da agora denominada sociedade industrial moderna com os recursos da natureza e da cultura, sobre cuja existência ela é construída, mas que estão sendo dissipados no surgimento de uma modernização amplamente estabelecida.

Esse relacionamento enfrenta as ameaças e os problemas produzidos pela Internet que reclamam uma base social de segurança e confiança, e traz à tona, conseqüentemente, a necessidade de estabelecer uma simetria com os chamados sistemas peritos.

Sem esse apego necessário, a sociedade industrial no viés cibernético, o que é difícil hoje em dia entender-se distante disso, sofrerá exaustão, desintegração e desencantamento.

Todo esse fomento de comunicação que proporciona a rede mundial produz a ocorrência de um fenômeno onde as pessoas estão sendo libertadas das certezas feudais e religioso-transcendentais para o mundo globalizante, é o poder da globalização dessa sociedade de consumo capitalista.

Por que essa importância? É de curial sabença que os detentores do poder econômico não querem perder seus domínios e, nessa reflexão, a Internet é a grande opositora de suas pretensões, voltando assim, a ideologia da independência do direito e do corpo jurídico como bandeira de manutenção de ordem social.

Para cumprir esse desiderato são colocados em ação as práticas e os discursos jurídicos usando, para tal, forças específicas que conferem a esses detentores do poder, a estrutura necessária que orientará os conflitos existentes que estão indo de encontro às suas ambições, entrando em cena a lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.

Somos pela corrente de que a Internet não pode ser vista somente desse ângulo, sua autonomia cria uma espécie de ideologia de independência cujo fortalecimento é recrudescente; com o advento da rede mundial está nascendo uma nova sociedade, os denominados nativos digitais, todos aqueles que nasceram com a tecnologia e são fluentes na linguagem digital do computador, para essas pessoas o discurso do uso do Estado como legitimador da autoridade jurídica visando o controle da rede é demasiadamente extremista e eminentemente político que não seduz e só traz a comprovação do déficit de efetividade dos mecanismos até então propostos.

O diferencial está muito mais do que a simples novidade tecnológica da multimídia ou a possibilidade da reunião em um só meio diferentes formas de comunicação, como a imprensa, o rádio ou a televisão; o sinal de ruptura que traduz o nascer de um novo paradigma está justamente na novidade da interatividade, um método de libertação social a que se faz referência e muito bem enaltecido pelo autor lusitano Alexandre Pereira¹⁰⁴, quando para o tema afirma que:

[...] a interactividade com o destinatário, o qual pode conformar os conteúdos informativos que utiliza. Sendo que o novo paradigma tecnológico instituído pelos computadores digitais, numa palavra, pela informática, é o elemento dominante: não apenas integra os meios tradicionais, mas também altera-lhes a natureza, imprimindo-lhes um carácter novo.

2.4 – Revolução Tecnológica: Internet e Emancipação Social.

Conforme salientado, a tecnologia bateu a nossa porta com todo o seu elastério e de uma forma manifestamente democrática¹⁰⁵ a ponto de sentir-se mudanças até mesmo em nosso vocabulário por conta de incorporação de expressões como aldeia global, globalização da economia e telemática.

¹⁰⁴ PEREIRA, Alexandre Dias. **Direitos de Autor, da Imprensa à Internet**. Revista ABPI nº 64, 2003, p. 23.

¹⁰⁵ Estima-se que o computador é um elemento que se encontra mais comumente nas residências do que a própria máquina de lavar e a geladeira, conforme pesquisa realizada pelo IBGE, na região Nordeste do país, nos meses de agosto e setembro de 2009.

No escólio de Raul Hey¹⁰⁶ o que ocorreu com a Internet, na verdade, não foi diferente do que ocorreu com o advento de outras tecnologias, tais como o rádio ou a televisão em que as idéias passaram a ser divulgadas para um número muito maior de pessoas e em diferentes localidades.

Ousamos em discordar respeitosamente e trazemos como fundamento os próprios argumentos do autor quando discorre sobre as principais características dessa rede mundial, entre as quais estão a ausência de controle e velocidade. A primeira é suficiente para sustentar a considerável diferença para aquela época da descoberta do rádio e, depois, da televisão. O próprio autor¹⁰⁷ assevera que essa particularidade está transcendendo a órbita puramente pessoal e provocando profundas mudanças nas relações comerciais entre os países, além do que, no que tange às relações jurídicas o que se está a perceber são modificações como facilidade de acesso a informações, de comunicação e troca de dados e consecução de negócios diversos por este meio de comunicação, com baixíssimos custos e etc.

Acerca da discussão Castells¹⁰⁸ começa ponderando na comparação dos períodos tecnológicos, contudo, confirma adiante a diferenciação proporcionada pela rede mundial a que fazemos referência, em duas passagens a seguir:

[...] A Internet é o tecido de nossas vidas. Se as tecnologias de informação são o equivalente histórico do que foi a eletricidade na era industrial, na nossa era poderíamos comparar a Internet com a rede eléctrica e o motor eléctrico, dada a sua capacidade para distribuir o poder da informação por todos os âmbitos da actividade humana [...]

[...] A influência da Internet transcende o número de utilizadores, pois o que interessa é a qualidade da utilização da rede. Actualmente, as principais actividades económicas, sociais, políticas e culturais de todo o planeta estão a estruturar-se através da Internet e de outras redes informáticas [...]

Dessa forma, percebe-se uma verdadeira revolução na comunicação de proporções inimagináveis até então, mesmo levando em consideração os avanços que foram a criação do rádio e da televisão. A Internet proporciona, nos aspectos de praticidade, objetividade, desburocratização e velocidade outra enorme vertente diferenciadora sob o ponto de vista de cidadania e função social, basta observarmos que qualquer pessoa pode,

¹⁰⁶ HEY, Raul. **Aspectos Jurídicos da Internet**. Revista ABPI nº 19, 1995. p. 40.

¹⁰⁷ Op.Cit,p.41.

¹⁰⁸ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2001 p. 15 e 17.

por intermédio dessa rede mundial, preencher o cadastro do TSE (Tribunal Superior Eleitoral) dirigindo-se, depois, a uma junta eleitoral para retirada de seu título de eleitor, valendo dizer, tudo feito dentro de seu lar. Ainda à guisa de exemplos, estima-se que mais de 90% (noventa por cento) das declarações de IR (Imposto de Renda) são realizadas por intermédio da Internet.

Nesse diapasão, concorda Eduardo Leite¹⁰⁹ com essas significantes mudanças quando preleciona “Desde a invenção dos tipos móveis de Gutenberg, que influenciou a estrutura jurídica e social e o desenvolvimento econômico da sociedade, não ocorria uma mudança na tecnologia de informações tão significativa quanto a revolução digital”.

Chega-se a ponto de considerar esse momento como um marco que transformará nossa existência, continua o autor¹¹⁰, uma vez que a denominada revolução digital os forçará a visitar institutos, conceitos e ideologias já consolidados, mexendo com nossos negócios de vida e, a reboque, com a forma em que vivemos, situação este metaforizada por Nagib Filho¹¹¹ como “ideologias que até então nos pareciam âncoras seguras a estabilizar nossos pequenos barcos da personalidade individual no revolto e ameaçador oceano da vida”.

Incontroverso, ao menos, que essas mudanças tecnológicas afetaram substancialmente a vida econômica e cultural de toda sociedade e, por conseguinte, faz-se necessário criar adaptações com o fito de promover interação entre essa indigitada revolução tecnológica com as normas que regem essas respectivas sociedades, valendo dizer, a necessária e indispensável interação entre o direito do autor e a tecnologia, como já se afigurava há tempos, considerando, entretanto, as diferenças as quais fizemos referência e que foram sentidas na atualidade. Dessa forma, a negociação que havia sido feita entre os direitos do autor e os avanços tecnológicos daquela época deverá ser realizada atualmente na proporção do quadro tecnológico que se apresenta na sociedade de hoje.

¹⁰⁹ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direitos Autorais nas Mídias Digitais**. Revisa a ABPI nº 49, 2000. p. 03.

¹¹⁰ Op.Cit. p. 04.

¹¹¹ SALIB, Nagib Salib. **A Constituição e os Direitos na Era Digital** Seleções COAD nº 04/1996. p. 29.

Ainda em Castells¹¹², encontramos subsídios para fechar o raciocínio nos seguintes termos:

[...] No final do segundo milênio da Era Cristã, foram vários os acontecimentos historicamente importantes que transformaram o cenário social da vida humana. Uma revolução tecnológica, centrada nas tecnologias de informação, começou a remodelar de forma acelerada, a base material da sociedade.[...]

[...] Além disso, um novo sistema de comunicação, que cada vez mais se expressa numa linguagem digital universal, tem integrado globalmente a produção e distribuição de palavras, sons e imagens da nossa cultura, personalizando-os ao gosto das identidades e humores dos indivíduos. As redes interactivas de computadores crescem exponencialmente, criando novas formas e canais de comunicação, moldando a vida e, ao mesmo tempo, sendo moldadas por ela. [...]

Não restam dúvidas de que o exercício da ponderação há de ser realizado a cada caso concreto, razão pela qual aqui é momento de se referir ao presente instituto à guisa de generalização. Nessa esteira, os interesses dos detentores de direito autoral sofrem (ou podem sofrer) limitações, quando conflitados com a Internet (sempre de bom tom lembrar que estamos adstritos ao corte desta pesquisa), prevalecem, por essência, questões de interesse coletivo, nas palavras de Castells¹¹³ “acredito que a Internet é um instrumento fundamental para o desenvolvimento do Terceiro Mundo”.O referido autor ainda faz menção ao que se denomina “aprendizagem eletrônica” (*e-learning*), que consiste na utilização da Internet como educação à distância.

A harmonia ao princípio da publicidade e, sobretudo, a transparência dos atos estatais perante a opinião pública indubitavelmente está fortalecida atualmente com o advento da Internet, ainda se esteando em Castells¹¹⁴, este criticava a falta desse fenômeno da seguinte forma: “contando com a boa vontade do Governo, todos os documentos oficiais e uma quantidade considerável de informação não confidencial deveria estar disponível *on-line*” no entanto, naquela época (2001) o referido autor, a despeito de sua crítica, consagrava todo seu otimismo quando apregoava:

[...] Esperava-se que a Internet pudesse ser um instrumento ideal para fomentar a democracia (**e ainda pode sê-lo**). Torna-se muito fácil aceder à informação política através da Internet, pelo que, em princípio, os

¹¹² CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2002 p. 2 e 3.

¹¹³ Op.Cit. p. 20

¹¹⁴ Op.Cit. p. 186.

cidadãos poderiam estar quase tão bem informados como os seus líderes [...] grifos nossos

De observar-se, atualmente, passados praticamente nove anos da edição do livro de Castells¹¹⁵, que suas aspirações concernentes a esse tipo de ferramenta da democracia que a Internet pode consistir, é manifestamente presente aqui no Brasil. Exemplificamos com o portal¹¹⁶ da Prefeitura do Município do Rio de Janeiro denominado “Rio transparente” que a exemplo de serviço existente no âmbito do Governo Federal, é uma ferramenta que proporciona à população o acesso às prestações de contas daquele ente federativo.

2.4.1 – Direito Autoral na Sociedade da Informação: adverso ou acolhedor da cultura livre e do livre acesso ao conhecimento?

A pretensão é analisar a possibilidade da criação de uma relação entre o que se denomina Sociedade da Informação com a sistemática de proteção aos Direitos Autorais adotada na atual LDA brasileira, notadamente com a influência da grande rede mundial.

Os consectários trazidos, até aqui, neste trabalho acerca do déficit de efetividade que se apresenta no referido diploma legal somado ao novo modelo de interação e, principalmente, as novas formas de materialização das obras autorais que propicia a Internet, trazem de forma inequívoca que a sistemática regimental de tutela há de ser radicalmente mudada e adaptada aos novos paradigmas de comunicação.

O primeiro ponto incontroverso é o reconhecimento de que a sociedade da informação assim como a necessidade proeminente da continuidade da tutela do direito autoral são verdadeiros institutos que se apresentam nesse novo e indigitado paradigma de forma eminentemente irreversível, de sorte que a busca de veículos eficazes com o escopo de colaborar com a perfeita harmonia entre esses dois órgãos é o grande desafio de encontrar esse necessário mutualismo.

Há quem discute o papel da sociedade da informação na construção de uma sociedade global voltada para o bem comum, criticando o conceito de civilização global,

¹¹⁵ A edição é do ano de 2001.

¹¹⁶ <http://riotransparente.rio.rj.gov.br/>

afirmando que é uma visão tendenciosa, um sonho sectário de uma minoria extremamente privilegiada, este, por exemplo, é o posicionamento de Quéau¹¹⁷.

Fábio Barbosa¹¹⁸ propõe de forma bastante arguta em seu trabalho que a melhor forma de chegar a tal desiderato é trazer como fundamento o marco da teoria tridimensional Realiana, o que certamente irá desaguar no questionamento da eficácia social do direito autoral na atualidade, temática que será especificamente aprofundada em sub-capítulo próprio, a despeito da possibilidade de se trazer essa referida discussão, neste momento, à guisa de intróito.

Demais disso, é de bom tom que se focalize na conceituação de sociedade da informação. A história das grandes transformações da estrutura da sociedade humana, ainda em supedâneo em Barbosa¹¹⁹, propiciou variadas denominações de acordo com os respectivos fatos econômicos e sociais que engendraram novos paradigmas, como a sociedade mercantil no mercantilismo, a sociedade industrial na revolução industrial e as sociedades pós-guerras com o advento das duas grandes guerras mundiais.

Assim é que a evolução da sociedade com o influxo causal dos avanços tecnológicos fomentaram a pulverização do conhecimento dando origem às sociedades do saber e do conhecimento, dentre cuja espécie se afigura a sociedade da informação.

Um dos melhores conceitos de sociedade da informação é encontrado no denominado Livro Verde para a Sociedade da Informação do Ministério da Tecnologia de Portugal¹²⁰, *verbis*:

A expressão ‘Sociedade da Informação’ refere-se a um modo de desenvolvimento social e económico em que a aquisição, armazenamento, processamento, valorização, transmissão, distribuição e disseminação de informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na actividade económica, na criação de riqueza, na definição da qualidade de vida dos cidadãos e das suas práticas culturais. A sociedade da informação corresponder, por conseguinte, a uma sociedade cujo funcionamento recorre crescentemente a redes digitais de informação. Esta alteração do domínio da actividade económica e dos factores

¹¹⁷ QUÉAU, Philippe. **A revolução da informação: em busca do bem comum**. Licenciada em *creative commons*, 1998. <http://revista.ibict.br/index.php/ciinf/article/view/365/326>, acessada em 22/11/2009.

¹¹⁸ BARBOSA, Fábio. **A eficácia do direito autoral face à sociedade da informação: uma questão de instrumentalização na obra musical?** in *Direito Autoral. Cadernos de Políticas Culturais*. 2006. p. 359.

¹¹⁹ Op.Cit. p 364.

¹²⁰ http://www.uarte.rcts.pt/documentos/lv_final_red.html#1, acessado em 23/09/2009.

determinantes do bem-estar social é resultante do desenvolvimento das novas tecnologias da informação, do audiovisual e das comunicações, com as suas importantes ramificações e impactos no trabalho, na educação, na ciência, na saúde, no lazer, nos transportes e no ambiente, entre outras.

O desenvolvimento tecnológico, em uma de suas vertentes, consiste na criação de ferramentas de comunicação, um fenômeno que ocorre com tamanha velocidade que traz conseqüências como o descontrole de suas rédeas, o que não traduz em sua totalidade uma forma negativa de ser, isso porque se pode enxergar nessa peculiaridade uma maneira simples de exercer a democracia haja vista não ser controlável por aqueles detentores do poder.

De qualquer sorte, inquestionável é a simetria entre a denominada universalização dos direitos do autor e a abreviação dos canais de comunicação das relações internacionais, porquanto a influência da sociedade da informação na sistemática dos direitos autorais. Esta consideração já era consignada no velho continente ainda na metade do século passado, conforme lições de François Hepp¹²¹. Este autor francês considerava “desculpável” e “explicável” a tutela autoral somente no âmbito doméstico numa época de dificuldades dessas relações internacionais em que se limitavam apenas a intercâmbios e difusões¹²².

Mas não se pode furtar de perceber que o descontrole traz expectativas de destruição, indubitavelmente que um crescimento exacerbado concebe anomalias numa cadeia causal social, contudo, não vemos este fato como legitimador em se colocar nas mãos de poucos o controle da comunicação global, pois este fenômeno está sendo considerado uma conquista democrática e indelegável.

Esse modelo social, que por essência é dinâmico, identifica um novo paradigma de sociedade cujo elemento diferenciador consiste na informação, propiciando um canal de criação do conhecimento e criando expectativas positivas de riqueza e bem-estar na qualidade de vida de todos os cidadãos, desde que todos estes tenha à sua

¹²¹ HEPP, François, **L`universalisation du droit d`auteur. Rousseau et cie.** Paris. 1952. p. 11

¹²² [...] Méconnaissance bien explicable et bien excusable en un temps ou les relations internationales regulieres et profondes etaient plus difficiles, donc moins intenses, et pratiquement se bornaient, en matiere de diffusion et d`échange actifs des oeuvres de l`esprit, aux relations de quelques pays plus specialement europeens don`t le droit et les coutumes etaient à peu de chose pres semblables [...]

disposição as mais importantes e democráticas formas de tecnologia da informação, instrumentos que modernamente estão na condição de indispensáveis ao trabalho e ao lazer.

Evidentemente novos paradigmas implicam novas adaptações; a falta de controle da Internet não pode significar sinônimo de omissão do Estado nos seus utentes quando estes se afiguram com detentores legítimos do direito de informação. A história já comprovou que a mão invisível do mercado não está preocupada com a equidade social, pois este é um papel preponderantemente estatal. Sem o controle do Estado nesse particular, inequivocamente crescerão as desigualdades sociais, notadamente quando se traz como referência um alto grau de exigência como está sendo o conhecimento das ferramentas de comunicação.

O papel do Estado-Legislator e do Estado-Juiz é de crucial importância nessa relação e aqui, diretamente, vem à reflexão a proteção ao direito autoral em cotejo com função da sociedade da informação. De início, traz-se à baila importante observação de Rodrigo Moraes¹²³ que em seu trabalho científico salienta que o antigo dogma de Direito Autoral em ter como principal missão o incentivo à criatividade de autores vem sendo questionado, asseverando que as legislações autorais, em diversos casos, já não representam a melhor maneira de incentivar o desenvolvimento da criatividade.

A influência, por sua vez, da sociedade da informação reclama uma nova releitura da proteção autoral face o advento da digitalização. Já se comentou neste trabalho e alhures que não se pode negar a forte influência mercantil e patrimonialista na proteção autoral, este é um fenômeno intrínseco e histórico que já não possui sustentação teórica para dar continuidade, uma vez que se impõe de maneira inequívoca a necessidade de equacionar o embate dos interesses públicos e privados.

Em outras palavras a legitimidade da propriedade autoral há de ser colocada num processo de ponderação com a efetividade da função social que consiste justamente numa das atividades-fim da propriedade intelectual.

Aqui, entre em jogo o papel do Estado e da Justiça sociais em face do que Moraes¹²⁴ denomina “timidez das limitações previstas na vigente Lei do Direito Autoral”.

¹²³ MORAES, Rodrigo. **A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias.** *in* Direito Autoral. Cadernos de Políticas Culturais. 2006. p. 241.

¹²⁴ Op.Cit. p. 244.

A necessidade do Estado como interventor, no caso concreto seja dando interpretação evolutiva à LDA (Estado-Juiz) ou editando novos preceitos (Estado-Legislator), traduz essa necessidade de justiça social que se faz eco em praticamente todos os espaços do Globo, legitimando, portanto, ações ensejadoras de controle das desigualdades econômicas históricas, porquanto a proclamação universal da igualdade formal entre as pessoas, fruto preponderantemente da luta cristã à existência de uma justiça social.¹²⁵

Justiça social esta diretamente responsável pela reformulação radical do regime de propriedade (agora exercendo sua função social, como postulado básico constitucional), para isso tendo que exercer efetivamente o controle de grande número de atividades sociais, como a economia, política, educação assegurando à sociedade o gozo efetivo desses direitos assim reconhecidos.

Percebe-se a zona conflitante: de um lado a sociedade menos favorecida precisando de políticas públicas de inclusão social, do outro o Poder Público com a obrigação constitucional de ofertar as referidas políticas. Os elementos da equação são: a) demanda exacerbada b) impossibilidade econômica do Estado de prover as demandas c) juízo discricionário do Poder Público em escolher as políticas primordiais d) necessidade real de quem deduz pretensão e) Prevalhecimento do interesse público.

Dos diversos desdobramentos para solução dessa equação acima, especialmente dois argumentos se destacam: Reserva do possível e translação dos direitos sociais da dogmática jurídico-constitucional para as teorias da justiça, econômica e argumentativa.

Canotilho¹²⁶ trabalha especialmente com esses argumentos, fazendo uma construção axiológica de que não basta o argumento e o convencimento para se chegar ao fim ambicionado, o alicerce jurídico é imperativo básico para legitimar o que se pede e justificar uma decisão precedente. Neste particular, salienta Canotilho, não existe uma compreensão, mínima que seja, de direitos sociais para erigir a um alicerce jurídico fundamentador, em suas palavras há muitas fragilidades metodológicas que implicam pré-

¹²⁵ Para o assunto remetemos a A. Machado Pauperio. **Direito e Poder**. Forense, 1981.p. 69.

¹²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudo sobre Direitos Fundamentais – metodologia fuzzy e camaleões normativos**. RT, 2008. p.97.

compreensões somente e que não são legitimadoras de construir um eixo entre a normatividade e a eficácia por intermédio do discurso jurídico-constitucional.

Parece-nos pouco para embasar ou legitimar a ineficácia da busca da efetivação dos direitos sociais em sede jurisdicional, o que não faltam no ordenamento jurídico são conceitos abertos ou em branco e isso, por si só, não autoriza o Judiciário a se eximir de ofertar prestações solicitadas por intermédio dessa via. O fuzzysmo a que faz referência Canotilho é típico de relações sociais em que sempre aparecerão situações novas e desafiadoras de tutela e como tais, consistem plantas nativas, embora até então desconhecidas, que aderem ao terreno fértil da sociedade. Situação distinta é negar a um caso concreto com base e fundamentos que reclamariam o fato naquela situação, mas a cujo resultado indubitavelmente chegou análise meritória; aliás, não seria esta outra coisa senão um discurso jurídico-constitucional.

Nem sempre o Estado necessitará de despesas exacerbadamente significativas para fomentar a função social do direito autoral, isto nos parece patente! O simples fomento estatal no acesso de todos à informação e à cultura (o que nos parece uma obrigação de origens programáticas constitucionais) é ação básica cuja despesa média deve ser razoavelmente prevista em todo plano orçamentário.

O processo revolucionário digital propulsor dessa nova sociedade da informação inquestionavelmente trouxe vários desafios à proteção dos direitos autorais, há quem sustente, como se observará a seguir, que o capitalismo já encontrou seu sistema de *autopoiesis* para lidar com esses novos desafios, como é o caso de novos negócios jurídicos de obras musicais.

Diferentemente do que se apresentava em tempos passados, a velocidade de como as coisas funcionam nesse meio digital provoca uma avalanche qualitativa de resultados, sobre todos os envolvidos, de uma forma manifestamente simétrica, a ponto de se depreender o desenvolvimento de um quadro que se assemelha muito a um movimento autopoietico, o que de certa maneira nos sugere uma confirmação com os nossos pontos de vista.

Em janeiro de 2009, Muller¹²⁷, consultor jurídico da Associação Brasileira dos Produtores de Disco – ABDP, em entrevista para a revista o globo digital afirmou que preocupação não é com quem baixa arquivos, mas com quem está subindo os arquivos, concluindo o pensamento finaliza: a indústria não está preocupada com quem faz *download*, mas com quem cria as facilidades para que isso seja possível.

Nesse mesmo diapasão, no mês de julho deste ano, Garattoni¹²⁸ em artigo para a revista Super Interessante confirma a afirmação da Associação Brasileira de Direito Autoral – ABDA, no sentido de que não vai perseguir judicialmente os fãs de *downloads*

Ainda com esteio em Garattoni¹²⁹ é de bom tom consignar que a União Européia rejeitou um projeto para cortar a Internet de quem faz *downloads* ilegais, também é fato de que autoridades alemães decidiram que só vão julgar, em eventuais processos, quem tiver baixado mais de 3 mil músicas ou 200 filmes e, finalmente, nos Estados Unidos a justiça abriu um precedente nos moldes do que preleciona Lessig, que consiste na derrubada do principal argumento de estúdios e gravadores reconhecendo que um *download* ilegal não equivale a uma venda perdida, pois quem está baixando um filme ou uma música de graça não iria, necessariamente, aceitar pagar por aquele produto.

Nessa mesma linha narrativa, Demócrito Filho¹³⁰, em artigo publicado na Revista Visão Jurídica noticia o *leading case* emanado pela Justiça da Suécia, em 17/04/2009, condenando quatro diretores do *site Pirate Bay*. (possibilita troca de arquivos por meio da tecnologia *bitorrent*) a um ano de prisão e ao pagamento de US\$ 3.6 milhões a título de danos e prejuízos a gigantes da indústria como a Warner Bros, Sony Music Entertainment, EMI e Columbia Pictures por violação de direito autoral.

Esse fenômeno de resultados simétricos a que se fez referência cada vez aumenta mais sob o ponto de vista qualitativo, pois na medida em que a troca de arquivos cresce a cada ano (estima-se que o *Pirate Bay* tenha 22 milhões de usuários) mais os proprietários de direito autoral tentam se adequar a esse quadro, ao que indica irreversível, apostando numa inversão estratégica radical, qual seja, ao invés de combater, começa a

¹²⁷ MULLER, João Carlos. **Direito Autoral: A Indústria contra-ataca**. Revista O Globo Digital. 2009. p. 06

¹²⁸ GARATTONI, Bruno. **A pirataria venceu**. Revista Super Interessante. Junho/2009, p.26.

¹²⁹ Op.Cit. p.26.

¹³⁰ REINALDO FILHO, Demócrito. **Violação de direito autoral na web**. Revista Visão Jurídica nº 39, 2009. p.. 54. 55.

liberar e, a reboque, o judiciário e o legislativo sinalizam no mesmo sentido. Assim é que se observa a contumaz inclinação da justiça em negar autorização a pedidos de fornecimento, pelos provedores, de dados dos usuários ao fundamento da harmonia ao princípio da privacidade, como também a rejeição do parlamento francês a um projeto de lei que permitia aos provedores interromper a conexão à Internet de usuários que compartilham arquivos de música e filme.

Assim se manifesta esse movimento autopoiético nessa relação legal-ilegal que consiste o sistema de comunicação jurídica, a saber: **1)** se os *downloads* a cada ano aumentam mais e se provocam todo esse prejuízo à indústria autoral então a quebra seria um fato real e iminente, mas não é a hipótese que se apresenta....ao contrário, o mercado de venda de músicas em *download* só vem aumentando por conta da publicidade que provoca a liberação, pois muitos preferem comprar e salvar em *ipod's* a baixar e ouvir em seus computadores. **2)** os acervos de arquivos crescem cada vez mais e custeados por grandes empresas, como a *Google* que faz acordo com grandes gravadoras e inquestionavelmente ganha em audiência e venda de publicidades. **3)** Os quatro diretores do *Pirate Bay*, que além de *site*, também é um partido pirata, conforme narrado, foram condenados (em primeira instância), mas, diferentemente do que se julgaria normal, o referido *site* não só permaneceu no ar, como sua audiência cresceu 10%; assim como o seu partido é o segundo mais popular entre os jovens da Suécia e tem 5,1% das intenções de voto. **4)** a Corte Sueca fundamentou sua decisão convencida de que o *Pirate Bay* era dirigido com fins comerciais e a tendência estratégica das grandes gravadoras, sob o ponto de vista processual é de concentrar a demanda em face dos *sites* que permitem a troca de arquivos e não contra os usuários que compartilham os respectivos arquivos, pois além de pouco eficaz e demandar um grande investimento, é iniciativa que gera antipatia dos aludidos utentes da Rede assim como a entidades ligadas à defesa das liberdades civis, completa Demócrito¹³¹, fato que consiste um patente ilogismo em consonância ao princípio da indivisibilidade da ação penal e, portanto, falta de interesse de agir. **5) Conclusão:** mesmo para as condutas sem fins lucrativos o sistema transformou o que inicialmente - sob o ponto de vista formal - era tido como violação de direito autoral, em fato socialmente aceitável, o que acarreta que o denominado ***download* ilegal nada tem de ilegal.**

¹³¹ Op.Cit. p. 55.

Nessa senda é o escólio de Santos¹³², *verbis*:

O direito é um desses sub-sistemas, um sistema de comunicações jurídicas que funciona com o seu próprio código binário: legal/ilegal. O direito só se regula a si próprio. O direito é um ambiente que rodeia os outros sub-sistemas sociais tal como estes são o meio ambiente do direito. Mas, sejam quais forem as vibrações ou perturbações que um dado sistema, em consequência da sua interdependência funcional ou coexistência, possa causar noutro sistema, elas terão irrelevantes se não forem convertidas em respostas ou reacções autopoieticas.

E quanto ao respectivo acesso à rede mundial, à guisa de tipificação constitucional, pode-se enaltecer a atual Carta Magna, em seu artigo 5º, *verbis*:

Todos são iguais, perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: inciso XIV - é assegurado a todos o **acesso à informação** e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. (grifos nossos)

Uma sociedade globalizada implica, entre outros requisitos, o rompimento de fronteiras, o que, por sua vez, desafia os paradigmas de soberania e autonomia estatais. Na verdade, trata-se de fenômeno irreversível e o Direito, como ciência, precisa adequar-se à nova conjuntura mundial.

Sob o ponto de vista democrático e social, a sociedade aparelhou-se com a mais eficaz ferramenta de participação, interagindo praticamente em tempo integral com o Estado acerca dos problemas e decisões e, por consequência, fomentando a construção de um ambicionado estado pluralista.

Nessa linha de pensamento, não mais se pode conceber um indivíduo ou grupo de indivíduos sem o acesso à informação, embora, lamentavelmente, esse ideal ainda se encontre distante. Enquanto subsistir esse vexatório quadro de segregados sociais, em contrapartida àqueles que desfrutam desse verdadeiro direito desde a mais tenra infância,

¹³² SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. Cortez Editora. 2000, p. 159.

persistirão as desigualdades que historicamente caracterizam o homem liberto e o homem escravo.¹³³

A partir dessa idéia, fica inexoravelmente constatada a importância da informação no cenário não só doméstico, mas mundial, erigindo esse fenômeno à condição de Direito Fundamental.

Ainda no contexto constitucional brasileiro, é importante salientar o preceito do art. 220 da Carta da República, *verbis*: Art. 220. 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. (grifos nossos)

O legislador constitucional anteviu o progresso tecnológico, quando estabeleceu que a proteção à informação será manifestada sob qualquer forma, trazendo especial tutela, consistindo mais um argumento para que seja incluída no elenco de direitos fundamentais.

Por óbvio, não há qualquer direito em termos absolutos e não é diferente quando se trata do direito de informação. Nessa perspectiva de análise, é mister salientar as limitações explicitadas por Grandinetti¹³⁴, tais como direito à intimidade, direito à imagem, direito à honra, normas de estabilização constitucional e valores éticos e sociais.

O Direito à informação é um reflexo absoluto da denominada migração do centro de estudo constitucional do elemento orgânico da Constituição da República para o elemento dogmático, uma vez que a viga mestra dessa tutela repousa na dignidade da pessoa humana com seus desdobramentos no direito da propriedade, direito da personalidade e, sobretudo o ônus imposto ao Estado de intervir para a proteção desses direitos, somente quando se fizer necessário.

A importância cada vez mais sentida e significativa na sistemática do direito à informação trouxe, inclusive, ao próprio instituto, desdobramentos ou repercussões muito mais abrangentes. Atualmente, afiguram-se em pólos eminentemente distintos aqueles que emitem a informação e aqueles que a recebem, pois nessa seara, encontram-se direitos e obrigações distribuídos entre tais atores. Não mais é tolerada a simples divulgação de uma

¹³³ Essa também é a conclusão da Dra. Líliliana Minardi Paesani in **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. São Paulo. Editora Atlas, 2000, p. 17.

¹³⁴ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar, p. 53 *usque* 78.

informação, eis que se faz necessário que a dita informação esteja em sintonia com a verdade, pois informar, nesse sentido, é transmitir fatos ou acontecimentos presentes ou passados, quadro em que se descreve realidade acontecida e não mera abstração pessoal da mente humana; em contrapartida, aquele que recebe essa informação, tem o direito de a receber de forma real, sem qualquer viés.

Aqueles, a que a informação se destina, possuem, dessa forma, o direito de receber notícia de fato verdadeiro e, ao mesmo tempo, a faculdade de exercer esse mesmo direito, bastando que eleja, ao seu livre arbítrio, aquilo que lhe está sendo ofertado como acesso, seja por convicções sociais, religiosas ou políticas.

A história da humanidade é uma verdadeira liturgia de rupturas do antigo para o atual; uma consolidação de diferenças entre o velho e o novo que, embora possuam fatores assimétricos, guardam uma linha de desdobramento causal em seu enredo, por isso as palavras de Habermas¹³⁵ no sentido de que: o horizonte das expectativas referidas ao presente, aberto ao futuro, também orienta o acesso ao passado e conclui: ora, a atualidade é entendida como uma passagem para o novo; ela vive na consciência da aceleração de eventos históricos e na expectativa das diferenças

Esse processo de passagem por entre gerações está diretamente relacionado, por óbvio, ao poder da informação; são os modelos de orientação dos passados exemplares que exercem influência sobre os padrões do presente que, por sua vez, exercerão o mesmo poder sobre os padrões do futuro.

Contudo, paradoxalmente, na medida em que esse poder de informação aumenta no âmbito da sociedade, perfaz-se um novo paradigma de fatores que consiste no embaçamento das influências passadas, por conta do aumento do conhecimento e, por conseguinte, no aumento das discordâncias daquilo que, de certa maneira, era imposto pelas gerações passadas, aumentando assim o poder de crítica que nas palavras de Habermas¹³⁶ é a desvalorização do passado.

Na tentativa de exaltar a importância do poder da informação nas transformações sociais, ainda nos esteando em Habermans¹³⁷, este afirma que os fatores pelos quais se intensificaram os debates acalorados em dimensões mundiais acerca da

¹³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Diagnósticos do tempo**. TB editores. 2003. p. 09.

¹³⁶ Op.Cit. p. 10.

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Passado como futuro**. TB editores. 1993. p.. 20 e 21.

Guerra do Golfo diferentemente do que aconteceu na Guerra do Vietnam, foram justamente a racionalidade demonstrativa das estratégias e a **presença sem precedentes da mídia**. Este fato, continua o autor, fez com que se tivesse uma pseudonoção de que a guerra do Vietnam, assim como muitas outras que, inclusive, tiveram um significativo maior número de vítimas, fosse tidas como menos impactantes sob o ponto de vista global, o que consiste um ilogismo.

2.4.2 – Impactos tecnológicos: Eficácia Social:

Ao nosso sentir, configura-se manifestamente como um dos pontos mais intrigantes do presente trabalho e que, por conseguinte, reclama maiores reflexões ao nível das transformações sociais que estão acontecendo, tendo em vista as transições paradigmáticas de valores e conceitos que se fazem notar de maneira inequívoca.

Essas transformações podem se traduzir na necessidade de novas edições de normas autorais adequadas ao novo sistema, na aplicação de novos instrumentos de proteção autoral, a exemplo de contratos eletrônicos e da criptográfica, como também numa releitura das limitações do direito autoral, adequando-se a uma melhor incidência de interpretações evolutivas dos regramentos jurídicos e buscando um equilíbrio nessas novas realidades.

Essa última vertente nos parece a melhor saída para os fatos circunscritos no corte desta pesquisa a fim de trazer a mais eficaz solução de preencher essa lacuna que estar a se manifestar entre o Direito e os novos fatos sociais, conforme salientado por Fábio Barbosa¹³⁸.

À semelhança do que aconteceu em variados momentos sociais no mundo, esses verdadeiros movimentos de rupturas que engendraram, conforme já dito, novos modelos de sociedade, não são poucos os que postulam mais uma, de tantas, adaptação da propriedade intelectual em face das novas tecnologias, como acontecido com o rádio e a televisão *in exemplis*, conforme já salientado neste trabalho. Somos por uma interpretação mais cautelosa a respeito, até porque já ficou caracterizado, inclusive neste trabalho, que a sociedade da informação guarda inúmeras peculiaridades como diferencial dos acontecimentos históricos anteriores, com ênfase, sobretudo, na Internet como a grande

¹³⁸ Op.Cit, p.427.

vertente dessa sociedade, cuja característica eminentemente diferenciadora é a inexistência de controle e isso é fato incontroverso.

Soma-se a isto ainda o nascer de uma nova tribo de perfil autônomo e aparentemente imune a influências sociais que são os denominados nativos digitais, pessoas nascidas dentro de um mundo de informações cuja velocidade é manifestamente incalculável, compreendendo as ações perpetradas por intermédio da Internet de maneira absolutamente natural, e, portanto, socialmente aceitáveis, à exceção de alguns fatos repugnantemente incontroversos.

São adolescentes que hoje contam em média com 13 anos de idade, mas que num futuro próximo já serão inquestionavelmente formadores de opinião. Pessoas que detêm um enorme potencial de capacitação e absorção de conhecimentos, sobretudo, técnicos e que indiscutivelmente não fazem a leitura dos fatos circunscritos neste trabalho à semelhança da preocupação que certamente a maioria os considera.

Castells¹³⁹ já se referiu sobre os adolescentes na Internet da seguinte forma:

[...] Os jogos de papéis (*role playing*) e a construção da identidade como base de interação *on-line* constituem uma parte muito reduzida da sociabilidade baseada na Internet, e é um tipo de actividade que tende a concentrar-se especialmente em círculos de adolescentes[...]

Esses são, portanto, os fundamentos pelos quais urge essas indigitas transformações a serem operadas pelo poder estatal a fim de se harmonizarem com esses direitos fundamentais em jogo.

Ainda com esteio em Barbosa¹⁴⁰ os atributos inerentes à Informática, notadamente na vertente da grande rede mundial, consistiram numa grande e eficaz arma de administrar a burocracia. As suas características de agilidade, praticidade e velocidade de informação indubitavelmente são as grandes responsáveis por esse acontecimento e por isso mesmo o Direito não pode se esquivar de ofertar um tratamento especial.

É evidente que esse fenômeno traz expectativas de infortúnios na seara da propriedade intelectual e, especificamente, ao direito autoral, todavia, não se pode exercer

¹³⁹ Op.Cit. p. 147.

¹⁴⁰ Op.Cit, p.358.

radical interpretação seja lá qual lado possa se enveredar o operador do Direito, há a necessidade premente de se encontrar o equilíbrio dessas forças conflitantes.

A Internet por todas as razões já narradas está se tornando indubitavelmente um sentimento arraigado com fortes tendências prevalecentes na sociedade e esse fato traz inquestionavelmente significantes considerações no conceito de efetividade das normas. Já apregoava a filosofia existencialista de Marx que nenhum ser humano nasce pronto, mas o homem é, em sua essência, produto do meio em que vive.

O universo de usuários da Internet só faz crescer e dentro dele crescem em progressão geométrica os nativos digitais, para estes, o uso da rede sem fins econômicos e à exceção de fatos incontroversamente relevantes, como já dito, são condutas eminentemente naturais e, portanto, o direito do exercício de tais condutas traduz o simples e inquestionável desempenho concreto exercício duma função social e como tal, o Estado tem o dever de preservar e realizar.

Esse fenômeno representa, nas palavras de Barroso¹⁴¹, a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social e completa o autor que a falta de cumprimento espontâneo das normas jurídicas implica a insubmissão numericamente expressiva aos preceitos normativos, caindo em desuso, conseqüentemente, todo o aparato legislativo.

Daí a importância da releitura das limitações do direito autoral, para que aqueles casos em que inquestionavelmente precisam de uma tutela estatal não fiquem contaminados pela ineficácia social, razões pelas quais, o paradoxo consiste na necessidade de uma nova interpretação das limitações do direito autoral afim de preservá-lo; dessa maneira essa ponderação ou releitura trará o equilíbrio desejado consistindo, como preleciona Kelsen¹⁴², no fator real da norma ser efetivamente aplicada e observada.

Aqui é ponto crucial na própria teoria do direito, os novos fins propostos à mudança das ações do Estado por conta do denominado Estado Social, configuram um novo paradigma de técnicas de controle social e aqui, amparamo-nos em Bobbio¹⁴³ para

¹⁴¹ BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Renovar. 2009. p. 83.

¹⁴² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, Ed Armênio Amado, 1979. p. 30.

¹⁴³ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função. Novos estudos de teoria do direito**. Manole, 2007.

trazer como fundamento, a necessidade dessa releitura das limitações do direito autoral, como função promocional do direito. Não é com amparo à função repressiva da LDA que os fins de tutela autoral perseguidos serão alcançados¹⁴⁴, pois o próprio Bobbio¹⁴⁵ assevera que a teoria que vê no direito um conjunto de normas de um só tipo (neste caso, as negativas) é manifestamente falsa.

No aspecto ideológico é evidente que a fundamentação trazida assemelha-se a contornos de direcionamento das funções do Estado e a reapropriação do Direito pelas camadas sociais populares, até porque, até este ponto da pesquisa, não se leva em consideração a possibilidade de atipicidade de condutas sob o ponto de vista material, situação a ser analisada em capítulo próprio, o que confirma uma ideologia de estimulação de transformação progressiva do direito-coerção para o direito-liberdade.

Precisamente nas circunstâncias estudadas, valendo dizer, na conduta daqueles usuários que fazem uso da Internet sem fins lucrativos e que, por conseqüência, criam a expectativa de violação do direito autoral, sobretudo pelos argumentos até aqui trazidos à colação, somos pela releitura da LDA como ordenamento com função promocional no aspecto evolutivo-interpretativo, pois nas palavras ainda de Bobbio¹⁴⁶ o momento inicial de uma medida de desencorajamento é uma ameaça; já o de uma medida de encorajamento, uma promessa. A ameaça de uma norma, cujo fato é preponderantemente eivado de déficit de eficácia social, é manifestamente inexistente...

Ainda nessa senda, algumas proposições não podem deixar de ser estabelecidas à guisa de conclusão do que se discute neste capítulo sob o ponto de vista axiológico, como a análise de quais os fatos ou as circunstâncias que tornam uma norma jurídica socialmente existente, como também a digressão de se imputar somente ao Poder Legislativo toda a responsabilidade pela existência de uma norma manifestamente ineficaz. Reale¹⁴⁷ preconiza nesse sentido que “o reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legizam, mas não é dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica”.

¹⁴⁴ Sempre é de bom tom ressaltar que a comparação é à guisa do corte epistemológico proposto neste trabalho.

¹⁴⁵ Op.Cit. p. 03.

¹⁴⁶ Op.Cit. p. 18.

¹⁴⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. Saraiva, 2002. p. 611

O autor¹⁴⁸ afirma que são problemas afetos à Filosofia do Direito, mas somente a Filosofia Jurídica indaga das condições primeiras de validade do Direito em seus três aspectos: o ético, o técnico-jurídico e o histórico-social.

Com esteio ao mesmo autor, a análise da eficácia perpassa pelo estudo do fundamento do Direito. Há de se distinguir fatos ou situações que consistam apenas em fundamentos particulares ou empíricos ou se compreendem valores que resultam em fins ensejadores de relações intersubjetivas. Para a primeira característica, a responsabilidade se limita à Política de Direito em que cabe a esta, a cada caso concreto, resolver qual a norma mais adequada ou convenientemente pertinente; no entanto, quando se observam mudanças genéricas de relações intersubjetivas, a responsabilidade recai sobre a Teoria Geral do Direito e sobre a Sociologia Jurídica, uma vez que a necessidade proeminente consiste em interpretar os anseios da evolução social, Reale¹⁴⁹ afirma que ..é penetrar no mundo das exigências axiológicas para determinar as possibilidades de realização de formas de coexistência social que sejam positivas.

Por tudo que já se classificou neste trabalho acerca da Internet como componente e fundamento de uma nova sociedade, denominada sociedade da informação, julgamos que toda essa interatividade social que provocou a grande rede, bem como esse novo corpo social que está se formando com esses novos paradigmas, apresentam-se muito mais do que simples indicativos a confirmar que não se tratam apenas de simples generalizações empíricas, ao contrário, constituem um novo ciclo de cultura e civilização que reclamam novas formas possíveis de convivência segunda a natureza de conteúdo axiológico e, como conseqüência, demanda uma nova releitura a fim de encontrar um novo modo de positivar o Direito para salvaguardar todos os atores sociais envolvidos.

Uma norma pode nascer fadada ao insucesso; são variadas as situações que podem levar a esse quadro, como a incongruência dos meios ou a imprevisibilidade dos fins. Ao contrário, uma norma pode passar a ser ineficaz por motivos supervenientes, como fatos que modificam realidades ou valores novos que modificam a realização do justo.

A norma não é o mais puro modelo do ideal, porque o ideal é uma quimera dentro de uma sociedade heterogênea; as políticas públicas estão voltadas para realização

¹⁴⁸ Op.Cit. p. 586.

¹⁴⁹ Op.Cit. p.. 589.

do equilíbrio que em diversas situações traduzem ponderação de princípios, ou seja, a cada caso concreto, o prevalecimento de um bem em detrimento de outro; a necessidade proeminente do amparo às classes mais favorecidas, porquanto a norma circunscreve uma gama de classe de ações exigida, permitida ou proibida da sociedade, finalizando Reale¹⁵⁰, como a necessária e efetiva correspondência no seio do grupo.

Essa correspondência significa a adequação dos postulados da norma ajustados às condutas do corpo social, relação esta que nem sempre se casa quando a exigência da vida social é significativamente maior do que as pretensões técnico-formais da norma. Esse fenômeno, ou seja, esse desgaste da norma é sentido quando se observa um aumento gradual dos conflitos aparentes com outras normas por conta não só de processos vitais de usos e costumes como também da necessidade primordial que reclama a recrudescente tutela dos direitos fundamentais difusos e coletivos, como no exemplo dos direitos à informação, do acesso ao conhecimento e à cultura.

Esse aspecto é de primordial importância ao nível de controle, o paradoxo consiste justamente em lapidar o núcleo essencial do objeto tutelado e divorciar-se daqueles elementos, que embora pertençam ao todo não fazem parte de sua essência, uma vez que o fenômeno que consiste o aumento da distância entre a realidade social e os postulados normativos socialmente ineficazes, caso não combatido (interpretações evolutivas e abrevogações), não só contaminará todo bem protegido pela norma como também se mostrará eficiente para desprestigiar todo cabedal normativo do Estado.

As perspectivas e os postulados da LDA brasileira, especificamente cotejada, podem ser perfeitamente adequadas à nova realidade que proporciona a tecnologia digital; e na senda de construir uma interpretação que possa separar o que é núcleo essencial dos demais elementos, podemos contribuir com os seguintes parâmetros preceituais:

Primeiro, trazendo à baila o discurso de que a existência da delimitação temporal da proteção autoral tem como fundamento o domínio público visto pela ótica da função social da propriedade intelectual ou nas palavras de Sávio Soares¹⁵¹ tornam-se suscetíveis de limitação temporal diante do interesse público de que a obra seja amparada por lapso de tempo delimitado, com vistas à manutenção de um equilíbrio entre o direito

¹⁵⁰ Op.Cit. p.. 606

¹⁵¹ SOARES, Sávio de Aguiar. **Direitos Autorais da Utilização Pública da Obra Musical**. Revista da ABPI nº 96, 2008. p. 29.

individual do criador em gozar de suas garantias fundamentais e o direito à informação e ao conhecimento que se busca incessantemente, implicando a noção de domínio público, não seduz por conta da velocidade, aqui e alhures já comentada, inquestionável das informações pela via da rede mundial, o que traz uma manifesta incongruência com o referido lapso temporal de proteção da LDA (sem cogitar do direito sucessório); ou seja, qual o interesse público cultural de uma geração que virá daqui a, no mínimo, setenta anos, em que informações e tecnologias que contam apenas alguns meses já são consideradas obsoletas?

Segundo; ainda em esteio a Sávio Soares¹⁵², a cobrança dos direitos autorais musicais passa, necessariamente, por um processo de equidade obedecendo a uma tabela nacional de preços com abrangência nacional, cujos valores são variados, levando-se em conta, classe de usuário, capacidade socioeconômica da unidade de federação e nível populacional do município em que esteja localizado o utente. Não são necessárias maiores lucubrações para se chegar à ilação de que o advento da Internet tornou-se essa metodologia de aferição manifestamente desproporcional, por conta de prováveis desacertos com valores injustos; também não é menos insignificante que este fato por si só não autoriza um processo anarquista de liberdade, contudo, a idéia é de trazer fatos que indubitavelmente consistem em indicativos de mudanças proeminentes na relação de direito autoral e Internet.

Terceiro; na medida em que o advento da Internet reforça a colisão aparente de princípios constitucionais, ganha muito mais robustez a corrente doutrinária que sustenta ser *números apertus* o dispositivo que trata das limitações do direito autoral, considerando que normas que contemplam direitos fundamentais não de ser interpretadas ampliativamente.

2.4.3 – Impactos tecnológicos: *Creative Commons*:

A literatura preponderante é extraída do livro de Lawrence Lessig, traduzido por Fábio Emilio Costa, no Brasil intitulada *Cultura Livre* e editada sob o regime do Creative Commons (cc).

¹⁵² Op.Cit. p. 31.

Já em seu âmbito prefacial, Lessig¹⁵³ faz menção à Sociedade em Rede, título que leva a obra de Manoel Castells, aduzindo que o fluxo de informações que emerge de tal sociedade é algo ainda complexo o que faz gerar uma específica batalha com dois atores bem definidos: de um lado os denominados monopolistas da informação, utilizando-se da força do *copyright* com intuito de barrar a inovação tecnológica e a potencialidade na divulgação da bagagem cultural da humanidade promovida pela Internet e, de outro lado, pessoas que procuram justamente potencializar essa transformação de maneira tão exacerbada a ponto de igualar esta força aos parâmetros transformadores do iluminismo.

A dificuldade do entendimento da aludida batalha já se faz sentir quando Lessig declara que ambos os lados possuem razão para temerem. Assim, a mercantilização da cultura *versus* uma cultura ampla, criativa, forte e participativa consiste nos respectivos pólos que engendram argumentos a sustentar suas respectivas ambições; a essa batalha e que faz referência o trabalho de Lessig.

É de bom tom que se traga ao estudo que o referido autor não fomenta um ataque de morte ao sistema *copyright*, mas verbera o caminho que está tomando o impacto das novas tecnologias sobre a cultura, ao analisar o rumo dado pelos grandes grupos favorecidos pelo direito autoral com o viés nitidamente corporativista criando assim um mecanismo perpétuo de monopólio cultural e, a reboque, um revés aos benefícios sociais.

Também é importante esclarecer que o *creative commons* não é o foco principal deste trabalho sem embargo de que consista numa ferramenta importante que servirá de alicerce a uma fundamentação conclusiva que se possa tirar desta pesquisa, porquanto, o que se pretende estabelecer superficialmente nas próximas linhas são os pontos principais que sustentam ou que suscitam a criação de tal sistema.

Os primeiros argumentos que sustentaram o nascimento do *creative commons* estão ligados à análise do impacto que as novas tecnologias proporcionam, sobretudo aos direitos autorais, desse modo, inicialmente Lessig¹⁵⁴ se reporta ao invento dos irmãos Wright (avião), nada obstante a história imputar tal façanha ao brasileiro Santos Dumont, mas que naquela ocasião, no estado americano da Carolina do Norte,

¹⁵³ LESSING, Lawrence. **Cultura Livre**. Licenciada em *creative commons*. 2009. p. ix

¹⁵⁴ Op.Cit., p.03

precisamente em 17 de setembro de 1903, foi relatada pelos EUA como o marco inicial da aviação.

Lembrou Lessig que nessa mesma época vigorava na América do Norte uma lei preconizando que a extensão de uma propriedade perpassava pela superfície da terra sob o ponto de vista vertical em que as duas extremidades consistiam, abaixo do chão, o centro da terra e, acima deste solo, todo espaço por uma extensão indefinida para cima.

Não há necessidade de maiores lucubrações para evidenciar o manifesto conflito que certamente seria criado entre as iminentes rotas de vôos das aeronaves com o princípio insculpido naquela norma tradicional americana.

E não foi outra hipótese senão passados quarenta anos, precisamente em 1945, a Suprema Corte Americana se viu diante do caso dos fazendeiros Causbys quando estes processaram o Governo Americano pelo fato da aviação militar rasante prejudicar suas criações. De observar-se que, mesmo que as aeronaves não tocassem o solo dos Causbys, a interpretação legal sugeria uma violação de suas propriedades devido à extensão vertical que pressupunha tal norma.

A despeito de o congresso americano ter declarado como públicas as rotas aéreas, ficava ainda a perspectiva de se interpretar como uma expropriação sem a devida indenização e, portanto, eivada de inconstitucionalidade em face do inquestionável direito de propriedade.

Reconhecendo que a lei comum que preconizava a extensão da propriedade até a periferia do Universo era um doutrina antiga, a Suprema Corte, em um único parágrafo, apagou com a eficácia de centenas de anos que possuía a aludida norma de propriedade, conforme lavra do Juiz Douglas, *verbis*:

A doutrina não cabe no mundo moderno. O ar é um caminho público, como o Congresso declarou. Se assim não fosse, todo vôo transcontinental seria alvo de infinitos processos por invasão. O bom senso fica revoltado diante de tal idéia. Reconhecer tais apelos privados pelo espaço aéreo iria obstruir esses caminhos, interferindo com seu controle e desenvolvimento para o bem público e transferindo para a propriedade privada o que apenas o público poderia ter um direito justo.

Numa segunda etapa de sua construção argumentativa, Lessig¹⁵⁵ se reporta a Edwin Howard Armstrong como o responsável pela transformação da comunicação do rádio. Armstrong descobriu a frequência modulada (FM) realizando sua demonstração em 5 de novembro de 1935, em Nova York.

Indubitavelmente foi a descoberta de uma tecnologia radiofônica manifestamente superior aos parâmetros então existentes que consistia a amplitude modulada (AM).

Fato interessante é que Armstrong nessa época trabalhava para RCA, principal empresa dominante no mercado de rádios (AM) americano. Diante daquela apresentação da frequência modulada (FM) por Armstrong, em Nova York, não ficou difícil de entender a preocupação ou até mesmo a insatisfação do presidente da RCA com o invento que na verdade se demonstrara uma verdadeira revolução de radiotransmissão a ponto de iniciar uma nova indústria capaz de competir com os interesses de sua empresa.

Assim, a RCA conseguiu que Armstrong mantivesse sua invenção dentro de suas dependências por pelo menos dois anos sob o argumento de que seriam necessários testes adicionais. Paralelamente a isso, a RCA começou a usar de sua influência junto ao governo com o intuito de dificultar a implantação da frequência modulada (FM).

A estratégia era de levar a frequência modulada (FM) para uma faixa diferente de espectro a fim de que castrar de vez com esses tipos de rádios. Fatores preponderantes fizeram com que a RCA tivesse sucesso em sua empreitada, como o início da segunda grande guerra mundial, pois assim todas as atenções foram distraídas, como também a aposta na televisão. Desse modo os usuários de rádios FM foram movidos para uma faixa de espectro totalmente nova e a potência dessas rádios também foram consideravelmente diminuídas.

O pior ainda estava por acontecer, pois a RCA incorporou a tecnologia FM em seus padrões de televisão e, mesmo sem nenhuma base, postulava a invalidez das patentes de Armstrong, negando-lhe, assim, o pagamento de royalties.

Esta era uma guerra jurídica muito dispendiosa e Armstrong só conseguiu forças para lutar por um seis anos.

¹⁵⁵ Op. Cit. p. 04.

Acontece que o tempo passou e as patentes expiraram-se, a RCA, por conta disso, ofereceu a Armstrong um acordo tão vil que sequer cobria os gastos que este havia tido com advogados. Derrotado e falido, em 1954 Armstrong suicidou-se.

Nem sempre tão trágica, mas é assim a história do poder econômico e o sistema legal de normas, tentando quase sempre legitimar seus interesses sob uma retórica baseada no interesse público.

A RCA tinha o que os Causbys não tinha, finalizava Lessig¹⁵⁶: o poder para reduzir o impacto da mudança tecnológica.

Fica aqui a reflexão para os próximos capítulos: a Internet é sinônimo de mudança tecnológica e não é diferente vislumbrar a insatisfação que recai sobre alguns grandes detentores de direito autoral, mas a grande diferença é que, diferentemente da frequência modulada (FM) ou do avião, a grande rede não tem um inventor específico, ou melhor, não tem um proprietário e está fazendo o rompimento da relação livre-controlado.

Nessa contextualização formam-se razões de que a idéia principal é que o *creative commons* surgiu para simplificar a sistemática de direito autoral, partindo do pressuposto de que atualmente a influência da velocidade das informações trouxe inúmeras dificuldades (ou até impossibilidades) de se gerenciar determinadas obras intelectuais, notadamente as músicas, fotografias e vídeos.

Desse modo, o *creative commons* proporciona a criação de um sistema de licenciamento em que o detentor da obra direciona ao público quais os modos e as possibilidades ou não do livre uso desta sua obra.

¹⁵⁶ Op.Cit. p. 07.

CAPÍTULO 03

Elementares Constitutivas e Vias de Acesso.

3.1 – Elementares Formais e Materiais da Violação do Direito Autoral no Regime Tecnológico:

Nesse momento, a pretensão é de analisar os possíveis resultados que foram proporcionados pelos desafios surgidos no âmbito desse novo regime tecnológico que emanou, em todo seu elastério, notadamente das duas últimas décadas.

A leitura se faz no sentido de que essas indigitadas mudanças estão adstritas tanto no campo material quanto no campo formal dos direitos autorais, uma vez que esses novos paradigmas da sociedade de informação proporcionam a necessidade de um novo cotejo à harmonia do princípio da autonomia da vontade privada, contextualizando a presunção tácita de autorização da obra intelectual, como regra e da desautorização, como exceção, por conta da inexistência de dano e da previsibilidade de vantagens; bem como do princípio da função social da propriedade autoral com a proibição do retrocesso social.

3.1.1 Função e Irreversibilidade Sociais da Propriedade Autoral:

Refletindo, primeiramente, acerca da função social da propriedade autoral, percebe-se na história que a retórica sempre se baseou na necessidade da proteção legal aos bens intelectuais, pois não havia ainda outra forma de tutela senão a sanção moral aos plagiadores, pessoas cuja conduta era manifestamente inaceitável no seio social, sendo que a inibição moral, inquestionavelmente, tinha um grande déficit de efetividade, com a proeminente necessidade de edição de normas em sentido formal.

Interessante ressaltar que as passagens históricas fundamentam o embrião de função social que a propriedade intelectual exerce, como também explicam a evolução etimológica da expressão plágio, muito bem esclarecida por Rodrigo Moraes¹⁵⁷, *verbis*:

¹⁵⁷ Ob.Cit, p. 246.

Plagiário vem do latim plagiarius. Era quem, na Antiga Roma, roubava escravos ou vendia como escravos indivíduos livres. O vocábulo tem sua origem na Lex Fúbia ex plagiariis. A expressão foi trazida para o campo literário através de uma metáfora criada pelo poeta Marcial, que, no século I, comparou o roubo de versos de suas poesias pelo rival Fidentino a uma criança que tivesse caído nas mãos de um seqüestrador. Daí a explicação do desvio sofrido pelo vocábulo plagium na evolução etimológica. A expressão passou a significar, figurativamente, essa apropriação fraudulenta. Plagiário, nos dias atuais, designa o salteador de uma criação intelectual.

A imprensa de Gutenberg inegavelmente trouxe uma nova perspectiva comercial aos editores, uma tutela eminentemente patrimonialística e não uma ação voltada à preservação dos direitos intelectuais propriamente ditos, nada obstante, considerando a democratização do acesso à cultura e à informação, a Internet é um pilar exemplar de ferramenta eficaz ao fomento da função social da propriedade intelectual, o que de certa maneira inverte esse quadro inicial das tutelas autorais. Alexandre Dias Pereira¹⁵⁸ salienta que a imprensa era uma nova atividade econômica, e com ela surgiria a moderna indústria gráfica e floresceria o comércio de livros

O próximo passo, então, é cotejar os postulados constitucionais e identificar a existência de sua harmonia com a perspectiva funcional da propriedade intelectual, para isso, a leitura inicial se debruça sobre o inciso XXIII do art. 5º da CFRB que preconiza: a propriedade atenderá a sua função social. Atender à sua função social é explicação extraída da doutrina e jurisprudência, com exceção à propriedade urbana (art. 182§ 2º), que remete às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, norma constitucional esta regulamentada pela Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade; bem como à propriedade rural (art. 186), fato que, inicialmente, já nos traz imensa dificuldade de aparelhamentos argumentativos a fim de se chegar a uma conclusão.

A despeito das diretrizes constitucionais; como dito, é pacífico na doutrina o dilema para se chegar a um entendimento correto do que consista a finalidade de atendimento à função social, temática dividida inclusive em escolas dogmáticas. Naturalmente esta não é a discussão deste trabalho, no entanto, não é impertinente consignar que a função social da propriedade, nada obstante suas divergências doutrinárias,

¹⁵⁸ PEREIRA, Alexandre Dias. **Direitos de Autor, da Imprensa à Internet**. Revista ABPI nº 64, 2003. p. 21

guarda um escopo direto com o interesse social, e nesse viés fundamentaremos nosso posicionamento quanto à temática.

Destarte, compreender o conceito de propriedade como vago pode até dar azo ao que se denomina alargamento da função social, contudo ao encaixá-lo no estatuto dos direitos autorais não consiste uma forma de ampliação injustificada dessa tutela ou nas palavras de Tepedino¹⁵⁹: “a função da propriedade tem configuração flexível”.

Nessa seara, o primeiro dispositivo a ser analisado é inciso XXIX do art. 5º da Constituição Federal que assim preconiza: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, **tendo em vista o interesse social** e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. (grifamos).

A seguir, passamos a analisar o inciso XXVII do referido art. 5º da Constituição Federal, que assim reza: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

De uma leitura atenta aos dois incisos, depreende que a expressão **interesse social** não se encontra no inciso XXVII, o que não quer dizer que a funcionalização da propriedade está adstrita somente ao denominado direito industrial e excluída do direito autoral. É manifestamente patente o ilogismo de tal conclusão, Moraes¹⁶⁰ fundamenta com precisão na necessidade de uma interpretação sistêmica da Constituição, fato que subverte totalmente a possibilidade de uma interpretação individualista, nas palavras de Eros Grau¹⁶¹ “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”.

Assim, a interpretação da LDA necessariamente há de se harmonizar ao Princípio da Função Social da Propriedade naquilo que couber, nesse momento essa será a exegese aplicada.

De início, como já dito alhures, os interesses protegidos pela atual LDA inquestionavelmente são de natureza patrimonialística e, portanto, privada. Evidentemente

¹⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Renovar, 2001. p. 280.

¹⁶⁰ Op.Cit. p. 263.

¹⁶¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação do Direito**. Malheiros, 2002. p. 113.

que à luz da Função Social este não deverá ser o único exercício interpretativo, em outras palavras, haverá sempre a necessidade de se adequar variados dispositivos legais ao interesse público, sempre que possível e as limitações ao direito autoral consistem manifestamente o ponto central da realização desse equilíbrio.

Nesse sentido, quanto às limitações, observa Lipszyc¹⁶²:

Algumas têm sido motivadas por razões de ordem social (as necessidades da sociedade em matéria de conhecimento e informação), outras pela necessidade de garantir o acesso às obras e sua divulgação, a fim de satisfazer o interesse público geral. Como ensina Delgado, sua justificação, em muitos casos, encontra-se na ponderação de legítimos interesses conflitantes de produções intelectuais, como na tríade: direito do autor, detentores do direito de exploração comercial e interesse público.¹⁶³

Ainda quanto a proeminente necessidade de se adequar ao interesse público, Allan Rocha¹⁶⁴ traz a seguinte consideração:

[...] desta demanda social advém o princípio da livre utilização que resulta da necessidade de desenvolvimento da sociedade, onde o interesse social deve prevalecer sobre o interesse do autor ou do titular, em suma o interesse coletivo deve prevalecer sobre o individual [...]

O fomento dessas limitações é a grande combustão para realização da harmonia à função social do direito autoral, por conseguinte, o presente Princípio é pedra fundamental para sustentar que os dispositivos que tratam das limitações têm natureza exemplificativa e não exaustiva como pretendem os detentores do exercício de comercialização dos bens intelectuais, uma vez que o Princípio da clausula possui matriz eminentemente individualista, salienta Moraes¹⁶⁵.

¹⁶² LIPSYC, Delia. **Derecho do Autor y Derechos Conexos**. Ed. Zavalia, Argentina, 1993, p. 219.

¹⁶³ Algunas han sido motivadas por razones de política social (lãs necesidades de la sociedade em matéria de conocimiento e información), otras por la necesidad de asegurar el acceso a las obras y su difusión a fin de satisfacer el interes público general. Como enseña Delgado, su justificación, em la mayoría de los casos, radica em uma composición equitativa, cuando no legítima, de la tríada de intereses concurrentes em las producciones intelectuales, a saber, los del autor, los de los explotadores empresariales de las obras y los del público em general.

¹⁶⁴ DE SOUZA, Allan Rocha. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Coleção José do Patrocínio. 2006, p.269.

¹⁶⁵ Op.Cit. p. 264.

Se estiver em jogo aqui a defesa da cultura, informação e conhecimento, naturalmente numa ponderação almejando chegar ao equilíbrio pretendido, a liberdade há de prevalecer sobre a proibição; Ascensão¹⁶⁶ verbera a denominada caça as exceções quando leciona que a propriedade não pode deixar de estar submetida às exigências da função social.

Ainda com amparo à interpretação da LDA à luz da Função Social da Propriedade, novamente Moraes¹⁶⁷ nos traz uma interessante reflexão quando nos lembra que o seu art. 46, I, a inovou quando assegurou não se tratar de ofensa aos direitos autorais a reprodução de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema *braille* ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários.

Então, comenta o autor, o legislador prestou homenagem aos cegos, mas, dizemos nós, em se tratando de harmonia à função social da propriedade, como da dignidade da pessoa humana e, portanto, trazendo uma interpretação extensiva visando sempre contemplar não só os deficientes visuais, mas todos aqueles que, de igual forma, merecem tratamento diferenciado, é de razoável consideração que se deva estender a todos esses que estejam em situação desfavoravelmente semelhante, situação que traz à baila uma considerável parcela da sociedade brasileira, naturalmente empenhando interpretação a cada caso concreto e à semelhança do que exige o referido dispositivo.

Mariano Grandoli¹⁶⁸ já assim se manifesta acerca da função social da propriedade intelectual: En la propiedad intelectual, más que em ninguna outra propiedad, debe considerarse el doble carácter de la misma: INDIVIDUAL Y SOCIAL e finaliza o citado autor: ...os conceptos del padre Rutten y del Papa Pio XI pueden aplicarse perfectamente a la propiedad intelectual, pues en la misma debe contemplarse no sólo el interés del autor, sino también el interés de la sociedad¹⁶⁹.

¹⁶⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação: estudos.** Forense, 2002. p. 135 *usque* 137.

¹⁶⁷ Op.Cit. p. 266.

¹⁶⁸ GRANDOLI, Mariano J. **Duración de la propiedad intelectual.** Tesis para optar al grado de doctor en jurisprudência. Argentina. 1950. p.. 105 e 106.

¹⁶⁹ “Na propriedade intelectual, mais do que em outra propriedade, deve-se considerar o duplo caráter daquela: Individual e Social”. “ Os conceitos do padre Rutten e do Papa Pio XI podem aplicar-se perfeitamente na propriedade intelectual, pois nesta deve contemplar não só o interesse do autor, como também o interesse da sociedade”.

Todos esses aspectos que resultam limitação de direito autoral decorrem da condição do rol exemplificativo dessas respectivas limitações e, por conseguinte, consiste responsabilidade dirigida ao intérprete da lei. A diretiva da União Européia para Direitos Autorais (2001/29/EC) já sinalizava para esse fenômeno quando estabeleceu algumas exceções ao direito exclusivo do autor que poderiam ser aplicadas pelos seus Estados-membros em suas respectivas leis nacionais quando em jogo interesse público, tendo em vista as utilizações do meio digital.

Fragoso¹⁷⁰ salientou acerca dessa particularização e fechou o raciocínio da seguinte forma:

Os aspectos acima esboçados nos leva a concluir que as limitações estabelecidas em nossa lei não podem ser taxativas, em especial quando nos situamos em um País com tantos e tão grandes atrasos na área educacional; devem, pelo contrário, ser objeto de avaliação do Judiciário; acima de tudo, a interpretação das disposições da lei deve ser pautada pelo bom senso e pelo interesse público, atentando-se para os fins a que se destinam as obras utilizadas com as cautelas necessárias para cada utilização.

Esse tipo de interpretação de uso justo já é previsto, por exemplo, na Convenção de Berna¹⁷¹ e é o que se denomina regra dos três passos que consiste delimitar se a reprodução: **1º passo:** encontra-se entre aqueles certos casos especiais (informação, ensino, crítica, comentários etc); **2º passo:** não afeta a exploração normal da obra e **3º passo:** não cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do seu autor.

O professor Machado¹⁷² do grupo de pesquisa em políticas públicas para o acesso à informação – GROPAI, da USP afirma que nem a Convenção de Genebra – pré-Internet – e nem as Conferências de Estocolmo e Berlim previam o surgimento da referida Rede Mundial e tampouco possuem definições claras sobre o que significa “caso especial” e “prejuízos causados” respectivamente nos passos 2 e 3.

Assim, propõe o citado autor uma leitura atualizada adequada à reprodução por meios digitais da indigitada regra dos três passos, cuja perspectiva se apresenta da seguinte maneira: **1º passo:** Os meios digitais constituem um caso especial, por sua peculiaridade; **2º passo:** não prejudica, por permitir cópias infinitas sem prejuízo à

¹⁷⁰ Op.Cit. p. 311.

¹⁷¹ Brasil, Decreto 75.699, de 06/05/1975:, art. 9; 2

¹⁷² MACHADO, Jorge. Artigo extraído de [http:// www.gpopai.usp.br/wiki/index.php](http://www.gpopai.usp.br/wiki/index.php). acessado em 26/11/2009.

original; **3º passo:** desde que sem fins comerciais e sem ofensa aos direitos morais de atribuição, não causa prejuízos.

Quanto à idéia da proibição do retrocesso social, de início, não se pode furtar de deixar consignado a resistência por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras em aceitar como Princípio insculpido na atual Carta da República, ao contrário de países como Portugal, Alemanha e Itália em que há um nível de desenvolvimento muito mais significativo, razão pela qual traçaremos um pequeno esboço para finalmente o interpretar numa passagem específica, no cotejo da antiga com a atual LDA brasileira.

Embora manifestamente reconhecidos tanto pela doutrina como pela corte suprema do país, como direitos fundamentais e, portanto, intangíveis por força de cláusulas pétreas, os direitos sociais indubitavelmente consistem num grande desafio estatal quanto à manutenção de suas conquistas, seja pelo fomento de sua efetividade, seja pelo seu esforço de preservação da sua defesa.

Inicialmente já se pode colocar como parâmetro a denominada cláusula aberta de inserção insculpida no art. 5º§2º do texto constitucional preconizando que os direitos e garantias expressos na carta constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, dessa maneira, já se pode associar, ao menos, os postulados da justiça social assim como o da dignidade da pessoa humana como harmônicos ao princípio da proibição do retrocesso social.

O desenvolvimento do princípio passou por algumas etapas de evolução, inicialmente a Alemanha cingia-o a prestações de seguridade social e no início da década de 80, Portugal alargava a todas as prestações do Estado com mira aos limites da ação do Poder Legislativo. Canotilho¹⁷³ assevera que os direitos sociais apresentam uma dimensão subjetiva decorrente da sua consagração como verdadeiro direito fundamental, trazendo obrigação do cumprimento aos denominados direitos derivados a prestações a fim de garantir a concretização dos direitos reconhecidos pela Constituição, conseqüentemente assumindo condição de direitos de defesa contra medidas retrocessivas ou reducionistas dos

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.539.

direitos sociais já conquistados. Em outra passagem¹⁷⁴, reza que se trata da consagração da inversão da lógica – o legislador cria os direitos sociais, o legislador dispõe dos direitos sociais e nas palavras de Cristina Queiroz¹⁷⁵ o princípio da proibição do retrocesso social, como vem designado entre nós pelo Tribunal Constitucional, determina que, uma vez consagradas legalmente as prestações sociais (v. g., de assistência social), o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações.

Entre nós, podemos ainda trazer os postulados constitucionais de redução das desigualdades sociais, de uma sociedade solidária e de uma justiça social como vontade expressa do poder constituinte originário e, por conseguinte, constituindo uma natureza principiológica de conquistas sociais que só podem caminhar a uma única direção....**ao progresso!** Ademais, ainda podemos destacar no campo doutrinário brasileiro o reconhecimento do aludido Princípio com esquete, entre outros, em José Afonso da Silva, Lênio Luiz Streck, Luis Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos e Ingo Wolfgang Sarlet.

Esse conteúdo se deduz pela observância do alcance de direitos sociais que determinam um certo grau de concretização que uma vez alcançado ou ainda que não existente, mas previsto em norma constitucional, não pode o Estado legislador suprir ou reduzir essa concretização senão com mecanismos equivalentemente substituídos por força de políticas públicas pertinentes a cada contextualização.

Como já salientado; objeções não faltam ao referido Princípio, a despeito dessa controvérsia, observa-se semelhante quadro nebuloso em nossos tribunais, contudo, podemos enxergar em alguns julgados de nosso pretório excelso, manifestações no sentido do reconhecimento em nossa carta constitucional, embora ainda essa corte suprema não tenha se debruçado de forma definitiva no assunto, como se pode observar nas ADI's nºs 3.105, 3.128, 3.104 e 2.065, esta última de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

É sempre salutar consignar que não há aqui um discurso de apologia a absolutização do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, ao contrário, é manifestamente possível e necessária a realização da ponderação a cada caso concreto quando em determinadas situações fáticas outros princípios poderão vir a prevalecer sobre

¹⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, 2003. p.. 338 *usque* 340.

¹⁷⁵ QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra. 2006. p. 103.

aquele mas que não se traduz, evidentemente, em supressão da regulamentação ou da garantia constitucional previamente estabelecidas.

Precisamente ao ponto, entende-se que atual LDA vislumbra com clareza a violação ao princípio do retrocesso social, especificamente na matéria das limitações ao direito autoral senão vejamos:

É irretocável a idéia de que o acesso à cultura é um direito de todo cidadão; a educação por intermédio da leitura é a mais eficaz via de se chegar a esse desiderato, que na verdade constitui um inquestionável dever do Estado, como bem salientou Bruno Hammes¹⁷⁶, não é que os autores devem custear a educação do povo, mas inegavelmente esse direito do cidadão justifica algumas limitações ao direito do autor. Nesse diapasão, assim tratou o legislador infraconstitucional quando da edição da anterior LDA de 1973, em seu art. 49, II preconizando que não constituía ofensa aos direitos do autor e reprodução em um só exemplar, de qualquer obra, sem intuito de lucro.

Percebe-se, primeiramente, que é um significativo meio de fomentar a educação de toda sociedade, mormente para aqueles menos privilegiados economicamente, o que justifica tal limitação do direito do autor; ademais, não se pode olvidar de ter sido um diploma legal ainda sob o influxo de um período ditatorial de nosso país e, como conseqüência, totalmente desgarrado dos postulados democráticos de nossa atual carta cidadã, cuja eficácia adveio a partir de 1998.

Sem embargo de outras considerações, não se pode esperar uma relativização de tal tutela que sinaliza manifestamente indelével para prestações positivas estatais no sentido de se realizar o acesso à informação e à cultura, sendo assim, inaceitável ainda mais que possíveis retrocessos se dêem no âmbito de nosso atual estágio de democracia e avanços sociais, contudo, de uma leitura atenta a atual LDA de 1998 e, portanto, sob o manto de nossa atual carta da república, parece-nos que, lamentavelmente, o retrocesso se manifestou.

Isso porque quando se estuda o art. 46, II da indigitada Lei 9.610/88, depreende-se que a permissão agora está circunscrita apenas a cópia de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro. A despeito das

¹⁷⁶ HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. Unisinos, 2002, p.110.

críticas já colocadas deste dispositivo, não precisa maiores lucubrações para se chegar à conclusão de que é patente o retrocesso!

Ainda nesse cotejo, a anterior LDA exigia que o pagamento de direito autoral para a execução de obras musicais em frequência coletivas estaria adstrito eminentemente ao intuito de lucro, enquanto que na atual LDA não existe mais essa subordinação especial, conforme lição de Ângela da Fonseca¹⁷⁷:

Cabe ressaltar que o estatuto vigente, ao contrário do anterior (artigo 46 da Lei 5.988/73), não exige mais a existência do intuito de lucro na execução de obras musicais em locais de frequência coletiva nem que os artistas executores das obras ao vivo sejam remunerados, para que recaia a cobrança do ECAD. Sendo assim, até festas beneficentes, que utilizem músicas pré-gravadas ou reproduzidas ao vivo, devem recolher os valores devidos ao ECAD, mesmo que para elas seja concedido um desconto.

Nesse sentido ainda, pertinentes e escorreitas são as palavras de Rodrigo Moraes¹⁷⁸, *verbis*:

Por outro lado, não é exagero afirmar que a LDA-98 brinca com a realidade social do país. Ironiza a situação caótica de milhares de alunos e professores brasileiros, desprovidos de recursos financeiros e sem acesso a bibliotecas de qualidade. É muito mais fácil e cômodo legislar proibindo fotocópias do que valorizar e incentivar uma grande rede de bibliotecas públicas. A LDA-98 reflete as aspirações da indústria editorial.

3.1.2 Ocorrência do Efetivo Prejuízo ou Dano Potencial:

Cabe neste item analisar alguns elementos da responsabilidade civil, notadamente se a conduta dos usuários da Internet, nos moldes do corte deste trabalho, opera-se de maneira contrária às prescrições da LDA, assim como se há efetivamente dano aos detentores das obras intelectuais por conta dessa respectiva conduta.

Conforme se está a demonstrar, somos pela inexistência desses elementos e, por conseqüência, a impossibilidade da ocorrência de reparação por inexistência de responsabilidade civil.

O que vem a ser dano? Da literatura amplamente ofertada se tira que consiste toda lesão a um bem juridicamente protegido e que causa um prejuízo não só de ordem

¹⁷⁷ FONSECA, Ângela Bittencourt da. **Sobre o mercado de arrecadação e distribuição de direitos autorais de utilização pública de obras fonográficas**. Revista da ABPI n° 78, 2005. p. 26.

¹⁷⁸ Op.Cit. p. 305.

patrimonial assim como de ordem extrapatrimonial. A consequência essencial do dano é a dedução de seu ressarcimento; sua existência está subordinando a configuração da responsabilidade civil, a indenização sem a ocorrência do dano importaria enriquecimento ilícito.

Assim, no escólio de Cavalieri¹⁷⁹:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Dessa maneira, de notar-se que o direito autoral está amplamente amparado tanto na esfera patrimonial assim como na esfera moral, contudo, o que se perquire é a efetiva existência ou não de dano para as condutas dos usuários da Internet que neste trabalho foram analisadas.

Fernando Pessoa Jorge¹⁸⁰ preconiza que o dano corresponde à lesão de certo bem que, por sua vez, irá conduzir a um dano concreto ou real. O referido autor lusitano suscita a discussão acerca do aspecto das situações jurídicas em que o dano se insere, vale dizer, se consiste na violação de direito subjetivo, na ofensa ao próprio bem, na lesão à disponibilidade deste bem ou na ofensa ao interesse do titular.

Inclina-se o autor¹⁸¹ no sentido de que o dano deve ser entendido como frustração efetiva das utilidades do bem, ou seja, a situações vantajosas, considerando a existência do prejuízo quanto o respectivo titular não consegue usufruir as utilidades do respectivo bem, ou só consegue fazê-lo com maior esforço.

Nesse mesmo sentido entende Cavalieri¹⁸² quando se reporta a Antunes Varela acerca do referido aspecto de situação jurídica, trazendo a lição deste último, *verbis*:

A gravidade do dano há de medir-se por padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano dever ser de tal modo

¹⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Malheiros. 2005. p. 95 e 96.

¹⁸⁰ JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Almedina. 1999. p.. 381.

¹⁸¹ Op.Cit. p. 382.

¹⁸² Op.Cit. p. 102.

grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado.

Ora, assiste razão a Lessig quando afirma que não há dano aos proprietários de direito autoral quando a conduta se revestir ao moldes do corte deste trabalho, isso porque não há frustração efetiva das utilidades do bem, ou seja, aquele que faz uso da Internet para ouvir uma música *in exemplis* não frustra a utilidade daquele bem porque não comprometeu a sua venda e, por conseguinte, não se cumpriu a exigência de se apresentar um mínimo de gravidade para suscitar prejuízo significativo, inexistindo assim um padrão objetivo necessário para se aferir tal gravidade, situação esta imposta não *ex vi legis*, mas pelo bom senso que rege o princípio da boa-fé, finaliza Pessoa Jorge.

Demais disso, a despeito das inovações tecnológicas, Fragoso¹⁸³ sustenta que o suporte físico não perdeu o seu mercado em sua totalidade, o autor cita fatos como investimentos, lucratibilidade, confiabilidade no sistema, garantida de direitos entre outros como preponderantes para continuidade desses suportes, como por exemplo, *o compact disk – CD*.

Dessa maneira, considerando o custo do suporte físico, a Internet ainda pode ser vista como um instrumento para os artistas ainda não consolidados no mercado ou mesmo para aqueles que detenha uma parcela deste mercado, a rede pode ser vista como uma viabilidade de se libertar daqueles contratos com produtores pelo lançamento de seus álbuns diretamente na Internet. Nesse diapasão, o mesmo João Henrique fecha o raciocínio quando afirma:

[...] outros, já com carreira mais do que estabelecida, seja como uma forma de marketing e até como um meio de combater a pirataria, também o fazem, alguns, até, deixando ao arbítrio do consumidor o valor a pagar e agregando ao produto musical outros produtos, como camisetas, como forma de atração dos fãs. Isto revela que o fenômeno de que a Internet, além de estabelecer um novo modo de acesso às obras, também está criando um novo modo de relacionamento entre o consumidor e as fontes produtoras.

É de bom tom que se deixe esclarecido que esse fenômeno, ao nosso sentir, justifica a tese de que o consentimento do autor é tácito e, portanto, presume-se válido. Não é caso de inexistência de consentimento, conforme exhaustivamente aqui consignado e

¹⁸³

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: da antiguidade à Internet**. Editora Quartier Latin do Brasil. 2009. p.. 262 e 263.

tampouco subverte o direito moral do autor de, a qualquer momento, retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, nos termos do art. 24, VI da indigitada LDA.

Evidentemente que a proteção autoral não se exaure em índices patrimoniais, ao contrário, o denominado direito moral do autor é atraído não só pela exegese da lei, assim como pela observação coerente da realidade, por excelência, que é a proteção da personalidade do autor, conforme lição do autor italiano Candian¹⁸⁴, *verbis*:

Eu disse antes que os índices de natureza não-pecuniários, mas ideal ou direito pessoal do autor são atraídos não só da observação da realidade e pelo sistema, como também coordenados pelas disposições da lei, que é o primeiro resultado exegético a beneficia-se da idéia de publicação como proteção econômica e conseqüente produção de ganhos, mas também a idéia em si, como uma expressão da pessoa.¹⁸⁵

Os resultados do item abaixo em que levam à conclusão de que existe autorização prévia e tácita do autor, trazem a reboque a afirmação de que, à revelia de uma solicitação expressa de suspensão da utilização da obra, não se cogita de conduta contraveniente à ordem jurídica e, portanto, ato jurídico perfeito.

No escólio de Caio Mário¹⁸⁶: O indivíduo pode conformar-se com as prescrições legais, ou proceder em desobediência a elas. No primeiro caso encontram-se os atos jurídicos, entre os quais se inscreve o negócio jurídico...No segundo estão os atos ilícitos, concretizados em um procedimento, em desacordo com a ordem legal.

Assim é que, considerando a autorização prévia e tácita do autor, não há que se cogitar de ato ilícito dos utentes da rede quando suas condutas circunscreverem-se nos exatos moldes do corte epistemológico deste trabalho.

¹⁸⁴ CANDIAN, Aurélio. **Il diritto di autore nel sistema giuridico**. Instituto Editoriale Cisalpino. Milano – Itália. 1955. p. 33 e 34.

¹⁸⁵ dicevo più sopra che gli indici della natura non patrimoniale, ma ideale o personale, del diritto dell'autore si traggono no solo dalla osservazione della realtà e dal sistema, ma dal testo coordinato di più disposizioni della legge, di cui è primo risultato esegetico no essere già oggetto di tutela l'idea in quanto destinata alla pubblicazione e alla conseguente produzione di utili economici, ma l'idea per sè, come espressione della persona..

¹⁸⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil VI**. Forense, 1976. p. 563-564.

Ainda numa perspectiva principiológica, não se pode deixar de trazer à discussão os novos paradigmas constitucionais do denominado Estado Social em que afirma direitos e realiza políticas socializantes, para isso o povo firma um contrato político com o Estado legitimado por intermédio da constituição federal.

Indubitavelmente é o começo de um novo período em que surgem novas funções do Estado com relações diretas nas camadas sociais populares criando o paradigma novo do Direito / Liberdade, constituindo o Estado Democrático como uma modalidade do Estado do Bem Estar, fenômeno este que deverá ter repercussão direta nas legislações.

Um dos vetores desse novo modelo principiológico é a dignidade da pessoa humana, como corolário desse novo atributo do Estado que consiste na sua humanização e, notadamente na constituição vigente, o fundamento se encontra no seu art 3º, III, da CRFB.

Essa é a constituição-quadro ao caso aventado, Princípio basilar insculpido na carta da república e um típico exemplo de norma programática. No tocante ao instituto das obrigações, portanto, no campo privado, dois sub-princípios emanam desse fundamento e ao nosso sentir, fundamentam a tese aqui esposada: Os Princípios da Socialidade e o da Boa-fé.

Nesse primeiro, a explicação tem como fundamento a evolução do denominado direito subjetivo, que nas palavras de Chaves e Rosenthal¹⁸⁷, como se trata de um poder concreto de exigir dos outros o respeito das situações jurídicas, esse fenômeno, influenciado pelo positivismo jurídico assim como pelo individualismo liberal, significa a busca pelo bem individual de forma exacerbada a ponto de converter-se num egoísmo tamanho que camuflava um sistema jurídico profundamente exclusivista exigindo espaço apenas para aqueles portadores de interesses patrimoniais.

A sociedade pós-guerra percebeu que esse direito subjetivo não tinha mais espaço numa sociedade fraterna e deveria, necessariamente, transformar-se para que se correspondesse a uma função social, para isso, impor-se-ia limites ao exercício dos direitos subjetivos e aqueles serão dados pela sociedade. De notar-se que essa não é outra senão a construção dogmática para as limitações de direito autoral.

¹⁸⁷

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris. 2006. p.. 28-29.

Assim, conclui os citados autores, a solidariedade é a expressão mais profunda de sociabilidade que caracteriza a pessoa humana e, dizemos nós, a melhor exegese da atual LDA, considerando o fato de inexistência de prejuízo para os autores, é de que tacitamente se apresenta a autorização destes, em harmonia ao aludido princípio da socialidade.

Quanto à Boa-Fé, inicialmente há de se esclarecer tratar-se de boa-fé objetiva uma vez estar em seara de direito das obrigações, não é coincidência que, assim como o princípio da socialidade, este a que se faz referência também é um corolário da superação ao positivismo kelsiano cujo parâmetro temporal é o movimento pós-guerra e, portanto, seguindo os paradigmas da função social da propriedade e de seu respectivo Estado Social.

O princípio da boa-fé é endereçado tanto ao Poder Judiciário quanto ao Poder Legislativo, aplicando o Direito em harmonia aos influxos de valores sociais, ao primeiro o resultado deverá ser uma técnica específica de legislar, mormente na edição das denominadas cláusulas abertas e ao segundo, conforme Chaves e Rosenvald¹⁸⁸, em *apud* a Judith Martins Costa, o resultado deverá ser [...] linguagem com ampla extensão de conteúdo semântico, aptidão conferida ao juiz para desenvolver normas jurídicas [...].

A boa-fé objetiva consiste um modelo de conduta social, continuam os citados autores, caracterizada por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, impondo comportamento aos contratantes, segundo regras de correção, na conformidade do agir do homem comum naquele meio social.

Ora, dizemos nós, a conduta daquele usuário da Internet que preponderantemente sem fins lucrativos faz uso dessa rede para ouvir, baixar ou assistir a obras intelectuais sem a inequívoca ocorrência de danos ao titular desse direito autoral, indubitavelmente é apresentada por aceitável dentro dos atuais padrões sociais, assim como pela interpretação dada a atual LDA quanto à tácita autorização desses titulares, conforme sustentado neste trabalho.

Ademais, o princípio da boa-fé consiste uma concretização ao princípio da dignidade humana e, portanto, uma relação que está em plena harmonia aos postulados constitucionais e também principiológicos do direito à cultura, e à informação.

¹⁸⁸ Op.Cit. p. 38.

Aqui se entende ser um típico exemplo de cultural não-comercial, valendo dizer, aquela que é produzida, mas não é vendida, nas palavras de Lessig¹⁸⁹ que arremata no exemplo dos velhos que se sentam nos parques ou esquinas para contar estórias aos jovens e eles as ouvem.

A denominada cultura comercial, fato que está totalmente divorciado à análise deste trabalho, indubitavelmente traz a existência da pirataria de material sob tutela do direito autoral e que deve ser objeto de cuidado extremado tanto dos autores patrimoniais e conexos, como do Estado no intuito de coibir tais condutas.

Parafraseando uma explicação de Lessig¹⁹⁰ quanto ao argumento daqueles que sustentam que existe sim dano ao patrimônio dos autores em decorrência das condutas dos utentes da Internet à guisa do corte deste trabalho, concordamos que não seduz a seguinte indagação: você não vai até a livraria Barnes & Noble, pega um livro das estantes e simplesmente sai sem pagar; por que deveria ser diferente com a música *on line*? Não seduz porque a diferença, explica Lessig, é que quando se pega um livro na Barnes & Noble, é um livro a menos disponível para a venda, enquanto uma cópia de um arquivo MP3¹⁹¹ de uma rede de computadores não se trata de um CD a menos que possa ser vendido.

Corroborando com essa tese Helenara Avancini¹⁹² em seu artigo que coteja o direito autoral e a sua interface com o direito consumidor, afirma a eminente autora que para se analisar a figura do consumidor de direito autoral esta deve ser vista de três situações: passiva, ativa e o consumidor como autor. Quanto à comunicação do consumidor ativo, assim entende a autora:

Por comunicação do consumidor ativo entende-se como sendo o fato deste querer utilizar, compartilhar o produto ou serviço de direito autoral com outra pessoa, **mas sem a finalidade lucrativa**, por exemplo, fazer a cópia de um CD para ouvir com amigos ou escutar no carro, encaminhar um artigo literário ou uma notícia para uma lista de discussões *on line*. Estas situações **não causam nenhum prejuízo ao fornecedor** e, via de regra, estão previstas nas legislações autorais como limitações ao exclusivo. Portanto, **toda imposição de medida tecnológica que possa impedir esta**

¹⁸⁹ Op.Cit. p. 08.

¹⁹⁰ Op.Cit. p. 58.

¹⁹¹ MP3 é uma abreviação de MPEG, trata-se de um padrão de arquivos digitais de áudio estabelecido pelo *Moving Picture Experts Group* (MPEG)

¹⁹² AVANCINI, Helena Braga. **Direito Autoral e a sua interface com o Direito do Consumidor**. Revista da ABPI N° 97. 2008. p. 37.

comunicação ofende o direito do consumidor ativo e desrespeita a lei autoral. (grifos nossos)

Certamente a modalidade que mais está sendo objeto de discussão atualmente é o compartilhamento de arquivos por intermédio de sistemas *peer-to-peer*, que consiste na tecnologia onde dados são distribuídos sem que haja servidor central para onde todos devem enviar seus dados e de onde estes são obtidos. Os clientes, na verdade, atuam como clientes–receptores, assim como servidores–transmissores de dados; traduzindo o termo pode se considerar como ponto-a-ponto ou parceiro-a-parceiro.

De início, é de bom tom que se faça o esclarecimento de que nessa modalidade inexistente comercialização de conteúdo que está sendo compartilhado pelos serviços de P2P, o que já traz uma inequívoca diferença em relação ao fenômeno da pirataria. A princípio, a conduta que consiste o compartilhamento de músicas entre pessoas de uma mesma afinidade (amigos, parentes) potencializou-se de forma significativamente maior e trouxe como consequência, a possibilidade de milhões de pessoas apreciarem música de uma forma que nunca existira, considerando o baixo custo dessas redes de compartilhamento.

Aqui apenas uma indagação a título de reflexão: Uma faixa de um CD, que na média pode trazer 15 (quinze) faixas musicais, pode ser considerada de pequeno trecho? Evidentemente não se está a defender uma forma anárquica de se poder suscitar a viabilidade da existência de fatos civis e penalmente relevantes, isso pelo fato de que é plenamente possível a oferta de compartilhamento de um CD completo embora não seja esta uma prática contumaz e, neste exemplo, evidentemente que haveria de se juntar mais esforços no sentido de se refletir se há apenas uma relativização do direito autoral ou se realmente seria caso de violação. Nada obstante, é sempre salutar lembrar que, mesmo nessa remota hipótese, continuaríamos a ter condutas sem fins econômicos e a reboque o questionamento se ainda haveria dano aos autores.

Na esteira de se refletir acerca dos efeitos do compartilhamento P2P, trazemos à colação quatro diferentes tipos de conteúdos operacionais, propostos por Lessig¹⁹³, e seus corolários no âmbito da sistemática de direito autoral:

¹⁹³ Op.Cit. p. 62.

O primeiro se refere àqueles que fazem uso da rede P2P como substitutos para compra de conteúdo, ou seja, copiam todo o conteúdo de um determinado CD; o segundo se refere ao uso das redes de compartilhamento para experimentarem, ou seja, ouvir as músicas antes de comprar, é uma forma de publicidade direcionada feita entre as pessoas relacionadas na rede acerca de materiais que ainda não foram objeto de conhecimento de alguns ou de vários integrantes; o terceiro se refere àqueles que fazem uso das redes de compartilhamento para conseguir materiais que não mais se encontram no mercado, seja por dificuldade de custos, seja por passar dos anos, como a possibilidade de se conseguir músicas de tempos áureos, como os tempos de criança; finalmente o quarto conteúdo que se refere àqueles que fazem uso da rede de compartilhamento e possuem acesso a conteúdos que, de alguma forma, não mais estão sob a tutela do direito autoral, seja por domínio público, ou seja por disponibilização gratuita desses conteúdos pelos seus autores.

Quais as conseqüências dessas modalidades de compartilhamento à risca da LDA? E como essas referidas modalidades podem se equilibrar?

De início, não se pode furtar de asseverar que em qualquer das quatro condutas inexistente ocorrência de dano aos autores, pois para que existisse evento danoso, dever-se-ia sustentar que todas aquelas pessoas que fizeram uso do compartilhamento poderiam comprar as respectivas músicas ou CD's e a cada compra não realizada seria uma venda a menos, o que nos parece uma ortodoxia ilógica, nada obstante que para a primeira conduta evidentemente poder-se-ia considerar que algumas pessoas que fizessem uso do compartilhamento nessa modalidade teriam plenas condições de comprar o CD que porventura estivesse baixando (de notar-se que sob o ponto de vista econômico claro que faz diferença, contudo, sob o ponto de vista jurídico, também há diferença entre vender quatrocentas mil cópias dentre quinhentas mil lançadas ao mercado; e ser subtraído de cem mil cópias dentre as quinhentas lançadas ao mercado, pois nos dois exemplos a coincidência é de que o parâmetro econômico é deixar de vender cem mil cópias e a divergência é de que o resultado da primeira chegou por regras de mercado enquanto o da segunda por conduta civil e penalmente relevante).

É também extrema de certeza que a quarta conduta é fato irrelevante ao Direito, seja pelo consentimento dos autores ou pela ocorrência do domínio público, consistindo a única situação incontroversa sob a ótica da legalidade estrita.

Considerando a tese de que não há dano para os autores, tanto a segunda quanto a terceira condutas, por conta da publicidade direcionada, proporcionam, no mínimo, uma grande expectativa de benefício a esses autores por continuarem ou retornarem à evidência; assim como proporcionam um benefício social incomensurável quando estimula e propaga o direito à cultura com a respectiva exposição de músicas.

3.1.3 Princípio da Liberdade do Autor de Exploração da Obra: Presunção de consentimento ou de dissenso?

A discussão gira em torno do corolário da função social da propriedade autoral, assim como da presunção de inexistência de dano ao autor intelectual quando da realização das condutas dos usuários da Internet nos moldes do corte de pesquisa proposto neste trabalho.

Assim é que, a presente análise se resume no exercício hermenêutico em cotejar os dispositivos da atual LDA e trazer ilações no sentido de que a despeito da manifesta necessidade de autorização prévia do uso de suas obras, fato decorrente da faculdade de direito do autor, a presunção de prévia autorização já se manifesta quando inexistentes fins econômicos e, ao contrário, quando presentes esses elementos subjetivos, a presunção é de que a autorização é exceção e, como tal, necessitando de expresse consentimento da veiculação da obra.

Inicialmente trazemos os argumentos do autor lusitano José Ascensão¹⁹⁴ que ao caso concreto já esclarecia acerca do assunto da seguinte maneira:

Os Tratados da OMPI de 1996 resolveram problemas cruciais para o desenvolvimento do direito de autor o domínio da informática. O principal consistiu na definição da faculdade de direito de autor que estaria implicada na utilização em rede de obras literárias ou artísticas ou de

¹⁹⁴ ASCENSÃO, José Oliveira. **As Novas Tecnologias e os Direitos de Exploração das Obras Intelectuais**. Revista da ABPI nº 47, 2000. p. 03.

prestações tuteladas por direitos conexos. Ficou definido que está então em causa o direito de colocar as obras ou prestações à disposição do público, de maneira que quaisquer pessoas possam aceder a elas, em tempo e de lugar que individualmente escolherem.

Não se nega o influxo de uma cultura de proteção patrimonialística, como já amplamente debatido neste trabalho, que traz nos dispositivos legais a inquestionável dicção de que a regra essencial é a da prévia autorização para utilização da obras protegidas pelo direito autoral, no entanto, os novos paradigmas da sociedade de informação, notadamente o interesse público obrigam a uma nova releitura desses dispositivos, releitura esta que não subverte o núcleo essencial da vontade do legislador, mas indubitavelmente revela novas fronteiras de tratamento considerando a necessária interpretação evolutiva.

Quanto a essa regra essencial, Lopes¹⁹⁵ é bem didática em suas palavras quando observa que:

Como se sabe, o direito autoral e o direito à imagem restringem de certo modo a livre utilização e circulação de obras protegidas e imagens na medida em que a autorização de uso por parte do detentor do direito é em regra essencial e deve ser prévia à utilização de tais obras ou imagens por terceiros.

Ainda na esteira da citada autora¹⁹⁶, depreende-se que a evolução dos meios de comunicação trouxe inegável dificuldade de controle da reprodução das obras intelectuais, assim como a simples conduta de solicitar a utilização a essas pessoas envolvidas - detentoras de direito autoral - ficou praticamente inviável.

Esse fenômeno suscitou na doutrina uma nova leitura no regime das limitações do direito do autor a ponto da citada autora denominar uso não autorizado, mas justificado da obras, desde que, evidentemente, sejam respeitados alguns requisitos. De notar-se que essa exegese já se iniciara ainda sob a égide da antiga LDA e, portanto, há mais de onze anos, tempo este em que ainda não se tinha um uso da Internet como se apresenta atualmente.

¹⁹⁵ LOPES, Cláudia Possi. **Limitações aos Direitos de Autor e de Imagem: utilização de obras e imagens em produtos multimídia**. Revista da ABPI nº 35, 1998. p. 27.

¹⁹⁶ Ob.Cit. p. 29-30.

Nessa senda, Cláudia Lopes¹⁹⁷ traz um parecer de Eduardo Vieira Manso em que este autor menciona as limitações do direito autoral, que seriam uma consequência da função social das obras, atendendo ao inafastável interesse público pelo desenvolvimento cultural.

Chama-se a atenção, mais uma vez, que o renomado autor elaborou um estudo cuja conclusão é de hipóteses da limitação ao direito autoral numa interpretação extensiva, assim como a considerável passagem de tempo em que este referido estudo foi criado, considerando a velocidade das informações no atual regime tecnológico. Como nossa proposta neste momento é defender a tese de que nos termos do corte desta pesquisa, a presunção da autorização prévia é a regra, e a exceção, é a sua negativa, estamos manifestamente bem menos pretensiosos do que Viera Manso acerca da relativização do direito autoral.

Assim, o renomado autor, explica Cláudia Lopes, considera uso razoável e, portanto, limitado, quando presentes as condições de que a obra transcrita for de pequena extensão; de que a obra já tenha sido publicada e numa quantidade de exemplares suficientes para suprir o respectivo mercado; que seja uma transcrição realizada num contexto de obra maior; que a obra apresente caráter científico, didático ou religioso; que a transcrição não cause prejuízo injustificável aos legítimos titulares; que seja de conformidade com os bons usos e, finalmente, que seja realizada na medida exata, valendo dizer, para o cumprimento do seu papel de elucidação, esclarecimento ou informação.

Repetindo comentário anterior; considerando que nossa ambição é bem menor, ou seja, referindo-se tão-somente à presunção de que já se considera autorizado o uso dessas obras à guisa do contexto estudado, acreditamos estar no compasso das consideráveis lições de Vieira Manso, mormente por se tratar de época em que os elementos da denominada Sociedade de Informação se encontram pujantes nos dias atuais.

Dessa maneira, trazendo como esteio a leitura de determinados dispositivos da atual LDA, somado à presunção de que as condutas dos usuários nos moldes deste estudo não trazem prejuízos aos proprietários intelectuais, julgamos que a melhor interpretação legal é a da existência prévia da autorização do uso das obras autorais, a saber:

¹⁹⁷ Op.Cit. p..29-30

O primeiro dispositivo a ser analisado é o art. 29 da LDA que reza: depende **autorização prévia e expressa** do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:(grifos nossos)

Pois bem, numa leitura açodada poder-se-ia interpretar que o referido artigo é suficiente para subverter totalmente a tese de que pode existir autorização presumida e, portanto, cabendo tão-somente a presunção de que a existência das referidas autorizações é necessariamente apresentada de maneira prévia.

Mais uma vez, socorremo-nos nas palavras de Eros Grau¹⁹⁸ quando preleciona que não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços e nesse compasso, ao caso em estudo, trazemos inicialmente a rubrica marginal do capítulo III do referido Diploma Legal, a cuja seção pertence o artigo estudado e que menciona: Dos direitos patrimoniais do autor e de sua duração. Nesse diapasão, somos pela interpretação de que a tutela infraconstitucional nesse particular está diretamente subordinada a interesses econômicos do autor e, portanto, a necessidade da autorização prévia está plenamente justificável pelas circunstâncias eminentemente econômicas que podem surgir.

Não é por coincidência que o final do inciso VII do referido artigo traz de maneira inequívoca a condição da distribuição para oferta de obras cujo acesso a estas ou as produções se façam por qualquer sistema que importe em **pagamento** pelo usuário. (grifos nossos).

Obedecendo a uma necessária interpretação lógico-sistemática, traz-se à colação o capítulo VI da LDA cuja rubrica marginal dessa vez se manifesta no título de da utilização da obra audiovisual, é bem verdade que o parâmetro é obra audiovisual, mas evidentemente consiste um tratamento que servirá de respaldo a uma conclusão sistêmica.

Assim é que, o seu artigo 81 consegue trazer uma exegese manifestamente robusta a sustentação da tese de que há possibilidade, nos moldes do corte deste trabalho, de se considerar presumida a autorização do detentor do direito autoral, cuja redação se segue *ipsi literis*: “A autorização do autor e do intérprete de obra literária, artística ou científica para produção audiovisual implica, salvo disposição em contrário, consentimento para sua utilização econômica”.

¹⁹⁸ Op.Cit. p. 113.

Percebe-se no dispositivo acima estudado, o núcleo essencial que justifica a autorização prévia do autor ou intérprete de obra literária consiste justamente numa presunção de que o prévio consentimento guarda uma relação direta com a utilização econômica, salvo estipulação em contrário. Dessa forma, a lei protege aqueles que estão exercendo obra alheia de maneira econômica presumindo que a prévia autorização do autor já autorizou a captação de recursos.

A partir desse raciocínio, quando não estiver em jogo fins preponderantemente econômicos, não se justifica a necessidade de uma prévia autorização expressa, somando-se a essa ilação, ainda, o fato de que a regra é da inexistência de efetivo prejuízo para o autor ou para o intérprete; muito pelo contrário, existe a clara perspectiva de captação de vantagens por parte desses detentores da obra intelectual, conforme se observou no item anterior, no fato de usuários da Internet estarem fazendo uso dessas obras nos moldes circunscritos neste trabalho.

Ainda a dicção do art. 68 corrobora nossa tese quando subordina a prévia e expressa autorização para obras autorais somente em representações e execuções públicas.

Finalizando a sustentabilidade da tese apresentada, reportarmo-nos ao inciso VI do art 46 da LDA, preconizando que a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar e não existindo intuito de lucro, consistem limitações aos direitos autorais. Ainda é de bom tom deixar consignado à guisa de inequívoco esclarecimento que não se está a sustentar a inexistência de autorização, ela sempre há de prevalecer, mas apenas a consignação de que para os casos apresentados, existe a presunção de que foi ofertada de maneira tácita.

3.2 – Ferramentas de acesso:

O escopo é de trazer de maneira bastante simples as principais ferramentas usadas (atualizadas ou não) ambicionando entender e analisar as formas de comunicação e interatividades realizadas pelos utentes da rede mundial:

YouTube - é um site que permite que seus usuários carreguem e compartilhem vídeos em formato digital. Foi fundado em fevereiro de 2005 por três

pioneiros do PayPal um famoso *site* da Internet ligado a gerenciamento de transferência de fundos.

O YouTube utiliza o formato Adobe Flash para disponibilizar o conteúdo. É o mais popular *site* do tipo (com mais de 50% do mercado em 2006) devido à possibilidade de hospedar quaisquer vídeos. Hospeda uma grande variedade de filmes, vídeos e materiais caseiros. O material encontrado no YouTube pode ser disponibilizado em blogs e *sites* pessoais através de mecanismos (APIs) desenvolvidos pelo *site*.

4Shared - é um *site* de hospedagem e compartilhamento grátis de arquivos lançado em 2005. Nele, o usuário pode armazenar arquivos por upload, ou seja, pode-se enviar arquivos para o *site* e distribuí-los para outros usuários. Atualmente, o *4shared* está disponível em quatro idiomas: português, italiano, inglês e russo.

Além dos planos pagos que oferecem até 100GB de espaço, o serviço também conta com um plano gratuito com espaço de 5GB. Quando o usuário faz o cadastro, tem direito a usar uma pasta e hospedar os seus arquivos que, se for desejo do mesmo, serão visíveis no sistema de busca do site. Porém, se o usuário não acessar a conta em um prazo de um mês, a pasta e todos os arquivos contidos nela é deletada.

Através do *4Shared* é possível baixar vários tipos de arquivos, assim como upá-los (fazer o upload deles). Lá é possível encontrar músicas, livros, vídeos, imagens, apostilas e programas, todos em diversos formatos: MP3, WMA, 3GP, MPEG, AVI, FLV, PDF, DOC, EXE e muito mais.

Shareaza - é um software gratuito e de código livre licenciado sob a GNU General Public License, para compartilhamento de arquivos baseado em tecnologia P2P (*peer to peer*) no sistema operacional Windows. O Shareaza suporta os protocolos Gnutella, Gnutella2, eDonkey, FTP, HTTP e BitTorrent.

O programa foi desenvolvido por Michael Stokes até 1º de junho de 2004, e agora é mantido por uma comunidade de voluntários.

Emule - é um aplicativo de compartilhamento de arquivos (ou ficheiros) através de cliente/servidor que trabalha com as redes eDonkey2000 e Kad oferecendo mais

funções do que o cliente e Donkey padrão. O Emule é um software livre lançado sob a GNU *General Public License*. Possui versões para Microsoft Windows.

Bit Torrent - é um protocolo de rede que permite ao utilizador realizar *downloads* (descarga) de arquivos, em geral indexados em *websites*. Esse protocolo introduziu o conceito de partilhar o que já foi descarregado, maximizando o desempenho e possibilitando altas taxas de transferência, mesmo com um enorme número de usuários realizando *downloads* de um mesmo arquivo simultaneamente. Foi criado por Bram Cohen em 2003 e tem sido alvo de empresas que lutam em defesa da propriedade intelectual, devido a alegações de violação de copyright (autoria) de alguns arquivos transmitidos pela rede. Estima-se que no ano de 2005 o protocolo BitTorrent tenha sido responsável por 35% dos dados transferidos na Internet em todo o mundo.

Orkut - uma rede social filiada ao Google, criada em 24 de Janeiro de 2004 com o objetivo de ajudar seus membros a criar novas amizades e manter relacionamentos. Seu nome é originado no projetista chefe, Orkut Büyükkökten, engenheiro turco do Google. Tais sistemas, como esse adotado pelo projetista, também são chamados de rede social.

O serviço foi designado para ajudar os usuários a encontrar novos amigos e manter as amizades já existentes. O alvo inicial do orkut era os Estados Unidos, mas a maioria dos usuários é do Brasil e da Índia. No Brasil é a rede social com maior participação de brasileiros, com mais de 23 milhões de usuários e o *site* mais visitado. Na Índia é o segundo mais visitado.

MSN - é um programa de mensagens instantâneas criado pela Microsoft Corporation. O serviço nasceu a 22 de Julho de 1999, anunciando-se como um serviço que permitia falar com uma pessoa através de conversas instantâneas pela Internet.

O programa permite que um usuário da Internet se relacione com outro que tenha o mesmo programa em tempo real, podendo ter uma lista de amigos virtuais e acompanhar quando eles entram e saem da rede. Ele foi fundido com o Windows Messenger e originou o Windows Live Messenger.

E-mail - é um método que permite compor, enviar e receber mensagens através de sistemas eletrônicos de comunicação. O termo *e-mail* é aplicado tanto aos

sistemas que utilizam a Internet e são baseados no protocolo SMTP, como aqueles sistemas conhecidos como *intranets*, que permitem a troca de mensagens dentro de uma empresa ou organização e são, normalmente, baseados em protocolos proprietários.

Pirate Bay - é o auto intitulado *O maior tracket BitTorrent do mundo*, sendo também o índice para os arquivos .torrent que rastreia. Um arquivo .torrent, em conjunto com um cliente BitTorrent, proporciona ao cliente as informações necessárias para se copiar um arquivo ou conjunto de arquivos de outras pessoas que estão copiando ou compartilhando o mesmo arquivo. Devido a capacidade do protocolo BitTorrent de gerenciar grandes arquivos, é uma escolha popular para compartilhar grandes arquivos de multimídia (muitas vezes ilegalmente na maioria dos países de onde se conectam os seus usuários), assim como CDs de distribuições Linux.

O Pirate Bay foi criado pela organização *anticopyright* sueca Piratbyrå no começo de 2004, mas desde Outubro de 2004 se tornou uma organização independente.

Napster - criado por Shawn Fanning, foi o programa de compartilhamento de arquivos em rede P2P que protagonizou o primeiro grande episódio na luta jurídica entre a indústria fonográfica e as redes de compartilhamento de música na Internet. Compartilhando, principalmente, arquivos de música no formato MP3, o Napster permitia que os usuários fizessem o *download* de um determinado arquivo diretamente do computador de um ou mais usuários de maneira descentralizada, uma vez que cada computador conectado à sua rede desempenhava tanto as funções de servidor quanto as de cliente.

CONCLUSÕES:

1. Inquestionavelmente, pelo menos sob o ponto de vista doutrinário, a relação que consiste a tensão entre os detentores do direito autoral e os utentes da rede mundial de computadores, perpassa, em toda sua extensão, sobre a sistemática e o desenvolvimento litúrgico-histórico do direito da propriedade. Inicialmente, conforme demonstrado neste trabalho, fica nítido o apelo comercial à satisfação das necessidades de consumo como um direito individual, cuja ideologia liberal fundamenta a necessária proteção estatal absoluta à propriedade como pilar do direito privado, assim como a da livre circulação do capital. É de toda evidência que são postulados garantistas aos proprietários intelectuais.

Na senda do caráter refratário que exercia a absolutização do exercício da propriedade ao interesse social, as ideologias principiológicas atuais indicam o irrefutável caráter de direito fundamental que a propriedade possui, não só como um direito humano - pois inerente ao indivíduo - como também um típico direito real, como essência. Relações estas diretamente ligadas ao exercício do direito da personalidade e, como tal, protetivas ao indivíduo, como realização pessoal e, por conseguinte, demandando um comportamento negativo da sociedade.

Acontece que essa ideologia não pode ser interpretada de maneira absoluta, pois os postulados constitucionais atuais engendram não só inúmeras manifestações proprietárias, como também distinguem o exercício (domínio) da titularidade formal da propriedade. Aquele é absoluto enquanto esta é relativizada e orientada à funcionalização, nas palavras de Cristiano Chaves¹⁹⁹, “pela imposição de deveres positivos e negativos de seu titular perante a coletividade”. De observar-se que aqueles postulados constitucionais garantistas só podem ser invocados pelos proprietários intelectuais se presentes os requisitos da funcionalização da propriedade, fato esse que relativiza o direito de propriedade é dá azo a que o Estado realize, quando necessário, exercício de ponderações.

¹⁹⁹

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris. 2006.

Sem embargo dessas considerações não se pode olvidar de analisar a Internet, como corpo mecânico pelo qual se exprime as obras intelectuais, trazendo como exemplo o denominado “HD virtual” que consiste o local em que são armazenados os arquivos compartilhados. Ora, levando em consideração as faculdades e os atributos da propriedade, mesmo que de maneira generalizada, chega-se à ilação de que não só pelo lado dos detentores do direito autoral, mas como também dos utentes da Internet, apresenta-se o conceito de propriedade e, de conseqüência, todos os postulados que fundamentam o direito dos proprietários também podem ser suscitados pelos utentes da rede mundial como defesa de tese, ao menos no contexto formal da inviolabilidade dessa propriedade.

Se não fosse suficiente esta discussão que, como analisado, traz a propriedade como fundamento para as duas partes envolvidas nessa relação, há sustentações diametralmente opostas, no sentido de que é um manifesto equívoco tal fundamento em supedâneo a dois principais argumentos: o primeiro é de que a “propriedade intelectual” não é essencialmente uma propriedade no perfil tradicionalmente entendido, pois se diferencia no objeto, valendo dizer, a primeira tradicionalmente está no grupo dos direitos reais; é a tutela da propriedade das coisas, enquanto esta última consiste, nas palavras de Cristiano Chaves²⁰⁰ “uma forma de tutela da produção do intelecto e, portanto, aproxima-se do universo do direito da personalidade”.

O segundo argumento aponta para a inexistência de um dos principais atributos da propriedade, que consiste justamente a “perpetuidade”, ou seja, sua duração é ilimitada extinguindo-se somente pela vontade do dono. A existência das “limitações ao direito autoral” demonstra justamente fenômeno inverso.

Finalmente, a despeito das controvérsias, o instituto da propriedade como parâmetro de análise a justificar a tentativa de resolução dos conflitos gerados por essa tensão referida é sempre fértil em terreno que reclama ponderação de princípios constitucionais.

2. Perfeitamente previsível a idéia de que os direitos autorais quando positivados em determinados sistemas jurídicos podem possuir conotação de direito fundamental, bastando para isso, *a priori*, que o legislador constituinte (originário ou não)

²⁰⁰ Op.Cit. pág. 181.

assim o estabeleça. Não há necessidade aqui de engendrar esforços para consignar que essa é a hipótese que se apresenta no ordenamento constitucional brasileiro, bastando para isso uma simples leitura ao artigo 5º da CRFB.

Nesse contexto ainda, além da característica de direito fundamental, o direito autoral possui outras características próprias e diferenciadas, quais sejam: a sua natureza e o seu interesse universal²⁰¹. Também se encontrou suporte doutrinário para a compreensão de que o interesse universal perpassa o interesse social. Decorre dessa premissa a importância do direito autoral, mormente por conta das imensas e multifacetárias formas de sua transmissão em que se consegue dar destino a uma gama ilimitada de público.

Sem embargo, por evidente, do concomitante reconhecimento patrimonial que também possui o direito autoral, salta à vista que se está diante de dois pesos que residem necessariamente em partes antagônicas da balança e que indubitavelmente trazem certo conflito de interesses que se pode muito bem vislumbrar no art. 27²⁰² da própria Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Assim, sem perder de vista a característica de direito social, é de toda evidência o necessário tratamento hermenêutico a ser dado na elaboração das normas protetivas de direito autoral, buscando justamente tutelar o direito patrimonial e moral do autor e, do outro lado, contribuir para o enriquecimento paulatino e necessário do cabedal que deve formar o patrimônio social de um Estado.

Justamente nesse diapasão é que se busca analisar se o Estado-Legislador cumpre o papel de agir positivo na elaboração das normas infraconstitucionais pertinentes, com o intuito de atingir o objetivo gerador de efeitos a fomentar um direito social prestacional, ou se houve medidas retrocessivas que aniquilaram conquistas já atingidas em termos de legislação.

Se a execução de obra musical em clínica, consultório médico, escritório, academia de ginástica, hospital público, terminal rodoviário, transporte coletivo, cerimônia religiosa ou entidade de fins filantrópicos não ofende os direitos autorais, pelas propostas

²⁰¹ Mesmo onde não inserido expressamente em texto constitucional, trata-se de norma materialmente constitucional por consistir um corolário da dignidade da pessoa humana.

²⁰² **1)** Todo homem tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. **2)** Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

apresentadas ao Poder Legislativo, com muito mais razão, não ofenderá quando veiculada na Internet, apresentada no âmbito residencial, por conduta de usuário de caráter personalíssimo e sem qualquer intuito econômico.

Os ideais sugeridos na atual LDA, exaustivamente afirmados como de conotação eminentemente patrimonialista constituem normas jurídicas de enorme déficit de efetividade, cujo destino parece fadado ao fracasso por essa nova modernidade.

Dessa forma, parece coerente defender releitura do novo paradigma, a fim adequar o sistema de direito autoral a essa espécie de tecnologia que chegou para ficar, como em todos os exemplos do passado, como rádio e televisão.

A esse respeito, não se podem ignorar os proprietários de direito autoral; ou seja, é momento de se contemplar com seriedade responsável o que realmente está se mostrando como verdadeira avalanche ao direito autoral, que é essa maquiavélica indústria da pirataria e deixar de lado aquelas condutas que, seja por ordem procedimental (prática), seja por ordem formal ou material, indubitavelmente não apresentam como fatos juridicamente relevantes, o que consiste a hipótese do corte deste trabalho.

Sob esse enfoque, parece não haver fundamentos à tese que imagina a iminente morte do direito autoral em virtude da Internet. Com respaldo doutrinário de Oswaldo Santiago, conforme já consignado neste trabalho, acredita-se que o direito autoral, o mais entranhado dos direitos humanos, dada sua concepção nas profundezas do espírito é um direito moderno. As obras intelectuais nasceram muito antes do direito, são imanescentes ao primeiro *homo sapiens*.

3. Definitivamente a Internet não pode ser considerada apenas como mais um meio de comunicação, pois a rede mundial de computadores não pertence a ninguém, e não é financiada por instituições, governos ou organizações internacionais nem constitui serviço comercial, o que representa aspecto absolutamente original no panorama tradicional das telecomunicações.

Sob o ponto de vista social, conforme a doutrina e observações reiteradas do cotidiano, a Internet tornou a sociedade mais transparente, possibilitando a qualquer pessoa o acesso a enorme quantidade de informações em relação a qualquer aspecto da vida social.

Analisando-se o tema sob o ângulo da veiculação da obra, constata-se, por exemplo, que não mais é necessário um meio material, sendo evidente que a Internet constitui instrumento manifestamente ágil. Essa característica produz significativa diferença sob o ponto de vista interpretativo da norma protetora, a começar pela diminuição conceitual dos institutos da reprodução, circulação e difusão, assim como o conceito de obra. Nessa linha de pensamento, com base em debates e produção doutrinária, é pertinente questionar a aplicação da tutela do direito de autor para a utilização por terceiros e os limites além dos quais se torna necessário o consentimento do autor.

Ademais, a Internet tem influência direta na interpretação legal, precipuamente em função de não mais se contar com um exemplar material da obra produzida, faltando, por conseguinte, uma das características da obra protegida pelo direito de autor, ligado à materialidade da exteriorização que é a fixação, a teor do art. 5º, VI da LDA.

Sob esse enfoque, considera-se pertinente a discussão sobre o papel da sociedade da informação na construção de uma sociedade global voltada para o bem comum, bem como uma postura crítica ao conceito de civilização global, por sua tendenciosidade, como porta-voz de um grupo restrito dos habitantes desse planeta, sugerindo considerar a Internet como um espaço virtual sem limites e, por conseguinte, sem possibilidade de conflitos de leis. Nesse sentido, parece que o desafio confirma a problemática da rede mundial nos direitos autorais, cujo princípio da segurança jurídica está longe de se encontrar harmonia.

Com a Internet nasceu o *copyleft*, oposição ao conceito de *copyright* que defende uma distribuição social da informação, endereçada, notadamente, aos países em desenvolvimentos e aos órgãos educacionais, a fim de reduzir a ambivalência da propagação do conhecimento trazida por essa Rede que consiste no seu aspecto negativo, o grande número de excludentes digitais e, assim, diminuir o âmbito do denominado pela ONU de dois mundos paralelos.

É manifestamente óbvio que a tese de que inexistente dano material aos proprietários de direito autoral não exclui a existência dos danos extra-patrimoniais e, por conseguinte, a inclusão desses no campo da responsabilidade civil, assim, o autor se

achando espoliado de seu direito moral é plenamente justificável a dedução de alguma pretensão inserta no artigo 24 da LDA.

Parece, pois admissível a tese de que essa possível e legítima manifestação do autor, como, por exemplo, reivindicar ou tirar de circulação (leia-se da Internet) a sua obra consiste na retratação da presumida prévia autorização que havia feito, isso se justifica não só pela inexistência do dano material, mas como também pela previsível expectativa de auferir vantagens com a divulgação de sua obra na rede.

A inexistência de dano patrimonial e a viabilidade de auferir vantagens pressupõem a autorização tácita do autor pelo fato de consistirem inquestionavelmente condições positivas ao aludido concedente tácito. Por óbvio, a presunção de autorização de forma tácita só se justifica, se a consequência da concessão é invariavelmente um benefício a quem concede ou corresponder a um legítimo interesse da coletividade.

Exemplo mais claro repousa na Lei 9434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, que, em seu artigo 4º preconizava: salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta lei, **presume-se autorizada** a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *pos mortem*. Evidentemente que a justificativa da presunção de autorização recaía sobre fundamento de inquestionável interesse público, que consistia no benefício àquelas pessoas que precisam urgentemente de transplantes como recurso de sobrevivência.

Quatro anos após a vigência do referido dispositivo legal, outra lei (10.211/01) expressamente revogou o aludido artigo quarto e deu nova redação que se manifesta da seguinte forma: retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, **dependerá da autorização** do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

É patente a inversão da presunção, pois a nova redação preconiza que a autorização deverá ser expressa. Para compreender essa transformação, basta consignar que resultou do relatório da CPI do Tráfico de Órgãos, ou seja, aquilo que inicialmente era

considerado um benefício, por situações escusas poderia transformar-se em revés da *ratio* legal, que era a salvação de vidas.

4. A revolução tecnológica que vivenciamos, notadamente a internet, pode não possuir a capacidade de transformação histórica, mas possui atributos transformadores da sociedade... capitalista por essência²⁰³, mas, sobretudo uma sociedade informacional.

A idéia tradicional de mudanças entre períodos históricos, que se manifestava de forma lenta, firme e gradual está sendo substituída por eventos rápidos e pontuais; uma certa forma de se enxergar o processo de descontinuidade ou desencaixe da tradição que une as ordens sociais pós-modernas a que Giddens fez referência; ou uma maneira de se observar a velocidade da denominada “Lei de Moore”²⁰⁴.

No dia 11 de julho de 2009, o canto e compositor Roberto Carlos realizou (com gravação de DVD), no estádio do Maracanã, um show comemorativo de seus cinquenta anos de carreira, com a presença de setenta mil espectadores; no dia 30 de outubro de 2009 estreou nos cinemas “Besouro, o filme” e no dia 18 de dezembro desse mesmo ano de 2009 estreou nos cinemas o filme “Avatar”. O que esses eventos têm em comum? **Infelizmente, em menos de 48h de cada respectiva data, era plenamente possível adquirir nas ruas do centro da cidade do Rio de Janeiro, cópia pirata do DVD desses aludidos eventos!**

Inquestionavelmente não se pode comungar com ações desse tipo, a pirataria há de ser diuturnamente pugnada pelo Estado, inconcebível qualquer tipo de apologia a essas condutas. Fica manifestamente evidenciado que o trabalho dos proprietários de

²⁰³ Divorciando-se de fundamentos científicos, traz-se, particularmente, uma concepção eminentemente pessoal do fenômeno histórico atual que indica os motivos pelos quais se chega a essa conclusão, tais como a forte influência do lucro ainda nos dias atuais, a livre iniciativa e a livre concorrência que trazem, de conseqüência, a corrida pelas novas tecnologias; a importância do trabalho assalariado e o fomento do Estado nesse fenômeno, assim como a interferência mínima do Estado na iniciativa privada sob o ponto de vista econômico.

²⁰⁴ A "profecia" de Gordon Moore, um dos fundadores da Intel, feita durante a década de 70, foi de que a partir desse período a potência dos processadores dobraria a cada 18 meses. A lei de Moore sobreviveu durante mais de duas décadas e ainda não parece ter prazo de validade definido. Muitos acreditam que os processadores possam continuar dobrando de potência a cada 18 meses, ou até em menos tempo pelos próximos 50 ou 80 anos. Em 1975, Gordon Moore revisou a sua previsão para, a cada dois anos, um aumento de 100% na quantidade de transistores dos chips mantendo seu custo

direitos autorais é árduo diante do quadro que se apresenta e que o foco dessa luta é perfeitamente direcionado. Qualquer tentativa de procurar adequar as condutas dos usuários da internet nos moldes do corte epistemológico proposto neste trabalho, a fato juridicamente relevante, é tarefa inglória e tese insustentável que só vai trazer uma visão míope e totalmente desvirtuada do combate diário travado contra essa perversa indústria pirata.

O Direito, como ciência social, não pode ficar longe desses novos paradigmas sob pena de não acompanhar esse novo desenvolvimento de estrutura social e cair num vazio de ineficácia imensurável

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ASCENSÃO, José Oliveira. **A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais comparada com os novos Tratados da OMPI.** Revista da ABPI nº 42, 1999.

_____, **Direito Autoral.** 2ª Edição, Rio de Janeiro. Renovar. 1997

_____, **Introdução ao direito de autor.** Dom Quixote, 1994.

_____, **As Novas Tecnologias e os Direitos de Exploração das Obras Intelectuais.** Revista da ABPI nº 47, 2000.

_____, **Direito da Internet e da Sociedade da Informação: estudos.** Forense, 2002.

AVANCINI, Helena Braga. **Direito Autoral e a sua interface com o Direito do Consumidor.** Revista da ABPI Nº 97, 2008.

BARBOSA, Fábio. **A eficácia do direito autoral face à sociedade da informação: uma questão de instrumentalização na obra musical?** *in* Direito Autoral. Cadernos de Políticas Culturais. 2006.

BARBOSA, Denis Borges. **Bases constitucionais da propriedade intelectual.** Revista da ABPI nº 50, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** Renovar. 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência.** Tradução: Marcus Penchel. Zahar. 1999.

BECK, Ulrich. **Modernização Reflexiva.** Editora Unesp. 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BITTAR, Eduardo C.B. **O Direito na Pós-Modernidade.** Forense Universitária. 2006.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'anna. **O direito de autor e as obras audiovisuais.** In <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/544/724>, página acessada em 18/07/2009.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função. Novos estudos de teoria do direito.** Manole, 2007.

BOTELHO, Gloria Braga. **O Direito de Execução Pública Musical e as Novas Tecnologias: Ringtones, Internet.** Revista ABPI, 2005.

BORGES, Roxana C. Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2007, 2ª edição.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias.** Lúmen Juris.2007.

CABRAL, Plínio. **Limitações ao Direito Autoral na Lei nº 9610.** Revista da ABPI Nº 37, 1998.

CANDIAN, Aurélio. **Il diritto di autore nel sistema giuridico.** Instituto Editoriale Cisalpino. Milano – Itália. 1955

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudo sobre Direitos Fundamentais – metodologia fuzzy e camaleões normativos.** RT, 2008.

_____, **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra, 2003.

CARBONI, Guilherme C. **Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico.** Revista da ABPI nº 85, 2006. pág. 38.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira.** 2ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade.** Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2001.

_____, **A Sociedade em Rede.** Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** Malheiros. 2005.

COSTA, Hécto Della. **El Derecho de Autor y su Novedad.** Cathedra, Buenos Aires. 1971.

DE SOUZA, Allan Rocha. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Coleção José do Patrocínio. 2006.

ESPERSON, Pietro. **Diritti di autori sulle opere dell'ingegno**. UTET, Torino, 1899.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris. 2006

_____, **Direito das Obrigações**, Rio de Janeiro, Lúmen Júris. 2006.

_____, **Direitos Reais**, Rio de Janeiro, Lúmen Júris. 2006.

FLORES, Nilton César. **Antagonismo da Propriedade Intelectual diante dos Direitos Humanos in Temas sobre Direitos Humanos**. Lúmen Iuris, 2009.

FONSECA, Ângela Bittencourt da. **Sobre o mercado de arrecadação e distribuição de direitos autorais de utilização pública de obras fonográficas**. Revista da ABPI n° 78, 2005.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: da antiguidade à Internet**. Editora Quartier Latin do Brasil. 2009.

GARATTONI, Bruno. **A pirataria venceu**. Revista Super Interessante. Junho/2009.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da Modernidade**, tradução de Raul Fiker. Editora UNESP, 1991.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade fundamentação ontológica da tutela**, Lisboa: Almedina, 2008.

GRANDOLI, Mariano J. **Duracion de la propiedad intelectual**. Tesis para optar al grado de doctor em jurisprudência. Argentina. 1950.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação do Direito**. Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Diagnósticos do tempo**. TB editores. 2003.

_____, **Passado como futuro**. TB editores. 1993

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. Unisinos, 2002.

HEPP, François, **L`universalisation du droit d`auteur**. Rousseau et cie. Paris. 1952.

HEY, Raul. **Aspectos Jurídicos da Internet**. Revista da ABPI n° 19, 1995.

HOFFBAUER, Nelson Hungria. **Comentários ao Código Penal, V. 1 tomo II.** Rio de Janeiro, Forense, 4ª Edição, 1958.

_____, **Comentários ao Código Penal – Volume VII.** 1ª Edição, Rio de Janeiro. Forense. 1955

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil.** Almedina. 1999.

JÚNIOR, José Cretella. **Curso de direito romano.** Forense, 1978.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito,** Ed Armênio Amado, 1979. pág 30.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direitos Autorais nas Mídias Digitais.** Revista a ABPI n° 49, 2000.

LESSING, Lawrence. **Cultura Livre.** Licenciada em *creative commons*. 2009.

LIPSZYC, Delia. **Derecho do Autor y Derechos Conexos.** Ed. Zavalía, Argentina, 1993.

LOPES, Cláudia Possi. **Limitações aos Direitos de Autor e de Imagem: utilização de obras e imagens em produtos multimídia.** Revista da ABPI n° 35, 1998.

MANSO, Eduardo Viera *in* <http://www.faroljuridico.com.br>, página acessada em 23/03/2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 2ª edição, São Paulo: Celso Bastos editor, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil,** São Paulo, Saraiva, 1970.

MORAES, Rodrigo. **A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias.** *in* Direito Autoral. Cadernos de Políticas Culturais. 2006.

MULLER, João Carlos. **Direito Autoral: A Indústria contra-ataca.** Revista O Globo Digital. 2009.

NASCENTES, Antenor. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa,** Rio de Janeiro. 1932.

NETO, José Carlos Barbosa Lima. <http://jusvi.com/artigos/264> acessado em 02/08/2009.

NETTO, José Carlos Costa. **O Novo Regime Legal Brasileiro de Direitos Autorais.** Revista da ABPI n° 30, 1997.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Novo Código Civil Anotado.** Rio de Janeiro, Lúmen Júris. 2005

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. São Paulo. Editora Atlas, 2006.

PAUPERIO, A. Machado. **Direito e Poder**. Forense, 1981.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Direitos de Autor, da Imprensa à Internet**. Revista da ABPI nº 64, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol 1**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, 5ª edição

PERISSÉ, Gabriel. **O conceito de pessoa: A inovação radical do cristianismo**. <http://www.hottopos.com/mirand15/perisse.htm>, acessado em 26 de novembro de 2008.

PIERRE, Luiz Antônio Araújo. **Resumo Jurídico de Direito Autoral**. 1ª Edição, São Paulo. Projeto Editorial da Barros, Fischer e Associados Ltda. 2007

PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PIMENTA, Eduardo Salles. **A Limitação dos Direitos Autorais e a sua Função Social in Direitos Autorais: Estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos**. RT, 2007.

QUÉAU, Philippe. **A revolução da informação: em busca do bem comum**. Licenciada em *creative commons* 1998.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra. 2006.

REINALDO FILHO, Demócrito. **Violação de direito autoral na web**. Revista Visão Jurídica nº 39, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. Saraiva, 2002.

SALIB, Nagib Salib. **A Constituição e os Direitos na Era Digital** Seleções COAD v. 04, 1996.

SANTIAGO, Oswaldo. **Aquarela do Direito Autoral**. Rio de Janeiro, 1946.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. Cortez Editora. 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVEIRA, Newton. **Comentários à Nova Lei de Direito Autoral nº 9.610, de 19/2/98**. Revista da ABPI nº 31, 1997.

SOARES, Sávio de Aguiar. **Direitos Autorais da Utilização Pública da Obra Musical**. Revista da ABPI nº 96, 2008.

SOUZA, Allan Rocha de. **A Construção Social dos Direitos Autorais**. Revista da ABPI nº 93, 2008.

SOUSA, Rabindranath V.A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Lisboa; Coimbra, 1995.

STUBER, Walter Douglas e Ana Cristina P. Franco. **A Internet sob a ótica jurídica**. RT, v. 87, 1988.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo, RT, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Renovar, 2001.