

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**NÍVEL DOUTORADO**

**LUIZ GONZAGA SILVA ADOLFO**

**OBRAS PRIVADAS, BENEFÍCIOS COLETIVOS: A DIMENSÃO PÚBLICA**  
**DO DIREITO AUTORAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

São Leopoldo

2006

**LUIZ GONZAGA SILVA ADOLFO**

**OBRAS PRIVADAS, BENEFÍCIOS COLETIVOS: A DIMENSÃO PÚBLICA  
DO DIREITO AUTORAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

Tese de Doutorado em Direito  
Para a obtenção do título Doutor em Direito  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto

São Leopoldo

2006

## Folha de Aprovação

## Dedico

A Valvir Ribeiro Adolfo e Eleni Silva Adolfo, meus pais, que me deram a vida e, desde tenra infância, lá em Baixo Grande, 3º Distrito de São Sepé/RS, me ensinaram que quem ara bem, planta com cuidado, aduba e rega com carinho sempre colhe – e talvez aí tenham me ensinado tudo... –, e que nunca me disseram por que não tinham campo, e talvez hoje, após ter estudado, como me pediram, eu já saiba...

À Lia, amada esposa desde 2 de agosto de 1986 – comemoraremos duas décadas de bodas na época de defesa desta tese. Bem sabe ela o quanto representa para mim e a viga-mestra que é na família que juntos construímos...

À Liane Regina (Lila), acadêmica no 2º ano do Curso de Direito da Unisinos, a alegria que tenho de com apenas 40 anos já ter uma filha de 19, que desde a infância dizia que seria “Advogada e Professora”, não bastassem as outras tantas semelhanças com o pai...

A Lucas Gonzaga (Mano), a grande sensibilidade de nossa família, um ser que tanto ama as artes em geral, e que com 10 anos teve a capacidade de escrever um livro, e todos os dias nos faz confirmar o orgulho que temos dele...

## AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

Três “gigantes mestres” foram imprescindíveis nesta conquista. Agradeço, de coração sincero,

a Bruno Jorge Hammes, Padre Bruno, meu eterno mestre nos Direitos Intelectuais, que resolveu partir no meio da caminhada e nos fazer mais fortes do que imaginávamos, e aqui estamos, tentando levar em frente nossa área de conhecimento e estudos, seu único pedido no imenso legado que nos deixou...

a José de Oliveira Ascensão, “o mais acessível professor da Universidade de Lisboa”, como me informaram os colegas brasileiros quando lá estudei, e que já sabia, diante da prestimosidade que sempre demonstrou a mim, igualmente, além de um dos maiores autoralistas do mundo, uma pessoa humana das mais elevadas...

a Vicente de Paulo Barretto, que aceitou assumir a orientação no meio do caminho, respeitado jurista brasileiro e ser humano de grandeza de alma como poucos, que só poderia trabalhar com Direitos Humanos...

## AGRADECIMENTOS

A Deus, a São Luiz Gonzaga e a Nossa Senhora de Fátima. Por milhares de vezes, no difícil silêncio de pesquisa, leitura e construção de textos, só conversava com eles, que sempre responderam...

À Unisinos, que me concedeu bolsa parcial para cursar o Doutorado.

À Ulbra e ao Unilasalle, pelo apoio institucional.

Aos professores doutores Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck, por há dez anos liderarem o projeto que inseriu a Escola Crítica de Direito da Unisinos “no mundo”, a este ainda os agradecimentos especiais pelas observações pontuais que fez na banca de qualificação, inclusive pelo título da tese que sugeriu, a partir da Fábula das Abelhas...

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, na pessoa do Professor Doutor José Luis Bolzan de Moraes, meu dedicadíssimo Orientador no Mestrado, e do Professor Doutor Ovídio Baptista da Silva, que tanto influencia o Processo Civil brasileiro...

Ao Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho, pelas críticas que fez na banca de qualificação e por ter estado sempre disponível para me ajudar...

Ao Prof. Dr. Aires José Rover, pelas tantas sugestões que me deu neste período e por me ter “encorajado” a defender uma cláusula geral de limitações ao Direito Autoral...

Aos colegas da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da OAB/RS, da qual me licenciei em 2006/1 para me dedicar exclusivamente à tese, mormente a Helenara Braga Avancini, Milton Lucídio Leão Barcellos e Rodrigo Azevedo...

A César Alexandre Leão Barcellos e Ivanio Reus de Campos, valorosos colegas que assumiram meus processos para que pudesse me dedicar integralmente à tese...

Aos colegas da Assistência Jurídica Gratuita da Unisinos, pela equipe “guerreira” que somos...

A Leonardo Machado Cusato, mais que um amigo, um irmão...

A Eduardo Lycurgo Leite, pelas tantas dicas e trocas de idéias...

A Wilson Engelmann, pelo apoio recebido...

A Haide Maria Hupfer, cujos “começar” e “terminar” juntos já bastariam este agradecimento, não fossem ainda todos os desafios que juntos superamos...

A João Henrique Rüdiger, um homem de bem, e que tanto me ajudou...

Às colegas da área dos Direitos Intelectuais da Unisinos, Adélia Green Koff, Ângela Kretschmann e Maria Cristina Cereser Pezzella, que bem sabem quanto as admiro...

A Valvir Ribeiro Adolfo, Acioni Manoel Vieira, Lia Vieira Adolfo, Volmir Silva Adolfo e Padre João Moraes, que me levantaram na “crise” do final de 2005...

Aos colegas da Unisinos, da Ulbra Gravataí e do Unilasalle, pelo apoio recebido...

A Denise e Vera, secretárias do PPG, por tudo...

A Regina Maria Recktenwald, que ficou no fim, mas sabe o que significou nesta empreitada...

*Segue o teu destino,  
rega as tuas plantas,  
ama as tuas rosas.*

*O resto é a sombra  
de árvores alheias.*

*(Fernando Pessoa)*

## RESUMO

A tese ora proposta questiona uma visão excessivamente privatística do Direito Autoral, constantemente verificada na doutrina autoralista tradicional, e propõe sua vinculação aos princípios constitucionais, em uma visão mais pública deste ramo do Direito, mormente a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro valor-fonte do ordenamento jurídico pátrio, onde uma visão exacerbada do Direito Autoral entra em conflito com vários outros direitos ou institutos, como a liberdade de expressão, o direito à educação, o direito à informação e o direito à cultura.

A teorização de um novo modelo de Direito Autoral pode se dar, na perspectiva que se procura fundamentar, a partir da “constitucionalização do Direito Privado”, solução que foi construída no Brasil por várias escolas e correntes, inicialmente a partir do Direito Civil, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988, e recentemente reforçada pela edição do Código Civil de 2002.

A investigação proposta, no concernente especificamente ao Direito Autoral, tem como aspecto principal a forma inadequada como estão previstas as suas limitações na doutrina autoralista clássica, seja porque historicamente vistas como exceções às prerrogativas patrimoniais dos titulares de direitos e *numerus clausus*, não comportando ampliação, como também no atual contexto histórico pelas conseqüências significativas que as novas tecnologias impõem ao Direito Autoral, mormente a tecnologia digital da chamada Sociedade da Informação.

Neste ponto específico das limitações, especialmente em decorrência da adoção das cláusulas gerais no Código Civil de 2002, como instrumento maleável de interpretação e construção dos institutos, ao final analisa-se a possibilidade de inserção de uma cláusula geral de limitações ao Direito Autoral como uma das soluções dos problemas apontados.



## ABSTRACT

The present thesis puts in question an excessively private vision of Author's Law, constantly verified in the traditional authoralist doctrine, and proposes its entailment to the constitutional principles, in a more public vision of this branch of Law, mainly starting from the principle of human dignity, a true source-value of the Brazilian juridical regulation, where an exacerbated vision of the Author's Law brings it into conflict with several other rights or institutes, such as freedom of expression, the right to education, the right to information and the right to culture.

The theorization about a new model of the Author's Law can occur, in the perspective upon which we try to found it, starting from the "constitutionalization of Private Law", a solution built in Brazil by many schools and tendencies, initially from Civil Law, especially after the advent of the Federal Constitution of 1988, and recently reinforced by the edition of the 2002 Civil Code.

In what refers specifically to the Author's Law, the proposed investigation has as its main aspect the inadequate manner in which its limitations are defined in the classic authoralist doctrine, be it because they are historically seen as exceptions to the patrimonial prerogatives of the rights' owners and *numerus clausus*, without including enlargement, and also in the current historical context for the significant consequences that new technologies impose to the Author's Law, mainly the digital technology of the so called Information Society.

In this specific point of limitations, especially deriving from the adoption of the general clauses in the 2002 Civil Code, as a malleable instrument of interpretation and construction of the institutes, in the end we analyze the possibility of inserting a general clause of limitations to the Author's Law as one of the solutions to the problems brought forward in our study.

## RIASSUNTO

La tesi ora proposta questiona una visione eccessivamente privatistica del Diritto d'Autore, verificata costantemente nella dottrina autoralistica tradizionale, e ne propone il vincolo ai principi costituzionali, in una visione più pubblica di questo ramo del Diritto, partendo principalmente dal principio della dignità dell'essere umano, reale valore-fonte dell'ordinamento giuridico patrio, dove un'esacerbata visione del Diritto d'Autore conflitta con diversi altri diritti o istituti, quali la libertà d'espressione, il diritto all'educazione, il diritto all'informazione ed il diritto alla cultura.

La teorizzazione di un nuovo modello di Diritto d'Autore può avvenire, nella prospettiva in cui si cerca di fondamentarlo, partendo dalla “costituzionalizzazione del Diritto Privato” soluzione questa che è stata costruita in Brasile da varie scuole e correnti, partendo inizialmente dal Diritto Civile, in special modo dopo l'avvento della Costituzione Federale del 1988, e recentemente rinvigorita dall'edizione de Codice Civile del 2002.

L'investigazione proposta, per quanto riguarda specificamente il Diritto d'Autore, ha come suo principale aspetto la forma inadeguata con cui sono previste le sue limitazioni d'accordo con la dottrina autoralistica classica, sia perchè storicamente viste come eccezioni alle prerogative patrimoniali dei titolari di diritti e *numerus clausus*, non comportando ampliamento, come anche nell'attuale contesto storico viste le significative conseguenze che le nuove tecnologie impongono al Diritto d'Autore, specialmente la tecnologia digitale della cosiddetta Società dell'Informazione.

In questo punto specifico delle limitazioni, specialmente in decorrenza all'adozione delle clausole generali nel Codice Civile del 2002, come strumento malleabile dell'interpretazione e costruzione degli istituti, alla fine si analizza la possibilità d'inserzione di una clausola generale di limitazioni al Diritto d'Autore come una delle soluzioni per i problemi menzionati.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>1 A DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO <i>VERSUS</i> DIREITO PRIVADO E A NECESSÁRIA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO</b> ....	22
1.1 INTRODUÇÃO AO TEMA .....	22
1.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO TEMA .....	24
1.3 A MANUTENÇÃO DA DICOTOMIA .....	27
1.3.1 <b>O primado do privado</b> .....	27
1.3.2 <b>O primado do público</b> .....	28
1.3.3 Ambos processos paralelos .....	29
1.4 A SUPERACÃO DA DICOTOMIA .....	33
1.5 CONSTITUIÇÃO E CODIFICAÇÃO: A ORIGEM DO BINÔMIO .....	35
1.6 AS CLÁUSULAS GERAIS .....	40
1.7 O FUTURO DO DIREITO PRIVADO .....	47
1.8 A SUPERACÃO DA TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO PRIVADO .....	49
1.9 PUBLICIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO .....	51
1.10 A FUNÇÃO SOCIAL DO NOVO CÓDIGO CIVIL .....	59
1.11 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FUNDANTE .....	73
1.12 HERMENÊUTICA E POSITIVISMO .....	78
<b>2 HISTORICIDADE E FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO DIREITO AUTORAL</b> .....	84
2.1 DIREITO DO AUTOR E DIREITO AUTORAL .....	84
2.2 IMPORTÂNCIA DO DIREITO AUTORAL .....	85
2.3 OBJETO E CONTEÚDO DO DIREITO AUTORAL .....	87
2.3.1 <b>Objeto do Direito Autoral</b> .....	87
2.3.2 <b>Conteúdo do Direito Autoral</b> .....	90
2.4 GÊNESE E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AUTORAL .....	95
2.4.1 <b>Gênese do Direito Autoral</b> .....	95
2.4.2 <b>Natureza jurídica do Direito Autoral</b> .....	96
2.5 DURAÇÃO E TRANSFERÊNCIA DO DIREITO AUTORAL .....	99
2.5.1 <b>Duração do Direito Autoral</b> .....	99
2.5.2 <b>Transferência do Direito Autoral</b> .....	102
2.6 LIMITAÇÕES AO DIREITO AUTORAL EM SUA VISÃO TRADICIONAL ...	103
2.6.1 <b>Introdução e fundamentação das limitações</b> .....	103
2.6.2 <b>Principais limitações ao Direito Autoral na legislação brasileira</b> .....	107

2.7 LIMITAÇÕES NO SISTEMA DA <i>COMMON LAW</i> : O <i>FAIR USE</i> DOS NORTE-AMERICANOS E O <i>FAIR DEALING</i> DOS INGLESES .....	122
2.7.1 <i>O fair use</i> .....	122
2.7.2 <i>Guidelines</i> .....	133
2.7.3 Paródias .....	134
2.7.4 Outras defesas .....	135
2.7.5 <i>O fair dealing</i> .....	138
2.7.6 As vantagens e desvantagens de cada sistema de limitações .....	139
2.7.7 A inadequação da forma atual das limitações .....	140
<b>3 O DIREITO AUTORAL NO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, SUA VINCULAÇÃO AOS PRINCÍPIOS E RELAÇÃO COM OUTRAS ÁREAS</b> ..	144
3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	144
3.2 ARGUMENTOS PARA UMA NOMENCLATURA MODERNA: DIREITO INTELECTUAL OU DIREITOS INTELECTUAIS .....	145
3.3 TEORIAS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DE WILLIAM FISHER .....	146
3.3.1 Teoria Utilitarista .....	147
3.3.2 Teoria do Trabalho .....	152
3.3.3 Teoria da Personalidade .....	159
3.3.4 Teoria do Plano Social .....	163
3.3.5 Outras Teorias .....	165
3.3.6 A possibilidade de uma nova teoria: a da maximização dos benefícios sociais no Direito Autoral .....	172
3.4 CONTEÚDO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AUTORAL	177
3.4.1 Princípio da Exclusividade de Utilização .....	177
3.4.2 Princípios da Pessoalidade e Transmissibilidade .....	178
3.4.3 Princípio da Temporabilidade .....	179
3.4.4 Princípio da Proteção das Participações Individuais em Obras Coletivas	180
3.4.5 Outros Princípios .....	181
3.5 OUTRAS ÁREAS RELACIONADAS AOS DIREITOS INTELECTUAIS	181
3.5.1 Direito do Inventor .....	181
3.5.2 Direito Marcário .....	183
3.5.3 Propaganda enganosa, concorrência desleal e repressão ao abuso de poder econômico .....	186
<b>4 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO AUTORAL</b> .....	191
4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO .....	191
4.2 ASPECTOS TÉCNICOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO .....	201
4.3 INTERNET E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO .....	204
4.4 DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO .....	208
4.5 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E EXCLUSÃO .....	211
4.6 A DIRETIVA EUROPÉIA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO .....	216
4.7 A GESTÃO COLETIVA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO .....	219
4.8 ASPECTOS PENAIIS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO .....	223
4.9 AS PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO NAS LIMITAÇÕES AO DIREITO AUTORAL .....	231
4.10 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E UTILIZAÇÕES ALTERNATIVAS DAS OBRAS .....	239
4.10.1 Software livre .....	239
4.10.2 <i>Creative commons</i> .....	247

4.11 OUTROS ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO AUTORAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E PERSPECTIVAS DE UMA NOVA NOMENCLATURA .....	253
<b>5 OBRAS PRIVADAS, BENEFÍCIOS PÚBLICOS: APORTES PARA UM NOVO DIREITO AUTORAL, NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO .....</b>	<b>258</b>
5.1 DIREITO AUTORAL E SUA RELAÇÃO COM A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO .....	258
5.2 DIREITO AUTORAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	263
5.3 DIREITO AUTORAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....	265
5.4 DIREITO AUTORAL E DIREITO À INFORMAÇÃO .....	271
5.5 DIREITO AUTORAL E DIREITO À CULTURA .....	285
5.6 DIREITO AUTORAL E DIREITO À EDUCAÇÃO .....	297
5.7 DIREITO AUTORAL E ABUSO DE DIREITO .....	310
5.8 CRITÉRIOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	322
5.9 A APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>INTER PRIVATOS</i> .....	333
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>339</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>350</b>

## INTRODUÇÃO

O Direito Autoral sempre foi a área do Direito que despertou especial atenção, seja dos juristas, daqueles que trabalham com ele nas mais variadas profissões, e das pessoas em geral. Afinal, na capacidade intelectual e espiritual está a grande distinção dos seres humanos dos animais irracionais, como se aprende desde a mais precoce infância já dos pais e, posteriormente, no início dos períodos escolares, no ensino fundamental. Não há quem, por experiência social, não tenha tido contato de algum tipo e experiência pessoal e cultural das mais variadas intensidades e formas com as criações intelectuais.

A própria história da Humanidade é farta em momentos nos quais, a par de suas caracterizações de cariz econômica, política, social e jurídica, todos tiveram algum elo de ligação direta ou indireta com as criações intelectuais, de uma ou de outra natureza. Para se ter certeza desta afirmativa, basta pensar em dois instantes que ditaram de modo significativo o atual estágio humano, nos últimos séculos, e que são suficientemente corroboradores dessa idéia: a Revolução Francesa e a Revolução Industrial. A primeira espalhou a partir da França pós-Tomada da Bastilha não somente os pregados ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade”, mas, inclusive, o novo sistema político-jurídico que se alastrou mundo afora, e nele o atual padrão de organização do Estado, esteiado nas três funções básicas, legislativa, executiva e judiciária. Teve na “liberdade de expressão” um verdadeiro valor-fundamental do novo ideal de Estado Democrático, que guarda direta relação com o Direito Autoral, inclusive repensado nos dias atuais, como se verá. A segunda – tendo como foco básico especialmente a Inglaterra do final do século XVIII e início do século XIX – também com significativas conseqüências marcou a História, a ponto de ter feito surgir o confronto entre os interesses de capital (especialmente industrial) e trabalho que gerou as construções teóricas e sociais que tanto influenciaram especialmente

a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX. Diretamente vinculada ao Direito do Inventor, outra grande área dos Direitos Intelectuais. Antes disso tudo, na transição da Idade Média, outra criação tecnológica foi significativa no surgimento de um Direito de Autor: a máquina impressora de Gutenberg.

Aquela época já foi suficiente para que logo ocorresse, em 1886, com a Convenção de Berna, a consagração internacional do Direito Autoral, o mesmo tendo se dado no palco das relações internacionais em 1882 na esfera do Direito da Propriedade Industrial, com a construção entre os Estados da Convenção da União de Paris.

Mas, se a mesma História, aqui referida como suporte das considerações que seguirão, logo escancarou as profundas e significativas mazelas do novo modelo – que, de modo direto ou indireto, originou tantos dos conflitos vistos naquele período, entre eles dois de dimensão mundial na primeira metade do último século –, também o modelo de Direito, e com ele o de Direito Autoral, erigido naquela época, e que insistentemente sobreviveu a tudo, demonstra não ser o mais adequado para a regulação e o enfrentamento das novas e complexas relações que a Humanidade vive no atual estágio. Se em sede de construção civilista as correntes mais críticas e questionadoras do modelo tradicional concluíram que não tinha mais como ser mantido o modelo privatístico oitocentista fundado em elementos tão caros naquela época, como o patrimonialismo, o contrato e a consagração inflexível da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, da família concebida a partir de aspectos muitas vezes eminentemente patrimoniais e a partir da figura central do *pater familiae*, o mesmo se deu no Direito Autoral, como se tentará construir nas linhas que se seguirão nesta investigação.

Isso se deu em virtude de dois motivos básicos. No âmbito jurídico, a partir, certamente, das mesmas constatações que serviram de base para a fundamentação teórica de um novo modelo que superasse aquele civilístico tradicional que, inclusive, questionou a antiga dicotomia entre Direito Público e Direito Privado que outrora havia se firmado.

Mas estava por vir uma motivação – e então, mais uma vez, a História entra em cena – que mostraria significativamente a necessidade de construção premente de um novo modelo de Direito Autoral. A técnica – que teve desenvolvimento antes inimaginável e que havia crismado os séculos XIX e XX inicialmente com as máquinas industriais e depois

com o rádio, a televisão, as telecomunicações em geral, o avião, os satélites e a energia nuclear, entre outros – atingiu no último quartel do último século proporções de igual forma que até então somente seriam fruto da mente mais criativa do mais dedicado ficcionista. Teve como suporte especialmente uma invenção que parecia apenas mais uma delas aos incautos observadores de meados do século XX: o computador. Com ele veio uma era não somente de novas máquinas, mais sofisticadas e com maior capacidade de processamento que a cada instante surgiam e surgem, mas, de igual sorte, de seus programas (*softwares*), que são elemento crucial de seu funcionamento.

Dessa situação até o surgimento verdadeiramente marcante da Internet na última década do último milênio foi questão de instantes no cenário global. Concebida inicialmente como ferramental militar, ela se espalhou mundo afora, sendo hoje visível e indispensável nas relações mais variadas, destacando-se as comerciais e de prestação de serviço. Na nova concepção, o mundo está na rede, e não raro o que não está na rede não faz parte do mundo.

É a Sociedade da Informação, expressão que, embora tenha alguns oponentes, pode facilmente na atual conjuntura ser admitida como resumidora e abrangedora desta nova realidade, virtual e complexa, dos novos tempos.

O Direito Autoral, então, que já havia sofrido os impactos de igual modo fortes das tecnologias eletrônicas do passado, mormente das máquinas reprográficas, gravadores e aparelhos de reprodução em geral, passou a ter, nesta tecnologia avassaladora da Sociedade da Informação, seu mais novo e para alguns até insuperável momento crítico. Tanto que não foram poucas as vozes apocalípticas que previram “o fim do Direito Autoral”.

Concebido a partir daquele mesmo ideal da Era das Codificações, a partir da previsão-tipo lançada pela Convenção de Berna, o Direito Autoral clássico ou tradicional hoje se mostra irremediavelmente superado. Se não em sua totalidade, e bem se mostra sempre claro que não se pode descartar a riqueza das construções teóricas que antecedem o presente, ao menos em sua visão exacerbadamente privatística, que de resto se via na propriedade em geral, sem entrar-se aqui, ainda, no mérito de se tratar, ou não, de propriedade esta área do Direito.



O principal ponto modificativo inegavelmente estava no necessário cotejamento do Direito Autoral com valores, princípios e institutos consagrados na estrutura constitucional, fundada em suportes axiológicos que foram cruciais naquele momento histórico-institucional de 1988 entre nós, como a democracia, a dignidade da pessoa humana, a ética nas relações sociais e a solidariedade, apenas para mencionar alguns.

Estava em colisão, então, aquele modelo anterior, em seu aspecto “externo”, com a nova realidade.

Em seu aspecto que pode ser denominado “interno” o nó górdio do Direito Autoral na atualidade inquestionavelmente está relacionado à forma como estão previstas e são interpretadas as suas chamadas “limitações”. Frutos daquele edifício-base do Direito Autoral construído a partir da Convenção de Berna, elas têm seu pilar na previsão da denominada “Regra dos Três Passos”, elaboradas doutrinariamente como “exceções” ao direito “de propriedade” (autoral) a partir daquele modelo igualmente consignado em decorrência do ideário vitorioso na revolução liberal-burguesa dos franceses, pois, sendo exceções, e estas não comportando interpretação extensiva, seriam as limitações exaustivas, restritas às previsões legais.

Mas, a mesma História desde o início invocada para fundamentar estas linhas introdutórias igualmente serve para bem demonstrar que, se as crises surgiram, elas próprias, na maioria dos momentos, levaram às suas próprias soluções, não raras vezes consignoradoras de substanciais melhorias na forma anteriormente estabelecida nas mais variadas realidades.

A análise desta problemática é o assunto da presente tese. Sua intenção é demonstrar que um modelo de Direito Autoral excessivamente privatístico não tem razão de ser nos dias atuais, reclamando sua (re)fundamentação a partir da Constituição Federal e seus princípios, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana, que bem pode ser firmado em alguns direitos igualmente consagrados, como aqueles antes referidos (educação, informação e cultura). Ainda, há um objetivo que perpassa toda a pesquisa, de demonstração da insuficiência da atual forma de previsão das limitações ao Direito Autoral, concebidas histórica e classicamente pela doutrina autoralista tradicional, até

possivelmente em decorrência daquela visão excessivamente privatística como até aqui reiteradamente se disse, como restritas àquelas previstas na legislação autoral.

Para efeitos de nomenclatura, merece realce que se partiu, como se verá no texto, mesmo reconhecendo-se e até apresentando as várias divergências que há em torno dela, da expressão “Direitos Intelectuais” como englobadora daquela grande área do Direito que abrange as criações do intelecto humano, abrangendo as de natureza estética ou artística (Direito Autoral) e as de natureza técnica-industrial (Direito do Inventor), bem como o Direito Marcário, em vez de “Direito da Propriedade Intelectual”, e no decorrer do texto, mormente em sua conclusão, se dirá mais claramente o motivo.

De igual modo, mesmo sabendo que a expressão “Direito Autorais” abrange tanto o Direito de Autor ou Direito do Autor estrito senso, atinentes às obras intelectuais criadas pelo esforço intelectual humano, optou-se pela adoção da expressão mais ampla “Direitos Autorais”, que engloba tantos aqueles como os Direitos que lhe são conexos. Tal decisão ampara-se na idéia de não ter que se referir aos Direitos Conexos em cada oportunidade que surjam no decorrer do texto, e ainda de que cada vez mais se ampliam eles na moderna situação tecnológica. Mesmo, igualmente, reconhecendo que o modelo moldado no mundo anglo-saxão a partir da Inglaterra é mundialmente conhecido como “*Copyright*”, diferente daquele construído na Europa Continental e nos países de tradição romano-germânica a partir do *Droit D’Auteur* francês, ao longo do texto optou-se por utilizar a expressão “Direito Autoral”, apenas mantendo aquela quando absolutamente imprescindível, ou em alguns momentos para não tornar o texto repetitivo.

Ainda no que respeita à nomenclatura utilizada, e de igual modo mesmo sabendo que a expressão encontra resistências, como se demonstrará já na abertura do capítulo próprio, resolveu-se adotar a expressão “Sociedade da Informação” como a mais adequada para demonstrar a complexa situação com a qual a Humanidade se depara na atualidade, assim cunhada a partir das inúmeras conseqüências e interconexões surgidas da adoção de um modelo comunicacional instantâneo, que tem sua mais importante realidade no imenso ferramental tecnológico disponível, e que a cada dia se renova seu grande motor, e na Internet particularmente.

Metodologicamente, partiu-se da exposição da necessária vinculação do Direito Privado em geral e do Direito Autoral em particular ao Direito Constitucional, o que se faz a partir da chamada “constitucionalização do Direito Civil”, tentando demonstrar qual a melhor solução a adotar quando o Direito Autoral conflitar com direitos fundamentais de algum modo vinculados à dignidade da pessoa humana, como os direitos à educação, à informação e à cultura, e como eles são indispensáveis à observância da dignidade da pessoa humana como valor fundamental do atual sistema jurídico interno (nacional) e externo (internacional).

Nas construções que aqui são feitas não pode ser desconsiderada a pesquisa que faz o autor destas linhas em sede de Direitos Intelectuais desde 1989, a experiência como professor de Direito da Propriedade Intelectual em nível de graduação há 14 anos no Curso de Direito da Unisinos e em seu Núcleo de Direito da Propriedade Intelectual desde sua criação, em 1994; os aportes da atuação, desde 2003, na Comissão Especial de Propriedade Intelectual da Ordem dos Advogados do Brasil, secção Rio Grande do Sul; a participação em inúmeras palestras, congressos e seminários sobre o tema; e a privilegiada interlocução com profissionais e entidades relacionadas ao tema, mormente, no Brasil, a Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI, a Associação Brasileira de Direito Autoral – ABDA, e em nível latino-americano do Instituto Interamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos – IIDA; bem como recentemente, com a Associação Portuguesa de Direitos Intelectuais – APDI; além da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, com sede em Genebra.

Neste particular, realce ao Curso de Posgrado de Inverno de três semanas que realizou o autor desta pesquisa na Universidade de Buenos Aires – UBA, já como doutorando, em julho de 2002, ao período de pesquisa na Universidade Clássica de Lisboa, em janeiro e fevereiro últimos, sob orientação do professor José de Oliveira Ascensão, bem como à recente participação no Congresso da Asociación Literária y Artística para la Defensa del Derecho de Autor – ALADDA, realizado em junho de 2006 em Barcelona, tendo como tema “Direito Autoral e Liberdade de Expressão”.

Este trabalho estrutura-se em cinco partes, consignadas em capítulos próprios. No primeiro capítulo fundamenta-se a superação ou, no mínimo, o abrandamento da outrora propalada dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, ainda trazendo a lume a nova

Escola denominada “Constitucionalização do Direito Civil”, que, no caso, pode ser descrita como “Constitucionalização do Direito Privado” (Autoral), bem como aspectos relevantes na visão mais atual e crítica da matéria, com uma análise breve em torno da Hermenêutica Jurídica. Importante será, nesta primeira parte, a discussão em torno das cláusulas gerais introduzidas no Código Civil de 2002, este como ferramenta moderna, avançada e maleável de previsão legal e interpretação dos institutos, especialmente a partir da análise da cláusula geral de limitação do Direito Autoral existente no Direito norte-americano (*fair use*), que se dará no momento próprio.

No segundo capítulo faz-se uma rápida fundamentação histórica e teórica do Direito Autoral, até chegar a suas limitações que, como antes se disse, são centrais na tese proposta e cuja interpretação como “*numerus clausus*” pela doutrina clássica já não atendem às especificidades da época atual, enfatizando-se as limitações no modelo anglo-saxão, mormente o denominado *fair use* dos norte-americanos e, mesmo que brevemente, do “*fair dealing*” dos ingleses.

No terceiro capítulo serão tratadas importantes questões da formulação conceitual deste ramo do Direito, mormente apresentando-se a vinculação do Direito Autoral à Constituição, aos princípios e às principais teorias justificadoras de sua tutela, bem como sua vinculação e breve cotejo a outras áreas abrangidas pelos Direitos Intelectuais.

No quarto capítulo será desenvolvida uma contextualização da Sociedade da Informação, realidade atualíssima também em torno do tema em discussão, que modifica substancialmente a forma de acesso e disponibilização das obras autorais e questiona inúmeros valores do modelo autoral clássico, como se referiu alhures oriundo do século XIX, a partir de sua consagração na França e da Convenção de Berna.

Finalmente, no último capítulo procura-se fornecer elementos do necessário enfrentamento do Direito Autoral com alguns dos institutos que obrigam a redefini-lo, em uma visão mais moderna e vinculada a seus fins sociais e coletivos, a partir de seu potencial conflito com muitos desses direitos de natureza pública, e de igual sorte consagrados como fundamentais no Estado Democrático de Direito, como liberdade de expressão, o direito à educação, direito à informação e direito à cultura, sem descuidar-se de outros institutos muito modernos que têm relevo na discussão, como o do “abuso de direitos autorais”.

Em nenhum dos capítulos se pretendeu analisar à exaustão os temas propostos, por questões vinculadas à extensão projetada para a pesquisa, e porque, se em nenhuma ciência ou área se pode ter a pretensão de esgotar qualquer assunto, quem dirá em tema tão atual e complexo que, além de sua complexidade, apresenta significativo rol de obras publicadas nos últimos anos. Privilegiou-se, no entanto, a bibliografia considerada central de cada tema, destacando, a partir da densidade de sua obra, aquelas de José de Oliveira Ascensão, e utilizando-se de vários juristas portugueses, resultado de período de estudos desenvolvidos naquele país. Mesmo reconhecendo-se a forte influência do autoralista português, a pesquisa não tem a intenção de adotar na integralidade nenhuma das correntes ou obras abordadas, mas somente, a partir de sua análise, extrair elementos que possam auxiliar na (re)construção de um novo Direito Autoral a partir da comprovação da superação do atual modelo e da necessidade deste renovado, com ênfase na superação do padrão excessivamente privatístico que se construiu também em nosso país e na insuficiência atual das limitações ao Direito Autoral.

Ao final, será apresentada uma conclusão onde se pretende sintetizar as idéias centrais desenvolvidas no decorrer do trabalho, bem como tecer, à guisa de fechamento, algumas observações de sugestão para a solução jurídica do problema central da investigação.

# 1 A DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO *VERSUS* DIREITO PRIVADO E A NECESSÁRIA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

## 1.1 INTRODUÇÃO AO TEMA

O primeiro capítulo da tese ora proposta servirá, inicialmente, para análise, mesmo que breve, mas introdutória, da temática de fundo proposta — uma nova visão dos Direitos Autorais em sua conotação mais “publicizada”, para o efetivo alcance de sua função social por meio das limitações vistas como direito subjetivo do utilizador e de forma mais ampla —, de uma visão mais atual e renovada do Direito Privado, num primeiro instante com o abrandamento da antiga dicotomia entre as duas grandes áreas historicamente fixadas pela doutrina tradicional para o Direito (Público e Privado) e num segundo instante pela necessária constitucionalização do Direito Privado.

Para atingir o intento, serão utilizadas obras que analisam esta realidade a partir do Direito Civil, para posteriormente adequar os argumentos ao Direito Autoral, também interpretado histórica e classicamente como pertencente ao Direito Privado, vale dizer, em sua conotação privatística. Como bem enfoca Martins-Costa, para se perpassar a origem da perspectiva dicotômica entre o Direito Público e o Direito Privado, por suas significações, põe-se necessariamente sua análise histórica, pois somente na História e só nela são compreendidas.<sup>1</sup>

Tudo teve origem a partir da Escola da Exegese surgida na França napoleônica pós-Revolução Francesa, que fundou na codificação o elemento de base do Direito Privado.<sup>2</sup> Nesta visão, o Direito Privado designaria historicamente a compreensão de regras ordenadas nos Códigos Civil e Comercial e esparsamente em algumas leis especiais,<sup>3</sup> com base no tripé pessoa, família e patrimônio, ou as pessoas, os bens e suas relações, na indicação do artigo 1º do Código Civil de 1916. Nesta perspectiva, o Direito Privado seria

---

<sup>1</sup> MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

<sup>2</sup> Mesma visão sustentada por Ludwig: “A dicotomia, como critério dotado de pretensão científica, veio afinal manifestar-se claramente pela técnica normativa adotada pelos países da família romano-germânica, a partir da Revolução Francesa, para moldar seus ordenamentos jurídicos”. LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público e Direito Privado: A superação da dicotomia*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do... Op. cit.*, p. 95-6.

<sup>3</sup> O Direito Autoral evidentemente estaria neste contexto, como “lei especial”, na visão clássica (tradicional), que ora se tenta superar.

um conjunto de regras técnicas, neutras, apolíticas, reguladoras da atividade interprivada, esta mobilizada pelo princípio da autonomia privada visto ao modo individualista, “egoístico” e voluntarista refletido na expressão “autonomia de vontade”, apartando, porque absoluto e absolutizante, de outros eixos valorativos.<sup>4</sup>

Na acurada análise proposta por Perlingieri verifica-se a necessidade de superar este paradigma em ponto que intitula “Dificuldade de individualização das fronteiras entre direito público e privado”:

A própria distinção entre direito privado e direito público está em crise. Esta distinção, que já os Romanos tinham dificuldade em definir, se substancia ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada dos interesses. Se, porém, em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público. As dificuldades de traçar linhas de fronteira entre direito público e privado aumentam, também por causa da cada vez mais incisiva presença que assume a elaboração dos interesses coletivos como categoria intermédia (tome-se, como exemplo, o interesse sindical ou das comunidades).<sup>5</sup>

A inadequação deste modelo aos tempos atuais exige que, em renovada perspectiva, sejam reexaminadas as relações entre o Direito Privado e o Direito Público, mormente o Direito Constitucional, já que é neste espaço que se promove, sobre as ruínas da robusta arquitetura oitocentista, sua necessária reconstrução.<sup>6</sup>

Para esta análise introdutória, partir-se-á, metodologicamente, de sua contextualização histórica, no próximo ponto.

---

<sup>4</sup> MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do... Op. cit.*, Introdução, p. 13.

<sup>5</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 52-3. Silva Filho faz correta distinção, aprofundando a amplitude da expressão, entre interesse público e interesse do Estado. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 191-2, e ainda em sua principal obra: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 264, entre outras.

<sup>6</sup> MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do... Op. cit.*, Introdução, p. 12 e 15.

## 1.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO TEMA

Assinala Bobbio que a distinção entre Direito Público e Direito Privado vem do *Corpus Iuris*, primeira oportunidade em que se tentou a limitação destas noções, referindo-se ao primeiro como *quod ad statum rei romanae spectat*, e ao segundo como *quod ad singulorum utilitatem*.<sup>7</sup> Mesmo assim, a noção de *lex publica* não correspondia necessariamente ao conceito de *publico jus*. Nas fontes romanas, uma quantidade de normas reguladoras das relações entre privados era considerada como pertencente ao Direito Público, e a razão disso decorria de uma constatação fática, quando um interesse social ou geral conflitasse com o interesse individual. O significado de *publicum jus* torna-se mais relevante na medida em que a eficácia das normas, quando estabelecidas entre os particulares, não podia ser minorada pela via de pacto, vale dizer, eram inderrogáveis pelos cidadãos. Assim, “o termo *publicum* associado ao *ius* designava regra obrigatória para todo o *populus* romano (gens mais plebe). Sob a denominação *ius publicum* estavam também compreendidos interesses públicos e religiosos”.<sup>8</sup> A partir de então, sua utilização ao longo dos tempos, “sem substanciais modificações, acabou por superar o campo da mera distinção para tornar-se uma daquelas ‘grandes dicotomias’”, representando pólos claramente opostos como “paz/guerra, democracia/autocracia, sociedade/comunidade, estado de natureza/estado civil”.<sup>9</sup>

Segundo Bobbio, pode-se falar de uma grande dicotomia ao deparar-se com uma distinção que demonstre a capacidade de: a) dividir o universo em duas esferas conjunta e reciprocamente exaustivas no sentido de que todos os indivíduos daquele universo em uma delas tenham lugar e, de outra parte, no sentido de que nenhum ente pode ser simultaneamente enquadrado em ambas; e b) estabelecer uma divisão que é ao mesmo tempo total e principal, à medida que todos os entes que se pretende disciplinar nela tenham lugar, e que tenda a fazer convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam, em relação a ela, secundárias.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*: para uma teoria geral da política. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 13.

<sup>8</sup> SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do... Op. cit.*, p. 21-2.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado,...* *Op. cit.*, p. 13.

<sup>10</sup> Idem, p. 13-4.



Neste contexto, e diante da contradição historicamente fixada que contrapôs um ao outro, de igual forma se consagrou que o mais forte é o público, já que, frequentemente, o privado é definido como tudo aquilo que não é público, em uma interpretação por exclusão.<sup>11</sup> Como resultado da busca de um critério formal baseado na função das normas jurídicas surgiram critérios antagônicos como os que fazem o cotejo entre obrigatoriedade e liberdade, sendo as de Direito Público caracterizadas pela primeira e as de Direito Privado pela segunda, valorizando a vontade do indivíduo. Esta realidade foi muitas vezes questionada em sede da Teoria do Direito à medida que, atualmente, um dos grandes temas em estudo é precisamente a verificação de que não mais se trata de esferas dicotômicas e diametralmente opostas, mas de esferas que se interpenetram, ou se complementam.<sup>12</sup>

À distinção oriunda do *Corpus Iuris* foram incorporadas outras, no decorrer do tempo, especialmente a partir da denominada Teoria do Interesse e também da Teoria das Fontes, mas sempre se mantendo a idéia central de que Direito Público é aquele que tem por objeto o interesse social ou geral e, contrariamente, Direito Privado é aquele que se refere a interesses individuais ou particulares.<sup>13</sup>

Após um longo período de aceitação da divisão aplicada pelos romanistas, esta realidade foi objeto de discussões durante a Idade Média. Com o equilíbrio das forças sociais, a partir da união entre poder político e religião, a distinção tornou-se anacrônica. A partir principalmente da atuação dos glosadores, nesta época surgiram os questionamentos: “Seria esta classificação suprema ou secundária? Seria relativa ao objeto ou à finalidade do Direito? Seria esta uma divisão absoluta?” No entanto, do século XIII até o século XVIII esta distinção entre Direito Público e Direito Privado se esvanece, pois a discussão predominante no Direito é a procedência do Direito Natural em relação ao Direito Positivo, momento em que a comunhão até então reinante entre indivíduo e Estado é rompida e são reconhecidos aos cidadãos direitos naturais, inerentes e privados, inderrogáveis pelo Direito Positivo ou pela autoridade civil.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Mesma interpretação dada por Ludwig ao referir que “público costuma ser definido como o termo mais forte da relação, à medida que ocorre frequentemente de privado ser definido como não-público (*privatus qui in magistratu non est*, Forcelini), raramente o contrário”. (LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do... Op. cit.*, p. 92).

<sup>12</sup> SILVEIRA, Michele Costa da. *As grandes... Op. cit.*, p. 23-4.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 26.

Outro fator relevante nesta perspectiva histórica foi o surgimento de uma maior especialização do Direito, como o Direito dos Mercadores, que posteriormente se transformou em Direito Mercantil, após a crise medieval dos séculos XVI e XVII, sendo também o período de surgimento da Filosofia do Direito a partir do influxo do novo jusnaturalismo.<sup>15</sup>

Com as revoluções liberais, a sociedade civil e a sociedade burguesa, significando a esfera das relações sociais distinta da esfera das relações políticas, marcam a nova realidade, entendida como não-política e política.<sup>16</sup> O não-estatal, neste modo de ver, seria, então, pré-condição do Estado, antítese do Estado e dissolução do Estado.<sup>17</sup>

Outro aspecto importante a ressaltar, a partir da Revolução Francesa, é o surgimento de um pólo importantíssimo desta relação, a Constituição, na forma como é entendida na contemporaneidade. Assim, de um lado tinha-se a Constituição, responsável pelo regramento dos poderes do Estado e de limitação de seu âmbito de atuação, entre si e perante a cidadania, como diploma público por excelência, e de outro o Código Civil, com a função de regular as relações econômicas, essencialmente entre os particulares, tido como perfeito e total, voltado à sociedade civil e isolado do constitucionalismo. Em suma, foi essencialmente em decorrência dos movimentos oitocentistas de codificação e constitucionalismo – bem como da laboriosa tarefa de sistematização da Ciência Jurídica que se fez necessária – que surgiu, como verdadeiro axioma, a concepção dicotômica de relação entre Direito Público e Direito Privado.<sup>18</sup>

Destaque-se o estágio do constitucionalismo daquela época, importante para a compreensão da realidade sob enfoque, já que, no século XIX, em decorrência do liberalismo econômico reinante, era mais fácil demarcar o essencial ao Estado, preponderando as liberdades negativas, vale dizer, poderes de ação perante o ente estatal, sem ser importunado dentro do âmbito desenhado pelos direitos individuais.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes... *Op. cit.*, p. 26.

<sup>16</sup> É o que enfatiza Ludwig ao referir que “a distinção entre direito público e direito privado se apóia numa idéia que parece evidente aos olhos dos juristas da família romano-germânica: as relações entre governantes e governados geram problemas específicos, de natureza absolutamente diversa daqueles oriundos das relações de pessoas privadas entre si, quando mais não seja porque o interesse geral e os interesses particulares não podem ser pesados na mesma balança”. (LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público... Op. cit.*, p. 88).

<sup>17</sup> SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes... *Op. cit.*, p. 26.

<sup>18</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público... Op. cit.*, p. 96.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 97.

Esta contraposição absoluta entre Estado e sociedade civil ou entre indivíduo e sociedade vigorou até meados do século XIX, quando as lutas sociais decorrentes da situação enfrentada pelos trabalhadores acabaram alterando significativamente as feições do Estado Liberal, levando à gradual integração entre Estado e Sociedade Civil.<sup>20</sup>

Atualmente, entretanto, sob a égide do Estado Social, ao menos nas Constituições democráticas há a contemplação de liberdades positivas, ou seja, de exigir do Estado prestações específicas para o atingimento pleno desses direitos sociais, o que causa uma mudança considerável no tratamento dado ao tema.<sup>21</sup>

### 1.3 A MANUTENÇÃO DA DICOTOMIA

#### 1.3.1 O primado do privado

Como antes referido, o Direito Privado romano, não obstante originado de uma positivação histórica, transformou-se pelo labor dos juristas glosadores em um Direito Natural até tornar-se novamente Direito Positivo a partir das grandes codificações, mormente a partir da Era Napoleônica no início do século XIX. Não há dúvidas, neste sentir, de que o patrimônio jurídico herdado dos romanos era essencialmente privado.<sup>22</sup> Cumpre notar que “era sobretudo no plano privado que os direitos se reconheciam e se exerciam como liberdades – sem embargo das conotações políticas do argumento – e era sob o arcabouço das codificações (que desde o início se mostravam mais estáveis do que as cartas políticas) que o sentido sistemático do direito objetivo/positivo se manifestava”.<sup>23</sup>

Se cotejado ao Direito Privado, o Direito Público como um corpo sistematizado de normas nasceria muito tempo depois, apenas na formação do Estado Moderno, embora

---

<sup>20</sup> SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes... *Op. cit.*, p. 27. Ludwig fixa no pós-Primeira Guerra as dificuldades para definição de uma essência de Estado, mostrando-se ineficiente, ou ao menos insuficiente a perspectiva dicotômica. (LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público... *Op. cit.*, p. 98).

<sup>21</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público... *Op. cit.*, p. 97. Como bem anota Baptista da Silva, há que se distinguir uma idéia de “publicização do privado” que é construída a partir das Escolas Jurídicas que aqui se tenta demonstrar, da outra realidade que se mostra clara nos últimos tempos, que significa o inverso, especialmente a partir de políticas econômicas e do domínio de parcelas significativas do “público” pelo privado, como nos processos de privatização. Logo se retornará ao tema, na seqüência. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Observações feitas na banca de arguição de doutoramento, realizada na Unisinos, em 9 de agosto de 2006).

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado*,... *Op. cit.*, p. 21.

<sup>23</sup> SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes... *Op. cit.*, p. 41.

se possam encontrar suas origens entre os comentadores do século XIV. Mesmo assim, a partir do Direito Privado surgiram duas categorias significativas do Direito Público europeu nas quais se ampararam durante séculos os juristas para a construção de uma teoria jurídica do Estado: o *dominium* compreendido como poder patrimonial do soberano sobre o território do Estado, que como tal se distingue do *imperium*, que significa o poder de comando sobre os súditos, e o *pactum*, que passa por princípio de legitimação do poder em toda a tradição contratualista que vai de Hobbes a Kant.<sup>24</sup>

Naquele período, entre as poucas normas de Direito Público que reagem sobre as de Direito Privado estavam aquelas atinentes à defesa dos sujeitos privados contra a intromissão do Estado. Neste particular, assume importância a idéia do direito à privacidade: O público, então, é aquilo que é comum, que deve ser visível, e o privado é o atinente ao indivíduo em sua singularidade e que deve, assim, ficar protegido da luz da publicidade, sendo legítima a tutela da intimidade com base no princípio da exclusividade.<sup>25</sup> Bobbio igualmente dá conta que um dos eventos que significativamente revela a persistência do primado do Direito Privado sobre o Direito Público é a resistência que o direito de propriedade opõe à ingerência do poder soberano.<sup>26</sup>

Nos dias atuais, entretanto, há uma nova dimensão do Direito Privado, já que não atende somente à autodeterminação individual, como de igual modo à justiça social, com o que se pode dizer que existe atualmente uma nova dimensão de seu próprio conceito.<sup>27</sup>

### 1.3.2 O primado do público

No Direito Civil do século XX viu-se o processo de publicização dos espaços privados, anteriormente dedicados quase exclusivamente à autonomia da vontade, que ele se encarregava de assegurar, pela intervenção do Estado nessas searas, eliminando a

<sup>24</sup> SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes... *Op. cit.*, p. 41-2.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 42.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado...* *Op. cit.*, p. 23. De fato, como alude Zolo, no curso da Revolução Industrial e do desenvolvimento do capitalismo dos séculos XVII e XVIII, o direito de propriedade foi reivindicado em primeiro lugar e com maior intensidade pela nascente burguesia industrial, contrapondo-se à “propriedade feudal” e entendendo-se como o principal bastão frente ao poder arbitrário do soberano. (ZOLO, Danilo. Libertad, Propriedad e Igualdad en la Teoria de los “Derechos Fundamentales”: a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 87).

<sup>27</sup> SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes... *Op. cit.*, p. 42.

tradicional dicotomia aferível pelo critério de interesses.<sup>28</sup> O Estado Social superou o critério de distinção tradicionalmente existente, e os interesses públicos e privados podem estar embaralhados.

Assume importância no primado do Direito Público, na concepção de Bobbio, a reação histórica contra a concepção liberal do Estado e a tentativa de superação do Estado Mínimo. Tem entre seus esteios a contraposição entre interesse coletivo e interesse privado, na subordinação do segundo ao primeiro, e ainda sobre a irreducibilidade do bem comum à soma dos bens individuais.<sup>29</sup> Tal realidade, no entanto, vem do surgimento da preponderância do direito-lei sobre o direito-costume, o que se iniciou com o denominado Estado absoluto. A partir do ideário liberal, especialmente com a Revolução Francesa, “consagrou-se a noção rousseauiana de lei e a identificação do Direito com a lei trazia consigo uma tendência ao estatismo: é Direito a regra imposta ou aplicada pelo Estado”.<sup>30</sup>

É relevante, nesse particular, uma concepção legalista do jurídico por meio da atuação dos órgãos do Estado para a elaboração de certos tipos de regras, surgindo uma estrutura geral tendo centralidade a ordenação constitucional de competências e procedimentos: “O Direito seria, então, exatamente essa estrutura, intrinsecamente associada ao Estado, embora, com certeza, diferente dele”. Na realidade, significava o processo contrário ao de emancipação da sociedade civil do Estado, que se deu a partir da ascensão da burguesia. É a época do “grande Estado territorial e burocrático”.<sup>31</sup>

Kelsen enfrenta esta problemática em capítulo de sua mais famosa obra que intitula, curiosamente, de “Direito e Estado”, o que de algum modo já antecipa que se estaria, na visão kelseniana, diante de mais uma daquelas tradicionais dicotomias, antes

<sup>28</sup> ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direito reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 92.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado,...* *Op. cit.*, p. 24. Aqui, mais uma vez, observação que faz Baptista da Silva, de certo modo complementadora e na mesma visão daquela anteriormente formulada, da dificuldade de identificação do “bem comum” na realidade atual. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Observações feitas na banca de arguição de doutoramento, realizada na Unisinos, em 9 de agosto de 2006).

<sup>30</sup> SILVEIRA, Michele Costa da. *As grandes...* *Op. cit.*, p. 43.

<sup>31</sup> Idem, p. 44. Neste aspecto, Bobbio: “O primado do público significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, emancipação que fora uma das conseqüências históricas do nascimento, crescimento e hegemonia da classe burguesa (sociedade civil e sociedade burguesa são, no léxico marxiano e em parte também no hegeliano, a mesma coisa”. Ainda: “[...] o Estado foi pouco a pouco se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência extrema do Estado total exatamente no sentido de que não deixa espaço algum fora de si”. (BOBBIO, Norberto. *Estado,...* *Op. cit.*, p. 25).

ênfatisadas a partir de Bobbio. Para o maior expoente da Escola de Viena, não se conseguiu alcançar uma determinação completamente satisfatória desta divisão entre Direito Público e Privado. Como conseqüência, o Direito Privado seria aquela relação entre sujeitos em posição de igualdade (sujeitos estes que têm o mesmo valor), enquanto o Direito Público está relacionado a uma relação entre um sujeito supra-ordenado e um sujeito subordinado, entre dois sujeitos, onde um tem sobre o outro valor superior.<sup>32</sup>

Na visão kelseniana, então, as relações típicas de Direito Público são aquela que ocorrem entre o Estado e o súdito, podendo-se denominá-las ainda como relações “de poder” ou “de domínio”, contrapondo-se às de Direito Privado, como relações de Direito no sentido próprio e estrito da palavra. Neste ideário, “a distinção entre Direito privado e público tem tendência para assumir o significado de uma oposição entre Direito e poder não jurídico ou semijurídico e, especialmente, de um contraste em Direito e Estado”.<sup>33</sup>

O Direito Público estaria sustentado, então, em ordens que partiriam dos órgãos da autoridade pública para os súditos (“comando”), enquanto no pólo adverso o Direito Privado se configuraria no negócio jurídico, especialmente por meio do contrato, quer dizer, na norma individual dele gerada pela qual as partes são juridicamente vinculadas a uma conduta recíproca. Neste sentir, Kelsen enxerga um caráter ideológico no dualismo e afirma relativizá-lo pela Teoria Pura do Direito, que vê no negócio jurídico privado, como no comando da autoridade estatal, um ato de Estado, vale afirmar, um fato de produção jurídica atribuível à unidade da ordem jurídica.<sup>34</sup>

Em outra obra o autor volta a esta análise, praticamente na mesma linha adotada na anterior e sendo definitivo ao dizer que “a distinção, como princípio para uma sistematização geral do Direito, é inútil”.<sup>35</sup>

### 1.3.3 Ambos processos paralelos

Em época de globalização, necessário referir que a distinção entre Direito Público e Direito Privado, aqui em comento, se centra de algum modo na própria discussão do

---

<sup>32</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 310.

<sup>33</sup> Idem, p. 310-1.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 311-2.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 297.

possível primado da política sobre a economia, vale dizer, da ordem dirigida do alto sobre a ordem espontânea, da organização vertical da sociedade sobre a organização horizontal, significando intervenção dos Poderes Públicos na regulação econômica, num processo de “publicização do privado”.<sup>36</sup> Na outra ponta há um processo contrário que pode ser denominado “privatização do público”. Nessa perspectiva, as denominadas relações do tipo contratual, próprias das relações privadas, não foram necessariamente relegadas a uma escala inferiorizada das relações entre indivíduos e grupos menores, mas reemergiram à fase superior das relações politicamente relevantes, no mínimo sob duas formas, quais sejam, nas relações entre grandes organizações sindicais para a pactuação de contratos coletivos e nas relações partidárias para a formação de coalizões de governo. Neste particular, a dialética funda-se, aparentemente, não somente na exposição maior do privado à intromissão do público, como igualmente em uma ampliação da liberdade pessoal no âmbito do privado, não que tal ampliação derive necessariamente, no todo, daquela intromissão. Isso ocorre, de fato, sob o pressuposto de uma indiscutível prevalência do social sobre o individual.<sup>37</sup>

No entanto, o privado encontra certa compensação relacionada a este primado do público, como, por exemplo, no acesso às informações relacionadas aos singulares, os quais têm fundada razão para considerá-las falsas e legitimidade para a correção. A ampliação da liberdade pessoal no âmbito privado produz, então, como consequência, a libertação da posição de inferioridade de vários tipos de sujeitos vinculados a outros sujeitos, ou seja, entre eles. Como o espaço de liberdade da pós-modernidade está no “indivíduoar” e no “proteger”, a crescente ampliação do “pessoal” mostra-se devido a uma redistribuição de poder e em decorrência do novo equilíbrio entre os sujeitos “do privado”.<sup>38</sup>

Nesta linha de interpretação, ambos os processos – de publicização do privado e de privatização do público – não são, necessariamente, incompatíveis e realmente se interpenetram um no outro. Enquanto o primeiro é a imagem da subordinação dos interesses particulares pela coletividade representada no Estado englobador da sociedade civil, o segundo significa a revanche dos interesses privados por meio da formação dos grandes grupos que se utilizam dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> SILVEIRA, Michele Costa da. *As grandes...* *Op. cit.*, p. 45.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 46.

<sup>38</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>39</sup> *Idem*, *ibidem*.

Esta interpenetração entre público e privado é analisada também por Habermas referindo que, no mais desde o término da Primeira Guerra Mundial, “também a evolução jurídica acompanha até certo ponto a evolução social e acarreta o surgimento de uma complicada mistura de tipos que, de início, foi registrada sob rubrica ‘publicização do Direito Privado’; mais tarde aprendeu-se a considerar o mesmo procedimento também sob o ponto de vista inverso, o de uma privatização do Direito Público: ‘elementos do Direito Público e elementos do Direito Privado interpenetram-se mutuamente até a incognoscibilidade e indissolubilidade’”.<sup>40</sup> Em outro instante, na mesma linha de que os processos não são antagônicos:

Com a expansão das relações econômicas de mercado, surge a esfera do ‘social’, que implode as limitações da dominação feudal e torna necessárias formas de autoridade administrativa. À medida que é intermediada pelo sistema de trocas, a produção liberta-se de competências da autoridade pública – e, por outro lado, a administração descarrega-se de trabalhos produtivos. O poder público concentrado nos Estados nacionais e territoriais eleva-se acima de uma sociedade privatizada, seja lá como for que, de início, o seu intercâmbio passe a ser orientado por intervenções das autoridades.<sup>41</sup>

Em tal concepção, esta esfera privada só evolui para outra de autonomia privada à medida que se emancipa da regulamentação mercantilista. A própria inversão dessa tendência, a partir da intensificação do intervencionismo estatal averiguado no final do século XIX, já não leva a uma interpenetração da esfera pública com o setor privado, mas, transcendendo a separação verificada entre Estado e sociedade, uma política intervencionista (neomercantilismo) poderia limitar a autonomia privada sem, entretanto, tocar o caráter privado de seu intercâmbio enquanto tal.<sup>42</sup>

Estas transformações econômicas e sociais geraram um redescobrimto do indivíduo, visível em todas as áreas de atuação humana, já que antes, no campo do Direito Privado, tinha seu domínio incontestável, e ambas as citadas modificações do Direito Privado são resultado de uma evolução começada bem cedo, em 1800, na qual confluíram muitos fatores.<sup>43</sup> E o Estado, na visão de Bobbio, seria este lugar onde se desenvolvem e se compõem, para posterior decomposição e recomposição, os vários conflitos, por meio do

---

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 177-8.

<sup>41</sup> Idem, p. 169.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> SILVEIRA, Michele Costa da. *As grandes.. Op. cit.*, p. 47.



instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação atual da figura tradicional do contrato social.<sup>44</sup>

#### 1.4 A SUPERACÃO DA DICOTOMIA

Muitos juristas já reconheceram a necessidade de relativização da histórica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Para alguns, mais à frente, haveria até superação em vez de relativização. Entre os que enfrentaram o tema nos últimos tempos, o jurista italiano Perlingieri destaca a crise do que denomina de “comum sistemática do Direito subdividido em privado e público”, referindo-se ao fenômeno pelo qual técnicas e institutos tradicionalmente pertencentes ao campo do Direito Privado são aplicados ao Direito Público e contrariamente. Seria, na atualidade, uma distinção não mais qualitativa – mas *quantitativa*.<sup>45</sup> Nesta perspectiva, o Estado Moderno não seria constituído por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder (soberania) e até ao arbítrio do outro, mas por um compromisso amparado na Constituição, de realização dos interesses de cada pessoa. Haveria, nesta visão, um imprescindível fundamento de unidade do ordenamento jurídico fixado no respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Perlingieri parece *unificar* os dois ramos, amparado no renovado papel que atribui à Constituição de regular diretamente as relações jurídico-privadas.<sup>46</sup>

Em sentido oposto, alguns teóricos, como Ludwig Raiser, sustentam a aceitação da clássica distinção entre Direito Público e Direito Privado, negando tanto a perspectiva dicotômica como a unitária, partindo de uma indagação central: “Por que se deveria pressupor, ainda hoje, como um axioma, a autonomia absoluta e a completude do direito

---

<sup>44</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado...* *Op. cit.*, p. 27. Perlingieri refere expressamente que “existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse dito da coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 54).

<sup>45</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público...* *Op. cit.*, p. 104.

<sup>46</sup> “O Direito Civil não se apresenta em antítese ao Direito Público, mas é apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe e evidencia os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos como titulares de direitos civis. Retorna-se às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado. Neste enfoque, não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do...* *Op. cit.*, p. 55).

privado?”<sup>47</sup> Nesta teorização, tendo ocorrido a incidência de uma perspectiva de ordem pública sobre o ordenamento privado, mormente a partir do início do século XX, isso pode ser visto como sinal de decadência do Direito Privado. No entanto, a realidade atual é de uma sociedade bem mais complexa, polimorfa em suas relações intersubjetivas se cotejada àquela de origem liberal, onde se originou a noção dicotômica entre as duas grandes vertentes do Direito.<sup>48</sup>

Sérgio Cotta, outro pensador italiano, reconheceu um novo ente político de significativa importância no contexto em comentário: a massa, que “faz indivíduos singulares fundirem-se em um anônimo e possante”. Seria a crescente manifestação social na esfera do Direito Privado. Desta forma, o antigo modelo bipartido e rígido do ordenamento jurídico até então reinante passa a ser superado, diante da impossibilidade de divisão entre Estado e sociedade civil como sistemas diametralmente opostos, separados e fechados entre si.<sup>49</sup>

Além disso, mesmo admitindo-se as investidas da ordem pública em seara historicamente dominada pelo privado, haveria necessidade de estabelecerem-se limites à imposição direta do poder estatal. Trata-se da necessidade, fundada na própria dignidade da pessoa humana e na tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, do reconhecimento e proteção, pelo ordenamento jurídico, de um espaço irredutível de autonomia privada.<sup>50</sup> Nesta concepção se estaria frente a um quadro plurifacetado composto por múltiplos campos da vida social entrelaçados, onde todos, como membros da sociedade, se movem ao mesmo tempo, ainda que com diferentes concepções valorativas. Na noção antes citada de Raiser, “restaria ao direito privado, assim, conceber o *grau de relevância pública* (atrelado sempre ao conceito de responsabilidade social) de cada situação determinada retirando desse escalonamento suas respectivas conseqüências na ordem jurídica. Isso importaria, obviamente, em uma inadiável transformação dos institutos centrais do direito privado – *e.g.*, o contrato, a propriedade, a posse”.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> RAISER, Ludwig *apud* LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público... *Op. cit.*, p. 105.

<sup>48</sup> *Idem.*

<sup>49</sup> COTTA, Sérgio *apud* LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público... *Op. cit.*, p. 106.

<sup>50</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público... *Op. cit.*, p. 106. A dignidade da pessoa humana como valor básico da nova sistemática de interpretação do Direito Privado será objeto de análise oportunamente, no item 1.11 deste capítulo.

<sup>51</sup> RAISER, Ludwig *apud* LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público... *Op. cit.*, p. 106.

Aplicar-se-ia, na esteira desses reflexos, a teoria sociológica dos papéis, ou seja, os indivíduos passariam a ser contemplados pelas normas jusprivadas a partir e vinculadamente a seu “papel social” no caso concreto, dismantelando-se o individualismo e o patrimonialismo excessivos estruturantes das codificações liberais. Como consequência, as relações dos indivíduos seriam regradadas a partir do exercício do papel de contratante, ou de empresário, ou de proprietário, ou de pai de família, ou de testador.<sup>52</sup> Os institutos jurídicos aplicados seriam os mesmos, mas empregados com funções e valores diversos, vinculados à situação típica e ao conteúdo de publicidade (ou de “publicismo”) do respectivo setor.

Resumindo, “a proposta de Raiser consiste em distinguir, no direito privado, diversos *campos de função* correspondentes às relações sociais típicas entre os indivíduos e diferenciados basicamente em seu respectivo grau de relevância pública”.<sup>53</sup> O Direito Público somente interviria, seja para integrar e sustentar, delimitar e corrigir, onde referidos princípios oriundos do conceito de responsabilidade social não fossem suficientes para a garantia do ordenamento.

Raiser propõe como figura identificadora desta compreensão uma elipse apresentando dois pólos distintos em cada extremidade, o público e o privado. Semioticamente tem o sentido de dois focos centrais de força normativa, distintos, mas não isolados em si. A elipse proposta necessita de uma constante integração entre ambos os focos de irradiação sob pena de perecer, hipoteticamente, com a anulação de um deles. O Direito Privado, assim, seria interpretado como uma estrutura escalonada de interesses, de acordo com o grau de “publicismo” a incidir sobre os campos da vida social por ele regulados – até porque a força de irradiação de cada pólo se modifica na esteira das decisões políticas tomadas pelo Estado.<sup>54</sup>

## 1.5 CONSTITUIÇÃO E CODIFICAÇÃO: A ORIGEM DO BINÔMIO

Como antes brevemente gizado, a origem histórica do binômio verificado entre Direito Público e Direito Privado tem entre seus aspectos relevantes a interligação de

---

<sup>52</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público... *Op. cit.*, p. 106-7.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 107-8.

<sup>54</sup> RAISER, Ludwig *apud* LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público... *Op. cit.*, p. 108.

Constituição e codificação,<sup>55</sup> tanto que o Código Civil chegou a ser denominado “a Constituição do Direito Privado”,<sup>56</sup> embora esta utopia totalizante, na impressão de Albuquerque, nunca tenha tido a plenitude imaginada.<sup>57</sup>

Partindo-se do ideário configurado a partir da Revolução Liberal burguesa dos franceses, se todos são iguais perante a lei esta deve ser una, geral e a todos igualmente aplicável. A burguesia, na intenção de consolidar suas conquistas, logo percebeu o valor político do jurídico e o utilizou com habilidade em seu proveito. Então entraram em cena os códigos, destinados a fixar o ideário da revolução burguesa.<sup>58</sup>

Nesta realidade, enquanto as declarações de direito afiançavam a liberdade política dos indivíduos nas relações com o Estado, os códigos tutelavam as liberdades civis do indivíduo em sua vida privada contra as indevidas intromissões do poder político.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> É importante lembrar que a idéia de codificação, por óbvio, encontrou terreno fértil nos países do continente Europeu filiados ao sistema da *civil law*, pois na Inglaterra somente se alterou em parte a realidade no primeiro governo trabalhista, em 1945, para guarida legislativa de uma política social. É o que evidencia Pezzella, referindo, ainda, que “a diferença de escolha e experiência que distancia o sistema *common law* do sistema *civil law* consiste, sobretudo, em um ponto central, o *common law* sempre recusou e até hoje, em parte, não aceita fazer com que sua única fonte de direito seja a lei. O sistema *common law* tem recusado ser um direito de base legislativa. Este se tem mantido até tempos muito recentes, como referido acima, à exceção feita ao final do primeiro governo trabalhista inglês”. (PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *A eficácia jurídica na Defesa do Consumidor: o poder do Jogo na Publicidade: Um estudo de caso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35).

<sup>56</sup> Em alguns países e momentos os Códigos tiveram destaque até maior que o próprio texto constitucional, na impressão colhida por AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Constituição e Codificação: Primórdios do binômio*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do... Op. cit.*, p. 57. Em outro ponto, destaca que alguns países, como Prússia e Baviera, codificaram o Direito Privado antes mesmo da adoção de uma Constituição escrita, embora outros, como os Estados Unidos, mesmo adotando codificação na esfera constitucional, não seguiram o mesmo caminho no Direito Privado. (Id., p. 63). Sobre esta constatação, de realce extremo da função do Código, outros autores, como Aronne, ao analisar os efeitos da análise de Escolas como a Pandectista, a Escola Histórica, a Jurisprudência dos Conceitos e a Escola da Exegese, “que viam o centro do sistema jurídico localizado no Código Civil”, reduzindo a tarefa do aplicador à mera subsunção formal do caso ao tipo, demonstrando-se ainda solipcistas, em decorrência de sua visão de liberdade tão-somente formal, ilustrando uma visão egoística do Direito, “a conceber o Código como verdadeira Constituição do homem privado”. (ARONNE, Ricardo. *Por uma nova... Op. cit.*, p. 9-10).

<sup>57</sup> ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. *Constituição e Codificação: a decadência do binômio*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do... Op. cit.*, p. 72.

<sup>58</sup> A cultura da burguesia torna-se, via Escola da Exegese, a cultura do Código Civil, o que é argutamente identificado por Irti: “La scuola dell’esegesi nasce, dunque, come scuola nazionale (spture estranea allá tradizione di singole Università italiane): nazionale, perché legata al quadro legislativo dello Stato unitário. Dottrina, appunto, non di generiche leggi, ma del códice civile del 1865. Questa determinazione storica há uma decisiva importância: il giurista non sceglie tra método esegetico e método sistemático, giacché il primo gli si configura spontaneamente come il método próprio del codice civile. Intellettuale orgânico, il giurista à preso nella stringente circolarità dell’ideologia agrária, del codice civile e del método di studio. I giuristi, espressi dalla borghesia, costituiscono, in larga parte, la classe dirigente del nuovo Stato: Tra potere e cultura non c’era tanto divorzio quanto fusione. La cultura giuridica della borghesia è la cultura del codice civile”. (IRTI, Natalino. *La Cultura del Diritto Civile*. Torino: Utet, 1990, p. 7).

<sup>59</sup> AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Constituição e... Op. cit.*, p. 58-9.

Os novos controladores do poder, após a compreensão da importância do Direito, dominaram o controle da produção legislativa por meio de uma rígida fiscalização. Um elemento essencial nesta contextualização era a segurança jurídica, o que se buscou com sua interpretação por meio da exegese. Conseqüentemente, o Direito ficou restringido à letra fria da lei, cuja interpretação deveria se limitar ao sentido literal do texto normativo veiculador do ideário liberal.<sup>60</sup>

Séculos de pensamento são cristalizados, na óptica liberal-burguesa, no intento codificatório. Os institutos neles insertos são considerados perenes, sobressaindo-se a propriedade, a liberdade contratual e as sucessões. A autonomia privada é tutelada como livre escolha de fins. A lei fica limitada a traçar formas lícitas de se obrigar, pois permanece do lado de fora, restringindo-se a oferecer procedimentos e esquemas de ação, mas não indica nem valora os escopos buscados pelos particulares. Para atingir este intento, os códigos da época são idealizados segundo uma peculiar técnica de redação: arrolam artigos talhados segundo a lógica clássica da *fattispecie* e efeito, isto é, norma que traça uma hipótese seguida por uma correlativa consequência jurídica.<sup>61</sup>

A supremacia incontestável do Código é bem visível na cultuação do texto da lei, cuja interpretação deve estar esteada na intenção do legislador, o que deságua numa mecanização da justiça, e na estagnação da tradição e do desenvolvimento jurídicos.<sup>62</sup> Este espírito de onipotência do legislador, no entanto, deve-se aos primeiros intérpretes, e não aos redatores do Código. O artigo 4º do Código Civil francês impunha ao julgador a decisão, mesmo em caso de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, sob pena de ser processado como culpável de justiça denegada. Com a impossibilidade de abstenção

<sup>60</sup> AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constituição e... *Op. cit.*, p. 59. Abonando esta consideração, cita-se Neves, que acentua esta “função” do Código: “Os Códigos, filhos dos ideais iluministas, buscavam reunir o Direito todo em si próprios, não apenas para que fosse atingido um dogma de completude que elevasse o patamar do conhecimento jurídico (e o próprio valor do Direito, já que o conhecimento foi erigido a valor em si por estes pensadores), mas também para que fosse realizado um controle sobre o conteúdo deste mesmo Direito, para que dele fosse expurgada toda prática que remetesse ao *status quo ante*. A escola da exegese é, antes de tudo, uma estrutura de controle hermenêutico daquilo que deve ou não será admitido em uma nova ordem”. (NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a Teoria Geral do Direito e o Direito Civil Constitucional. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 4). Impende sinalizar, como faz Wieacker, que “os grandes períodos da história jurídica foram sempre constituídos por épocas nas quais a imagem do direito dos juristas estava consciente ou inconscientemente em consonância com a imagem da sociedade dominante nesse tempo”. (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2004, p. 716-7).

<sup>61</sup> AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constituição e... *Op. cit.*, p. 61.

<sup>62</sup> Idem, p. 67. O autor cita frase de um expoente secundário da Escola da Exegese, Bugnet, que teria dito: “Eu não conheço o direito civil, eu ensino o Código de Napoleão”.

judicial caberiam duas soluções, a primeira na auto-integração, quando o juiz buscaria a solução adequada ao caso concreto no próprio sistema legislativo, pela analogia e pelos princípios gerais de Direito, e a segunda na heterointegração, quando o magistrado encontraria resposta por meio de um juízo subjetivo de equidade, recorrendo a um sistema normativo – o moral ou aquele do Direito Natural – distinto do Direito Positivo. Enquanto os criadores do Código visavam à segunda solução, preponderou a primeira por força da Escola da Exegese.<sup>63</sup>

Este sistema, no entanto, logo enfrentou crise. A falência do Código oitocentista originou-se de vários fatores. As razões de seu declínio, já no século XIX,<sup>64</sup> evidentemente não podem ser focadas somente em aspectos jurídicos ou políticos. Neste particular, o ambiente filosófico e cultural que designou aquela época demonstra um clima e realidade que “conduzem a aceitar da parte dos juristas o axioma de que todo o direito derivava daquela que se chama norma, axioma seguramente estranho à essência do código, cuja filosofia não pressupunha certamente uma imposição autoritária”.<sup>65</sup>

Logo no início já se verificou a crise da legalidade, intrinsecamente relacionada às fontes do Direito, constatando-se, de igual modo, a insuficiência do mito da lei como sua fonte máxima, tendo como consequência real a superação da falsa noção de um modelo absoluto, possível de enfeixar e unificar completamente o arcabouço jurídico indispensável à solução nos conflitos sociais existentes na sociedade naquele instante. A esta realidade deve ser adicionada a nova configuração cultural, oposta à da época de concepção do Código, pois “aquela civilização não existe mais”, já que ocorreu progressiva complexidade das relações sociais e econômicas que, aos poucos, foram tomando configurações massificantes em constante evolução.<sup>66</sup>

Outro motivo determinante desta crise da codificação clássica pode ser encontrado no fortalecimento do Estado, pelo impulso ocasionado no Direito Público, paulatinamente conquistando espaço no confronto com o Direito Privado. Três fases podem ser

---

<sup>63</sup> AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constituição e... *Op. cit.*, p. 66-7.

<sup>64</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da (Transformações jurídicas... *Op. cit.*, p. 145) igualmente tem esta impressão: “Aliás, tais categorias jurídicas já andavam em descompasso durante o século XIX, especialmente em sua segunda metade, quando então as relações privadas foram absorvidas pela intensa dinâmica industrial, na qual as condições paritárias, referencial paradigmático das relações privadas modernas e mais claramente identificadas no século XVIII, já minguavam a olhos vistos”.

<sup>65</sup> ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e... *Op. cit.*, p. 73.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 74.

vislumbradas nessa contextualização: da Constituição, e da afirmação da monarquia absoluta; liberal-constitucionalista; e das políticas de massa. Na primeira ocorreu uma prevalência das funções estatais públicas claramente diretivas e reguladoras; na segunda, ao contrário, ênfase na iniciativa privada e diminuição das funções do Estado; por fim, em terceiro plano, o ponto máximo do Poder Público, que toma função intervencionista, protecionista e empreendedora. Esta última fase iniciou-se após a Segunda Guerra, diante da ampliação das ações estatais, gerada pela necessidade de reconstrução social e econômica. Pode-se desse modo aduzir, até mesmo, que o Estado Social foi uma reação ao período liberalista, caracterizando-se pela crescente noção do social, do coletivo. Este Estado Social avoca a si duas funções fundamentais, quais sejam, a de promotor ativo do bem comum e a de garantidor da justiça social.<sup>67</sup>

Em decorrência da nova realidade, foi necessário maior poder intervencionista até mesmo pela limitação da livre iniciativa dos indivíduos. O texto constitucional, então, deixando de ser mera norma de procedimentos e competências, foi o instrumento adequado para a concretização desse modelo, por meio da enunciação dos princípios fundamentais da nova sociedade civil, que substituiu aquela burguesia do século XIX. Verificou-se, após, a supremacia do Direito Público como corolário da nova ordem ideológica. Nesta realidade, a Constituição, no momento inicial totalmente desvinculada do Código, agora o enfraquece, pois uma gama de direitos que anteriormente nele estavam assentados com exclusividade foi também recepcionada pelo diploma fundamental que, além do mais, trouxe outros direitos de natureza privada nem sequer cogitados pelo legislador codificador.<sup>68</sup>

Diante da complexidade da nova sociedade foram necessárias regulamentações específicas, o que redundou na multiplicação de legislações à margem dos códigos, muitas vezes inclusive derogando normas previstas na codificação, pois “criaram-se, assim, corpos de leis fora dos códigos, com destinatários determinados, numa lógica setorial, verdadeiros microssistemas<sup>69</sup> detentores de princípios gerais autônomos”. As garantias

---

<sup>67</sup> ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e... *Op. cit.*, p. 75.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 76.

<sup>69</sup> Um dos pioneiros no estudo dos microssistemas indiscutivelmente foi Irti. Para ele, “a bem vedere, le leggi, che si sogliono ancora denominare ‘speciali’, sottraggono a mano a mano intere materie o gruppi di rapporti alla disciplina del codice civile, costituendo micro-sistemi di norme, com proprie ed autonome logiche”. Após desenvolver e inclusive apresentar vários exemplos deles, o jurista italiano arremata taxativamente: “occorre rompere il fascino del codice, e riconoscere schiettamente che la leggi speciali

passaram genericamente para a Constituição e particularmente para as leis especiais.<sup>70</sup> Ocorreu exatamente um deslocamento da centralidade, do Código para a Constituição e leis especiais. Na Constituição, como decorrência lógica de um sistema que deveria se subordinar ao ordenamento fixado após 1988; nas leis especiais, que foram tantas após o Código Civil de 1916, muitas vezes abrangendo matérias inteiras, como condomínio, parcelamento de solo, divórcio, a criança e o adolescente, direitos dos consumidores, meio ambiente *etc.*

De qualquer sorte, mesmo não tendo avançado como deveria, no caso concreto do Brasil, o Código Civil de 2002 bem consagrou entre nós a novidade das denominadas “cláusulas gerais”, que podem ser importantes instrumentos de flexibilização do sistema, como logo se verá.<sup>71</sup>

## 1.6 AS CLÁUSULAS GERAIS

Mesmo na eventual manutenção dos Códigos, que parece ser uma realidade, além de sua perda de centralidade, outro aspecto é verificado de forma concreta: a adoção de cláusulas gerais, em um sistema mais aberto e fluído, ao revés de um sistema fechado, tido como “pronto”, trazendo uma solução adequada para cada fenômeno. Neste sistema haveria a regulamentação por meio de cláusulas gerais, com possibilidade de atividade

---

constituiscono ormai il diritto generale di un istituto o di un'intera materia”. (IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1999, p. 38-9). Pezzella prefere a expressão “plurissistema”, entendendo-a mais adequada para expressar a idéia que se tenta demonstrar. (PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Observações feitas na banca de argüição de doutoramento, realizada na Unisinos em 9 de agosto de 2006).

<sup>70</sup> ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e... *Op. cit.*, p. 76-8. Outros autores enfatizam a realidade em torno dos denominados microssistemas, destacando-se PERLINGIERI, Petro. *Perfis... Op. cit.*; TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; e MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre v. 15, p. 129-54, 1998. Esta autora, em outro estudo, com amparo em Irti, alerta para aquilo que denomina “neo-exegetismo das leis especiais”, risco que se corre, “cada uma sendo entendida como um átomo, mil átomos apontando a direções diversas”. O Código, então, garantiria uma unidade mínima, conceitual e valorativa para “assumir a responsabilidade, ética e política, de completar a Constituição, desenvolvendo a função de garantia e proteção da vida civil, e atuando como ‘o fio da razão ordenadora’, em torno da qual se desenvolve a nossa história das relações privadas”. (MARTINS-COSTA, Judith. *Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil brasileiro*. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. LXXVIII, p. 625-6, 2002).

<sup>71</sup> Jorge Junior vincula-as ao elemento eticidade previsto no novo Código; mesmo reconhecendo que no Código Civil de 1916 havia previsões que poderiam ser consideradas cláusulas gerais, como em seu artigo 159, aduz que com a nova codificação esta tendência assumiu contornos mais densos e que conduzirão a um posicionamento novo da Jurisprudência em sua aplicação. (JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125).



interpretativa mais criadora.<sup>72</sup> Como não existem sistemas jurídicos fechados, completos e acabados que possam encerrar toda a complexidade social, que resulta dos vários grupos que integram a sociedade e estão em permanente evolução,<sup>73</sup> elas dão mobilidade ao sistema jurídico, funcionando como “servidão de passagem” do próprio sistema, onde transitam os valores, mesmo que originados fora do Código Civil. Contendo a narrativa, as diretrizes e a comunicação para os operadores do Direito servem de balizamento para sua aplicação, possibilitando enfrentar a centralidade do caso sem incorrer em mero casuísmo.<sup>74</sup> Dito de outra maneira, o sistema torna-se geneticamente aberto, de estrutura dialética, dialógica e plural, conferindo maior efetividade ao Direito, em detrimento da dogmática da completude codicista.<sup>75</sup>

Martins-Costa advoga uma solução intermediária por meio destas cláusulas gerais. Se o sistema oitocentista de Código total, totalizador e totalitário está ultrapassado, não se pode, igualmente, superar a idéia de codificação. A questão que se põe é o tipo (forma) desta codificação. Então, a partir da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos, a linguagem codificada não estaria mais adstrita à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística, pois “um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”.<sup>76</sup>

Perlingieri igualmente mostra-se adepto desta possibilidade ao sustentar que, ao lado da técnica legislativa com normas regulamentares (previsões específicas e circunstanciadas), se apresenta a técnica das cláusulas gerais, o que redundaria deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar as normas às situações fáticas.<sup>77</sup>

<sup>72</sup> ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e... *Op. cit.*, p. 80.

<sup>73</sup> ISERHARD, Antonio Maria. O pensamento sistemático e o conceito de Direito em Pontes de Miranda. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.) *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2000, p. 332.

<sup>74</sup> ISERHARD, Antonio Maria. A idéia de sistema jurídico e o novo Código Civil: uma contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do direito. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.) *Anuário do...* (2001), p. 292.

<sup>75</sup> TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e Codificação: o Código Civil e as Cláusulas Gerais. In: ARONNE, Ricardo (Org.) *Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 1, p. 19.

<sup>76</sup> MARTINS-COSTA, Judith, O Direito Privado como um “Sistema em Construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 130-1, 1998.

<sup>77</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do...* *Op. cit.*, p. 27. A partir do ordenamento italiano, o autor cita como exemplos as noções de ordem pública (art. 1.343 do Código Civil), de solidariedade (art. 2º da Constituição), de equidade, de diligência e de lealdade no adimplemento (art. 1.175 e 1.176), e de boa-fé contratual (art. 1.336 e 1.375) (Id.).

Embora entendendo que foram poucas as cláusulas gerais inseridas no então projeto de Código Civil,<sup>78</sup> Tepedino é outro pensador que entende positiva sua adoção, pois “parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento”.<sup>79</sup> Para atingir este objetivo, o legislador deve valer-se de prescrições narrativas e analíticas em que consagra expressamente critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais como enquadramentos axiológicos com teor normativo e eficácia imediata, de tal maneira que todas as demais regras do sistema, observados os vários patamares hierárquicos, sejam interpretadas e aplicadas de modo homogêneo e segundo o que está objetivamente definido.<sup>80</sup>

Estas cláusulas gerais revolucionam a tradicional Teoria das Fontes do Direito, conformando o meio legislativo ao ingresso no sistema de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos na legislação, e até algumas vezes não oriundos da autonomia privada, de direitos e deveres gerados a partir dos usos dos tráfegos jurídicos, de diretivas econômicas, sociais e políticas, enfim, de normas existentes em universos metajurídicos, oportunizando sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.<sup>81</sup>

Ao contrário do anterior modelo, casuístico ou de técnica de regulamentação por *fattispecie*, onde se fixava, do modo mais completo possível os critérios para aplicação de determinada qualificação aos fatos normados, estes novos tipos de normas buscam a construção da hipótese legal pelo emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os denominados “conceitos jurídicos indeterminados”. Este sistema supera o anterior modelo, de pré-figuração e subsunção diante da anterior descrição da factualidade. No ponto de vista da técnica legislativa, “a cláusula geral

<sup>78</sup> Refere expressamente os artigos 420 e 421 do então Projeto de Código Civil e ainda cita a existência de cláusulas gerais no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, exemplificando. (TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de... Op. cit.*, p. 9-11).

<sup>79</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de... Op. cit.*, p. 10.

<sup>80</sup> Idem, p. 11.

<sup>81</sup> MARTINS-COSTA, Judith, O Direito Privado como... *Op. cit.*, p. 131-2.

constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico”.<sup>82</sup>

Ainda alude Martins-Costa que, multifacetárias e multifuncionais, as cláusulas gerais têm três tipos básicos: disposições de tipo restritivo, de tipo regulativo, e de tipo extensivo. As primeiras, como indica a própria nomenclatura utilizada, delimitam ou restringem, em determinadas ocasiões, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. Seria o “caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual”. O segundo, regulativo, serve para regular, a partir de um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como é o caso da responsabilização civil por culpa. No terceiro, extensivo, há a ampliação de certa regulação jurídica a partir da possibilidade de inserção na regulação em causa de princípios e regras próprios de outros textos normativos, como “é exemplo o art. 7º do Código do Consumidor e o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária”.<sup>83</sup>

Têm estas cláusulas como função primeira a de permitir a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz. Este alcance para além do caso concreto se dá pela reiteração dos casos e pela reafirmação temporal da razão de decidir dos julgados, que especificará não somente o sentido da cláusula geral, mas de igual forma a exata dimensão de sua normatividade. Nesta realidade, “o juiz é, efetivamente, a boca da lei – não porque reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese – mas porque atribui a sua voz à dicção legislativa tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance”. A voz do juiz, no entanto, não é arbitrária, mas vinculada. Outra vantagem visível do sistema de cláusulas gerais é a de evitar os males da inflação legislativa, na idéia tantas vezes recorrente de nova emissão legislativa ao surgimento de cada problema novo.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> MARTINS-COSTA, Judith, O Direito Privado como... *Op. cit.*, p. 133 e 135.

<sup>83</sup> Idem, p. 136; e ainda, aprofundadamente, em MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 295.

<sup>84</sup> MARTINS-COSTA, Judith, O Direito Privado como... *Op. cit.*, p. 139. A autora, mesmo sendo o texto anterior à vigência do atual Código Civil, a exemplo de Tepedino (NR 77, p. 41), exemplifica sua precisa argumentação com duas previsões, no então projeto, de cláusulas gerais, vale dizer da função social do contrato (art. 420 no projeto e art. 421 no Código sancionado), e na previsão da boa-fé objetiva (art. 421 no

Enfim, a atualidade demonstra a necessidade de um Código que, mesmo não renunciando aos modelos cerrados que se mostram muitas vezes indispensáveis, necessariamente há de conter as janelas representadas pelas cláusulas gerais, que possibilitarão o desenvolvimento de um Direito Privado pluralista como a sociedade na qual se origina, porém harmônico e compreensível, já que não necessariamente pulverizado em diversos pequenos mundos normativos tecnicamente díspares, valorativamente autônomos e em si mesmo fechados e conclusos.<sup>85</sup>

Necessário, ainda, fazer um contraponto entre as cláusulas gerais e sua articulação com os conceitos indeterminados. Na análise deste tema, Engisch parte de sua conceituação, entendendo conceito indeterminado como “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”. Reconhece que os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito e, ao contrário, os conceitos indeterminados são predominantes, ao menos em parte.<sup>86</sup>

A distinção entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados se daria essencialmente no plano funcional, pois a cláusula geral exige uma participação ativa do juiz para a formulação da norma, enquanto nos conceitos indeterminados ele fica limitado a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattipecie*. Trata-se de caso de subsunção, não ocorrendo “criação do direito” pelo juiz, mas apenas interpretação, que se dará a partir do estabelecimento da coincidência ou não-coincidência entre o fato real e o modelo normativo, com a solução já predeterminada.<sup>87</sup> Como se disse, na cláusula geral a atuação intelectual do juiz é mais ampla, devendo ele verificar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguando a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica, por fim determinando, ainda, quais são os efeitos incidentes ao caso concreto ou, acaso estes já venham indicados,

---

projeto e art. 422 no Código Civil de 2002). Aronne amplia a boa-fé do Direito Obrigacional a outras áreas jurídicas, com elucidativo exemplo: “O principio da boa-fé, identificável pela moderna teoria clássica como um dos suportes da ordem contratual, não se enclausura em tal disciplina. Explicitando: se um sujeito, mediante conduta fraudulenta contrai duas núpcias, tal atitude jamais poderá se reverter em seu benefício, na resolução das lides que se formem, sob pena de privilegiar-se a conduta de má-fé, em que o indivíduo se valha de sua torpeza para auferir quaisquer vantagens para si, porém tampouco poderá prejudicar as respectivas consortes”. (ARONNE, Ricardo. Por uma nova... *Op. cit.*, p. 82).

<sup>85</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como... *Op. cit.*, p. 153-4.

<sup>86</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 9. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 208-9.

<sup>87</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no...*, *Op. cit.*, p. 325-6.

qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, tendo em vista as possíveis soluções existentes no sistema.<sup>88</sup>

Na visão de Leitão, identificar as cláusulas gerais com os princípios gerais se mostra como uma operação aproximativa que peca por defeito e por excesso. Entre conceito determinado e conceito indeterminado há uma distinção de grau e não de espécie, enquanto entre conceitos indeterminados e cláusulas gerais há uma diferença de natureza: os primeiros são indeterminados no plano lingüístico, enquanto as segundas são indeterminadas no plano de valores.<sup>89</sup>

Devem ser distinguidas, de igual sorte, as cláusulas gerais dos princípios jurídicos. Embora alguns autores partam da idéia de que elas encerram a mesma idéia, Martins-Costa sustenta o contrário. A confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorreria, muitas vezes, do fato de uma norma que configure cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor exprimido por ele, quando então se poderia afirmar que determinada norma é, simultaneamente, princípio e cláusula geral.<sup>90</sup> Para se ter clareza neste aspecto, no entanto, necessário atentar para três aspectos básicos: 1. Toda cláusula geral é expressa legislativamente, não sendo possível falar-se em sua “implicitude”. Como os princípios podem ser expressos e inexpressos, aí residiria uma distinção. 2. Mesmo restando a possibilidade no atinente aos princípios expressos, não haveria similitude. Isso decorre do fato de as cláusulas gerais sempre reenviarem a outros espaços do ordenamento, a *standards* jurídicos ou extrajurídicos, a valores sistemáticos ou extra-sistemáticos, o que não ocorre necessariamente com os princípios. 3. Sobrariam os princípios expressos que reverenciam valores traduzidos em significativo grau de vagueza semântica, como “boa fé”, “correção”, “moralidade pública”, “razoabilidade” *etc.* Ainda aqui seria inadequada a equiparação, podendo-se afirmar que se trata de cláusula geral que contém um princípio, mesmo que outros não contenham princípios, como no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no...*, *Op. cit.*, p. 326-7.

<sup>89</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. *Estudo de Direito Privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 123.

<sup>90</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no...*, *Op. cit.*, p. 323.

<sup>91</sup> *Idem*, p. 323-4.

Sintetizando, não se pode afirmar que cláusulas gerais e princípios são o mesmo, se tomada a expressão “princípios jurídicos” em toda a sua extensão. Embora a ambos possa ser atribuída vagueza semântica, esta pode ser verificada em qualquer termo ou expressão, constituindo-se antes uma questão de grau do que característica. Boa parte desta incerteza decorre de confusão entre o sintagma cláusula geral e o enunciado, com a respectiva proposição normativa, contido num texto que consubstancia cláusula geral. Desta forma, fala-se, indistintamente, no “princípio da boa-fé”, consagrado no artigo 242 do Código Civil alemão,<sup>92</sup> e na “cláusula geral da boa-fé”, arquitetada no mesmo dispositivo, como também se poderia referir ao conceito juridicamente indeterminado revelado na expressão lingüística “boa-fé”. Mas são dúvidas que decorrem mais da confusão entre as funções de cada um deles.<sup>93</sup>

As cláusulas gerais são, enfim, como se viu, importante e eficaz meio de concretização plena de um novo Direito, embora o alerta de que, para que isso ocorra, são necessárias mudanças de visão e ação dos intérpretes, pois elas não atingirão seu fim se o próprio Código for interpretado nos moldes da dogmática da pretensa completude sistemática.<sup>94</sup>

Voltar-se-á à temática das cláusulas gerais, aqui ilustrativas da crise da codificação e da nova realidade do Código Civil, na análise das limitações ao Direito Autoral, já que o modelo adotado principalmente nos Estados Unidos (*fair use*), embora do sistema da *common law*,<sup>95</sup> não escrito, certamente se configura numa clássica cláusula generalizante de uso moderado, justo, da criação intelectual alheia, constatação a ser feita a partir do caso concreto. Pode ser a solução para a insatisfação com a forma como estão reguladas as limitações ao Direito Autoral, também no Brasil.

---

<sup>92</sup> Este dispositivo do BGB é reiteradamente citado pela maioria dos analistas como típico exemplo de cláusula geral, prevendo que: “O devedor deve cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico”.

<sup>93</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no...* *Op. cit.*, p. 324.

<sup>94</sup> TUTIKIAN, Cristiano. *Sistema e Codificação...* *Op. cit.*, p. 76.

<sup>95</sup> Neste particular, interessante afirmativa de Amaral Junior: “Parece correto afirmar que o implemento das cláusulas gerais entre nós, exacerbando o papel criador da jurisprudência, significa verdadeira *commonlawização* da *civil law* pátria”. (AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Constituição e...* *Op. cit.*, p. 69).

## 1.7 O FUTURO DO DIREITO PRIVADO

Analisadas as principais correntes sustentadoras da superação da histórica dicotomia Direito Público *versus* Direito Privado, e partindo-se para a aplicação prática dessas propostas, vêm os questionamentos: “Podem nossos modelos jusprivados, herança de séculos, ser ainda aproveitados em face da complexa realidade de nosso tempo? Sobreviverão no futuro? Ou estão fadados ao desaparecimento?” Nesse aspecto, uma questão importante guarda relação com a validade ou não, na atualidade, de institutos jurídicos eminentemente privados, amparados tradicionalmente tendo como núcleo as representações de liberdade, autodeterminação e responsabilidade, próprias do ser humano. A evolução de valores essencialmente individualistas e subjetivos para uma valoração mais objetiva e de caráter mais social, assumindo uma cariz “conteudista”, leva à ressystematização, pelos juristas, desses institutos, mesmo que, por outro lado, diversos primados da denominada economia de mercado, fundada na livre concorrência, muitas vezes entrem em conflito com o Direito Privado, ao menos com o proposto, amparado em novos valores, a partir da Constituição.<sup>96</sup>

Num segundo momento, é necessária a reestruturação do campo de atuação do Direito Privado na nova perspectiva, não-dicotômica. É forçoso abandonar a utopia universalista e auto-suficiente das codificações liberais, reconhecendo-se no Direito a inegável pluralidade e diversidade de suas funções, mesmo porque não existe apenas uma única manifestação do que se denomina “função social”.<sup>97</sup>

A pluralidade de funções verificada na atualidade mostra-se mais visível e aplicável em determinados campos, como na proteção jurídica da pessoa e da propriedade, em uma concepção mais moderna de responsabilidade civil, nos negócios de crédito e fornecimento entre empresas, no Direito Econômico e Direito do Trabalho,<sup>98</sup> e indiscutivelmente nos Direitos Autorais, tema principal desta pesquisa. Nesta visualização, ao lado dos modelos legislativos puros, cujo padrão seria a codificação, atualmente coexistem os que podem ser chamados de modelos legislativos mistos, vislumbrados em leis que têm uma função interdisciplinar, na previsão de regras tanto civis quanto

---

<sup>96</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e... *Op. cit.*, p. 109.

<sup>97</sup> *Idem*, p. 109-10.

<sup>98</sup> São áreas citadas por LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e... *Op. cit.*, p. 110.

processuais, administrativas ou criminais.<sup>99</sup> Nessa perspectiva assume importância novamente o Código, que “passa a servir como um indispensável eixo central do resto do ordenamento jusprivado, conferindo-lhe a unidade de que necessita para ser racionalmente apreendido, como requer a concepção sistemática”.<sup>100</sup> Assim, se o modelo de codificação oitocentista sob o qual foi concebido o Código Civil de 1916 já não se afina com a realidade, há necessidade de um Código estruturalmente aberto aos valores do sistema, mormente aos valores constitucionais.

Tudo leva à necessidade de ampliar-se o paradigma de Direito Privado. Trata-se de aumentar o fundamento de fato, de forma a relacionar os conflitos individuais com as tensões estruturais sistemáticas da vida social. Em síntese, “qualquer conclusão que se possa deduzir a respeito do futuro do direito privado passa, necessariamente, por uma *perspectiva constitucional* do ordenamento jurídico – a iluminá-lo não só como cânone hermenêutico, mas como efetiva fonte de Direito”.<sup>101</sup> É o que também sinala Tepedino ao analisar esta realidade em face da nova sociedade, mais participativa e sob o influxo constante da tecnologia:

Por fim, o último preconceito a ser abandonado nessa tentativa de reunificação do Direito Civil à luz da Constituição relaciona-se à *summa divisio* do direito público e do direito privado. A interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o Estado. O dirigismo contratual antes aludido, bem como as instâncias de controle social instituídas em uma sociedade cada vez mais participativa, alteram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, redefinindo os espaços do público e privado, a tudo isso devendo se acrescentar a natureza híbrida dos novos temas e institutos vindos a lume com a sociedade tecnológica.<sup>102</sup>

Esta constitucionalização do Direito Privado será objeto de análise, futuramente. Antes, ponto de análise da superação da teoria clássica do Direito Privado.

---

<sup>99</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e... *Op. cit.*, p. 110. Nota do autor: É realidade verificada em torno dos diplomas que regem o Direito Autoral que, via de regra, bem ilustram esta forma de previsão legislativa, com interconexão de várias ‘áreas’ jurídicas. Tem relação direta com os denominados microsistemas, antes analisados à luz da interpretação de Martins-Costa.

<sup>100</sup> *Idem*, p. 110-1.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>102</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 19.



## 1.8 A SUPERAÇÃO DA TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO PRIVADO

Diante de tudo o que até aqui foi sustentado depreende-se a superação da Teoria Clássica do Direito Civil, e com ela do Direito Privado, já que a presente pesquisa tem como assunto principal os Direitos Autorais que, embora inicialmente fossem parte dele (no Código Civil de 1916 estavam legislativamente regulados no Código Civil), hoje são compreendidos, ao menos em sede de teoria tradicional, em uma área especial denominada Direito da Propriedade Intelectual.

Nesta linha de análise, em ponto que intitula “A Recusa da Teoria Clássica do Direito Civil”, é muito oportuna e profunda a análise feita por Aronne, que enfoca metodologicamente a nova realidade tendo como tema de fundo Direitos Reais Limitados.<sup>103</sup> Sempre a partir do Direito Civil, aqui se constrói tudo metodologicamente como “Direito Privado”, conforme se salientou reiteradamente, para chegar até os Direitos Autorais em nova visão, superando sua tradicional interpretação clássica, essencialmente privatística. Para Aronne, o Direito Civil contemporâneo rompe o casulo conceitual para reencontrar a sociedade, para ser o direito do homem comum sem deixar de ser direito do Estado, enquanto Estado Social. Neste particular, “hãõ que ser repensadas as categorias fundamentais do Direito Civil – a família, o contrato e as titularidades –, visto ter se exaurido o fôlego da teoria clássica, aportada em uma Jurisprudência dos Conceitos, fantasiosa e egocentrista, na resolução dos problemas oriundos das controvérsias contemporâneas nas relações interprivadas”.<sup>104</sup>

Para a observação de critérios metodológicos, é importante referir que a citada teoria clássica ou tradicional é aquela que forma a base de fundamentação científica da dogmática que conformou o Direito Civil a partir do século XIX, denominada civilística clássica, ainda presente na doutrina brasileira, principalmente nos denominados “manuais” de Direito Civil. Referida corrente consolidou-se após a Revolução Francesa, construindo um Direito Civil identificado com o sentido de codificação a partir de uma pirâmide abstrata de conceitos dos quais derivaram as regras positivadas visando proteger seus três pilares essenciais, o contrato, a titularidade e a família, “para o que ergueram uma muralha

---

<sup>103</sup> ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos Direitos Reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 7-45.

<sup>104</sup> Idem, p. 7 e 9-10.

indepassável entre o público e o privado – permeáveis até então –, inclusive com a formulação de uma teoria própria para o Direito Civil, preponderante sobre as demais áreas do conhecimento jurídico”.<sup>105</sup>

No entanto, a nova realidade vislumbrada na transformação de uma sociedade simples e arcaica para uma sociedade complexa e cheia de artifícios como é a atual leva a uma necessária reconfiguração da teoria de base do Direito Privado.

A manutenção da leitura do Direito Civil com base naqueles pressupostos leva a um resultado indesejado, construindo-se uma dogmática alheia à sociedade e ao próprio sistema jurídico, conservada com os olhos voltados para o século passado, com uma idéia de sistema não mais vigente, centrado na codificação e na defesa dos interesses liberais burgueses em prejuízo do sujeito intersubjetivamente considerado, que fica à margem, enquanto o centro protetivo do ordenamento é ocupado pela patrimonialidade.<sup>106</sup>

O labor dos juristas da atualidade, então, centra-se na reconstrução desta leitura de forma crítica, podendo-se guiar, na visão de Fachin, por três perspectivas:

De uma parte, considerando-se que um Código não está na ordem do *dado*, uma dimensão criativa é que se fará, sob as luzes da jurisprudência, doutrina e legislação superveniente, a concretude real efetiva da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002; de outra parte, uma teoria crítica, inclusive por coerência, deve estar no campo do inacabado, do refazimento permanente, o que se alça como alavanca metodológica de análise e não apenas como dissecação estável de seu objeto; e por derradeiro, a dimensão constitucional do Direito Civil brasileiro contemporâneo abarca, ao lado dos horizontes formais e substanciais dessa base, a perspectiva de reconstrução incessante do próprio Direito Civil para que, no limite, acerte o passo com as demandas de seu tempo, e, na possibilidade, contribua na edificação da justiça.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> ARONNE, Ricardo. *Por uma nova... Op. cit.*, p. 9.

<sup>106</sup> Idem, p. 30-1. Em outro momento (p. 26) afirma que a aplicação de tal regime oitocentista, “como procede a Escola da Exegese – implica uma cegueira social tamanha que a aridez no trato da matéria pela doutrina clássica, ou mesmo a incongruência de suas conclusões, é o menor de seus reflexos”.

<sup>107</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 330. Em outro texto, sugerindo que o desafio de um novo ou renovado Direito Civil está além do simples reconhecimento do envelhecimento da dogmática, e questiona, sobre o papel a ser exercido pelos operadores do Direito: “se trata de uma renovação por dentro e ao fundo vai, ou são apenas retoques que operam na estrutura do projeto racionalista que fundou as codificações privadas?”. Para tanto, é preciso pensar longe da mera exegese, “distante da superficialidade como não fizeram os bacharéis de então que nos primeiros anos do século se dedicaram a um verdadeiro ‘torneio de mandarins’ em torno da redação de uma lei, como o foi com o projeto do Código Civil, pouco importando realmente o conteúdo, *dando valor ornamental à inteligência, ao talento como prenda, numa erudição desinteressada e descomprometida*”. (FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de

O novo modelo em discussão supera a teoria tradicional (re)adequando o Direito Privado aos tempos modernos, principalmente tendo como base e a partir da Constituição pois, se o Código Civil nasceu sob os augúrios da Escola da Exegese, a Constituição Federal de 1988 possui bases teóricas diversas, cuja explicitação de valores, constante de seu preâmbulo, de início já é denunciada.<sup>108</sup>

É o que se analisará na continuidade.

## 1.9 PUBLICIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Não restam dúvidas de que, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, todo o ordenamento infraconstitucional teve que ser adaptado à nova moldura imposta pelas normas superiores, como num processo de “filtragem”<sup>109</sup> de todo o sistema, subordinada ao regramento acima. Tudo leva a uma necessária abertura do sistema e, mais que isso, a uma postura axiológica hierarquizante na necessária vinculação do ordenamento ao texto superior, pois “o Código curva-se ante o manto Constitucional dos valores que ofuscam a ideologia que o inspirou”, e “a abertura do sistema lhe dá uma convergência social irresistível”.<sup>110</sup>

Assim, teve origem uma expressão denominada de “constitucionalização do Direito Privado”,<sup>111</sup> embora haja quem discorde em parte dela.<sup>112</sup>

---

Janeiro: Renovar, 1998. ‘Virada de Copérnico’: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo”, p. 322-3). Outra que foca a significância do papel a ser desempenhado pelo intérprete é Ramos: “Neste passo, consequência peculiar do caráter anacrônico deste modelo é a valorização do operador jurídico, de sua atuação, na medida em que obriga a seguir na direção para que apontam as transformações pelas quais passa a sociedade no momento histórico presente, afastando-o do apego aos dogmas e às categorias tradicionais do direito, à pensa de declínio e exclusão profissional”. (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando... Op. cit.*, p. 12).

<sup>108</sup> ARONNE, Ricardo. *Por uma nova... Op. cit.*, p. 422.

<sup>109</sup> A expressão é de Streck. Para ele, “é preciso ter claro que não há texto infraconstitucional imune à filtragem constitucional; não há textos ‘blindados’”. (STRECK, Lenio Luiz. Quinze Anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 170).

<sup>110</sup> ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio: Reexame sistemático das noções nucleares de Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 211.

<sup>111</sup> Em interessantíssimo estudo, Canaris ressalta que esta expressão e análise ganham adeptos na Europa, ao ponto de denominá-la “*constitutionalisation of private law*” na Inglaterra e “*costituzionalizzazione anche del Diritto Privato*”, na Itália. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 20). A expressão, em língua italiana, a que refere Canaris na Introdução de sua indispensável obra, é de Trabucchi nos seguintes termos: “La strutture fondamentali

Lôbo adverte para uma distinção necessária, em seu entendimento, entre publicização e constitucionalização. Para ele, a denominada publicização gira em torno do crescente processo de intervenção estatal, especialmente para a tutela dos mais necessitados, no Estado Social do século XX. Seria um processo essencialmente infraconstitucional. Vários direitos outrora encarnados no Código Civil foram remetidos para fora, muitas vezes transformados em ramos autônomos. A constitucionalização, a seu turno, objetiva submeter o Direito Positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.<sup>113</sup>

Mais importante que as meras discussões nomenclaturais, para a adoção de interpretação a partir desta necessária constitucionalização é necessária uma mudança de postura metodológica que, “embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função

---

della vita nazionale sono regolate specialmente nella Costituzione, che è entrata in vigore il 1° gennaio 1948. Essa contiene, nei Principi generali e nella Parte prima (diritti e doveri dei cittadini), precetti e alcune solenni affermazioni di principio (bills of rights), le quali fissano il modello di un sistema economico e sociale cui si deve informare tutta la vita giuridica; in altre parole, la sua funzione dovrebbe essere quella di assicurare alcuni valori fondamentali nello sviluppo di una società in movimento. Modernamente, e in questo spirito, anche la legislazione abbandona una sua tradizione di neutralità e si arricchisce di contenuti. In questo senso abbiamo parlato di una costituzionalizzazione anche del diritto privato”. (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 33. ed. Padova: Cedam, 1992, p. 13-4).

<sup>112</sup> Como é o caso de Tepedino, para quem “a adjetivação atribuída ao direito civil, que se diz *constitucionalizado, socializado, despatrimonializado*, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão-somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessária e até errônea. Se é o próprio direito civil que se altera, para que adjetivá-lo? Por que não apenas ter a coragem de alterar a dogmática, pura e simplesmente?” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de... Op. cit.*, p. 22). Na mesma linha Cunha, para quem “embora se encontre hoje espreado pela doutrina, o termo ‘direito civil constitucional’ é de raríssima infelicidade, pois ninguém seria capaz de conceber um direito civil inconstitucional”. Daí preferir o autor citado considerar como normas de direito civil constantes do texto constitucional. (CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: Conceito fundamental de Direito Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do... Op. cit.*, p. 255). Ainda, Silveira, referindo que “não se pode concordar no todo com a referida expressão ‘direito civil constitucional’ pois, nessa medida, se teria de conceber a existência de um ‘direito civil inconstitucional’”. Para ela, a expressão é válida quando interpretada como normas de caráter essencialmente civil contidas na Constituição (SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do... Op. cit.*, p. 49). Na mesma discussão, Rivera, amparado em Arce Y Flórez-Valdés, sustenta que “hay normas de Derecho Privado que se han incorporado a la Constitución; por eso esse autor habla de normas civiles constitucionales, agregando más adelante que el Derecho Civil constitucional no es Derecho Constitucional, sino Derecho Civil formalmente integrado en la Constitución”. (RIVERA, Julio César. *El Derecho Privado Constitucional*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 725, p. 18, mar. 1996).

<sup>113</sup> Cita como exemplos o Direito do Trabalho, Direito Agrário, Direito das Águas, Direito da Habitação, Direito de Locação de Imóveis Urbanos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, os Direitos Autorais, e o Direito do Consumidor. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 100-1, jan./mar. 1999).

social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil”<sup>114</sup>. Neste particular, a reunificação do sistema em termos interpretativos só pode se dar com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição, não restando dúvidas, nesta toada, de que o Direito Privado foi há tempos invadido e conformado por novas construções de Direito Público ou derivadas do Direito do Estado Social.<sup>115</sup> Não se trata apenas de inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, especialmente, da reinterpretação dos institutos jurídicos sob uma óptica constitucional.<sup>116</sup>

Nesta explicitação, é útil a percepção de que as disposições inseridas na Carta Constitucional alteraram qualitativamente o conteúdo das categorias abordadas, num movimento de ruptura, buscando atender às aspirações da sociedade brasileira no limiar do novo século. Como consequência, ao recepcionar temas que na dicotomia histórica eram compreendidos no estatuto privado, a Constituição gerou transformações consideráveis no sistema de Direito Civil clássico: “na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas

---

<sup>114</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12-3. Mesmo assim, com a idéia de leitura do Código subordinado à Constituição, há aqueles que defendem que o ideal teria sido a descodificação, como Ramos: “Esta dificuldade em operar o texto constitucional, no sentido de tornar efetivas as garantias ali instituídas, pode ser relacionada com a seguinte circunstância: ao reconhecer as falhas e o caráter ultrapassado do modelo codificado para trabalhar com a realidade, adotou-se a mesma estrutura lógico-formal a partir da qual foi engendrado o sistema jurídico vigente, cuja sobrevivência, neste passo, foi garantida, de onde a pertinência, v.g. da continuidade da discussão relativa à aprovação de um novo Código Civil para o Brasil, quando poderia ter sido feita a opção pela descodificação”. (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando... Op. cit.*, p. 10). Ainda nesta discussão em torno da Codificação, Streck faz pontual crítica a esta posição central que se dá equivocadamente por alguns ao novo Código: “[...] não é desarrazoado afirmar, neste contexto, que a edição do novo Código Civil representou a vitória da codificação sobre a hermenêutica e a abertura interpretativa. Os assim denominados avanços do novo Código desde há muito estavam previstos na Constituição”. (STRECK, Lenio Luiz. *Quinze Anos... Op. cit.*, p. 165). No mesmo sentido, mas destacando alguns avanços, Silva Filho, ao pontuar que “não satisfaz simplesmente substituir esses conceitos por outros (assim como também não será satisfatória a simples troca de um Código Civil por outro que persistisse no mesmo modelo do raciocínio subsuntivo – daí por que a insistência meritória da atual doutrina pátria nas virtualidades hermenêuticas do novo regramento, presentes nas cláusulas gerais, nos conceitos indeterminados e na remissão ao texto constitucional)”. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Transformações jurídicas nas relações privadas*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Anuário do...* (2003), p. 145).

<sup>115</sup> WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2004, p. 717.

<sup>116</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_ (Org.). *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44.

intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva)”. Esta publicização, além de tornar menos nítida a distinção entre Direito Público e Direito Privado, na realidade gira em torno de um fenômeno com intenção de renovação da estrutura social por um lado, e por outro na adaptação a uma nova realidade econômico-social onde se vislumbra a alteração dos padrões tradicionais, por via da internacionalização das relações econômicas e sociais, “obrigando a repensar os valores ideologicamente consagrados no ordenamento jurídico e as influências interdisciplinares sofridas pelo Direito nesta fase de mutação”.<sup>117</sup>

Há uma idéia maior em torno disso que supera a primeira leitura, e também poderia simplesmente transparecer positivada/isolada de um Direito Privado constante em vários momentos estanques em uma Constituição, mas de todo um ordenamento (evidentemente o Direito Privado incluído) que deve obrigatoriamente se submeter ao Direito Constitucional, seja por meio da *interpretatio secundum constitutionem* ou da leitura do ordenamento tendo a Constituição como força normativa.<sup>118</sup> Assim é porque a Constituição estampa de forma clara a sociedade naquele contexto histórico na qual foi concebida.<sup>119</sup>

Neste sentido, é impossível estudar Direito Civil sem estudar a sociedade, e “esta perspectiva não significa desmorrar o sistema civil, mas, paradoxalmente, ao que parece,

---

<sup>117</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização... *Op. cit.*, p. 10-1.

<sup>118</sup> Neste particular o alerta feito por Streck ao referir que a verdadeira “Revolução Copernicana” ocorrida nas Ciências (Filosofia, Direito e Ciência Política) ainda não foi suficiente recepcionada pelos juristas pátrios. Com a evolução da sociedade e do constitucionalismo, “contemporaneamente, a evolução histórica do Constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca-nos à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de força normativa, dirigente, programática e compromissária, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade no Brasil por exemplo”. Acrescenta, que “é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema”. (STRECK, Lenio Luiz. Quinze Anos... *Op. cit.*, p. 140-2). Em outro espaço, atribui a expressão a Jorge Miranda, “para quem o Direito Público passou por uma revolução *copernicana*, ou seja, a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatorum* a uma fase em que se aplicam (ou são suscetíveis de se aplicar) diretamente nas situações de vida”, o que redundou não somente em mudanças do regime político ou da idéia de Constituição, mas no surgimento de uma justiça constitucional, como tal estruturada e legitimada. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 31).

<sup>119</sup> No correto alerta de Gehlen, “ou ela não passa de carta programática, de boas e belas intenções – e se poderia concluir por aqui e não mais tomar o tempo do leitor, ou então ela contém força normativa, i.e., é norma jurídica, e como tal incide nas relações sociais”. (GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado Direito Civil Constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do... Op. cit.*, p. 179). Para maior aprofundamento do tema, que aqui não se faz por questão de espaço, indispensável a leitura de item intitulado “O constitucionalismo compromissário-dirigente morreu?”, de autoria de Streck. (STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e... Op. cit.*, p. 106-26).

implicará revificá-lo”, na mudança daquilo que se tem como nuclear.<sup>120</sup> Os valores constitucionais, como reflexo, espalham-se por todo o tecido normativo e alcançam a área tida classicamente como privada, pois “o conteúdo normativo da Constituição vincula os entes privados tanto quanto os públicos, de modo que seus contornos moldam e adequam inafastavelmente a legislação civil”,<sup>121</sup> sendo ela “um manancial de normas e princípios transformadores dos clássicos institutos e conceitos da órbita Direito Civil”.<sup>122</sup>

Nessa linha de mira a análise demonstrada por Streck ao criticar as afirmativas exageradas em torno de uma possível nova postura dos magistrados perante o Direito, a partir da edição da nova codificação. Na opinião do criador da *Nova crítica do Direito*, esta divulgada abertura hermenêutica decorre de paradigma que instituiu o Estado Democrático de Direito e tudo o que significa a Constituição, a partir de seu caráter compromissário e dirigente. Neste sentir, “não é o Código que estabelece um novo paradigma, mas, sim, é o Código que deve(ria) estabelecer os delineamentos do Direito Civil levando em conta o primado da Constituição”. Assim,

Parcela considerável das centenas de emendas que estão sendo propostas ao novo Código são desnecessárias, uma vez que as anomalias do novo Codex podem ser corrigidas a partir de um adequado manejo constitucional naquilo que o sistema jurídico coloca à disposição do operador em termos de controle difuso e concentrado, além dos modernos mecanismos interpretativos, como a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto.<sup>123</sup>

Na mesma senda, evolui-se do papel plenipotenciário assumido pela lei no modelo liberal-burguês para uma nova concepção das fontes do Direito, ao mesmo tempo em que da antiga teoria da norma se vai em direção aos princípios<sup>124</sup> e de tudo o que eles

<sup>120</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica... Op. cit.*, p. 277. Em outro texto, na mesma vertente, sustentando a clivagem entre o Código e a Constituição, que redundará na “travessia dos códigos ultrapassados aos supostos sopros de juventude emancipatória no Direito tradicional, rebaixando as fronteiras entre o público e o privado”. (FACHIN, Luiz Edson. O futuro da codificação e o jurista do amanhã; idéias para um debate. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, fasc. 26, p. 116, 2004).

<sup>121</sup> ARONNE, Ricardo. *Propriedade e... Op. cit.*, p. 43.

<sup>122</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 267. E ainda, no mesmo sentido, SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Transformações... Op. cit.*, p. 192. Em outro momento conclui que “não é possível ignorar as importantes potencialidades que traz o texto constitucional. É muito importante que ele expresse em letras bem visíveis os objetivos a serem alcançados, os princípios e valores caros ao sistema”. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica... Op. cit.*, p. 368).

<sup>123</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Quinze Anos... Op. cit.*, p. 165.

<sup>124</sup> Outro que destaca a importância dos princípios nesta concretização é Neves, dizendo que os autores da Escola do Direito Civil Constitucional, “ao fazerem referência à Constituição, fazem referência também aos princípios, apesar de toda interpretação constitucional corretamente situada ser uma interpretação

representam para o Direito a partir do neoconstitucionalismo. Assim, “as relações privadas, antes protegidas/encasteladas na norma jurídica codificada que as protegia contra os ‘indevidos’ ataques do direito público, passam a estar submetidas ao público (leia-se, à Constituição), fragilizando-se, em boa hora, essa velha dicotomia”.<sup>125</sup>

Se antes havia incomunicabilidade entre o Direito Privado e o Direito Constitucional, hoje há complementaridade e dependência.<sup>126</sup> Se tanto o Direito Privado não pode entrar em choque com a Lei Maior, “também a interpretação que dele se faz deve ser conforme a Constituição”.<sup>127</sup> Nesse particular, não pode passar despercebido dos civilistas que a proteção da pessoa humana é cláusula geral de tutela fixada pela Constituição Federal, em seus artigos 1º, inciso III; 3º, inciso III; e 5º, parágrafo 2º. Tais preceitos compõem os princípios fundamentais da República, os quais precedem, topográfica e interpretativamente, todos os demais capítulos constitucionais, o que equivale a dizer que “a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo: tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, como o inteiro ordenamento infraconstitucional, com supremacia sobre todas as demais normas jurídicas”.<sup>128</sup>

---

principiológica”. (NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do Direito e o Direito Civil Constitucional. *In*: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira... [et al.]. *Diálogos sobre Direito Civil*: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14).

<sup>125</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *In*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Anuário do... Op. cit.*, p. 179.

<sup>126</sup> É o que também se infere das observações de Ribeiro: “Este regime é um corolário do modo de ser constitucional, agora claramente assumido, de lex superior, de uma verdadeira lei, e de uma lei fundamental, no sentido exacto do termo. Impregnada pela intencionalidade material de todo o direito, e comungando da pretensão de validade que é própria deste, a constituição coloca-se no cume do ordenamento jurídico, permeabilizando todo o sistema de normas e de actos com as suas opções valorativas”. Consequentemente, quer isso dizer, no atinente aos casos concretos, que “as normas de direito civil que porventura prevejam a situação *sub judice* não podem ser lidas isoladamente, como um complexo normativo separado e autosuficiente, devendo antes ser pensado em conjunto com as normas constitucionalizadoras dos direitos afectados pelo caso em apreço”. (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do Direito Civil. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, n. LXXIV, p. 732-3 e 739, 1998).

<sup>127</sup> GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado... *Op. cit.* p. 185. Sobre o postulado da interpretação conforme a Constituição, importantes anotações de Miranda e Machado: “Ele consiste, como se sabe, em o intérprete de qualquer norma legal dever procurar-lhe (naturalmente, no âmbito da razoabilidade e de uma perspectiva objectivista e evolutiva) o sentido mais adequado ao do correspondente comando ou princípio constitucional, de tal sorte que, assim entendida, aquela norma possa conservar-se como válida e útil, não se alargando, por conseguinte, o campo da inconstitucionalidade, nem se tornando necessária uma nova intervenção legislativa”. Na seqüência destes considerandos: “Com efeito, a unidade do ordenamento impõe que cada preceito legal seja considerado não só no contexto do respectivo diploma, como sob o influxo dos princípios e preceitos constitucionais”. (MIRANDA, Jorge; MACHADO, Miguel Pedrosa. *Constitucionalidade da Protecção Penal dos Direitos de Autor e da Propriedade Industrial*. Lisboa: Sociedade Portuguesa de Autores/Publicações Dom Quixote, 1995, p. 48-9).

<sup>128</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de... Op. cit.*, p. 74.



Esta matização constitucional do Direito Privado, ainda na leitura de Gehlen, pode ser sistematizada de quatro formas. Primeiramente, por meio de regras jusprivatistas na Constituição (é a que apresenta menos dificuldades) inserindo-se normas-regras (Dworkin-Alexy) de Direito Civil no corpo constitucional. Em segundo plano, pela inserção de institutos típicos de Direito Civil na Constituição (propriedade, família *etc.*), que a doutrina alemã denomina garantia dos institutos para diferenciá-los das garantias institucionais. Com este procedimento ficariam imunes contra o legislador ordinário e até mesmo contra o poder de reforma constitucional. Num terceiro momento, por meio do denominado “programa legislativo”, destacando-se que as normas constitucionais de caráter progressista são verdadeiramente programa e meta legislativos, a diferenciá-las da “interpretação orientada pela Constituição” (a quarta possibilidade), já que “as normas constitucionais amplas e abertas melhor assimilam as mudanças sociais, proporcionando ao Judiciário uma adaptação aos novos valores sociais mais rápida na interpretação; o legislador do direito privado, por sua vez, leva uma maturação prolongada para mudar as leis diante das mesmas novidades”. Por fim, em quarta perspectiva, em uma interpretação orientada pela Constituição, uma moderna técnica hermenêutica pela qual deve o intérprete inclinar-se pela possibilidade que melhor otimize os princípios constitucionais (princípio como mandamento de otimização, Alexy). Nesta utilização, os preceitos constitucionais deixam de ser somente normas de exame da constitucionalidade de atos infraconstitucionais, “assumindo também o contorno de normas materiais, a fim de também lhes conferir conteúdo”.<sup>129</sup>

Como ficou dito, os princípios têm função preponderante neste mister. No entanto, como pontualmente alerta Tepedino, as orientações dimanadas desta visão jamais podem levar à confusão daqueles que se utilizam dos princípios constitucionais como se fossem princípios gerais de Direito. Estes são utilizados pelo método indutivo, extraídos implicitamente da legislação, de acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, na ausência de lei própria para o caso sob análise. Esta angulação escancararia verdadeira subversão da hierarquia normativa e uma forma de prestígio das leis ordinárias e até dos costumes, mesmo aqueles retrógrados ou conservadores, em detrimento dos

---

<sup>129</sup> GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado... *Op. cit.*, p. 185-8.

princípios constitucionais, que somente seriam utilizados em sede interpretativa na omissão legislativa, e após o descarte da analogia e do costume.<sup>130</sup>

A efetivação deste ideal, no entanto, como corretamente alerta Silva Filho, somente se dará a partir da atuação dos intérpretes jurídicos,<sup>131</sup> pela superação de uma estrutura lógico-racional ultrapassada em que ainda prevalece o pensamento dedutivo-conceitual por meio do enfoque positivista prevalecente, reservador de um papel menos efetivo e mais retórico aos princípios e normas constitucionais. Para laborar mais atentamente com esta complexa realidade da atual sociedade, seus problemas e soluções que certamente deverão surgir, é indispensável “uma reformulação, teórica e prática, no sentido de perceber que, na seara das relações privadas, não mais satisfaz o antigo modelo dedutivo, sistemático e fechado sobre o qual se edificaram os Códigos Civis e as Constituições”.<sup>132</sup>

Merece realce, no entanto, que, afora esta possibilidade, verdadeiro princípio vetor a ser utilizado pelos juristas, o próprio Código Civil de 2002 evoluiu de forma

<sup>130</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: SEMINÁRIO LUSO-BRASILEIRO. *Anais*, Paraná Judiciário, 1998, v. 52, p. 163.

<sup>131</sup> Meritória, neste passo, a observação feita por Pezzella sobre o papel central desempenhado pelos professores de Direito: “Realizar um trabalho de grande envergadura depende de mais do que da obra de um ser solitário, mas a conjugação de esforços e a responsabilidade da construção à mera crítica descomprometida não devem mais vingar, pois o professor de direito não é um mero repetidor de conceitos jurídicos previamente elaborados por um legislador iluminado, mas um agente provocador e atuante”. (PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *A eficácia jurídica... Op. cit.*, p. 54). Sobre a crise e crítica ao ensino tradicional e acrítico do Direito, vários autores têm apresentado significativas contribuições, entre eles Lenio Luiz Streck (destacando-se *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, especialmente capítulo 4, p. 63-70; e *Jurisdição Constitucional e... Op. cit.*, mormente em seu item 1.2.1, p. 41-47); BOLZAN DE MORAIS, José Luis; COPETTI, André (Ensino Jurídico, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito. In: \_\_\_\_\_. *Crítica à Dogmática: Dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 45-82, 2005); PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Ensino Jurídico na graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando... Op. cit.*, p. 211-54); e trabalhos de vários autores (Ana Carla Harmatiuk Matos, Bruno Lewicki, Caitlin Sampaio Mulholland, Maria Cristina de Almeida, Rosalice Fidalgo Pinheiro, no capítulo 5 - Ensino Jurídico e Direito Civil no Brasil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira... [et al.] (Org). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 401-527. Em ponto que intitula “O ensino jurídico enquanto instância de reprodução do habitus”, Streck sintetiza esta problemática, ao aludir que “a ausência de um ensino jurídico adequado ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade dos valores constitucionais. Acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista, e com práticas privatísticas que ainda comandam as salas de aula dos cursos jurídicos e os manuais jurídicos, os operadores do Direito não conseguiram, ainda, despertar para o novo. Do mesmo modo que, Kāgi, a posição que temos acerca da jurisdição constitucional implicará o tipo de Constituição que queremos, é possível dizer que o modelo de ensino jurídico que praticamos está umbilicalmente ligado com o futuro da Constituição que teremos”. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e... Op. cit.*, p. 48-9).

<sup>132</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Transformações... Op. cit.*, p. 192-3.

considerável na regulamentação de muitos institutos. Com isso, demonstrou de forma mais clara a instrumentalização legislativa de alguns institutos com nítida função social, muitos redigidos como cláusulas gerais abertas, o que será objeto de atenção na seqüência.

### 1.10 A FUNÇÃO SOCIAL DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Tendo sido construído à luz e sofrendo impacto dos ares dos novos tempos, o atual Digesto Civil brasileiro traz em seu bojo alguns institutos de nítida visão social, muitos dos quais, como se enfatizou no item 1.6, a partir de cláusulas abertas.

O Código Civil vigente (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), aqui também denominado “novo Código Civil”, inseriu significativas alterações no sistema positivo pátrio. Fez, como anteriormente já dito, certa adequação da legislação infraconstitucional à Constituição Federal, que antes somente era feita por meio de um processo hermenêutico de “filtragem”. Assim, como homens e mulheres são iguais perante a lei, o marido não era mais isoladamente o “chefe” da sociedade conjugal, mas ambos conjuntamente, desde a edição da Carta Política de 1988 e antes do atual Diploma Civil, apenas para exemplificar.

Por primar o novo Código em valores como eticidade, operabilidade e socialidade, vários institutos foram inseridos e outros atualizados, em uma visão mais atual, concreta e transformadora do Direito Civil. Vale dizer, em sua perspectiva social, embora as críticas daqueles que entendem que a nova legislação avançou pouco, como já registrado alhures. Para ilustrar a nova conformação, oito destes institutos são brevemente enfocados na seqüência, sempre à guiza de comprovação da nova configuração do Direito Privado ao ordenamento constitucional, nesta leitura mais atual do Direito Privado.

O primeiro deles é o estado de perigo. Apresenta-se no novo Código Civil como um defeito do negócio jurídico, guardando características comuns com o estado de necessidade. No revogado diploma civilista, por não haver previsão legal, era tratado juntamente com a coação moral. O vigente Código disciplinou o estado de perigo em seu artigo 156,<sup>133</sup> como nova espécie de vício de consentimento, traçando uma linha distintiva

---

<sup>133</sup> BRASIL. *Código Civil*. “Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

entre este e a coação, consoante anota Venosa: “No estado de perigo, ao contrário do que ocorre na coação, há uma parte que não é responsável pelo estado em que ficou ou se coloca a vítima. O perigo não foi causado pelo beneficiário, embora ele tome conhecimento da situação. Essa constatação do perigo é essencial para que ocorra o vício. Trata-se, como se nota, de um abuso de situação”.<sup>134</sup> Configura-se quando o agente, diante de situação de perigo conhecido pela outra parte, emite declaração de vontade para salvaguardar direito seu, ou de pessoa próxima, assumindo obrigação excessivamente onerosa. Azevedo complementa dizendo que, “no estado de perigo, a pessoa se concentra premida por circunstâncias criadas fora do negócio jurídico. Não nascem essas circunstâncias da vontade das partes, mas de estado de necessidade, que provoca a realização negocial em excessiva desvantagem de um dos contratantes. Na verdade, havendo essa desproporção de valores, uma parte tira vantagens despropositadas da extrema necessidade da outra”.<sup>135</sup>

No estado de perigo, diferentemente do que ocorre na coação, o beneficiário não empregou violência psicológica ou ameaça para que o declarante assumisse obrigação excessivamente onerosa. O perigo de não se salvar, embora não tenha sido originado em decorrência da vontade do favorecido, sabendo apenas de sua incidência, foi o que determinou a celebração do negócio maléfico, visando impedir a concretização do evento danoso para proteger a si ou pessoa próxima.

A questão toda se encontra frente à validade ou não do negócio jurídico viciado. Tome-se, por exemplo, uma situação corriqueira entre nós: a garantia imposta pela diretoria de um hospital (aval, fiança, emissão de cheque) para dar atendimento a uma pessoa em caráter de urgência; ou o pai que vende imóvel muito abaixo do preço de mercado para internar o filho que necessita de intervenção cirúrgica, emergencialmente.<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 480.

<sup>135</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado: Negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos jurídicos ilícitos: artigos 104 a 188*. São Paulo: Atlas, 2003, v. II, p. 232.

<sup>136</sup> Nevares aponta seis exemplos: “a) o sujeito que assaltado por ladrões oferece recompensa vultosa para quem o salve da violência; b) o sujeito que, encontrando-se em um barco que está afundando, igualmente se compromete a pagar quantia exorbitante ao seu salvador; c) o doente que, no auge da moléstia, acorda com o médico honorários exorbitantes; d) o genitor que oferece toda a sua fortuna àquele que salvar seu filho das chamas de um incêndio; e) o marido que paga vultosa quantia de resgate no caso de seqüestro da esposa; f) os depósitos em dinheiro que exigem os hospitais, para que o paciente possa ser atendido numa emergência”. (NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 295).

Frente a essas possibilidades, o que importa é saber se obrigação contraída nelas, ou em outras situações semelhantes, será válida.

Em torno de toda esta celeuma criaram-se algumas posições apontando para a solução do problema. Uma das hipóteses é levantada por Rodrigues ao sustentar que, se o beneficiário não foi cúmplice em sua criação, deve prevalecer o negócio consentido em estado de perigo: mas a prestação exorbitante pode ser reduzida por falta de causa.<sup>137</sup> No mesmo entendimento corrobora Venosa ao referir que “o negócio praticado em estado de perigo subsistiria, mas o valor do pagamento deveria ser reduzido a seu preço justo, porque a mera anulação do negócio conduz também a resultado injusto, pois houve um serviço prestado”.<sup>138</sup> Segundo esta interpretação, o beneficiário frente à anulação do negócio auferiria prejuízo, tendo em vista que despendeu de seus recursos para prestar o serviço, tendo de recorrer à ação de enriquecimento ilícito para haver o pagamento.

Há quem defenda a anulabilidade do negócio, existindo o vício na manifestação de vontade do declarante, embora sabendo que ambas as partes não concorreram na criação do perigo. Entendem, porém, ter desaparecido a boa-fé, por parte do beneficiário, tendo se aproveitado do terror incutido à outra parte para realizar o negócio.<sup>139</sup> Nessa linha de raciocínio, invocando o preceituado no artigo 171, inciso II, do Estatuto Civilista, Rodrigues discorre que “nesse caso, como seu interesse não merece proteção da ordem jurídica, o vício que incide sobre a vontade do declarante opera e o negócio pode ser anulado. O elemento que impedia a atuação do mecanismo da anulabilidade – respeito à boa-fé do outro contratante – cessou de existir; e, assim, entra ele a funcionar, invalidando o ato jurídico”.<sup>140</sup>

O instituto da lesão figurado no atual Código Civil é outro que se configura na mesma linha social em destaque. Caracteriza-se pela maior aderência à realidade social, em decorrência da necessária revisão dos direitos e deveres, conclamada pela sociedade. O novo enfoque trazido por este instituto insere-se no contexto legal, à proteção ao economicamente mais fraco perante os abusos dos fortes como forma de atenuar os contrastes da coletividade. Partindo do princípio da sociabilidade, percebe-se o prisma invocado no referido diploma refletido em seus institutos, valorando a pessoa humana em

<sup>137</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 220.

<sup>138</sup> VENOSA, Silvio. *Direito Civil... Op. cit.*, p. 479.

<sup>139</sup> *Idem*, p. 480.

<sup>140</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil... Op. cit.*, p. 222-3.

detrimento de concepção unitarista. A lesão é regulada no artigo 157 do novo Diploma Civilista.<sup>141</sup>

A lesão, em linhas gerais, consiste no prejuízo que um contratante experimenta quando não recebe da outra parte valor igual ou proporcional ao da prestação que forneceu, sendo possível sua incidência somente em contratos comutativos.<sup>142</sup> Para sua caracterização parte-se de dois pressupostos, constatados no momento do contrato: um, objetivo, que é a desproporção entre o lucro auferido e o serviço prestado; outro, subjetivo, ou seja, a vantagem tirada por uma das partes pela inexperiência, leviandade ou estado de premente necessidade da outra.<sup>143</sup>

Na visão tradicional aqui já historicizada, concluído o contrato, ele deve permanecer incólume, imutável em suas disposições, inatingível por vontade unilateral dos contratantes, mesmo que se constate posteriormente a presença daqueles pressupostos, em decorrência do princípio *pacta sunt servanda*. Não se quer dizer que a cláusula *pacta sunt servanda* perdeu sua eficácia, mas que, no atual Código Civil, ela está suscetível a certa relativização perante os requisitos anteriormente mencionados. Não é nada diferente do que já vinha sendo considerado e aplicado jurisprudencialmente, apenas que agora se encontra positivada em nosso ordenamento.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico; § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

<sup>142</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil... Op. cit.*, p. 224.

<sup>143</sup> Há quem amplie o instituto, na superação de sua interpretação essencialmente relacionada à desproporção econômica. É o caso de Naves, para quem a lesão “deve ser invocada em qualquer hipótese onde haja uma desproporção das prestações, não podendo estar vinculada apenas à desproporcionalidade econômica do contrato, ou seja, ao valor das prestações, ensejando o reequilíbrio da relação contratual como um todo”. Nesta linha de análise, deve ser concebida de forma despatrimonializada, como no Código de Defesa do Consumidor, justificando a revisão contratual em qualquer hipótese de desproporção das prestações. (NEVARES, Ana Luiza Maia. *O erro, ... Op. cit.*, p. 297).

<sup>143</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil... Op. cit.*, p. 220.

<sup>144</sup> EMENTA: Anulação de compra e venda. Enriquecimento ilícito. O Direito não protege e não pode proteger o lucro exagerado, o ganho abusivo, a desproporção abissal. O instituto da lesão assenta-se no desequilíbrio contratual conseqüente da vulnerabilidade de um dos figurantes do negócio, de que resulta a possibilidade de auferir, em desfavor do outro, vantagem manifestamente desproporcional ao proveito resultante da prestação, ou gritantemente exorbitante da normalidade. O lucro anormal decorre de ter o apelado se aproveitado da desinformação e inexperiência do apelante, que resultou empobrecimento injusto de um e indevido enriquecimento de outro. Apelo provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Primeira Câmara de Férias Cível. Apelação Cível nº 599001872. Relator: Genaro José Baroni Borges. Julgada em: 8 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 11 jan. 06).

A inovação trazida é no sentido de autorizar a revisão dos contratos frente a uma hipótese modificadora das condições de um dos contratantes, alheia ao momento de sua concepção, beneficiando a parte lesada em detrimento do enriquecimento ilícito de outra, mantendo-se a estabilidade social e o equilíbrio econômico.

Tudo está vinculado, na esfera contratual, ao “respeito a parâmetros éticos de conduta, equivalência e equilíbrio das relações”.<sup>145</sup> Há, neste sentido, a perda de espaço da autonomia da vontade para princípios, como o da equivalência nos contratos, e da boa-fé objetiva, determinantes do adequado comportamento das partes na relação obrigacional, com novos deveres de conduta que independem dos deveres das partes, e limites às posições jurídicas subjetivas. Nesse modo interpretativo, importante realçar que a lesão deixa de ser presumida como vício da vontade “para encontrar-se, objetivamente, como uma real desproporção entre as prestações devidas, percebida já na gênese do contrato”.<sup>146</sup>

Analisados o estado de perigo e a lesão, constantes na denominada Parte Geral do Código Civil de 2002, parte-se para a averiguação de instituto do Direito das Obrigações, primeiro Livro da Parte Especial, qual seja, a possibilidade de resolução dos contratos por onerosidade excessiva, com previsão nos artigos 478 a 480 do novo Diploma Civil.<sup>147</sup>

Na trilha legislativa adotada, o novo Estatuto delinea o contrato como mecanismo que tem por finalidade a regulamentação e constância dos pactos privados, assim tornando estáveis as relações negociais, como condição precípua da estabilidade econômica e social. No transcorrer de um contrato de cunho prolongado pode acontecer modificação das condições de um dos contratantes, não prevista à época da celebração, alterando de forma substancial suas possibilidades de cumpri-lo, autorizando, de outra banda, sua revisão ou resolução. Desta forma, se circunstâncias posteriores à contratação se modificam, a execução do ajuste realizado entre partes também poderá ocorrer de maneira diversa da que fora

<sup>145</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Transformações... Op. cit.*, p. 173.

<sup>146</sup> *Idem*, p. 173.

<sup>147</sup> BRASIL. *Código Civil*. “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

inicialmente tratada. Sobre tal contexto, este instituto “traz à tona uma desproporção gerada não na formação do contrato, mas alteração das circunstâncias sobre as quais se formou, estando, ainda, no caso da legislação brasileira, vinculada a uma feição subjetiva, que interroga acerca da previsibilidade da circunstância desestabilizadora quando da formação do contrato”.<sup>148</sup>

O princípio da boa-fé deve, antes de tudo, ser mencionado, pois ele assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito. A contratação de boa-fé é a essência do próprio entendimento entre os seres humanos, é a presença da ética nos contratos.

Os contornos doutrinários estabeleceram uma divisão entre boa-fé objetiva e subjetiva, sendo esta entendida pela intenção do contratante na feitura do contrato, ou seja, seu entendimento de que aquilo que está fazendo é o correto, de acordo com seu grau de conhecimento. Quanto à boa-fé objetiva, que supera a anterior a partir de sua consagração no novo ordenamento, ela é atenuadora dos ditames voluntarísticos na medida em que, tão necessária quanto o respeito à autonomia de cada pessoa, é a observância a parâmetros de conduta ética no trato com os demais, sobressaindo-se, neste aspecto, uma orientação axiológica com a alteridade.<sup>149</sup> Funda-se na criação de deveres concretos tanto para o devedor quanto para o credor.<sup>150</sup> É de suma importância sua incidência não apenas no momento de contratar, mas também depois de cumprido o contrato, atentando ao exame do elemento subjetivo de cada um, pois “a parte contratante pode estar já, de início, sem a intenção de cumprir o contrato, antes mesmo da sua elaboração. A vontade de descumprir pode ter surgido após o contrato. Pode ocorrer que a parte, posteriormente, se veja em situação de impossibilidade de cumprimento”.<sup>151</sup>

Sendo o contrato mecanismo jurídico de consecução de interesses econômicos, exerce função social na circulação das riquezas para a realização dos vários interesses suscetíveis de regulação pela vontade individual. Funda-se, de início, no princípio da boa-fé, pois a interpretação dos contratos decorrerá da presença deste princípio para uma futura análise com o objetivo de, posteriormente, se for o caso, autorizar a resolução por onerosidade excessiva de seus efeitos “que impera em toda a sua extensão, diante da

<sup>148</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Transformações...* *Op. cit.*, p. 173.

<sup>149</sup> Idem. *Hermenêutica Filosófica e...* *Op. cit.*, p. 301-2.

<sup>150</sup> PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *A eficácia jurídica...* *Op. cit.*, p. 129.

<sup>151</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria Geral dos Contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 27.



influência que a moral exerce no âmbito do direito contratual, [...] produzindo inúmeros reflexos no plano jurídico”.<sup>152</sup>

Mesmo já tendo aparecido em outros momentos históricos, com nova roupagem jurídica a cláusula desponta sob a denominação de Teoria da Imprevisão, consistindo no reconhecimento de que a ocorrência de acontecimentos novos e imprevisíveis pelas partes, e a elas não-imputáveis, refletindo sobre a economia ou na execução do contrato, autorizam sua revisão para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. Está hoje incorporada definitivamente em nosso ordenamento em consequência do que já vinha sido decidido pelos Tribunais pátrios.<sup>153</sup>

Em suma, a consagração da resolução por onerosidade excessiva, mesmo se dando em termos voluntaristas se comparada ao previsto no Código de Defesa do Consumidor, serve para comprovar que a teoria contratual consagrada no Código Civil pressupõe a flexibilização dos institutos clássicos, especialmente aquele da intangibilidade do conteúdo do contrato expresso no brocardo *pacta sunt servanda*.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> BITTAR, Carlos Alberto. A indenização de contratos e a estipulação em moeda estrangeira. In: \_\_\_\_\_ (Coord). *Contornos atuais da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 33.

<sup>153</sup> Tepedino e Schreiber, mesmo assim, notam que os Tribunais pátrios trabalhavam a boa-fé como princípio reequilibrador e de forte caráter protetivo, relutando em estender sua incidência às relações contratuais onde não estiver presente a vulnerabilidade de uma das partes. Em seu entender, com o atual Código Civil esta visão está superada, pois, “não havendo, nestas relações, uma definição apriorística de que parte se deve proteger, torna-se necessário, para se chegar à solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta”. Neste modo de ver, há necessidade de definição mais clara dos contornos da boa-fé objetiva, pois, contrariamente ao que se vê nas relações consumeristas, “nas relações paritárias a insistência nesta concepção excessivamente vaga e puramente moral de boa-fé objetiva traz o risco de sua absoluta falta de efetividade na solução dos conflitos de interesses”. (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 34-35). Analisando a função social do contrato, Costa percebe a mesma realidade, vislumbrando uma superposição deste com o da boa-fé objetiva, mas na mesma visão que parte dos doutrinadores a concebem tão-somente como um princípio ético, relacionado à justiça contratual, cujo fim seria proteger o contratante hipossuficiente (em casos como revisão judicial de contratos, lesão, onerosidade excessiva, boa-fé objetiva *etc.*), mas sempre com a visão de tutela da parte mais fraca, o que minora significativamente sua importância, dando azo a que a doutrina tradicional, com receio de crescente desrespeito ao contrato “sob qualquer ou nenhum fundamento, na verdade lhe nega aplicabilidade prática, partindo em defesa do *pacta sunt servanda*, menina dos olhos do contratualismo liberal, ainda hoje veementemente invocado e cuidadosamente resguardado”. (COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações... Op. cit.*, p. 52-3).

<sup>154</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II, p. 133.

Vistos institutos de clara conotação social na Parte Geral e na Parte Especial (Obrigações), ruma-se agora para a análise de algumas das inovações nesta linha nos Direitos Reais, começando-se pela função social da propriedade, seguramente o mais comentado instituto de cariz social do novo Código.<sup>155</sup>

A propriedade, tratada desde os primórdios da civilização, anterior às moedas cunhadas em ouro, prata ou bronze, tem ocupado grande espaço dos doutrinadores, especialmente dos juristas dedicados à matéria, sociólogos, antropólogos e de uma parcela significativa da sociedade preocupada ou comprometida com as questões sociais.

O Direito Romano e o liberalismo econômico definiam a propriedade como o direito de usar e de dispor da coisa. No entanto, o Direito contemporâneo impôs sobre a propriedade certas limitações, como forma de equacionar seu uso. O convívio do homem em sociedade exige a composição entre seus interesses com os direitos superiores do Estado. Nesta óptica, evidenciam-se novas concepções no Direito de Propriedade, tanto assim que hoje a propriedade perdeu suas mais antigas características, e frente ao desenvolvimento de novas correntes do pensamento político e social vem sendo substituída por uma concepção dinâmica, mais humana e de denso conteúdo social.

Diante da atual tendência altruísta a que vem se filiando a maioria das legislações, a propriedade privada “não mais corresponde ao conceito dado pelos romanos: *dominium est jus utendi, fruendi, et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*”.<sup>156</sup> Com o desfazimento da moldura individualista, a concepção de propriedade vem ganhando ares coletivos nos mais diversos ordenamentos jurídicos do globo, sendo expressamente recepcionada pela Constituição de 1988, no artigo 5º, que trata das garantias e direitos individuais, em seu inciso XXIII, afirmação positiva de que “a propriedade atenderá sua função social”.

---

<sup>155</sup> A produção em torno do tema e de seus incontáveis reflexos tem sido significativa. Pesquisa do autor desta tese constatou, apenas na Biblioteca do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em torno de 130 artigos em revistas especializadas sobre a temática.

<sup>156</sup> HARADA. *Desapropriação*; Doutrina e prática. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1988, p. 25. Necessário referir a importante anotação que faz Pezzella, considerando que a expressão *abutendi* é mal interpretada pela doutrina clássica, a partir da idéia de que em Roma o proprietário tinha poder ilimitado ao ponto de exercer a faculdade de destruir a coisa. Isso não corresponderia à verdade, pois *uti* e *abuti* eram palavras utilizadas para a classificação das coisas, e no caso específico eram para as coisas consumíveis (*res quae usu consumantur*; *res quae in abusu consistunt*), como uma maçã ou o dinheiro, por exemplo. (PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade Privada no Direito Romano*. Porto Alegre: SAFe, 1998, p. 126).

No rastro das novas tendências o Código Civil, amparado pela Lei Maior e contrariamente ao Estatuto Civilista de 1916, que fora moldado de acordo com as linhas mestras do individualismo, herança da concepção napoleônica, como até aqui já reiteradamente sinalado, deixou de encarar a propriedade privada, tanto a rural como a urbana, como um direito pleno do proprietário, e sim como uma faculdade, deixando de ser um direito absoluto para ser entendido dentro de um contexto social. Essa visão intensificou-se após a crescente urbanização das sociedades ocidentais, quando os direitos de vizinhança passaram a impor limites ao exercício do direito de propriedade e a sustentar o desenvolvimento da teoria do abuso de direito.<sup>157</sup>

No diapasão de que a propriedade há de ser exercida com vistas a satisfazer uma missão social, o artigo 187, combinado com o artigo 1.228, parágrafo 2º, ambos do Estatuto Civilista, estatui que configura abuso de direito o ato ilícito cometido pelo titular de um direito que, “ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, representando o uso excessivo no exercício do direito.<sup>158</sup>

Definida brevemente a visão da propriedade ao largo do desenvolvimento histórico das sociedades até ingressar nos ordenamentos modernos, importa fazer um sumário exame externo ao Direito, perquirindo o que seja isoladamente a função social. Fachin, sobre este tema, preleciona que “a expressão função social corresponde a limitações em sentido largo impostas ao conteúdo do direito de propriedade”.<sup>159</sup>

Desmistificando o individualismo assentado sobre a imponência da propriedade, o novo Código, no seguimento adotado pela Constituição de 1988, não redefiniu o conceito de propriedade, somente o moldou às novas exigências coletivas, exigindo o cumprimento de certas obrigações, afastando-a da ociosidade, incentivando a produção de bens essenciais à sobrevivência humana e tornando-se um fator gerador de riquezas e de distribuição social.

<sup>157</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações... *Op. cit.*, p. 173.

<sup>158</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil... Op. cit.*, p. 365. Sobre “abuso de direito”, oportunamente se tratará, na análise do Direito Autoral. Tepedino entende que este dispositivo não é dos mais apropriados, pois se os atos emulativos foram úteis no passado para a construção da teoria do abuso de direito, presentemente, bem antes do ato emulativo, a propriedade deve ser submetida a um controle social da utilização positiva promocional dos valores sociais e constitucionais. (TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. *Revista da EMERJ Especial*, Anais do “EMERJ debate o Novo Código Civil”, Parte II. Rio de Janeiro, p. 172, jul. 2002 a abr. 2003).

<sup>159</sup> FACHIN, Luiz Edson. *A função da posse e da propriedade contemporânea* (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 19.

O parágrafo único do artigo 1.228 da novel Codificação de algum modo regulou a matéria ao programatizar que: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.<sup>160</sup> Trata-se, neste rumo, de deveres de atuação positiva e negativa, em atendimento aos interesses sociais, que variam de acordo com a concreta relação jurídica na qual estão inseridos, na acepção de Tepedino e Schreiber. Para esses autores, é infrutífera a tentativa de atribuir um conceito unitário à função social, pois tem contornos ineludivelmente flexíveis, variáveis, decorrentes mesmo da variedade e relatividade da noção de propriedade.<sup>161</sup>

Loureiro já qualifica a propriedade como uma “relação jurídica complexa”, que resume em si não somente um feixe de poderes como aqueles clássicos de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, mas também deveres relacionados a terceiros proprietários e terceiros não-proprietários. Ao lado da antiga concepção de propriedade há valores emergentes que têm como universo de referência o sistema social.<sup>162</sup> Verifica-se esta relação complexa quando da ocorrência de uma série de direitos subjetivos e deveres ou sujeições (relações jurídicas singulares), “conexionadas ou unificadas por um qualquer aspecto, v.g., o e promanarem do mesmo facto jurídico ou o visarem o mesmo escopo”.<sup>163</sup> A propriedade, então, assume nova feição, sendo crucial superar o interesse do proprietário como seu elemento central de tutela,<sup>164</sup> mas como esta relação jurídica complexa,<sup>165</sup> não

<sup>160</sup> BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2001.

<sup>161</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (A.I. 598.360.402 – São Luiz Gonzaga). *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 17, p. 48-9, ago./dez. 2000. Antes de chegar a esta visão, inclusive distinguindo função social de produtividade econômica a partir da vanguardista decisão do Poder Judiciário gaúcho, os autores se debruçam na historicização do conceito de função social da propriedade, com ponto de partida fincado como antítese do direito subjetivo à propriedade, até desaguar numa melhor visão, na doutrina italiana, como “um elemento capaz de alterar-lhe a estrutura, inserindo-se em seu perfil interno e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *massimo sociale*”. (Idem, p. 46-7).

<sup>162</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 43-4.

<sup>163</sup> Idem, p. 44-5.

<sup>164</sup> “Para entender a propriedade contemporânea, há necessidade de superar a impoção clássica e constatar que o interesse do proprietário não é o objeto central da tutela, mas apenas um interesse protegido, num quadro complexo de outros interesses contrastantes, que o ordenamento reconhece e também tutela com mecanismos similares àqueles postos anteriormente a serviço do *dominus*”. (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade... Op. cit.*, p. 46).

<sup>165</sup> “Podemos definir propriedade como a relação jurídica complexa que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros”. (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade... Op. cit.*, p. 52).

mais subordinada a estes interesses proprietários, mas de situações mais complexas onde muitas vezes se mostram centros de interesses opostos.<sup>166</sup>

Antes, o denominado Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), de certo modo antecipava a regulamentação do tema, sendo inovador dispositivo legislativo no intuito de tornar mais humanas nossas cidades, que vai ao encontro do princípio da função social da propriedade do inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal. Novamente aqui se valorou sobremaneira a função hermenêutica, para deixar à análise do caso concreto se ocorrente ou não, que, aliás, como antes já se destacou, é uma linha mestra do atual Digesto Civil, por meio das cláusulas gerais (abertas), como anteriormente enfatizado.

Outra previsão muito noticiada e comentada é a denominada restrição ao condômino anti-social (art. 1.337), para cuja análise, mesmo que rapidamente, por ser meramente ilustrativa, se parte agora.

Com o advento da Lei nº 10.406, de 2002, não só a propriedade teve disciplinada uma nova concepção, como também a fração desta, com algumas mudanças importantes para a vida em condomínio, especialmente estabelecendo maior rigorismo na tentativa de punir o denominado condômino anti-social. O novo Código insere como novidade a multa ao condômino de comportamento nocivo à coletividade, considerado assim aquele problemático, inconveniente, e ao desajustado contumaz, que se mostra incapaz de viver na sociedade condominial.

A seguir, volta-se ao Direito Obrigacional, desta feita publicando algumas rápidas idéias sobre a interpretação mais favorável ao aderente, nos contratos por adesão, previsão do artigo 423 do novo Código.

Seguindo na linha de evoluções apresentadas pelo novo Código Civil, importante definir preliminarmente que contratos de adesão são aqueles com cláusulas pré-dispostas, onde o interessado simplesmente adere (ou não) ao estipulado, sem liberdade para discutir os termos do contrato; contrariamente, os paritários são discutidos e acordados entre os contratantes, cada um na defesa de seus interesses e, existindo a vontade comum de compor, firmam-no. Importa saber que a vontade de uma das partes fica suprimida, não sobrevivendo

---

<sup>166</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade... Op. cit.*, p. 47.

o princípio da livre negociação, e sem sincronia alguma com a paridade econômica, pois sempre haverá um mais forte que ditará o pacto dentro de suas conveniências.

Quanto aos aspectos e conseqüências da desproporção econômica, os ordenamentos jurídicos, em sua generalidade, são omissos e, segundo Rizzardo, isso “mune de uma sólida e indevassável estrutura contratual contra o aderente no caso de não-cumprimento das obrigações”.<sup>167</sup>

Querendo excluir nosso ordenamento da generalidade, o vigente Código introduziu mecanismos atenuantes para esta diferença material financeira. Antes do Código de Defesa do Consumidor não havia disposições legais regulando as relações oriundas deste tipo contratual, o que veio a ser disciplinado no artigo 54 do Código Consumerista e, segundo Pereira, se limitava “a regras sobre a interpretação mais favorável ao aderente e a nulidade de cláusulas que venham a ser abusivas”.<sup>168</sup> Por se tratar de norma de interesse público e social, o novo Código Civil dispôs, no artigo 423, a tutela dos interesses do oblato com a seguinte redação: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”, o que já está sendo admitido pelo Poder Judiciário.<sup>169</sup> A interpretação desses contratos, não obstante as previsões legais, tanto nas relações civis quanto nas consumeristas, deve buscar as bases principiológicas da nova teoria contratual, jungindo-se na probidade, na boa-fé, na equivalência material e nos limites da função social do contrato.

Ainda no Direito Obrigacional, a exclusão da cláusula de não indenizar no contrato de pessoas é igualmente outro instituto de visível função social no vigente Código Civil, previsto positivamente no seu artigo 734.<sup>170</sup> Este consagra a teoria da culpa objetiva do transportador no transporte de pessoas, imputando-lhe o dever de indenizar, pelos danos

<sup>167</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 100.

<sup>168</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 76.

<sup>169</sup> EMENTA: Ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações. Ação de adimplemento contratual. Contrato de participação financeira, vinculado a instalação de terminal telefônico. Trata-se de contrato de adesão, em que impera a interpretação mais favorável ao aderente. Incidência do princípio da boa-fé objetiva, aliado à declaração de vontade das partes. Aderente visava à imediata emissão das ações pactuadas, mas viu-se lesado pelo retardo da comunicadora. Condenação da instituição à subscrição da quantia faltante ou à indenização correspondente. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Décima Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70010357697. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 16 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 11 jan. 2006).

<sup>170</sup> BRASIL. *Código Civil*. “Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização”.

causados às pessoas e as suas bagagens, exceto quando se tratar de força maior. No entanto, segundo Cases, há posicionamento doutrinário e jurisprudencial ampliando as causas excludentes da responsabilidade civil, aceitando também a incidência do caso fortuito e da culpa exclusiva da vítima.<sup>171</sup>

Atualmente, o instituto ampara tanto a pessoa como seus utensílios, e ao referir-se à bagagem trata daquela que o passageiro traz consigo ou no compartimento do veículo. Neste ponto, a legislação fixa o valor da indenização na quantia declarada pelo passageiro e exigível pelo transportador no momento do embarque. Ainda, dispõe o texto legal que qualquer disposição contrária à indenização é nula; aliás, no mesmo sentido enunciou a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal: “Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar”.<sup>172</sup> Assim, o dano ocasionado ao passageiro durante a vigência do contrato, que pode ser na ocasião da compra do bilhete no guichê, na entrada na estação de embarque, no momento em que faz um sinal ao transportador, até o instante em que deixa o veículo e atravessa o portão de saída da estação de embarque, estará sob responsabilidade do transportador, estando este obrigado a indenizar qualquer dano sofrido pelo cliente, não sendo decorrente de força maior, e invalidando qualquer disposição contratual abdicatória desta disposição legal.

Com o objetivo de finalmente concluir a análise proposta, mesmo que em rápidas linhas, segue-se com a averiguação da obrigatoriedade do pagamento de seguro, em caso de morte do segurado ensejado por atos de humanidade, por este, em auxílio a outrem, também constante na Parte Especial, no Direito das Obrigações, no artigo 799 da nova codificação civilística.<sup>173</sup>

Na intenção de evitar manobras da seguradora para não cumprir a obrigação, buscou-se amparar o segurado, de forma expressa, ao obrigar o pagamento por parte da empresa, mesmo quando constar do contrato cláusula eximindo-a, de qualquer uma das três

---

<sup>171</sup> CASES, José Maria Trepapat. *Código Civil comentado*: artigos 693 a 817. São Paulo: Atlas, 2003, v. VII, p. 157.

<sup>172</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 161*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 11 jan. 2006.

<sup>173</sup> BRASIL. *Código Civil*. “Art. 799. O segurador não pode eximir-se ao pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem”.

hipóteses, como em situações de manifesto ato de humanidade, que nem sempre dependem da vontade do segurado.

Esta inovação legal vem beneficiar o segurado frente a uma situação imprevisível, garantindo de forma justa o recebimento do prêmio ou benefício, afastando as escusas da seguradora, visto a determinação legal prevista de forma taxativa. Vem na linha de que a função do seguro é, claramente, garantir o risco em sua maior extensão.<sup>174</sup> É o oitavo instituto de conotação cristalinamente social, concisamente analisado, como se propôs desde o início, apenas de forma ilustrativa de regulações pontualmente de caráter social, em seu bojo, e que bem demonstram ao menos uma tentativa de um novo Direito Privado, de cunho mais socializante, vinculado à pessoa em detrimento de visão meramente patrimonialista.

Outros aparecem no novo Código. O que é importa, na análise proposta, é que na nova legislação surge atinente e perspicaz a problemática que envolve os interesses individuais e sociais. A fim de ampliar o campo interpretativo para o operador do Direito, fixou em alguns de seus dispositivos, como se analisou no ponto próprio, normas generalizadoras vinculadas a valores sociais e éticos que possibilitam, no transcorrer do tempo, a alteração das interpretações doutrinárias e das decisões judiciais, de acordo com a exigência da atividade social. Afastado do rigorismo do revogado diploma, que buscava dirimir conflitos tão-somente à frente da letra fria da lei, o atual Código, negando a concepção liberal-individualista, liberta-se do cunho estritamente voluntarista e patrimonialista e absorve valores e garantias sociais inseridas na Constituição Federal de 1988.

São fixados critérios voltados muito mais para o ser humano enquanto indivíduo inserido na coletividade. Pois, justamente nesta esfera, buscou-se traçar novas linhas aceptivas com os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, sendo um conjunto de idéias que se entrelaçam assumindo um papel envolvente, vinculado a valores sociais e éticos. Para o entendimento da nova concepção que deriva do atual diploma, afastou-se o ceticismo jurídico hermético, de interpretação restrita, estampado no texto dos artigos. Uma inovação trazida pela Lei nº 10.406, de 2002, sem dúvida, foi ampliar o campo de atuação, possibilitando a advogados, juristas e juízes apoiarem-se em recursos

---

<sup>174</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado... Op. cit.*, p. 609.



extrajurídicos oportunizados pela redação aberta dos dispositivos legais. Para estes que, com a sentença, respondem à provocação de acordo com seus princípios ético-culturais, para uma resolução justa e equitativa, no deslinde das avenças.

A boa-fé como corolário inseparável da eticidade está vinculada a valores intrínsecos do indivíduo. É o sustentáculo do espírito geral da lei, em consonância com os princípios gerais mencionados. Não se pode desconhecer ou desprezar a contribuição desse princípio na análise objetiva e subjetiva dos desígnios da vontade, submetido ao crivo do julgador na apreciação de cada caso, desde a constituição dos negócios jurídicos até seus ulteriores atos, de forma a sustentar a Teoria Geral das Obrigações, preservando o comportamento íntegro que pauta a objetividade e a segurança jurídica das obrigações em contraponto ao anterior Código, que se detinha apenas na análise existencial de vícios na vontade.

A partir da análise feita sob o enfoque da nova legislação, seria irreparável desconsiderar os fins éticos e econômicos a que se destina, ou, pior, desvincular os valores que lhe dão sentido e significado pela simples transposição dos fatos, não apenas por se tratar de uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, mas pela satisfação ao alcance do bem coletivo, desempenhando papel equalizador no prospecto social quando extrapolados os limites individuais. Desvincular o espírito de coletividade no ordenamento jurídico no atual estágio evolutivo humano seria como criar leis para um único ser, negar a si mesmo e desconsiderar a necessidade vital inata ao homem de viver em grupo. Como ciência que busca disciplinar harmonicamente a interação e a reciprocidade de todos, não poderia deixar de respaldar os anseios que emanam da fonte inspiradora da evolução da Ciência Jurídica, a sociedade.

Nesta linha de mira, os institutos aqui brevemente enfocados são “portos seguros” de concretização deste ideal interpretativo. Claro, praticamente tudo está por ser feito pelos Operadores do Direito, que têm e terão a mais complexa empreitada por desenvolver nos próximos anos para que essas inovações também não fiquem adstritas à letra fria da lei.

### **1.11 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FUNDANTE**

Feitas as contextualizações históricas e teóricas da razão da conhecida dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, e ainda da necessária vinculação do Direito

Privado ao Direito Constitucional, resta averiguar qual valor daquele ordenamento máximo deve ser fundante desta (re)leitura, tanto na esfera do Direito Privado concebido histórica e classicamente a partir do Direito Civil (e igualmente do Direito Empresarial, anteriormente denominado Comercial) como na análise em torno dos Direitos Autorais que se proporá nos capítulos subseqüentes.

Dentre todos os princípios constitucionais que assumem relevo nesta nova possibilidade de leitura do Direito Privado e de concretização da nova realidade, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é um verdadeiro valor-fonte.<sup>175</sup> Nessa visão, parece claro que a Constituição “alçou a dignidade humana ao centro do sistema jurídico”.<sup>176</sup> Tal fundamentação, no entanto, como alerta Silva Filho, não pode ser feita adotando-se a dignidade da pessoa humana como um legitimador vazio para qualquer discurso que se queira adotar, como muitas vezes se vê, pois se há um debate que não pode se transformar em um palavrório estéril é o que se debruça sobre o conceito de pessoa, com todas as discussões éticas, políticas e jurídicas que possa trazer.<sup>177</sup>

Tudo parte, na acepção de Alves, de uma conquista histórica da filosofia moral e da política modernas – e não atemporal e absoluta – da definição do ser humano como dotado de direitos. A autora faz minucioso apanhado dos pressupostos histórico-filosóficos da noção de dignidade da pessoa, partindo de Hobbes (ênfase na definição de pessoa “pelo seu papel”), passando por Descartes (a partir do *cogito* inaugura o sujeito moderno, quando “o homem passa a ser o sujeito do conhecimento (*res cogitans*), e o mundo, o seu objeto

<sup>175</sup> Expressão utilizada por LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução... Op. cit.*, p. 114, a partir de Reale em *Horizontes do Direito e da História*. Na introdução, o jurista manifesta o firme propósito de interpretar as questões jurídicas como expressão da existência humana, como componente da projeção cultural da espécie. (REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo: Saraiva, 1977, Prefácio, p. 14).

<sup>176</sup> CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: Conceito fundamental de Direito Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do... Op. cit.*, p. 255. Em consonância precisa, Kataoka adota semelhante posição ao concluir que a tutela da dignidade humana passa a ser o grande fim do Direito atual. (KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 465).

<sup>177</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário 2005 do Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre/São Leopoldo: Livraria do Advogado/Unisinos, 2006, n. 2, p. 115. Outro que dá idêntica entonação é Sarlet, referindo, amparado em Lenio Luiz Streck, que “também e acima de tudo em matéria de dignidade da pessoa humana não se deve e nem se pode legitimamente dizer e aceitar qualquer coisa”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana: Parte II. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 224).

(*res extensa*)” até chegar a Kant (dignidade centrada na autonomia, noção do homem como um fim em si mesmo)<sup>178</sup> para desembocar na Constituição Federal de 1988, que a fixa já no inciso III do artigo 1º como fundamento da República.<sup>179</sup>

Essa condição assegura uma posição topográfica ambivalente, pois a dignidade humana “se mantém no topo, fundamentando, mas se espalha por todo o texto constitucional – e, via de consequência, por todo o ordenamento jurídico”. Seriam direitos independentes, ao mesmo tempo em que “instanciações da dignidade da pessoa humana, formando o amplo espectro abarcado por ela, uma série de direitos constitucionalmente garantidos”.<sup>180</sup> Além de ser vislumbrada como princípio, a dignidade é um paradigma avaliativo,<sup>181</sup> com o que parece concordar Aronne ao entender “inadmissível manter a interpretação do Código

<sup>178</sup> Silva Filho também aborda a importância no pensamento kantiano nesta concretização: “Coerente com a centralidade do sujeito na filosofia moderna, demarcou o fato de que o homem é quem estabelece seus próprios fins, sendo um autolegisador de sua conduta e, portanto, um ‘reino de fins’”. A conduta humana seria moral quando se age por dever, a partir da convicção adequadamente adotada, também para os outros. A moralidade andaria lado a lado com a autonomia da vontade, e nessa autonomia e decorrente moralidade se fundamentaria a dignidade humana. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Transformações... Op. cit.*, p. 177-8).

<sup>179</sup> ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do... Op. cit.*, p. 214-26. A dignidade humana, como valor preponderante, assentou arraiais em todas as Constituições democráticas modernas. Neste particular, Miranda, ao referir que o artigo 1º da Constituição Portuguesa já a eleva a fundamento e fim da sociedade e do Estado. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993, t. IV. p. 166. Na mesma visão, Segado, analisando a temática na ordem espanhola, chega à conclusão que o mesmo dispositivo da Constituição de seu país (art. 10.1), “desde el punto de vista axiológico, eleva la dignidad de la persona a la categoría de ‘Grundnorm’ em sentido lógico, ontológico y deontológico; justamente por ello, los restantes valores que proclama la Norma suprema han de tener como referente necesario la dignidad de la persona, encontrando en ella su razón de ser última”. (SEGADO, Francisco Fernández. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. Estado e Direito: Revista semestral Luso-Espanhola de Direito Público*, Lisboa, n. 17-18, p. 107, 1996).

<sup>180</sup> ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a... *Op. cit.*, p. 226. Cunha faz detalhado levantamento de vários destes dispositivos constitucionais emanados daquele princípio-chave da dignidade humana: “É o caso da igualdade formal (art. 5º, inciso I), do direito geral de ação (art. 5º, inciso II), da liberdade religiosa (art. 5º, inciso IV), da liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX), da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, inciso X), da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI), do sigilo de correspondência e comunicações (art. 5º, inciso XII), do livre exercício profissional (art. 5º, inciso XIII), do sigilo processual (art. 5º, inciso LX), dos direitos sociais do art. 6º, dos princípios gerais da atividade econômica do art. 170, da usucapião constitucional dos arts. 183 e 191, do direito à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215), ao desporto (art. 217) e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), da proteção da família (arts. 226 a 230); e das tutelas da integridade física (art. 5º, inciso III) e do dano moral e à imagem (art. 5º, inciso V)”. (CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental de Direito Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do... Op. cit.*, p. 255-6).

<sup>181</sup> ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a... *Op. cit.*, p. 227. Dessa angulação resulta ver que a dignidade humana como valor fundante do sistema jurídico está imbricada com a idéia de solidariedade, o que sublinha Wieacker: “O pathos da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da solidariedade; ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos outros membros da sociedade”. (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 718).

ou de qualquer norma de Direito Civil concebendo a patrimonialidade (propriedade e contrato) acima da dignidade da pessoa humana, e, mais, o interesse individual acima do interesse coletivo ou difuso, de modo a se ignorar a normatividade constitucional”.<sup>182</sup>

Tudo está relacionado, num determinado contexto histórico,<sup>183</sup> ao que Fachin denomina superação do sujeito abstrato pela concretização do sujeito concreto, por meio da cidadania.<sup>184</sup> O pensamento jurídico a moldar esta principiologia é importante, nas exatas palavras de Aronne: “O problema do civilista hoje, mais que a existência de codificações, é o pensamento codificado e formular. Em sua superação está a luz da cidadania e do resgate da dignidade da pessoa, na condição de valor supra-individual ainda capaz de provocar revoluções, na busca de um sentido para o homem em um mundo que ocupa e convive com semelhantes e não-semelhantes e cuja lei não pode moldar, mas o pensamento jurídico pode preservar”.<sup>185</sup>

Em detalhado estudo Silva Filho também centra a origem deste vetor na personalização do Direito Privado, ocorrida especialmente após a Segunda Guerra. A superação do modelo medieval de sociedade, na Revolução Francesa, com a noção abstrata de dignidade humana, sem dúvidas foi um progresso, naquele instante histórico.<sup>186</sup> No

<sup>182</sup> ARONNE, Ricardo. *Propriedade e...* *Op. cit.*, p. 49.

<sup>183</sup> Pertinente à observação de Perlingieri de que a noção de dignidade social não é absoluta, mas relativa ao contexto histórico, cultural, político e econômico de uma comunidade. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 37).

<sup>184</sup> “Tratar da configuração clássica do sujeito e das transformações conceituais pelas quais o sujeito passou constitui uma tentativa de localizar, neste dois últimos séculos, o indivíduo abstratamente considerado, elevado ao patamar da juridicidade no que se designou como sujeito. Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito – o Código Civil napoleônico –, esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil”. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188).

<sup>185</sup> ARONNE, Ricardo. *Por uma nova...* *Op. cit.*, p. 96. O autor citado, com base em estudo que noticia de Lopes, afirma que, infelizmente, dados concretos demonstram que o Judiciário não observa a dignidade da pessoa humana como valor para suas decisões, pois “nem a consulta ao *site* do STF com a íntegra de seus acórdãos dos últimos anos nem a pesquisa em base de dados com oitenta anos de uma jurisprudência em ementas podem revelar fundamentação de alguma decisão calcada expressamente na tutela da dignidade da pessoa humana como fundamento”. (Idem, p. 36). No estudo em comento o autor diz que: “Isso nos levou a verificar que raras vezes a jurisprudência busca fundamentos anteriores aos estabelecidos no art. 5º da CF para solução de conflitos que, em grande parte dos casos, apenas poderiam ser solucionados com o recurso das interpretações axiológicas ou principiológicas da Constituição”. (LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. A dignidade da pessoa humana: estudo de um caso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 758, p. 112, dez. 1998).

<sup>186</sup> “Já na nascente sociedade burguesa há um empenho em se destacar os aspectos concretos e tradicionais dos indivíduos para considerá-los em plano universal, abstrato e conceitual, procurando, com isso, abolir as já insuportáveis e discriminatórias distinções estamentais que prevaleceram no medievo e que se tornaram, sobretudo nas relações entre a nobreza, o campesinato e os comerciantes, acentuadas e violentas”. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Transformações...* *Op. cit.*, p. 174).

entanto, este modelo de igualdade formal logo manifestou suas nuances negativas, pois ocultava uma indesejável desigualdade (real) entre os membros da sociedade. A situação começou a mudar a partir do segundo pós-guerra, com o denominado movimento de personalização do Direito Privado, reflexo da valorização do tema da dignidade humana, “tão evidentemente vilipendiada durante a Segunda Guerra Mundial”.<sup>187</sup>

Como oposição a este modelo havia aquele do sujeito-proprietário, surgido do pensamento jusnaturalista, que bem demonstra seus reflexos até os dias atuais, na acentuada tônica patrimonialista que muitos ainda impõem ao Direito Privado.<sup>188</sup> Felizmente, são muitas as bases teóricas e concretas de superação da ultrapassada idéia de que os direitos fundamentais estariam restritos a um certo acordo entre o Estado e a sociedade civil, cabendo ao Estado a obediência aos ditames constantes nas normas definidoras destes direitos. Cada vez com mais clareza se compreende que tais direitos se mostram igualmente um conjunto de preceitos endereçados à própria sociedade civil, diante da fragilidade econômica, social ou cultural de determinados grupos sociais em relação a outros, com elevado potencial ofensivo a esses direitos.<sup>189</sup>

No entanto, os Códigos Civis ocidentais da segunda parte do século XX, concebidos na óptica liberal-patrimonialista, não conseguiram efetivar concretamente estes valores, o que redundou numa projeção mais intensa da Constituição como pólo privilegiado de enunciação e garantia destes direitos, o que já foi antes aludido. Nessa contextualização está a razão pela qual o argumento da personalização do Direito Civil passar “pela reivindicação da Constituição como verdadeiro sol irradiador de valores e delimitações às normas de direito privado, procurando contrabalancear seu exacerbado patrimonialismo com uma preocupação mais voltada à preservação e à promoção da dignidade humana”.<sup>190</sup>

Advirta-se, no entanto, com amparo em Moraes, a insuficiência da mera transposição dos princípios básicos do texto do Código Civil para o texto constitucional. É

---

<sup>187</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações... *Op. cit.*, p. 174-5.

<sup>188</sup> “Não é outra a razão para a estranheza sentida na seara jurídico-privada quando se leva adiante qualquer discussão que fuja à órbita patrimonialista, entendendo-se, via de regra, que os problemas atinentes à dignidade pessoal do indivíduo, que envolvem, entre outros, suas crenças, sua subsistência e seus direitos de livre expressão, referem-se à sua relação com o Estado e devem encerrar-se, pois, no temário constitucionalista (o que revela, inclusive, uma visão canhestra do que seja a Constituição)”. (Id., p. 175).

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 175-6.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 176.

preciso analisar esta realidade a partir do ponto de vista sistemático, pois, se a normativa constitucional está no ápice de um ordenamento jurídico, os princípios nela consagrados se tornam as normas diretivas, ou normas-princípios, para a reconstrução do sistema de Direito Privado.<sup>191</sup> Estes valores expressos na Constituição devem informar o sistema como um todo, indo-se além de uma construção hierarquicamente rígida dos ordenamentos.<sup>192</sup>

Trata-se, no correto modo de ver de Pezzella, de perceber a inadequação de modelos antigos usando-se modelos melhor conectados com a realidade moderna.<sup>193</sup> De certa forma, a discussão guarda direta relação com hermenêutica e positivismo, o que será objeto de investigação a seguir.

## 1.12 HERMENÊUTICA E POSITIVISMO

Neste ponto, finalizando o primeiro capítulo, contextualizador da idéia (superada!) de um Direito Privado ainda entendido pela maioria dos juristas em sua conotação essencialmente privatística, muitas vezes ainda vinculado às amarras do sistema oitocentista pós-Revolução Francesa, se fará uma breve análise da relação direta que guarda o tema com a hermenêutica jurídica, especialmente as correntes tradicionais, com enfoque no positivismo jurídico.<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> Assim, o que noticia Perlingieri, no ordenamento italiano: “Quanto ai valori che sono a fondamento dell’ordinamento essi, per definizione, sono individuabili mediante una corretta interpretazione storico-sistemática della carta fondamentale, dalla quale emerge indiscutibilmente la centralità della persona umana, del suo libero sviluppo rispetto alle situazioni patrimoniali quali la proprietà e l’impresa. Da un’analisi anche sommaria, una concezione esistenziale, rispettosa della dignità dell’uomo, delle sue esigenze e dei suoi diritti civili (art. 2) è prevalente su prospettive produttivistiche: la stessa iniziativa economica privata è inibita quando si svolge ‘in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana’ (art. 41 comma 2)”. (PERLINGIERI, Pietro. *Tendenze e metodi della civilistica italiana*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1979, p. 98-9).

<sup>192</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107.

<sup>193</sup> PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *A eficácia jurídica... Op. cit.*, p. 42. A autora usa a Biologia como parâmetro lingüístico, “pois ocorre uma seleção natural dos modelos e só os mais aptos, também na cultura jurídica, permanecem, e, quando não se adaptam ao momento histórico e cultural, devem ser criados outros novos. Não perceber este momento de alteração, e querer repetir modelos desconectados com o mundo atual, é o problema a ser resolvido”.

<sup>194</sup> A tese não tem como ponto central a hermenêutica, estritamente entendida. Ou seja, gira em torno de uma nova visão do Direito Autoral a partir de seu aspecto público, mas este ponto é meramente ilustrativo da realidade constatada em torno do Direito (Privado) Autoral, inclusive por sugestão na banca de qualificação, realizada em 2005, mormente dos professores doutores Lenio Luiz Streck e José Carlos Moreira da Silva Filho.

Não há dúvida de que a interpretação é o centro de toda a atividade do jurista, em qualquer área em que atue. Felizmente, nos últimos anos, vários juristas de renome têm sustentado, em nível internacional e local, inovadoras idéias e correntes em torno da hermenêutica jurídica, desacorrentando a classe das amarras paralisantes de bem pouco tempo que limitava esta digna tarefa à mera interpretação literal de normas, em visões positivistas/dogmáticas, pois, “ao contrário do que ocorreu no âmbito das demais ciências humanas e sociais, a ciência do direito deixou-se ficar prisioneira, até recentemente, das limitações impostas por um modelo de interpretação dogmático e positivista”.<sup>195</sup>

A grande inovação que poderiam trazer novas escolas hermenêuticas era partir de uma análise crítica e mais aprofundada do Direito, mormente por uma interpretação “que pudesse incorporar dimensões políticas, econômicas, sociais e culturais, até então ignoradas pelo intérprete do direito”.<sup>196</sup> Essa pretensão emerge da constatação de que, apesar de todo o progresso obtido nos últimos tempos, a práxis jurídica escancara que ainda se multiplicam “tipos de entendimento do direito e sua aplicação que constituem sérios obstáculos para a construção de uma sociedade mais livre e mais justa, como pretende a Constituição de 1988 ao estabelecer um estado democrático de direito”.<sup>197</sup>

A superação de um padrão interpretativo ultrapassado e conservador, atrelado à mera significação dos textos, era (e é!) uma necessidade, pois esta realidade é um grande “câncer” que o corrói freqüentemente, mesmo que muitas vezes invisível.<sup>198</sup> Não se trata apenas de interpretar a lei como fonte máxima do Direito com novos critérios ou métodos; é preciso ir muito além, utilizando a principiologia, pois muitas vezes, dada a complexidade dos problemas ou a inexistência de regulação específica, “a justificação e a fundamentação dos direitos é etapa indispensável de sua proteção”.<sup>199</sup>

---

<sup>195</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Da interpretação à Hermenêutica Constitucional. In: CAMARGO, Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 377.

<sup>196</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>197</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Por uma nova leitura do direito. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, Prefácio, p. 5.

<sup>198</sup> Esta realidade é mais freqüente do que se imagina, ainda na atualidade, infelizmente. Aluna de graduação de outra instituição que realizava belíssimo trabalho de conclusão de curso tendo como base os princípios jurídicos relacionados ao Direito das Sucessões foi desestimulada por professora da área, ao argumento de que aquilo seria “uma tese”, e que “não havia base legal” para tanto.

<sup>199</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, n. XVI, p. 5, 2003.

Como notado até aqui, a modernidade reclama novas formas de interpretação jurídica, seja pela esclerose do sistema conservador, fundado no mero positivismo na tarefa hermenêutica, que em última análise está relacionada ao dogmatismo, ou pela ampliação e “sofisticação” dos casos do mundo dos fatos que passam pelo “filtro” desta interpretação. Nosso momento histórico atual é fértil em conflitos pessoais e coletivos que demandam do analista algo além da simples e fácil interpretação automatizada, matemática, dos fenômenos jurídicos. No Direito Privado, como comprovado, esta realidade não é diferente, pois os fatos do “mundo real”, em uma sociedade tão complexa como a atual, muitas vezes “atropelam” o jurídico, que deve constantemente se renovar. Esta constatação também não é difícil de se fazer na área dos Direitos Autorais, como se construirá nos próximos capítulos, mormente a partir de outra situação factica “arrasadora”, sua nova configuração a partir da tecnologia digital, que transformou significativamente sua caricatura, na denominada Sociedade da Informação.

Felizmente, como salientado alhures, novas correntes jurídicas têm surgido no país, mormente no pós-Constituição de 1988, entre elas a pontual crítica do Direito feita por Streck,<sup>200</sup> que constata em sua análise do fenômeno esta realidade onde, “através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma-lei-em-si, abstraída das condições (histórico-sociais) que a engendra(ra)m, como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’”.<sup>201</sup>

Necessário, então, o questionamento: “interpretar o quê?”, e “interpretar para quê?”<sup>202</sup>

Neste sentir, é claro, os princípios de Direito e a Constituição assumem lugar central.<sup>203</sup> No aspecto da fundamentação com base na principiologia, Streck giza que,

---

<sup>200</sup> Com destaque, como salientado alhures, em farta obra, para *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise e Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*.

<sup>201</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, Introdução, p. 16.

<sup>202</sup> Idem, p. 94.

<sup>203</sup> Interessante referir, mesmo que de passagem, a título ilustrativo, estudo de Carvalho em torno de um “Projeto Social Global”. Nele, o papel da Constituição é preponderante: “Para a leitura de tudo isto, para a documentação do conteúdo como do risco do projecto social global, há que recorrer a muitas fontes, posto nem todas com o mesmo crédito ou o mesmo selo de garantia. As primeiras, e as mais fidedignas, são as constituições, sobretudo as constituições modernas, que já não são, ingénua ou hipocritamente, simples constituições ‘políticas’, mas verdadeiros actos de fundação da *polis*. Decerto que quanto mais ideológicas



embora não tendo um conceito definido, os princípios gerais de Direito têm um papel significativo na tarefa hermenêutica. Para ele, “os princípios gerais do Direito adquirem um significado apenas quando considerados em conjunto com o restante do sistema jurídico: daí a necessidade de se pressupô-lo como uma totalidade. No mínimo, os princípios gerais, em seus mais variados conteúdos, podem servir – e têm servido cotidianamente – como um topos hermenêutico”.<sup>204</sup> Em outro instante, enfatiza Streck as diversas escolas hermenêuticas existentes no Brasil que possibilitam a superação da dogmática jurídica, alertando que “toda essa discussão deita raízes nas várias concepções filosóficas acerca das condições de possibilidades que tem o homem para apreender as coisas, como nominá-las, como conhecê-las”.<sup>205</sup>

Antes, nas notas introdutórias, o autor da *Nova Crítica do Direito* justamente destaca que o Direito e a dogmática jurídica, na modernidade, “não conseguem atender as especificidades originadas em uma sociedade complexa e conflituosa”. Enfatiza que o “o paradigma (modelo/moço de produção de Direito) liberal-individualista-normativista está esgotado”. Para ele, “o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos”. Ainda, “esse hiato e a crise de paradigma do modelo liberal-individualista-normativista retratam a incapacidade histórica da dogmática jurídica em lidar com os problemas decorrentes de uma sociedade díspar como a nossa”.<sup>206</sup>

---

(*et pour cause*), tanto mais essas leis são expressivas de um projecto. Mas mesmo as constituições democráticas, com o princípio do multipartidarismo, apesar da discreção valorativa a que obriga a alternância no poder, contêm valores categóricos que seria grave diminuir: a própria democraticidade, a igualdade, a proporcionalidade, os direitos humanos (tendendo a coenvolver os sociais e econômicos), e assim por diante. E tanto interessam os valores categóricos como os valores programáticos, ainda que não deva desconhecer-se a diferença de valência. E obviamente tanto os explícitos como os implícitos, tanto os finais como os instrumentais, tanto os táticos como os estratégicos”. Depois da Constituição viriam, em escala vertical hierarquizada, as leis ordinárias, especialmente aquelas mais estruturantes, citando entre elas “penais, processuais, eleitorais, de organização dos tribunais, de família, da propriedade, das sucessões, das associações, dos *mass media*, da concorrência, das empresas, do trabalho, do fisco, da administração pública, da educação, da cultura, da força pública, das autarquias, dos contenciosos”, e após elas, “as instruções, as acções, as omissões, as rotinas, as astúcias, da prática administrativa, econômica e política”. (CARVALHO, Orlando de. Para um novo paradigma interpretativo: O Projecto Social Global. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. LXXIII, p. 15, 1997).

<sup>204</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica...* *Op. cit.*, p. 102-4.

<sup>205</sup> Idem. *A hermenêutica e a dogmática jurídica no Brasil: as diversas alternativas à interpretação de cunho tradicional*. In: ROCHA, Leonel Severo; \_\_\_\_\_ (Coord.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos/Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004, p. 109-12.

<sup>206</sup> Idem, p. 17.

Realmente é assim, e no Direito Autoral se verifica esta realidade adequadamente narrada por Streck, mas como já mencionado nestas linhas, especialmente na parte atinente ao “problema” desta pesquisa: o modelo de interpretação desta área do Direito na linha liberal-individualista está também superado. Não se trata, no Direito Autoral, somente de uma relação privada envolvendo duas partes (autor-utilizador, autor-editor, autor-gravadora *etc.*), mas de relações transindividuais cada vez mais complexas. Basta pensar nos envolvimento vários decorrentes das utilizações na rede mundial de computadores, ou as relações de consumo de computadores e seus programas, apenas exemplificando, e como já alertado antes.

A superação da realidade verificada somente se dará a partir de um pensar crítico do Direito (“Privado”, no caso o Autoral) vendo-o em sua nova contextualização, histórica, jurídica, política e sociologicamente vinculada ao Estado Democrático de Direito que sinaliza a Constituição Federal de 1988.

É de se lamentar que, com os inúmeros instrumentos disponíveis aos operadores do Direito na atualidade, se verifique que em muitos casos, situações e áreas se leve a cabo, em vez da concretização plena, realizadora e transformadora da função social do Direito, justamente seu oposto, ou seja, sua “não-função social”. Neste ângulo, “a não-função social do Direito, e, portanto, a sua (não)-inserção no horizonte de sentido proporcionado pelo Estado Democrático de Direito, ocorre porque o Direito (campo jurídico), compreendido a partir das condições de possibilidade de sua existência e, portanto, das possibilidades do intérprete ser-no-mundo e ser-com-os-outros, perde-se em meio a uma infinidade de Daseins inautênticos (alienados da condição histórica)”. Em consequência, “o jurista faz Direito repetindo o Direito por meio dos pré-conceitos não-suspensos, sem pertinência ao mundo histórico, ficando, assim, impossibilitado de penetrar nesse mundo já falado/dito”.<sup>207</sup>

---

<sup>207</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica... Op. cit.*, p. 243-4. Imprescindível, aqui, ainda reproduzir os pressupostos deontológicos que Streck afirma ter a Constituição Federal utilizado para consagrar uma democracia econômica no Estado Democrático de Direito: “a) constitui uma imposição constitucional dirigida aos órgãos de direção política e da administração para que desenvolvam atividades econômicas conformadoras e transformadoras no domínio econômico, social e cultural, de modo a evoluir-se para uma sociedade democrática cada vez mais conforme aos objetivos da democracia social; b) representa uma autorização constitucional para que o legislador e os demais órgãos adotem medidas que visem a alcançar, sob a ótica da justiça constitucional, nas vestes de uma justiça social; c) implica a proibição de retrocesso social, cláusula que está implícita na principiologia do estado social constitucional; d) perfila-se como elemento de interpretação, obrigando o legislador, a administração e os tribunais a considerá-lo como elemento vinculado da interpretação das normas a partir do comando do princípio da democracia

Na mesma conjuntura, é crível afirmar-se que este ente (“função social do Direito”) somente emergirá a partir do desvelamento de seu ser,<sup>208</sup> baseado em (pré) conceitos mais amplos,<sup>209</sup> sofisticados, críticos, históricos e transformadores que os juristas possam fazer da realidade, e com ela do Direito, para a concretização plena, por meio dele (Direito, também o Autoral, em uma visão mais atual que se proporá), da dignidade humana. Imitando Fachin, não se trata de enfraquecê-lo (o Direito Autoral, aqui), mas da demonstração de uma “nova densidade”.<sup>210</sup>

É o que se tentará construir, nos capítulos por vir.

---

econômica, social e cultural; e) impõe-se como fundamento de pretensões jurídicas aos cidadãos, pelo menos nos casos de defesa das condições mínimas de existência” (Id., p. 244).

<sup>208</sup> “Devem exsurgir (da clareira do ser) os conflitos fundiários, a (histórica) má-distribuição de terras, o latifúndio improdutivo, enfim, o sofrimento de quem ficou excluído do acesso à terra”, tudo a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete, já que “não há interpretação jurídica sem relação social; a norma deve ser (sempre) interrogada e trazida para um espaço-temporal, para mostrar as suas potencialidades; somente então será compreendida em ‘seu’ sentido, isto porque o jurista-intérprete não pode pensar na(s) lei(s) e nem captar o seu sentido, a não ser mergulhado no rio de sua história, deslizando até o presente de sua aplicação”, pois se assim não agir o intérprete, a partir desta pré-compreensão, “ele tratará a norma (e os fatos) por um horizonte (teto hermenêutico) de sentido consubstanciado pelo sentido comum teórico, no interior do qual ainda vige a ‘ideologia’ do sujeito proprietário de mercadorias, da propriedade vista sob a ótica legal-normativista, e onde prevalece a velha idéia da liberdade-de-usar-e-fruir a propriedade independentemente de sua função social-comunitária”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica... Op. cit.*, p. 248-9).

<sup>209</sup> Esta afirmativa de Streck, de que o resultado da interpretação parte daquilo que o intérprete previamente compreende (de mundo e de Direito), pode ser cotidianamente comprovada, tanto na esfera doutrinária como na jurisprudencial. Um tema absurdamente ilustrativo disso gira em torno da proteção ou não – como impenhorável – do único imóvel residencial de pessoa solteira, já que a Lei nº 8.009 fala em imóvel residencial “do casal” ou da “entidade familiar”. Logo surgiu, na doutrina civilista tradicional, quem questionasse a possibilidade desta tutela estatal, enquanto não há dúvida que se trata de proteção da dignidade da pessoa humana, tendo para isso a moradia como um de seus elementos essenciais, que, aliás, a Emenda nº 26 positivou, pouco importando o estado civil da pessoa. Neste sentido, SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira... [et al.]. *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 77-98; e ainda CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das Coisas (Breve ensaio sobre o Direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira... [et al.]. *Diálogos sobre... Op. cit.*, p. 155-65. Neste discutir, firmou posição o STF sobre a constitucionalidade ou não de dispositivo da Lei do Bem de Família que permite a penhora do único imóvel residencial de fiador de locação imobiliária, frente aos princípios da isonomia e da moradia como elemento indissociável da dignidade humana (Emenda nº 26, que alterou o artigo 6º da Constituição Federal). O voto do Ministro César Peluso guiou os majoritários. Para o Ministro, a moradia está entre “direitos a prestações, dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos”, chegando a atentar, em seus argumentos, ao “equilíbrio do mercado”. Durante os debates, chegou a ser invocado pelo ministro Gilmar Mendes o princípio da autonomia da autodeterminação das pessoas: “um princípio que integra o próprio direito de personalidade”. Para Mendes, trata-se de um princípio que, por tão elementar, sequer aparece no texto constitucional. O Ministro Celso de Mello tocou na discussão sobre a submissão das relações de caráter privado aos comandos constitucionais. No entanto, apesar de ter votado com a divergência, foi voto vencido, ao lado de Carlos Britto e Eros Grau, sendo vencedora a posição do relator por sete votos a três. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 407688-8. Julgado em: 8 fev. 2006. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 9 fev. 2006.

<sup>210</sup> FACHIN, Luiz Edson. A Reforma no Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no Direito Civil. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. LXXIV, p. 149-50, 1998.

## 2 HISTORICIDADE E FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO DIREITO AUTORAL

### 2.1 DIREITO DO AUTOR E DIREITO AUTORAL

Antes de encetar reflexão dos temas mais profundos da investigação proposta, convém fazer, mesmo que rapidamente, uma diferenciação entre duas expressões que comumente são utilizadas como sinônimos, embora efetivamente não o sejam. Trata-se das expressões “Direito do Autor” e “Direito Autoral”. A primeira, também por muitos designada “Direito de Autor”, abrange o Direito do Autor própria e estritamente visto, o que equivale referir obras resultantes do esforço intelectual humano, onde o fator prevaemente seja a criação, ou seja, a obra inédita. A segunda expressão é mais ampla. Direitos Autorais são os Direitos de Autor ou do Autor e mais aqueles que lhes são conexos, que parte da doutrina autoralista também designa como parentes, vizinhos, limítrofes ou afins ao Direito do Autor<sup>211</sup>, entre eles os direitos dos artistas, intérpretes, executantes, empresas de radiodifusão, atores *etc.*

Na abertura da Lei Autoral brasileira já se vislumbra a opção legislativa pela segunda hipótese ao prenotar seu primeiro artigo que: “Consideram-se direitos autorais os direitos de autor e os que lhes são conexos”.

A expressão “Direito Autoral”, então, tem um preciso significado jurídico, embora no plano fáctico, especialmente entre leigos, como corretamente anota Pimenta, muitas vezes seja utilizada para se referir em alguns momentos ao pagamento da licença ou concessão do direito de uso da obra, e noutros, mesmo equivocadamente, à aquisição de suporte material para uso privado, onde inclusa está a concessão de uso para aquele fim privado.<sup>212</sup>

---

<sup>211</sup> Há ainda quem os denomine de “próximos aos de autor”, como ARAÚJO, Edmir Netto. *Proteção Judicial do Direito de Autor*. São Paulo: LTr, 1999, p. 37, e CHAVES, Antonio. *Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão*. São Paulo: Max Limonad, s/d, p. 227.

<sup>212</sup> PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais: um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 17.

## 2.2 IMPORTÂNCIA DO DIREITO AUTORAL

O Direito Autoral assume importância significativa nos dias atuais, que de resto já se mostrou claramente em todo o século XX, considerado em outro trabalho como o “século da propriedade intelectual”.<sup>213</sup> Tal significação torna-se mais acentuada, na atualidade, em decorrência dos fantásticos aparatos tecnológicos na área de comunicação, especialmente, o que será objeto de investigação no ponto oportuno (a chamada “Sociedade da Informação”). Na visualização jurídica da temática, a ênfase, entre outros, na liberdade de expressão, na qual se ampara firmemente, como um de seus maiores esteios, o Estado Democrático de Direito.

No campo do Direito do Autor, a abrangência de seu objeto é enorme, da produção literária, de importância inquestionável ao mais incauto, às artes em geral, tão necessárias para a humanidade. Fotografia, escultura, litografia, cartografia, músicas com ou sem letra, projetos de engenharia e arquitetura são apenas alguns exemplos. Dessa perspectiva, resulta ser uma área que desperta tanto interesse.<sup>214</sup>

Tamanha amplitude de atuação nos campos social e artístico, para ficar somente em dois, dá ao Direito Autoral uma atração toda especial. Há quem já tenha sustentado que seria “a mais sagrada de todas as propriedades”.<sup>215</sup> Na interpretação de Hammes:<sup>216</sup>

O que engrandece o homem é a participação na obra da criação. Esta participação se dá de maneira exímia na atividade de seu espírito. Por ela o homem se assemelha a Deus e se distingue do animal que trabalha com sua força bruta. Se a força física consegue transformar a natureza e conquistar riquezas, o produto da inteligência mostra o homem como rei da criação, livre, fecundo e soberano.

<sup>213</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Algumas reflexões sobre a importância da propriedade intelectual no século XX. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 78, p. 113-25, jan./abr. 1997.

<sup>214</sup> Neste sentido, o entendimento de D. Manoel Gonçalves Cerejeira, citado por Antonio Chaves (*Direito de Autor: Princípios fundamentais*. São Paulo: Forense, 1987, p. 4): “Considero o direito de autor um dos direitos sagrados, se posso exprimir-me assim. Cumpro zelá-lo e defendê-lo. Nada mais belo que a criação intelectual. Se fosse possível, devia ser pago em mirra, incenso ou ouro”.

<sup>215</sup> Chapelier, citado por Carlos Alberto Villalba e Delia Lipzyc (*El Derecho de Autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 3): “Es célebre la frase ‘La más sagrada, la más personal de todas las propiedades’ com que Le Chapelier calificó al derecho de autor en el informe al que siguió el decreto 13-19 de enero de 1791 que consagró a favor de los autores el derecho de representación pública sobre sus obras y que fue reiterada por Lakanal en el informe que precedió al decreto 19-24 de julio de 1793 que reconoció a los creadores el derecho de reproducción de sus obras”.

<sup>216</sup> HAMMES, Bruno Jorge. O Direito do Autor: algumas notas históricas. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, ano XIII, v. X, n. 27, p. 69, 1980.

A atividade do autor é, ao lado da atividade inventiva, o indicador de humanidade, de civilização e de progresso. O reconhecimento jurídico desta atividade mostra até que ponto um povo tomou consciência de sua grandeza. O Direito do Autor é a forma concreta deste reconhecimento.

A respeito da importância econômica do Direito do Autor, Ascensão<sup>217</sup>, em ponto intitulado *A relevância económica*, sustenta:

I - A associação cada vez mais estreita do Direito de Autor a sectores muito poderosos de actividade económica marca também profundamente a nossa época. O direito de autor nasce amparado na imagem do escritor cuja criatividade se recompensa, embora já nos primeiros tempos seja evidente a marca da actividade editorial. Hoje, porém, podemos dizer que um sistema de direito de autor eficiente ‘é um pré-requisito para a criação e a sobrevivência de certos sectores da indústria actual, entre os quais a indústria editorial’. Esses sectores não param de crescer. A extensão ao domínio da informática é bastante elucidativa.

A contribuição deste sistema para o produto nacional bruto é crescente. Na Suécia, calculou-se que atingia em 1978 6,6%, estendendo-se à contribuição, pela produção por vários sectores da comunidade, de obras e outras contribuições a que o direito de autor se aplica.

Isto implica que os objectivos empresariais do Direito de Autor sejam cada vez mais nítidos, e o significado efectivo do criador intelectual cada vez mais modesto.

Olsson igualmente dá ênfase ao que chama “indústrias de Direito de Autor”, destacando o elevado percentual que atingem na economia de determinados países. Nos Estados Unidos do início da década de 90, ela crescia mais que outros ramos de atividade, chegando a um percentual de 5,8% do Produto Interno Bruto – PIB, daquele país, o que “refleja sin lugar a duda el desarrollo hacia una ‘sociedad postindustrial’”.<sup>218</sup>

<sup>217</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 15-6.

<sup>218</sup> OLSSON, Henry. La importancia económica y cultural del derecho de autor. *In: Num novo mundo de Direito de Autor? Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, 2. Anais*. Tomo I. Lisboa: OMPI/Cosmos, 1994, p. 61. O autor cita, na mesma página, dados corroboradores da força econômica desta área: “Esas industrias emplearon una fuerza laboral de unos 5,5 millones de personas; también se crearon nuevos empleos en dichas industrias con índice de crecimiento anual superior al del resto de la economía. Finalmente, se calculó que el valor de las ventas al extranjero de las industrias del núcleo de derecho de autor representaba por lo menos 34 mil millones de dólares estadounidenses. En el estudio se indicó que el total de las industrias de derecho de autor representa para el total del PIB de los Estados Unidos más que la industria de la construcción o las industrias de la agricultura y la minería combinadas. Igualmente, dicho estudio indica que las industrias del núcleo de derecho de autor dentro de los Estados Unidos representan una mayor contribución a la economía y al empleo que cualquier otra industria manufacturera individual”.

Ainda, Hammes, na análise econômica, enfatiza os resultados financeiros das empresas atuantes na indústria cultural.<sup>219</sup>

## 2.3 OBJETO E CONTEÚDO DO DIREITO AUTORAL

### 2.3.1 Objeto do Direito Autoral

Crismado o Título II como “Das Obras Intelectuais” e o Capítulo I da Lei Autoral como “Das Obras Protegidas”, logo em seu artigo de frente prevê uma série de obras que são tuteladas legalmente, vale dizer em linguagem autoralista que são “objeto” do Direito Autoral.

As obras do intelecto humano merecedoras da tutela autoral são aquelas com conotação estética e/ou artística,<sup>220</sup> contrariamente a outros ramos, como o Direito do Inventor, onde igualmente há proteção de obras intelectuais, mas desta feita da órbita técnica/industrial, ou do Direito Marcário, onde o resultado, ao menos nas marcas figurativas, geralmente é estético, mas há que se distinguir claramente o que está sendo protegido, no caso a marca (resultado) e não sua esteticidade, que é claro pode ser (e é!) tutelada pelo Direito Autoral.

O *caput* do artigo 7º prevê que são obras intelectuais protegidas as “criações do espírito”, daí inferindo-se as criações do intelecto, já que a expressão tem exatamente este significado, no caso. Elas podem ser expressas por qualquer meio, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. Assim é regulado porque não seria crível uma enumeração exaustiva das formas de utilização, e a revolução tecnológica verificada na

<sup>219</sup> “Que todas as obras literárias e artísticas possam produzir vultosos lucros econômicos, estão a demonstrá-lo as gigantescas empresas, em todo o mundo, que delas vivem legitimamente (empresas produtoras de discos, empresa de rádio e de televisão, ...). Demonstram-no, ainda, as inúmeras empresas e indivíduos que praticam a pirataria destas obras”. (HAMMES, Bruno Jorge. Os cem anos da Convenção de Berna. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 46, p. 35, maio/ago. 1986).

<sup>220</sup> PARILLI, Ricardo Antequera (La obra como objecto del derecho de autor. *In*: SEMINÁRIO Internacional sobre Direitos Autorais. *Anais*. São Leopoldo: Ministério da Cultura/OMPI/Unisinos, 1994, p. 42) enumera algumas premissas essenciais para que a ‘obra’ seja considerada objeto do Direito de Autor: “1. Que el objeto de la tutela debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario, artístico o científico; 2. Que esa protección es reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión, mérito o destino; 3. Que ese producto del ingenio humano, por su forma de expresión, exige características de originalidad”. Neste particular, Santos lança importantes anotações, uma vez que a idéia de esteticidade como componente fundamental do Direito Autoral já seria discutível no quadro tradicional da matéria, com obras como os projetos de geografia, engenharia e topografia, quem dirá na atualidade, com as chamadas criações informáticas, como bases de dados, programas de computador e websites. (SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Observações feitas na banca de argüição de doutoramento, realizada na Unisinos, em 9 de agosto de 2006).

atual Sociedade da Informação está aí para comprovar. Como consequência, toda e qualquer forma de utilização, mesmo as não conhecidas e que venham a lume, são permitidas, desde que a obra tenha esta característica primordialmente estética e/ou artística e seja original.<sup>221</sup>

Além da originalidade, outros componentes são fundamentais para que a obra intelectual seja considerada protegida pelo Direito Autoral, como a esteticidade, o aporte trazido pelo autor (deve resultar de uma atividade intelectual própria), a forma (não são tuteladas idéias, mas sim as obras, sem se perquirir da qualidade ou seu valor estético), e a inserção em suporte, como bem faz ver Carboni.<sup>222</sup>

Constata-se, sempre a partir do *caput* do artigo 7º da Lei Autoral, que a enumeração em 13 incisos que seguem não é taxativa, mas meramente exemplificativa. Esta constatação parte do enunciado “expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível<sup>223</sup>, conhecido ou que se invente no futuro”, antes citado, mas especialmente na última expressão do *caput* do artigo em comento, qual seja, “tais como”. Assim redigido, o dispositivo nitidamente dá a entender que esta enumeração é meramente exemplificativa.

Segue-se, em cada inciso deste dispositivo, uma série de obras que são objeto do Direito do Autor, como obras literárias, conferências, alocações, coreografias, fotografias, de pintura, desenho, arquitetura, engenharia e paisagismo *etc.*

---

<sup>221</sup> O critério de originalidade é preponderante em sede de Direito Autoral, embora possa ter mais de uma acepção, como realça Concepción Saiz García (*Objeto y sujeto del Derecho de Autor*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p. 126-7): “La originalidad de una obra, en su acepción subjetiva, debe ser la consecuencia lógica del carácter creativo que reviste la actividade desarrollada para la elaboración de la obra. Solo desde esta perspectiva puede ser interpretada la exigência del reflejo de la personalidad del autor. Basta que una persona desempeñe una actividad de carácter creativo, es decir, interfiera con su imaginación en el procedimiento lógico de la elaboración de una obra, para que pueda afirmarse que ésta última posee su impronta personal”. No outro aspecto: “y desde la perspectiva de la obra, es decir, la originalidad en sentido objetivo, debe entenderse como el resultado que produce la intervención creativa del autor en la obra, es decir, en la peculiaridad que tal actividad plasmará en la misma, distinguiéndola de aquéllas otras que son producto de la mera aplicación mecánica de un método, una técnica, etc., esto es, las creaciones banales”.

<sup>222</sup> CARBONI, Guilherme C. *O Direito de Autor na Multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 52-5.

<sup>223</sup> Pontual a observação de Santos de que talvez seja melhor utilizar-se a expressão “exteriorização” em vez de “fixação em suporte”, inclusive exemplificando com obras específicas, como conferências, alocações, sermões, aulas proferidas em instituições de ensino e outras da mesma natureza. Neste pensar, até algumas utilizações que decorrem da tecnologia digital seriam tangíveis, mesmo que em alguns momentos fixadas em meio intangível, como ocorre também com a transmissão de radiodifusão sem fio, inclusive por satélites. (SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Observações feitas na banca de arguição de doutoramento, realizada na Unisinos em 9 de agosto de 2006).



Os programas de computador, tendo nosso país adotado sua interpretação como Direito Autoral, após vencida longa discussão sobre sua natureza jurídica e a melhor forma de regulamentá-los legislativamente, se como Direito do Autor, Direito do Inventor (Propriedade Industrial) ou em legislação *sui generis*,<sup>224</sup> estão previstos no inciso XII do artigo 7º da Lei nº 9.610, com o alerta de seu parágrafo 1º no sentido de que “os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis”, o que equivale a afirmar que terão legislação própria, em dispositivos que fixem pontos especiais atinentes a este tipo de obra (a duração da tutela, por exemplo), enquanto no demais serão aplicadas as regras da legislação autoral “ordinária”, ou seja, a Lei Autoral.<sup>225</sup> Curiosamente e na pior técnica legislativa, houve inversão no número de ambas as leis, da mesma data, sendo a lei que regula os programas de computador entre nós sancionada como de nº 9.609, ou seja, a imediatamente anterior à Lei Autoral.

Relevante ainda a ressalva do parágrafo 3º deste artigo prevendo que, “no domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial”. Ou seja, claramente o que se protege em sede de Direito Autoral é a forma da obra científica, e não o conteúdo ali expresso. Se alguém escreve um livro descrevendo uma inovadora técnica de engenharia, por exemplo, esta técnica poderia ser tutelada em outro domínio dos direitos intelectuais, sendo obviamente facultada a quem adquirir a obra a utilização das idéias nela desenvolvidas.

De seguida, regula-se a previsão das formas de expressão de obra que não são objeto do Direito Autoral em sete incisos do artigo 8º da Lei Autoral, sobressaindo-se as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos

---

<sup>224</sup> Até a pacificação do atual entendimento foi longa a discussão, inclusive entre nós, sobre qual das três possibilidades adotar, como pode ser visto, entre tantos outros de mesma valia, em MANSO, Eduardo Vieira. A formulação de um novo Direito Intelectual ‘*sui generis*’. *A informática e os direitos intelectuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 218-54. Registre-se, neste particular, o que tem direta ligação com o tema desta pesquisa – de um maior acesso da população às obras autorais em geral – que na Comunidade Européia recentemente se tentou fazer prevalecer a necessidade de patenteamento dos programas de computador, o que traria conseqüências muito graves.

<sup>225</sup> Embora haja vozes discordantes, como a de Denis Borges Barbosa (*Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos, Software*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 130), obtemperando que “inegavelmente estamos, na Lei em vigor, na presença de um *tertus genus*, à maneira de certos Direitos Conexos, cuja regulação acompanha talvez, na esfera internacional, o da Convenção de Berna – vale dizer, o da matriz internacional dos Direitos Autorais – no que com ela não contraste”. No mesmo sentido POLI, Leonardo Macedo. *Direitos de Autor e Software*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 48-50.

como tais; os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; os nomes e títulos isolados; e o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.<sup>226</sup>

Por fim, previsão específica de que à cópia de obra de arte plástica feita pelo próprio autor é assegurada a mesma proteção de que goza o original, e de que a proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor.

Sendo nossa legislação de Direito Autoral e não somente de Direito de Autor, como se disse antes no item 2.1, deve-se acrescentar a estas obras aquelas que fazem parte dos Direitos Conexos, com previsão em capítulo próprio.

### 2.3.2 Conteúdo do Direito Autoral

O Direito Autoral tem conteúdo de natureza diversa: moral e patrimonial. Seria mais exata a expressão “prerrogativas”. Trata-se, desta forma, de possibilidades jurídicas que tem o criador da obra intelectual, decorrentes de sua titularidade sobre ela. Elas se mostram claramente sob dois aspectos: primeiramente, na ligação pessoal que mantém o autor com sua obra, pelo chamado direito moral do autor, e num segundo plano no privilégio de utilização, o qual se denomina direito patrimonial do autor. Neste, o Direito Autoral tem sua faceta de propriedade mais claramente exposta, seguindo-se o princípio geral de que a utilização do bem – intelectual, no caso – sempre depende de autorização de seu titular. Naquele, embora a inexatidão da expressão “direitos morais” para muitos, como se verá a seguir, a conotação é extrapatrimonial,<sup>227</sup> tutelando-se a ligação pessoal do autor com sua criação.

<sup>226</sup> Pontual a observação de Santos de que não se trata, nestes casos do artigo 8º da Lei Autoral, de obras que não são objeto do Direito Autoral, mas sim da dicotomia forma-conteúdo ou idéia-expressão, que vem sendo contestada como regra absoluta. Conseqüentemente, no raciocínio do autoralista paulista, o artigo 7º trata do elemento “forma ou expressão”, enquanto o artigo 8º tem a ver com conteúdo ou idéia dessa dicotomia. (SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Observações feitas na banca de argüição de doutoramento, realizada na Unisinos em 9 de agosto de 2006).

<sup>227</sup> O autor desta tese entende ser esta a expressão mais apropriada, inclusive na responsabilidade civil “comum”, diante da visível impropriedade da expressão “dano moral”.

Serão analisadas rapidamente estas prerrogativas a seguir.

### 2.3.2.1 Direito extrapatrimonial

O denominado “direito moral do autor” surgiu em um segundo momento da história do Direito de Autor, já que no início se mostrava quase exclusivamente em seu aspecto patrimonial.<sup>228</sup> A primeira notícia que se tem da utilização da expressão ‘direito moral’ se deu por Morillot,<sup>229</sup> sendo posteriormente integrada à legislação francesa, e a partir de então pela Convenção de Berna e, paulatinamente, pelos demais países unionistas.

Para Hammes, “o direito moral é o que protege o autor nas suas relações pessoais e ideais (de espírito) com a obra”, alertando que não se pode confundi-lo com o direito de personalidade em geral.<sup>230</sup>

Lipszyc entende que:

El derecho moral protege la personalidad del autor en relación con su obra. Está integrado, en sustancia, por el derecho del autor a decidir la divulgación de la obra - darla a conocer o mantenerla reservada en la esfera de su intimidad - a exigir que se respete su condición de creador y la integridad de su creación y a retractarse o arrepentirse por cambio de convicciones y retirarla de circulación.<sup>231</sup>

Hammes ampara-se na opinião de Ströhmolm,<sup>232</sup> para quem é “o princípio segundo o qual os autores podem, a todo o tempo, requerer a proteção do direito em favor de seus legítimos interesses de ordem não-patrimonial”.

Assim, chega-se à conclusão de que direito moral do autor vem a ser aquele vínculo pessoal, direto, íntimo do autor com sua criação intelectual, manifestada na forma legalmente prevista. Não se confunde com direito de personalidade em geral, como realça com propriedade Hammes. Ou seja, o criador expõe sua personalidade enquanto e na condição

<sup>228</sup> LIPSZYC, Delia. Derechos Morales. In: SEMINÁRIO Internacional sobre Direitos Autorais. *Anais*. São Leopoldo, Unisinos, 1994, p. 73.

<sup>229</sup> MORILOTT, André (De la personnalité du droit de publication que appartient à un auteur vivant. *Revue critique de la législation et de jurisprudence*, 1872-1873, p. 29-50, e De la protection accordée aux oeuvres d’art, aux photographies, aux dessins et mo déles industriels et aux brevets d’invention dans l’Empire d’Allemagne (Paris-Berlim, 1878) *apud* LIPSZYC, Delia. Derechos Morales... *Op. cit.*, p. 74.

<sup>230</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 70.

<sup>231</sup> LIPSZYC, Delia. *Derecho de Autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO/CERLALC /ZAVALLIA, 2001, p. 154-5.

<sup>232</sup> STRÖHMOLM, Stig *apud* HAMMES, Bruno Jorge. O direito moral do autor. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 18, p. 152, 1977.

de autor. Observe-se que a personalidade se extingue com a morte, e contrariamente alguns dos direitos morais do autor superam-na, como aquele relativo ao reconhecimento da paternidade da obra, apenas para exemplificar. A origem dos Direitos Morais do autor remonta à doutrina francesa e visa tão-somente designar o que não é patrimonial.<sup>233</sup>

Os autoristas não têm sido uníssonos em aprovar a denominação *direito moral* de autor ou do autor. Para alguns, trata-se de terminologia desaconselhável, entendendo criticável emprestar-se proteção jurídica a simples preceitos da ética.<sup>234</sup> Idêntica observação faz Ascensão criticando a expressão na língua portuguesa que, em seu entender, foi incorretamente traduzida do francês, sendo de se estranhar que um direito tenha “direitos”. Para o doutrinador português, a expressão “pessoal” soaria melhor, contrapondo-se a patrimonial.<sup>235</sup>

Pontes de Miranda, adepto da teoria pluralista, sustentava três direitos autorais: direito autoral de personalidade, direito autoral de nomeação e direito autoral de exploração. Para ele, o conteúdo do direito autoral de personalidade é este:

(a) No afirmar-se da própria pessoa, de modo que o titular é como o próprio objeto do direito. A esse conteúdo pertence a inabluibilidade do enunciado que diga ter sido feita a obra pelo que se aponta como titular do direito (direito ao reconhecimento da autoria, que alguns confundem com o de nomeação, e. g., VOIGTLÄNDER-ELTER-KLEINE, Die Gesetze, betreffend das Urheberrecht, 75). (b) Na incolumidade da esfera própria do titular (livre decisão quanto a dar publicidade, ou a não dar). (c) Na inatingibilidade da obra pelas alterações ou correções não consentidas. (d) Na contrariedade a direito de toda contrafação ou dano à obra. Os elementos (c) e (d) são fronteiros ao direito de ligar o nome à obra, de modo que se poderia discutir se são elementos do conteúdo do direito autoral de personalidade. Mas, rigorosamente, (e) o direito de ligar o nome à obra é da mesma plana que o direito à inalterabilidade, e entram na franja dispositiva do direito autoral de personalidade, franja com que se começa a categoria da propriedade intelectual.<sup>236</sup>

Direito autoral de nomeação, por sua vez, “é a aposição de nome, sem que passe ele a ser o nome da coisa; apenas se diz, com ele, que autor é quem da obra consta como tal”,<sup>237</sup> e direito autoral de exploração é o direito que tem o autor de explorar o que criou.

<sup>233</sup> MANSO, Eduardo Vieira. Violações aos direitos morais. In: NAZO, Georgette Nacarato (Coord.). *A tutela jurídica do Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1.

<sup>234</sup> Segundo AZEVEDO, Philadelpho de. *Direito moral do escriptor*. Rio de Janeiro: Alba, 1930, p. 34.

<sup>235</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de Autor... Op. cit.*, p. 166.

<sup>236</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, t. XVI, p. 37.

<sup>237</sup> Idem, p. 49.

Conclui-se, desta forma, que os direitos extrapatrimoniais são aqueles direitos de ordem pessoal, relativos ao vínculo direto e intransferível que o autor mantém com sua obra.

Acentua-se que, além da Convenção de Berna que regula internacionalmente a matéria desde 1886, e na legislação específica que regula a matéria (entre nós, Lei nº 9.610), os direitos morais do autor são considerados direitos humanos fundamentais ao serem inseridos na Declaração dos Direitos do Homem adotada pelas Nações Unidas há quase meio século. Eis o texto do artigo 27:

1. Todo o indivíduo tem o direito de tomar livremente parte na vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que dele resultam.
2. Todo o indivíduo tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que é autor.<sup>238</sup>

Pimenta noticia que idêntico dispositivo foi aprovado pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.<sup>239</sup>

Os Direitos Extrapatrimoniais, então, são prerrogativas do Direito de Autor, que Caselli chamou de *jus in re intellectual*, opostas e totalmente distintas daquelas patrimoniais.<sup>240</sup> São inalienáveis e irrenunciáveis, por força do artigo 27 da Lei nº 9.610. O titular pode alienar seus direitos patrimoniais, que rapidamente serão analisados no ponto seguinte.

No Direito brasileiro, os principais deles estão previstos no artigo 24 da Lei de Direito Autoral, quais sejam: direito à autoria, direito ao reconhecimento de autoria, direito de publicação ou ao exclusivo, direito de modificação da obra, direito de retirar a obra de circulação, direito à integridade da obra, e direito de ter acesso a exemplar raro ou único de obra para efeitos de manutenção de sua memória.

---

<sup>238</sup> UNESCO. *ABC do Direito de Autor*. Lisboa: Presença, 1991, p. 29.

<sup>239</sup> PIMENTA, Eduardo S. *Dos crimes contra a propriedade intelectual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 43.

<sup>240</sup> CASELLI, Piola *apud* CHAVES, Antonio. *Criador da obra intelectual: natureza, importância e evolução*. São Paulo: LTr, 1995, p. 17.

### 2.3.2.2 Direito patrimonial do autor

Os direitos patrimoniais, ao contrário dos direitos expatrimoniais e como a própria nomenclatura indica, referem-se à utilização da obra, que necessariamente não precisa ser econômica. O princípio básico, enfatiza Hammes, parte da idéia de propriedade e da utilização decorrente da vontade do criador. Para ele, “a sua vontade determina o que acontece com a obra, quem e como a utilizará”, pois “qualquer utilização depende de sua autorização”.<sup>241</sup>

Mouchet e Radaelli já destacavam, em 1948, que “el derecho pecuniario o derecho de utilización es la faz del derecho intelectual que tutela la explotación económica de la obra, de la cual se benefician no sólo el autor sino también sus herederos y derechohabientes”. E aprofundavam, na justificativa de sua previsão legal:

Este derecho se funda en la justicia de asegurar para el autor y sus sucesores los beneficios producidos por el trabajo intelectual. Pero este derecho no es ilimitado en el tiempo, ya que casi todas las legislaciones le han fijado términos de duración (la vida del autor y cierta cantidad de años después de su muerte), respondiendo a justas razones de interés público.<sup>242</sup>

Lipszyc destaca ainda que as prerrogativas de utilização não são esgotadas nas previsões legais:

Los derechos patrimoniales posibilitan que el autor efectúe na explotación de su obra o, como es lo habitual, que autorice a otros a realizarla, que participe en ella y que obtenga un beneficio económico.

Los derechos patrimoniales son independientes entre si; no están sujetos a numerus clausus; el autor puede fraccionar el ámbito de validez espacial y temporal de la autorización de uso de su obra, la cual implica el derecho del autor a obtener una remuneración. Los derechos patrimoniales no conocen más limitaciones que las establecidas en la ley.<sup>243</sup>

O artigo 28 do atual Estatuto Autoral brasileiro é claro: “Cabe ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. Embora a dúvida se o Direito Autoral é realmente direito de propriedade, tema ao qual se retornará em um ponto na seqüência no qual se aborda sua natureza jurídica, destaca-se que são prerrogativas

<sup>241</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *Op. cit.* (2002), p. 81.

<sup>242</sup> MOUCHET, Carlos; RADAELLI, Sigfrido A. *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artisticas*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1948, t. II, p. 71-2.

<sup>243</sup> LIPSZYC, Delia. *Derechos morales...* *Op. cit.*, p. 85.

normais de propriedade, conhecidas nos Direitos Reais desde os romanos como *jus utendi*, *jus fruendi*, *jus abutendi* ou *jus disponendi e rei vindicatio*. Vale dizer, em vernáculo pátrio, a faculdade de usar, gozar, dispor, fruir e reivindicar o bem, a coisa, o patrimônio do qual é titular de domínio.<sup>244</sup>

Importante, então, nesta linha de raciocínio, fazer esta rápida contextualização dos direitos patrimoniais para, posteriormente, ingressar nas limitações ao Direito do Autor (item 2.6, neste capítulo), não sem antes fazer menção que o artigo 29 da Lei nº 9.610 regula algumas formas de utilização da obra que exigem autorização prévia do titular, sendo meramente exemplificativa, como se depreende facilmente da leitura de seu *caput* e de seu inciso X (quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas).

## 2.4 GÊNESE E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AUTORAL

### 2.4.1 Gênese do Direito Autoral

No atinente à tutela jurídica, o Direito Autoral tem proteção independentemente de formalidades, vale dizer, o registro é facultativo. Outra não é a interpretação exata que deve ser dada à previsão do artigo 18 da Lei Autoral brasileira: “A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”. No entanto, esta realidade nem sempre foi assim, a ponto de, no início do século passado, terem sido travadas acirradas discussões entre os defensores e os críticos da formalidade até pacificar-se a interpretação quando da edição da Lei Autoral de 1973, que inclui a expressão “pode o autor” registrar sua obra, “para sua segurança”.<sup>245</sup> Esta previsão centra-se basicamente em dois aspectos. Primeiramente, na total aversão que a grande maioria dos criadores intelectuais, em sede de Direito Autoral, geralmente ligado às artes e sua informalidade, têm pela burocracia. Num segundo plano, uma questão fáctica é relevante. Se o sistema jurídico exigisse um registro para cada obra

<sup>244</sup> Necessário aqui destacar que, em que pese a maioria dos autores consultados se perfilarem à ideia do Direito Autoral como Direito de Propriedade (daí a expressão Direito “da Propriedade” Intelectual, que será criticada em momento oportuno), há várias interpretações divergentes, neste aspecto. Pelo alcance e solidez de sua obra e pelo que representa no mundo dos Direitos Intelectuais, certamente a mais discutida e conhecida de todos é a de José de Oliveira Ascensão (*Direito de Autor e...* *Op. cit.*, p. 686), que inova substancialmente ao classificar o Direito de Autor na categoria que denomina “direitos de exclusivo”, tema ao qual logo se voltará.

<sup>245</sup> Sobre este tema, tese de doutoramento de HAMMES, Bruno Jorge. *Elementos Básicos do Direito de Autor brasileiro*. São Leopoldo: Unisinos, 1976.

criada em nosso país, sendo várias as possibilidades de criação, como se viu no ponto 2.3, anterior, se teria institutos que seriam verdadeiros “gigantes” do registro autoral, o que indubitavelmente exigiria estruturas adequadas a esta necessidade.<sup>246</sup>

Mesmo assim, a vigente legislação autoral manteve a possibilidade de registro, porém facultativo, curiosamente remetendo ao artigo da legislação anterior, que previa os órgãos onde este poderia ser efetivado, facultando ao autor em seu artigo 19 registrar sua obra no órgão público definido no *caput* e no parágrafo 1º do artigo 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, para lá remetendo, já que aqueles órgãos simplesmente não foram alvitados no texto da nova legislação.<sup>247</sup> Na atual previsão, o registro não é mais gratuito, como se constatava anteriormente. De igual modo, outras formas de registro são perfeitamente plausíveis, mormente por meio do Ofício de Títulos e Documentos.

Concretamente, a constatação fácil de que a tutela do Direito Autoral independe de qualquer formalidade, podendo a autoria ser provada por qualquer meio de prova admitido em Direito. Se feito o registro, no entanto, cumpre ainda não perder de vista, como faz bem Leite, que, devido a sua inexigibilidade no Direito brasileiro, sua natureza jurídica é de ato meramente declaratório, não sendo, portanto, ato constitutivo.<sup>248</sup>

Cabe, anotar, ademais, que esta realidade é distinta em outras áreas dos Direitos Intelectuais, pois no Direito do Inventor e no Direito Marcário as formalidades (depósito e registro) são essenciais à constituição de direitos dos interessados.

#### 2.4.2 Natureza jurídica do Direito Autoral

Controvérsias sempre existiram sobre a natureza jurídica do Direito Autoral, chegando alguns a sustentar que seriam “Direito de Clientela”, outros “Direito Pessoal de Crédito” e até “Direito Privativo de Aproveitamento”.<sup>249</sup>

<sup>246</sup> Possivelmente está relacionado à necessidade do registro, por meio do “depósito legal”, o acervo de obras literárias da Biblioteca Nacional, no Rio de Janeiro, considerado um dos maiores do país, estimado em 8,5 milhões de exemplares.

<sup>247</sup> “Art. 17. Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. § 1º Se a obra for de natureza que comporte registro em mais de um desses órgãos, deverá ser registrada naquele com que tiver maior afinidade”.

<sup>248</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de Autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 91.

<sup>249</sup> Conforme CHAVES, Antonio. *Criador da... Op. cit.*, p. 25-6.



Pela riqueza e abrangência das concepções clássicas que têm orientado o debate, justifica-se transcrição de Pereira:

A doutrina da propriedade intelectual de Pouillet (*Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, 1879); a teoria personalista ou do direito de personalidade de Gierke (*Deutsches Privatrecht*, I, 1895); a tese do *Doppelrecht* (real e pessoal) de Kohler (*Urheberrecht na Schriftwerken*, 1907); a teoria dos direitos intelectuais ou direitos de exclusivo de Edmond Picard (*Le Droit pur*, 1899), a teoria do monopólio de Ernest Roguin (*La règle de droit*, 1899) e a concepção dos direitos de clientela, também chamados intelectuais, de Roubier (Rdc 1935, p. 285), desenvolvidos por Desbois (*Le droit d'auteur*, 1950); a teoria dos direitos sobre bens imateriais de Greco (*I diritti sui beni immateriali*, 1948); as teses dualistas de Piola Caselli (*Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione*, 2., 1927), Plaisant (*Propriété littéraire et artistique*, 1954), De Sanctis (*La nature juridique du droit d'auteur*, 1962) e Le Tarnec (*Manuel de la propriété littéraire et artistique*, 2ed. 1966) e o conceito dos “direitos paralelos” de Savatier (*Métamorphoses*, 1959); o monismo germânico de De Boor e de Ulmer (*Urheber- und Verlagsrecht*, 1951), com a abertura à “propriedade espiritual” (*geistiges Eigentum*) de Heinrich Hubmann (*Das Recht des schöpferischen Geistes*, 1954).<sup>250</sup>

Hammes parte da discussão inicial se seriam direitos de propriedade ou direitos de personalidade, reconhecendo que, em decorrência de seus atributos morais e patrimoniais, se tem pensado em natureza dupla de um mesmo Direito de Autor.<sup>251</sup> Esta natureza dupla é enfocada por Abrão ao analisar as duas grandes correntes que eram opositoras nos primórdios do Direito Autoral, a dos monistas e a dos dualistas. A primeira apegava-se a um caráter único: ou se tratava de um direito exclusivamente de propriedade, mesmo que intelectual, ou de um direito de personalidade, emanação exclusiva do espírito, decorrendo dele todos os demais direitos deles gerados. Encontrou solo fértil a teoria monista de propriedade entre os juristas ingleses e alemães, e a monista de personalidade entre os franceses. A Teoria Dualista, ao revés, ampara-se na dupla natureza deste Direito, mormente a partir de suas prerrogativas morais e patrimoniais inter-relacionadas entre si, encontrando guarida entre os franceses, italianos, e outros de origem latina.<sup>252</sup>

<sup>250</sup> PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 115.

<sup>251</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito da... Op. cit.*, p. 48.

<sup>252</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 34.

Uma terceira teoria inserindo o Direito Autoral no âmbito dos Direitos Reais estaria superada,<sup>253</sup> como bem realça Silva Filho, pois foi vislumbrada no estágio inicial da disciplina, na época das codificações.<sup>254</sup> Para Hammes, seria pacífica a aceitação em nível internacional de um Direito *sui generis* que se denomina Direito da Propriedade Intelectual, constituído por um conjunto de disciplinas que têm em comum a sua origem na atividade intelectual.<sup>255</sup> No mesmo horizonte aponta Pérez, concluindo tratar-se de “propriedade especial”.<sup>256</sup>

Entre as teorias alternativas às várias que foram clássica e historicamente construídas, a de Ascensão, que o concebe como direito de exclusivo ou de monopólio. Para ele, “o direito de autor pode assim ser nuclearmente caracterizado como um exclusivo temporário de exploração econômica da obra”.<sup>257</sup>

Canotilho, em rápida porém significativa incursão pelo Direito Constitucional de Autor, mesmo enfocando o tema a partir da realidade portuguesa, mas plenamente aplicável ao nosso Direito, entende que a proteção constitucional dos Direitos Autorais tem um duplo significado: “(a) o produto de criação cultural (obra de arte, investigação, invenção científica) é considerado como propriedade espiritual do autor; (b) a liberdade de criação cultural protege, nas vestes de direito de comunicação fundamental, todas as formas de mediação comunicativa (livros, figuras, discos, etc.)”.<sup>258</sup> Fixa a existência não de um exclusivo, mas de vários exclusivos (de publicação, de reprodução, de distribuição, de aluguel, de comunicação), e que os planos de liberdade autoral estão vinculados a dois momentos básicos, no começo a liberdade de criação intelectual e num segundo plano a liberdade de utilização das obras literárias, artísticas e científicas. Finalmente, concebe um

<sup>253</sup> Embora haja quem conclua seja “Direito Real *Sui Generis*”, como VITORINO, António de Macedo. Esboço de uma concepção sobre a natureza jurídica do Direito de Autor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XXXIII, n. 1, p. 456-518, 1992.

<sup>254</sup> SILVA FILHO, Artur Marques da. Noção e importância das limitações aos direitos do autor. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais: Homenagem ao Prof. Carlos Alberto Bittar*. São Paulo: Forense Universitária, 2002, p. 28. Curiosamente, ao concluir de forma parcialmente idêntica a Hammes, de que seriam atualmente direitos *sui generis*, Eliane Yachouh Abrão (*Direitos de... Op. cit.*, p. 35) estranhamente diz que “se inserem na categoria dos direitos civis”.

<sup>255</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito da... Op. cit.*, p. 49.

<sup>256</sup> PÉREZ, Raquel de Román. Naturaleza jurídica del Derecho de Autor. In: REBOLLO, César Iglesias (Coord.). *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*. Madrid: Reus, 2005, p. 46-8.

<sup>257</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de Autor e... Op. cit.*, p. 686.

<sup>258</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Liberdade e Exclusivo na Constituição. In: *Direito Industrial*. Coimbra: Almedina/Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 2005, v. IV, p. 58.

tronco jurídico básico, que denomina “direito de troncalidade autoral”, do qual derivam várias irradiações no Direito Autoral: Direito de Autor como direito unitário, direito de personalidade, direito humano, direito de propriedade, direito privado, direito de liberdade, e direito exclusivo.<sup>259</sup>

Este direito de troncalidade estaria centrado não somente na obra do autor, mas subjetivamente radicado na pessoa do autor. Neste particular, o Direito de Autor compreende-se não somente como um direito, liberdade e garantia, mas como um direito de personalidade, “que faz apelo à dignidade de pessoa humana e ao desenvolvimento de personalidade”.<sup>260</sup> Para o professor de Coimbra, no que concerne à natureza desse Direito, trata-se de um direito fundamental, ou de um “direito constitucional fundamental” pois, mesmo reconhecendo que os Direitos de Propriedade Intelectual são direitos privados, isso “não significa que deixem de ser direitos fundamentais, no plano do direito constitucional positivo, e direitos humanos, no plano jusinternacional”.<sup>261</sup>

Embora toda polêmica sempre seja válida, e as várias construções teóricas colocadas tenham, indiscutivelmente, suas razões e méritos, parece adequada a teoria de direitos de exclusivo ou de monopólio de Ascensão. Neste particular, veja-se que a própria Constituição Federal, ao regular o Direito Autoral, o fez no inciso XXVII de seu artigo 5º prescrevendo que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.<sup>262</sup>

## 2.5 DURAÇÃO E TRANSFERÊNCIA DO DIREITO AUTORAL

### 2.5.1 Duração do Direito Autoral

A Convenção de Berna, reguladora em nível internacional da matéria em enfoque, prevê prazo de tutela estatal aos Direitos Autorais pelo período mínimo de 50 anos após a morte do autor. As legislações nacionais podem regular prazo divergente, até menor,

---

<sup>259</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Liberdade e...* *Op. cit.*, p. 59-60.

<sup>260</sup> *Idem*, p. 61.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 62-3.

<sup>262</sup> Como de resto no que tem a ver com o Direito Industrial, ao prever, no inciso XXIX, que aos inventores será assegurado, por lei, “privilégio temporário” para utilização, bem como proteção às criações industriais, somente se referindo “à propriedade das marcas”...

obrigando-se, no entanto, os Estados à tutela deste período mínimo quando se tratar de autores estrangeiros, já que é um documento da esfera do Direito Internacional Público, com suas conseqüências diplomáticas e jurídicas.

A atual Lei Autoral, seguindo uma linha que de resto se mostrava internacionalmente, ampliou em dez anos o prazo de proteção, sendo a duração de 70 anos a partir da morte do autor no atual diploma legislativo contra os 60 anos da lei anterior. Este prazo básico tem início em alguns eventos, sobressaindo-se aquele a partir do primeiro dia do ano seguinte à morte do autor, que é o critério básico do artigo 41. Este critério abarca a avassaladora maioria das obras objeto do Direito Autoral, sendo as demais previsões exceções a esta regra geral. É o caso das obras em co-autoria, cujo prazo igualmente de 70 anos decorre do primeiro dia do ano posterior ao da morte do último co-autor, ou aquele para obras pseudônimas, de 70 anos a partir de 1º de janeiro do ano posterior à primeira publicação,<sup>263</sup> e os de obras audiovisuais e fotográficas, de igual modo tuteladas por 70 anos, contáveis a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à sua divulgação.

Os Direitos Conexos<sup>264</sup> seguem a mesma lógica, sendo protegidos por 70 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão; e à execução e representação pública, para os demais casos, na previsão exata do artigo 96 da Lei Autoral. Decorridos esses prazos, a obra cai em domínio público. Em sede de Direito Autoral, a expressão significa a possibilidade de utilização e publicação da obra sem prévia e expressa autorização do autor ou titular de direitos.

Ressalve-se que esses prazos de tutela se referem aos direitos patrimoniais do autor, sendo a legislação omissa relativamente à duração dos direitos extrapatrimoniais. A

<sup>263</sup> O artigo 43 alude a obras anônimas e pseudônimas, sendo de se questionar atinentemente àquelas, já que a Constituição Federal expressamente veda o anonimato em seu artigo 5º, inciso IV.

<sup>264</sup> Os Direitos Conexos aos Direito do Autor, como anotado no item “1”, alhures, justificam a adoção, no Brasil, da expressão Direito Autoral, pois não são Direitos de Autor *stricto sensu*, mas a eles se equiparam em determinados aspectos, com especificação própria em outras. Para Antonio Chaves (*Direitos Conexos*. São Paulo: LTr, 1999, p. 22), “são, em primeiro lugar, os direitos dos artistas de interpretação musical ou dramática (em termos amplos), como elaboradas já não, evidentemente, de obras originárias (as literárias e as musicais que executam), mas de obras ‘conexas’, isto é, que criam a partir daquelas preexistentes, adquirindo, quando meritariamente desempenhadas, sua própria individualidade, como obras interpretadas, por meio de execuções ‘ao vivo’ ou mediante gravações sonoras”. Neste tipo de obra, está presente, como corretamente assinala Walter Moraes (*Artistas, intérpretes e executantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 32-43), o binômio “interpretação-execução”.

Convenção de Berna prevê que os países os tutelarão pelo período no mínimo idêntico ao dos direitos patrimoniais. Surgiram interpretações como a de Hammes<sup>265</sup> aplicando prazo semelhante. Parece não ser esta a melhor interpretação. Nos primórdios do século passado Carnaxide já alertava para uma tendência de ampliação deste prazo.<sup>266</sup>

Ora, há direitos extrapatrimoniais que se esgotam com o próprio falecimento do autor, fundamentando a inadmissibilidade desta interpretação. Observe-se que o parágrafo 1º do artigo 24 da Lei Autoral estatui que, por morte do autor, se transmitem a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV daquele artigo, já facilmente se deduzindo que os demais três (incisos V a VII) são direitos que somente podem ser exercidos pelo próprio autor, vale dizer, em vida.

O parágrafo 2º do mesmo dispositivo assegura ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público. Estado aqui deve ser interpretado de forma abrangente, sendo tanto o Poder Executivo quanto o Ministério Público, na proteção ao patrimônio histórico, arquitetônico e artístico, apenas para exemplificar.<sup>267</sup> Como antes visto, o domínio público somente se dá após o transcurso do prazo de tutela, a partir do critério básico de 70 anos. Integridade e autoria são aspectos relacionados aos incisos I, II e IV do artigo 24 da Lei Autoral. Conclui-se, então, que estes direitos extrapatrimoniais perduram além daqueles patrimoniais, logo sendo inútil a tentativa de aplicação analógica do prazo destes.

---

<sup>265</sup> Hammes adotava uma interpretação restritiva da possibilidade de ampliação do prazo de tutela dos direitos morais, ao ponto de referir que: “O Direito de autor dura pelo tempo que a lei assim o declara, deixará de ser direito de autor, mas será um monumento literário e artístico perpétuo”. (HAMMES, Bruno Jorge. *Perduram os Direitos Morais de Autor de Dante Alighieri, de Cervantes, de Shakespeare?* In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 105). Na mesma linha, François Dessemontet (*Le Droit d'Auteur*. Lausanne: Cedidac, 1999, p. 136) afirmando que “la durée de la protection est identique pour les droits moraux et patrimoniaux, ce qui constitue la pierre de touche de la théorie moniste”.

<sup>266</sup> “Para êstes começou a defender-se por excepção à regra da caducidade a sua perpetuidade ou duração, como para os outros direitos regidos pela lei comum, ainda depois da propriedade material ter caído no domínio público”. (CARNAXIDE, Visconde de. *Tratado da Propriedade Literária e Artística*. Porto: Renascença Portuguesa, 1918, p. 274). A discussão em torno do prazo de tutela do Direito Autoral é plausível, para muitos. Rover propõe discussão do modelo vigente de Direito Autoral e uma ampliação da análise específica do prazo, utilizando interessante comparativo: “Um jovem que comete um crime capital um mês antes de completar 18 anos fica na prisão por no máximo três anos, e outro realiza o mesmo ato um mês após seu aniversário e pode permanecer preso durante 30 anos. Parece razoável?” Neste refletir, talvez os Direitos Autorais pudessem não ficar adstritos a prazos rígidos e fixos. (ROVER, Aires. *Para uma flexibilização da propriedade intelectual*. Disponível em <<http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/artigoflexibilizacao.htm>>. Acesso em: 24 ago. 2006).

<sup>267</sup> Neste particular, COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-60.

Restaria, para utilização do critério analógico dos direitos patrimoniais, somente o inciso III do artigo 24 da Lei nº 9.610.

### 2.5.2 Transferência do Direito Autoral

A transferência do Direito Autoral é um tema complexo, abrangente e delicado que, já na vigência da Lei Autoral anterior, há três décadas, Chaves considerava “o problema dos problemas do direito de autor”, diante de sua natureza e complexidade de modos de utilização acentuados com a tecnologia.<sup>268</sup>

É forçoso enaltecer, como faz Mattia, a indispensabilidade da inclusão de normas de ordem pública (imperativas, cogentes) para a regulamentação da matéria em decorrência de sua complexidade.<sup>269</sup> Hammes também caminha neste mesmo rumo, destacando os cuidados que se deve ter na cessão de Direitos Autorais no intuito de proteger a parte mais vulnerável da relação jurídica, o autor.<sup>270</sup> Em decorrência disso, a transferência de titularidade do Direito Autoral depende de formalidades especiais diante do tipo de obras que se tutela. Com capítulo próprio a prever esta possibilidade, o artigo 49, que o inaugura, já parte de que “os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito”.

Pode-se utilizar os institutos jurídicos expressos (licenciamento, concessão, cessão) ou outra forma de negócio jurídico. Esta transferência pode ser total ou parcial, e igualmente pode ser dar a título universal ou singular. Tais negócios jurídicos podem ser efetivados pelo próprio autor, seus sucessores, após sua morte e sendo estes titulares das obras, ou representante, desde que com poderes especiais para tanto.

---

<sup>268</sup> CHAVES, Antonio. *A nova lei brasileira de direito de autor: estudo comparativo com o projeto que lhe deu origem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 40.

<sup>269</sup> MATTIA, Fabio Maria de. *O autor e o editor na obra gráfica: direitos e deveres*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 380.

<sup>270</sup> Para ele, “felizmente, não faltam na lei brasileira disposições que protegem o autor contra cessões fáceis e impensadas, precipitadas com conseqüências imprevisíveis. As novas formas de utilização de obras deixam muitos autores frustrados por haverem concordado com a cessão a que se vêem muitas vezes quase constrangidos”. (HAMMES, Bruno Jorge. Efeitos em relação a terceiros e registro. *In: Num novo mundo de Direito de Autor? Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2. *Anais*. Tomo I. Lisboa: OMPI/Cosmos, 1994, p. 449).

Diante do tipo de direito do qual se trata e muitas vezes até da hipossuficiência dos autores, a legislação impõe algumas ressalvas para as possibilidades de transferência, partindo da previsão, lógica em todo sentido, de que a transmissão total envolve todos os direitos, exceto aqueles extrapatrimoniais, inalienáveis e irrenunciáveis, como antes discorrido. Exige-se para a cessão total e definitiva a forma contratual escrita. Em caso de omissão, o prazo máximo será de cinco anos. A cessão tem validade unicamente para o país em que se firmou o contrato, havendo necessidade de especificação expressa de ampliação desta regra, em caso de cessão para outros países. A cessão somente tem validade para as modalidades de utilização existentes na data de sua celebração, redundando que outra forma deve ser novamente pactuada. Por último, não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas àquela que seja indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Ainda nesse particular, há previsão expressa de presunção de onerosidade da cessão dos direitos, o que equivale dizer que a cessão gratuita deverá assim constar expressamente do instrumento jurídico.

Finalmente, a previsão de que somente se admitirá cessão de obras futuras pelo período máximo de cinco anos, o que visa evitar que o autor ou titular dos direitos patrimoniais de autor fique vinculado a contrato que lhe possa ser prejudicial, feito por prazo excessivo.

## **2.6 LIMITAÇÕES AO DIREITO AUTORAL EM SUA VISÃO TRADICIONAL**

### **2.6.1 Introdução e fundamentação das limitações**

As limitações ao Direito Autoral são formas de utilização da obra que não necessitam de prévia autorização do autor ou do titular dos direitos patrimoniais de autor. Na interpretação aqui referida como “tradicional” (na doutrina autoralista tradicional), seriam exceções aos princípios de direito patrimonial do autor antes noticiados. Afinal, como conclui Hammes, “o caráter absoluto do direito de propriedade, em si mesmo, deve ser entendido com restrições”, e acrescenta que “este é distinto da propriedade material e nem se reduz pura e simplesmente a uma propriedade”.<sup>271</sup>

---

<sup>271</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da... Op. cit.*, p. 90.

Estas limitações partem da Constituição Federal relativamente à propriedade, pois prevê no inciso XXIII do artigo 5º que “a propriedade atenderá sua função social”. Ainda, em outros institutos previstos no ordenamento jurídico, mesmo na própria Carta Magna, como a desapropriação, ou as requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra (incisos XXIV e XXV do artigo 5º). Neste sentido, importante gizar que no texto do parágrafo único do artigo 1.228 do novo Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, houve um progresso – muito discreto e incipiente, é claro – em relação ao texto da Lei Civil de 1916, que em seu artigo 496 prescrevia, de forma muito semelhante ao *caput* do novo estatuto, os direitos e prerrogativas do proprietário. Embora pudesse ter ocorrido um progresso mais significativo,<sup>272</sup> já é um avanço regular que o direito de propriedade deve ser exercido “em consonância com suas finalidades econômicas e sociais”, em especial estas. Claro, a grande tarefa hermenêutica, como de resto em todas as questões e matérias que envolvem o Direito, é definir, no caso concreto, quando é exercido de acordo com suas finalidades sociais, ou, para ser mais exato, o que e quais são essas referidas finalidades.

Tem-se, assim, que o direito de propriedade sofre limitações das mais diversas. O Direito do Autor, mesmo sendo, na doutrina tradicional, propriedade de natureza especial, não poderia ser exceção à regra, como bem coloca Hammes no trecho anteriormente citado.

Seriam decorrentes, na acepção de Bittar, de um conflito existente entre o interesse público e o interesse privado que se configura mais latente do Direito de Autor, pois,

[...] em seu contexto, o choque é direto e originário, refletindo, portanto, a luta eterna entre os interesses em questão, e que se manifesta sob as formas de limitações e de exceções aos direitos exclusivos assegurados aos autores, tanto nos países desenvolvidos, como nos em desenvolvimento e, nestes, acompanhados de fórmulas redutivas do nível de proteção, concebidas como mecanismos necessários para a sua integração às grandes Convenções internacionais existentes.<sup>273</sup>

---

<sup>272</sup> O Estatuto da Cidade, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, também se mostrou um progresso neste particular ao regular, entre outros pontos afeitos à temática da função social da propriedade, em seu artigo 7º e parágrafos a possibilidade de cobrança de IPTU progressivo para imóveis urbanos sem destinação.

<sup>273</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do Direito do Autor*. São Paulo: LTr, 1992, p. 116.



Canotilho comunga desta idéia ao salientar que “o direito de exclusividade não pode manter-se quando existirem relevantes interesses da comunidade em transformar um ‘bem individual’ num ‘bem coletivo’”.<sup>274</sup>

Nesta linha de mira, Hammes ampara-se em Melichar argumentando que, juntamente com a aceitação do Direito Autoral, há a interpretação de que ele está sujeito a uma vinculação social. O titular deve tolerar determinadas restrições a seus direitos.<sup>275</sup> Importante, ainda na visão de Hammes, é que as restrições são exceções à regra geral, que garante uma proteção mais ampla possível. Em consequência, devem ser interpretadas estritamente.<sup>276</sup>

A propósito, destaque-se que as limitações encontram previsão na própria Convenção de Berna, mormente em seu artigo 9,2, com a seguinte redação em língua portuguesa:

2) Fica reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitirem a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.<sup>277</sup>

Esta previsão na esfera do Direito Internacional de Autor<sup>278</sup> é correntemente designada como “Regra dos Três Passos”,<sup>279</sup> diante das três vinculações que faz para que a utilização seja considerada uma legítima limitação aos direitos dos titulares (em casos

<sup>274</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Liberdade e...* *Op. cit.*, p. 64. Num momento posterior (p. 65-6), o jurista português sistematiza estes interesses da comunidade em quatro grandes grupos: interesses públicos relacionados com a saúde pública e com o desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico; interesses públicos de informação científica e de ensino; direitos de informação dos cidadãos; e direito de fruição comunitária de obras artísticas.

<sup>275</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da...* *Op. cit.*, p. 91.

<sup>276</sup> Necessário aqui referir a visão frontalmente contrária à de Hammes que manifesta Ascensão, inclusive citando expressamente o autoralista gaúcho. Para o professor de Lisboa, “não basta dizer que o limite é exceção ao exclusivo; as regras delimitam-se umas às outras, sem que por isso se caia na excepcionalidade material – só essa leva à exclusão da analogia. Não se esqueça que a própria regra do Direito Autoral é (formalmente) exceção em relação a outras regras mais altas, nomeadamente a da liberdade de expressão”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do Direito Autoral e as limitações legais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 91).

<sup>277</sup> *CONVENÇÃO de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas*. Acto de Paris, texto oficial português. Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 1996, p. 13.

<sup>278</sup> Vê-se que o Direito Autoral, com uma Convenção em 1886, se mostra como um dos precursores do Direito Internacional Público. Possivelmente poucas áreas do Direito (Direitos Humanos entre elas) tenham uma característica tão universalizante (internacional) como os Direitos Intelectuais. Sobre este tema, entre outros pontos, Maristela Basso, O caráter internacional da propriedade intelectual. In: \_\_\_\_\_, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 19-26.

<sup>279</sup> Em língua inglesa consagrou-se a expressão “*the three steps test*”. Pereira utiliza a expressão “três graus”. (PEREIRA, Alexandre Dias. Direitos de Autor, códigos tecnológicos e a Lei Milénio Digital. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, n. LXXV, p. 481, 1999).

especiais, primeiro passo; de forma a não prejudicar a exploração normal da obra, segundo passo; e de forma a não causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor, terceiro passo).

Parilli distingue a interpretação restritiva que deve ser dada a estas limitações ao afirmar que: “Esto quiere decir que tales límites son los impuestos, no solamente a las legislaciones nacionales, sino también al intérprete de la ley, de modo que cualquier aplicación del dispositivo que consagre una excepción, há de tomar en cuenta dichos principios rectores”.<sup>280</sup>

Ainda, no artigo 10 da Convenção de Berna, que regula a possibilidade de citação de obras tornadas acessíveis ao público, na medida justificada para o fim a atingir, inclusive em jornais e revistas, além da utilização lícita de obras literárias e artísticas, a título de ilustração do ensino por meio de publicações, emissões radiofônicas ou de gravações sonoras ou visuais, desde que “conforme os bons costumes”.

Estas limitações teriam, na esteira de Hammes, novamente a partir da interpretação de Melichar, os seguintes agrupamentos:

- o interesse da assistência judiciária e da segurança pública;
- o interesse da facilitação do ensino escolar;
- a proteção da liberdade de informação;
- a proteção da liberdade de criar do espírito;
- o interesse da comunidade de ter acesso a certas reproduções privilegiadas públicas;
- fins exclusivamente técnicos;
- o interesse no uso privado e outro no uso próprio;
- o interesse da liberdade de reprodução;
- a licença compulsória em favor dos fabricantes de fonogramas (serviria à economia da cultura).<sup>281</sup>

Como bem defende Manso, na possibilidade de uso sem ferir o interesse privado do titular haveria o confronto entre dois interesses: de um lado o autor, que deve ser

<sup>280</sup> PARILLI, Ricardo Antequera. *Derecho de Autor*. Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, 1998, t. I, p. 460.

<sup>281</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da... Op. cit.*, p. 91.

protegido porque criou a obra com seu mérito, esforço e dedicação, e de outro a sociedade, que lhe forneceu a matéria-prima dessa obra e que é seu receptáculo natural.<sup>282</sup>

A seguir apresenta-se um rápido esboço histórico das limitações nas leis autorais brasileiras e analisam-se as principais delas na lei vigente.

## 2.6.2 Principais limitações ao Direito Autoral na legislação brasileira

### 2.6.2.1 Pequeno histórico das limitações ao Direito Autoral no Direito pátrio

A legislação autoral pátria, bem observando os preceitos da Convenção de Berna, prevê em um capítulo próprio as limitações ao Direito do Autor. Na atual Lei Autoral brasileira (de nº 9.610) esta previsão se faz em seus artigos 46 a 48. De qualquer sorte, é bom destacar que as legislações anteriores já previram estas possibilidades.

A primeira Lei Autoral brasileira foi a de nº 496, de 1º de agosto de 1898. Nela já constaram dispositivos que inseriram no ordenamento jurídico as limitações ao Direito Autoral. Constaram logo após os artigos 19 a 21, que definiram o crime de *contrafação*, regulando quais atos não se constituíam em crime. No texto de seu artigo 22º, a partir da expressão “não se considera contrafação” previu sete exceções. O Código Civil de 1916 regulou as limitações ao Direito do Autor em seu artigo 666, em dez incisos.<sup>283</sup> A Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que regulou entre nós a matéria daquela data até 20 de junho de 1998, também tinha um capítulo próprio, o de nº IV, para regular as limitações que aqui são discutidas, em seus artigos 49 a 51.

A vigente Lei Autoral praticamente manteve, com pequenas alterações, aquelas limitações da legislação anterior, o que será objeto de enfoque na sequência.

---

<sup>282</sup> MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações)*. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 90. Tal discussão em torno das limitações ao Direito Autoral, neste conflito entre interesse público e interesse privado, a extensão delas (se taxativas ou não) é central nesta pesquisa, aqui se demonstrando a visão “tradicional” das limitações, para, no final, após demonstrar como funciona o sistema do *fair use*, apresentar-se uma nova interpretação, demonstrando a necessidade de uma nova visão delas (e com elas, do Direito Autoral, propriamente dito).

<sup>283</sup> Revogado em seus artigos 649 a 673 pela Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Estranhamente, a Lei nº 9.610 os revogou mais uma vez.

## 2.6.2.2 As limitações na atual Lei Autoral brasileira

### 2.6.2.2.a Notícia e artigo informativo em diários e periódicos

O primeiro dispositivo concernente às limitações da Lei Autoral vigente regula as possibilidades de reprodução de obra que não são ilícitas. O *caput* do artigo 46 é claro ao prescrever que “não constitui ofensa aos direitos autorais” para, logo no inciso I, mencionar a expressão “a reprodução”. Seguindo, tem-se a alínea ‘a’ que possibilita a reprodução na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos.

Este dispositivo tem nítido caráter de fim público, pois a liberdade de informação é um dos esteios do Estado Democrático de Direito. O Brasil a tem no inciso LIX do artigo 5º da Carta Política de 1988.<sup>284</sup> A limitação é um verdadeiro truísmo, pois nitidamente se valora o direito geral à informação em prejuízo do direito do autor de notícias e artigos informativos de diários e periódicos, com a menção do veículo em que foram publicados e do autor, se assinados.

Aprofunde-se, nesta linha, novamente com amparo em Hammes,<sup>285</sup> que fatos noticiados não são privilégio de ninguém, e que notícias publicadas não são obras, inexistindo motivo para postulação de Direito de Autor sobre elas.<sup>286</sup> O contrário não ocorre com artigos informativos, que são obras e não há dúvida de que têm tutela autoral.

---

<sup>284</sup> É bem verdade que há, especialmente por parte de destacados atores da grande mídia, uma interpretação exageradamente ampla da liberdade de informação e de imprensa, ao ponto de muitos literalmente a considerarem acima do Direito e da Constituição, confundindo crítica e informação com ataques sem qualquer cuidado à honra e imagem de cidadãos e de autoridades. Neste sentido, ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Globalização, mídia e opinião pública. Globalização e Estado Contemporâneo*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 85-88; e STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A opinião pública. Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 169-174. A própria idéia de “opinião pública” é deturpada, pois não raro ela é, na verdade, a opinião daquele que faz a crítica (ou até da empresa), pois o único critério razoavelmente plausível de reconhecê-la seriam os pleitos eleitorais, ainda assim se houvesse uma democracia substancial e não democracia formal, como hoje. Mas isso aqui é apenas referencial e um rápido comentário, não sendo, evidentemente, tema da pesquisa, devendo ser ampliado em outro momento.

<sup>285</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da... Op. cit.*, p. 97.

<sup>286</sup> Com a discordância mais uma vez qualificada de Santos para quem, apesar de majoritária, esta interpretação não é unânime e não parece sufragada pela legislação pátria, pois se não fossem obras não teriam sido inseridas na alínea ‘a’ do inciso I do artigo 46 da Lei Autoral. (SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Observações feitas na banca de arguição de doutoramento, realizada na Unisinos, em 9 de agosto de 2006).

Neste particular, possível embasar-se também em Manso, mesmo que comente o dispositivo da Lei Autoral anterior, mas plenamente aplicável aqui:

Na verdade, a notícia não gera direitos autorais, eis que nem mesmo a forma em que ela fica registrada pode ser considerada obra intelectual, no exato sentido do direito autoral, como já se viu antes: não existe nela uma idéia conformada à personalidade de um autor, preponderando o conteúdo de fatos. Não há, assim, um autor de uma notícia, qualidade que não se poderia atribuir nem mesmo àqueles que lhe tivessem dado causa, como protagonistas do episódio.<sup>287</sup>

O autor citado conclui afirmando que teria sido mais correto inserir as notícias no elenco de obras às quais não se aplicam as disposições da lei especial, como se fez com relação aos textos de tratados, convenções e leis.<sup>288</sup>

#### 2.6.2.2.b Discursos pronunciados em reuniões públicas

A segunda alínea do inciso I do artigo 46 da Lei nº 9.610 exclui da necessidade de prévia autorização do autor a publicação, “b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;” Também é uma limitação muito lógica que caminha no mesmo rumo daquela da alínea ‘a’ antes analisada. Há um claro interesse público no conhecimento de manifestações orais feitas em reuniões públicas a justificar esta limitação. O importante, no correto modo de ver de Hammes, é o caráter informativo.<sup>289</sup> O mesmo não se pode afirmar relativamente a coletâneas de discursos públicos ou aqueles pronunciados em debates judiciais.

Manso critica a redação que delimita esta possibilidade para discursos pronunciados em reuniões públicas. Para ele, mesmo com a redação restritiva da lei brasileira, a exceção deveria ser aplicada aos discursos pronunciados em público, mesmo que fora de reuniões de qualquer natureza. Para justificar seu raciocínio, cita os discursos feitos em programas de rádio, que são públicos, porém não efetuados em reuniões. De igual forma, mesmo que com relação ao texto da Lei de 1973 repetido na legislação vigente, não aceita a expressão “diários ou periódicos”, entendendo que ficaria melhor se constasse “em diários ou outros periódicos”, no que tem razão, pois diários também são periódicos, e nem todos os periódicos são diários.<sup>290</sup>

<sup>287</sup> MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral*;... *Op. cit.*, p. 284.

<sup>288</sup> *Idem.*

<sup>289</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da...* *Op. cit.*, p. 97.

<sup>290</sup> MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral*;... *Op. cit.*, p. 288-9.

#### 2.6.2.2.c Reprodução de representação de imagem por quem os encomendou ou seus sucessores

Prosseguindo, a próxima alínea do inciso I do artigo 46 da Lei Autoral brasileira apresenta como não incidindo em ofensa aos direitos patrimoniais do autor a reprodução de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros.

Este preceito tem sentido à medida que a pessoa que encomenda a representação de sua imagem paga o serviço do autor (direito patrimonial), geralmente fotógrafo. Logo, não teria lógica se não pudesse reproduzir estas formas. É prática comum e freqüente de demonstração de afeto o oferecimento de fotos entre amigos e familiares, mormente entre estes. São os conhecidos retratos de família. Nesta racionalidade, correta a limitação imposta aos autores dos retratos ou fotografia de família. Cabral, no entanto, alerta que “na Lei 9.610 não existe a figura da obra sob encomenda”.<sup>291</sup> Assim, para ele, esse item trata de um assunto inexistente no texto legal.

Ressalve-se, novamente ancorado em Hammes, que há que se distinguir entre o direito do autor da fotografia ou de qualquer outra forma de retrato de família com o direito à imagem, constitucionalmente assegurado (inciso X do artigo 5º da Constituição Federal), que com aquele não se confunde, não sendo problema de Direito do Autor, “mas de direito de propriedade em sentido amplo”.<sup>292</sup> Gize-se, por oportuno, que, sendo a reprodução em foco de imagem de pessoa falecida, a autorização deve ser dada por seus herdeiros.

#### 2.6.2.2.d Reprodução de obras literárias em sistema destinado a deficientes visuais

O quarto e último dispositivo do primeiro inciso do artigo 46 da Lei Autoral brasileira é uma inovação, que não havia nas legislações autorais anteriores, como se verifica no histórico anteriormente elaborado. Possibilita a reprodução de obras literárias,

---

<sup>291</sup> CABRAL, Plínio. *A nova Lei de Direito Autoral*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 1999, p. 122. Tanto para a obra sob encomenda como para a criação autoral de autor empregado não há previsão específica na atual legislação autoral brasileira. Neste particular o estudo de AOKI, Erica. *Direitos Autorais do Empregador – Conseqüências da não previsão no Direito Autoral brasileiro*. In *Revista da ABPI*, n. 56, p. 47, jan./fev. 2002; e PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais: os Direitos Autorais do trabalhador: Estudo sobre a obra intelectual criada em cumprimento de dever funcional*. Livro II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>292</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da... Op. cit.*, p. 100.

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. Mais uma vez, é limitação de cristalina finalidade social,<sup>293</sup> possibilitando reprodução de obras literárias no denominado sistema Braille ou outro procedimento especificamente voltado à leitura por deficientes visuais, desde que esta utilização não tenha um fim comercial. Como inovação da lei que vige há pouco mais de oito anos, deve ser saudada, como faz Cabral<sup>294</sup> em curto parágrafo.

#### 2.6.2.2.e Reprodução de pequenos trechos para uso particular

O inciso II do artigo 46 da Lei Autoral faculta que o interessado faça cópias de pequenos trechos de obras, desde que feitas pelo próprio e sem objetivo de lucro. Ocorreu aqui uma inovação na forma como a matéria está regulada entre nós, pois a Lei nº 5.988 possibilitava a reprodução de um só exemplar, desde que não se destinasse à utilização objetivando lucro. Houve, neste particular, uma modificação na Lei de 1973 com relação ao que previa o Código Civil de 1916, no inciso VI do artigo 666, pois este possibilitava uma cópia feita à mão de uma obra qualquer, desde que não se direcionasse à venda.

A nova forma decorre do fantástico e até então inimaginável desenvolvimento de novas formas de reprodução, especialmente das máquinas reprográficas dos mais variados tipos. Neste dispositivo, na posição de Hammes, está um dos grandes desafios do Direito Autoral. Ele destaca que, com o tempo, ocorreu um desvio de finalidade da limitação:

O art. 49, II da Lei n. 5.988/73 falava de reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro. Quando essa exceção foi permitida, entendia-se que o autor não sofreria qualquer prejuízo com o fato de alguém, interessado, por ex., em uma música, fosse à biblioteca e copiasse a partitura. Aos poucos, o modo de copiar foi se ampliando sem que com isso se temesse prejuízo para o autor. Assim se tolerava também que um pequeno conjunto musical fizesse meia dúzia de cópias para o seu conjunto, valendo-se dos primitivos sistemas de copiar (gelatinas, mimeógrafo, ...). O aparecimento de meios mais modernos de reprodução mudou fundamentalmente a questão. Já não se pode dizer que os autores não sofrem prejuízos com a cópia particular feita por gravador de som e de imagem, acessíveis a qualquer pessoa de classe não muito pobre (Convenção de Berna, art. 9,2).<sup>295</sup>

<sup>293</sup> Eduardo Vieira Manso (*Direito Autoral:...* Op. cit., p. 259) em 1980 já a defendia, de alguma forma, inserindo atenção aos deficientes visuais entre aqueles “motivos de humanismo indiscutível”.

<sup>294</sup> CABRAL, Plínio. *A nova Lei de...* Op. cit., p. 122.

<sup>295</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da...* Op. cit., p. 110-1.

Ou seja, na boa intenção de possibilitar os usos de um exemplar para uso privado, e sem prever – e nem poderia – o nível de desenvolvimento técnico que viria, a Lei de 1973 gerou um dos maiores problemas nos quais estava inserido o Direito do Autor. Criou-se uma interpretação extensiva demais, redundando em números inconcebíveis, na visão de Cabral:

A interpretação, sem dúvida distorcida, desse artigo, deu como resultado uma vasta indústria marginal de reproduções de livros. Segundo pesquisas confiáveis, estima-se que, anualmente, são tiradas 20 bilhões de cópias ilegais no Brasil.

O problema afeta a indústria editorial e o direito do autor. Em 1994 a Câmara Brasileira do Livro estimou os prejuízos provocados pela reprodução ilegal de livros em 200 bilhões de dólares.<sup>296</sup>

Continua, citando afirmativa que fazia Chaves já em seus últimos meses de vida, em 1997:

Mas é chegado o momento de submeter a uma revisão, ou melhor, eliminar completamente essa absurda idéia do intuito de lucro, que jamais foi considerada na regulamentação de qualquer outra atividade humana a não ser a do autor. [Tese apresentada à Primeira Conferência de Direito Autoral, São Paulo, 8 jun. 1997].<sup>297</sup>

Mais uma vez, a perspectiva de Manso, quando analisou a matéria ainda sob a égide da Lei de 1973:

Assim, enquanto o interessado na obtenção da cópia visa unicamente a utilizar a obra para fins meramente intelectuais, fazendo estrito uso privado da própria obra segundo a natureza desta, aquela pessoa (no geral uma pessoa jurídica) que possui a máquina copiadora estará tirando um proveito econômico da mesma obra mediante um preço que cobra pela cópia que fornece. Há, pois, em cena, dois interesses que se satisfazem com diferentes formas de usar a obra: um, tira-lhe o proveito natural, que é a sua utilização intelectual (para a qual se vale da cópia); outro, um proveito anormal, quando não devidamente autorizado para tal.<sup>298</sup>

Nesse modo de apreciar o tema, é alerta feito por Hammes que a utilização de cópias para uso particular sem qualquer forma de controle extrapola as limitações permitidas pela Convenção de Berna:

<sup>296</sup> CABRAL, Plínio. *A nova Lei de...* *Op. cit.*, p. 122-3.

<sup>297</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>298</sup> MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral:...* *Op. cit.*, p. 304.



O grande problema dessa cópia é que os meios de reprodução são hoje acessíveis a todos e deixam de ser a prática inofensiva de outros tempos. O que se multiplica hoje, a título de uso particular, está prejudicando gravemente os autores, os editores, os produtores de fonogramas, razão pela qual já não se conformam com art. 9,2 da Convenção de Berna.<sup>299</sup>

Mas, como se salientou antes e se fez até aqui neste rápido esboço histórico, a lei que atualmente prescreve a matéria autoral entre nós atendeu a algumas destas vozes ao restringir a possibilidade de uso privado a pequenos trechos, ampliando, desta forma, as limitações ou ao menos o exercício delas, questão importante na discussão aqui proposta. A controvérsia mais importante que foi visualizada para muitos, naquele primeiro instante, era a definição do que são os “pequenos trechos”. Ou seja, quantificá-los usando de critérios objetivos.<sup>300</sup>

Logo surgiram sociedades, no campo das obras literárias, que são as principais atingidas pelo dispositivo, para tentar frear a utilização sem controle algum e exercer seus direitos autorais e editoriais. Foi fundada a Associação Brasileira de Direitos Reprográficos – ABDR<sup>301</sup> que, legalmente constituída, com estatutos e fins próprios, passou a firmar convênios com estabelecimentos de ensino e empresas de reprografia, permitindo reprodução de até dez por cento (10%) de obras publicadas por suas editoras filiadas. Interpretou, desta forma, a ABDR que pequenos trechos poderiam ser conceptíveis até este patamar, desde que a empresa recolhesse um percentual sobre o montante cobrado pelas cópias no final do respectivo mês nesta rubrica.

Como oponente, foi criada por outro grupo de editoras a Associação Brasileira de Direitos Editoriais e Autorais – ABPDEA, que não autorizava fotocópia de nenhum trecho de obras daquelas editoras que a geraram, salvo se estritamente vinculadas ao uso e extração privados referidos no inciso aqui detalhado. Ou seja, a ABPDEA não permitia que terceiros – diga-se reprografias – reproduzissem as obras literárias. Baseava-se, entre outros argumentos, naqueles antes mostrados especialmente na interpretação restritiva dos

---

<sup>299</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da... Op. cit.*, p. 112.

<sup>300</sup> Como constrói Santos, a redução da extensão da cópia privada, de um exemplar para pequenos trechos da obra, generalizando para todos os seus tipos, pode ser uma solução simplória a um problema complexo, especialmente em decorrência da problemática que envolve a diferenciação entre a cópia analógica e a cópia digital. (SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Observações feitas na banca de arguição de doutoramento, realizada na Unisinos, em 9 de agosto de 2006).

<sup>301</sup> Site acessível em <<http://www.abdr.com.br/>>.

direitos autorais, princípio que rege a matéria. Há um forte movimento de interesses que caminha para a cobrança de remuneração pela cópia privada, o que expõe Lipszyc,<sup>302</sup> aqui meramente referencial, pois não é o tema central destas linhas.

As instituições foram depois unificadas e hoje atuam sob a sigla ABDR.

Para arrematar a concisa análise sobre a forma na qual a doutrina clássica enfrenta o tema os alertas de Hammes<sup>303</sup> e Manso<sup>304</sup> de que a disponibilização comercial de cópias de obras com o intuito de lucro é “pirataria”, e como tal deve ser reprimida e tratada.

#### 2.6.2.2.f Citação de trechos de obras para estudo, crítica ou polêmica.

A sexta limitação a ser analisada está inserida no inciso III do artigo 46 de nossa Lei Autoral, permitindo a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra.

Quem faz estudo, crítica ou polêmica evidentemente deve se utilizar de trechos de obras alheias para assim proceder; não teria sentido algum a impossibilidade de uso destes trechos para a efetivação daqueles intuitos. Observe-se que o dispositivo permite a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação de passagens de obras, desde que na medida justificada para o fim a atingir, e que o utilizador indique o nome do autor e a obra de onde foram extraídas. Infelizmente, este dispositivo não é observado como deveria, sendo muito ampliado, mormente no mundo escolar e acadêmico (fins de estudo), mais por desconhecimento de normas técnicas que por má-fé ou dolo. Não são poucos os trabalhos escolares ou acadêmicos em que os alunos copiam textos literários na íntegra, muitas vezes até sem fazer menção ao autor e à obra da qual extraíram aqueles entendimentos. Isso não é trabalho científico, e tal agir não está amparado na limitação ora em comento. Trata-se de plágio, evidentemente, além de ofender direito extrapatrimonial quando não indica autor e fonte.

---

<sup>302</sup> LIPSYC, Delia. *Derecho de Autor y...* Op. cit., p. 241-4.

<sup>303</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da...* Op. cit., p. 116.

<sup>304</sup> MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral:...* Op. cit., p. 304.

Crê-se que os professores e instituições de ensino nos mais variados níveis – começando pelo Ensino Fundamental, é claro – deveriam trabalhar com mais acuidade temas relativos à elaboração de trabalhos de pesquisa, as normas técnicas impostas pela ABNT e também pela legislação autoral, neste particular mas, antes de tudo, pela ética, por que não? Valoriza-se muito a extensão e pouco o conteúdo. Não raro, ao propor um trabalho de pesquisa, o docente ouve a pergunta: qual extensão ou quantas páginas?

A doutrina tradicional trabalha com a idéia de que a utilização possibilitada deve ser discreta e na medida absolutamente necessária ao fim a atingir, como prescreve o inciso III do artigo 46.<sup>305</sup> A denominada “medida justificada para o fim a atingir”, entretanto, reclama melhor definição.

Ascensão aprofunda com propriedade:

Pode abranger tudo o necessário, porque a citação é um elemento imprescindível do diálogo intelectual que não pode ser coarçado pelas leis. Até à revisão de Estocolmo, a Convenção de Berna permitia apenas as ‘citações curtas...’ Hoje o adjectivo foi suprimido, e com inteira razão. O fim que se prossegue pode exigir uma citação longa, e nesse caso nada a deve impedir. Uma polémica pode exigir longas citações do texto do adversário.<sup>306</sup>

O mesmo com relação à crítica ou polémica. Um crítico de obras de qualquer tipo pode e deve utilizar pequenos trechos de obras para criticá-las, mas sempre com a cautela antes sugerida para uso em estudos. É muito comum sua utilização. As revistas semanais de notícias geralmente trazem trechos de obras literárias em seções onde fazem análise delas. O mesmo com relação à crítica cinematográfica em televisão, apenas para exemplificar, já que o inciso amplia a utilização para qualquer outro meio de comunicação.

A parte final, entretanto, merece relevo. Ao utilizar os trechos para os fins permitidos, deve obrigatoriamente o utilizador mencionar sua origem e o nome do autor. Se assim não agir, estará infringindo direito extrapatrimonial do titular, sobretudo aquele do inciso II do artigo 24 da Lei nº 9.610. No mesmo rumo, não pode fazer qualquer

---

<sup>305</sup> Para Ascensão (*Direito de Autor e... Op. cit.*, p. 217), “o que interessa é o condicionamento geral do art. 10º/1 da Convenção de Berna: ‘serem conformes aos bons costumes e na medida justificada ao fim a atingir’”.

<sup>306</sup> *Idem*, p. 217-8.

modificação no trecho citado, pois, se assim agisse, infringiria agora os incisos IV e V do mesmo artigo, mormente o primeiro.

Como os direitos extrapatrimoniais são inalienáveis e irrenunciáveis por força do disposto no artigo 27, e ainda como as limitações se referem unicamente aos direitos patrimoniais, merece distinção o acima sustentado.

#### 2.6.2.2.g Utilização do apanhado de lições pelos alunos a quem se destinam.

De duvidosa técnica de redação, o inciso IV do artigo 46, que neste instante se critica. Observe-se que, ao contrário dos demais antes verificados (todas as alíneas do inciso I, e os incisos II e III), aqui não há verbo, de modo que ficou mal redigido o inciso, como se vê na seqüência: “IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;”

Ora, o *caput* exprime que “não constitui ofensa aos direitos autorais”, e este inciso deve – como os demais –, na melhor técnica de redação legislativa, a ele ficar vinculado. Então melhor seria utilizar no início a expressão “a utilização” de apanhado de lições nos estabelecimentos de ensino. Não só o apanhado pode ser feito, mas, sim, sua utilização para os fins de estudo daqueles a quem se dirige. No caso, “apanhar” tem a conotação de juntar, recolher. Nesta toada, o que o dispositivo permite é que os alunos de estabelecimentos de ensino utilizem as lições transmitidas por seus professores, sem necessidade de permissão destes e sem ofender a direito patrimonial do autor. Outra não poderia ser a interpretação. Então, aqui se trata de lições em sua conotação ampla, vale dizer aulas ditadas, esquematizadas, no quadro, em *flip-chart*, transparências em retroprojeter, *Power Point* ou qualquer outro suporte, como polígrafos e planos de aula.<sup>307</sup>

---

<sup>307</sup> O professor é pago pela instituição para lecionar. A forma como fará está ligada à sua liberdade e autonomia acadêmica. É linha mestra da educação nacional hoje a valorização desta, como consta na Lei de Diretrizes da Educação. A utilização pelos alunos, então, não pode ter custos adicionais que não aqueles de sua matrícula ou mensalidades. A retribuição do professor pela elaboração de polígrafos e compêndios é matéria afeita ao Direito do Trabalho. A atual Convenção Coletiva firmada entre o Sindicato de Estabelecimentos de Ensino e o Sindicato de Professores de Estabelecimentos privados de ensino no Estado do Rio Grande do Sul prevê pagamento de certo valor pelos polígrafos elaborados para as respectivas aulas, ou do tempo (horas) que o professor dedicou à elaboração deles.

Saliente-se, mais uma vez com arrimo no magistério de Hammes,<sup>308</sup> que o verdadeiro sentido deste inciso está em sua segunda parte, ao regular que o professor tem direito autoral sobre suas aulas. Logo, somente os alunos daquela respectiva turma poderão utilizar o apanhado das lições ministradas naquele ambiente, não podendo ser feita sua publicação total ou parcial sem autorização expressa de quem as ministrou, ou, em outras palavras, vedada sua comercialização sem prévio consentimento do titular.

Manso vai além:

Nos limites da exceção, encontra-se a impossibilidade de transmissão, ano após ano, de apostilas organizadas inicialmente para uso daquele a quem as aulas foram proferidas: cabe ao professor, unicamente, como autor, determinar a forma em que suas aulas podem ser fixadas e, como será lícito esperar, a cada ano ele deve atualizar sua matéria, ocorrendo, *ipso facto*, verdadeira rejeição da obra da forma anterior.<sup>309</sup>

E conclui dizendo que, ainda autorizando ou tolerando que se utilizem suas aulas de período anterior, caberia ao professor participação nas vendas, salvo expressa renúncia, e mais, quem vende qualquer suporte com aulas de períodos letivos passados está inserido fora da limitação, porquanto não foi como as aulas foram ministradas, e não foi ele (aluno) que as apanhou.<sup>310</sup>

#### 2.6.2.2.h A utilização de obras para demonstração à clientela

A oitava limitação que merece atenção, nestas rápidas linhas, é aquela formalizada legislativamente no inciso V do artigo 46 da Lei Autoral vigente, permitindo a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam sua utilização.

De início, diga-se que se alargou o regulado em nosso ordenamento legal até a vigência da atual Lei que prescreve a matéria. No inciso V do artigo 49 da Lei nº 5.988, a limitação era restrita à execução de fonogramas e transmissões de rádio ou televisão, em estabelecimentos comerciais, para demonstração à clientela. A novidade do inciso ora

<sup>308</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da...* Op. cit., p. 101.

<sup>309</sup> MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral:...* Op. cit., p. 316-7.

<sup>310</sup> Idem.

examinado está na possibilidade também de utilização sem ferir os direitos autorais de obra literária, para a exibição a quem pretende adquirir referidas obras. E, ainda na ressalva, inexistente no anterior ordenamento, de que os estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam sua utilização.

Mais uma vez, a técnica de redação não foi a mais exata. É manifesto que esta parte final – relativa aos suportes e equipamentos – se relaciona especificamente com a possibilidade de exibição à clientela de fonogramas (obras musicais), equipamentos de rádio e televisão. Não se vislumbra, num primeiro plano, quais suportes ou equipamentos podem permitir utilização de obra literária onde, salvo melhor visão, a própria obra é o suporte. Na visão de Hammes, não se pode admitir a ampliação desta utilização para fins de demonstração à clientela, de modo a possibilitar demasiada interpretação e utilização, como nas calçadas dos pontos de venda e nas vitrines.<sup>311</sup>

Manso, com agudeza, critica a redação do inciso V do artigo 49 da Lei nº 5.988, plenamente aplicável aqui, pois utilizou o mesmo termo “transmissão de rádio e televisão” em estabelecimentos comerciais.<sup>312</sup> Para o autoralista, diante do que previam os incisos II e III do artigo 4º da Lei Autoral anterior (incisos II e III do artigo 5º da Lei vigente), não haveria transmissão, retransmissão e nem execução por estes estabelecimentos que comercializam os aparelhos, mas mera recepção delas.

#### 2.6.2.2.i Representação teatral e execução musical no recesso familiar e em estabelecimentos de ensino

O próximo dispositivo em análise é o do inciso VI do artigo 46 da Lei Autoral de nosso país, que faculta a representação teatral e a execução musical quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro.

O dispositivo possibilita a representação teatral e a execução musical no recesso familiar ou em estabelecimentos de ensino, desde que sem finalidade de lucro. Trata-se de duas possibilidades distintas, como se vê. Quanto à primeira, é necessário definir o recesso familiar, o que faz Hammes:

<sup>311</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da... Op. cit.*, p. 101.

<sup>312</sup> MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral:... Op. cit.*, p. 318.

O recesso familiar não se restringe necessariamente às pessoas da família, mas é o ambiente que reúne pessoas cujo relacionamento é de caráter familiar. Não é preciso, segundo a doutrina alemã, que as pessoas reunidas tenham todas entre si tal relacionamento.<sup>313</sup>

De muito bom senso a previsão. As pessoas podem perfeitamente utilizar obras, para representação teatral e em seu convívio familiar, sem infração ao direito do criador da obra, e do intérprete (direito conexo), no caso das obras musicais. A questão fundamental é definir a extensão do recesso familiar, como antes referiu Hammes, no trecho citado.

A segunda possibilidade de utilização é das mesmas obras em estabelecimentos de ensino, sem escopo de lucro, para fins exclusivamente didáticos. Muito lógica a restrição ao direito do autor ou titular do Direito do Autor ou Direitos Conexos. A finalidade social eminentemente escolar, de ensino, assim possibilita.

#### 2.6.2.2.j Utilização de obras para prova judicial ou administrativa

A décima limitação do Direito do Autor ora em apreciação possibilita a utilização da obra autoral como prova em processos judiciais ou administrativos. Neste diapasão, é transparente a redação do inciso VII do artigo 46 da Lei sob exame prevendo a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa.

Não poderia ser outra a previsão a respeito. Prevalece princípio de ordem pública, ou seja, a instrução de processo judicial ou administrativo, em detrimento do direito do titular da obra. Imagine-se a proibição de utilização em processo-crime de uma carta do acusado onde ameaçava assassinar a vítima, apenas para exemplificar, sem prévia autorização daquele. Evidentemente, não a daria.

Manso chega a vinculá-lo ao princípio constitucional da ampla defesa, destacando que a utilização da obra em prova deste tipo não tem como fim precípuo um ganho econômico, ainda que a lide tenha como objeto central de discussão um ganho material. Para ele, com razão, “a administração da Justiça é um dever inadiável do Estado, que, dada sua relevância social, não poderia ser obstruída com a sonegação de provas para apenas resguardar-se o interesse pessoal do titular do direito autoral”.<sup>314</sup>

---

<sup>313</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da... Op. cit.*, p. 102.

<sup>314</sup> MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral:... Op. cit.*, p. 326.

O dispositivo relaciona-se à obra literária; no entanto, embora seja matéria de Direito Processual, destaque-se que a autoridade, seja judicial ou administrativa, pode requisitar documentos necessários à instrução, logo, outros tipos de obras, como fotografias e seus negativos, apenas para exemplificar, mais uma vez.

#### 2.6.2.2.1 Reprodução de fotografia em obra científica ou didática

O mais extenso dispositivo das limitações, o último inciso do artigo 46, possibilita a utilização de pequenos trechos de obras autorais de qualquer natureza, ou de obra integral se de arte plástica, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Possibilita este inciso que sejam reproduzidos pequenos trechos de obras de qualquer espécie, ou de obra integral se de artes plásticas, quando a reprodução em si não for o principal objetivo da obra nova e, ainda, desde que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. Embora extenso na redação, trata-se de reprodução meramente ilustrativa em outra obra original. Imagine-se um autor que escreve livro sobre a história da literatura brasileira, e em determinado capítulo analisa esta ou aquela escola literária. Pode reproduzir pequeno trecho de livro de certo autor vinculado àquela escola literária específica, nas condições aqui previstas. Ou, em outro exemplo, um autor que publica obra sobre artes plásticas, pode licitamente reproduzir na íntegra – possivelmente por fotografia – obra de arte de determinado artista representante de certa escola, com o único e exclusivo intuito de ilustrar suas afirmativas.<sup>315</sup>

Novamente filiando-se à interpretação de Cabral,<sup>316</sup> assegura-se que estas obras são acessórias no contexto da obra maior. Dali extraídas, a obra deverá continuar existindo, “tendo lógica, princípio, meio e fim”, não afetando a integridade da obra nova se retirado.

---

<sup>315</sup> CABRAL, Plínio. *A nova Lei de... Op. cit.*, p. 127. O autor concorda com este raciocínio, chegando a dizer que “seria de todo injusto – além de tecnicamente impraticável – proibir a reprodução de um quadro de autor contemporâneo numa obra que, por exemplo, estude esse período das artes plásticas brasileiras”.

<sup>316</sup> Idem.



#### 2.6.2.2.m Paráfrases e paródias

Após análise do longo artigo 46 e seus incisos, é o momento do artigo 47 da Lei Autoral, cuja redação, sempre para fins de melhor compreensão, se transcreve: “São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito”.

O artigo é de clareza singular ao prever que são livres as paráfrases e paródias. Entrementes, previne-se a segunda parte do dispositivo, que limita estas possibilidades a utilizações que não sejam verdadeiras reproduções da obra originária, e que não lhe impliquem descrédito.

Hammes destaca a limitação como natural decorrência de quem se expõe, pela criação intelectual. Sendo ônus desta condição de autor, é enfático ao afirmar que, “se o autor não quer ser criticado, assiste-lhe o direito de manter a obra inédita”.<sup>317</sup> Entretanto, cite-se Pimenta, que entende restritivamente a possibilidade paródia. Para ele,

A paródia, em princípio, se baseia na adaptação, e não na forma, constituindo em obra derivada. Assim não é admissível a paródia de obra literária, porque esta seria completa imitação. O que poderia ocorrer com a obra literária seria a crítica à obra ou sobre o autor. A paródia caracteriza pelo efeito humorístico; portanto, esta não se confunde com a obra originária.<sup>318</sup>

Enfatiza-se que as paráfrases e paródias são obras derivadas, contanto que não sejam verdadeiras imitações e não impliquem em descrédito da obra originária, como prevê a lei.<sup>319</sup>

#### 2.6.2.2.n Reprodução de obras de arte situadas permanentemente em logradouros públicos

O último dispositivo legal relativo às limitações aqui analisadas é o artigo 48, *verbis*: “As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais”.

<sup>317</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da... Op. cit.*, p. 103.

<sup>318</sup> PIMENTA, Eduardo S. *Código de Direitos Autorais e Acordos Internacionais*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 172.

<sup>319</sup> No destaque de Alain Strowel e Estelle Declaye (*Droit d'Auteur et Numérique: Logiciels, bases de données, multimédia: Droit belge, européen et compare*. Bruxelas: Bruylant, 2001, p. 78): “Encore faut-il que la reprise des éléments protégés n'apparaisse pas comme une simple adaptation de l'œuvre originale, auquel cas le consentement de l'auteur doit être obtenu. La disposition légale crée une condition supplémentaire, en ce que la parodie doit respecter 'les usages bonnêtes', qui restent à déterminer”.

Trata-se de limitação plausível, por estarem ditas obras em logradouros públicos.<sup>320</sup> Diga-se, por necessário, que esta possibilidade tem formas e tipos de utilização limitados em lei a pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais, como se vê na análise do artigo supra reproduzido.

Hammes elogia a atual previsão legal, pois a redação da lei anterior dizia que “é livre a reprodução de obras existentes em logradouros públicos”.<sup>321</sup> Santos propõe outro enfoque, perquirindo se a possibilidade somente de representação, em vez de “reprodução”, não constituiria igualmente uma restrição ao direito à informação, à educação e à cultura.<sup>322</sup>

Finalmente, registre-se que, mesmo sendo as limitações matéria afeita principalmente aos direitos patrimoniais do autor, há, ainda, quem sustente a existência também de limitações nos direitos extrapatrimoniais de autor, como Manso que, mesmo na análise à luz da legislação anterior, os vê, por exemplo, no direito que tem o proprietário de uma edificação de modificar o projeto arquitetônico sem autorização do arquiteto, que não poderá impedir as modificações, mas somente repudiar a autoria (como na vigente Lei Autoral), ou ao caso do autor de obra de caráter didático que não pode se opor a sua atualização em futuras edições.<sup>323</sup>

## **2.7 LIMITAÇÕES NO SISTEMA DA *COMMON LAW*: O *FAIR USE* DOS NORTE-AMERICANOS E O *FAIR DEALING* DOS INGLESES**

### **2.7.1 O *fair use***

#### **2.7.1.1 Introdução e esboço histórico**

No sistema da *common law*, com características próprias, adota-se metodologia legal das limitações diversa daquelas dos países filiados ao Direito de Autor originado na França, na maioria utilizadores do sistema da cepa românica onde o Direito brasileiro se insere. Aliás, estas diferenciações vão muito além das limitações, mas ocorrem na

---

<sup>320</sup> Neste sentido, convém consultar a classificação dos bens públicos, nos artigos 96 a 98 do Código Civil.

<sup>321</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito da...* *Op. cit.*, p. 99, item 203.

<sup>322</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Observações feitas na banca de arguição de doutoramento, realizada na Unisinos em 9 de agosto de 2006.

<sup>323</sup> MANSO, Eduardo Vieira. *Violações aos...* *Op. cit.*, p. 16-7.

globalidade do Direito Autoral, pois são conhecidos os dois grandes sistemas mundiais: de um lado o sistema anglo-saxão, conhecido como *copyright*,<sup>324</sup> e de outro o sistema da Europa Continental, denominado de *Droit d’Auteur*, historicamente surgido na França.

Voltando às limitações, enquanto nos países que adotam o modelo francês, invariavelmente de modelo da *civil law*, é averiguada uma previsão de “casos” de limitações em tentativas que boa parte da doutrina tradicional interpreta como exaustivas ou taxativas, ou seja, que não comportam ampliação da interpretação, no sistema de *copyright* as limitações decorrem de uma cláusula geral<sup>325</sup> que nos Estados Unidos obtém a nomenclatura de *fair use*, e na Inglaterra, de *fair dealing*.

Como bem relata Ascensão, ambos os modelos partem da mesma previsão inserta na Regra dos Três Passos, na Convenção de Berna. A pergunta que pertine é a seguinte: “Representa uma restrição à emanção de normas? ou comanda a aplicação no caso concreto?”<sup>326</sup> Ponderando ambos os aspectos, não existe a polêmica instaurada pois, como a Convenção de Berna é um documento internacional que regula a matéria autoral no estrito limite entre Estados, obviamente deve ser lido como documento de “orientações gerais”, não se imiscuindo em detalhes das legislações nacionais, que indiscutivelmente podem adotar o modelo que mais lhes convém.

Na primeira hipótese questionada, a restrição partiria de um caráter generalizador, devendo-se demarcar individualmente os tipos em que fosse admitida a restrição. Desta forma, surgiram exceções conhecidas entre nós, no sistema brasileiro, como o limite da citação, das utilizações em benefício de deficientes físicos, para fins de crítica ou polêmica *etc.* No segundo caso, a fórmula se esteiaria num caráter individualizador, centrado no

---

<sup>324</sup> Como corretamente assevera Delia Lipszyc (*Nuevos temas de Derecho de Autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO/CERLAC/Zavalia, 2004, p. 19), “las diferencias entre la concepción jurídica angloamericana del *copyright* y la concepción jurídica continental europea – o latina – del ‘derecho de autor’ determinan que ambas denominaciones no sean por completo equivalentes”. A autora citada assim fundamenta para justificar a utilização, em sua obra, somente da expressão *Copyright* quando se refere ao sistema anglo-saxão. Embora tecnicamente esta afirmativa esteja perfeitamente correta, neste ponto e nos demais em que se analisa o tema naquele sistema (principalmente dos Estados Unidos e do Reino Unido) ora se usará *Copyright* e em outros momentos Direitos Autorais, com o único objetivo de não ficar muito repetitiva a expressão na língua inglesa.

<sup>325</sup> Ascensão sustenta a possibilidade de um terceiro tipo, com o que denominada “orientações mistas”, tanto partindo de uma cláusula complementada por especificações exemplificativas dos limites como o inverso. (ASCENSÃO, José de Oliveira. O Fair Use no Direito Autoral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 365, n. 99, p. 74, jan./fev. 2003).

<sup>326</sup> Idem, p. 75.

momento da aplicação, para determinar-se se um caso concreto se compatibilizaria com aqueles parâmetros.<sup>327</sup>

O *fair use* é uma típica cláusula geral, de carácter valorativo, não se constituindo as condutas por ela qualificadas como infração do Direito Autoral. No entanto, este recurso a uma cláusula geral de interpretação da legalidade ou não da utilização de obra alheia pode dar-se a partir de incidência positiva ou negativa. É positiva se “dá a matéria da actuação livre ou permitida, por não ser violadora do direito de autor”, e negativa “quando seu sentido é o de restringir os limites permitidos, mantendo-os dentro do quadro da tolerabilidade”.<sup>328</sup>

Originou-se basicamente da jurisprudência americana, esta derivada da do “*fair dealing*” ou “*fair abridgement*” do Direito inglês. Como detalhadamente aborda Leite, durante mais de um século o Judiciário dos Estados Unidos aplicou o *fair use* como regra de equidade flexibilizadora do Direito Autoral, e inicialmente a partir do que as cortes inglesas desenvolveram no final da primeira metade do século XVIII sob a forma de um grupo de princípios relativamente coesos destinados a regular o uso da obra de um autor por outro autor, sem que para isso houvesse a necessidade do prévio ou posterior consentimento do primeiro.<sup>329</sup>

O método norte-americano implica uma apreciação de base equitativa, tendo o carácter de uma *defense*. Acusado de violação de Direito Autoral alheio, o utilizador tem a possibilidade de provar que seu uso é justo (*fair*).<sup>330</sup> Prepondera sempre a análise do caso concreto. O ônus da prova é do utilizador. O uso justo é, portanto, um privilégio de usar material protegido sem permissão do possuidor do *copyright*. O raciocínio para permitir determinados usos de material protegido pelo Direito Autoral é beneficiar o público e promover as artes e as ciências. A arguição do uso justo é a defesa mais importante a uma alegação de violação ao *copyright*.<sup>331</sup>

<sup>327</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O Fair Use... *Op. cit.*, p. 75.

<sup>328</sup> *Ibidem*, p. 74-5.

<sup>329</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use” delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo, ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 108, fev. 2006.

<sup>330</sup> Na difícil tarefa de tradução de um termo da língua inglesa para o português, de modo a permitir que sua leitura demonstre o mais amplamente possível seu significado, alguns autores traduzem *fair use* como uso justo. Outros, como Eduardo Vieira Manso (*Direito Autoral*... *Op. cit.*, p. 226), preferem “uso razoável”.

<sup>331</sup> BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property: the Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets*. 2. ed. Nova Iorque: Thomson/Delmar Learning, 2004, p. 244.

Trata-se, no correto modo interpretativo de Ascensão, de verdadeira cláusula geral, aberta que, embora não se confunda com a equidade, deixa espaço aberto “onde é possível encontrar a manutenção do recurso à equidade como base, ao menos complementar, do funcionamento do sistema”.<sup>332</sup>

#### 2.7.1.2 Teorias embasadoras do *fair use*

Em sua criteriosa análise da temática aqui sob foco, Leite fundamenta teorias que embasam a do *fair use* nos Estados Unidos. Elas serão brevemente enfocadas na seqüência.<sup>333</sup>

##### 2.7.1.2.a *Fair use* e liberdade de expressão

Parte-se de uma idéia de mão dupla do *fair use* cotejado à liberdade de expressão. Se entendida a liberdade de expressão como mais que um direito que a sociedade tem de ouvir ou tomar conhecimento do que um direito individual de manifestação, a tendência é no primeiro momento de considerar que o monopólio autoral afeta o direito da sociedade, abreviando-o. Se, no entanto, ela for considerada na perspectiva coletiva, os Direitos Autorais podem ser interpretados como uma ferramenta de garantia e ampliação desta liberdade de expressão.<sup>334</sup> Nesta concepção, o conflito entre Direito Autoral e liberdade de expressão sequer existiria; seria resolvido dentro das próprias normas limitativas daqueles, sendo o Direito Autoral “o motor da liberdade de expressão”. Nesta perspectiva, o instituto do *fair use* desempenha um papel relevante no sistema autoral, harmonizando estes dois princípios potencialmente conflitantes.<sup>335</sup>

##### 2.7.1.2.b Teoria Econômica

De matiz econômica neoclássica, a Teoria Econômica assume que as ações dos indivíduos são embasadas na idéia da “mão invisível” sobre o mercado competitivo (Adam Smith) e, como resultado desse conjunto de suposições, considera que os indivíduos e o mercado representam a maximização lógica e emprega a perspectiva da matemática otimizada, descon siderando as conseqüências na sociedade do valor do conhecimento humano e das implicações sociais dos sistemas de proteção autoral.<sup>336</sup>

<sup>332</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O Fair Use no... *Op. cit.*, p. 76.

<sup>333</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use”... *Op. cit.*, p. 75-135.

<sup>334</sup> *Idem*, p. 93-4.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 96-7.

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 98-9.

No atinente ao Direito Autoral, esta maximização se daria no momento em que os titulares das obras ampliassem seus rendimentos pelo licenciamento do uso de suas obras a terceiros quando a quantia obtida com estas licenças pudesse superar aquela que obteriam com outros usos da obra, que não seriam autorizados com a concessão de tais licenças. Esta visão pragmática parte da idéia que o licenciamento aconteceria quando fosse benéfico a ambas as partes; a sociedade iria também se beneficiar, pois a obra seria colocada à sua disposição por seu maior valor de uso.<sup>337</sup>

#### 2.7.1.2.c Teoria do Custo Social

A Teoria do Custo Social surge em oposição à Teoria Econômica. Centra-se na idéia de que existem práticas sociais que são aceitas por períodos significativos; muitas delas não sofrem as injunções do tempo, sustentando-se no passado, no presente e no futuro. O *fair use* seria um fenômeno destes. Seu fundamento básico, então, reside na idéia de que a sociedade deseja que determinados indivíduos façam algo justo; no entanto, o propósito de tal desejo não está no ato desses indivíduos, mas no que a coletividade receberá como resultado. Nesta visão, o *fair use* é justo porque cria benefícios sociais que o mercado não produziria de outra forma.<sup>338</sup>

#### 2.7.1.2.d Entre a Econômica e a do Custo Social

Insatisfeita com a fundamentação dada por ambas, surge como uma teoria mista entre a Teoria Econômica e a Teoria do Custo Social, por entender que nenhuma das duas contém elementos suficientes para isoladamente justificar a doutrina do uso justo, embora conjuntamente seus argumentos fiquem mais completos e precisos. Isso decorre da estreiteza de qualquer das análises, pois, aplicada a primeira possibilidade, seriam levados em conta somente aspectos econômicos, como se estes não possuíssem dimensão social. Ao contrário, considerada apenas a Teoria Social se abandonariam as dimensões econômicas dos problemas sociais, igualmente redundando em conclusões inadequadas. Tenta utilizar da interdisciplinaridade entre a economia e a sociologia, duas áreas irmãs, para sustentar uma teoria mais sólida que una interesses comuns e coletivos.<sup>339</sup>

---

<sup>337</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use”... *Op. cit.*, p. 97.

<sup>338</sup> *Idem*, p. 100.

<sup>339</sup> *Ibidem*.

### 2.7.1.2.e Teoria da Produtividade ou Transformação

Na lógica desta teoria, existiriam dois tipos de utilização justa da obra intelectual, o transformativo e o não-transformativo. A utilização mais plausível seria aquela com nítido enfoque na produtividade, ou seja, quando decorresse um uso produtivo ou transformativo da obra autoral, vale dizer, quando o uso envolvesse a utilização de elementos de uma obra pré-existente na criação de outra, que reformaria ou transformaria a obra pré-existente de algum sentido. Esta teorização sofre críticas, podendo pôr em risco os objetivos últimos do Direito Autoral, pois o ponto crucial de análise não ficaria restrito à idéia de transformação da obra, mas, sim, à promoção do desenvolvimento da sociedade e permissão de acesso à informação de um modo justo.<sup>340</sup>

### 2.7.1.2.f Teoria da Razoabilidade

Historicamente a razoabilidade foi um dos primeiros e principais critérios da solidificação jurídica do *fair use* como princípio do Direito Autoral. Entre os usos razoáveis e justos estariam aqueles objetivando o desenvolvimento social e a disseminação do desenvolvimento e da cultura.<sup>341</sup>

Para a fixação dos critérios de razoabilidade não seria crível analisar o uso sob o prisma econômico ou produtivo-transformativo, mas a partir das reações, pensamentos e condutas do “homem comum”, ou seja, daquilo que o “homem médio”<sup>342</sup> e razoável faria ou pensaria no caso concreto.<sup>343</sup>

<sup>340</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use”... *Op. cit.*, p. 102.

<sup>341</sup> Idem, p. 104. O autor embaixador desta análise cita exemplos de usos razoáveis: “O professor que deseja gravar um programa na televisão para mostrar uma matéria aos seus alunos; o crítico de um livro que deseja transcrever uma parte da obra que está revisando; o jurista que deseja citar um trecho de uma obra anterior para criticar ou defender as idéias ali contidas; ou o dono de um CD de músicas que quer copiar esse CD em seu computador para depois baixar as músicas em seu iPod para poder escutá-las enquanto estiver a caminho do trabalho ou enquanto estiver correndo no parque”. (Ib., p. 103).

<sup>342</sup> A expressão “homem médio”, absolutamente indeterminada; é um dos tantos “*standards* objetificantes” relacionado ao objetivismo metafísico da jurisprudência dos valores. É o que concluem Silva Filho, Almeida e Origuella em investigação que partiu da análise de como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Superior Tribunal de Justiça o interpretavam, aqui noticiada como mero referencial da imprecisão do termo, e por ser o texto, para onde se remete, na linha crítica que tenta superar as escolas hermenêuticas tradicionais, como se viu em breve incursão neste aspecto feita no cap. 1 desta pesquisa. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ALMEIDA, Lara Oleques de; ORIGUELLA, Daniela. O princípio da boa-fé objetiva no direito contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre/São Leopoldo: Livraria do Advogado/Unisinos, 2004, p. 67-91).

<sup>343</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use”... *Op. cit.*, p. 105.

### 2.7.1.3 Critérios de averiguação

Mesmo sendo uma cláusula geral, necessário referir que em 1976 o *copyright* passou a fazer parte do *United States Code*, em seu título 17, seção 107, deixando de ser uma complexa matéria de defesa, argüida como exceção, e passando a ser um direito, vinculador das decisões do Judiciário, independentemente dos precedentes judiciais, na visão de Manso.<sup>344</sup> Como conseqüência, ocorreu a inserção no sistema positivado de meios, fins e critérios<sup>345</sup> que possam levar à conclusão que aquela determinada utilização não é ilícita, ou seja, é de uso justo. Sempre exemplificadamente.<sup>346</sup> Importante referi-los, mesmo em rápida incursão, pois esta temática é importante na investigação científica aqui em discussão. São quatro os critérios do *U.S. Code*: o propósito e natureza do uso; natureza da obra; quantidade e qualidade de utilização, relacionada à obra global; e conseqüências da utilização no mercado potencial da obra.

#### 2.7.1.3.a Propósito e natureza do uso

Na análise do propósito e da natureza do uso prepondera a avaliação sobre ser comercial ou para fins educativos não-lucrativos. Este afloramento, na análise de Ascensão, não é taxativo, “pois entram em conta outras ponderações e nenhum critério tem vigor de aplicação automática”.<sup>347</sup>

Este primeiro fator considerado pelo Poder Judiciário norte-americano enfoca o propósito para o qual é empreendida a reprodução, adaptação, distribuição, performance ou exibição de um trabalho protegido pelo Direito Autoral e o uso que é feito dele. Geralmente, o uso para comentário e crítica é aceitável porque beneficia o público e

<sup>344</sup> MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral*;... *Op. cit.*, p. 230.

<sup>345</sup> No detalhado relato histórico de Eduardo Lycurgo Leite (*A doutrina do “fair use”... Op. cit.*, p. 109-12), eles derivam, mesmo tanto tempo após, da primeira decisão que historicamente começou a fixar sua conceituação, no julgamento, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1841, do caso *Folsom v. Marsh*, onde os autores eram editores que haviam adquirido os direitos de autor dos escritos de George Washington, enquanto que os réus eram um livreiro e o autor da obra “*The Life of Washington in the Form of an Autobiography*”, editada com 350 a 380 páginas a partir daquela (*The Writings of George Washington*) que tinha 7.000 páginas em doze volumes. Durante o julgamento do processo, os Réus admitiram que haviam copiado, em sua obra, diversas páginas dos escritos de Washington; no entanto, alegaram que o autor tinha o direito de citar, selecionar ou extrair de obra alheia na composição de uma obra nova, o que foi considerado como o ponto central da controvérsia. Na decisão, o relator, Juiz Story, reconheceu a possibilidade de citação nestes termos para fins de crítica, fixando ainda seus critérios formadores, a partir de então tratados na doutrina própria como “Os Quatro Fatores”.

<sup>346</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O Fair Use no Direito Autoral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 365, n. 99, p. 76, jan./fev. 2003.

<sup>347</sup> Idem, p. 77.



melhora o bem público; entretanto, se um motivo lucrativo estiver subjacente a qualquer desses propósitos, se poderá chegar a uma conclusão divergente. Embora o uso comercial não anule automaticamente uma defesa de uso justo, o uso do trabalho de outro para um propósito comercial é menos provável de ser permitido do que o uso para um propósito não-comercial. Na decisão de *Harper & Row Publishers, Inc. contra Nation Enterprises*, (417 U.S. 539, 1985) concluiu-se que cada uso comercial é presumivelmente uma exploração injusta dos direitos do possuidor do copyright. Assim, denota-se claramente que o uso comercial tende a pesar contra uma decisão de uso justo.<sup>348</sup>

As Cortes dos Estados Unidos também examinam se o uso do acusado adiciona algo novo com um novo propósito ou caráter diferente. A adição de material novo ou um uso produtivo beneficia o público. O insucesso de transformar um trabalho de qualquer modo pesa contra uma decisão de uso justo.<sup>349</sup>

Finalmente, um uso que seja meramente incidental será mais provavelmente determinado como uso justo. Por exemplo, se um repórter de notícias estiver diante de uma pintura protegida pelo Direito Autoral enquanto relata o roubo de trabalhos de arte, esse uso é incidental e pode apoiar uma decisão de uso justo, mesmo que viole o direito do possuidor do copyright de exibir o trabalho.<sup>350</sup>

#### 2.7.1.3.b Natureza da obra

Num segundo plano, a natureza da obra. As cortes consideram o grau de criatividade no trabalho protegido pelo Direito Autoral ao determinar se um uso é justo. Geralmente, quanto mais criativo for o trabalho, mais proteção será proporcionada. De modo inverso, quanto mais instrutivo (informacional) ou efetivo (factual) for o trabalho, menos proteção ele receberá.<sup>351</sup> Assim, o fato de um segundo trabalho ser efetivo ou instrutivo em sua natureza tende a apoiar uma decisão de uso justo. Novamente, o uso e a disseminação de material efetivo e instrutivo tendem a melhorar a pesquisa e o trabalho acadêmico e, portanto, são encorajados.<sup>352</sup> Este critério parte da visão de que os fatos e

<sup>348</sup> BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property... Op. cit.*, p. 244.

<sup>349</sup> *Idem*, p. 244.

<sup>350</sup> *Ibidem*.

<sup>351</sup> Ascensão diz que “é facilmente previsível que nas obras mais fácticas o âmbito da utilização *fair* seja maior que nas obras mais imaginativas”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. O Fair Use no... *Op. cit.*, p. 77).

<sup>352</sup> BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property... Op. cit.*, p. 245.

idéias não são tutelados pelo Direito Autoral, e leva necessariamente ao reconhecimento de que algumas obras estão mais próximas do intuito de proteção autoral do que outras.<sup>353</sup>

É importante se o trabalho é publicado ou não-publicado. O uso não-autorizado de um trabalho de um titular antes da publicação afeta severamente o direito do proprietário de determinar o tempo da entrada no mercado e ser o primeiro “no cenário”. Então, trabalhos que não são publicados geralmente recebem mais proteção do que aqueles que foram publicados. Entretanto, o título 17, seção 107 do *U.S. Code* determina especificamente que o fato de um trabalho não ser publicado por si só não obstrui uma decisão de uso justo.<sup>354</sup>

#### 2.7.1.3.c Quantidade e qualidade de utilização, relacionada à obra global.

Por terceiro, a quantidade e qualidade da utilização relativa à obra global. Como exemplo pode-se referir as citações; mesmo elas podem não ser decorrentes de um uso justo “se forem de tal modo longas e repetidas que acabem por representar praticamente uma apropriação do conjunto da obra”.<sup>355</sup>

Na análise prática, ao determinar se o uso de trabalho protegido pelo Direito Autoral alheio é justo, as cortes consideram a porção quantitativa bem como a qualitativa do trabalho que é reproduzido. Geralmente, não é um uso justo reproduzir um trabalho em sua integralidade. Quando é reproduzido menos que a íntegra do trabalho, se o uso é justo dependerá da importância da porção usada, principalmente se a porção reproduzida é a essência ou o “âmago” do trabalho protegido. Mesmo quando a quantidade tomada é quantitativamente pequena, o uso pode ainda não ser permissível se o que é tomado é sua porção nevrálgica ou principal. Por exemplo, no processo entre *Harper & Row Publishers, Inc* e *Nation Enterprises* (471 U.S. 539, 1985), embora a porção tomada fosse pequena (somente cerca de 300 palavras de 200.000 de um manuscrito original do ex-Presidente Ford), a cópia textual era a essência do trabalho protegido pelo Direito Autoral. Esta quantidade foi considerada excessiva no julgamento específico.<sup>356</sup> No entanto, ao julgar a contenda entre *Sony Corp.* e *Universal City Studios, Inc* (464 U.S. 417, 1984), a mesma Suprema Corte considerou que a reprodução integral de uma obra se configurava como *fair*

<sup>353</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use”... *Op. cit.*, p. 117.

<sup>354</sup> BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property*... *Op. cit.*, p. 245.

<sup>355</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O Fair Use no... *Op. cit.*, p. 77.

<sup>356</sup> BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property*... *Op. cit.*, p. 245.

*use* em decorrência da natureza não-comercial do uso (gravação de programas de televisão para fins privados).<sup>357</sup>

#### 2.7.1.3.d Conseqüências da utilização no mercado potencial da obra

Por último, o quarto critério, amparado na necessária análise da incidência da utilização sobre o mercado atual ou potencial da obra, é citado por parte dos doutrinadores norte-americanos como o mais importante de todos os critérios,<sup>358</sup> o que não é de se estranhar diante da notória visão “econômico-comercial” que os norte-americanos têm do mundo, e inegavelmente do Direito Autoral.

Nesse azimute, Bouchoux destaca os elementos utilizados pelo Poder Judiciário para esta averiguação:

Most courts agree that the effect of the defendant’s use on the potential market for the copyright owner’s work is the most important of the four factors considered in determining whether a use of another’s work is a permissible fair use. If the defendant’s use causes or will cause a loss of revenue the copyright owner, such argues against a finding of fair use. If the work will supplant the market for the copyright owner’s work or diminish the potential market, the use is likely not a fair one.<sup>359</sup>

O *Copyright Office* deu exemplos de atividades que as cortes têm considerado como uso justo, incluindo os seguintes:

- quoting excerpts from copyrighted materials in a review or criticism of the work;
- quotation of short passages in scholarly or technical works for illustration or clarification of the author’s observations;
- use in a parody of some of the parodied work;
- reproduction of a small portion of a work by a teacher to illustrate a lesson; and
- a summary of an address or article, with brief quotations, in a news report.<sup>360</sup>

<sup>357</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use”... *Op. cit.*, p. 118.

<sup>358</sup> Conforme ASCENSÃO, José de Oliveira. O Fair Use no... *Op. cit.*, p. 77.

<sup>359</sup> BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property...* *Op. cit.*, p. 245. Tradução livre: “A maioria das Cortes concorda que o efeito do uso do acusado no mercado potencial do trabalho protegido pelo registro de propriedade autoral do proprietário é o mais importante dos quatro fatores considerados ao determinarem se um uso de trabalho de outro é um uso justo permissível. Se o uso do acusado causa ou causará uma perda de rendimentos ao possuidor do copyright, isso é um argumento contra uma decisão de uso justo. Se o trabalho suplantar o mercado do possuidor do copyright do trabalho ou diminuir o mercado potencial, não é provável que o uso seja um uso justo”.

<sup>360</sup> *Idem*, p. 244. Tradução livre, do autor desta investigação: “Citação de excertos de materiais protegidos pelo registro de propriedade autoral em uma revisão ou crítica do trabalho; citação de passagens curtas em trabalhos acadêmicos ou técnicos para ilustração ou esclarecimentos das observações do autor; uso em uma paródia de parte do trabalho parodiado; reprodução de uma pequena porção de um trabalho por um professor para ilustrar uma aula; e, um resumo de uma palestra ou artigo, com breves citações, em um relato de notícias”.

Para ilustrar a realidade aqui analisada, Bouchoux enumera várias decisões de Tribunais americanos.<sup>361</sup> Uma das mais polêmicas envolveu a *American Geophysical Union* contra a *Texaco, Inc.* Nesta lide, os editores de diversos periódicos científicos distribuíram ação judicial contra a Texaco alegando que a prática da empresa de copiar artigos de periódicos e então encaminhar ou distribuir os artigos a seus mais de 400 pesquisadores era uma violação. Os pesquisadores inseriam cópias dos artigos em seus arquivos para uso e referência posteriores. Os editores alegaram que esta prática violava seus direitos nos artigos. O Poder Judiciário entendeu que as cópias da Texaco não eram um uso justo. Embora a razão lucrativa da Texaco fosse relevante, a Corte declarou que o foco deveria ser no uso do próprio material, e não no usuário. O fato de os materiais terem sido usados para um propósito arquivístico – eles eram meramente colocados em arquivos e não transformados de modo algum – pesou contra uma decisão de uso justo. Sobre o segundo fator (a natureza do trabalho), julgou-se que os artigos eram científicos e factuais, e isto pesou a favor da Texaco. O terceiro fator (quantidade de trabalho copiada) foi relevante contra a Texaco porque foram copiados separadamente artigos inteiros. Com relação ao último fator (impacto da cópia no mercado potencial dos materiais protegidos pelo Direito Autoral), a Corte julgou contra a Texaco porque os editores perderam rendimentos de assinaturas e porque a demandada poderia ter requerido uma autorização ao *Copyright Clearance Center* – CCC, uma carteira de compensação central estabelecida pelos editores por sugestão do Congresso para autorizar cópias de materiais, de forma similar à que a ASCAP e a BMI dão para obras musicais. Ao deixar de lado esta possibilidade, a Texaco ocasionou uma perda de rendimentos aos editores. A Texaco apelou à Suprema Corte dos Estados Unidos, que concedeu ordem de anulação (*certiorari*); entretanto, antes que fosse examinado o mérito, as partes propuseram um acordo à Texaco, concordando esta em pagar mais de um milhão de dólares e uma taxa de licenciamento retroativa adicional ao *Copyright Clearance Center*. A Texaco também concordou em negociar um contrato de licenciamento para cinco anos com o organismo.<sup>362</sup>

Este precedente causou muita consternação, visto que era prática corriqueira em muitas empresas estadunidenses a compra de um número limitado de assinaturas de periódicos e então se copiavam artigos à medida que fossem necessários para distribuição

---

<sup>361</sup> BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property... Op. cit.*, p. 245-7, em ponto que intitula “*Overview of fair use cases*”.

<sup>362</sup> 37 F.3d 881 (2d Cir. 1994). BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property... Op. cit.*, p. 246-7.

aos empregados. Sem uma definição da matéria pela Suprema Corte, os usuários são deixados com a afirmativa do *Second Circuit* (Segundo Tribunal Itinerante) de que a prática é violadora. Muitas questões permanecem sem solução, incluindo se existe uma diferença entre o arquivamento de artigos por pesquisadores financiados por concessões governamentais e arquivamento por aqueles financiados por concessões de companhias privadas e qual resultado deve ser alcançado quando a cópia é feita por uma instituição que serve tanto ao setor comercial quanto ao setor educacional. O rumo mais seguro parece ser registrar acordos particulares de licenciamento com os editores ou obter uma autorização. O *Copyright Clearance Center* também oferece orientações para criar políticas de conformidade de copyright.<sup>363</sup>

### 2.7.2 *Guidelines*

Há nos Estados Unidos um sistema misto, diante da inserção de especificações positivas de limitações na seção 108 do mesmo título 17 do *U.S. Code*, complementadas por legislação posterior, como o *Digital Millenium Copyright Act*. São as chamadas *guidelines* que, embora afastando a aplicação da cláusula geral, não a fazem perder sua centralidade, pois ela continua sendo fonte de solução nos domínios não especificamente regulados, que são muito vastos, alimentando o sistema jurídico por meio da jurisprudência, sabidamente tão importante no sistema da *common law*.<sup>364</sup>

As *guidelines* são cláusulas referentes a domínios como os das bibliotecas e da educação,<sup>365</sup> o que dá conta Bouchoux:

Pursuant to section 108 of the Copyright Act, libraries can reproduce a work for distribution and for preservation purposes. Similarly, libraries are protected from liability for infringement for unpermitted photocopying by their patrons as long as a notice is displayed

---

<sup>363</sup> BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property... Op. cit.*, p. 247. O que pode ser feito por meio de telefone próprio, nos Estados Unidos, e inclusive pela internet (<http://www.copyright.com>).

<sup>364</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O Fair Use no... *Op. cit.*, p. 77. O autor adotado dá como exemplo das *guidelines* a possibilidade de reprodução de obras por bibliotecas e arquivos, objeto da seção 108 do Código estadunidense.

<sup>365</sup> Idem, p. 78. Ascensão relata a *Conference on Fair Use*, realizada nos Estados Unidos em 1998, com finalidade precípua de concretizar a aplicação do *fair use* no ambiente digital, especialmente por bibliotecas e entidades educacionais, reconhecendo-se que a Sociedade da Informação possibilita inúmeras oportunidades para o uso justo das obras. Como é comum no sistema daquele país, critica o estudioso português, se desceu a minúcias, chegando a Diretriz sobre Ensino a Distância a determinar a aplicação às obras licitamente adquiridas, mas excluindo a distribuição assíncrona em rede para o ensino à distância.

on the photocopy equipment that the making of copies may be subject to copyright law.<sup>366</sup>

Em 1975, o Congresso recomendou aos educadores e editores que tentassem chegar a um acordo com relação aos usos educacionais permissíveis de material protegido pelo Direito Autoral. O resultado foi o “*Agreement on Guidelines for Classroom Copying in Not-for-Profit Educational Institutions with Respect to Books and Periodicals*” (Acordo sobre orientações para cópias em sala de aula em instituições educacionais sem fins lucrativos com respeito a livros e periódicos). Estas orientações foram feitas parte da história legislativa do *Act* de 1976. Dentre algumas de suas disposições mais notáveis, a que permitia cópias simples de materiais protegidos (tais como capítulos de livros, histórias curtas, mapas ou artigos de um periódico), desde que feitas por professores para pesquisa escolar ou uso no ensino, ou até mesmo cópias múltiplas (que não excedam mais de uma cópia por aluno em um curso), podem ser feitas se as cópias estiverem em conformidade com critérios especificados de brevidade (as orientações incluem critérios determinados para a quantidade do trabalho que pode ser copiado, por exemplo, um poema pode ser copiado se tiver menos de 250 palavras) e espontaneidade (a decisão de usar o material é tomada tão próxima ao tempo de sua utilização que não seria razoável esperar uma resposta a um pedido ao autor para usá-lo); cada cópia inclui uma observação de copyright; e o efeito cumulativo da cópia é limitado – por exemplo, não podem ser feitas mais de nove instâncias de múltiplas cópias para um curso durante um semestre de aulas.

Similarmente, professores de música e editores concordaram e desenvolveram o “*Guidelines for Educational Use of Music*” (Orientações para uso educacional de músicas) para determinar os padrões de uso justo educacional de músicas.<sup>367</sup>

### 2.7.3 Paródias

As paródias de obras literárias, de arte e música são vistas como uma forma produtiva de comentário e crítica social. Devido ao fato de os possuidores de copyright serem altamente contrários a conceder a outro uma permissão para parodiar seu trabalho,

---

<sup>366</sup> BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property... Op. cit.*, p. 248. Tradução livre: “Conforme a Seção 108 do *Copyright Act*, as bibliotecas podem reproduzir um trabalho para propósitos de distribuição e de preservação. Similarmente, as bibliotecas estão protegidas de responsabilidade por violação por fotocópias não-permitidas por seus clientes, contanto que esteja exposto na fotocopiadora um aviso de que a realização de cópias pode estar sujeita à lei de copyright”.

<sup>367</sup> Idem.

os parodistas freqüentemente confiam na defesa como uso justo quando é alegada violação pelo titular do trabalho parodiado. Geralmente, não pode ser retirado do trabalho original mais do que o necessário para realizar a paródia. O trabalho do parodista deve “evocar o espírito” daquele que o inspira e vincular a paródia ao espírito do original para fazer comentário ou crítica social. Se o parodista meramente copiar um trabalho para fazer comentário social sobre qualquer outro tópico, o uso justo não estará presente.<sup>368</sup>

#### 2.7.4 Outras defesas

Há, ainda, no sistema norte-americano, outras formas de limitações que não o *fair use*. Em caráter ilustrativo, se dará breve noção deles aqui, a começar pela invalidade do copyright.

##### 2.7.4.1 Invalidade do copyright

Na denominada “invalidade do copyright”, um acusado pode asseverar que o material para o qual o postulante busca proteção não pode ser protegido pelo Direito Autoral. Mesmo que tenha sido emitido um certificado de registro de copyright, o demandado pode replicar a presunção de validade que procede do registro e provar que o trabalho carece de originalidade suficiente para ser protegido e que o *Copyright Office* o registrou erroneamente. Desta maneira, o acusado pode argumentar que os trabalhos são artigos úteis, matéria de domínio público, fatos comuns não sujeitos à proteção de copyright ou *scenes a faire* (temas comuns ou de várias peças apresentadas) que fluem naturalmente de uma premissa ou do ambiente de uma história e por isso não são protegíveis. Demais disso, as obras não são protegidas meramente por resultarem de trabalho árduo. Para serem protegíveis, devem conter expressão tutelada pelo Direito Autoral. Desta maneira, em *Feist Publications, Inc. contra Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), a Suprema Corte entendeu que, embora uma companhia telefônica tivesse investido trabalho árduo na compilação de sua lista telefônica, a lista não era protegível por ser meramente factual. Um resultado similar foi alcançado em 1998 quando o Segundo Tribunal Itinerante interpretou que a adição pela *West Publishing Company* (em demanda tendo como parte adversa *Matthew Bender & Co*, 158 F.3d 674, 2d Cir. 1998) de determinadas características, tais como informações de jurisconsultos, citações paralelas e

---

<sup>368</sup> BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property... Op. cit.*, p. 247.

paginação com asteriscos, a casos no domínio público não resultaram em trabalho original protegível pelo Direito Autoral com direito a proteção. Um acusado pode também mostrar que o demandante não revelou determinados fatos ao *Copyright Office* (tais como que o trabalho do demandante era um trabalho derivativo ou um artigo útil), assim tornando o registro inválido.<sup>369</sup>

#### 2.7.4.2 Embargo

Neste caso, quando o titular de um Direito Autoral tem conhecimento de um uso violador e consente com este uso, pode ser posteriormente embargado ou impedido de alegar infração, especialmente se o acusado investiu somas na comercialização da obra.<sup>370</sup>

#### 2.7.4.3 Uso indevido (mal-uso)

Um demandante pode não obter tutela judicial em uma ação de violação se sua conduta se caracterizar como culposa ou injusta, ou mal-uso de seu copyright. Bouchoux exemplifica: “Requiring a defendant who licenses one copyright work to license another or coupling a copyright license with a restrictive covenant precluding a party from developing its own copyrighted works may be such misuse as to preclude the licensor from later asserting infringement of copyright”.<sup>371</sup>

#### 2.7.4.4 Informação imprópria sobre o copyright

A Seção 406 do *Copyright Act* concede uma completa defesa à violação se o infrator alegado for enganado por uma informação sobre copyright que identifica erradamente o titular daquele direito. Em caso noticiado por Bouchoux o demandante criou um vídeo e o licenciou para terceiro, outro, que o reproduziu para uso em escolas. O vídeo

---

<sup>369</sup> BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property... Op. cit.*, p. 248-9.

<sup>370</sup> Idem, p. 249.

<sup>371</sup> Ibidem. Tradução livre: “Exigir que um acusado que autoriza um trabalho protegido pelo registro de propriedade autoral para autorizar outro ou acoplar uma autorização de copyright a uma cláusula restritiva que impede uma parte de desenvolver seus próprios trabalhos protegidos pelo registro de propriedade autoral pode ser mal-uso, igual ao de impedir o concessor da autorização de mais tarde assegurar a violação ao copyright”. Nas palavras de Eduardo Lycurgo Leite, em contato pessoal por correspondência eletrônica em 17 de fevereiro de 2006, “tal se constitui em uma defesa contra uma alegação de violação baseada na conduta do Autor da ação ou titular dos direitos, que busca usar a sua Propriedade Intelectual em violação à letra ou ao espírito das normas antitruste. O ‘*misuse*’ é comumente usado em associação ao que se chama de doutrina do ‘*unclean hands*’. Desta forma, como princípio de equidade, a culpa do titular dos direitos, assim como a culpabilidade do infrator, devem ser consideradas para a resolução da questão. Pela doutrina do ‘*unclean hands*’, aquele que age infringe a lei, por equidade, não faz jus a reparação. Assim, àquele que fraudou o seu concorrente no objeto da ação não deve ser reconhecido direito”.



continha uma informação de copyright que identificava impropriamente o licenciado como o possuidor do copyright (em vez do postulante, o verdadeiro proprietário). O autorizado vendeu cópias do vídeo ao acusado. Este defendeu com sucesso a ação com base em que a informação de copyright identificava o autorizado como proprietário e que ele, por isso, tinha o direito de supor que essa parte podia lhe vender o vídeo. A Corte concordou e decidiu que o demandado não violou direito da parte que alegara.<sup>372</sup>

#### 2.7.4.5 Prescrição e Negligências

A Seção 507(b) do *Copyright Act* prevê um prazo prescricional de três anos nas ações civis de violação ao copyright. O período de tempo pode ser suspenso se o acusado tiver ocultado fraudulentamente sua violação ao copyright do demandante, de modo que este não o soubesse para distribuir uma ação. O período de três anos é calculado desde o tempo em que ocorreu a violação. Se houver atos separados de violação, ou se a violação for contínua em sua natureza, o prejudicado pode iniciar o processo a qualquer tempo dentro de três anos do último ato violador. Esta defesa Bouchoux denomina *Statute of Limitations and Laches*.<sup>373</sup>

A *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property* define *statute of limitations* em sede de Direitos Intelectuais como sendo a norma que declara que uma ação judicial pode ser validamente apresentada em determinados tipos de casos e desde que seja ajuizada dentro de um período específico de tempo contados do momento em que se originou o direito de processar.<sup>374</sup> O *Black's Law Dictionary* declara que o *statute of limitations* se refere a leis federais e estaduais que estabelecem o prazo máximo nos quais algumas ações podem ser ajuizadas ou direitos exercidos.<sup>375</sup>

Embora “*laches*” tenha estritamente outro significado, está de algum modo relacionado ao “*statute of limitations*” (seria a nossa prescrição) na análise atinente à demora no ajuizamento de uma ação. Enquanto este último prescreve a perda da ação de um modo mais direto, aquele é uma defesa relacionada à intensidade fática envolvendo (e considerando-se) o peso e o balanço de todos os pontos de equidade e justiça do caso. A

<sup>372</sup> BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property... Op. cit.*, p. 249.

<sup>373</sup> Idem.

<sup>374</sup> MCCARTHY, Roger E.; SCHECHTER, Roger E.; FRANKLIN, David J. *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*. 3rd. ed. Washington: BNA Books, 2004, p. 566.

<sup>375</sup> BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6th ed. Saint Paul, MN: West Publishing, 1990, p. 927.

idéia vem da máxima de que a “equidade deve auxiliar o vigilante, não aquele que dorme sobre seu direito” (“o direito não socorre a quem dorme”). Além de uma norma prescricional, o “*laches*” é uma defesa calcada na equidade que pode ser levantada contra um titular de direitos que tenha de modo injustificável demorado para ajuizar uma ação. Concretizando: “Exemplo de ‘*laches*’ seria o caso de um titular de direitos de Propriedade Intelectual que sabe da violação aos seus direitos mas, injustificadamente, demora mais de um ano para ajuizar uma cautelar visando impedir a violação. A demora nesse caso pode ser considerada em favor do infrator”.<sup>376</sup>

### 2.7.5 O *fair dealing*

O *fair use* não se confunde com o sistema britânico do *fair dealing*. Embora semelhante àquele, este não representa uma cláusula geral e central que possa ser aplicada em todas as possibilidades. No entanto, “desde 1911 evoluiu para especificações legislativas que fazem aproximar o sistema do continente europeu. O uso privado não é motivo geral de exoneração, discutindo-se nomeadamente as faculdades de utilização para pesquisa e estudo privado”.<sup>377</sup>

Surgiu a partir da interpretação das cortes inglesas no final da primeira metade do século XVIII sob a forma de um grupo de princípios relativamente coesos destinados a regular o uso da obra de um autor por outro autor, sem que para isso houvesse necessidade de prévia ou posterior concordância do primeiro, sempre tendo como base a existência simultânea dos pressupostos de uso de boa-fé e de conduta (ou comportamento) razoável.<sup>378</sup>

Seu surgimento histórico teria se dado pontualmente no julgamento de demanda do Caso *Cary versus Kearsley* (4 Esp. 168, 170-171), em 1803, quando Lord Ellenborough afirmou que “a man may fairly adopt part of the work of another: he may so make use of another’s labours for the promotion of science, and the benefit of the public: but having done so, the question will be, Was the matter so taken used fairly with that view [...]”.<sup>379</sup>

<sup>376</sup> Segundo Eduardo Lycurgo Leite, em contato pessoal por correspondência eletrônica, em 17 fev. 2006.

<sup>377</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O Fair Use no... *Op. cit.*, p. 76-7.

<sup>378</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use”... *Op. cit.*, p. 108.

<sup>379</sup> “Um indivíduo pode razoavelmente adotar parte da obra de outrem: ele pode fazer uso do trabalho alheio para promover a ciência e em benefício do público: mas em agindo assim, a questão será: foi a coisa utilizada razoavelmente com relação a esse entendimento...” Conforme LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use”... *Op. cit.*, p. 109, tradução do autor consultado.

Mesmo não tendo o julgador utilizado a expressão “*fair use*”, a expressão “*used fairly*” precisaria a origem da nomenclatura, vinculada a boa-fé à razoabilidade, e ainda ao escopo da proteção autoral, como promovedor do desenvolvimento e do benefício da sociedade. Apesar de ter sido uma construção feita nas cortes britânicas entre 1740 e 1839, com a importância do julgamento antes referido, é somente neste último ano (julgamento do caso *Lewis v. Fullarton*) que o termo “*fair use*” vai ser utilizado pela primeira vez nos precedentes judiciais britânicos.<sup>380</sup>

### 2.7.6 As vantagens e desvantagens de cada sistema de limitações

Ascensão dá conta que, curiosamente, o sistema do *fair use* muitas vezes se mostra mais adequado que o continental, pois, “além de não ser contraditório como o europeu, mantém a capacidade de adaptação a novas circunstâncias, em tempo de tão rápida evolução”.<sup>381</sup>

Mesmo com a utilização de uma linguagem ampla, observa Leite, o Estatuto Autoral norte-americano de 1976 conseguiu satisfazer todos na intenção de manter a doutrina inalterada já que, ao prescrever um número mínimo de questionamentos a serem formulados no momento de análise de aplicação do *fair use*, levou algumas cortes a interpretar que talvez o Congresso dos Estados Unidos tenha exagerado na intenção de deixar a doutrina inalterada, pois o Estatuto visivelmente oferece novo direcionamento para que a defesa seja aplicada. Na forma como foi codificada, a doutrina do *fair use* representou uma série de decisões baseadas nos princípios gerais de Direito e na equidade, nas quais a conduta aparentemente reprovada pelas normas autorais não ensejava qualquer tipo de punição.<sup>382</sup>

Na verdade, e esta observação está diretamente ligada à temática principal desta tese, uma enumeração taxativa, de tipo fechado, das limitações sofre enormes dificuldades de aplicação frente exatamente ao tema de maior relevância em sede de Direito Autoral na atualidade, a tecnologia digital e seus mais variados impactos, mormente na internet.

<sup>380</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “*fair use*”... *Op. cit.*, p. 109.

<sup>381</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O Fair Use no... *Op. cit.*, p. 78. Antes, faz a seguinte crítica: “O sistema norte-americano é maleável, enquanto o sistema europeu é preciso. Mas, visto pela negativa, o sistema norte-americano é impreciso, enquanto o sistema europeu é rígido. O sistema norte-americano não dá segurança prévia sobre o que pode ou não ser considerado *fair use*. O sistema europeu, pelo contrário, mostra falta de capacidade de adaptação”.

<sup>382</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “*fair use*”... *Op. cit.*, p. 119-20.

Neste caso, Ascensão situa duas correntes surgidas na esfera do Direito Autoral relacionado ao domínio da informática. Uma pretendia a suficiência do Direito de Autor clássico para o enfrentamento desta realidade, enquanto a outra sustentava a necessidade de “fundar tudo a partir do zero”, vencendo aparentemente “a tese da manutenção do edifício fundamental do Direito de Autor”, embora com fartura de leis que regulam particularmente os domínios informáticos, já que “se tornou necessário legislar muito, e com progressivo afastamento do que os princípios estabelecidos impunham”.<sup>383</sup>

### **2.7.7 A inadequação da forma atual das limitações**

#### **2.7.7.1 A insatisfação com a forma atual de limitações e propostas de modificações**

No Brasil, as discussões em torno das limitações ao Direito Autoral e à forma como são redigidas no ordenamento positivo têm sido muito profícuas. Ultimamente, instituições de peso no contexto dos Direitos Intelectuais, como a Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI e a Associação Brasileira de Direito Autoral – ABDA, inclusive têm Grupos de Estudo sobre o tema com a finalidade de propor soluções e aperfeiçoamento, notadamente legislativo, à forma como atualmente constam na Lei nº 9.610.

Esta realidade leva a duas conclusões. Primeiramente, que significativa parte da doutrina e dos operadores do Direito Autoral pátrio vê as limitações de forma exaustiva, taxativa. Por segundo, uma realidade que de resto se mostra muito freqüente na área dos Direitos Intelectuais, na linha de um exacerbado positivismo e de pouco valoração – ao menos aprofundamento – da função interpretativa.

A proposta da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, partindo de sua Comissão de Direito Autoral, reconhece que a atual previsão não é satisfatória, que se deve buscar a resolução dos atuais conflitos entre os interesses dos autores e o interesse público de acesso à informação e à cultura, e, ainda, que a enumeração taxativa das limitações não favorece a “função social do Direito de Autor”, e finalmente considerando que a adoção de princípios gerais de limitações oportunizará maior flexibilidade ao Poder Judiciário no caso concreto, além de elas não se tornarem obsoletas em decorrência do desenvolvimento tecnológico, propõe uma cláusula intermediária, porém legislada. Realça a proposta da

---

<sup>383</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O Fair Use no... *Op. cit.*, p. 79.

ABPI que não há uma simples intenção de transposição do modelo do *fair use* para o Direito brasileiro, embora entenda que a adoção de princípios gerais para regulá-las não seja incompatível com o sistema de proteção autoral de nosso país.<sup>384</sup>

A proposição da ABPI, curiosamente restrita somente ao artigo 46 da Lei Autoral, enquanto as limitações estão previstas em outros dispositivos, é a seguinte:

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

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

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

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

Parágrafo Único – A aplicação da hipótese prevista no inciso II deste artigo não se justifica somente pelo fato de o destinatário da reprodução e quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais ser empresa ou órgão público, fundação, associação ou qualquer outra entidade sem fins lucrativos.<sup>385</sup>

Em que pese seus indiscutíveis méritos, a proposta da ABPI deita raízes em uma fórmula estritamente legalista, como se vê, nos moldes do *fair use*. O *caput* refere expressamente a “princípios” sem, no entanto, expressar se estes são aqueles enunciados nos três incisos que seguem, certamente sendo mais adequada a expressão “requisitos”. Ademais, a possibilidade de “reprodução integral” constante no *caput* parece num primeiro momento prejudicar a exploração normal da obra de que trata a Regra dos Três Passos, a menos que de obra esgotada, o que é perfeitamente plausível, além da expressão

---

<sup>384</sup> BRASIL. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Comissão de Direitos Autorais. *Proposta de Alteração do artigo 46 da Lei nº 9.610/98*.

<sup>385</sup> *Idem*.

“distribuição” ali constante, que certamente polemizará na discussão da proposição, pois geralmente é vinculada a fins comerciais.

A Associação Brasileira de Direito Autoral – ABDA tem um Grupo de Estudos sobre o tema, porém ainda não chegou a uma conclusão em torno do assunto.

#### 2.7.7.2 A possibilidade de inserção de uma cláusula geral no ordenamento pátrio

Como visto na primeira parte desta pesquisa, significativa parcela dos civilistas nacionais ressalta positivamente a inserção destas cláusulas, mais abertas e valorativas da interpretação no caso concreto, no Código Civil de 2002, alguns chegando até a entender que deveriam ter sido mais usadas.

No entanto, a indagação se seria possível a inserção, no ordenamento legislativo brasileiro, de uma cláusula geral de limitações semelhante à do *fair use*, muitas vezes causa surpresa.<sup>386</sup> É verdade que mesmo diante da farta produção teórica no País em torno das cláusulas gerais, como aqui já se viu no Capítulo 1, especificamente no âmbito do Direito Autoral como cláusula geral de limitações ainda nada foi construído cientificamente e publicado.<sup>387</sup>

---

<sup>386</sup> Como para Lipszyc: “Respecto de la posibilidad de sustituir el sistema de la enumeración taxativa de las limitaciones en las leyes de tradición continental europea o franco germánica, sinceramente no lo veo proficuo. Se trata de concepciones jurídicas diferentes y, en el caso de los EE.UU. de América, el “*fair use*” nació como doctrina judicial (sistema del *common law*) y recién fue reconocido legalmente como excepción en el art. 107 de la *Copyright Act* de 1976. Es una excepción *abierta* y constituye una importante limitación general del derecho exclusivo del titular del *copyright* que autoriza la utilización libre y gratuita de una obra protegida para la realización de una copia para uso personal, para citas con fines docentes, de investigación o de crítica, para reseñas de prensa, etcétera. Puede ser que en los EE.UU. funcione, aunque muchos profesores estadounidenses preferirían una enumeración taxativa como la vigente en los países que siguen la concepción continental europea del “derecho de autor”. De todos modos, el art. 107 de la *Copyright Act* establece determinadas condiciones para ejercer el *fair use*, que se condicen con la prueba de las tres condiciones (“*the three steps test*”) pero no quiero pensar en la interpretación de la extensión de una excepción de ese calibre en manos de los jueces argentinos o brasileños. Cada uno dirá lo que se le de la gana, y no será el derecho de autor el que saldrá ganando. No me extraña que esa idea haya empezado a dar vueltas en el Brasil en este momento. Lo siento, pero no me parece una buena idea”. (LIPSYC, Delia, em contato pessoal por correio eletrônico em 11 fev. 2006). O autor desta pesquisa mantém contato com vários autoristas, propondo a discussão. Eduardo Lycurgo Leite, em contato pessoal por meio de correio eletrônico em 16 fev. 2006, igualmente manifestou preocupação com o Poder Judiciário e o que construiria a partir de uma cláusula do tipo *fair use*, embora tenda a uma cláusula híbrida. Aires José Rover é mais incisivo, entendendo possível de discussão, especialmente para que se proponha “o novo”, a modificação (em contato pessoal por correio eletrônico em 6 fev. 2006).

<sup>387</sup> Müller chega perto, mas limita-se à análise de uma possível interconexão das cláusulas gerais do Código Civil com o Direito Autoral, com ênfase nos contratos. (MÜLLER, Eugélio Luis. As Cláusulas Gerais do novo Código Civil e sua influência no Direito Autoral: uma breve análise. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo: ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 135-148, fev. 2006).

Esta polemização pode ser equacionada em um primeiro plano na interpretação de vanguarda que lhe dá Ascensão, para quem as limitações não são exaustivas, mas em cada caso concreto, mesmo no ordenamento brasileiro, se pode verificar se ocorre adequação daquela determinada utilização ao espírito geral da Convenção de Berna (Regra dos Três Passos) e das previsões constantes na Lei Autoral. Utilizar-se-ia da analogia e da interpretação extensiva.<sup>388</sup>

Num segundo momento, a inserção de uma cláusula geral no ordenamento autoral positivado seria solução que surgiria no momento histórico em que as cláusulas gerais foram construídas no sistema brasileiro, mormente a partir do Código Civil vigente, como se viu preteritamente. Não seria uma construção pura e simples, desprovida de maior fundamentação teórica e divorciada no momento histórico. Nem a importação de um modelo externo, a partir somente das virtudes do sistema construído nos Estados Unidos. Afinal, como reconhece Wieacker, cláusulas gerais inundam também a esfera da legislação extravagante de Direito Privado, o que consagra a idéia de que a prática jurídica sente, como sua tarefa mais importante, “não a solução sistemática ou conceitualmente justificada ou elegantemente construída, mas a decisão do caso concreto de acordo com a razão jurídica nos quadros duma determinada ordem jurídica”.<sup>389</sup>

Uma cláusula mista não é de descartar, bastando, para resolver definitivamente estas questões, já no próprio sistema positivado, um artigo próprio prevendo que todas as demais possibilidades de utilização não-previstas nos artigos antecedentes àquele são limitações licitamente permitidas, sempre e desde que adequadas à Regra dos Três Passos. Observe-se, neste particular, que tanto a enumeração das obras objeto do Direito do Autor como as possibilidades de utilização na esfera patrimonial destes direitos, como se sustentou em ponto próprio, são exemplificativas, absolutamente não ferindo qualquer principiologia autoral uma previsão neste sentido das limitações, abertas a cláusulas gerais.

Assim, a tecnologia, como a da moderna Sociedade da Informação, não obrigaria um repensar do Direito Autoral a cada inovação.

---

<sup>388</sup> Já em 1968 o jurista português inovava, neste particular, ao propor a tese de uma tipicidade “delimitativa” e não exaustiva dos Direitos Reais, utilizando estes critérios hermenêuticos. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa: Minerva, 1968).

<sup>389</sup> WIEACKER, Franz. *História do... Op. cit.*, p. 626-7.

### 3 O DIREITO AUTORAL NO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, SUA VINCULAÇÃO AOS PRINCÍPIOS E RELAÇÃO COM OUTRAS ÁREAS.

#### 3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Como já visto antes, atualmente se aceita a utilização da expressão “Direito da Propriedade Intelectual” como aquela área do Direito relacionada à tutela das obras resultantes do esforço intelectual humano.

Hammes situa a adoção internacional da expressão na Conferência Diplomática de Estocolmo, em 1967, que criou a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI.<sup>390</sup> Até então, trabalhava-se com as duas grandes áreas de abrangência isoladamente, de um lado o Direito Autoral e de outro o Direito da Propriedade Industrial. Hoje, em nível internacional, a expressão *intellectual property* é claramente identificadora desta área.<sup>391</sup>

Assim é classificado por tratar da proteção e regulamentação jurídica das obras resultantes de esforço intelectual. Tem-se, como duas grandes áreas, de um lado o Direito Autoral, atinente àquelas criações de natureza estética e/ou artística, e no outro o Direito da Propriedade Industrial, dividido basicamente em Direito do Inventor e Direito Marcário. Além destas, há outras áreas que são situadas no Direito da Propriedade Intelectual, como a concorrência desleal, a repressão ao abuso de poder econômico e até, por alguns, a propaganda enganosa, embora esta, ao menos no sistema jurídico pátrio, esteja mais relacionada ao Direito Civil (Obrigações), com diploma legal próprio, o Código de Defesa do Consumidor. Alguns inserem a concorrência desleal e a repressão às falsas indicações geográficas no Direito da Propriedade Industrial, e o Direito das Obtenções Vegetais (Proteção de Cultivares, a partir da Lei nº 9.456/97) no Direito da Propriedade Intelectual.<sup>392</sup>

---

<sup>390</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito da Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 19.

<sup>391</sup> No plano internacional, o aspecto relevante na última década foi o deslocamento das discussões em torno dos Direitos Intelectuais da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI para a Organização Mundial do Comércio – OMC. Dessa angulação, a própria criação do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), atualmente atuando os países naquele estágio que os internacionalistas denominam “pós-OMC”, como faz notar BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na Era Pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

<sup>392</sup> Como DEL NERO, Patrícia Aurélio. *Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 69-70. REMÉDIO MARQUES, João Paulo (Propriedade Intelectual e interesse público. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, n. LXXIX, p. 348, 2003), neste particular, cita alguns daqueles que denomina “tipos híbridos” de direitos de propriedade intelectual, que teriam surgido nos últimos 15 anos: “direitos que incidem sobre topografias de produtos semicondutores...;



De qualquer sorte, o que todos têm em comum é o surgimento a partir do intelecto.<sup>393</sup> Vale dizer, uma criação autoral, uma invenção, uma marca, ou ainda seja uma maquinação de concorrência desleal ou de abuso de poder econômico sempre partem da criatividade intelectual do agente.

### 3.2 ARGUMENTOS PARA UMA NOMENCLATURA MODERNA: DIREITO INTELLECTUAL OU DIREITOS INTELLECTUAIS

A expressão “Direito da Propriedade Intelectual” possivelmente não seja a mais adequada para designar a moderna área do Direito que abrange todas as obras resultantes do esforço intelectual humano.

Não é de se renunciar a idéia de utilização de uma expressão mais moderna e ampla, entendendo o autor desta investigação que esta seja “Direitos Intelectuais” ou até “Direito Intelectual”, embora a utilização dela, superada pela internacionalização e utilização preponderante da expressão “Direito da Propriedade Intelectual”, não seja necessariamente nova, pois, como descrevem Ascensão e Abrão, Edmond Picard já defendia esta denominação na França de 1873.<sup>394</sup>

Dois motivos básicos conduzem a esta necessária atualização da nomenclatura. Num primeiro momento, no atinente ao Direito Autoral, esta constatação funda-se na visão bem sustentada por Ascensão, já aqui referida, de que não é “propriedade”, devendo ser

---

...‘direito especial’ de extração e reutilização de partes substanciais do conteúdo de bases de dados não originais; dos direitos emergentes do registro dos conhecimentos tradicionais associados à utilização (comercial ou industrial) de variedades locais e restante material vegetal autóctone desenvolvido pelas populações locais; dos direitos emergentes do registro de variedades vegetais e restante material vegetal autóctone espontâneo de espécies vegetais com interesse actual ou potencial para certas actividades agro-florestais e paisagísticas”.

<sup>393</sup> Muito mais próximo do Direito Industrial, o chamado “segredo de indústria e comércio” igualmente gira em torno dos Direitos Intelectuais. Neste particular, FEKETE, Elisabeth Kasznar. *O regime jurídico do segredo de indústria e comércio no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>394</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa: Minerva, 1968, p. 280; ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 34. A autora dá conta que Picard seria o idealizar da Teoria do quarto tipo de natureza jurídica dos Direitos Autorais, enfocada na segunda parte, capítulo 2, item 2.2: “De acordo com Picard os direitos de autor se assemelham aos do inventor, detendo ambos um monopólio originário de uma criação do espírito. Constituem uma quarta categoria de direitos, os intelectuais, por não encontrarem equivalência nos anteriores (direitos reais, pessoais e obrigacionais)”.

enquadrado na categoria dos direitos de exclusivo.<sup>395</sup> Outra argumentação mostra-se preponderante no se ressaltar eminentemente as prerrogativas patrimoniais do Direito Autoral em detrimento de seus aspectos extrapatrimoniais (neste sentido, o objeto do Direito Autoral, que foi abordado no segundo capítulo, no item 2.3.1).

Não fosse tudo suficiente, ainda se vê em alguns momentos outra confusão: alguns autores denominam Direito da Propriedade Intelectual o Direito Autoral, possivelmente amparando seu equívoco a partir da existência, na outra ponta, de um “Direito da Propriedade Industrial”.

A quantidade de expressões é tão ampla que Pimenta, ao abordar a definição de nomenclatura (dos Direitos Autorais) apresenta, amparado em vários autores, mais de meia dúzia delas, tais como “direitos individuais”, “direitos de autor”, “direito autoral”, “direitos intelectuais”, “propriedade imaterial”, “coisas espirituais”, e “autoralismo”.<sup>396</sup>

É verdade que alguns autores em nosso país já se utilizam da nova nomenclatura, como Bittar, que os contextualiza bipartidos entre Direitos Industriais e Direitos Autorais.<sup>397</sup>

A título ilustrativo desta visão, observe-se que em Portugal uma das entidades atuantes nesta seara recebe o nome de “Associação Portuguesa de Direito Intelectual”.

### 3.3 TEORIAS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DE WILLIAM FISHER

Muitas são as teorias justificadoras da proteção dos Direitos Intelectuais. Em nosso país poucos aprofundaram o tema com maior atenção, como Leite.<sup>398</sup> Alguns, de

---

<sup>395</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 682. O autoralista português analisa com a profundidade incomum que se vê em toda sua obra as origens históricas da visão patrimonialista do Direito de Autor e dele como Direito de Propriedade. Decorreria, ideologicamente, no mau sentido da palavra, da Revolução Francesa, que revogou os privilégios e atribuiu direitos aos autores. Como não eram mais privilégios, passou a ser propriedade, tão valorizada no sistema pós-tomada da Bastilha. A própria idéia clássica das limitações como exceções está diretamente relacionada a isso, pois se são exceções (ao direito de propriedade) não comportam interpretação extensiva, e daí decorreu uma valorização excessiva das prerrogativas do titular, tudo proibindo.

<sup>396</sup> PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais: um século de Proteção Autoral no Brasil – 1898-1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 8-17.

<sup>397</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 4.

<sup>398</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. As justificativas para a proteção do Direito Autoral. *Direito Autoral*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 161-93. Será objeto de análise posterior, no item 3.3.5. desta pesquisa.

outra sorte, fazem uma análise restrita a uma de suas áreas, como Hammes, que brevemente enfoca quatro teorias (do Direito Natural, da Recompensa, do Estímulo, e do Contrato) justificadoras da proteção aos inventores.<sup>399</sup> Outros, como Spector, ficam em somente algumas delas.<sup>400</sup> Justifica-se plenamente assim a utilização, neste momento, daqueles argumentos tão bem sustentados pelo pesquisador norte-americano William Fisher.

### 3.3.1 Teoria Utilitarista

A Teoria Utilitarista de Propriedade Intelectual tenta traduzir o ideal de Benthamite do “bem maior do número maior” em um modelo mais preciso e administrável. Para atingir este objetivo, utilizar-se-ia ou o critério da “maximização da riqueza”, que recomenda que os legisladores selecionem o sistema de normas que maximiza o bem-estar agregado medido pela capacidade dos consumidores e o desejo de pagar por produtos, serviços e condições, ou o critério de *Kaldor-Hicks*, pelo qual um estado de obrigações é preferido a um segundo estado de obrigações se, mudando do segundo para o primeiro, o “beneficiário” da mudança puder, por uma transferência de importância global, compensar o “perdedor” por sua perda de utilidade e ainda estar em situação melhor.<sup>401</sup>

Esta argumentação preliminar encontraria algumas objeções, sobressaindo-se três. Primeiro, os critérios de maximização da riqueza e de *Kaldor-Hicks*, embora similares, não são idênticos, e muito podem abrir a escolha entre eles. Por segundo, os céticos normalmente fazem objeções aos dois critérios por ignorarem a incomensurabilidade das funções utilitárias, e predispõem a análise em favor dos desejos dos ricos, que, em média, dão valor a cada dólar menos do que os pobres. Por terceiro, alguns economistas e teóricos políticos que buscam inspiração da rica tradição do utilitarismo argumentam que ambos os critérios (mas especialmente o primeiro) definem o bem-estar social de modo limitado demais, e prefeririam uma rede analítica mais fechada.

---

<sup>399</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito da... Op. cit.*, p. 283-4.

<sup>400</sup> SPECTOR, Horacio M. Lineamentos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual e industrial. In *Derechos Intelectuales*. Buenos Aires: Astrea, 1988, v. 3, p. 21-33. O autor, antes de propor uma terceira teoria, limita-se às que denomina “*Teoría Lockeana del Trabajo*”, e “Teoria Econômica de los Derechos de Propiedad”.

<sup>401</sup> FISHER, William. Theories of Intellectual Property. In: MUNZER, Stephen R. (Ed.). *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. New York: Cambridge University Press, 2001, p. 178.

Indagando qual sistema de normas seria mais eficaz em termos de atender ao bem-estar social, Fisher caminha para três maneiras, consubstanciadas em teorias específicas.<sup>402</sup>

### 3.3.1.1 Teoria do Incentivo

É a teoria amparada em William Nordhaus voltada à análise do tempo de duração ideal de uma patente, mas que pode ser ampliada para uma análise global. Nesta perspectiva, o aumento do prazo de proteção estimularia a atividade inventiva. Haveria uma regra de equilíbrio entre o benefício social e a exata recompensa ao criador, que repousaria em um tempo ideal de tutela dos direitos exclusivos.<sup>403</sup> Neste particular, parece concordar Hammes, embora não exatamente com idêntica nomenclatura (Teoria do Estímulo), mas reconhecendo que o maior estímulo que o Estado pode dar ao inventor certamente é a possibilidade de exploração exclusiva por determinado lapso temporal.<sup>404</sup>

### 3.3.1.2 Otimização dos padrões de produtividade

Tendo como seu principal representante Harold Demsetz, seu ponto básico está focado naquilo que os consumidores querem, tanto em sede de Direito Autoral como de Direito do Inventor. Assim, os criadores canalizariam seus esforços produtivos na direção do mais provável bem-estar do consumidor. Este raciocínio justificaria a tutela mais ampla destes direitos.

Questionados se esta estratégia não poria as criações intelectuais longe do alcance de parte da população, sustentam seus defensores que não, já que as vendas e licenças assegurariam acesso àqueles que querem e têm condições de acesso a elas, e os titulares teriam vedado um controle completo utilizando sistemas próprios de acessibilidade aos que teriam menor proximidade desses bens, especificamente por meio de um sistema de licença compulsória e de limitações, como aquela sustentada na doutrina do *fair use*.<sup>405</sup>

### 3.3.1.3 Inventos dos concorrentes

O fundamento para esta compreensão foi estabelecido por um grupo de economistas liderados por Yoram Barzel. Está relacionada com a segunda, embora dela se distinga. Seu objetivo é eliminar ou reduzir a tendência dos direitos de propriedade

<sup>402</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 178.

<sup>403</sup> Idem, p. 179.

<sup>404</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito da...* *Op. cit.*, p. 283-4. Outro que dá este enfoque é SPECTOR, Horacio M. Lineamentos de una.. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>405</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 180.

intelectual a fomentar a atividade inventiva duplicativa ou descoordenada. Analisando os processos patentários dos Estados Unidos nas três últimas décadas, estes pensadores sensibilizaram os parlamentares daquele país para três aspectos econômicos relevantes. Primeiramente, os ganhos significativos que possam se apresentar com um invento que num primeiro plano se mostre essencial, e assim atrativo comercialmente, podem seduzir ineficazmente um grande número de interessados ao alcance do invento em questão. Por segundo, a tentativa de introdução de melhorias lucrativas em tecnologias já existentes geraria lutas similares também por idênticas razões no nível “secundário”. Por último, as empresas poderiam tentar inventar a partir de produtos já patenteados por seus concorrentes, desenvolvendo tecnologias funcionalmente equivalentes, mas não necessariamente ilícitas, o que, embora do ponto de vista da empresa individual possa ser considerado racional, redundaria em última razão em desperdício de recursos sociais.<sup>406</sup>

A consciência intensificada destes riscos instigou os estudiosos a pesquisar reformas possíveis na Lei de Propriedade Intelectual – ou das doutrinas relacionadas, tais como a Lei Antitruste – que mitigariam a dissipação de recursos nesses diversos campos.

Fisher então comenta que sérias dificuldades se mostram para a averiguação de qual das três abordagens seria a mais adequada. Relativamente à Teoria do Incentivo, perquire em qual extensão a produção de tipos específicos de criações intelectuais dependeria da manutenção da proteção dos Direitos Autorais ou do Direito do Inventor. Alguns analistas respondem que muito pouco. Na outra ponta, se outras recompensas, sejam monetárias ou não monetárias – como lucros tributáveis ao tempo de liderança (*lead time*), oportunidades dos inventores para especular em mercados que serão afetados pela revelação de seus inventos, o prestígio desfrutado pelos inovadores artísticos e científicos, mandatos acadêmicos e o amor da arte – seriam suficientes para sustentar os níveis atuais de produção mesmo na ausência de proteção da propriedade intelectual. Outros intérpretes discordam categoricamente. Não há informações concretas que possam fazer deduzir quem efetivamente está correto. Dados empíricos levaram à crença de que a proteção patentária tem sido mais efetiva para estímulo de inovação em determinadas áreas (indústria farmacêutica e química, por exemplo) que em outras, mas falharam em responder à

---

<sup>406</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 180.

questão última sobre se o estímulo para a inovação vale seus custos. Com respeito às outras formas de proteção da propriedade intelectual além das patentes, menos se sabe.<sup>407</sup>

Mesmo superando estas dúvidas, e reconhecendo-se a possibilidade de um outro sistema que não o de direitos exclusivos, permaneceriam as incertezas. Fisher indaga se um sistema de propriedade intelectual é o melhor modo de conceder essa recompensa ou poderia ser melhor, como sugeriram recentemente Steven Shavell e Tanguy van Ypersele, para uma agência governamental estimar o valor social de cada inovação e pagar aos inovadores essa soma dos proventos de impostos.<sup>408</sup>

Os teóricos que buscam otimizar os padrões de produtividade se confrontam com problemas de informações menos complexos. Entretanto, estudiosos e legisladores que tomam esta estrada confrontam-se com um problema adicional: Qual é o conjunto de atividades produtivas dos incentivos que se tenta ajustar? Pelas razões esboçadas acima, se confinada atenção aos produtos intelectuais, a doutrina ideal pode ser uma das que confere aos criadores um conjunto muito generoso de autorizações. Somente por meio disso serão concedidos aos produtores potenciais sinais refinados concernentes a como os consumidores desejam fazer uso de quais tipos de produtos intelectuais. No entanto, esta solução se mostra altamente problemática, pois geralmente os inovadores não recebem como retorno o valor pleno de suas inovações, e exemplifica:

The elementary schoolteacher who develops a new technique for teaching mathematics, the civil-rights activist who discovers a way to reduce racial tension, the physicist who finds a way to integrate our understandings of gravity and quantum mechanics – all of these confer on society benefits that vastly exceed the innovators' incomes. Enlarging the entitlements of intellectual-property owners thus might the signals sent to the creators of different sorts of fiction, and software concerning consumers' preferences, but would lead to even more serious overinvestment in intellectual products as opposed to such things as education, community activism, and primary research.<sup>409</sup>

---

<sup>407</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 181.

<sup>408</sup> *Idem*, p. 182.

<sup>409</sup> *Ibidem*, p. 182-3. Tradução livre: "O professor de escola elementar que desenvolve uma nova técnica para ensinar matemática, o ativista de direitos civis que descobre um modo de reduzir a tensão racial, o físico que encontra um modo de integrar nossa compreensão da gravidade e quantum mecânico – todos estes conferem à sociedade benefícios que excedem vastamente os rendimentos dos inovadores. Ampliar as autorizações dos proprietários de propriedade intelectual, assim, poderia refinar os sinais enviados aos criadores de diferentes tipos de ficção, cinema e *software* concernentes às preferências dos consumidores, mas levaria a um superinvestimento até mais sério em produtos intelectuais opostos a coisas como educação, ativismo comunitário e pesquisa primária".

Como críticas aos que sustentam a atividade de incentivo redundante, Fisher salienta que a dificuldade mais séria vem do fato de a redução do desperdício social em um estágio do processo inventivo produtivo comumente aumentar em outro. Derivadas da idéia central surgiram adaptações, como a de Edmund Kitch, realçando as vantagens de conceder ao desenvolvedor de um invento pioneiro um conjunto expansivo de autorizações, por meio disso capacitando-o a coordenar a pesquisa e o desenvolvimento dedicados a melhorar o invento, assim reduzindo a dissipação de rendas no nível secundário.<sup>410</sup>

Todavia, conceder patentes generosas a inventos pioneiros exacerbará a dissipação de rendas no nível primário. Um número até maior – e de mais desperdício social – de pessoas ou empresas lutarão agora para ser os primeiros a desenvolver patentes pioneiras. Neste particular, surgiram teses, como de Mark Grady e Jay Alexander, para determinar quais desses perigos são mais salientes em casos particulares. Os inventos primários que têm somente modesto valor social, mas podem “sinalizar” um grande potencial para melhoria, parecem atrair melhoradores potenciais. Assim, ao que desenvolve o invento primário deve ser concedida uma patente ampla, do tipo recomendado por Kitch. Aos inventos primários com grande valor social, mas mínima força “sinalizante” devem, em vez disso, ser dadas somente patentes limitadas – para reduzir o risco de atividade duplicativa no nível primário. Finalmente, a mais surpreendente, inventos socialmente valiosos tão bem concebidos não podem ser melhorados ao dar-lhes patentes, quaisquer que sejam, por meio disso desencorajando a dissipação de renda em ambos os níveis.<sup>411</sup>

Esta tipologia, na visão do autor aqui adotado, embora inovadora, tem muitos defeitos, tanto práticos como teóricos. Primeiro, é difícil determinar antecipadamente quais inventos “sinalizam” possibilidades para melhoria. A seguir, o que se faria com casos em que o invento em discussão é de um tipo que tanto tem valor altamente social (assim criando um perigo de desperdício no nível primário) quanto sinaliza um grande número de melhorias (assim criando um perigo de desperdício no nível secundário)? Finalmente, Robert Merges e Richard Nelson destacam que os esforços, por meio de concessões de patentes amplas, para mitigar a dissipação de rendas no nível secundário podem ter efeitos econômicos laterais sérios. Em vez de capacitar o inventor original para coordenar

---

<sup>410</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 183.

<sup>411</sup> Idem.

eficientemente a exploração da tecnologia, pode levar a um comportamento “*satisficing*”<sup>412</sup> e a um foco ineficientemente limitado sobre melhorias relacionadas à linha comercial principal do inventor primário. Resumindo: uma combinação de informações limitadas e tensões teóricas representa esta terceira visão, exatamente tão indeterminada na prática como as outras duas.

Por fim, alega Fisher que, mesmo com a superação de cada uma das objeções feitas às três principais correntes da Teoria Utilitarista, restaria um problema ainda maior, a inexistência de teoria geral que englobasse as três linhas investigatórias. E ilustra com pontos sem resposta: “How should the law be adjusted in order simultaneously (1) to balance optimally incentives for creativity and concomitant efficiency losses, (2), to send potential producers of all kinds of goods accurate signals concerning what consumers want, and (3) to minimize rent dissipation?”<sup>413</sup> Até a atualidade, nenhum teórico tentou responder a estas indagações, e até que esse desafio seja satisfeito com sucesso o poder da abordagem utilitária para oferecer orientações aos legisladores estará fortemente limitado.

### 3.3.2 Teoria do Trabalho

Dificuldades similares afligem os esforços para aplicar a Teoria do Trabalho à Propriedade Intelectual. E os problemas começam no limiar, pois, como no Utilitarismo, não está inteiramente claro se esta teoria apóia qualquer tipo de Lei de Propriedade Intelectual. A fonte da dificuldade estaria na ambigüidade na base lógica original de Locke para os direitos de propriedade – dos quais brota toda esta teorização formulada por Fisher, não havendo dúvidas de que “la justificación deontológica de la propiedad privada más famosa es la teoría de la apropiación por el trabajo formulada por John Locke en *The Second Treatise of Government*”.<sup>414</sup>

---

<sup>412</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 184. O autor diz que, desenvolvido primeiro por Herbert A. Simon, o conceito de “*satisficing*” terminou sendo associado com comportamento sob o qual um tomador de decisões cessa a atividade depois de atingir um requisito mínimo – como a preguiça mostrada por leões quando a presa é abundante.

<sup>413</sup> Idem, p. 184. Tradução livre: “Como deveria ser ajustada a lei a fim de simultaneamente (1) equilibrar otimamente os incentivos à criatividade e as concomitantes perdas de eficiência, (2) enviar aos produtores potenciais de todos os tipos de mercadorias sinais exatos concernentes ao que os consumidores desejam, e (3) minimizar a dissipação de rendas?”.

<sup>414</sup> SPECTOR, Horacio M. Lineamentos de una... *Op. cit.*, p. 24.



Indaga Fisher: “Por que exatamente deveria o trabalho em um recurso mantido ‘em comum’ autorizar o trabalhador a um direito de propriedade no próprio recurso?”<sup>415</sup> Para o estudioso norte-americano,<sup>416</sup> dissipadas no Capítulo 5 do *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*<sup>417</sup> podem ser encontradas seis respostas relacionadas, mas distinguíveis, a esta pergunta:

(1) ‘Razão natural’ relata que os homens têm ‘um direito a sua preservação’, e o único modo praticável no qual podem sustentar-se é ‘apropriando-se’ individualmente dos materiais necessários para fornecer-lhes alimento e abrigo.<sup>418</sup>

(2) A obrigação religiosa reforça a proposição anterior. Deus não deu ao homem simplesmente a Terra em comum, mas ‘ordenou-lhe’ que a dominasse – i.e., ‘a melhorasse para o benefício da Vida’ – o que o homem só pode fazer trabalhando nela e apropriando-se dos frutos desse trabalho.<sup>419</sup>

(3) As intuições com referência ao autodomínio apontam para a mesma direção. Cada pessoa tem claramente ‘uma propriedade em sua própria pessoa’, incluindo o ‘labor de seu corpo e o trabalho de suas mãos’. Parece natural que qualquer coisa que junte a esse trabalho deva também lhe pertencer.<sup>420</sup>

(4) O valor moral do trabalho reforça o discernimento anterior. Deus deu o Mundo aos ‘diligentes e racionais, [...] não aos aficionados ou cobiçosos (ávidos) de disputa e contenda’. Assim, é justo (é conveniente)

<sup>415</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 184.

<sup>416</sup> *Idem*, p. 185.

<sup>417</sup> O ideário lockeano foi significativo na construção do Estado Liberal. O próprio estabelecimento teórico dos Direitos Humanos se deu a partir da propriedade, como enfatiza BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. *Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. XVI, p. 6, 2003, pois “para Locke e os ideólogos do estado liberal, o cerne dos direitos civis e políticos encontrava-se no direito de propriedade, que iria sedimentar, proteger e assegurar o produto do exercício da autonomia, da liberdade e do trabalho humano”.

<sup>418</sup> Em Locke: “[...] segundo a qual os homens, desde o momento do seu nascimento, têm o direito a sua preservação e, conseqüentemente, a comer, a beber e a todas as outras coisas que a natureza proporciona para sua subsistência”. (LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* – e outros escritos. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 97).

<sup>419</sup> Locke propõe-se a superar a objeção que, se Deus deu a terra aos filhos do homem (Salmo 115, 16), ninguém poderia ser proprietário dela. Pensa em ir mais longe, provando que os seres humanos podem adquirir propriedade em porções diferentes daquelas recebidas em comum de Deus, mesmo sem concordância expressa dos demais co-proprietários. (*Id.*, p. 97).

<sup>420</sup> Usando o livre arbítrio, os seres humanos produzem, uns mais, outros menos. Natural, assim, que o resultado deste esforço seja atribuído ao criador. Em Locke (*Ib.*, p. 98): “Ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela. Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, por seu trabalho adiciona-lhe algo que exclui o direito comum dos outros homens. Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou, pelo menos quando o que resta é suficiente aos outros, em quantidade e em qualidade”.

que a primeira aquisição, através de seu labor, se intitule àquilo para o que laboram.<sup>421</sup>

(5) Um senso de proporcionalidade e equidade também figura na averiguação. A maior parte do valor das coisas úteis aos homens não deriva do valor das matérias-primas das quais eles são feitos, mas do trabalho despendido nelas. Assim, não é ‘tão estranho’ que, ao determinar se a propriedade deve ser atribuída ao trabalhador ou à comunidade, a ‘propriedade individual do labor deve poder prevalecer sobre a Comunidade da Terra’.<sup>422</sup>

(6) Finalmente, Locke por todo o capítulo conta com uma imagem de transformação produtiva. Ao laborar em terra devoluta ou em outros recursos, o trabalhador muda-os de selvagens a domésticos, de crus a cultivados, de caóticos a ordenados, de insípidos a significativos. A desejabilidade auto-evidente dessa transformação apóia uma recompensa para o trabalhador.<sup>423</sup>

Fisher chega à conclusão de que, se a teoria de Locke oferece apoio à Propriedade Intelectual, depende de quais destas diversas análises racionais se considera primárias. Se, por exemplo, se vê os argumentos 4 e 5 acima reproduzidos como o ponto crucial da matéria, então o *Segundo Tratado* pareceria oferecer forte apoio à maioria dos tipos de Propriedade Intelectual. Por fim, a maioria dos autores e inventores trabalha arduamente, e seu labor intelectual tipicamente é um fator muito mais importante ao valor total de suas criações do que às matérias-primas utilizadas. Por outra vertente, se os argumentos 1 e 2 forem acentuados, o caso para os direitos de propriedade intelectual é muito mais fraco. Crucial para estes dois argumentos é a proposição de que determinados artigos essenciais à vida, como o alimento, não possam ser desfrutados em comum, pois seu uso deve, necessariamente, ser exclusivo. Mesmo os produtos intelectuais obviamente não são assim.

<sup>421</sup> No ideário lockeano, ao dar aos seres humanos o mundo em comum e dele retirassem as comodidades da vida segundo os esforços individuais de cada um, não seria crível a suposição de que Deus pretendesse que a Terra permanecesse sempre comum e inculta. Ele “a deu para o uso industrioso e racional (e o trabalho deveria ser o título), não para satisfazer o capricho ou ambição daquele que se mete em querelas e disputas”. Como consequência, “aquele que tinha a sua disposição, para fazer frutificar, um lote tão bom quanto aqueles que já haviam sido tomados, não tinha o direito de se queixar nem devia se imiscuir no trabalho que o outro já havia posto em funcionamento”. (LOCKE, John. *Segundo... Op. cit.*, p. 101-2).

<sup>422</sup> “Também não é estranho, como talvez pudesse parecer antes da consideração, que a propriedade do trabalho fosse capaz de desenvolver uma importância maior que a comunidade da terra. Pois na verdade é o trabalho que estabelece em tudo a diferença de valor; basta considerar a diferença entre um acre de terra plantada com fumo ou cana, semeada com trigo ou cevada, e um acre da mesma terra deixado ao bem comum, sem qualquer cultivo, e perceberemos que a melhora realizada pelo trabalho é responsável por grandíssima parte do seu valor”. (Id., p. 106).

<sup>423</sup> Na verdade, todo o texto do capítulo IV da obra em ribalta gira em torno deste aspecto. A atribuição de propriedade decorreria como direito natural do esforço individual de cada ser: “Tudo isso evidencia que, embora as coisas da natureza sejam dadas em comum, o homem, sendo senhor de si mesmo e proprietário de sua própria pessoa e das ações de seu trabalho, tem ainda em si a justificação principal da propriedade; e aquilo que compôs a maior parte do que ele aplicou para o sustento ou o conforto de sua existência, à medida que as invenções e as artes aperfeiçoaram as condições de vida, era absolutamente sua propriedade, não pertencendo em comum aos outros”. (Ib., p. 108).

Não só o acesso a eles não é estritamente necessário à sobrevivência, como podem ser usados por um número infinito de pessoas, simultaneamente ou em seqüência, sem serem esgotados.<sup>424</sup>

Se a teoria lockeana fornece apoio para quaisquer direitos de propriedade intelectual é, então, incerto.<sup>425</sup> Dependerá de quais aspectos da explanação original de Locke são dominantes. Para Fisher, Locke não referiu, e nenhum intérprete de seu trabalho forneceu ainda, um modo convincente de determinar sua intenção original. Supõe-se, no entanto, que de algum modo superadas estas dificuldades e concluindo-se que o labor intelectual origina uma autorização natural a seus frutos, que o Estado precisasse reconhecer e reforçar, mesmo assim outras dificuldades se apresentariam.<sup>426</sup>

Possivelmente a maior delas seja a questão: Qual, para estes propósitos, conta como “labor intelectual”? Há pelo menos quatro candidatos plausíveis: (1) tempo e esforço despendidos na pesquisa (horas gastas diante do computador ou no laboratório); (2) atividade na qual se preferiria não se engajar (horas gastas no escritório, quando seria preferível estar navegando na internet); (3) atividade resultante em benefícios sociais (trabalho em inventos socialmente valiosos); (4) atividade criativa (a produção de novas idéias, inéditas). A primeira delas pode estar mais próxima da intenção original de Locke, mas ele não estava enfocando o labor *intelectual*.<sup>427</sup>

A escolha que se possa fazer entre estas quatro opções fará uma grande diferença. A terceira, por exemplo, sugere que se deve insistir, antes de emitir uma patente ou outro direito de propriedade intelectual, que a inovação em discussão satisfaz um requisito de “utilidade” significativa; as demais três não. A segunda recomendaria contra conceder direitos legais a artistas que amam seu trabalho; as outras três indicam para a direção

---

<sup>424</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 186.

<sup>425</sup> O autor desta pesquisa acredita que sim, na tentativa de “jusnaturalizar” os Direitos Intelectuais, a partir da valoração do esforço individual daquele que criou algo novo, seja uma obra autoral, uma marca ou um invento útil, embora as correntes neste sentido e contra, como se verá logo adiante noticiado por LEITE, Eduardo Lycurgo (Nota de rodapé 457, p. 167, item 3.3.5.1, Teoria do Direito Natural). Parece óbvio o motivo de Locke, que viveu entre 1632 a 1704, não ter se referido a nenhum Direito Intelectual, que sequer existia naquela época. Outro que chega à mesma conclusão é Spector, pois a noção de “corpo” que é dada em Locke, na qual toda pessoa tem um direito de propriedade sobre seu próprio corpo, claramente abarca a mente; e ainda porque “la ‘mezcla’ de trabajo con un bien mostrenco origina un derecho de propiedad sobre dicho bien, debe incluir al trabajo mental: ningún trabajo es puramente ‘físico’”. (SPECTOR, Horacio M. Lineamentos de una... *Op. cit.*, p. 26).

<sup>426</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 186.

<sup>427</sup> Idem.

oposta. A quarta sugeriria que se adicionasse à lei de copyright um requisito análogo à doutrina de patentes de “não-obviedade”; as outras não. Sintetizando, um legislador muitas vezes estará incapacitado para escolher entre as quatro opções.<sup>428</sup>

Surgem dúvidas semelhantes quando se tenta aplicar a concepção de Locke ao campo da propriedade intelectual. O que exatamente são as matérias-primas, possuídas pela comunidade como um todo, com as quais os trabalhadores individuais misturam seu labor a fim de produzir produtos intelectuais? Fisher vislumbra sete possibilidades:

- (a) o universo dos ‘fatos’;
- (b) idiomas – os vocabulários e as gramáticas que usamos para nos comunicar e dos quais moldamos produtos intelectuais novos;
- (c) nossa herança cultural – o conjunto de artefatos (romances, pinturas, composições musicais, filmes *etc.*) que ‘compartilhamos’ e que dá significado e coerência à nossa cultura;
- (d) o conjunto de idéias normalmente apreendidas por pelo menos uma pessoa, mas não possuída por ninguém;
- (e) o conjunto de idéias normalmente apreendidas por pelo menos uma pessoa;
- (f) o conjunto de todas as idéias ‘alcançáveis’ – isto é, todas as idéias que estão ao alcance das pessoas hoje;
- (g) o conjunto de todas as ‘idéias possíveis’ – isto é, todas as idéias que alguém pode conceber.<sup>429</sup>

Ao se aplicar a argumentação lockeana à Propriedade Intelectual, freqüentemente fará uma diferença quais destas opções se prefere. Por exemplo, a opção (c) é difícil de conciliar com a lei de copyright e marcas comerciais contemporânea, sob a qual muito da herança cultural norte-americana é possuída, não pela comunidade, mas por pessoas individuais ou empresas;<sup>430</sup> as opções (a) e (b) não apresentam essa dificuldade. A Lei de Patentes é consistente com a opção (d), mas não com a (e) – na medida em que permite a propriedade de muitas “idéias” existentes. A Lei de Copyright, que (pelo menos formalmente) não permite a propriedade de quaisquer “idéias” (somente modos de “expressá-las”), entrosou-se confortavelmente ou com (d) ou com (e). O dispositivo lockeano ‘suficiência’ poderá ser satisfeito equitativa e facilmente se for adotada a opção (f) – na teoria de que o desdobramento da maioria das idéias capacita outras pessoas a “atingirem” um conjunto até mais amplo de idéias, e assim aumenta mais do que subtrai

<sup>428</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 186.

<sup>429</sup> *Idem*, p. 187.

<sup>430</sup> *Ibidem*. O autor exemplifica, neste aspecto: “Mickey Mouse, “*Gone with the wind*”, o formato de uma garrafa de Coca-Cola”.

dos comuns. Em contraposição, se escolhida a opção (g), o dispositivo suficiência se tornará consideravelmente mais refreado. E indaga Fisher qual é a abordagem correta, ou quem sabe qual seria.<sup>431</sup>

Supondo que selecionada arbitrariamente uma interpretação, consignada na opção (d). Para ajustá-la na analítica lockeana, rapidamente se originam três problemas adicionais relacionados. Primeiro, o ato de misturar trabalho com um pedaço dos comuns não funciona, sob nenhum dos diversos regimes de Propriedade Intelectual existentes, do modo pelo qual Locke desenvolveu em torno dos Direitos Reais. Continuando, Fisher refere que, quando se mistura o esforço físico de alguém com um lote de terra virgem, se pode adquirir, como sugeriu Locke, um direito natural não meramente às colheitas que se produz, mas à própria terra. Em contraste, quando se mistura o trabalho intelectual de alguém com uma idéia existente, se adquire um direito de propriedade somente ao material “original” ou “novo” que se gerou, não à idéia da qual se originou. Ainda, o conjunto de autorizações que se adquire não tem o tipo de exclusividade que Locke aparentemente atribuiu aos direitos de propriedade. E exemplifica Fisher: “A concessão de uma patente de uma ratoeira melhor evita que outros produzam essa ratoeira, mas não que leiam a patente e usem as informações lá contidas para produzir uma ratoeira até melhor. A emissão de copyright de um romance evita que outros o copiem, mas não que o leiam, o discutam, parodiem etc.”. Finalmente, Locke sugeriu que os direitos de propriedade que se adquire pelo trabalho em recursos tidos em comum duram e devem durar para sempre, são alienáveis, transmissíveis e indefinidamente hereditários. A maior parte dos direitos de propriedade intelectual, contrariamente, expiram mais cedo ou mais tarde.<sup>432</sup>

Poder-se-ia responder que nenhuma destas observações indica que a aplicação da teoria do merecimento por trabalho seja indeterminada à Propriedade Intelectual. Elas indicam meramente que a Lei de Propriedade Intelectual teria talvez que ser radicalmente revisada para conformar-se ao esquema lockeano. Mas a escala da revisão necessária está atemorizando. E questiona Fisher: “Is it plausible that, by registering the trademark ‘*Nike*’, one could prevent others from using it in any way – including reproducing it in an essay on intellectual property? If not, then what set of more limited entitlements would satisfy the

---

<sup>431</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 187.

<sup>432</sup> Idem, p. 188.

obligation of the state to ‘determine’ and ‘settle’ natural property rights?’<sup>433</sup> Neste aspecto, conclui o estudioso, a argumentação de Locke contém poucas pistas.

Na visão de Fisher, não se exauriram, infelizmente, as dúvidas associadas com o dispositivo “suficiência”. Alguns dos críticos que procuraram subordinar a argumentação de Locke à propriedade intelectual viram pouca dificuldade no requisito que um trabalhador deixa “tanto quanto igualmente bom” para outros. Justin Hughes, por exemplo, destaca a miríade de modos nos quais a expansão do conjunto de idéias disponíveis estimuladas pela propriedade intelectual melhora a sorte de todos. Robert Nozick vê o dispositivo ‘suficiência’ como algo mais refreado, porém identificou para sua satisfação um modo de estruturar a lei de patentes que evita violá-la. Diferentemente, Wendy Gordon formula o dispositivo como uma limitação muito mais séria no âmbito dos direitos de propriedade intelectual. Conferir privilégios de monopólio aos criadores de produtos intelectuais, sustenta, pode mais ferir do que auxiliar o público. Para argumentar em torno disso, Fisher utiliza a palavra “*Olympics*”. Se o termo não existisse, haveria outros modos para comunicar a noção de competições periódicas de esportes amadores internacionais não maculada pela ideologia ou combate. Mas porque o termo existe, há dependência dele. Nenhuma outra palavra ou expressão captura totalmente a idéia. Conseqüentemente, se agora fossem defesos usos “não-autorizados” do termo – e novamente exemplifica Fisher, em conexão com os “*Gay Olympics*” ou em uma camiseta realçando o modo hipócrita no qual o ideal tem sido aplicado nos últimos anos –, ficaria o público em pior situação do que se a palavra nunca tivesse existido.<sup>434</sup> Fidelidade ao dispositivo lockeano (e a um princípio de não causar dano mais geral que traspassa o trabalho de Locke), na versão de Gordon, exige a recusa dos direitos de propriedade em situações como estas. Conclui Fisher que novamente está disponível um amplo âmbito de interpretações de um componente

---

<sup>433</sup> FISHER, William. *Theories of...* *Op. cit.*, p. 188. Tradução livre: “É plausível que, registrando a marca comercial “*Nike*”, se possa evitar que outros a usem de qualquer maneira – incluindo reproduzi-la em um estudo sobre propriedade intelectual? Se não, então qual conjunto de autorizações mais limitadas satisfaria a obrigação de segredo do Estado para ‘determinar’ e ‘legar’ direitos de propriedade naturais?”

<sup>434</sup> As questões em torno de um acirramento e de uma defesa radicalizada inclusive do Direito Marcário ganham espaço no contexto internacional, principalmente a partir dos Estados Unidos. Lá, vincula-se o uso de marcas inclusive à liberdade de expressão, e a titular da marca Coca-Cola chegou a demandar contra Grupo de Rock que utilizava a expressão em uma música. Ainda, titular da marca “*Michelin*” acionou o sindicato da categoria, que usava a marca nominativa e a figurativa (boneco), na tentativa de conquistar sócios. O Poder Judiciário norte-americano permitiu a utilização. (DREYFUSS, Rochelle Cooper. *Trademarks, Image Rights, and Freedom of Expression*. Palestra assistida pelo autor desta tese no Congresso da Asociación Literária y Artística para la Defensa del Derecho de Autor – ALADDA, na Universidade de Barcelona, em 19 de junho de 2006).

importante da teoria de Locke, e nenhum membro do conjunto parece claramente superior aos outros.<sup>435</sup>

Sem falar-se no conhecido problema da proporcionalidade, para cuja discussão Fisher se ampara em questionamentos de Nozick:

‘If I pour my can of tomato juice into the ocean, do I own the ocean? Analogous questions abound in the field of intellectual property. If I invent a drug that prevents impotence, do I deserve to collect for 20 years the extraordinary amount of money that men throughout the world would pay for access to the drug? If I write a novel about a war between two space empires, may I legitimately demand compensation from people who wish to prepare motion-picture adaptations, write sequels, manufacture dolls based on my characters, or produce T-shirts emblazoned with bits of my dialogue? How far, in short, do my rights go?’<sup>436</sup>

Fisher conclui que a Teoria de Locke não nos dá uma orientação.

### 3.3.3 Teoria da Personalidade

Os direitos de propriedade privada, sustentam teóricos da personalidade contemporâneos, devem ser reconhecidos somente quando promoverem a prosperidade humana pela proteção ou promoção das necessidades ou interesses humanos fundamentais. Passo primordial na aplicação desta perspectiva para a Propriedade Intelectual é a identificação das necessidades ou interesses específicos que se deseja promover. Na análise de Fisher, uma ampla variedade de interesses poderiam ser considerados fundamentais, cada um deles discutivelmente poderia ser promovido por um sistema de direitos de propriedade. Enumera alguns deles:

(1) *Paz de espírito*. Um direito exclusivo para determinar como determinados recursos serão usados poderia ser considerado essencial para evitar a exaustão moral – o senso de culpa que brota da consciência de que as ações de uma pessoa, seu uso dos comuns causa prejuízo a incontáveis outras pessoas.

<sup>435</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 189.

<sup>436</sup> Tradução livre: “Se eu derramar minha lata de suco de tomates no oceano, eu possuo o oceano? Perguntas análogas abundam no campo da propriedade intelectual. Se eu inventar uma droga que previne a impotência, mereço receber por 20 anos a extraordinária quantia de dinheiro que os homens de todo o mundo pagarão para ter acesso a ela? Se eu escrever um romance sobre uma guerra entre dois impérios espaciais, posso legitimamente exigir compensação das pessoas que desejam preparar adaptações em filmes cinematográficos, escrever histórias em série, fabricar bonecas baseadas em minhas personagens ou produzir camisetas decoradas com partes de meus diálogos? Até onde, em resumo, vão realmente meus direitos?” (NOZICK, Robert *apud* FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 189).

- (2) *Privacidade*. Os direitos de propriedade podem ser necessários para oferecer às pessoas ‘refúgio[s] da sociedade geral do gênero humano’ – lugares onde possam ou estar sozinhas ou desfrutar da intimidade com outros.
- (3) *Autoconfiança*. Um direito exclusivo para controlar determinados recursos pode ser pensado necessário para capacitar as pessoas a se tornarem independentes, autogeridas.
- (4) *Auto-realização como um ser social*. A liberdade de possuir e, assim, comercializar coisas pode ser necessária para capacitar as pessoas a ajudar a configurar seus ambientes sociais e estabelecer seus lugares em comunidades.
- (5) *Auto-realização como indivíduo*. A posse da propriedade pode ser necessária para capacitar uma pessoa a reivindicar seu desejo e a ser reconhecida como um livre agente pelos outros.
- (6) *Segurança e Lazer*. O controle de determinada quantidade de recursos pode ser necessário para libertar as pessoas da obsessão de obter os meios de sobrevivência, o ‘impulso do desejo’ e, assim, capacitá-las a cuidar de objetivos mais altos.
- (7) *Responsabilidade*. Virtudes como ‘prudência’, autocontrole e precaução podem ser cultivadas pela oportunidade e obrigação de gerenciar seus próprios recursos.
- (8) *Identidade*. Pode-se achar que o pensar em si mesmo como pessoa independente depende da habilidade de projetar um plano de vida contínuo para o futuro, que, por sua vez, é fomentado pela conexão com e a responsabilidade pela propriedade.
- (9) *Cidadania*. A posse de determinada quantidade de recursos pode ser pensada necessária para colocar uma pessoa em uma posição econômica e psicológica para participar efetivamente na política.
- (10) *Benevolência*. Os direitos de propriedade podem ser considerados essenciais para capacitar uma pessoa a expressar idéias do que é belo ou desenvolver desejos benevolentes.<sup>437</sup>

Para o autor aqui adotado, seis destes dez argumentos – 1, 3, 4, 6, 7, 9 – oferecem apoio para algum sistema de Direitos de Propriedade Intelectual, mas oferecem pouca orientação para decidir *quais* autorizações reconhecer. Até a importância de que estes direitos têm valor econômico e podem ser comprados e vendidos, ganhos e perdidos, eles podem contribuir com as habilidades de seus possuidores para evitar culpa, tornar-se autônomos, engajar-se à ação política independente *etc.* Mas esses valores poderiam ser promovidos igualmente bem oferecendo-se às pessoas direitos à terra ou a ações em corporações privadas. Conseqüentemente, um legislador persuadido por uma dessas reivindicações seria inspirado a elaborar algum sistema de posse privada de recursos, mas teria pouca ajuda para determinar quais recursos privatizar e quais manter para o público.<sup>438</sup>

<sup>437</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 190-1.

<sup>438</sup> *Idem*, p. 191.



As orientações com base na personalidade para fundamentar direitos de propriedade intelectual então devem ser buscadas em algumas combinações dos temas 2, 5, 8 e 10: os interesses da privacidade, auto-realização individual, identidade e benevolência. Mas os pensadores que tentaram extrair destes recursos respostas a perguntas específicas chegaram a conclusões amplamente divergentes. Fisher cita alguns exemplos:

Quando uma autora tiver revelado seu trabalho ao mundo, ele, contudo, continua a estar incluído na zona da ‘individualidade’ dela – de modo que ela pode legitimamente reivindicar um direito para restringir sua comunicação posterior? Neil Netanel, confiando em uma exploração do ideal de ‘autonomia’, pensa que sim. Lloyd Weinreb, argumentando que, ‘uma vez que o indivíduo comunicou sua expressão publicamente, tomar conta de sua própria vida e [...] sua comunicação posterior não envolve seu eu autônomo’, pensa que não.

Suponhamos que a resposta à questão anterior seja sim. O autor pode alienar seu direito para controlar as cópias de seu trabalho? Kant, raciocinando que ‘o interesse de um autor em decidir como e quando falar é uma parte inalienável de sua personalidade’<sup>439</sup>, pensou que não. Hegel, raciocinando que as expressões de aptidões mentais (opostas às próprias aptidões) eram ‘externas ao autor e por isso livremente alienáveis’, pensou que sim.<sup>440</sup>

Deve o investimento de um artista de seu ‘eu’ em um trabalho de arte visual – digo, uma pintura ou escultura – evitar que outros imitem sua criação? Hegel pensou que não – baseando-se no fato de que a cópia seria ‘essencialmente um produto da habilidade mental e técnica do próprio copista’. Justin Hughes parece tomar a posição oposta.

A proteção dos segredos comerciais é necessária para proteger os interesses privados? Edwin Hettinger pensa que não – baseando-se no fato de que a maioria dos segredos comerciais são possuídos por corporações, que não têm ‘as características pessoais que a privacidade tenciona proteger’. Lynn Sharp Paine discorda. Ela argumenta que o direito a privacidade inclui a liberdade de revelar informações a um círculo limitado de amigos ou associados sem medo de que ele seja exposto ao mundo – uma liberdade que a lei do segredo comercial resguarda.

É uma celebridade um repositório suficientemente importante do ‘eu’ que não pode ser permitido a outras pessoas explorar essa *persona* comercialmente sem permissão? Justin Hughes sugere que sim, argumentando que: ‘à medida que um indivíduo se identifica com sua

<sup>439</sup> Na verdade o enfoque dado pelo autor adotado esconde que podem as divergências entre Kant e Hegel justamente ter relação direta ao que atualmente, em sede de Direito Autoral, se denomina direito extrapatrimonial e direito patrimonial do autor, cada um partindo de um aspecto (prerrogativa), como se leva a crer. Observe-se, neste particular, que o direito extrapatrimonial de publicar ou não a obra, que é inalienável, está diretamente vinculado à liberdade (vontade) do autor, e em Kant o conceito de liberdade é a chave da explicação da autonomia da vontade. (KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Coimbra: Atlântida, 1960, p. 93, especialmente na Terceira Secção, p. 93-118).

<sup>440</sup> Em Hegel: “O que há de original na produção intelectual pode, mediante a expressão, tornar-se um objeto exterior e, desde então, ser também produzido por outro. Ao adquirir esta coisa, o novo proprietário, além de adquirir as idéias ou a descoberta técnica desse modo comunicadas (possibilidade que em certos casos, como o da produção literária, constitui o único valor do objeto adquirido), adquire também o processo geral desse modo de exprimir-se para produzir uma multiplicidade de objetos semelhantes”. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1997, p. 88).

imagem pessoal, ele terá um interesse de personalidade nessa imagem'. Michael Madow, insistindo que 'o papel criativo (e autônomo) da mídia e a audiência no processo de produzir significado' são pelo menos tão importantes quanto a 'personalidade' da celebridade, discorda categoricamente.<sup>441</sup>

Fisher enxerga dois problemas relacionados a elas e a muitas outras discordâncias. Primeiramente, as concepções do "eu" – as imagens do pensar em si mesmo como pessoa independente que, por meio de ajustes da doutrina da Propriedade Intelectual, se está tentando criar ou proteger – que estão por baixo da maioria das manifestações da teoria da personalidade são abstratas e tênues demais para oferecer respostas a muitas perguntas específicas. Ou uma visão mais plenamente articulada da natureza humana (que remeteria diretamente para a frente questões significativas, como a importância da criatividade da alma) ou uma concepção da personalidade vinculada mais firmemente a uma cultura e a um tempo particular parece necessária para oferecer aos legisladores orientações sobre os tipos de emissão que os envolvem.<sup>442</sup>

Num segundo plano, entende o autor aqui adotado que nenhum teórico da personalidade tratou ainda adequadamente daquilo que Margaret Radin uma vez chamou de problema do fetichismo. E indaga:

Which of the many tastes exhibited by current members of American culture should be indulged, and which should not? The quest for individuality? Nationalism? Nostalgia for a real or imagined ethnic or racial identity? The hope that audiences will treat one's creations with respect? The hunger for fifteen minutes (or more) of fame?<sup>443</sup>

Conclui Fisher em torno da personalidade, que anseios ou orientações de todos estes tipos estão implicados com as disputas de Propriedade Intelectual. Decidir quais são merecedores de deferência é de vital importância para determinar como essas disputas devem ser resolvidas.<sup>444</sup>

---

<sup>441</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 191-2.

<sup>442</sup> *Idem*, p. 193.

<sup>443</sup> *Ibidem*. Tradução livre: "Qual dos muitos sabores exibidos pelos membros atuais da cultura americana deveria ser indultado, e qual não deveria? A indagação para individualidade? Nacionalismo? Nostalgia de uma identidade étnica ou racial real ou imaginada? A esperança de que as audiências tratarão das criações de alguém com respeito? O apetite de 15 minutos (ou mais) de fama?"

<sup>444</sup> *Ibidem*, p. 193.

### 3.3.4 Teoria do Plano Social

Por fim, Fisher sustenta que as limitações da orientação oferecida pelas teorias gerais de Propriedade Intelectual são talvez mais fáceis de ver com respeito à última das quatro abordagens.

Aqueles que tentam utilizar a Teoria do Plano Social precisam fazer difíceis escolhas em dois níveis. O primeiro e mais óbvio gira em torno da formulação de uma visão de uma cultura justa e atraente. Que espécie de sociedade devemos tentar promover com ajustes da Lei de Direito Autoral, de Patentes e de Marcas Comerciais? As possibilidades são intermináveis.

Com a intenção de relacionar a Teoria do Plano Social à questão do formato apropriado da Lei de Propriedade Intelectual na Internet, como fundamento para essa análise o próprio autor constrói um esboço de uma cultura intelectual atraente, reproduzindo uma versão condensada dessa formulação:

*Bem-estar do consumidor.* Outras coisas sendo iguais, uma sociedade cujos membros são felizes é melhor do que uma cujos membros são, por seus próprios planos, menos felizes. Aplicada ao campo da propriedade intelectual, esta orientação nos impulsiona a selecionar uma combinação de normas que maximizarão o bem-estar do consumidor por incentivos de equilíbrio ótimo para a criatividade com incentivos para disseminação e uso. Esse objetivo precisa, entretanto, ser temperado por outras aspirações.

*Uma abundância de informações e idéias.* Uma cultura atraente seria aquela na qual os cidadãos tivessem acesso a uma ampla lista de informações, idéias e formas de entretenimento. A variedade neste sentido ajuda a tornar a vida estimulante e alentadora. O acesso a um amplo âmbito de produtos intelectuais também é crucial para disseminar a consecução de duas condições centrais relacionadas à maioria das concepções de uma boa vida – notadamente, autodeterminação e auto-expressão – ambas proporcionando às pessoas os materiais cruciais para a autoconstrução e fomentando uma condição geral de diversidade cultural, a qual capacita e compele os indivíduos a modelarem-se a si mesmos.

*Uma rica tradição artística.* Quanto mais complexa e ressonante for a linguagem de uma cultura, mais oportunidades ela propiciará a seus membros para a criatividade e a sutileza na comunicação e no pensamento. Por razões melhor exploradas por Ronald Dworkin, o reconhecimento desse fato aponta para políticas governamentais destinadas a tornar disponível ao público ‘um rico estoque de coleções de arte ilustrativas e comparativas’ e, mais geralmente, de fomentar ‘uma tradição de inovação [artística]’.<sup>445</sup>

<sup>445</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 347. O autor analisa as questões que envolvem a arte, entre outros, no capítulo significativamente intitulado “Um Estado

*Justiça distributiva.* Até a maior amplitude praticável, todas as pessoas devem ter acesso aos recursos informativos e artísticos descritos acima.

*Democracia semiótica.* Em uma sociedade atraente, todas as pessoas seriam capazes de participar no processo de produzir significado cultural. Em vez de serem meramente consumidores passivos de imagens e artefatos produzidos por outros, ajudariam a configurar o mundo de idéias e símbolos no qual vivem.

*Sociabilidade.* Uma sociedade atraente é rica em ‘comunidades de memória’. A capacidade das pessoas para construir vidas compensadoras será intensificada se tiverem acesso a uma variedade de grupos ‘constitutivos’ – no espaço ‘real’ e no espaço ‘virtual’.

*Respeito.* A apreciação da amplitude à qual a auto-expressão é freqüentemente uma forma de autocriação deve tornar as pessoas respeitosas pelo trabalho dos outros.<sup>446</sup>

Mesmo assim, reconhece que o caráter controverso de uma visão desta espécie é imediatamente aparente. Muitos de seus componentes, por exemplo, o critério da justiça distributiva, por séculos foram assuntos de intenso debate entre filósofos e políticos. Seria improvável, para Fisher, que teóricos da Propriedade Intelectual possam resolver controvérsias desta magnitude no curso de análises da doutrina de *copyright* ou de patentes.<sup>447</sup>

Finalizando, reconhece que, infelizmente, a escolha de uma visão social particular de modo algum exaure as dificuldades associadas à quarta possibilidade. Surgem problemas igualmente sérios quando se tenta aplicar essa visão a um problema doutrinário específico. Exemplifica com a paródia, tanto na esfera autoral como marcária.<sup>448</sup>

---

liberal pode patrocinar a arte?”, propondo uma ampliação do leque de atividades artísticas de algum modo patrocinadas pelo Estado, de modo a “atentar para a diversidade e a qualidade inovadora da cultura como um todo, não para aquilo que as autoridades públicas consideram ser a excelência em ocasiões particulares dessa cultura”.

<sup>446</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 193-4.

<sup>447</sup> *Idem*, p. 195.

<sup>448</sup> *Ibidem*. Indaga se marcas comerciais que aludem humoristicamente a outras marcas comerciais (pipocas “*Dom Popignon*”; jeans “*Lardache*”) deveriam ser permitidas, e reconhece que visão social particular esboçada aponta para direções inconsistentes. Neste particular, pitoresco fato amplamente noticiado em nosso país, de tentativa da ONG “*DaVida*”, que presta serviços sociais a prostitutas e ex-prostitutas do Rio de Janeiro de usar a “grife” DASPU, em clarividente ironia à famosa marca de Loja de Roupas Femininas e outros artefatos de grife DASLU, sediada em São Paulo. A discussão serve mais ao deboche nacional, já que certamente seria indeferida como marca, por constituir-se em imitação de marca alheia, no mesmo ramo de atividade (vestuário feminino). No plano jurídico, ocorreu uma notificação extrajudicial por parte da pretensamente prejudicada empresa, mas os utilizadores continuaram comercializando suas camisetas promocionais, e sua página eletrônica ([www.daspu.com.br](http://www.daspu.com.br)) teve considerável aumento de número de acessos.

Por esta óptica, a permissão, e até o encorajamento, de paródias pareceria facilitar a democracia semiótica, pois elas desgastam o controle sobre os significados dos artefatos culturais manifestados por instituições poderosas e expandem as oportunidades de criatividade por outros. De outra sorte, as paródias (especialmente se eficientes) podem prejudicar substancialmente os legítimos interesses pessoais dos artistas que criaram originalmente os artefatos parodiados. Qual desses dois interesses deve predominar precisa ser determinado pela reflexão sobre contexto cultural e significado dos casos individuais. A visão social, no ideário de Fisher, por si só não proporciona orientações maiores.<sup>449</sup>

### 3.3.5 Outras Teorias

Afora aquelas sustentadas por Fisher, há outras teorias embaixadoras da tutela autoral.<sup>450</sup> Na literatura brasileira recente quem melhor desenvolveu o tema foi Leite, em capítulo próprio de sua mais recente obra, que intitula “As justificativas para a proteção autoral”.<sup>451</sup> Em alguns momentos os argumentos até se entrecruzam com aqueles formulados por Fisher, antes analisados, mormente em uma de suas teorias (instrumentalidade ou utilidade, muito próxima da utilitarista). Metodologicamente, porém, enquanto Fisher trata de teorias da Propriedade Intelectual lato senso e nelas obviamente inserindo o Direito Autoral, Leite é mais específico, abordando tão somente o Direito Autoral.

Na seqüência será feita breve abordagem de cada uma delas.

#### 3.3.5.1 Teoria do Direito Natural<sup>452</sup>

O Direito Natural significa de algum modo o Direito que decorre da natureza.<sup>453</sup> No entanto, como alerta corretamente Ascensão, esta interligação com a natureza tem a ver muito mais com a natureza da sociedade, fenômeno cultural, e do ser humano como elemento primário desta sociedade. Assim, “quando se fala em Direito natural apela-se

<sup>449</sup> FISHER, William. Theories of... *Op. cit.*, p. 195.

<sup>450</sup> Como a que propõe SPECTOR, Horacio M. Lineamentos de una... *Op. cit.*, p. 29-33, a partir da conjugação da Teoria do Trabalho amparada em Locke e da Teoria Econômica dos Direitos de Propriedade.

<sup>451</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de Autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 161-93.

<sup>452</sup> Embora com nomenclatura diversa, a Teoria do Direito Natural de Eduardo Lycurgo Leite está muito próxima da Teoria do Trabalho desenvolvida por William Fisher e abordada no item 3.3.2, anteriormente, ao menos na fundamentação a partir das idéias de Locke valorizadoras do esforço laboral humano transformador da natureza como justificativa de atribuição de propriedade.

<sup>453</sup> Pode ser entendido de duas formas: o Direito que encontra seu fundamento na natureza, ou o Direito que recebe da natureza sua justificação. (*DICIONÁRIO Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 263).

para uma ordem que está na essência (natureza) destes seres”.<sup>454</sup> Neste aspecto, a História é farta no relato de quanto a ação humana transformou a vida sobre a Terra, a partir de suas criações intelectuais, mormente aquelas relacionadas ao Direito do Inventor. Assim, sem dúvida era da essência (natural) dos seres humanos, desde os primórdios, esta realidade, embora, é claro, inexistindo qualquer tipo de Direito como se concebe atualmente, quem dirá os Intelectuais.

Para vincular a Teoria do Direito Natural à tutela dos Direitos Autorais, de início, Leite dá conta que ela parte de três pressupostos elementares para o reconhecimento e tutela dos Direitos Autorais: “1) nos direitos dos autores em colher os frutos de suas criações, obtendo uma recompensa pelas suas contribuições para a sociedade, 2) no controle sobre as próprias criações e 3) na proteção da integridade das criações intelectuais do criador como extensão de sua personalidade, entendendo-se, assim, a proteção autoral sob um prisma jusnaturalista”.<sup>455</sup>

A idéia básica surge da interpretação, em princípio óbvia, de que aquele que criou uma obra deve beneficiar-se dos resultados exsurgidos de sua exploração.<sup>456</sup> Esta idéia é antiga, mas ampliou-se a partir de correntes no Direito francês e no alemão do século XVIII, que apontavam pela elevação dos produtos da mente em oposição ao materialismo até então existente.<sup>457</sup> Com o Iluminismo, esta concepção se acentua, colocando-se o criador da obra no plano central das discussões, “firmando-se a convicção de uma propriedade

<sup>454</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 187.

<sup>455</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito Autoral... Op. cit.*, p. 166.

<sup>456</sup> Neste aspecto, forçoso reconhecer que nem sempre foi assim, e que no princípio os autores viviam na mais absoluta dependência das mais variadas classes, de mecenas a editores, não raro em constrangedora miséria. Embora vários autoralistas enfoquem esta realidade, de uma riqueza de detalhes elogiável o trabalho de FEBVRE, Lucien; MARTIN, Henri-Jean. *O aparecimento do livro*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, em inúmeros de seus capítulos, com ênfase para o surgimento efetivo de um Direito de Autor no item IV. *Autores e Direitos de Autor*, p. 218-26. Os autores chegam a relatar costume, hoje totalmente reprovável para quem publica e certamente deve ter na autonomia e independência intelectual seu mais precioso valor, de enviar exemplares de seus livros a monarcas ou a “algum rico senhor, amigos das letras, acompanhados de lisonjeadoras cartas-dedicatórias”, no intuito de obter patrocínio às suas obras. Nesta realidade, o exemplo particular de um grande escritor, Erasmo, que “multiplicava as dedicatórias, a sua reputação permitia-lhe pedir aos editores um quantidade bastante grande de exemplares, e tinha montado por toda Europa uma verdadeira rede de agentes que os distribuíam e recolhiam as recompensas”. (Id., p. 219-20). Em outros momentos (e talvez em todos, até aí), uma subserviência total ao soberano, que atribuía os privilégios, como historia Nicola Stolfi (*Il Diritto di Autore*. 3. ed., 1ª Parte. Milão: Editrice, 1932, p. 163): “Nel secolo XV, quando cioè venne inventata la stampa, tutti i diritti mettevano capo al Sovrano, che poi li conferiva ai sudditi, e tal volta anche agli stranieri, sotto forma di privilegio. Ed anche dal diritto majestático ripetevano la loro legittimatà i privilegi librari ed artistici, che potevano venire accordati a chi piacesse al Sovrano, e che potevano essere persone diverse dall'autore o dall'artista”.

<sup>457</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito Autoral... Op. cit.*, p. 167.

natural sobre os produtos criados pelo espírito humano, ou seja, de que o criador tem um direito natural sobre o produto de seu trabalho, a criação”.<sup>458</sup> Com a Revolução Francesa e a abolição dos privilégios ocorreu esta transformação, como aqui já se disse, passando a ser considerada a criação intelectual como a mais sagrada das propriedades.<sup>459</sup>

Leite, a exemplo de Fisher, também enfatiza a importância que tiveram, neste patamar, as idéias de Locke, com sua tese do direito natural à propriedade que têm todas as pessoas. Se no ideário lockeano o trabalho fundamenta a propriedade, a obra intelectual seria objeto do mais autêntico dos direitos de propriedade, os Direitos de Autor.<sup>460</sup>

A Teoria do Direito Natural foi reconhecida inclusive em decisões judiciais, como na Alemanha e na França. Na primeira, já em 1955 a Suprema Corte reconhecia a natureza de Direito Natural aos Direitos de Autor, ao sentenciar que estes direitos representavam a emanção da propriedade intelectual deste autor, decorrente do ato criativo da obra. O direito absoluto do autor então não lhe é atribuído pela legislação, mas em decorrência da natureza das coisas, vale dizer, da propriedade humana sobre suas criações do espírito (obra intelectual), que é consagrada e formada pela norma positivada. Na França, já nas primeiras leis de 1791 e 1793, consideradas as bases das modernas codificações autorais, ficou evidente que os Direitos Autorais não seriam uma criação da norma, mas que versavam sobre direitos existentes sem a intervenção legislativa, bastando apenas a criação intelectual.<sup>461</sup>

---

<sup>458</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito Autoral... Op. cit.*, p. 168.

<sup>459</sup> Como já referido, os movimentos “em torno” da Revolução Francesa foram cruciais para o surgimento definitivo de um Direito de Autor. Como narram FEBVRE, Lucien e MARTIN, Henri-Jean (*O aparecimento do livro... Op. cit.*, p. 224-6), foi uma conquista paulatina na França do século XVIII, que se consumou em agosto de 1777, quando cinco decretos tornaram definitivos os privilégios dos autores e temporários os dos editores (dez anos). Outro Decreto de 30 de julho de 1778 complementou estes, e quatorze anos mais tarde surge a Lei Autoral, que inspira surgimento de análogas em toda a Europa.

<sup>460</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito Autoral... Op. cit.*, p. 168. O autor refuta crítica do pensador americano Ronald Bettig, no sentido de que não se pode embasar a Teoria do Direito Natural em sede de Direito Autoral em Locke, já que este certamente não se referia à propriedade intelectual, quando tratava de trabalho e propriedade, em suas obras. Leite refere um importante trecho da obra de Locke onde “este afirma que os inventos e as criações intelectuais, quando aplicadas ao processo de apropriação da terra e da natureza, faz aumentar o domínio sobre a propriedade privada do indivíduo”. Embora não tenha se referido diretamente à propriedade intelectual, pode-se depreender isso de sua obra, bem como de sua ação política, como quando o Parlamento inglês discutiu, em 1692, a renovação da lei que regulava a Imprensa, com participação ativa do pensador pela concessão de privilégios (licenças) para imprensas (tipógrafos). (Id., p. 169).

<sup>461</sup> *Ibidem*, p. 174.

A Teoria da Proteção do Direito Autoral amparada nos princípios do Direito Natural encontrou críticas, e elas se consubstanciam em três argumentos básicos. Primeiramente, embora sustentando que o autor deve ter controle sobre o objeto de suas criações, esta Teoria pouco trata de outras questões relevantes, como a quantidade deste controle pelo autor, o tempo que ele deve durar e quem deve se beneficiar das obras. A norma positivada então conflitaria com o ideal dos direitos naturais. Num segundo plano, como em Fisher se viu alhures, discute-se se as normas de proteção autoral satisfazem o ideal de compensação que o autor dá à sociedade. A meta da justa compensação ao autor seria um conceito vago, já que impossível estabelecer o que seria um “preço justo” para cada tipo de criação passível de tutela. Por fim, a terceira crítica embasa-se nas fundamentações do próprio Direito Natural, para contrapô-lo como direito coletivo em cotejo com um direito individual. Nesta linha de mira, haveria um conflito entre o direito do autor aos frutos da sua obra e os direitos da sociedade, pois, se a natureza é um bem comum, o conhecimento também o é. Nesta concepção, o autor é fruto do meio social, sendo importante para sua formação e para as obras que cria toda a bagagem cultural que um povo lhe dá, sendo assim necessário e natural que cada titular deixe que a coletividade compartilhe de seus conhecimentos.<sup>462</sup>

Há, ainda, entre nós, aqueles que refutam expressamente esta teoria, como Barbosa, para quem “a Propriedade Intelectual nasce da lei”, inexistindo direito natural aos bens intelectuais.<sup>463</sup>

### 3.3.5.2 Teoria Instrumental, Contratual ou Utilitária

A Teoria Instrumental, Contratual ou Utilitária, como dito alhures, é bem próxima da Utilitarista de Fisher. Tem como seu núcleo central a ordem econômica dos Direitos Autorais, ou seja, reconhece um valor econômico agregado a cada obra intelectual. Se não tutelada a obra autoral, limitando sua utilização somente às formas autorizadas pelo criador e vedando aqueles que não fossem assim, estar-se-ia então negando seu valor econômico e, por conseguinte, não haveria estímulo a justificar o processo criativo e a publicação das obras autorais.<sup>464</sup>

---

<sup>462</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito Autoral... Op. cit.*, p. 176-7.

<sup>463</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 88.

<sup>464</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito Autoral... Op. cit.*, p. 179.



O interesse pessoal do autor em ver-se remunerado adequadamente por seu labor seria, nessa visão, o maior incentivo às atividades criativas. O embasamento teórico desta interpretação estaria calcado em Jeremy Bentham, para quem as normas somente encontrariam justificação em sua utilidade, o que no Direito, mesmo reconhecendo-se o objetivo final de justiça, significaria ceder às preocupações pragmáticas do utilitarismo, vale dizer, não deixaria de procurar também soluções úteis, com as quais estaria focado na convivência social de forma mais fácil e cômoda.<sup>465</sup>

O caráter utilitário do Direito, nesta senda, seria um meio ou uma via mediata e indireta para atingir os fins justos. Estaria presente de modo visível também uma preocupação com o bem-estar material.

Esta justificativa ficaria esteios na idéia de um interesse público relevante na possibilidade de criação e disponibilização de uma quantidade cada vez maior de obras, e para atingir este desiderato é indispensável uma forma de incentivo constante à criação, que ocorreria na prática por meio do sistema legal possibilitador das vantagens patrimoniais e morais aos criadores e distribuidores destas obras.<sup>466</sup>

Há, nesta Teoria, uma clara visão econômica, haja vista que a proteção conferida tem por finalidade proteger os autores cujas produções intelectuais aumentam a influência e o prestígio e enriquecem a economia. Os sistemas de proteção, em última análise, proporcionariam o incentivo necessário para estimular a criação, representando um intercâmbio econômico entre o incentivo e o estímulo à criação de obras intelectuais pela concessão de um “monopólio”, de uma parte, e o acesso a tais obras pelas doutrinas que limitam seu uso e sua distribuição, de outra. A justificativa da proteção autoral reside no estímulo e na recompensa pela criação efetivada pelo autor.<sup>467</sup>

O sistema de proteção autoral, nesta concepção, seria parte crucial da infra-estrutura econômica de uma nação, encontrando direta conexão com sua evolução tecnológica e seu desenvolvimento social. Neste aspecto, relevante um sistema que otimizasse a produção intelectual usando subsídios estatais ou concedendo um “monopólio limitado”, o que

---

<sup>465</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito Autoral... Op. cit.*, p. 179.

<sup>466</sup> *Idem*, p. 180-1.

<sup>467</sup> *Ibidem*, p. 181.

redundaria no fomento de novas criações, pelo lado dos autores, e no desenvolvimento social, na outra ponta, por meio de divulgação das criações.<sup>468</sup> A visão desta Escola pode ser facilmente visualizada no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs), que em seu artigo 7º vincula a Propriedade Intelectual ao desenvolvimento sócio-econômico e cultural da sociedade.<sup>469</sup>

Evidentemente, esta teorização encontrou solo fértil nos Estados Unidos, diante da visão pragmático-utilitarista de mundo, da economia e do Direito que não é segredo algum viceja naquele país, tanto que decisões judiciais, inclusive da Suprema Corte, nela se fundamentaram.<sup>470</sup>

Como todas as demais, igualmente enfrentaria críticas, a principal delas centrada no fato de sua existência estar dependente de convenção, sem a qual perderia o sentido, e “não se veria razão (utilidade) para a justificativa instrumental, ou ainda, faltando a justificação, tal norma ficaria sem sentido”.<sup>471</sup>

### 3.3.5.3 Teoria do Interesse Público Relevante

A Teoria do Interesse Público Relevante deita raízes no interesse do Estado de salvaguardar o direito humano de acesso à cultura e ao desenvolvimento, em detrimento da tutela de um interesse particularmente configurado. Há uma interligação visível entre o Direito Autoral e a cultura, sendo que a proteção deve estar de algum modo vinculada, de forma a possibilitar o diálogo cultural mais amplo possível, que é um ideal a perseguir.<sup>472</sup>

<sup>468</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito Autoral... Op. cit.*, p. 183.

<sup>469</sup> Conforme BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à... Op. cit.*, p. 200, dentre os objetivos do Acordo, “os de fazer com que a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade contribuam para a promoção da inovação tecnológica e para a transparência 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 um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

<sup>470</sup> O autor adotado cita, entre outras, decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Mazer contra Stein* (347 US 201, 219, 1954), que referiu a razão da norma constitucional que prevê a proteção autoral: “A filosofia econômica por trás do dispositivo constitucional que autoriza o Congresso a conceder patentes e direitos autorais funda-se na convicção de que o encorajamento do esforço individual pelo ganho pessoal é o melhor meio para se promover o bem-estar público através do talento dos autores e inventores nas artes e ciências”. (LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de Autor... Op. cit.*, p. 182).

<sup>471</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito Autoral... Op. cit.*, p. 184-5.

<sup>472</sup> Na visão de José de Oliveira Ascensão (*Direito da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 135), que mesmo reconhecendo que a justificação ao Direito Autoral está no estímulo e recompensa pelo que autor criou, vê que os exclusivos são restrições do espaço de liberdade, e “devem por isso ser tão breves quanto possível, para se poder chegar ao ideal que é a liberdade do diálogo cultural”.

Estariam vinculados diretamente, neste patamar, de um lado o direito que tem o autor de ver tuteladas suas criações, e de outro o direito da sociedade ao conhecimento, ao saber e ao acesso à cultura. Ninguém desconhece que o desenvolvimento não somente cultural, mas, inclusive, educacional em geral e profissional se dá pela disseminação de conteúdos constantes em obras protegidas pelo Direito Autoral. Vislumbra-se, assim, o importante dúplice aspecto da fundamentação teórica desta fundamentação, pois o interesse coletivo de um maior número possível de obras justificaria a proteção autoral. Nesta perspectiva, “a proteção autoral é vista como uma forma de se proteger e preservar a cultura de toda uma sociedade (nação), ganhando, por isso, interesse público, pois o que não é a cultura senão a alma de um povo”.<sup>473</sup>

Este interesse público na preservação e desenvolvimento da cultura seria, de igual forma, a razão justificadora das limitações impostas ao Direito Autoral, anteriormente fundamentadas, para que em determinadas circunstâncias se atinja o maior número possível de pessoas, na promoção da cultura.<sup>474</sup> Remédio Marques aprofunda, salientando o interesse público não somente vinculado ao “sistema interno” (onde certamente estariam incluídas as limitações), mas igualmente ao “sistema externo”.<sup>475</sup>

Sintetizando, uma das finalidades da proteção autoral é o incentivo da divulgação de obras entre o público, o que redundaria na divulgação cultural, onde está centrado o interesse público relevante.

---

<sup>473</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de Autor... Op. cit.*, p. 187.

<sup>474</sup> Idem, p. 189. Embora o autor reconheça um aparente paradoxo na proteção autoral, pois “enquanto, por um lado, a proteção autoral se justifica pelo interesse público, possibilitando a existência de um direito de exclusividade de exploração econômica da obra, por outro lado, também calcado no mesmo interesse público que o justifica, estabelece limitações aos direitos de exclusividade do autor em prol da sociedade; assim, é o interesse público relevante que ao mesmo tempo justifica a proteção autoral e serve de alicerce para a sua normatização”. Sobre “os paradoxos” relacionados ao Direito, indispensável aprofundamento na leitura da profunda obra de ROCHA, Leonel Severo, entre elas *Paradoxos da Auto-Observação*, Curitiba: JM, 1997 (org.). No Direito Autoral, ênfase para a análise de ROVER, Aires José. O Direito Autoral e Seus Paradoxos. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 33-7; e AVANCINI, Helenara Braga, Breves considerações acerca do paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites dos Direitos Autorais. *Revista da ABPI*, São Paulo, n. 63, p. 16-20, mar./abr. 2003.

<sup>475</sup> “Não obstante o crescente cerceamento dos espaços de livre actuação sobre a informação (máxime, a informação tecnológica), o interesse público tonaliza, como a seguir veremos, o ‘sistema externo’ constituído pelas regras do comportamento dos agentes (titulares de direitos de propriedade intelectual) no mercado – mais conhecido pelo direito da concorrência – e o ‘sistema interno’ ou o conteúdo de alguns direitos de propriedade intelectual, o qual também é, nalguns casos, marcado por uma função concorrencial, função que inere à permissão normativa de constituir e manter direito subjectivos privados daquele jaez”. (REMÉDIO MARQUES, João Paulo. *Propriedade Intelectual e... Op. cit.*, p. 294). Em visita que o autor desta pesquisa lhe fez na Universidade de Coimbra, em 1<sup>o</sup> de fevereiro de 2006, o Professor Remédio Marques utilizou uma pedagógica figura para ilustrá-lo, a de uma laranja, em seus aspectos internos (gomos) e externos (a partir da casca).

### 3.3.6 A possibilidade de uma nova teoria: a da maximização dos benefícios sociais no Direito Autoral

O aparecimento do Estado Social se deu em determinado contexto social e histórico não por benesses de elites dirigentes mas, na acepção de Barretto, em decorrência de reivindicações claramente definidas e duramente conquistadas. Foi na metade do século XIX, com a superação do Estado Liberal pós-Revolução Francesa, e com as substanciais alterações no modelo produtivo imposto pela Revolução Industrial, que se incorporou ao conjunto de cidadãos plenos aqueles que, em virtude das modificações na economia, participavam como produtores e consumidores dos produtos industriais. A incorporação de novos cidadãos por meio da extensão do direito de voto ocasionou também uma modificação qualitativa na ordem jurídica, deixando as leis de privilegiar os interesses da burguesia, iniciando-se a época da legislação social, o que significa o nascimento do Estado Social de Direito, por meio da intervenção do Poder Público.<sup>476</sup>

O Estado Social surgiu, então, neste contexto histórico, como fruto da superação ideológica do antigo liberalismo, já que a liberdade política era restrita e inoperante, não dando nenhuma solução às contradições sociais geradas pelo liberalismo. Paradoxalmente, a concessão do direito ao voto às classes menos abastadas, como referido antes, salvou e preservou ideologicamente o que de melhor existia no antigo ideário liberal, a idéia de liberdade moderna, liberdade como valorização da personalidade, agora como ponto cardeal da democracia plebiscitária, vinculada ao Estado Social.<sup>477</sup>

Em sede de Direitos Sociais, no Estado Democrático de Direito<sup>478</sup> há uma clara linha programática de maximização dos benefícios sociais, típica dos Estados Sociais, contrariamente ao Estado Liberal,<sup>479</sup> que tem outra formatação.<sup>480</sup> Isso decorre da realidade

<sup>476</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. O conceito moderno de cidadania. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas/Renovar, n. 192, p. 35, abr./jun. 1993.

<sup>477</sup> Conforme BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 187-91.

<sup>478</sup> Seria, naquilo que constroem Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes (*Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 132), decorrente do aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito, e de outro, do *Welfare State*, não só mantendo a questão social, mas qualificando-a, pela igualdade, e impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*.

<sup>479</sup> Sobre esta transformação do Estado Liberal ao Estado Social, Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes (O *Welfare State* e a transformação do liberalismo. In \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Ciência Política e... Op. cit.*, p. 58-67. Ainda, em BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

que tem o constitucionalismo como o projeto político vitorioso do final do milênio, superando a proposta do minimalismo constitucional, tendente a destituir a Lei Maior de sua dimensão política e axiológica, atribuindo-lhe um papel meramente procedimental.<sup>481</sup> Esta visão de cunho claramente social do Direito fica patente já no umbral da Constituição Federal, ao instituir um Estado Democrático de Direito no *caput* de seu artigo 1º, tendo a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político como seus fundamentos.

O Direito Autoral não pode fugir disso. Como está umbilicalmente ligado à consecução de uma sociedade mais justa, especialmente a partir da liberdade de expressão como princípio constitucional consagrado no ordenamento político-constitucional pátrio, e ainda no necessário acesso da população à educação, à cultura e à informação como direitos indispensáveis à dignidade humana e à cidadania plena, não há como negar que, se por um lado deve possibilitar aos titulares a melhor forma de remuneração e de exploração de suas criações, por outro deve maximizar os benefícios sociais de modo a atingir o maior número possível de pessoas.<sup>482</sup>

---

1996, ponto 1.3. “O Direito do Estado e o estado do direito”, entre outros pontos, mormente quando descreve esta evolução (p. 83), partindo do Estado Liberal, que tinha a lei como ordem geral e abstrata, garantindo a efetividade da normatividade por meio da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa; passando pelo Estado Social, onde é conectada à juridicidade liberal um conteúdo social, e a lei passa a ser um instrumento de ação estatal concreta, tendo como método garantidor de sua efetividade a promoção de certas ações pretendidas pela ordem jurídica; até chegar ao Estado de Direito, de feito democrático, onde não basta a limitação ou a promoção da atuação do Estado, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*, e a lei é vista como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais vinculada tão somente a sanção ou à promoção, mas ao fim da constante reestruturação das próprias relações sociais.

<sup>480</sup> Neste sentido, a observação de Fábio Konder Comparato (O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 253), para quem o Estado Social é, fundamentalmente, um promotor do bem-estar coletivo. Sua legitimidade vai além daquela de edição de leis tendentes à manutenção de uma ordem pública neutra e sem conteúdo direcional, como no Estado de modelo liberal, mas consiste na promoção do bem comum, pelo desempenho de uma atividade programada nos mais variados setores.

<sup>481</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *In*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). *Estudos de... Op. cit.*, p. 58.

<sup>482</sup> Este necessário acesso dos cidadãos à informação, educação e à cultura, também como dever do Estado (e do Direito!) está umbilicalmente ligada à idéia de que no Estado Social suas prerrogativas não são somente negativas, mas essencialmente positivas, ou seja, como se vê em Bolzan de Moraes e Streck, o Estado não somente deve omitir o que contrarie o Direito (legalidade inspirada em uma idéia de Direito), mas deve exercer uma ação constante por meio da legislação e da administração que realize a idéia social de Direito, criando uma situação de bem-estar que assegure o desenvolvimento da pessoa humana. (STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e... Op. cit.*, p. 88).

Neste particular, se com amparo na substancial obra de Streck, o Estado Democrático de Direito é vinculativo,<sup>483</sup> passando a ser a Constituição o topos hermenêutico que conformará todo o sistema jurídico,<sup>484</sup> o que bem evidencia sua distinção daquelas cartas constitucionais de modelo liberal,<sup>485</sup> a que Bolzan de Moraes chama de “caráter interventivo-promocional” do Estado Contemporâneo,<sup>486</sup> a maximização dos benefícios sociais mostra-se um caminho a seguir.

Observe-se, ainda, com amparo em Barretto, que já no preâmbulo da Constituição se declara a intenção de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, sendo que os direitos sociais vieram estabelecidos no artigo 6º: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância e a assistência aos desamparados. Estes são valores supremos; no entanto, vê-se na doutrina e na jurisprudência uma profunda e sintomática dificuldade no manejo com a idéia e o regime jurídico dos direitos sociais, que assim perdem as características de valores supremos da ordem constitucional, consagrados na Constituição, e pertencentes, deste modo, à categoria dos direitos fundamentais, redundando em seu rebaixamento na hierarquia normativa, reduzidos a meras normas programáticas à espera de regulamentação para que produzam efeitos. Estes direitos sociais estariam, ainda na esteira de Barretto, na mesma categoria hierárquica dos direitos civis e políticos. Para ele, as dificuldades conceituais verificadas na leitura do texto constitucional originam-se possivelmente na falta de uma fundamentação lógico-racional para os direitos sociais, que devem ser integrados no núcleo

---

<sup>483</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e) m Crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 241; e ainda em ponto próprio, intitulado “O constitucionalismo compromissário-dirigente morreu”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 106-26. Outro que defende a Constituição Dirigente no modo como originalmente sustentada por Canotilho é SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 138, 2004. Ainda, sobre o legado do professor coimbrão em sua idéia primeira e na mais recente de constitucionalismo, GRAU, Eros Roberto. Resenha de um “Prefácio” (Canotilho, “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, 2. ed.). In: \_\_\_\_\_; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 423-36; e BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; \_\_\_\_\_; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont’Alverne B. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150.

<sup>484</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica... Op. cit.*, p. 237.

<sup>485</sup> Idem, p. 23.

<sup>486</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As Crises do Estado. In: \_\_\_\_\_ (Org.) *O Estado e suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16.

normativo do Estado Democrático de Direito, ao lado daqueles. A exclusão destes reflete o predomínio de um tipo de “hermenêutica constitucional” que conflita com o próprio paradigma jurídico e político do Estado Democrático de Direito.<sup>487</sup>

Barretto propõe então uma visão que parte de um pressuposto por ele considerado radical, qual seja, o de que os direitos sociais não são meios de reparação de situações injustas, nem são subsidiários de outros direitos, não se encontrando, assim, em posição hierárquica inferior aos direitos civis e políticos. Nesta linha argumentativa, os direitos sociais, entendidos como igualdade material e exercício de liberdade real, exercem posição e função que incorpora aos direitos humanos uma dimensão obrigatoriamente social, retirando-lhes o traço de “caridade” ou “doação gratuita”, e atribuindo-lhes o caráter de exigência moral como condição de sua normatividade.<sup>488</sup>

Entre as várias concepções teóricas que tentam superar a ineficácia dos direitos sociais e falácias teóricas que giram em torno de sua conceituação, mormente aquela concepção funcional que lhe dá posição inferiorizada vinculada a demandas sociais e econômicas conjunturais (“Reserva do Possível”), a Teoria do Mínimo Social labora na minimização da radicalidade daquela visão, sustentando que a pessoa sem o mínimo necessário à sobrevivência perderia a condição inicial da liberdade que é a sobrevivência.<sup>489</sup>

A idéia de Mínimo Social, ou direitos constitucionais mínimos como sustentado entre os norte-americanos, está diretamente vinculada ao próprio conceito de cidadania e princípios constitucionais, como o princípio da igualdade (que assegura a proteção contra a pobreza, que resulta da desigualdade social), e no respeito à dignidade humana.<sup>490</sup> Neste particular, há um direito às mínimas condições de vida digna que não podem ser objeto de intervenção do Estado, e que ainda exigem prestações estatais positivas.<sup>491</sup>

---

<sup>487</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre... *Op. cit.*, p. 3-4.

<sup>488</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>489</sup> *Ibidem*, p. 8-13.

<sup>490</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isenções*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. III, p. 149-150.

<sup>491</sup> *Idem*. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 262.

É muito comum a vinculação da idéia de mínimo social a aspectos básicos da vida humana, mormente aos direitos de primeira geração, como habitação, moradia, vestuário, emprego *etc.* Em um país de desigualdades sociais vergonhosas, onde conseguir sobreviver já é uma façanha, falar-se em acesso aos bens culturais e educacionais pode parecer demasia. Mas não é, como mais uma vez assevera Torres, para quem o mínimo existencial não contém direito especificadamente delimitado, abrangendo qualquer direito, “ainda que originariamente não fundamental (direito à saúde, à alimentação *etc.*), considerado em sua dimensão essencial e inalienável”.<sup>492</sup>

O direito à cultura (Constituição Federal, artigo 215), o direito à educação (Constituição Federal, artigo 205), e com eles à informação, que serão aprofundados no quinto capítulo desta tese, fazem parte deste mínimo existencial. Com eles, a necessária visão de um Direito Autoral vinculado e subordinado a esta idéia maior, principalmente calcada na dignidade humana, que pressupõe, na visão de maximização dos benefícios sociais em sede de Direito Autoral.

Esta interpretação do Direito Autoral se efetivaria também por uma visão mais ampla de suas limitações, possibilitando o melhor acesso da maior parcela possível da população às obras tuteladas pelo Direito Autoral.

O Direito Autoral não pode ficar adstrito à simples idéia de propriedade amparada na matriz liberal, mas deve ser visto de forma mais ampla possível, vinculado à sua função social, que se concretiza indubitavelmente no objetivo de levar informação, conhecimento e cultura ao maior número possível de seres humanos. Manter a visão estreita do patrimonialismo seria retrocesso social e jurídico, que felizmente encontra vedação principiológica em nosso sistema, para a afirmação efetiva de um Direito inclusivo, solidário e altruísta.<sup>493</sup>

---

<sup>492</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania...*, p. 261-3. A própria Carta Magna, em outro momento, corrobora a idéia aqui sustentada que os bens autorais estão entre aqueles indispensáveis ao ser humano no seu mínimo existencial, ao prever entre os bens indispensáveis que devem ser atendidos com o salário mínimo nacional (art. 7º, inciso IV), o lazer (aí certamente incluída a cultura), e a educação.

<sup>493</sup> Nas palavras de SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais sociais...* *Op. cit.*, p. 163.



### 3.4 CONTEÚDO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AUTORAL

Necessário, ainda, fazer-se um brevíssimo bosquejo dos princípios que relacionam a proteção do Direito Autoral à Constituição. Esta tutela consta, *expressis verbis*, na Constituição,<sup>494</sup> e a fundamentação teórica desta principiologia será objeto de enfoque na continuação.

#### 3.4.1 Princípio da Exclusividade de Utilização

O Princípio da Exclusividade de Utilização é considerado por Pimenta “o alicerce de todos os princípios de direitos autorais”.<sup>495</sup> Santos analisa a matéria com minúcias, anotando que desde a Constituição de 1891 se optou por caracterizar no direito de exclusividade a essência desse instituto, evitando, assim, considerá-lo expressamente como ‘propriedade’, tratamento dado no Código Civil de 1916 ao Direito de Autor, à semelhança do que fizera a Convenção de Berna de 1896. Nesta análise, o elemento fundamental da proteção autoral é a exclusividade de utilização da obra, que na regra constitucional assume vezo nomeadamente de caráter econômico. Mesmo assim, na opinião do doutrinador citado, “a doutrina, especialmente a constitucionalista, ao analisar o texto constitucional, enquadra o Direito de Autor, assim como a Propriedade Industrial, na categoria de ‘propriedade especial’”.<sup>496</sup>

Abrão, ao ocupar-se deste princípio, vincula suas origens à adesão de nosso país à Convenção de Berna. Manifesta entendimento que o direito ao exclusivo é extensivo a quem adquira os direitos para oferta pública de comercialização, como a terceiros que desejem fruir da obra. A exclusividade, nos tempos modernos, seria uma espécie de defesa do autor com relação às facilidades tecnológicas cada vez mais abundantes de reprodução e difusão das criações, e às dificuldades paralelas de sua fiscalização.<sup>497</sup>

<sup>494</sup> “Art. 5º [...] XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

<sup>495</sup> PIMENTA, Eduardo. *Princípios de... Op. cit.*, p. 230.

<sup>496</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual – O Regime Constitucional do Direito Autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord.), *Direito da Propriedade... Op. cit.*, p. 20.

<sup>497</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 65.

Continuando, destaque-se a correta abordagem de Santos ao sustentar que este direito de exclusividade não fica restrito a seu conteúdo patrimonial, estendendo-se às prerrogativas extrapatrimoniais, relacionadas à personalidade do autor e à própria obra. O autor aqui adotado vê como progresso o fato de a Carta Magna de 1988 ter ampliado o conteúdo desta tutela constitucional, abrangendo agora o direito de utilização, reprodução e publicação das criações autorais,<sup>498</sup> ao mesmo tempo em que lamenta corretamente que a redação do dispositivo constitucional não tenha avançado mais, fazendo constar de forma que a garantia constitucional abrange além daqueles que constaram, os direitos extrapatrimoniais.<sup>499</sup>

### 3.4.2 Princípios da Pessoalidade e Transmissibilidade

Indagação oportuna, no atinente a este tema, gira em torno da conveniência ou não de a Constituição Federal ter utilizado a exclusividade sobre a obra intelectual “ao autor”. Santos anota que, desde a primeira Constituição Republicana, se assegurou que o Direito Autoral é garantido tanto ao autor como aos seus herdeiros, embora a expressão “transmissível” tenha surgido somente na Carta de 1934. E indaga: “Uma vez que o texto constitucional somente inclui os herdeiros, mas não os sucessores, estaria o Legislador vedando a transferência desse direito por ato entre vivos?”<sup>500</sup>

Continuando, entende que não há motivação teleológica para a vedação da alienabilidade do Direito Autoral, já que o Supremo Tribunal Federal venceu bem ao decidir esta controvérsia.<sup>501</sup> Neste sentido, a utilização da expressão “autor”<sup>502</sup> estaria

<sup>498</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Princípios... *Op. cit.*, p. 20. “O segundo, o direito de reprodução, encontra-se englobado no primeiro, porquanto o núcleo do direito patrimonial é a exclusividade de utilização econômica, e a reprodução é uma modalidade desta. Seria, pois, suficiente o recurso ao termo ‘utilização’. O terceiro, o direito de publicação, equivale ao direito de divulgação, que é uma faculdade de ordem pessoal”.

<sup>499</sup> *Idem*, p. 20-1.

<sup>500</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Princípios Constitucionais e... *Op. cit.*, p. 21.

<sup>501</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp 1031-DF. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Julgada em: 10 dez. 1980. Publicada em 22 maio 1981. Obtido pelo sistema de consultas por correspondência eletrônica do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 22 fev. 2006. Trata-se de representação do Procurador-Geral da República, arguindo a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei nº 6.533/78, que veda a cessão dos direitos autorais, que foi superada pela interpretação do Supremo que a lei ordinária pode optar tanto pela liberdade de transferência como pela sua restrição. Ementa: Direitos Autorais e Conexos de Artistas e Intérpretes. A proibição legal da respectiva cessão (Art. 13 da Lei nº 6533, de 1978), não é inconstitucional.

<sup>502</sup> Tanto a redação constitucional como da Lei Autoral induzem a esta confusão, e seria mais oportuna a utilização de uma expressão mais abrangente, que a superaria, como “ao titular dos direitos autorais”, para que não se confundisse autoria, no sistema pátrio em princípio exclusiva a pessoas naturais, com titularidade, sem dúvidas de prerrogativas econômicas facticamente mais amplas.

dirigida à definição da titularidade originária desse direito, sinalizando que a proteção autoral, bem como a do inventor, deve ser atribuída num primeiro momento ao criador da obra sob tutela.

Abrão vai mais além, tendo como ponto focal a preferência legislativa pelo autor em sua conotação pessoal, em detrimento da titularidade de Direito Autoral, expressão que pressupõe atos de transmissão de direitos do criador a outras pessoas físicas e jurídicas. Ela giza, ainda, que o artigo 11 da Lei Autoral é reflexo desta redação constitucional, ao limitar a autoria à pessoa natural criadora de obra literária, artística ou científica.<sup>503</sup>

Tem-se, então, num primeiro plano o Princípio da Pessoalidade, já que as normas constitucionais efetivamente assim conduzem, na regulamentação da tutela autoral. Num segundo patamar, a possibilidade de transferência, ou melhor, da exclusividade de sua exploração, mais uma vez com razão Santos ao assinalar que “não faria sentido para a livre difusão da informação e do conhecimento que qualquer utilização da obra dependesse sempre da autorização pessoal do autor”.<sup>504</sup>

### 3.4.3 Princípio da Temporabilidade

O Direito Autoral, a exemplo dos demais institutos em sede de Direitos Intelectuais, é caracterizado por sua temporalidade. A redação da Constituição Federal, no entanto, remete ao texto infraconstitucional na expressão “transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Pimenta enxerga **nessa redação** o Princípio da Transmissibilidade de Direitos Autorais; ressalva, no entanto, que, mesmo se referindo à transmissão *causa mortis*, dele decorreria um “subprincípio” autoral de generalidade da transmissão dos direitos autorais, por ato inter-vivos.<sup>505</sup>

Percuciente a abordagem de Santos, mais uma vez, ao ver que, assim dispondo, se está a dizer que este direito é vitalício, o que não consta expressamente, mas é perfeitamente dedutível, pois no atinente ao Direito do Inventor se estabelece “um privilégio temporário para sua utilização”.<sup>506</sup>

---

<sup>503</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e...* *Op. cit.*, p. 65.

<sup>504</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Princípios Constitucionais e...* *Op. cit.*, p. 21-2.

<sup>505</sup> PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos...* *Op. cit.*, p. 243.

<sup>506</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Princípios Constitucionais e...* *Op. cit.*, p. 22-3.

Embora utilizando outra terminologia (Transmissibilidade a termo de fruição), Abrão enceta uma abordagem a partir de uma visão cristalinamente social. O autor é fruto de seu meio e de seu tempo, e contou com a colaboração direta e indireta da coletividade na elaboração de suas obras. Tempo volvido, a esta caberá a fruição, pelo domínio público, “uma vez que dela retirou os elementos com que a criou e confeccionou”.<sup>507</sup>

#### 3.4.4 Princípio da Proteção das Participações Individuais em Obras Coletivas

Obra coletiva tem previsão legal no artigo 5º, inciso VIII, alínea “h” da Lei Autoral como sendo “a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma”.<sup>508</sup>

A Constituição Federal dá proteção à participação individual em obra coletiva em dispositivo distinto daquele atinente ao Direito Autoral estrito senso, qual seja no artigo 5º, inciso XXVII, aliena “a”, primeira parte.

Da complexidade das relações que a envolvem, são as conseqüências salientadas por Santos: “Erosão do conceito de autoria, necessidade de centralizar o poder de utilização econômica dos resultados e, acima de tudo, relevância de proteger os interesses de quem viabilizou o empreendimento”. Noticiando o crescente aumento do número de produção em equipe a partir da segunda metade do século passado, este autor assinala que “não se pode olvidar que um dos fundamentos da Propriedade Intelectual é fomentar o desenvolvimento cultural e tecnológico e não, apenas proteger a personalidade do autor”.<sup>509</sup>

A legislação autoral, por sua vez, completa esta previsão em seu artigo 88, inciso II, praticamente na esfera dos direitos extrapatrimoniais, prevendo que, ao publicar a obra coletiva, o organizador mencionará em cada exemplar a relação de todos os participantes, em ordem alfabética, se outra não houver sido convencionada.

<sup>507</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e...* *Op. cit.*, p. 65-6. A análise tem relação com aquela feita por Eduardo Lycurgo Leite em sua *Teoria do Direito Natural*, item 3.3.5.1, antes enfocada neste capítulo, p. 166-68.

<sup>508</sup> CHAVES, Antonio (*Direito de Autor: Princípios...* *Op. cit.*, p. 105) refere como exemplos delas as enciclopédias, os jornais, a obra cinematográfica...

<sup>509</sup> SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Princípios Constitucionais e...* *Op. cit.*, p. 23.

### 3.4.5 Outros Princípios

Abrão faz uma enumeração mais ampla que a de Santos, fundamentando ainda outros princípios constitucionais de Direito Autoral. Um deles seria o que denomina “garantia individual de tutela”. O direito exclusivo do titular de obra autoral, neste pensar, por outro lado impõe limites a esse amplo e absoluto direito. Quer isso dizer que somente o autor tem a faculdade de autorizar reproduções. Qualquer outra obra que não seja derivada daquela ou sua cópia é obra inédita, criada por outro autor, e que tem a mesma garantia individual de tutela. Para ela, “esse direito, portanto, não se irradia a obras criadas por outros autores porque a capacidade criadora da mente humana vai até o limite do direito e da capacidade criadora do outro ser humano”, concluindo “daí tratar-se de privilégio, e não de monopólio”. O outro batiza de princípio da “utilização pública”, vinculado à proteção, que parte da Constituição, da participação econômica pelo autor em qualquer tipo e forma de utilização de sua criação, como exemplificadamente a reprodução, a transmissão, a representação ou a execução das obras. Significa dizer que se garante constitucionalmente ao autor não somente direitos sobre o exemplar único, à matriz, ao piloto de sua criação, mas sobre todas as cópias oriundas daquele original e a toda a utilização dele decorrente.<sup>510</sup>

Pimenta faz um périplo, chegando a 15 princípios. Além dos aqui enumerados, cita o Princípio da Isonomia do artigo 5º, *caput* (vincula a inviolabilidade do direito à liberdade ao Direito Autoral), o de liberdade de associação (artigo 5º, inciso XX), Princípio da Proteção à Imagem como direito conexo, Princípio da Fiscalização do Aproveitamento Econômico, Princípio da Prestação de Contas, Princípio da Gestão Coletiva, Princípio da Unicidade da Gestão Coletiva e Princípio da Independência de Sanções, entre outros.<sup>511</sup>

## 3.5 OUTRAS ÁREAS RELACIONADAS AOS DIREITOS INTELECTUAIS

### 3.5.1 Direito do Inventor<sup>512</sup>

Como antes já discorrido, embora possam ser feitas confusões pelos que não são estudiosos no assunto – e até a Lei de Propriedade Industrial de algum modo assim

<sup>510</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e...* *Op. cit.*, p. 65.

<sup>511</sup> PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos...* *Op. cit.*, p. 228-51.

<sup>512</sup> O autor desta investigação utiliza a expressão ampla “Direito do Inventor” no decorrer de todo texto, sem entrar nas minúcias da tutela e das expressões técnicas, o que não é o propósito e nem seria crível, embora se saiba que este também apresenta subdivisões, sendo protegidas as criações intelectuais consubstanciadas em patentes de invenção, modelo de utilidade e desenho industrial.

possibilita ao referir-se aos “autores” de inventos –, Direito Autoral e Direito do Inventor são áreas totalmente distintas, em seus mais variados aspectos.

O Direito Autoral, como referido alhures, é considerado área autônoma dentro dos Direitos Intelectuais, atinente à proteção das obras estéticas e/ou artísticas. O Direito do Inventor, por sua vez, faz parte da outra grande área, o Direito da Propriedade Industrial, que abrange ainda o Direito Marcário. No Direito do Inventor as obras têm como característica principal o fato de serem técnicas e/ou industriais.<sup>513</sup> Neste particular, enquanto no Direito Autoral a utilidade não é fator relevante, no Direito do Inventor ela se mostra claramente. Ou seja, há uma clara vinculação à necessidade humana. Se no Direito Autoral pode ser criada determinada obra por motivos vários, inclusive por mero capricho do autor, no Direito do Inventor a criação decorre da tentativa de solucionar um problema técnico, utilizando um invento industrial que será produzido em série em qualquer lugar do mundo, a partir dos dados e instruções que constarão do documento oficial daquela criação, que outorgará o direito.<sup>514</sup>

Ainda, o próprio ineditismo é diferente, em ambos. Enquanto no Direito do Inventor se pode dizer que a novidade deve ser absoluta, pois se trata de obra técnica, no Direito Autoral não é bem assim, pois a novidade está mais relacionada ao conteúdo e à forma de divulgação da criação intelectual. Vários autores podem fazer uma poesia tendo como inspiração “a lua”, exemplificando, e cada uma delas terá tutela específica, com seu ineditismo particular, enquanto no atinente às invenções esta realidade é diversa.

---

<sup>513</sup> Daí os requisitos da patentabilidade destas criações, enfocados por Frédérique Toubol (*El software: analisis jurídico*. Buenos Aires: Zavalia, 1990, p. 58-9): “Se considera, por lo general, para que una invención sea industrial, que por su objeto, su aplicación y su resultado debe concurrir a la producción de bienes o de resultados técnicos. Se estima que una invención tiene objeto industrial si corresponde al dominio de la industria, por oposición al mundo de la estética. El concepto de aplicación industrial supone la explotación técnica inmediata de la invención y permite distinguir el dominio de la ciencia del mundo de la industria”. O autor analisa ainda outros requisitos, que inclusive são consagrados no sistema positivo brasileiro, como novidade, atividade inventiva, e aplicação industrial (artigo 8º da Lei de Propriedade Industrial).

<sup>514</sup> Silveira aborda com propriedade estas características, asseverando: “A criação no campo da indústria, a invenção industrial, objetiva produzir efeitos no mundo material, obtendo um resultado utilitário. Em suma, o poder do homem sobre o mundo material que o cerca é aumentado pelo emprego da invenção, em termos de maior força, mais rapidez ou perfeição. A obra artística produz efeito similar, mas no mundo interior do homem, o mundo da percepção. A invenção industrial atua no mundo físico, a obra artística no mundo da comunicação ou da expressão”. (SILVEIRA, Newton. *Curso de Propriedade Industrial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 13).

Outras diferenças mostram-se, como no atinente à duração (prazo médio de 20 anos para patentes de invenção), gênese (necessidade do depósito, no Direito do Inventor), inexistência dos direitos extrapatrimoniais no Direito do Inventor e possibilidade de titularidade (criação) por pessoa jurídica no Direito do Inventor, quando no Direito Autoral, como já se disse, é restrita às pessoas naturais.<sup>515</sup>

### 3.5.2 Direito Marcário

As marcas são aqueles sinais distintivos utilizados para distinguir produtos ou serviços de outros idênticos, semelhantes ou afins, de origem diversa.<sup>516</sup> Têm claramente uma função comercial, seja em atividades assim classificadas de modo estrito ou em atividades empresariais de prestação de serviços.

As marcas que a Lei de Propriedade Industrial brasileira admite são necessariamente perceptíveis visualmente. Nosso ordenamento ainda veda marcas de outras percepções de sentidos, as auditivas, por exemplo.<sup>517</sup> As formas básicas de marcas, nesta visualização, são chamadas nominativas, figurativas e mistas. As nominativas, como a própria expressão indica, estão consignadas em um nome (palavra), desde que não defeso em lei. Geralmente é parte do nome comercial do titular, ou patronímico de um sócio, ou palavra que esteja de algum modo relacionada ao produto ou serviço que se pretende identificar. O segundo tipo de marcas é a figurativa, relacionada a uma figura ou desenho. Neste, a marca adquire uma função mais estética e artística, ampliando seu espectro de meramente uma identificação nominal. Por terceiro, a marca mista conjuga os dois primeiros tipos, vale dizer, nela se utiliza a identificação nominal acompanhada da figurativa.

---

<sup>515</sup> Até pela natureza das obras protegidas a atividade criativa industrial é desenvolvida a partir da pesquisa em organizações estatais e empresariais fortemente organizadas. Como diz Douglas Gabriel Domingues (*Direito Industrial: Patentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 157), “mudaram os tempos e, com o desenvolvimento industrial e tecnológico, a romântica figura do inventor solitário que trabalhava sozinho ou desenvolvia projetos nos fins de semana em garagens e barracões de fundo de quintal foi desaparecendo e dando lugar ao trabalho em grupo, profissional, às equipes de pesquisas, aos projetos milionários em busca da solução de um problema técnico”.

<sup>516</sup> Embora haja quem discorde da definição constante do próprio texto da lei, como Mauricio Lopes Oliveira (A imprecisão na definição legal de marca. *Revista da ABPI*, São Paulo, n. 38, p. 20-2, jan./fev. 1999), para quem servem tanto para distinguir produtos de origem diversa como de idêntica origem.

<sup>517</sup> Sempre que este assunto é tocado, se exemplifica com o famoso “plim-plim” da Rede Globo de Televisão, que, fosse permitida marca auditiva, seria certamente a mais famosa delas entre nós. Denis Borges Barbosa (*Uma Introdução à... Op. cit.*, p. 804) ainda inclui entre as vedadas, as aromáticas e gustativas.

O Direito Autoral tem uma vinculação mais direta com as marcas exatamente neste particular, ou seja, na marca figurativa, que pode decorrer de uma criação artística própria e original. Se teria, numa mesma criação, dois direitos intelectuais de natureza distinta, o Direito de Autor de quem criou aquele signo distintivo e o do titular que requereu o registro da marca.<sup>518</sup> Ambos na esfera própria, é claro, sendo de se destacar que geralmente as empresas remuneram os profissionais ligados ao setor (desenhistas, artistas plásticos, publicitários, arquitetos) pela estilização de suas marcas, o que supera qualquer irregularidade relativa aos direitos patrimoniais de autor.

Os tipos básicos de marca estão previstos no artigo 123 da Lei de Propriedade Industrial. Inicialmente, as marcas de produto ou serviço, que distinguem estes e outros idênticos, semelhantes ou afins.

Como tipos ordinários novos de marca a atual Lei de Propriedade Industrial introduziu a marca de certificação e a marca coletiva. A primeira tem o condão, como a própria nomenclatura demonstra, de atestar a conformidade de um produto a certas normas ou especificações técnicas, nomeadamente concernentes à qualidade, natureza, material e metodologia empregada. No correto modo de interpretar de Barbosa, a marca de certificação “não é um método de diferenciação entre produtos ou serviços semelhantes, mas, sim, um meio de informar ao público que o objeto distinguido se conforma a normas ou padrões específicos, por exemplo as normas baixadas pelos órgãos oficiais de controle de qualidade”.<sup>519</sup>

A marca coletiva, a seu turno, é aquela destinada à identificação de produtos ou serviços oriundos de membros de uma determinada entidade. Soares diz que “coletiva é a marca de toda comunidade, de um agrupamento de pessoas jurídicas de natureza privada ou pública, destinada a assinalar e distinguir os produtos e/ou mercadorias oriundas de uma

---

<sup>518</sup> Neste particular, BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Titularidade de Direitos Autorais na Criação de Logomarca. In: \_\_\_\_\_. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 81-94.

<sup>519</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à... Op. cit.*, p. 805. De resto, mesmo nas marcas em geral ou nas “comuns”, já que esta indiscutivelmente é uma marca com finalidade especial, reside uma clara “função de qualidade”, como faz ver Luis M. Couto Gonçalves (*Direito de Marcas*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 23), mesmo assim destacando que a marca não cumpre uma função de garantia da constância qualitativa dos produtos ou serviços, mas sim a qualidade dos produtos ou serviços por referência a uma origem não enganosa.



cidade, região ou país, como se fora o selo de garantia, autenticidade, excelência e qualidade”.<sup>520</sup>

Há previsão legislativa, ainda, de dois tipos especialíssimos de marcas, que obtêm proteção especial a partir de sua notoriedade. A primeira é a marca de alto renome, que tem proteção especial, em todas as classes (ramos de atividade), diante de sua notoriedade. A vedação tem por fim especial coibir a possibilidade de que terceiros interessados em utilizar marca consagrada, mesmo que em outro ramo de atividade,<sup>521</sup> se utilizem deste alto renome para cooptação de clientela, e ainda mais podendo causar confusão na escolha do consumidor, que poderia imaginar que o titular daquele produto assinalado com uma marca renomada agora atua com os mesmos critérios industriais, comerciais e de qualidade em novo ramo.<sup>522</sup> Como bem assinala Soares, houve na vigente Lei de Propriedade Industrial uma alteração de nomenclatura, já que a anterior – Lei nº 5.772, o denominado Código da Propriedade Industrial – a previa como “marca notória” em seu artigo 67.<sup>523</sup>

A outra é a marca notoriamente conhecida, muito semelhante numa primeira e rápida análise à marca de alto renome, porém com proteção restrita em seu ramo de atividade (que, em última razão, redundaria na classe marcária), no entanto independente de estar previamente registrada em nosso país. Tal especialidade deriva-se do artigo 6º-bis da Convenção de Paris, que determina recusem ou invalidem e proibam o uso de marca que constitua contrafação “de uma marca que a autoridade competente do país do registro ou do uso considere que nele é notoriamente conhecida como sendo já marca de uma pessoa amparada pela presente Convenção, e utilizada para produtos idênticos ou similares”.<sup>524</sup>

---

<sup>520</sup> SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 182.

<sup>521</sup> Neste particular, J. R. Martins e Nelson Blecher (*O Império das Marcas*. São Paulo: Marcos Cobra, 1996, p. 46) referem um interessante aspecto prático do anseio de uma proteção exacerbada, que ocorria naquilo que denominam “exagero de extensões”, fundado na registro de marcas em todas as categorias possíveis, evitando-se o uso por empresas com outras atividades.

<sup>522</sup> Assim, José Antonio B. L. Faria Correa (O tratamento das marcas de alto renome e das marcas notoriamente conhecidas na Lei 9.279/96. *Revista da ABPI*, São Paulo, n. 28, p. 34, maio/jun. 1997) diz que “é difícil imaginar, por exemplo, que marcas como ‘Marlboro’ ou ‘Nestlé’ pudessem ser utilizadas em qualquer outro segmento sem provocar associação ou confusão”.

<sup>523</sup> SOARES, José Carlos Tinoco. *Marca vs. Nome comercial: Conflitos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000, p. 65.

<sup>524</sup> Conforme SILVEIRA, Newton. *A Propriedade Intelectual e a nova Lei de Propriedade Industrial*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 33-4.

Como bem enfatiza Barbosa, uma das inovações da Lei nº 9.279 foi possibilitar a marca tridimensional.<sup>525</sup>

Além daquelas citadas, aqui também outras diferenças se configuram, como no atinente à duração (prazo de dez anos, renovável por mais dez, indefinidamente), gênese (necessidade do registro da marca), inexistência dos direitos extrapatrimoniais no Direito Marcário<sup>526</sup> e possibilidade de titularidade (criação) por pessoa jurídica no Direito do Marcário quando no Direito Autoral, como já se disse, é restrita às pessoas naturais. Neste aspecto, o registro que a marca, para pessoas naturais, é restrita aos profissionais liberais.

### **3.5.3 Propaganda enganosa, concorrência desleal e repressão ao abuso de poder econômico**

#### **3.5.3.1 Propaganda enganosa**

A propaganda enganosa atualmente tem previsão legislativa no Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, definida no parágrafo 1º de seu artigo 37. Modernamente é considerada como pertencente ao Direito Civil (Direito Obrigacional), embora haja quem considere autônoma a área que cuida de todos os fenômenos, ou seja, uma parte especial do Direito denominada Direito do Consumidor.<sup>527</sup>

Antes mesmo da previsão da propaganda enganosa e de outros tipos e formas de propaganda reprováveis (como a abusiva, no parágrafo 2º do mesmo artigo 37 do Código Consumerista), os próprios profissionais de publicidade e propaganda já haviam instituído,

---

<sup>525</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à... Op. cit.*, p. 803.

<sup>526</sup> Embora alguns doutrinadores sustentem, e até o Judiciário tenha dado guarida, ao dano extrapatrimonial à pessoa jurídica, que algumas vezes está ligado, em sede dos Direitos Intelectuais, a produtos vendidos ilicitamente, seja em contrafação de marca ou violação de Direito do Inventor, o que, no caso dos produtos irregulares, significa, diante de sua qualidade invariavelmente inferior, verdadeira ofensa à “imagem” da marca no mercado consumidor.

<sup>527</sup> Em Portugal o Direito da Publicidade e a Concorrência Desleal, que será enfocada em seguida, são considerados partes do Direito do Consumidor, como alude Adelaide Menezes Leitão (Direito da Publicidade e concorrência desleal – Um estudo sobre as práticas comerciais desleais. *In: Direito Industrial*. Coimbra: Almedina/Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 2005, Vol. IV, p. 283): “Actualmente, a concorrência desleal não pode deixar de ser vista como um instituto de regulação do mercado e de protecção do consumidor”. Carlos Olavo (Introdução ao Direito Industrial. *In: Direito Industrial*. Coimbra: Almedina/Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 2005, v. IV, p. 164) adota semelhante interpretação: “Actualmente, pode ser considerado pacífico o entendimento segundo o qual a protecção contra os actos de concorrência desleal tem, no nosso direito, um tratamento jurídico distinto da protecção dos direitos privativos da propriedade industrial, que permite considerá-la como constituindo um instituto autónomo”.

como faz ver Soares,<sup>528</sup> em 1980, a Comissão Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR, com finalidade precípua de regulamentação e fiscalização de normas éticas aplicáveis ao setor.

Se hoje é assim, antes do advento do Código Consumerista, que foi previamente anunciado por dispositivo constitucional, muitos a inseriam como parte integrante do Direito Intelectual,<sup>529</sup> embora na atualidade se mostre mais clara a outra hipótese (vinculação a um ramo especial, Direito do Consumidor), mesmo não podendo se negar que muitas vezes ela está diretamente associada a áreas que gravitam em torno dos Direitos Intelectuais, especialmente do Direito Autoral, como as da publicidade e propaganda. Esta relação se dava porque a propaganda enganosa partia de agir criativo de quem a publicava, ou de seus interpostos. Clarifica-se esta constatação na previsão legal da propaganda enganosa em ações que estão direta ou indiretamente relacionadas com outras áreas dos direitos intelectuais, como aquela que é “inteiramente ou parcialmente falsa”, ou que induza o consumidor em erro relativamente à natureza, qualidade, origem ou quaisquer outros dados sobre produtos e serviços, que claramente têm relação com a concorrência desleal, que será brevemente enfocada na continuidade.

### 3.5.3.2 Concorrência desleal

A concorrência desleal, que em nosso país tem previsão legal na Lei da Propriedade Industrial, na sistemática internacional dos Direitos Intelectuais tem originariamente consagrada sua previsão na Convenção da União de Paris, de 20 de março de 1883, que estatui, em seu artigo 10-bis: “os países contratantes são obrigados a assegurar a todos os cidadãos dos países da União uma proteção efetiva contra a concorrência desleal”. Mesmo assim, cada Estado tem a liberdade de prever, em seu nível interno, os atos que possam ser considerados concorrência desleal.

No ordenamento positivo brasileiro, já na parte preambular, consta expressamente no inciso V do artigo 2º da atual Lei da Propriedade Industrial a “repressão à concorrência

---

<sup>528</sup> SOARES, José Carlos Tinoco. *Tratado da Propriedade Industrial*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003, t. I, p. 696.

<sup>529</sup> Como Hammes, que, embora considerando instrumento para a efetivação da concorrência desleal, dedicou a ela um capítulo. (HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 399-429).

desleal” como um de seus objetivos, considerando “seu interesse social” e “o desenvolvimento tecnológico e econômico do país”, como se observa no *caput*.

Esta regulação se dá de modo concreto no Capítulo VI da Lei nº 9.270, em artigo único (195), na esfera penal, com 14 incisos reguladores dos tipos penais sancionados com penas que vão de três meses a um ano de detenção, ou multa. Mesmo previstos como matéria criminalizada, é claro que estas ações geralmente redundam em prejuízo material aos titulares dos Direitos Industriais em jogo, possibilitando então as ações reparatórias, na esfera cível (responsabilidade civil).

Soares, mesmo reconhecendo a dificuldade em estabelecer critério apreciativo dos vários aspectos da concorrência desleal, enumera alguns momentos onde ela ocorre, sobressaindo-se: a) pela confusão de estabelecimentos...; b) pela confusão de empresas...; c) pela confusão de produtos ou serviços...; d) pela confusão de produtos ou serviços com o estabelecimento ou com a empresa; e) pela adoção de nomes, palavras, denominações, monogramas, emblemas, símbolos, figuras e quaisquer outros sinais distintivos e bem assim de rótulos, envoltórios, embalagens, o aspecto exterior do produto, ou de sua forma de acondicionamento; f) pela adoção de elementos ideológicos que possam ser confundidos em razão do sinal, da figura, estampa, gravura ou outro elemento integrante do produto ou da forma de sua apresentação; g) pelo aliciamento de pessoal técnico ou prático que tenha relação direta ou indireta com a fabricação, manufatura, preparo ou comércio dos produtos, mercadorias, objetos e bem assim com os serviços prestados; h) por todo e qualquer meio que permita usufruir do conceito e da boa fama que os produtos, as mercadorias ou os serviços prestados o estabelecimento ou a empresa adquiriram...; i) pelos prejuízos que possam ser causados a outrem abalando o seu crédito...; j) por todo e qualquer meio que objetive o descrédito dos produtos, das mercadorias, dos serviços, do estabelecimento ou da empresa concorrente...; k) por todo e qualquer ato que vise desviar de modo direto ou indireto clientela de outrem...; l) por empregar meios falaciosos na venda de produtos e mercadorias ou na prestação de serviços...; m) por todos os atos praticados pelo concorrente que procura tirar proveito ou benefício de uma situação adquirida por terceiro; n) pelo emprego de manobras torpes que estabeleçam confusão entre os estabelecimentos conhecidos e estimados pelo público, desviando a clientela, denegrindo os produtos do competidor e desacreditando suas mercadorias; o) pela propaganda e/ou publicidade com falsa atribuição de mérito; p) pela corrupção para

obtenção de vantagem indevida; q) pela violação de segredos; e r) por todo qualquer ato de má fé que vise atingir concorrente.<sup>530</sup>

Na área do Direito Penal, felizmente alargaram-se estudos em nível internacional e em nosso país nos últimos anos, por uma nova visão desta área do Direito, adequando-o à Constituição e a novas escolas interpretativas.<sup>531</sup> Neste domínio, no entanto, em que pese alguns delitos efetivamente tenham direta relação com os gravíssimos problemas sociais que assolam nosso país, sendo o desemprego ineludivelmente o maior deles,<sup>532</sup> não se pode negar que, numa visão que pode ser amplificada, estes delitos que num primeiro momento podem parecer de menor significação muitas vezes estão relacionados, na outra ponta, ao chamado “crime organizado”, com eventos como contrabando, descaminho e outros males sociais e ilícitos penais que devem ser rejeitados por suas conseqüências sociais funestas, como tráfico de drogas e armas e semi-escravidão, apenas exemplificando. Estes, na visão da maioria dos que trabalham com os Direitos Intelectuais, não são crimes de menor poder ofensivo.<sup>533</sup>

Pouquíssima relação direta mantém a concorrência desleal com o Direito Autoral, estritamente considerado.<sup>534</sup> Esta relação é mais próxima do Direito da Propriedade Industrial, como alhures destacado. Possíveis imbricações somente poderão ser feitas no

<sup>530</sup> SOARES, José Carlos Tinoco. *Tratado da... Op. cit.*, t. II, p. 1.420-1.

<sup>531</sup> Neste sentido, breve pesquisa elaborada pelo autor desta investigação no mestrado em Direito na Unisinos, sob orientação do Prof. Lenio Luiz Streck. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Reflexões sobre aplicação de hermenêutica jurídica garantista no processo penal no Rio Grande do Sul. *Logos Revista de Divulgação Científica*, Gravataí, Ulbra, v. 12, n. 1 (especial), p. 69-78, maio 2000.

<sup>532</sup> São infundáveis as discussões, mormente na esfera político-administrativa, da repressão que se faz contra os vendedores ambulantes (popularmente conhecidos como “camelôs”), que na sua maioria das vezes oferecem ao público produtos que guardam alguma relação com ilícitos relacionados aos Direitos Intelectuais. O aspecto social sempre sensibiliza a todos, embora não se possa negar que um por um lado não se pode deixar milhões de pessoas que direta ou indiretamente dependem daquela atividade sem as mínimas condições de sobrevivência, pelo outro é no mínimo discutível a total dependência econômica de considerável percentual destes aos grupos criminosos organizados que não raro trabalham em nível internacional nestas áreas.

<sup>533</sup> Portugal adotou o caminho da descriminalização, nas palavras de Adelaide Menezes Leitão (Publicidade comparativa e concorrência desleal. *In: Direito Industrial... Op. cit.*, p. 265): “A publicação do novo Código da Propriedade Industrial que, em matéria de concorrência desleal, realiza sua descriminalização, pela conversão do ilícito da concorrência desleal num ilícito ordenacional...”. Ascensão, a propósito disso, ressalta que, a par de ter sido o primeiro país do mundo a adotar uma disciplina legislativa global da concorrência desleal, é o único país do mundo onde os preceitos reguladores da concorrência desleal são eminentemente penais. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 8).

<sup>534</sup> Interessante e inovadora a vinculação da concorrência (lícita) que faz Vicente de Paulo Barretto (O conceito moderno... *Op. cit.*, p. 35) com a liberdade de expressão surgida após a Revolução Francesa: “Algumas liberdades, como a de manifestação do pensamento, aparentemente distantes dos problemas relativos ao funcionamento da economia de mercado, serviram, perfeitamente, para a crítica entre concorrentes comerciais ou industriais”.

caso concreto, como na possibilidade de que ela se efetive a partir de peças de publicidade ou propaganda, que envolvem criações artísticas, tuteladas pelo Direito Autoral.<sup>535</sup>

### 3.5.3.3 Repressão ao Abuso de Poder Econômico

Poucos são os autores de Direitos Intelectuais que tratam especificadamente do abuso de poder econômico, entre eles Hammes, que lhe reserva um item em seu capítulo 25.<sup>536</sup> Há uma tendência doutrinária de considerar esta área como autônoma, muitas vezes também vinculada ao Direito Concorrencial, e tantas outras em seu aspecto penal, naquela área que já é por muitos denominada Direito Penal Econômico. Entre os fenômenos sob tutela, a formação de cartéis e trustes.<sup>537</sup>

No plano legislativo, inicialmente a matéria foi regulada na Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962; num segundo momento na Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991; para finalmente desaguar na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que atualmente regula a matéria entre nós. Entre suas principais modificações, aquela que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia.

A vinculação que guarda esta área com o Direito Autoral é a mais restrita de todas, restando porventura alguma nesga de ligação somente quando se considera que o abuso de poder econômico decorre da maquinação intelectual humana.

---

<sup>535</sup> Até há mais relação da concorrência desleal com a tutela dos direitos dos consumidores, como faz crer Alberto Bercovitz (La Competência Desleal. In: LÓPEZ, Marco Antonio Palácios; HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera. *Propriedad intelectual: Temas relevantes en el escenario internacional*. Guatemala: SIECA/USAID, 2000, p. 117-20), pois uma concorrência limpa, clara e transparente fortalece o próprio sistema competitivo e valoriza a possibilidade de melhor escolha pelo consumidor.

<sup>536</sup> HAMMES, Bruno Jorge. O Direito da... *Op. cit.*, p. 459-72.

<sup>537</sup> OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Crimes do poder econômico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 63-4.

## 4 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DIREITO AUTURAL

### 4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O Direito Autoral, na perspectiva que até aqui se procurou sustentar, tem importância pontual diante do que significa para toda a sociedade, e aí está claramente o interesse público, as criações intelectuais.

Num segundo plano, não há como negar que a tecnologia é o grande elemento da sociedade contemporânea nas mais variadas áreas de conhecimento e de atuação. No Direito Autoral, a grande novidade também é a chamada “Sociedade da Informação”. Embora haja quem discorde da expressão, como Ascensão, para quem “Sociedade da Informação não é um conceito técnico: é um slogan”, e entende que, desta forma, seria mais adequado chamá-la “Sociedade da Comunicação”, já que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e somente num sentido lato poderia ser qualificada toda mensagem como informação,<sup>538</sup> não há dúvidas de que hoje esta expressão tem variantes e inúmeros pensadores das mais diversas áreas utilizam expressões próprias para designar esta realidade, sempre, porém, enfatizando seus principais aspectos. É o caso de Mattelart, que parte da expressão “Sociedade Global da Informação” para, posteriormente, contextualizar sua origem em 1975, quando surgiu nos organismos internacionais, primeiramente na Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE), que à época agrupava os 24 países mais ricos do mundo, a partir de então ganhando utilização frequente em instituições públicas e privadas, como no Conselho dos Ministros da Comunidade Européia, que quatro anos após a utilizou como palavra-chave de um programa experimental quinquenal (*FAST – Forecasting and Assessment in the Field of Science and Technology*) que se iniciou no ano seguinte.<sup>539</sup>

Castells consagra em sua obra mais famosa, em três volumes resultantes de doze anos de pesquisa, a expressão “Sociedade em Rede”,<sup>540</sup> caracterizada pela primazia da morfologia social sobre a ação social.<sup>541</sup>

---

<sup>538</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 71. Como se vê no título da obra indicada, mesmo tecendo esta observação crítica, o autoralista português utiliza a expressão “Sociedade da Informação”.

<sup>539</sup> MATTELART, Armand. *História da Sociedade da Informação*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 7 e 121.

<sup>540</sup> Embora, como bem sustenta Wachowicz, no interior de seu substancial texto Castells fundamente a expressão “Sociedade Informacional”. (WACHOWICZ, Marcos. Os bens informáticos como objeto do

Mesmo com as naturais divergências terminológicas,<sup>542</sup> que de resto se mostram em outras áreas do Direito e do conhecimento humano, o fato é que há um novo conceito de informação que tem no suporte tecnológico sua grande razão de ser.<sup>543</sup>

O progresso da técnica, principalmente visualizado na Internet, no acesso mais rápido, mais amplo e mais eficaz de criações intelectuais dos mais variados gêneros representou um verdadeiro *tsunami* no Direito Autoral, que absolutamente não pode mais ser estudado e trabalhado com os meios e procedimentos (jurídicos) do século passado. Na

---

Direito: A natureza jurídica do *software*, *hardware* e *firmware*. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo: ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 50, fev. 2006). Tomando a afirmação do original, cita que a expressão “Sociedade da Informação” destaca o papel da informação na sociedade, mas vista em seu sentido mais amplo: “Por exemplo, como comunicação de conhecimentos, foi crucial a todas as sociedades, inclusive à Europa medieval, que era culturalmente estruturada e, até certo ponto, unificada pelo escolasticismo, ou seja, no geral uma infra-estrutura intelectual”. Contrariamente, o termo “informacional” é indicador do atributo de uma forma específica de organização social “em que a geração, o processamento e a transmissão da informação se tornam as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas neste momento histórico”. E prossegue, fazendo uma analogia com a distinção entre indústria e industrial: “Uma sociedade industrial (conceito comum na tradição sociológica) não é apenas uma sociedade em que há indústrias, mas uma sociedade em que as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas de atividade, começando com as atividades predominantes localizadas no sistema econômico e na tecnologia militar e alcançando os objetos e hábitos da vida cotidiana”. Desta forma, a utilização das expressões “Sociedade Informacional” e “Economia Informacional” “tenta uma caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para nossas sociedades. Porém, o conteúdo real de ‘sociedade informacional’ tem de ser determinado pela observação e análise”. (CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura: A Sociedade em Rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, v. 1, p. 64-5). Entonação semelhante, tentando interligar estes aspectos técnicos e econômicos, faz Tremblay: “En una primera interpretación, se puede establecer una marcada distinción entre las dos expresiones preguntándose si la nueva economía representa una forma evolutiva de la sociedad de la información o si existe una ruptura entre lo que representan las dos denominaciones: si la nueva economía se da como herencia de la sociedad de la información o como discontinuidad. En otras palabras, la nueva economía, la economía del saber, ¿constituye la economía propia, idónea, de la sociedad de la información?, o, por el contrario, las promesas de la sociedad de la información, ¿resultaron finalmente en la nueva economía? Como segunda interpretación: si la sociedad de la información y la nueva economía se perciben como dos vertientes de lo mismo, la pregunta debe referirse a su relación con el sistema capitalista. En ese sentido, algunos analistas definen la sociedad de la información, y su componente económico, en términos de ruptura radical. Otros hablan de transformación mayor del sistema capitalista y otros más la interpretan meramente como otra etapa de la evolución del capitalismo. En una tercera interpretación, uno puede preguntarse, frente a los acontecimientos recientes como el pinchazo de la burbuja especulativa y la caída del Nasdaq, la quiebra de las empresas denominadas *dotcom*, el crecimiento del terrorismo y de la represión, los fracasos de políticas globalizadoras, etc., si asistimos a resultados previsibles del modelo o a fenómenos incompatibles que marcan una ruptura en su evolución”. (TREMBLAY, Gaëtan. *La Sociedad de la Información y la Nueva Economía. Promesas, realidades y falta de un modelo ideológico*. In: HERNÁNDEZ, Daniel (Coord.). *Crítica de la Economía Política: Comunicación, Cultura y Sociedad de la Información*. Caracas: Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, 2004, p. 40-1).

<sup>541</sup> CASTELLS, Manuel. *A Era da... Op. cit.*, p. 565.

<sup>542</sup> As nomenclaturas que surgem são dos mais variados naipes, como se vê em Marcondes Filho, que denomina a nova realidade de “A Sociedade Tecnológica”, e que diz já ter denominado em outro instante de “SuperCiber”. (MARCONDES FILHO, Ciro. *A Sociedade Tecnológica e Apresentação*. In: \_\_\_\_\_ [et al.]. *Vivências Eletrônicas: Sonhadores e Excluídos*. São Paulo: NTC, 1998, p. 7-21, e 5).

<sup>543</sup> WACHOWICZ, Marcos. *A Revolução Tecnológica da Informação – Os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 40.



complexidade e significativa interdisciplinariedade desta nova realidade vislumbram-se os “novíssimos direitos de quinta geração”.<sup>544</sup>

A nova realidade configura-se da virtualização que afeta não somente a informação e a comunicação, como também os corpos, o funcionamento econômico, os quadros coletivos da sensibilidade ou o exercício da inteligência. O fenômeno atinge até mesmo as modalidades do estar-junto e aquilo que Levy chama de “constituição do nós”, pois há comunidades virtuais, empresas virtuais, democracia virtual. Nessa perspectiva, mesmo que a digitalização das mensagens e a extensão do ciberespaço desempenhem um papel central na mutação que se observa, trata-se de uma onda de fundo que ultrapassa amplamente a informatização.<sup>545</sup>

Paradoxalmente, este fenômeno, como também já se teve ocasião de sustentar no que respeita à globalização,<sup>546</sup> com a qual guarda, diga-se de passagem, íntima relação, tem dupla faceta. Ou seja, se, por um lado, pode resultar em maior acesso e de melhor qualidade a conteúdos disponibilizados, por outro indiscutivelmente pode ser relacionado, em alguns instantes, ao grupo daqueles que não conseguem chegar até a tecnologia digital, que são os novos excluídos, tema ao qual se retornará neste e no próximo capítulo. Nesta linha de mira, mesmo que a posição a se adotar seja, sem dúvida alguma, a de cautela, de outra banda não é crível que se sustente uma visão apocalíptica da nova realidade.<sup>547</sup> O que fica claro, no entanto, é que este movimento está diretamente vinculado à nossa espécie e

---

<sup>544</sup> Conforme WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003, Apresentação, p. X. Referem-se ao trabalho de OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Os “Novos” Direitos enquanto direitos públicos virtuais na Sociedade da Informação, p. 319-53, onde trata de formas regulatórias da realidade virtual e do papel dos poderes públicos na condução de práticas normatizadoras dos processos informáticos e de relações crescentes e cada vez mais complexas que advém do ciberespaço.

<sup>545</sup> LÉVY, Pierre. *O que é virtual*. São Paulo: Editora 34, 1997, p. 11.

<sup>546</sup> Tanto que a maioria dos autores relaciona a informação como um dos elementos da chamada globalização, como Soares, que, após vinculá-la às relações econômicas, ao que denomina ideologia política (neoliberalismo), cita como uma de suas principais características a utilização do inglês como idioma universal, acrescentando ainda que 80% de toda a produção literária científica e técnica é veiculada neste idioma. Finalmente, desemboca no que intitula “Modos de comunicação”, como uma de suas características: “A revolução tecnológica no campo dos recursos e dos meios de comunicação – possibilitada pela telemática e pela tecnologia dos satélites – amplia de forma excepcional a capacidade de produção, acumulação e veiculação de dados e informações. A capacidade de armazenamento dos bancos de dados de todos os computadores conectados à internet equivale, por exemplo, a mais de 50 milhões de CD-ROMs. E em um CD-ROM pode-se armazenar toda uma enciclopédia”. (SOARES, Ismar de Oliveira. *Sociedade da Informação ou da Comunicação*. São Paulo: Cidade Nova, 1996, p. 10).

<sup>547</sup> Como no alerta pontual que faz Lévy: “Deve-se temer uma desrealização geral? Uma espécie de desaparecimento universal, como sugere Jean Baudrillard? Estamos ameaçados por um apocalipse cultural? Por uma aterrorizante implosão do espaço-tempo, como Paul Virilio anuncia há vários anos?” (LÉVY, Pierre. *O que é virtual... Op. cit.*, p. 11).

pode ser elaborada uma visão que, mesmo crítica em relação à realidade, se mostre configuradora a partir dela de uma nova construção, tanto em sede de técnica e da tecnologia digital, em particular, como do Direito Autoral, estreitamente vinculado a ela.<sup>548</sup>

Se o Direito se mostra historicamente como reação aos fenômenos de outras áreas (e a globalização está aí como prova disso, na economia, apenas para ressaltar uma área de conhecimento), quem dirá na reação (no sentido de reconstrução) que o Direito Autoral deverá construir como um todo a esta nova complexidade.<sup>549</sup>

No instante em que bibliotecas inteiras podem ser disponibilizadas em bancos de dados, novos métodos desafiam o surgimento de um novo Direito Autoral. Como no alerta corretamente empreendido por Negroponte, se as bibliotecas foram conquista do passado, nenhum de nossos antepassados jamais considerou a possibilidade de 20 milhões de pessoas terem acesso eletrônico a uma biblioteca digital podendo dela extrair o material desejado, sem nenhum custo. No entanto, além disso, o que hoje se vê é a superação da movimentação regular, na forma de pedaços de plástico, de música gravada, assim como o

---

<sup>548</sup> “No entanto, ela é freqüentemente vivida como inumana, desumanizante, como a mais aterradora das alteridades em curso. Ao analisá-la, ao pensá-la, ao enaltecê-la às vezes, tentei humanizá-la, inclusive no que diz respeito a mim. Muitos intelectuais atualmente, orgulhosos de seu papel ‘crítico’, acreditam fazer algo digno ao espalhar a confusão e o pânico a respeito da civilização emergente. Quanto a mim, por um trabalho de colocação em palavras, de construção de conceitos e de integração à cultura, quis acompanhar alguns de meus contemporâneos em seu esforço para viver com um pouco menos de medo e ressentimento. Quis propor ferramentas, por meio de uma categoria do virtual, àqueles que, como eu, tentam com grande dificuldade se tornar atores”. (LÉVY, Pierre. *O que é virtual*. *Op. cit.*, p. 147). Apontando na mesma direção, diga-se um pouco mais otimista do processo, Negroponte: “Os bits não são comestíveis; nesse sentido, não são capazes de acabar com a fome. Os computadores, por sua vez, são amorais: não podem resolver questões complexas como as do direito à vida e à morte. Não obstante, a vida digital é algo que oferece muitos motivos para o otimismo. Assim como uma força da natureza, a era digital não pode ser negada ou detida. Ela dispõe de quatro características muito poderosas, as quais determinarão seu triunfo final: a descentralização, a globalização, a harmonização e a capacitação”. (NEGROPONTE, Nicholas. *A Vida Digital*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 216). O autor consigna, mais adiante, neste epílogo de sua obra, que intitula “Uma Era de Otimismo”, que a tecnologia digital pode vir a ser uma força natural a conduzir as pessoas a uma maior harmonia mundial, alegando que seu otimismo provém da capacitação que a vida digital propicia (p. 218). Até mesmo a crítica avalizada de Castells dá este enfoque: “Às vezes, tal manifesta-se na forma de profecias sobre o futuro, extrapolando, de maneira simplista, as conseqüências sociais das maravilhas tecnológicas produzidas pela ciência e pela engenharia e, noutros casos, na forma de distopias críticas, que denunciam os possíveis efeitos alienantes da Internet, mesmo antes de os conhecerem. Os meios de comunicação, na sua ânsia de informar um público ansioso e carecendo de capacidade intelectual autônoma para avaliar as tendências sociais de forma rigorosa, oscila entre oferecer-nos uma imagem de um futuro extraordinário ou seguir o princípio fundamental do jornalismo: só as más notícias são notícia.” (CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet: reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 17).

<sup>549</sup> Como de resto em toda a história humana, desde a “pedra lascada” e a “pedra polida”, há significativa importância dos momentos de inovações técnicas, como realça com propriedade BLANCO, Jerónimo Sánchez. *Innovaciones técnicas y su influencia en los cambios históricos*. In: BLANCH, Antonio (Coord.). *Nuevas Tecnologías y Futuro del Hombre*. Madrid: Comillas, 2003, p. 19-42.

lento manuseio humano de boa parte da informação, sob a forma de livros, revistas, jornais e videocassetes, transformar-se de forma instantânea e barata em dados eletrônicos que se movem na velocidade da luz.<sup>550</sup> E são impressionantes os dados estatísticos disponíveis em torno desta realidade, embora sejam divergentes entre as várias fontes e certamente sofram alteração a cada instante,<sup>551</sup> ao ponto de num futuro bem próximo as abotoaduras poderem se comunicar entre si por intermédio de satélites de órbita baixa, tendo poder de processamento superior ao dos atuais microcomputadores. Os aparelhos de telefone não tocarão intermitentemente, mas receberão, classificarão e possivelmente até responderão às chamadas.<sup>552</sup> Os meios de comunicação em massa serão redefinidos por sistemas de transmissão e recepção de informação personalizada e entretenimento. E as escolas

---

<sup>550</sup> NEGROPONTE, Nicholas. *A Vida... Op. cit.*, p. 10. Neste sentido, interessantíssimos os dados que agrega Losano: “Ahora los constructores japoneses están pensando en substituir los libros por lectores de CD-ROM de fácil manejo que proporcionen informaciones puntuales en forma de multimedia. Los grupos multimedia japoneses ya han preparado bibliotecas enteras de CD-ROM”. (LOSANO, Mario G. *La Informática Jurídica hacia el tercer milênio. In: Derecho Informático*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2001, t. I, p. 88).

<sup>551</sup> “35% das famílias e 50% dos adolescentes americanos possuem um computador pessoal em casa; estima-se que 30 milhões de pessoas estejam hoje conectadas à internet; 65% dos novos computadores vendidos no mundo todo em 1994 foram instalados em casas, e 90% dos que serão vendidos neste ano deverão incluir um modem ou um aparelho de CD-ROM. Esses números nem sequer incluem os 50 microprocessadores instalados em cada automóvel médio fabricado em 1995 ou aqueles contidos em sua torradeira, aparelho de ar-condicionado, secretária eletrônica, CD e até nos cartões de metal que tocam música. E se me equivoquei em algum dos números aí de cima, é só você esperar um minutinho”. NEGROPONTE, Nicholas. *A Vida... Op. cit.*, p. 11. Outra que acrescenta dados interessantíssimos nesta construção é Montaña, a referir que “la expansión en este caso es mucho mayor que el de cualquier otra innovación de su tipo en la historia de la humanidad. Se establece una comparación entre la difusión de diversos medios tecnológicos con frecuencia para hacer notar la velocidad de Internet. Se dice que, para llegar a tener 50.000.000 de usuarios en Estados Unidos de Norteamérica la radio tardó 38 años, el teléfono 25 años, los PC 15 años, la Tv 13 años, el Cable 10 años y el acceso a Internet, solamente 4 años”. (MONTAÑO, Beatriz Bugallo. *Internet, Comercio Electrónico y Propriedade Intelectual*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2000, p. 161). Castells, igualmente, acrescenta dados importantes: No primeiro ano de utilização generalizada da *world wide web*, havia aproximadamente 16 milhões de utilizadores das redes em todo o mundo. No início de 2001 havia mais de 400 milhões, com previsões (na época em que escreveu a obra) de 1 bilhão de utilizadores em 2005 e dois bilhões em 2010, mesmo levando em conta o abrandamento da sua difusão quando se entra no mundo da pobreza e do atraso tecnológico. (CASTELLS, Manuel. *A Galáxia... Op. cit.*, p. 17). Ainda, Verdelho, referindo que havia 1 milhão de computadores no mundo em 2002, com possibilidade de dobrar até 2007 ou 2008, e ainda da possibilidade de serem criadas, a cada dia, 7 milhões de novas páginas na Internet. (VERDELHO, Pedro. *Cibercrime. In: Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2003, v. IV, p. 349).

<sup>552</sup> Ferraz Junior utiliza outra possível realidade demonstrativa do significado do fantástico progresso tecnológico, mormente da automaticidade de processamento da informação, ao exemplificar que, multado no trânsito, o condutor chegará em casa e poderá verificar, *on line*, que o valor relativo à multa já foi debitado em sua conta corrente. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito e Internet: relações jurídicas na Sociedade Informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 245). Peck igualmente se refere a essas incríveis possibilidades: “Pense no dia em que sua geladeira terá a capacidade de constatar a iminência de um defeito qualquer, jogar essa informação numa rede interna na sua casa e, automaticamente, enviar um e-mail para a empresa de assistência técnica, que poderá consertar o defeito remotamente, pela rede, sem precisar ir até sua casa. Parece futurismo, mas esse tipo de tecnologia já existe, por exemplo, em equipamentos médicos de ponta, como aqueles utilizados pela ressonância magnética”. (PECK, Patricia. *Direito Digital*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15-6).

mudarão, ficando mais semelhantes a museus e *playgrounds* que possibilitarão às crianças o desenvolvimento de idéias e a possibilidade de comunicação com outras crianças do mundo inteiro.<sup>553</sup>

É a realidade posta. Enfim, o que se vê é a rede.<sup>554</sup> Embora, como aduz Trivinho, não haja somente “a rede”, mas vários tipos de redes.<sup>555</sup>

Esta sofisticação técnica dos processos e equipamentos comunicacionais levou ao surgimento do que se convencionou denominar de *ciberespaço*, que embora tenha um conceito provisório e precário tomado de empréstimo da terminologia técnica das revistas especializadas de informática, tem a ver com uma estrutura infoeletrônica transnacional de comunicação de dupla via em tempo real, multimídia ou não, que possibilita a efetivação de trocas (personalizadas) com alteridades virtuais (humanas ou artificial-inteligentes); ou, num só conceito, uma “estrutura virtual transnacional de comunicação interativa”. Como tal, compreende todas as produções “erigidas” ou “cavadas”, assim como todos os

<sup>553</sup> NEGROPONTE, Nicholas. *A Vida... Op. cit.*, p. 12.

<sup>554</sup> Fisicamente, será una construcción compleja de mecanismos de computación, hilos de cobre, cables coaxiales, fibra óptica, diversos sistemas de transmisión inalámbrica y satélites de telecomunicaciones. En el aspecto lógico, se mantendrá unida mediante convenciones y protocolos universalmente aceptados con acrónimos imposibles de pronunciar como TCP/IP, http, FDDI y ADSL. Económicamente, significará la creación conjunta de innumerables negocios ampliamente distribuidos y de instituciones públicas con diferentes tipos de participación en el sistema y diversas formas de ganar dinero con él. Se está creando de forma creciente y desordenada, a través de un complejo proceso continuado de innovación tecnológica, de construcción de nuevas infraestructuras, de la reutilización y adaptación de las ya existentes, de alianzas y fusiones entre compañías de telecomunicaciones y de nuevas fórmulas de los sistemas reguladores”. (MITCHELL, William J. *E-topia: Vida urbana, jim, pero no la que nosotros conocemos*. Barcelona: Gustavo Gili, 2001, p. 18-9). Dupas, com amparo em Castells, labora em perspectiva um pouco distinta: “Rede é um conjunto de nós interconectados. Nó é o ponto no qual uma ou mais curvas ou fluxos se encontram. São redes os fluxos financeiros globais; a teia de relações políticas e institucionais que governa a União Européia; o tráfico de drogas que comanda pedaços de economias, sociedades e Estados no mundo inteiro; a rede global das novas mídias, que define a essência da expressão cultural e da opinião pública. Elas constituem a nova morfologia social de nossas sociedades, e a difusão de sua lógica altera radicalmente a operação e os resultados dos processos produtivos e o estoque de experiência, cultura e poder. Nas redes, o poder desloca-se para os que detêm o controle dos fluxos. Ordenar uma rede, estar presente nela e operar a dinâmica de sua inter-relação com outras redes define as estruturas de dominação e transformação de nossa sociedade. Na rede, prioriza-se a morfologia social sobre a ação social”. (DUPAS, Gilberto. *Ética e Poder na Sociedade da Informação*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2001, p. 42).

<sup>555</sup> “Atualmente, proliferam vários tipos de redes. Um esquema sucinto e provisório pode ser tentado, como segue. Há a) redes que interligam meios de comunicação a massas de telespectadores e ouvintes no mundo inteiro; b) redes internas de uma mesma empresa ou instituição – sob a forma de ‘estações de trabalho’, conhecidas também como ‘redes locais’, ou sob a forma de sistemas fechados de segurança -; c) redes que interligam pessoas, empresas e instituições – como, por exemplo, as que conectam computadores pessoais a bancos para fins de consulta e operações financeiras, universidades a empresas para fins de desenvolvimento científico, bancos à Polícia Militar para fins de segurança, ou os doze países que compõem a Comunidade Européia para fins políticos, econômicos e sociais; e d) redes locais que se conectam a outras redes – ‘estações de trabalho’ numa empresa interligadas a bancos de dados de empresas ou instituições nacionais ou internacionais”. (TRIVINHO, Eugênio. *Redes, Ciberespaço e Sociedades*. In: MARCONDES FILHO, Ciro ... [et al.]. *Vivências... Op. cit.*, p. 24).

procedimentos, processos e habilidades existentes nesse “universo”. Entre outras inforredes locais e internacionais, a Internet se mostra como o ciberespaço mais conhecido e sofisticado no mundo inteiro.<sup>556</sup>

O ciberespaço, nesta visão, tem características estruturais básicas. A primeira, é que ele é marcado pela imaterialidade. Esta característica decorre da constatação que seus processos *on-line* prescindem totalmente dos obstáculos do território físico, palpável, visível. As distâncias e a própria geografia são abolidas. Imagens, sons, informações e discursos circulam num microintervalo virtual, empiricamente inconstatável, construído tecnologicamente na esteira que vai de um terminal ao outro. Os processos ocorrem inteiramente no tempo, na medida em que se consumam em milésimos de segundo.<sup>557</sup> A segunda característica é a velocidade, que é processo de base da cultura informática, pois as sucessivas versões de computadores trazem cada vez mais recursos de alta sofisticação tecnológica para o atendimento das mais variadas necessidades.<sup>558</sup> A terceira característica está relacionada a uma definição própria do que é virtual no ciberespaço, que supera o sentido que o virtual comumente tem nas recentes teorizações sobre a imagem de síntese, que marcam a diferença entre o tempo real e o tempo ordinário, cotidiano, geralmente ligado à interação *in loco*, direta, sem a mediação de máquinas de comunicação. No ciberespaço, a virtualidade adquire caráter próprio, pois cada utilizador que intervém e interage o faz na virtualidade de dois vetores, do espaço e do outro.<sup>559</sup> Do espaço, pois, em vez do espaço físico normal, natural, há um intervalo cibernético híbrido, que não existe na realidade, mas que ao mesmo tempo está disponível para ser ocupado. Do outro, porque interage “à sombra de sua miragem objetiva, de seu espectro expressivo que circula na estrutura virtual ‘cavada’ no vácuo eletrônico das infovias”.<sup>560</sup> A quarta característica seria

---

<sup>556</sup> TRIVINHO, Eugênio. *Redes,...* *Op. cit.*, p. 25.

<sup>557</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>558</sup> *Ibidem*. Como salienta Simeão, as teorias básicas da informação formuladas principalmente a partir do último quartel do século XX, laboram na idéia da finalidade operativa principal destes meios de transmissão de informação, que é passar, por um canal, o máximo de informação, com o mínimo de interferência e máxima economia de energia e de tempo. (SIMEÃO, Elmira. *Comunicação extensiva e informação em rede*. Brasília: UNB, 2006, p. 72).

<sup>559</sup> Mesmo com estas possibilidades de interação, há quem questione se as novas tecnologias não isolarão os seres humanos, tornando virtuais de forma excessiva as relações. É a crítica que propõem Fortes e Matta, indagando, a partir do “Mito da Caverna”, de Platão, se não se estaria frente à sombra de uma “caverna digital”, regredindo em suas relações sociais, preferindo contatos virtuais em vez dos reais. (FORTES, Lígia Sardinha; MATTA, Rodrigo Octávio Beton. *Multimídia, Internet e realidade virtual: convergências, dificuldades e avanços*. In: MIRANDA, Antonio; SIMEÃO, Elmira (Org.). *Informação e Tecnologia: conceitos e recortes*. Brasília: UNB, 2005, p. 122-3).

<sup>560</sup> TRIVINHO, Eugênio. *Redes,...* *Op. cit.*, p. 26. O autor apresenta exemplos desta noção de virtual naquilo que denomina “infojornalismo”, que originará o desaparecimento das atuais redações de jornais; os

a “espectralização”, expressão construída a partir da metáfora da luz que incide num prisma. Ao contrário do diálogo tradicional, onde há, na maioria das vezes, contato físico, olhar, nomes, voz, sentir, possibilidade de toque sensorial, às vezes até familiaridade e intimidade, a comunicação do ciberespaço, tal como a luz que incide sobre o prisma, se refrata em vários raios, e esta comunicação dual acaba por ter todos os seus elementos desmembrados e separados. Nisso consiste a espectralização no universo da tecnocomunicação à distância; ela se realiza apenas no plano de alguns filões elementares, ficando os demais abolidos, como se vê no caso do rádio, da televisão, do fax, do videotexto e dos computadores. Neste diálogo, ao contrário daquele tradicional, os dialogantes nada mais são, em termos técnicos, que puro fluxo verbal, pois a conversa se restringe ainda mais ao fluxo da voz articuladora do contato, ou seja, é apenas um estrato, um espectro da comunicação completa, não mediada por máquinas.<sup>561</sup> A quinta característica tem a ver com a interatividade que nutre o ciberespaço, que é aquela já disponível na lógica da relação específica com computadores e software. Esta interatividade apresenta-se em dois planos: na lógica da relação imediata com o computador-meio e na lógica de seu macrofuncionamento nas redes. Ao se acessar, por exemplo, bancos de dados de redes especiais, listas de discussões na Internet e endereços eletrônicos ou terminais de usuários, se interage tanto com a máquina, com o software, com a imagem virtual *in loco*, como com o ponto ou pessoa da rede acessado pelo processo *on-line*. Ao contrário dos meios de comunicação tradicionais, de mão única, e assim autoritários, a interatividade sempre pressupõe uma comunicação de mão dupla, em tempo real, em que duas inteligências (artificiais ou não) interagem com iguais direitos de livre emissão, recepção e *feedback* alternados. Eventual sentimento de solidão da parte do utilizador, que é o usuário deste veículo técnico, é superado pela compensação, pela sociabilidade e por trocas interativas.<sup>562</sup> Por último, uma característica que tem a ver com todas as anteriores e possivelmente tenha conotação mais crítica: todos os conceitos antes expostos pressupõem um macrodeslocamento, que vai do território ordinário, da realidade secular que é fixada nos objetos cotidianos e no espaço circundante para o info-território,

---

laboratórios científicos virtuais, pelos quais e nos quais os cientistas de vários países trocam experiências, solucionam dúvidas e permitem acesso de textos que somente circulam entre usuários de redes especializadas e jamais são impressos (Id., p. 27).

<sup>561</sup> TRIVINHO, Eugênio. *Redes,...* *Op. cit.*, p. 27.

<sup>562</sup> *Idem*, p. 27-8.

para a realidade virtual<sup>563</sup> e interativa do ciberespaço, articulada por uma semiose particular e marcada por um ambiente construído por simulação. Muito do que em séculos de história humana se processou apenas no território firme das cidades é transferido para o universo das redes avançadas. Isso leva ao que Trivinho denomina de “duplicidade paradoxal”, entre as cidades reais e aquelas construídas a partir do ciberespaço. Isso porque, ao investir no ciberespaço, se dá as costas para a realidade ordinária, deixa-se para trás aqueles problemas de difícil solução, renuncia-se à práxis orientada e coletiva na comunidade do bairro, na pólis e na sociedade tendente à realização de mudanças em suas estruturas. A única finalidade passa a ser a prática com a máquina e a interação em rede.<sup>564</sup>

No plano jurídico já há aqueles que, como Vicente, enxergam o surgimento de uma área autônoma, o “Direito da Sociedade da Informação”, encontrando razões para esta autonomização tanto na necessidade de disciplinar juridicamente os fenômenos ligados à informação, que “constitui hoje um instrumento de poder, susceptível de minar a autoridade do Estado e de limitar a liberdade dos cidadãos”, e por outro lado, no aumento visível a cada dia das operações comerciais feitas tendo como suporte o denominado comércio eletrônico, cujo êxito e crescimento econômico dependem em larga medida do reconhecimento aos contratos concluídos em linha dos mesmos efeitos atribuídos juridicamente aos demais contratos “convencionais”, e ainda da atribuição de direitos de exclusivo sobre a utilização de criações intelectuais disponíveis em redes digitais.<sup>565</sup>

O surgimento deste Direito da Sociedade da Informação expõe alguns problemas específicos no âmbito do Direito Internacional. O primeiro e mais visível deles, e que de certo modo tem a ver com a globalização, a partir das questões das fronteiras geográficas, que são cada vez mais superadas pelas novas tecnologias, e o comércio eletrônico é uma prova disso. Por isso, “uma das características fundamentais da Sociedade da Informação é, assim, a crescente internacionalização das relações sociais: ela é também, nesta medida,

---

<sup>563</sup> Sobre as amplas possibilidades desta nova configuração vista pelo olhar da comunicação, como aprofundamento, a substancial obra de HILLIS, Ken. *Sensações digitais: espaço, identidade e corporificações na realidade virtual*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

<sup>564</sup> TRIVINHO, Eugênio. *Redes,...* *Op. cit.*, p. 28-9. O autor, neste ponto específico, utiliza expressões fortes: “A relação que a comunidade de usuários tem com o ciberespaço geralmente entrega o social ordinário às traças. O único social válido passa a ser aquele encontrado e reforçado pela tela catódica e por toques digitais, que passam a vigorar como dispositivos de entrada para a vida na era informática. A tela, numa palavra, passa a ser, por metonímia, o novo real, prazeroso, embora, ao mesmo tempo, não deixe de se configurar como uma espécie de cativo”.

<sup>565</sup> VICENTE, Dario Moura. *Direito Internacional Privado: problemática internacional da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1.

a sociedade da ubiqüidade”.<sup>566</sup> Por segundo, a dúvida sobre se as operações efetivadas a partir das redes informáticas internacionais são deslocalizadas, vale dizer, subtraídas a qualquer Direito nacional, ou, contrariamente, submetidas a um Direito interno, como a generalidade dos demais.<sup>567</sup> Em um terceiro momento, mesmo que se parta do pressuposto de que os Direitos nacionais mantêm relevância na definição da disciplina jurídica a que estão subordinadas as situações em apreço, surge a dúvida em torno da definição de qual Direito é aplicável, e ainda da necessária definição do Tribunal ou Tribunais internacionalmente competentes para a resolução dos conflitos surgidos neste domínio.<sup>568</sup> Um quarto problema seria o do reconhecimento de decisões judiciais sobre litígios oriundos da utilização das redes informáticas, mormente quando se verifica que algumas dessas empresas não dispõem de bens suscetíveis de responder por suas obrigações em países onde oferecem seus produtos ou serviços.<sup>569</sup> Por fim, os problemas em torno da resolução extrajudicial de conflitos, que encontrou fortes incrementos nos últimos anos, especialmente, em área próxima aos Direitos Intelectuais, na denominada resolução dos conflitos em linha, que tem seu campo de eleição nos litígios oriundos do registro abusivo de nomes de domínio. Destaque-se, no entanto, a necessidade de assegurar que o recurso a tais meios não se converta em forma de iludir as disposições legais imperativas a que se subordina o comércio eletrônico, especialmente aquele que é operado entre empresas e consumidores. Neste aspecto, há ainda preocupação com a eficácia internacional das decisões proferidas no âmbito destas composições extrajudiciais de litígios, pois, embora muitas vezes culminem em acordos ou decisões vinculativas entre as partes, em muitas delas se mostra inviável dar realização material coativa além fronteiras daquilo que foi estipulado, limitando-se a providências informais, como a publicação em linha daqueles acordos ou decisões. Trata-se, como se vê, a eficácia transfronteiras destes acordos, de um dos aspectos do regime jurídico dos meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio eletrônico atualmente mais carecido de revisão.<sup>570</sup>

---

<sup>566</sup> VICENTE, Dario Moura. *Direito Internacional... Op. cit.*, p. 19-20.

<sup>567</sup> *Idem*, p. 20-1.

<sup>568</sup> *Ibidem*, p. 21-2. O autor indaga, especialmente: “a) se as empresas que oferecem os seus produtos e serviços em redes de comunicações electrónicas, assim como os provedores de serviços de transporte e armazenagem de informação disponível nessas redes, podem ser demandadas no país do domicílio dos adquirentes desses produtos e serviços; b) se a competência internacional dos tribunais desse país pode ser afastada por meio de um pacto atributivo de jurisdição aos tribunais de outro país; e c) se aqueles que colocam informação em rede podem ser demandados pelos prejuízos causados a terceiros em qualquer país onde essa informação fique acessível ao público” (*Ib.*, p. 22).

<sup>569</sup> *Ibidem*, p. 23-4.

<sup>570</sup> *Ibidem*, p. 24-6.



## 4.2 ASPECTOS TÉCNICOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

As tecnologias foram importantes em torno da concretização do Direito Autoral.<sup>571</sup> Ele, inclusive, teria surgido delas, na afirmação clássica de todos os autores sobre a importância que teve a máquina impressora idealizada por Gutenberg como primeiro passo, em nível mundial, para seu surgimento efetivo como ramo do Direito.<sup>572</sup> Em outros momentos, a História igualmente é pródiga em bem demonstrar as reações que o progresso tecnológico causa nos seres humanos, e prova disso é a Revolução Industrial, quando foram invadidas fábricas e inutilizadas máquinas por operários receosos da perda do emprego.<sup>573</sup> Bem é verdade, como do mesmo modo já se teve oportunidade de enfatizar em outro momento,<sup>574</sup> que as crises criaram suas próprias soluções, o que se mostra natural em todas as circunstâncias humanas, sejam as pessoais ou as sociais. Assim parece que será com o Direito Autoral que, como até aqui salientado, enfrenta nova realidade, em significativa parte decorrente deste fenômeno que é denominado Sociedade da Informação.<sup>575</sup>

<sup>571</sup> Os fenômenos tecnológicos, especialmente aqueles relacionados aos computadores e seus fantásticos programas, são tão significativos na temática em discussão, ao ponto de se criar a expressão “gatesismo” como expressão desta época, como foi “fordismo” na implantação da produção industrial em série. “Inspirado por los trabajos de investigadores de la escuela francesa de la regulación, he propuesto en 1995 hablar de ‘gatesismo’ en lugar de ‘sociedad de la información’ para calificar los cambios ligados a la innovación tecnológica y a la economía del saber, ocurridos en las sociedades avanzadas contemporáneas. Al igual que ‘el fordismo’, el gatesismo se refiere a un régimen específico de acumulación del capital. Henry Ford prestó su nombre involuntariamente para identificar una norma de producción y de consumo que han caracterizado una forma del capitalismo. ¡Bill Gates ha admitido explícitamente su ambición de convertirse en el Henry Ford de la información y de las nuevas tecnologías de la comunicación! ¿Tomaremos prestado su nombre para calificar una nueva forma de producción y de consumo, características de un nuevo desarrollo del capitalismo? Él, sin duda, no verá objeción”. (TREMBLAY, Gaëtan. *La Sociedad... Op. cit.*, p. 51-2).

<sup>572</sup> Ambos os fenômenos têm como marca a facilitação da comunicação a partir de elementos simples. Na máquina impressora de Gutenberg, a partir dos tipos móveis. Na atual fase da tecnologia digital, a partir de combinações dos números “1” e “0”. Embora ambas tenham na ideia de materialização e difusão das ideias entre os povos, há que se ressaltar que a atual eleva o potencial de trabalho do antigo copista a níveis antes inimagináveis, pois não se fala mais em cópias, mas em infinitas escalas de originais, com produção em escala infundável e custo em torno de zero. (MONIZ, Pedro de Paranaguá; CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e software livre: uma opção pela razão; eficiência tecnológica, econômica e social – I. Revista da ABPI*, São Paulo, n. 70, p. 66, maio/jun. 2004).

<sup>573</sup> Embora, como no alerta de Wachowicz, “a Sociedade Informacional é potencialmente diferente da Sociedade Industrial, na medida em que os bens produzidos a partir da informação tornam-se necessariamente mais acessíveis, na proporção em que forem constantemente compartilhados. A democratização do acesso e a solidariedade na produção são principais elementos multiplicadores, capazes de fomentar a criação de novos valores éticos integrativos”. (WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual do software & Revolução da Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 252).

<sup>574</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Globalização e Estado Contemporâneo*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

<sup>575</sup> Cujos aspectos tecnológicos, combinados com os jurídicos, poderiam, em teoria, fazer do Direito Autoral, na prática, um assunto obsoleto. (PERIMUTTER, Shira. *A convergência e o futuro do Direito de Autor. Temas de Propriedade Intelectual*, Lisboa: Principia/APEPI, n. 5 a 7, p. 109, 2001).

Na atual conjuntura, as questões em torno daquilo que a técnica traz, e até do que ela modificou na realidade humana global, concebem uma visão ao mesmo tempo extremamente complexa, tanto nos aspectos tecnológicos como nos humanos do tema relacionado. Ela própria teria nascido não como expressão do “espírito” humano, mas como “remédio” a sua insuficiência biológica, já que os animais vivem em um mundo estabilizado pelo instinto, enquanto os seres humanos, pela carência de sua dotação instintiva, só podem viver em decorrência da ação, que logo se direciona para os procedimentos técnicos que recortam, no enigma do mundo, um mundo para os seres humanos. Nesse sentido, é possível afirmar que a técnica é a essência dos seres humanos,<sup>576</sup> transformando-se de meio em fim, não porque ela se proponha a algo, mas porque todos os objetivos e fins a que os seres humanos se propõem não podem mais ser atingidos a não ser pela mediação técnica.<sup>577</sup> Ser humano este que, a esta altura, diante de sua total dependência do aparato tecnológico, se torna “a-histórico”, pois não dispõe de outra memória que não aquela do presente e do passado, para um futuro só pensado em vista da própria autopotencialização, significando verdadeira corrosão do sentido da História e, em último sentido, a técnica, e não a História, como horizonte da autocompreensão humana.<sup>578</sup>

A nova realidade tecnológica inclusive impõe novos modelos interpretativos do significado não somente técnico, mas jurídico e ético das questões que gravitam em torno da tecnologia digital e da Sociedade da Informação.

Em tal contextualização, a proposição que faz Wachowicz daquilo que denomina novos paradigmas, que são o paradigma da flexibilidade na informática, o da convergência de tecnologia no algoritmo, o da informação como parte integral e o das redes na Sociedade da Informação.<sup>579</sup>

O primeiro, o paradigma da flexibilidade na informática, centra-se em sua capacidade de reconfiguração, em uma sociedade caracterizada por constantes mudanças e fluidez organizacional. A informática adequa-se ao novo paradigma, “uma vez que possibilita inverter as regras sem destruir a organização, já que a base material da organização pode ser reprogramada e reaparelhada conforme a necessidade social ou seu estágio de

---

<sup>576</sup> GALIMBERTI, Umberto. *Psiche e Techne: o Homem na Idade da Técnica*. São Paulo: Paulus, 2006, p. 9.

<sup>577</sup> Idem, p. 12.

<sup>578</sup> Ibidem, p. 591 e 597.

<sup>579</sup> WACHOWICZ, Marcos. *A Revolução Tecnológica... Op. cit.*, p. 75-6.

desenvolvimento informacional”. Do mesmo modo no atinente ao processamento da linguagem, vinculado ao Direito Autoral.<sup>580</sup>

O segundo é denominado paradigma da convergência de tecnologia no algoritmo. A linguagem falada e escrita produziu, nos mais variados momentos da Humanidade, várias técnicas de processamento, armazenamento, recuperação e difusão de informação. A palavra escrita foi a base documental de conhecimentos técnicos específicos, sendo até o momento o mais importante meio de comunicação conhecido. Os novos paradigmas da Revolução da Tecnologia apontam para a convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado (*software* e *hardware*), onde concepções tecnológicas antigas não podem ser distinguidas separadamente. Como consequência, a microeletrônica, as telecomunicações, a optoeletrônica e os computadores são todos integrados nos sistemas de informação. Em sede de informática, ainda por algum tempo existirá a noção cartesiana de *software*, cujo núcleo é o algoritmo, ou seja, a instrução, breve e completa, ensejadora da resolução de problemas equivalentes em determinado computador (suporte físico), por meio de uma execução esquemática. Desta forma, o programa de computador necessita de um algoritmo próprio para a solução de um problema específico, integrado a um sistema de tratamento de dados. Neste particular, é importante salientar que o Direito Autoral protege a linguagem de programação, e não o algoritmo em si. Vale dizer, a proteção pelo Direito Autoral incide sobre o texto escrito (linguagem), e não sobre as letras (algoritmos). Entretanto, o texto escrito é resultado de um somatório de tecnologias e conhecimentos (informações) aplicados, cuja integração em um sistema com este fim possibilita a produção final de um texto intelegível à sociedade à qual se destina. Aí está então a importância da análise mais detida da convergência de tecnologias no algoritmo e seus reflexos nos paradigmas tradicionais.<sup>581</sup>

O terceiro é o paradigma da informação como parte integral. Nele, parte-se do pressuposto que a informação é parte importantíssima de toda atividade humana, em todas as sociedades e épocas. Em todas as revoluções tecnológicas anteriores, a transmissão de informações e o acúmulo de conhecimentos foram o suporte do desenvolvimento de tecnologias. A grande novidade, na atual fase tecnológica, é a possibilidade de determinar e manipular a informação recebida, o que possibilita que indivíduos e grupos se convertam,

---

<sup>580</sup> WACHOWICZ, Marcos. A Revolução Tecnológica... *Op. cit.*, p. 76.

<sup>581</sup> *Idem*, p. 77-8.

simultaneamente, em editores e emissores de informações no ciberespaço. Tecnologias historicamente utilizadas num viés de emissor e receptor, como o telefone, passam a fazer parte da nova realidade, com a interação que se vê em temas de opinião pública, com a participação de um número significativo de pessoas que acessam a internet e se conectam à lista de discussão ou ao ambiente virtual de “bate-papo”. Isso bem demonstra que a primeira característica da Revolução da Tecnologia da Informação é a informação como matéria-prima. No entanto, a informação não é somente o elemento fundamental, mas a base do funcionamento do programa de computador e do próprio computador. A mesma informação reconhecida pela máquina a partir de comandos de outros computadores possibilita à máquina desenvolver atividades, recursos e atingir resultados determinados, consoante a intenção do usuário ou do programador.<sup>582</sup>

Finalmente, o Paradigma das Redes na Sociedade da Informação. Na atualidade, como antes já se salientou, a Sociedade da Informação é entendida como aquela onde a informação é tratada automaticamente. A Sociedade Teleinformatizada, a seu turno, é aquela onde, além de tratar por computadores a informação, o faz à distância, interligando computadores entre si.<sup>583</sup>

O que fica claro é que esta nova compreensão científica da vida em todos os seus níveis, esta nova percepção dos sistemas vivos – organismos, sistemas sociais e ecossistemas – trará implicações profundas para a ciência e a filosofia, para as atividades comerciais, políticas, educacionais, para a prática cotidiana do ser humano em suas necessidades básicas, e aos impactos dessas práticas na laboração de novas normas jurídicas.<sup>584</sup>

### 4.3 INTERNET E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Ganham relevo, na Sociedade da Informação, como antes já se enfatizou, novas formas de inter-relações pessoais, sociais e econômicas. A instantaneidade da informação gera conseqüências mais complexas que, apesar de não serem objeto de análise aqui, facilmente permitem concluir que há, na realidade, uma nova civilização, possivelmente nunca antes imaginada, nem por aqueles que bem se encorajaram a tal desiderato, como Huxley, Júlio Verne e George Orwell, apenas citando três.

---

<sup>582</sup> WACHOWICZ, Marcos. A Revolução... *Op. cit.*, p. 78.

<sup>583</sup> *Idem*, p. 78-9.

<sup>584</sup> *Ibidem*, p. 80.

Estas transformações, no campo do comércio eletrônico, ao mesmo tempo em que abrem novos leques de possibilidades, suscitam perplexidades em decorrência das implicações de várias naturezas que decorrem da evolução. Neste raciocinar, mesmo podendo parecer um clichê, o fato é que este novo meio de inter-relação é irreversível.<sup>585</sup> Basta pensar que a Internet é uma vasta rede internacional composta de aproximadamente 150.000 redes de computadores individuais e milhões de usuários individuais espalhados pelo globo.<sup>586</sup> A realidade que se mostra é que a cada instante a Internet vem se tornando mais importante, e cada vez mais tanto as pessoas naturais como as jurídicas aderem a seu uso. Afinal, vive-se a Era da Sociedade da Informação, uma sociedade pós-industrial onde a informação se transformou em bem de consumo de significativo valor econômico.<sup>587</sup>

Questões decorrentes da prestação de serviços nesta nova realidade são cada vez mais frequentes, e afetam especialmente particulares e empresas de pequeno e médio porte, que não possuem recursos para bancar sistemas de rede fechada. São várias as hipóteses de danos presumivelmente oriundos da falta de qualidade na rede de transmissão de dados, como, a título exemplificativo, se pode citar a perda de mensagem de dados ou de outros arquivos, alteração do conteúdo da mensagem de dados por problema de transmissão, atraso na entrega, não-entrega, violação de segredo industrial ou senhas por ataques de *hackers*, perda de conteúdos e, inclusive, de equipamentos por contaminação por vírus, cavalos de tróia *etc.*<sup>588</sup> A consequência é o entrelaçamento cada vez mais visível do Direito Obrigacional e até do Direito do Consumidor com os Direitos Intelectuais.<sup>589</sup>

A realidade em torno da Internet envolve ainda questões menos pontuais e até mais complexas, como propõe Castells em três desafios que fundamenta. O primeiro é atinente à própria liberdade que está em jogo, diante do conflito entre as várias possibilidades que traz e o controle destas informações por órgãos das mais variadas

---

<sup>585</sup> TELLINI, Denise Estrella. *Regime de Direito Internacional Privado na Responsabilidade dos Provedores de Internet*. Content Service Providers e Intermediary Service Providers pela qualidade dos serviços executados on line. Porto Alegre: SAFE, 2006, p. 25.

<sup>586</sup> KAMINSKI, Omar. A Internet e o Ciberespaço: Aspectos jurídicos que envolvem a rede das redes. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Internet Legal: o Direito na Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 37.

<sup>587</sup> TELLINI, Denise Estrella. *Regime de... Op. cit.*, p. 26.

<sup>588</sup> Idem, p. 33.

<sup>589</sup> Tellini apresenta uma série de obras que tratam do assunto, mormente na Comunidade Européia (*Op. cit.*, p. 31). Para uma análise da responsabilidade dos prestadores de serviço da Sociedade da Informação, remete-se para a obra em realce.

naturezas.<sup>590</sup> O segundo desafio é de enorme gravidade, embora em sentido contrário. Trata-se do problema da exclusão das redes, ao qual se retornará em momento oportuno, ainda neste capítulo. Numa economia global e em uma sociedade em rede onde a maior parte das coisas que importam dependem destas redes baseadas na Internet, “estar desligado equivale a estar sentenciado à marginalidade, ou obrigado a encontrar um princípio de centralidade alternativo a que o autor denomina “info-exclusão”.<sup>591</sup> O terceiro desafio é a integração da capacidade de processamento da informação e geração de conhecimentos em cada ser humano, especialmente nas crianças. Castells, nesta linha de raciocínio, não restringe este ferramental à alfabetização no uso da Internet, que já pressupõe, mas à educação, entendendo o termo em seu sentido mais amplo e fundamental, vale dizer, “a aquisição da capacidade intelectual necessária para aprender e aprender durante toda a vida, obtendo informação armazenada digitalmente, recombina-a e utilizando-a na produção de conhecimentos para o objetivo desejado em cada momento”.<sup>592</sup> Não há reestruturação mais fundamental que a do sistema educativo, e pouquíssimos países e instituições realmente construíram algo de concreto neste particular, pois antes de começar a mudar a tecnologia, a reconstruir as escolas e a reciclar os professores, “necessitamos de uma nova pedagogia, baseada na interactividade, na personalização e no desenvolvimento da capacidade de aprender a pensar de forma autónoma”, simultaneamente fortalecendo o carácter e assegurando a personalidade.<sup>593</sup>

No atinente ao Direito Autoral, o que se pode visualizar é o surgimento de uma nova realidade em torno dele, pois, como se vê em uma dezena de observações pontuais que faz Akester, a informação em formato digital pode ser reproduzida instantaneamente, com perfeita exatidão e sem esforço significativo; a inexistência de qualquer diferença entre o original digital e a respectiva cópia possibilita a efetivação de um número ilimitado

---

<sup>590</sup> “As redes da Internet proporcionam uma comunicação global e livre que se tornou essencial em todos os campos. Contudo, a infra-estrutura da rede pode ser apropriada privadamente, o acesso a elas pode ser controlado e seus usos podem ser influenciados ou mesmo monopolizados por interesses comerciais, ideológicos e políticos. À medida que a Internet se vai convertendo na infra-estrutura dominante de nossa vida, a propriedade e o controle do acesso a ela se convertem no principal cavalo de batalha pela liberdade”. (CASTELLS, Manuel. *A Galáxia... Op. cit.*, p. 319).

<sup>591</sup> Idem. “Esta exclusão pode produzir-se por diversos mecanismos: a falta de infra-estrutura tecnológica; os obstáculos econômicos ou institucionais para o acesso às redes; a insuficiente capacidade educativa e cultural para utilizar a Internet de uma maneira autónoma; a desvantagem na produção do conteúdo comunicado através das redes... Os efeitos acumulados destes mecanismos de exclusão dividem a população de todo planeta, mas já não ao longo da linha divisória Norte/Sul, mas, sim, entre aqueles que estão ligados nas redes globais de geração de valor (em torno de nós desigualmente repartidos pelo mundo) e aqueles que estão desligados dessas redes” (Ib., p. 319).

<sup>592</sup> Ibidem, p. 319-20.

<sup>593</sup> Ibidem, p. 320.

de cópias; contrariamente à tecnologia analógica, que veda a realização de cópias multigeração, a tecnologia digital é compatível com a realização de inúmeras cópias virtualmente perfeitas; os avanços tecnológicos recentes contribuíram para tornar fácil, rápido e barato o processo de execução e distribuição de cópias de obras na internet; os *modems* mais comuns alcançam velocidades superiores a 56 kbps, enquanto os *modems* com suporte físico, em cabo ou em linhas telefônicas digitais atingem velocidades de 512 kbps, ou seja, são nove vezes mais rápidos que os primeiros, possibilitando a recepção e a cópia de registros sonoros localizados na Internet com facilidade e economia de tempo. A situação é diferente no que atine aos registros audiovisuais, pois estes requerem aproximadamente 1000 kbps, uma largura de banda que os *modems* atualmente, ao dispor de utilizadores, não conseguem ainda atingir; a curto prazo, ou se constatará um aumento considerável da largura de banda disponível, ou aparecerão técnicas de compressão adequadas a esta última, o que possibilitará a transferência e a cópia céleres de registros audiovisuais localizados na Internet. Já na atualidade existem técnicas de compressão, como o formato MPEG para imagem e o formato MP3 para música, que permitem a realização de cópias fiéis da obra original, mas que ocupam espaço significativamente mais reduzido, como, por exemplo, o formato MP3 para música, que permite a produção de cópias que representam 8% do tamanho original e podem ser transferidas para a Internet a uma velocidade 12 vezes maior que a dos respectivos originais; além disso, a tecnologia digital igualmente facilita a obtenção de obras existentes na Internet por mecanismos como a *world wide web* e os motores de busca, que facultam que os utilizadores da Internet efetivem buscas a partir de palavras-chave, possibilitando a reprodução e distribuição de múltiplas cópias de qualidade elevada.<sup>594</sup>

Com a entrada em cena da Internet, como se enfatiza sempre ao longo destas linhas, ocorrem modificações significativas no modo de distribuição e acesso às obras autorais, mas fica posto em causa o Direito Autoral,<sup>595</sup> ao menos aquele classicamente

---

<sup>594</sup> AKESTER, Patrícia. *O Direito de Autor e os desafios da tecnologia digital*. Cascais: Princípia, 2004, p. 154-5.

<sup>595</sup> “Whit the rise of the Internet and world of ubiquitous and instantaneous communications, revolutionary shifts are taking place in terms of how intellectual property is sold, used, and distributed. It’s true that previous periods of technological innovation forced society to reconsider the proper balance of IP protections; indeed photocopiers, videocassette recorders, and other advances generated heated philosophical discussions and even some modifications in IP law. Nonetheless, so profound are the shifts brought about by the modern communications and computing revolution that many parties on both sides of this debate are wondering if IP law as now construed can or should survive”.

Tradução livre: “Com o surgimento da Internet e um mundo de comunicações ubíquas e instantâneas, estão ocorrendo mudanças revolucionárias em termos de como a propriedade intelectual é vendida, usada

construído a partir de uma realidade que não comportava a atual tecnologia, sendo atual a indagação se poderá um sistema de valores centrado na preservação da informação prevalecer sobre um sistema que assume estar informação sempre em transformação.<sup>596</sup>

#### 4.4 DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Um tema importante que gira em volta de aspectos relativos às novas tecnologias é o do direito à intimidade e as conseqüências que sobre ele traz a utilização das novas tecnologias. Esta constatação “ha replanteado la cuestión del derecho a la intimidad en atención al riesgo para que la persona implica la estructuración de grandes bancos de datos de carácter personal, y particularmente la potenciabilidad del entrecruzamiento de información contenida en ellos”. A partir desta realidade, a liberdade informática surge com um novo direito de autotutela da própria identidade informática, ou seja, o direito de controlar (conhecer, corrigir, tirar ou agregar) os dados pessoais inscritos em um programa eletrônico. Trata-se, assim, de uma nova fisionomia do direito à intimidade. Na Alemanha, tem-se preferido falar de “direito à autodeterminação informativa”.<sup>597</sup> Este se funda no princípio da liberdade que possui o indivíduo de decidir sobre o destino de suas informações pessoais,<sup>598</sup> o que equivale a dizer que é ele próprio que vai consentir, autorizando ou não o armazenamento de dados e quais desses dados podem receber tratamento automatizado: coleta, armazenamento e cruzamento de informações.<sup>599</sup>

---

e distribuída. É verdade que períodos prévios de inovação tecnológica forçaram a sociedade a reconsiderar o equilíbrio adequado das proteções à Propriedade Intelectual; na verdade, fotocopiadores, gravadores videocassete e outros avanços gerados aqueceram as discussões filosóficas e até mesmo algumas modificações na Lei de Propriedade Intelectual. As mudanças trazidas acerca das comunicações modernas e da revolução na computação são tão profundas que muitas partes nos dois lados deste debate estão se perguntando se a Lei de Propriedade Intelectual como construída agora pode ou deve sobreviver”. (THIERER, Adam; CREWS JR., Waine (Coord.). *Copy Fights: the future of Intellectual Property in the Information Age*. Washington: Cato Institute, 2003, Introdução, p. xvii e xviii).

<sup>596</sup> KAMINSKI, Omar. *A Internet... Op. cit.*, p. 41-2.

<sup>597</sup> DELPIAZZO, Carlos E.; VIEGA, María José. *Lecciones de Derecho Telemático*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004, p. 224-6. “Ante esa realidad, la libertad informática es el derecho de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática o, lo que es lo mismo, de consentir, controlar y rectificar los datos informativos concernientes a la propia personalidad; al derecho de informar y de ser informado se ha agregado el derecho de proteger la libertad de la información como un bien personal. Consiste en un nuevo derecho fundamental que tiene por finalidad el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente”. (Id., p. 226).

<sup>598</sup> Diante da complexidade do tema, que já abriria novo enfoque, que não é o objetivo, remete-se para DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Em nível internacional, entre tantas análises aprofundadas, URRITA, Ana Sánchez; GORSKI, Héctor Cláudio Silveira; MICHEL, Mónica Navarro. *Tecnología, Intimidad y Sociedad Democrática*. Barcelona: Icaria, 2003.

<sup>599</sup> VIEIRA, Karla Patrícia de Castro Almeida. A interferência da informática no direito à privacidade e na manutenção da incolumidade dos dados pessoais. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Novas fronteiras do Direito na Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 236.



Para as visões mais críticas em relação ao fenômeno, a revolução telemática e toda a parafernália de câmeras (redes de monitoramento) e todo o resto de equipamentos, formulários e informações disponíveis significam efetivamente o sepultamento da privacidade.<sup>600</sup> Nesse particular, a Internet mostra-se tanto criadora quanto destruidora. Por um lado, cria meios para que se acesse toda a informação e se fale com qualquer localidade do planeta. Entretanto, ao mesmo tempo, ela destrói a privacidade. O mais lamentável é que nem as providências técnicas, como a criptografia ou a esteganografia, protegem a intimidade, garantida constitucionalmente, e as leis parecem mais interessadas em tutelar as situações decorrentes dos avanços tecnológicos do que em proteger as pessoas.<sup>601</sup>

A matéria assume contornos de Direito Internacional Público, já que as Declarações Universais de Direitos Humanos e as Constituições que a internalizaram consagram a liberdade de pensamento, que se desdobra na liberdade de consciência e na liberdade de exteriorização do pensamento, e tem como garantia o direito à privacidade, este que se desdobra em direito à intimidade, direito à vida privada, direito à honra e direito à imagem.<sup>602</sup>

Mesmo em países onde é tão sagrada a liberdade de informação, como os Estados Unidos, onde a Primeira Emenda a assegura, comporta limitações em torno da privacidade, como bem aborda Dworkin ao analisar a Lei de Liberdade de Informação daquele país,

---

<sup>600</sup> SILVA NETO, Amaro Moraes e. *Privacidade na Internet: Um enfoque jurídico*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 30-31. O autor cita substanciais exemplos desta realidade: “Sistemas biométricos sabem o ADN de sua voz; mecanismos de escuta captam conversas através de paredes; pequenas (e baratas) câmeras de vídeo vêm no escuro; existem raios infravermelhos que possibilitam a detecção de fatos dentro de edifícios, propiciando a visão do que ocorre em seu interior; certos microfones parabólicos são capazes de ouvir conversas a distâncias superiores a 1.500 m.; os hospitais trocam informações *on line*; as universidades dispõem a todos os nossos *currículos* na web; os dados relativos ao FGTS encontram-se disponíveis na rede; órgãos do governo e órgãos particulares detêm informações nossas que sempre podem ser acessadas por qualquer um; legal ou ilegalmente; a SERASA aponta o pretense devedor em mora; os bancos de dados do Judiciário põem a nu qualquer um que já tenha demandado (ou sido) em Juízo; os departamentos de trânsito dão informações sobre nossos veículos, nossas multas, nossas infrações. Na Receita Federal, o mesmo ocorre. De posse do CPF de qualquer contribuinte, podemos fazer uma devassa em sua vida fiscal; dados aos milhões, aos bilhões, aos turbilhões; os mais variados. Todos disponíveis na rede e passíveis de serem violados e/ou interceptados”. (Id., p. 34-5).

<sup>601</sup> Ibidem, p. 121. Uma preocupação, em termos destas evoluções tecnológicas, de certa forma vinculada igualmente ao Direito do Consumidor, tem a ver com a utilização de perfis de consumo, de “*cookies*” e outras formas de acesso a dados sensíveis dos consumidores. Com efeito, é inadmissível que, sem conhecimento do consumidor, sejam introduzidos nos computadores programas que dão acesso a informações pessoais, nem que cada vez que determinada pessoa visite uma página da Internet, seja ela de qualquer tipo de conteúdo, o respectivo “*browser*” vá anotando essa escolha e vá formando o perfil de consumo de cada pessoa que efetiva acessos. (RODRIGUES, Luís Silveira. Os Consumidores e a Sociedade da Informação. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2002, v. III, p. 308).

<sup>602</sup> GUERRA, Sidney. *O direito à privacidade na Internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 150.

fortalecida após o escândalo de *Watergate*, e que regula que qualquer um pode obter qualquer informação em poder do governo federal, com determinadas exceções destinadas a proteger a privacidade pessoal, segredos comerciais, segurança nacional e similares.<sup>603</sup>

Neste contexto de transformações, impende anotar que a dignidade da pessoa humana não apenas constitui a garantia negativa de que a pessoa humana não será vítima de ofensas e humilhações, mas, de igual sorte, implica a do sentido positivo, ou seja, o do pleno desenvolvimento da personalidade de cada pessoa. A dignidade da pessoa humana reconhecida como direito fundamental na órbita internacional e na interna impõe, como corolário, a efetiva proteção dos direitos a ela inerentes, entre eles o da privacidade. Na esfera internacional, a matéria está afeita ao denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>604</sup>

No âmbito do Direito Internacional, construíram-se os princípios que regem a proteção da privacidade, que podem ser resumidos em:

- Principio de licitud y lealtad: conforme el cual las informaciones deben recogerse y elaborarse utilizando procedimientos leales y lícitos. No puede recabarse información por medios que obvien el consentimiento del afectado.
- Principio de exactud, por el cual la información debe ser correcta y debe mantenerse debidamente actualizada.
- Principio de finalidad y pertinencia: la información debe recabarse y circunscribirse a aquellos datos que resulten proporcionalmente adecuados a la finalidad perseguida.
- Principio de acceso de la persona interesada: porque todo interesado debe poder obtener de inmediato y gratuitamente los datos que le atañen y lograr las rectificaciones o supresiones que correspondan.
- Principio de no discriminación: no se debe registrar dato alguno que no pueda originar una discriminación ilícita o arbitraria.<sup>605</sup>

---

<sup>603</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de principio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 572. Interessante, em breve nota, verificar que Dworkin demonstra ainda um outro aspecto da liberdade de expressão, que visa proteger não só a coletividade como um todo, receptora dela, mas daquele que manifesta opinião: “Contudo, outras teorias da livre expressão – no sentido amplo, que inclui a liberdade de imprensa – sustentam que o direito se destina à proteção daquele que fala, isto é, que os indivíduos têm o direito de falar não para que os outros se beneficiem, mas porque eles mesmos sofreriam um dano ou insulto inaceitável se fossem censurados. Qualquer um que sustente essa teoria de, é claro, demonstrar por que a censura é um dano mais sério que outras formas de regulamentação, deve demonstrar por que alguém que é proibido de falar o que pensa sobre política sofre um dano mais grave do que quando é proibido, por exemplo, de dirigir em alta velocidade, invadir propriedade alheia ou fazer acordos para restringir o comércio”. (Id., p. 575).

<sup>604</sup> GUERRA, Sidney. *O direito à... Op. cit.*, p. 151.

<sup>605</sup> CELLA, Liliana. Derechos de la personalidad en las autopistas de la información. In: *Derecho Informático*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, t. I, p. 39-40.

Além destas possibilidades de ofensa à privacidade e até à intimidade, a Sociedade da Informação pode significar, para aqueles que não têm acesso aos benefícios que traz, uma nova forma de exclusão, como se verá na seqüência.

#### 4.5 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E EXCLUSÃO

A Sociedade da Informação, ao mesmo tempo em que abre as portas para o novo mundo da tecnologia digital e de todas as vantagens que possibilita, paradoxalmente pode revelar novas formas de exclusão. Se na economia pré-Revolução Industrial a exclusão era medida entre proprietários e não-proprietários, especialmente de terras, passando à histórica dicotomia capital e trabalho, naquele abrangido o capital industrializado,<sup>606</sup> na nova era as formas de exclusão poderão ser melhor visualizadas entre aqueles que têm e os que não têm acesso à informação.<sup>607</sup>

Pode estar em jogo, em última razão, o velho impacto do confronto entre países ricos e países pobres, entre pessoas ricas e pessoas pobres. Como uma nação rica possui um conjunto maior de bens e serviços econômicos, ela valoriza mais a informação e os serviços informáticos, pois eles geram mais riqueza. Prova disso é que nos Estados Unidos, Alemanha e Japão o *hardware* e o *software* de computadores e o processamento de informações que ocorre nas organizações correspondem a aproximadamente 10% do Produto Interno Bruto – PIB, enquanto em Bangladesch não chega a 0,1%, ou seja, é cem vezes menor.<sup>608</sup> Com sentido torna-se então o firme questionamento de Olivo: “Que sociedade virtual é esta onde menos de 10% da população possui acesso à Internet?” Como, na visão do pensador referido, se está diante do mais elementar direito de quinta geração, qual seja, o direito a um acesso digno, eficiente, público e gratuito e, além do mais, possibilitado em

---

<sup>606</sup> Daí a evolução do paradigma clássico do Pós-Industrialismo à nova Teoria da Sociedade da Informação, conforme GALLARDO, Roberto Reboloso. *La globalización y las nuevas tecnologías de información*. Cidade do México: Trillas, 2000, p. 25-6.

<sup>607</sup> “De fato, na sociedade contemporânea a informação adquire contornos tão significantes a ponto de afirmarem que a arma dos tempos modernos não é a bomba, mas a informação. Quem detém a informação tem o poder” (GUERRA, Sidney. *O direito à... Op. cit.*, p. 1). Tanto, que na interessante relação que faz Ascensão do surgimento da Sociedade da Informação com o pós-Guerra do Vietnã, ali teria ficado claro que não bastava o domínio da tecnologia nuclear, mas que era necessária nova alternativa, que foi encontrada na informação, ficando definitivo o grande lema (que não foi dito!): “quem domina a informação domina o mundo” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Sociedade da Informação e mundo globalizado*. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Propriedade Intelectual & Internet*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 19).

<sup>608</sup> DERTOUZOS, Michael. *O que será: Como o novo mundo da informação transformará nossas vidas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 302-3.

todas as unidades de trabalho, em todos os estabelecimentos de ensino e com conexão *on line* em todos os lares, tudo leva a crer que estas poderão ser as novas reivindicações, as novas palavras de ordem daqueles que, a exemplo dos sem-teto, dos sem-terra, dos sem-escola e dos sem-emprego, no início do terceiro milênio ainda estão desconectados.<sup>609</sup>

Da mesma forma, saindo da esfera dos Estados, na vida dos cidadãos. Se a pessoa é rica, com abundância de bens e serviços, ela tem na informação intermediária e no processamento da informação possibilidades de aumentar suas posses graças à informação, que valoriza e pela qual paga de bom grado. Com os pobres, ao contrário, tendo pouco, muitas vezes somente o necessário à sobrevivência, e a informação não pode ajudá-los a conseguir muita coisa, sem falar que, na maioria das vezes – e aqui está uma constatação daquelas onde certamente não se chega facilmente à conclusão do que é causa e do que é consequência – as pessoas pobres atribuem pouco ou nenhum valor à informação.<sup>610</sup>

O paradoxal nesta situação, verdadeira operação de causa e efeito, é que os países e as pessoas mais ricas, com os ganhos de produtividades possíveis, graças à informação e aos instrumentos informáticos disponíveis, aumentarão e expandirão seus bens e serviços econômicos, ficando, assim, ainda em melhor situação. À medida que enriquecem, passam a utilizar o Mercado da Informação de modo ainda mais amplo, desfrutando de crescimento econômico exponencial. Os países e pessoas pobres, contrariamente, nem conseguem dar início a qualquer processo razoável de crescimento, mantendo uma tendência de subutilização dos recursos de informação, pois não estão ao seu alcance. A conclusão, mesmo dolorosa, é clara: “Deixado por sua própria conta, o Mercado de Informação aumentará a brecha entre países ricos e pobres e entre pessoas ricas e pobres”.<sup>611</sup> Se a dignidade da pessoa humana pressupõe o acesso às criações intelectuais para sua concretização, mormente nos direitos, igualmente fundamentais, à educação, à cultura e à informação, como propõe esta investigação, sendo a pobreza uma violação aos

---

<sup>609</sup> OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Os “Novos” Direitos enquanto direitos públicos virtuais na Sociedade da Informação. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 350.

<sup>610</sup> DERTOUZOS, Michael. *O que será... Op. cit.*, p. 303.

<sup>611</sup> Idem. As análises em torno desta constatação, embora ainda estejam por se construir, como em quase todos os aspectos relacionados à Sociedade da Informação que se modifica em velocidade da luz a cada instante, já permitem, no entanto, a alguns pensadores, a formulação teórica do aparecimento de uma nova divisão social, entre os ricos em informação (*information rich*) e os carentes dela (*information poor*), surgindo daí uma elite *on-line* e um proletariado *off-line*, o que redonda na desigualdade digital (*digital divide*). (ARAS, Vladimir. Analfabetos tecnológicos são os naufragos do futuro. In: KAMINSKI, Omar (Org.). *Internet Legal... Op. cit.*, p. 121).

direitos humanos,<sup>612</sup> a exclusão das redes, neste contexto global, é uma das formas de exclusão mais grave que se pode sofrer na economia e na cultura.<sup>613</sup>

Aqui reside também um duplo sentido desta realidade. Se com a falta de acesso às mais variadas possibilidades que faculta a tecnologia da Sociedade da Informação há exclusão, a contrário senso com boa utilização e bom acesso pode ocorrer maior exercício da cidadania e inclusão. Se na nova realidade aumenta a complexidade dos conflitos e a rapidez com que eles se desenvolvem no seio social, não há dúvidas de que devem ser utilizados os meios técnicos e jurídicos disponíveis para a concretização plena destes objetivos, pois: “Deve-se exigir dos operadores do Direito respostas de qualidade e em uma velocidade que dê conta dos conflitos. Deve-se também fornecer conhecimento jurídico básico para o exercício da cidadania ativa e acessível a todas as camadas da sociedade, democraticamente”.<sup>614</sup>

Neste modo de ver, todo o arcabouço pode e deve ser utilizado também para atacar um dos principais problemas que afligem a coletividade, a falta de acesso à informação jurídica e a falta de agilidade do Estado no processo de legislatura e de decisão judicial. Nesta perspectiva, “o uso de redes globais derruba barreiras, acelera processos, democratiza as oportunidades e enfatiza a interatividade”.<sup>615</sup> Se fica cristalino que a Humanidade passa por uma transformação radical onde, sem acesso à informação e à educação, temas aos quais se voltará no próximo capítulo, não há nenhuma espécie de oportunidade, fica patente que a tecnologia não pode ser utilizada apenas para auxiliar na redução dos custos, mas, especialmente, como ferramenta para aumentar a qualidade dos serviços.

---

<sup>612</sup> Como sustenta PIOVESAN, Flávia. Pobreza como violação dos Direitos Humanos. In: WERTHEIN, Jorge; NOLETO, Marlova Jovchelovitch (Org.). *Pobreza e desigualdade no Brasil: traçando caminhos para a inclusão social*. Brasília: Unesco, 2004, p. 135-62.

<sup>613</sup> CASTELLS, Manuel. *A Galáxia... Op. cit.*, p. 17. Em outra obra, mesmo partindo do reconhecimento das possibilidades que a técnica abre, como o surgimento da democracia informacional, com três características básicas (recriação do “Estado local”, possibilidade da “participação eletrônica”, e desenvolvimento e política simbólica e mobilização política em causas “não políticas” através do meio eletrônico), Castells reitera que “as massas excluídas de ligação às redes e desprovidas de educação do mundo inteiro, e dos diferentes países, permaneceriam à margem da nova ordem democrática, a exemplo dos escravos e bárbaros nos primórdios da democracia na Grécia Antiga”. (CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação; Economia, Sociedade e Cultura*. Vol. II: O Poder da Identidade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 430).

<sup>614</sup> ROVER, Aires José. *Informática no Direito: Inteligência artificial; Introdução aos Sistemas Especialistas Legais*. Curitiba, Juruá, 2003, p. 246.

<sup>615</sup> Idem, p. 247.

Nesta visão, ao mesmo tempo em que fica também visível a necessidade de um modelo de Direito mais simples e compreensível ao homem comum,<sup>616</sup> necessário concretizar que “ao mundo jurídico resta implementar paulatinamente o uso da internet, sabendo que esta é uma demanda legítima da sociedade atual. Ao Estado cabe a tarefa de adequar-se aos novos tempos e propiciar mecanismos para que a sociedade utilize a tecnologia e a informação digital de maneira mais ampla e democrática possível”.<sup>617</sup>

Alguns estudiosos ainda fazem outro contraponto, sob o argumento de que a tecnologia da informação pode melhorar a saúde e a educação, e assim acelerar o crescimento econômico dos países pobres, livrando as pessoas da miséria em que se encontram. No entanto, se é verdadeiro que as tecnologias de informação podem ser utilizadas para ensinar as pessoas a ler, cultivar a terra, gerar eletricidade e evitar doenças, também parece de domínio amplo que os equipamentos indispensáveis a esta nova realidade, especialmente *hardware* e *software*, são de custos elevados e, mesmo baratos, e assim mais acessíveis aos menos abastados, a constatação não se altera tanto pois, ainda que custem a metade do preço, em previsão otimista, se manterá muitos excluídos. Sem falar na infra-estrutura deficitária, pois não se constrói uma realidade informacional moderna sem uma estrutura paulatinamente conquistada, e o contrário equivaleria “a desejar que uma criança aprenda a dançar antes de aprender a andar”.<sup>618</sup> Neste particular, embora não se possam negar os benefícios extraídos do desenvolvimento da tecnologia, e ninguém se arriscaria a tanto, é forçoso reconhecer que “a Internet é, sem dúvida, uma tecnologia da liberdade, mas pode servir para libertar os poderosos e oprimir os desinformados, e pode conduzir à exclusão dos desvalorizados pelos conquistadores do valor”.<sup>619</sup>

---

<sup>616</sup> Na verdade, está em jogo aquilo que o autor denomina “uma nova epistemologia para o Direito”, pois “a introdução de tecnologia de informação muda a natureza da prática jurisdicional, permitindo que o jurista se concentre sobre os problemas do tipo criativo, sobre os valores do Direito, deixando para a máquina as tarefas quotidianas e mecânicas. Dessa forma, a busca de implementação do Direito em computador conduz a um interesse metodológico interdisciplinar em cujo conteúdo e forma se põe como tese e antítese. A automação legal exigiria novos métodos de pesquisa legal e revelaria as forças e as fraquezas do pensamento jurídico, permitindo o desenvolvimento de uma nova Ciência Jurídica. Esta procura impor ordem ao Direito, reconstruindo-o em um corpo de regras estruturado, interconectado, coerente e simples, obtendo consenso em assuntos relevantes e buscando imparcialidade. A tarefa é transformar a indeterminação aparente em uma estrutura governada por regras, mas ainda são insuficientes para a tomada de decisões”. (ROVER, Aires José. *Informática no... Op. cit.*, p. 243).

<sup>617</sup> Idem, p. 248-9.

<sup>618</sup> DERTOUZOS, Michael. *O que será... Op. cit.*, p. 304-5. O autor refere, exemplificando, que somente 2% das residências habitadas por negros têm telefone, na África do Sul (Id., p. 304).

<sup>619</sup> CASTELLS, Manuel. *A Galáxia... Op. cit.*, p. 317.

Mesmo com o otimismo exacerbado de alguns, a história da Humanidade leva à conclusão de que os detentores do poder, que no novo tempo está estampado na informação, não esboçam, ao menos na atualidade, reações ao modo como se projeta este mundo do futuro, onde, mesmo mais brandas, as disputas serão por bens essenciais à sobrevivência, como terra para agricultura e água. Como não existe praticamente atividade humana que não possa ser melhorada pela informação, as amplas possibilidades dela decorrentes, e que a tornam tão atraente aos países e pessoas ricas, paradoxalmente, ao mesmo tempo é o fator que a faz tão devastadora juntos aos países e pessoas pobres, pela ausência.<sup>620</sup> Ou seja, ao mesmo tempo em que a lógica do sistema de redes da Era da Informação revolucionou o mundo, promovendo um significativo avanço nas forças produtivas e no crescimento econômico, “também expôs a lógica de exclusão do capitalismo, à medida que milhões de pessoas e grandes regiões do planeta estão a ser excluídas dos benefícios do informacionalismo, tanto nos mundos desenvolvidos como em vias de desenvolvimento”.<sup>621</sup>

Tudo leva à conclusão da inevitabilidade de implementação de políticas públicas sérias e amplas de inclusão digital. Não se trata somente de uma visão simplista de aparelhamento do Estado para melhor desempenhar suas funções junto à sociedade, mas da ampliação da cidadania pelo meio eletrônico, aí se incluindo a possibilidade de acesso aos meios tecnológicos, pois o distanciamento da Sociedade da Informação alimenta a exclusão e impede que a sociedade se prepare para os desafios cada vez maiores do mercado de trabalho<sup>622</sup> e da inserção minimamente competitiva no atual cenário de mundialização.<sup>623</sup>

---

<sup>620</sup> DERTOUZOS, Michael. *O que será... Op. cit.*, p. 305.

<sup>621</sup> CASTELLS, Manuel. *A Era da... Op. cit.*, Prólogo, p. XXVII.

<sup>622</sup> Na esfera do Direito do Trabalho o risco se mostra não somente aos que estão darwinianamente fora do mercado por não terem tido acesso à formação tecnológico-digital, mas também para aqueles que não conseguiram acompanhar o processo tão-somente para se manterem em seu posto, pois “os processos de exclusão social não apenas afetam aqueles que estão em ‘verdadeira situação de desvantagem’, mas também os indivíduos e as categorias sociais que construíram a vida com base numa luta constante para não caírem num submundo estigmatizado de mão-de-obra desvalorizada e de pessoas socialmente incapazes”. (Idem, p. 469). Sobre as modificações impostas ao trabalho, entre outros, RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Teletrabalho: reflexões sobre uma projecção da sociedade da informação no mundo do trabalho. *In: Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2004, v. V, p. 185-202; MARTINEZ, Pedro Romano. Relações Empregador Empregado. *In: Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 1999, v. I, p. 185-200; BRUNET, Laura Nahabetián. Evolución del trabajo en la Sociedad de la Información. *Derecho Informático*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2002, T. II, p. 145-156; NUNES, Celso Luiz. O trabalhador e a tecnologia na Era da Globalização. *In: ROVER, Aires José (Org.). Direito e Informática*. São Paulo: Manole, 2004, p. 55-76; PEREIRA, Joseleto Costa de Almeida. A Sociedade da Informação e o mundo do trabalho. *In: ROVER, Aires José (Org.). Direito e Informática*. São Paulo: Manole, 2004, p. 77-93.

<sup>623</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Exclusão Digital; A miséria na Era da Informação*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 42. O autor, partindo de uma visão global, chega a algumas tomadas de decisões pontuais: “Cabe ao Estado, em suas três esferas de governo (municipal, estadual e federal), articular e

A emergência de novos modelos, como o “paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente”, demonstra visões construídas na expectativa desta nova construção teórica e fática, onde a tecnologia não seja apenas meio de dominação de ricos sobre pobres, mas de democratização da comunicação instantânea, que passa a ser, antes de tudo, um mecanismo de libertação e independência.<sup>624</sup> Por isso parecem sempre atuais as interpretações que, ao mesmo tempo em que rechaçam qualquer utilização da tecnologia da Sociedade da Informação que fira a dignidade humana, exaltam ações em sentido contrário.<sup>625</sup>

#### 4.6 A DIRETIVA EUROPÉIA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Ascensão faz breve relato histórico da visão que teve inicialmente a Comunidade Européia até desaguar na atual realidade. No princípio, ela não se ocupou do Direito Autoral, procurando conciliar o exclusivo outorgado ao autor e aos titulares dos direitos conexos com a livre concorrência perspectivada. Esta realidade começa a modificar-se somente em 1988, com a publicação do “Livro Verde”, quando o desvelo pelos autores leva a uma multiplicação cerrada de instrumentos comunitários protetores, “o que é surpreendente, sabendo-se que a cultura é algo de menor relevo para a Comunidade Econômica Européia”.<sup>626</sup> Tudo teria motivação na emergência da informática, pois os Estados Unidos haviam conseguido obter proteção máxima outorgada aos Direitos Autorais aos bens informáticos, e a Comunidade Européia apressou-se em acatar esta opção. Claro, como já se disse nesta

---

implementar planos de inclusão digital que busquem ampliar a cidadania a partir do uso intensivo das tecnologias da informação, inserir as camadas mais pauperizadas na sociedade da informação e do conhecimento e tornar o acesso à rede mundial de computadores um direito básico. A criação nas áreas de maior carência social de uma grande rede de telecentros que dê acesso aos serviços públicos *on-line* e à Internet, bem como assegure um *e-mail* para cada pessoa desprovida de recursos, é um passo decisivo para mudarmos nosso futuro. Trata-se de um passo para a elevação de nossa inteligência coletiva” (Id., p. 43).

<sup>624</sup> OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Os “Novos” Direitos... *Op. cit.*, p. 350-1. O referido “paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente” o autor adota a partir de Boaventura Santos, em *A Crítica da razão indolente*.

<sup>625</sup> Como faz, significativamente, Delpiano: “Mientras la tecnología (accesoria, utilitaria) sirva para incrementar o potenciar la dignidad humana – sin la cual los individuos de esta especie no seríamos más que animales – es loable; si por el contrario el ser humano vive para la tecnología, se desvive por ella y a veces deja de vivir por su existencia, en ese momento (la época actual) debe el ser humano revalorizarse y reconsiderar su posición como individuo en si mismo y en su relación con sus congéneres. La verdadera evolución debe apuntar al mejoramiento, y a él sólo puede llegarse si se condicen los instrumentos del progreso con los mejores valores humanos, evitando que el objeto se convierta en sujeto, que los medios en fines, que lo importante devenga en accesorio”. (DELPIANO, Héctor M. El mundo de lo transitório: otro rasgo de la Sociedad de la Información. *In: Derecho Informático*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002, t. II, p. 82).

<sup>626</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do Direito Autoral e as limitações legais. *In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord.). Direito da... Op. cit.*, p. 94.



pesquisa em alguns momentos e se voltará a enfatizar, deixando o foco principal de ser o autor ou titular dos direitos conexos, passando a ser o empresário das denominadas “indústrias de *copyright*”, para quem a proteção direta ou indiretamente reverte. Nesta realidade, o Direito Autoral passa a visar precipuamente a proteção dos investimentos.<sup>627</sup>

Finalmente, em 22 de maio de 2001, é editada a Diretriz nº 01/29, sobre alguns aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação. Embora tendo como objetivo primordial a transposição para a ordem jurídica comunitária dos Tratados da OMPI de 1996 e também do TRIPs, para que a Comunidade Européia possa se integrar à OMC, ultrapassa-se de forma ampla o conteúdo destes documentos internacionais. Consagram-se aí não somente faculdades específicas, como os próprios direitos globais de reprodução, distribuição e comunicação ao público. São “superdireitos” que esgotam praticamente o conteúdo patrimonial do Direito Autoral, sem, no entanto, avançar nas restrições adequadas.<sup>628</sup>

Há outro objetivo importante na Diretriz, que é a outorga de proteção a dispositivos tecnológicos que são utilizados nesta área, sejam dispositivos de vedação ou restrição de uso de conteúdos de sítios na internet, sejam dispositivos de informação para a gestão dos direitos,<sup>629</sup> este que será enfocado na seqüência.

No que atine às limitações, consta essencialmente no artigo 5º da Diretiva, sob a epígrafe “Limites e Exceções”. A novidade substancial foi ter tornado exaustiva a lista de restrições admitidas, contrariamente ao que ocorria nos instrumentos internacionais. Mesmo com longo rol, os limites admitidos ficam restritos àqueles que não puderam ser evitados. Ainda, não só se trata de uma lista exaustiva como, na impressão de Ascensão, se

---

<sup>627</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social... *Op. cit.*, p. 94-5. Se e certamente não há nada de errado com as ações dos vários interesses empresariais que giram em torno do Direito Autoral de licitamente defender seus interesses, novamente se utiliza do que deduz o próprio Ascensão no sentido que “a actividade empresarial deve ter os seus próprios instrumentos de protecção. A falta de clareza que se instalou nos objectivos do Direito Autoral é um elemento nocivo para a credibilidade deste ramo”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. Convergência de tecnologias: perspectivas jurídicas. *In: Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2004, v. V, p. 93).

<sup>628</sup> *Idem*, p. 95. O autor acrescenta: “O objectivo proclamado é, como sempre, o de harmonizar. Mas há também o não proclamado, que é o de centralizar. Há mesmo a aspiração de se chegar ao Código Comunitário do Direito de Autor, embora esse passo não possa ser pensado para já”.

<sup>629</sup> *Ibidem*.

universaliza aquilo que chama de “limites dos limites”, na subordinação à denominada “Regra dos Três Passos” da Convenção de Berna.<sup>630</sup>

Na constatação do autoralista neste instante adotado, esta rigidez é prejudicial, pois numa altura de tão rápida evolução, seja da técnica ou do Direito de Autor, se estanca toda possibilidade de compaginação das legislações nacionais com ela. Especialmente quando a legislação comunitária ainda não absorveu o choque informático e fácil constatar que quase não se formularam os limites que o meio informático impõe.<sup>631</sup>

Mesmo que brevemente, é possível fazer uma sucinta contextualização destas limitações. No número “1” do artigo 5º, que Reinbothe entende ser a única de natureza obrigatória e que, assim, deverá ser adotada pelas legislações internas, restringindo-se ao direito de reprodução incidente sobre atos temporários de reprodução, de carácter transitório ou episódico, desprovidos de qualquer significado económico, e que, sendo parte integrante e essencial de um processo tecnológico, têm por único objetivo possibilitar uma transmissão em rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou uma utilização legítima.<sup>632</sup> No item “2” do artigo 5º prevê cinco possibilidades vinculadas ao direito de reprodução, especialmente a instituições com certa vinculação social, como bibliotecas, estabelecimentos de ensino e museus acessíveis ao público, ou pelos arquivos, que não tenham por objetivo uma vantagem económica direta ou indireta (item “c”).<sup>633</sup> No item “3” enunciam-se várias outras limitações de natureza voluntária, aplicáveis tanto ao direito de reprodução como de comunicação ao público, sendo o mais longo deles (de “a” até “o”), e a exceção da limitação está inserta na letra “b” (em favor de pessoas portadoras de

<sup>630</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social... *Op. cit.*, p. 94. Porque as limitações estão restritas a “casos especiais; que não entrem em conflito com a exploração normal das obras ou outro material; nem prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular” (Id., p. 96). Cordeiro diz que a Regra dos Três Passos se tornou tema “inultrapassável” quando se trata de matéria atinente às limitações e exceções do Direito Autoral, pois primeiramente foi o artigo 13º do TRIPs que estendeu seu âmbito de aplicação aos demais direitos exclusivos patrimoniais dos autores regulados na Convenção de Berna. Por segundo, foi o TODA (WCT) que, no seu artigo 10º, não somente fez idêntica extensão como sujeitou os novos direitos que criavam a idêntico princípio. Finalmente, na mesma linha se pronunciou o artigo 16º do TOEIF (WPPT) que no seu nº 2 indica a Regra dos Três Passos como ordenadora dos direitos que contempla”. (CORDEIRO, Pedro. Limitações e exceções sob a “Regra dos Três Passos” e nas legislações nacionais: diferenças entre o meio analógico e o digital. *In: Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2002, v. III, p. 212).

<sup>631</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social... *Op. cit.*, p. 96.

<sup>632</sup> REINBOTHE, Jörg. As Exceções na (Proposta de) Directiva “Direito de Autor e Direitos Conexos na Sociedade de Informação”. *Temas de Propriedade Intelectual*, Lisboa: Principia/APEPI, n. 2 a 4, p. 122-3, 2000.

<sup>633</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira; CORDEIRO, Pedro. *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 419.

deficiência), todas as demais têm origem na *acquis communaire* ou na Convenção de Berna.<sup>634</sup> No quinto item há uma reprodução quase fiel da Regra dos Três Passos da Convenção de Berna, vinculando estas limitações àquelas possibilidades.

Na órbita da Comunidade Européia, resta como única alternativa “o pesadíssimo procedimento comunitário para alterar qualquer vírgula no domínio dos limites aos direitos”, ficando desta forma a Europa irremediavelmente atrasada perante os modos de regulação que vigoram nos Estados Unidos e em outros locais. Ascensão conclui com satisfação que, felizmente, esta não é a situação brasileira, onde pela lei interna podem ser criados novos limites, desde que respeitantes da Regra dos Três Passos, imposta ainda pelo TRIPs e pelos Tratados da OMPI.<sup>635</sup>

#### 4.7 A GESTÃO COLETIVA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A gestão coletiva do Direito Autoral, historicamente concebida e formulada a partir de um modelo anterior à revolução tecnológica da Sociedade da Informação, igualmente entra em xeque na nova era, não sendo poucas as novas circunstâncias e interrogações que a circundam.

A nova realidade é tão complexa que as análises propostas também assumem esta complexidade, indo desde uma visão estritamente futurista, que ressalta unicamente os aspectos que a gestão coletiva enfrentará na era digital, até perspectivas pontuais, que tratam, por exemplo, dos guichês únicos (*one-stop-shops*), ou do papel dos Estados e os modelos de gestão coletiva que virão a ser adotados.<sup>636</sup> No entanto, parece clara a necessidade de se levar em conta as novas possibilidades de gestão de direitos na Sociedade da Informação, uma vez que muitos dos tradicionais conceitos serão objeto de redefinição no ambiente digital, pois as redes eletrônicas possibilitaram novas formas de exploração que levam à indagação de quais direitos deverão ser geridos pela via coletiva ou individualmente.<sup>637</sup>

---

<sup>634</sup> REINBOTHE, Jörg. As Exceções... *Op. cit.*, p. 124.

<sup>635</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social... *Op. cit.*, p. 96.

<sup>636</sup> CORDEIRO, Pedro. A Gestão Coletiva na Sociedade da Informação. *In: Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2001, v. II, p. 33.

<sup>637</sup> PEREIRA, Alexandre Dias. Gestão individual e colectiva do Direito de Autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação. *In: Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2003, v. IV, p. 442.

A gestão coletiva é uma realidade que atende tanto os interesses dos autores e titulares de direitos como dos utilizadores das obras autorais. Em relação aos primeiros, possibilita o controle das utilizações e a arrecadação de receitas. Aos utilizadores das obras torna possível a existência de um organismo junto ao qual podem obter autorizações de utilização sem necessidade de negociação individual com cada titular de direitos.<sup>638</sup>

A idéia da gestão coletiva já tem em sua gênese alguma relação com a própria tecnologia, claro, de menor alcance que aquela da atualidade, pois os titulares perceberam suas enormes dificuldades para a fiscalização e o acompanhamento, individualmente, das variadas formas e nos mais amplos possíveis quadrantes, de suas criações intelectuais. Não há como negar, então, que se dá o aparecimento dela como resposta à evolução tecnológica e a correspondente utilização indiscriminada das obras e prestações. Questões como qual o espaço que as grandes empresas e os grandes setores de usuários vão comportar perante as possibilidades de utilização indiscutivelmente serão relevantes. No entanto, mesmo com o novo modelo que surge, onde a tecnologia digital sem dúvida assumirá contornos relevantes, há quem sustente que o atual modelo persistirá, vale dizer, que as utilizações digitais e sua conseqüente gestão não monopolizarão o mercado, mantendo-se largo espaço para o modelo analógico.<sup>639</sup> Outros vão além, concluindo que somente as sociedades de gestão coletiva poderão fazer respeitar as prerrogativas dos titulares de direitos, em decorrência do sistema de acordos de representação recíproca que permitem recorrer aos serviços das homólogas estrangeiras.<sup>640</sup>

Neste tabuleiro põe-se em xeque o papel que estará reservado à gestão coletiva na Sociedade da Informação.<sup>641</sup> A indagação que se põe é: “Que esperar da gestão coletiva perante a expansão dos meios informáticos?” Trata-se da problemática referida de forma dominante em relação às novas tecnologias e onde assume papel considerável qual a posição dos titulares de direito face a estas alternativas.<sup>642</sup>

<sup>638</sup> PEREIRA, Alexandre Dias. Gestão individual e... *Op. cit.*, p. 436-7.

<sup>639</sup> CORDEIRO, Pedro. A Gestão Colectiva... *Op. cit.*, Idem, p. 33 e 35.

<sup>640</sup> DOUTRELEPONT, Carine. Razão de ser das Sociedades de Gestão de Direitos; Importância, actividade e desenvolvimentos recentes. *Temas de Propriedade Intelectual*, Lisboa: Principia/APEPI, n. 2 a 4, p. 92, 2000.

<sup>641</sup> PEREIRA, Alexandre Dias. Gestão Individual e... *Op. cit.*, p. 445: “Serão estas entidades ‘dispensáveis’ no ambiente digital? Acabarão estas entidades por ser substituídas pelas empresas de conteúdos, que adquirem os direitos junto dos autores, acrescentando-lhes o valor de produtores de bases de dados e negociando directamente com os utilizadores os direitos adquiridos? Ou será que aquelas entidades vão obter do legislador a concessão de privilégios de gestão em nome, caro está, da protecção dos autores?”

<sup>642</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet...* *Op. cit.*, p. 295.

O que está em debate é a própria necessidade de não afastar o criador intelectual do centro do Direito Autoral, pois na nova realidade as obras passam a ser tratadas como um imenso número de dados, e não como criações intelectuais, e a digitalização e os novos meios comunicacionais conduzem a um aumento significativo do uso de obras literárias e artísticas e à volatilidade que elas adquirem, o que torna vulneráveis os titulares de direitos, sujeitos a perder o domínio jurídico sobre elas.<sup>643</sup> Aí a relevância da idéia de que o ponto de partida deve estar sempre no titular dos Direitos Intelectuais.<sup>644</sup>

No aspecto interno do problema, ele conduz à necessidade de uma readequação da formulação e do agir das próprias entidades de gestão coletiva, pois a nova configuração implica entidades de gestão coletiva modernas, transparentes e rápidas. Elas deverão fazer uso dos novos meios que o desenvolvimento tecnológico põe à disposição, para prestar serviços mais adequados aos titulares de direitos e aos utilizadores de obras e prestações, efetivando uma gestão coletiva tão eficaz e transparente quanto possível em moldes certamente não comparáveis com os atuais, que indiscutivelmente apresentam pontos de vulnerabilidade.<sup>645</sup> A nova realidade em comento demonstra que foram depositadas muitas esperanças nos sistemas chamados de informação sobre os direitos. No entanto, há que se observar se o Direito Intelectual, aparentemente protegido, não fica por fim dissolvido, como um mero conteúdo entre os outros, o que não é bom para o Direito Autoral, “que ficaria definitivamente ultrapassado por meras preocupações economicistas na Sociedade Global da Informação”.<sup>646</sup>

No entanto, a leitura das possibilidades tecnológicas é tão ampla que, inclusive neste domínio, se pode verificar a possibilidade de dois caminhos, embora opostos. Na primeira possibilidade, a multiplicação de utilizações permitidas tornará o exercício

---

<sup>643</sup> CORDEIRO, Pedro. *A Gestão Colectiva... Op. cit.*, p. 33.

<sup>644</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet... Op. cit.*, p. 283. Com o que parece concordar Fuentes: “[...] los creadores – autores y artistas intérpretes o ejecutantes – son los convidados de piedra em el debate internacional acerca de la propiedad intelectual en el entorno digital. Sus intereses no pueden identificarse enteramente con los de los grandes grupos, de los cuales incluso pueden liberarse en un entorno de descentralización de la distribución de los contenidos como es Internet; pero tampoco podrán ser garantizados por el discurso de oposición a la propiedad intelectual, que no ha sido capaz hasta el momento de formular los mecanismos para los creadores obtengan una remuneración adecuada a su trabajo intelectual si se prescinde de los sistemas de propiedad intelectual. Es necesario, pues, volver a situar a la creación y a sus protagonistas en el centro del debate sobre la propiedad intelectual”. (FUENTES, Celeste Gay. *El Derecho de Propiedad Intelectual: por un nuevo equilibrio entre creadores e interés general. In: BUSTAMANTE, Enrique (Coord.). Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación: las industrias culturales en la era digital. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 287).*

<sup>645</sup> CORDEIRO, Pedro. *A Gestão Colectiva... Op. cit.*, p. 33.

<sup>646</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet... Op. cit.*, p. 299.

individual dos direitos muito mais problemático do que na atual conjuntura. De outro, na previsão de evolução em sentido contrário, as novas técnicas de identificação digital, os objetos protegidos e a concessão eletrônica de licenças de utilização tornarão possível uma gestão dos direitos mais individualizada. Esta última possibilidade inevitavelmente reconduziria à gestão individual, e então, “a gestão colectiva que apareceu como resposta à evolução tecnológica que permitiu o uso massivo de obras e prestações se tornaria agora dispensável em virtude dessa mesma evolução tecnológica”. Dito de outro modo, “a exclusividade jurídica será, assim, reforçada por uma exclusividade técnica”.<sup>647</sup> Isso decorre das várias possibilidades que os mecanismos tecnológicos põem ao dispor dos titulares interessados na fiscalização da utilização de suas criações, com proteção por intermédio de aplicações da tecnologia informática, seja pela criptografia (cifragem, assinaturas digitais e envelopes criptográficos) e a estenografia (a “marca d’água” ou tatuagem eletrônica).<sup>648</sup> Alguns juristas, como Ascensão, entendem que nesta discussão se voltaria à análise dos mais e menos poderosos atores neste domínio, já que as grandes empresas ou os mais importantes titulares indiscutivelmente poderiam dispensar o recurso à gestão coletiva e bastar-se com seus próprios meios, evitando intermediários e lançando seus próprios sistemas de gestão, o que não ocorreria com os titulares comuns.<sup>649</sup>

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual realizou, em maio de 1997, em Sevilha, um Fórum sobre o exercício e gestão do Direito de Autor e dos Direitos Conexos face aos desafios da tecnologia digital, cujas conclusões apontam para a defesa da manutenção do atual modelo que Ficsor, ex-Diretor-Geral da instituição, classifica como conclusões<sup>650</sup> e princípios.<sup>651</sup>

<sup>647</sup> CORDEIRO, Pedro. A Gestão Colectiva.. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>648</sup> PEREIRA, Alexandre Dias. Gestão Individual e... *Op. cit.*, p. 440-1.

<sup>649</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet...* *Op. cit.*, p. 301-3. O autor cita afirmação de Bill Gates de que “seria possível futuramente controlar todas as utilizações com tal precisão e tal fiabilidade que os mastodontes caros que são as sociedades de gestão coletiva estão condenadas a tornar-se os dinossauros das auto-estradas da informação” (Id., p. 301).

<sup>650</sup> 1. Necessidade de reforçar a gestão coletiva no mundo digital, especialmente em áreas onde tem maior importância, como nas produções multimídia; 2. reforçar a liberdade de escolha aos titulares de direitos, entre gestão individual e gestão coletiva, desde que os possam exercer diretamente na Internet, embora as dúvidas se o modelo digital superará em definitivo o tradicional, analógico; 3. estão sendo desenvolvidas novas formas de gestão de direitos, que inclusive mesclam gestão individual e gestão coletiva, como os “*copyright clearance centres*”, bastante utilizados na administração de direitos reprográficos, constituindo-se em fonte de licenciamento centralizado mas aplicando tarifas e condições distintas, determinadas pelos titulares do direitos; 4. diante das inúmeras possibilidades que o aparato tecnológico disponível põe ao alcance das entidades, mesmo aquelas sociedades “tradicionalistas” poderão sair deste período mais fortalecidas e aperfeiçoadas; 5. principalmente em decorrência da multimídia, seja pelas produções *off-line* ou pela utilização conjunta em redes digitais globais de diferentes categorias de obras e prestações envolvidas, demonstra a necessidade de “coligações” das entidades, de modo a possibilitar uma

Assim, dá para perceber a manutenção da gestão coletiva do Direito Autoral, mesmo que com outro modelo, talvez deixando de ser de amplitude nacional para ser planetária, acompanhando a evolução do próprio Direito Autoral, implicando a criação de infra-estruturas que, sob os aspectos humano e material, dificilmente serão compatíveis com uma gestão individualizada. E ainda na clara necessidade de cooperação global entre as várias entidades de gestão representativas de todos os direitos que salvaguardem as necessidades culturais que gestão coletiva visa prover.<sup>652</sup>

Sempre com a atenção redobrada para que se evite que o paradigma neste domínio seja, afinal, o fortalecimento incessante das empresas de conteúdos e dos que ficam a jusante destas, “para as quais haver ou não titularidade de direitos intelectuais é indiferente, porque todos os conteúdos se equivalem”.<sup>653</sup>

#### 4.8 ASPECTOS PENAIIS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO<sup>654</sup>

A contextualização de alguns aspectos penais respeitantes à Sociedade da Informação em geral passa, inicialmente, por algumas discussões teóricas que são feitas, especialmente para fixar se efetivamente se estaria, ou não, diante de um novo ramo do

---

fonte centralizada de operações (*one-stop shops*), ou numa cooperação genérica, que pode, inclusive, se dar com a participação individual do titular nesta formatação. (FICSOR, Mihály. Gestão colectiva de direitos em ambiente digital. *Temas de Propriedade Intelectual*, Lisboa: Principia/APEPI, n. 8 a 10, p. 111-2, 2002).

<sup>651</sup> São, basicamente, três: 1. A tecnologia digital é apenas mais uma das tecnologias e coexistirá pacificamente com o mundo analógico, não havendo razão para negligenciar estas formas tradicionais de gestão, que continuarão existindo; 2. a questão da escolha do modelo de gestão, se coletivo ou individual, não pode assentar-se unicamente nas possibilidades tecnológicas que a atual técnica possibilita agora a este, mas fixar-se nas razões maiores que levaram à fundação do sistema, especialmente de que em conjunto o exercício dos direitos é mais eficaz, sendo um equívoco esquecê-lo apenas porque surgiu nova tecnologia; 3. confirmação da natureza exclusiva dos direitos básicos dos autores e dos direitos conexos nas redes de comunicação do novo mundo digital, não existindo razão ou justificação plausível para restringir os direitos exclusivos somente porque se verificam novos desenvolvimentos tecnológicos. (FICSOR, Mihály. Gestão colectiva... *Op. cit.*, p. 112-3).

<sup>652</sup> CORDEIRO, Pedro. A Gestão Colectiva... *Op. cit.*, p. 38-9. Esta cooperação se daria, na visão de Ascensão, em duas perspectivas: “- cooperar para responder aos novos *retoss* e não se tornar um obstáculo à expansão das obras intelectuais; - cooperar para não uniformizar, como alternativa à formação de grandes centrais que apagarão a diversidades e esmagarão o titular de direitos”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet...* *Op. cit.*, p. 304).

<sup>653</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet...* *Op. cit.*, p. 304.

<sup>654</sup> Como não há crime sem prévia previsão legal, faz-se uma breve análise, contextualizadora destes aspectos, a partir da realidade de Portugal, onde o autor desta investigação estudou. No Brasil, há previsão nos artigos 313-A e 313-B do Código Penal, aplicáveis a funcionário público, podendo-se dizer que o segundo seria um crime informático próprio, pois prevê penas para modificação ou alteração de sistema informático sem autorização da autoridade competente, e o primeiro impróprio, pois tem a ver com inserção ou facilitação de dados falsos ou a alteração ou exclusão de dados verídicos nos sistemas informatizados ou banco de dados da Administração Pública, com o fito de obter vantagem ou causar dano.

Direito Penal, e também da nomenclatura mais adequada a adotar. No primeiro ponto, não há ainda teorizações nem delimitações metodológicas suficientes, não estando assente falar-se de uma nova área dentro do Direito Penal ou simplesmente de um mero conjunto de regras penais que têm como particularidade a circunstância de se referirem ao ambiente digital.<sup>655</sup> No segundo aspecto, não se firmou ainda uma denominação definitiva para esta criminalidade emergente. Além da utilização da expressão “cibercrime”, há aqueles que usam “crime informático” (adaptação da expressão inglesa “*computer crime*”), enquanto outros falam em “crime tecnológico” (adaptação de outra expressão da língua inglesa, “*hightec crime*”).<sup>656</sup>

A fenomenologia em torno deste tipo de criminalidade aponta duas constatações interessantes, a de que as perdas oriundas das manipulações informáticas de conteúdo econômico são em média bem mais elevadas que as decorrentes de fraudes tradicionais, e de que os casos registrados com mais frequência são atinentes aos abusos por meio de máquinas automáticas de pagamento e à reprodução ilícita de *software*.<sup>657</sup>

As motivações destes crimes, então, estariam centradas especialmente no desejo de ganhos financeiros, embora mesmo neste particular os dados estatísticos e as pesquisas dividam os casos tipológicos em duas categorias básicas: a primeira, dos acidentais, atribuídos geralmente a jovens do tipo “*wargames*”, apaixonados por computador e que se divertem desafiando a descoberta de códigos e chaves de acesso. Por isso é também denominada “criminalidade de calções”. A segunda categoria é mais complexa, dos verdadeiros delinqüentes, tecnicamente muito bem preparados, geralmente com formação

---

<sup>655</sup> VERDELHO, Pedro. Cibercrime... *Op. cit.*, p. 347. Embora, no alerta do próprio autor, há ainda indefinição até mesmo na abrangência desta nomenclatura, sem se ter noção exata do que abrange exatamente ‘ambiente digital’ ou ‘ciberambiente’, não obstante sendo consenso que a realidade em discussão abrange, de um lado, os suportes informáticos, como disquetes, CD, CD-ROM e DVD, entre outros, e de outro as redes de computadores, especialmente a Internet”. (Id., p. 349).

<sup>656</sup> Ibidem, p. 347. O autor reconhece que, sociologicamente, os crimes cometidos nestes ambientes já estão autonomizados, com a existência de Delegacias especializadas na matéria, e a preocupação cada vez mais constante das autoridades internacionais pelas conseqüências dos atos ilícitos cometidos nas redes ou através das redes de computadores (Ib.). Martins utiliza ainda outras expressões, como ‘*computer-related crime*’, e ‘*criminal information law*’. (MARTINS, A. G. Lourenço. Criminalidade informática. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2003, Vol. IV, p. 10). As expressões que decorrem daquelas conhecidas no mundo da tecnologia digital realmente bem demonstram um amplo leque de novas delas, como se vê em Goyanes, que utiliza ‘cibergrilagem’ e com ela ‘cibergrileiro’ para definir ato e autor daquilo que na língua inglesa seria ‘*cybersquatting*’, ou seja, o registro de nomes de domínio que constituem reprodução de marcas famosas de terceiros, com a finalidade de futura negociação. (GOYANES, Marcelo Martins de Andrade. Tutela jurídica em face do cibergrileiro. In: ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira (Coord.). *O Direito e a Internet*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 141-55).

<sup>657</sup> MARTINS, A. G. Lourenço. Criminalidade... *Op. cit.*, p. 12.



universitária ou técnica, que agem por ganhos financeiros ou motivados por razões de vingança, mormente contra ex-empregadores.<sup>658</sup>

Existem crimes nos quais pouco importa se cometidos ou não por via informática, pois não se distinguem do mesmo tipo de crime praticado por outros meios, como se pode exemplificar com o abuso de liberdade de imprensa cometido num jornal *on-line* ou com injúrias e ameaças remetidas por correio eletrônico. Diferentes destes há outros crimes que têm sua especialidade no ambiente onde são praticados. São específicos do ambiente informático e somente poderiam ocorrer naquele espaço, como os crimes de burla informática ou de devassa por meio da informática. Existe, ainda, neste aspecto, uma terceira possibilidade de crimes característicos destes ambientes, que são aqueles praticados contra computadores ou sistemas de computação, que bem poderiam ser chamados crimes informáticos propriamente ditos. Entre eles, o dano informático ou acesso ilegítimo, e ainda a sabotagem informática.<sup>659</sup>

Há ainda outro problema concernente a duas posições que sempre são vistas quando se discute esta matéria, e que de certa forma guarda relação com a idéia central desta tese. Trata-se do dilema de como conciliar e equilibrar a liberdade de informação, conhecimento e de expressão, que são valores muito significativos na idéia geral da Sociedade da Informação, com a utilização tantas vezes perversa e mal-intencionada das possibilidades tecnológicas que se vê. Há, neste confronto, de um lado a posição de Estados e de outras instituições públicas internacionais que pretendem regulamentar o ciberespaço, e de outro, livres pensadores e defensores dos Direitos Humanos que laboram com a idéia da não-regulamentação.<sup>660</sup>

De qualquer sorte, dá para circunscrever estes crimes àqueles: 1. que têm o computador, em sentido amplo, como objeto, ou seja, não somente o computador como portador de um vasto conjunto de informação como dos utensílios indispensáveis ao seu

---

<sup>658</sup> MARTINS, A. G. Lourenço. Criminalidade... *Op. cit.*, p. 13.

<sup>659</sup> VERDELHO, Pedro. Cibercrime... *Op. cit.*, p. 348. A acentuada utilização do meio digital, inclusive em atividades empresariais e de prestação de serviços, certamente amplia a importância desta discussão e, na realidade fáctica, demonstra a premência de regras específicas. Veja-se, por exemplo, que a cada mês os bancos virtuais aumentam à sua clientela mais de um milhão de clientes, na Europa. Não se trata de acesso a dados bancários por meio da Internet, mas de instituições bancárias que não têm localização físico-geográfica em nenhum local, mas apenas na Internet. Por isso, estimava-se que até o corrente ano metade dos europeus teria uma conta em banco virtual. (*Id.*, p. 347).

<sup>660</sup> *Ibidem*, p. 347.

tratamento; 2. que utilizam o computador como instrumento específico para a prática de crimes; 3. em que o computador, ainda sendo instrumento, é usado para a violação de direitos da personalidade.<sup>661</sup>

Os tipos de ações que podem ser consideradas crime dependendo das previsões próprias em cada ordenamento jurídico são dos mais variados, indo desde os tão comuns “vírus” até outros mais complexos.<sup>662</sup>

Voltando à análise construída a partir da realidade verificada em Portugal, há uma classificação que lá parece se solidificar, a partir de três grupos básicos distintos daquilo que se convencionou denominar cibercrime. No primeiro grupo estão incluídos aqueles crimes que, tal como resultam das previsões legislativas próprias, só podem ser praticados usando-se meios informáticos. No entanto, sustenta-se que não há distinção significativa destes com aqueles semelhantes, porém praticados por outros meios, negando-se, assim, em parte, autonomia a esta área. Entre eles, na realidade do país-mãe, os crimes de devassa por meio da informática, burla informática, burla nas comunicações e abuso de cartão de garantia ou de crédito.<sup>663</sup> O segundo tipo é correspondente a uma categoria tradicional de cibercrimes, embora existam vozes discordantes sobre sua autonomia.<sup>664</sup> Trata-se de crimes atinentes à proteção de dados pessoais, nos quais os bens jurídicos genericamente tutelados são a transparência no uso da informática, a reserva da vida privada e familiar e o respeito pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão. Em Portugal, entre eles, os crimes de não-cumprimento de obrigações, de acesso indevido aos dados, de viciação ou destruição de dados pessoais, de desobediência e de violação do dever de sigilo.<sup>665</sup> No terceiro grupo estão incluídos aqueles que são considerados os clássicos crimes informáticos, nomeadamente os previstos em lei própria, em Portugal a da Criminalidade Informática, de nº 109, de 17 de agosto de 1991. Nela há previsões de tipos penais como

---

<sup>661</sup> MARTINS, A. G. Lourenço. *Criminalidade... Op. cit.*, p. 10.

<sup>662</sup> Definidos como “conjunto de instruções que se podem reproduzir rapidamente e levam à inutilização de dados, ficheiros e programas, ou mesmo à paralisação de um sistema informático”, via de regra a partir de três elementos básicos, um motor de reprodução, um “gatilho” para arranque (na maioria das vezes a partir da definição de determinada data pelo relógio interno da máquina), e um ataque final. (MARTINS, A. G. Lourenço. *Criminalidade... Op. cit.*, p. 14). Importante anotar, pelo elevado número, dado que acrescenta à discussão Verdelho, que em 2001 foram criados e difundidos em torno de 11.000 novos vírus, até então desconhecidos. (VERDELHO, Pedro. *Cibercrime... Op. cit.*, p. 352).

<sup>663</sup> VERDELHO, Pedro. *Cibercrime... Op. cit.*, p. 356 e 357-63.

<sup>664</sup> Como Ascensão, que sustenta ser indiferente se este tipo de crime é praticado ou não pela via informática, negando assim sua autonomização. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet... Op. cit.*, p. 258-60).

<sup>665</sup> VERDELHO, Pedro. *Cibercrime... Op. cit.*, p. 356 e 363-4.

falsidade informática, dano relativo a dados ou programas informáticos, sabotagem informática, acesso ilegítimo, interceptação ilegítima e a reprodução ilegítima de programa protegido. Têm como elemento comum as circunstâncias de a tentativa ser sempre punível, de serem passíveis de autoria por pessoas jurídicas<sup>666</sup> e da atuação punível não ser unicamente para a obtenção de vantagem patrimonial.<sup>667</sup>

Fora desta classificação ficariam ainda algumas matérias normalmente identificadas pela população como pertencentes ao cibercrime, atinentes a conteúdos informacionais, mormente à difusão de pornografia infantil, apologia do racismo e da xenofobia e a violação, em suas diversas formas, do direito de autor sobre criações disponíveis em suporte digital ou sobre programas informáticos. A primeira matéria tem a ver com aspectos que são atinentes aos Direitos Humanos, com interligação com outras áreas, o que se vê tanto na esfera interna como na externa.<sup>668</sup> No segundo, embora possa parecer ter relação com tutela penal de Direito Autoral em sentido amplo, trata-se de proteção adstrita a programas de computador, ficando de fora, em Portugal, das estritas fronteiras do cibercrime as questões suscitadas pelas novas realidades digitais, como, exemplificadamente, se existe ou não direito de autor sob uma página eletrônica ou sobre um *hyperlink* ou, ainda, sobre como tratar, na óptica do Direito Autoral, uma listagem de *lincks* elaborada de forma automatizada por um motor de busca quando é elaborada uma pesquisa, além da regulamentação jurídica, na esfera penal, das bases de dados.<sup>669</sup>

---

<sup>666</sup> Em Portugal há previsão legal de responsabilização criminal de pessoas jurídicas (lá, coletivas). Embora todas as posições, dúvidas e argumentos contrários, como se esta possibilidade não seria utilizada somente como alternativa, na prática, à perseguição penal dos autores materiais de crimes informáticos, mormente na Internet (é mais fácil de descobrir o *cyber-café* de onde partiu ao acesso ilegítimo do que saber quem estava por detrás do terminal...), naquele país este tipo de responsabilização surge como um instrumento de combate à chamada criminalidade de empresa (*Unternehmenskriminalität*, ou, em língua inglesa, *corporate crime*), consistente na categoria criminológica definida como conjunto de crimes económicos que dimanam da própria empresa para o exterior. (MENDES, Paulo de Sousa. A responsabilidade de pessoas colectivas no âmbito da criminalidade informática em Portugal. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2003, v. IV, p. 391 e 402-3). José de Oliveira Ascensão considera que a culpa (penal) das pessoas coletivas é uma monstruosidade... (Aula sobre *Direito Penal Industrial*, no Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 02 de fevereiro de 2006, assistida pelo autor desta investigação).

<sup>667</sup> VERDELHO, Pedro. Cibercrime... *Op. cit.*, p. 356 e 364-8.

<sup>668</sup> Em questões deste cariz, como no combate à exploração sexual de crianças e ao tráfico de seres humanos, a União Européia tem adotado linha de aproximação de leis e sanções, no intuito de melhorar as investigações criminais, conforme MARTINS, A. G. Lourenço. Criminalidade... *Op. cit.*, p. 41.

<sup>669</sup> VERDELHO, Pedro. Cibercrime... *Op. cit.*, p. 356 e 368-70.

Outra constatação interessante em torno do tema, que embora também se visualize em outros tipos penais, são as estatísticas pouco confiáveis, pois muitas vezes são ocultadas as ocorrências em decurso da publicidade negativa que possam causar às vítimas, se inferindo que, especialmente as fraudes informáticas comunicadas aos órgãos de repressão, estejam no patamar entre 5 e 10% das efetivamente ocorridas.<sup>670</sup> Mesmo que as estatísticas não sejam nem estimativas rigorosas para as denominadas “cifras negras” no cibercrime, nelas incluídos os crimes que nunca chegam ao conhecimento das autoridades competentes, supõe-se que sejam uma grande fatia no conjunto global dos crimes ocultos.<sup>671</sup>

Analisando a matéria a partir da realidade verificada em Portugal, como já enfatizado em nota, Ascensão faz críticas pontuais em torno da criminalização de algumas situações atinentes ao Direito Autoral da Sociedade da Informação. Uma das constatações que critica é a do excesso penal, alegadamente para tutela da vida privada. Para o pensador lusitano, instalou-se uma espécie de histeria, provavelmente de origem demagógica, na proteção dos dados pessoais. Com a multiplicação e o excesso de proibições, há particularmente um recurso desproporcionado ao Direito Penal.<sup>672</sup> Neste aspecto, muitas vezes fica a nítida impressão de que poderosos interesses empresariais em jogo utilizam o Direito Penal como meio de pressão econômica.<sup>673</sup> Neste particular, “o paradoxo é tal que há pouco observávamos que em Portugal a entrada não-autorizada em sítio alheio na Internet recebia penalidade mais alta que a entrada com violência em habitação alheia”.<sup>674</sup>

---

<sup>670</sup> MARTINS, A. G. Lourenço. Criminalidade... *Op. cit.*, p. 12.

<sup>671</sup> VERDELHO, Pedro. Cibercrime... *Op. cit.*, p. 351.

<sup>672</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet...* *Op. cit.*, p. 262-3. Permeia o texto refletido, além da análise pontual das possibilidades de crimes deste tipo, uma crítica forte ao excesso de utilização do Direito Penal como pretensa proteção de outros direitos, mas que se vincula, em última razão, a interesses empresariais, como já se salientou neste ponto e se voltará a enfatizar. De mesmo modo, uma irresignação com o servilismo de Portugal em legiferação, adotando, na íntegra, textos internacionais, alguns ainda em fase de projeto que, quando alterados, somente o foram para agravar a solução penalmente proposta. Veja-se: “O panorama resultante desta análise deixa-nos perplexo. A lei portuguesa tomou posição sobre a criminalidade informática com particular violência, quando sequer os programas de computador eram objeto de proteção legal. Baseou-se em trabalhos preparatórios de convenções internacionais que não correspondem a textos que tivessem ficado em vigor. Precipitou-se perante uma realidade desconhecida, para servir interesses de empresas estrangeiras” (Id., p. 281).

<sup>673</sup> “Há que se afastar a suspeita de que o recurso ao Direito Penal esconde muitas vezes a prossecução de interesses econômicos privados. A violência penal desproporcionada faz perder ao sistema a sua base ética. Passa a ter como único suporte o medo da polícia”. (Ib., p. 282).

<sup>674</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Intelectual em metamorfose. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo: ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 18, fev. 2006.

No entanto, como já se referiu aqui, não é nova a tática de radicalização do uso ao Direito Penal como instrumento coibitório de utilização de obras intelectuais.<sup>675</sup>

No Brasil também tem sido assim. Veja-se que na violação do Direito Autoral, em sede de Direito Penal, o Poder Público atua mediante provocação da parte prejudicada. No entanto, no caso dos programas de computador, a lei brasileira estabelece algo draconiano, editando que a autoridade – policial, na maioria dos casos – pode agir independente de qualquer denúncia, nos termos do inciso II do parágrafo 3º do artigo 12 da Lei de Software, “quando em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária na prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo”.<sup>676</sup>

Alteração no sistema penal pátrio atinente à tutela dos Direitos Intelectuais escancara esta realidade. A Lei nº 10.695, de 1º de julho de 2003, que modificou o artigo 184 do Código Penal, foi editada para criminalizar não somente os casos de violação ao Direito de Autor, como no sistema até então vigente, mas agora igualmente as violações aos Direitos Conexos, de produtores, intérpretes e executantes. Além de várias incongruências, a Lei em comento pode ser utilizada até para troca de arquivos, já que o parágrafo 4º do artigo 184 do Código Penal prevê que não se aplica o regime penal agravado instituído nos parágrafos anteriores quando se tratar de “cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto”, surgindo vários questionamentos, como se a mera troca de arquivos através da Internet configuraria ou não fim de lucro, mesmo que não origine nenhum ganho financeiro.<sup>677</sup>

---

<sup>675</sup> Como, exemplificadamente, além das ações contra milhares de utilizadores, na Espanha, em que Ascensão noticia processos judiciais contra 95.000 pessoas por terem feito descargas (*downloads*) a partir da internet, e que afirma abominar a idéia do Direito Autoral como ramo “repressivo” do Direito (ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social... *Op. cit.*, p. 88). Iniciativas nos Estados Unidos da *Rording Industry Association of America – RIAA*, que distribuiu processos simultâneos contra mais de 261 norte-americanos em razão de terem realizado trocas de música sem permissão, utilizando a Internet. Afora a grande repercussão aberta ao mesmo tempo, muito mais em uma ação de *marketing*, o que mais chamou atenção na ação dispendida pela empresa, que alegou ter selecionado apenas poucos usuários com grande volume de troca de arquivos, foi o fato de entre os demandados se encontrar uma menina de 12 anos de idade, o que causou efeitos profundamente negativos na opinião pública. (MONIZ, Pedro de Paranaguá; CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e...* *Op. cit.*, p. 67).

<sup>676</sup> CABRAL, Plínio. A servidão intelectual. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo: ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 221, fev. 2006.

<sup>677</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 160-2.

Assim, o que se vê também no Brasil, e que parece ser uma constante em outros países, é um alargamento dos limites do Direito Penal, fazendo com que cada vez mais atividades toleradas socialmente acabem sendo configuradas formalmente como crime, muitas vezes até por pressão da mídia, levando à denominada “inflação legislativa”.<sup>678</sup> Na outra ponta estão os defensores de uma visão menos severa, falando a favor da solução de alguns destes atos. Chega-se à conclusão de que se trata de ilícito; em sendo, fica restrito à esfera dos ilícitos civis, já que a legislação brasileira também se insere, neste particular, entre as mais severas do mundo na tutela penal dos Direitos Intelectuais, ocasionando conseqüências políticas e econômicas, além de um fator que prejudica a inovação e o acesso legítimo à informação.<sup>679</sup>

O mais inusitado, se radicalizada esta prática, o que muitas vezes propõem alguns dos representantes da visão clássica tanto do Direito Autoral como do Direito Penal, é que seriam necessárias centenas de milhares de ações no mundo inteiro, contra milhões de pessoas, sob regras distintas de proteção dos direitos em discussão, sob idiomas e culturas pouco assemelhados aos dos países produtores de tais bens, com enormes possibilidades de não se encontrar os infratores. Além da possibilidade de não-êxito das ações intentadas, pois no mérito a grande maioria dos usuários não utiliza pouco mais do que alguns arquivos, descaracterizando assim a atitude ilícita com amparo no princípio da bagatela.<sup>680</sup>

Por fim, fugindo um pouco da discussão em torno do Direito Penal interno, a matéria, dada sua complexidade e muitas vezes até diante das inúmeras conseqüências que as ações em comento produzem no âmbito econômico e social, passou a ser tratada, como antes se salientou, no Direito Internacional Público.<sup>681</sup> Surgiram importantes regulações desta natureza, como a Convenção do Conselho da Europa sobre a Cibercriminalidade, publicada em Budapeste em 23 de novembro de 2001, com enfoque no combate à criminalidade organizada que se serve das novas tecnologias, ainda no combate a atentados à confiabilidade, integridade e disponibilidade dos sistemas informáticos, de redes e dos dados, bem como ao uso fraudulento destes sistemas, dedicando ainda especial atenção

---

<sup>678</sup> Como alerta DAOUN, Alexandre Jean. Crimes informáticos. In: BLUM, Renato Opice (Coord.). *Direito Eletrônico: a Internet e os Tribunais*. Bauru: Edipro, 2001, p. 214.

<sup>679</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito,...* *Op. cit.*, p. 162-5.

<sup>680</sup> MONIZ, Pedro de Paranaçu; CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e...* *Op. cit.*, p. 67.

<sup>681</sup> Diante da extrema complexidade dos crimes que assolam a rede, e, por motivos óbvios, oriundos da própria técnica, eles superam de algum modo até a territorialidade, e com ela a idéia de soberania estatal, pois um crime pode ser praticado em um país a partir de outro. (SILVA, Mauro Marcelo de Lima e. Não há anonimato na rede. Mas o crime avança. In: KAMINSKI, Omar (Org.). *Internet Legal... Op. cit.*, p. 34).

à pornografia infantil.<sup>682</sup> Mesmo tendo surgido a partir de iniciativa dos países do Conselho da Europa, teve a participação, em sua elaboração, de outros importantes países, como Estados Unidos, Canadá, Japão e África do Sul, o que bem ilustra sua vocação universal, pretendendo-se que venha a ser adotada pela maioria dos países do globo.<sup>683</sup>

Ainda, há aqueles que sustentam a necessária interconexão de todas estas questões com as previsões penais que tratam do chamado “crime organizado”. Como Martins, que assevera a necessidade de articulação da Convenção Européia sobre a Cibercriminalidade com a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000. Esta Convenção tem instrumentos de combate a grupos organizados de criminosos que visam obter vantagens financeiras ou outros tipos de vantagens materiais, como “lavagem de dinheiro e entrave à realização da justiça”.<sup>684</sup>

Feitas as observações em torno da contextualização da Sociedade da Informação em sentido amplo, ainda demonstrando alguns de seus principais aspectos e interligando-os, quando possível, ao Direito Autoral, parte-se agora para uma análise mais específica, a começar por algumas vinculações da Sociedade da Informação com as limitações ao Direito Autoral, que já foram abordadas aqui em sentido amplo em capítulo pretérito.

#### 4.9 AS PRINCIPAIS CONSEQÜÊNCIAS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO NAS LIMITAÇÕES AO DIREITO AUTORAL

Como antes se laborou no Capítulo 1, a superação, ou ao menos o abrandamento da outrora propalada dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado parece ser outra constatação que encontra sólida base doutrinária na atualidade. Hoje, não há quem discorde que uma análise estanque de direitos e institutos, como se estivessem hermeticamente

<sup>682</sup> MARTINS, A. G. Lourenço. Criminalidade... *Op. cit.*, p. 38-9.

<sup>683</sup> VERDELHO, Pedro. Cibercrime... *Op. cit.*, p. 347.

<sup>684</sup> MARTINS, A. G. Lourenço. Criminalidade... *Op. cit.*, p. 40. Anteriormente, o autor destaca uma tendência, entre alguns autores, de aproximação e até de classificação da criminalidade informática dentro da designação do “*white collar crime*”, também conhecida como criminalidade do “colarinho branco” ou dos “engravatados”, que tem como característica específica não o uso de violência, mas a dissimulação objetivando a obtenção de vantagens patrimoniais ou ocultação de perdas, aproveitando-se seus agentes de posição e conhecimentos próprios de uma profissão de nível técnico ou executivo elevado. (Id., p. 12-3). O mesmo faz Rodríguez, enfatizando que “estos delitos se han calificado de ‘cuello blanco’, porque el sujeto que comete el delito es una persona de cierto status socioeconómico”. (RODRÍGUEZ, María José Viega. Un nuevo desafío jurídico: los delitos informáticos. *In: Derecho Informático*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2001, t. I, p. 188).

isolados do restante do ordenamento, mormente do Direito Constitucional, público por excelência, não mais pode prosperar.

A Sociedade da Informação, como se viu até aqui, altera de modo significativo a realidade em torno do Direito Autoral visto em sentido amplo.<sup>685</sup> Em sentido mais estrito, na órbita das limitações, também há necessidade de melhorias a enfrentar, pois ampliam-se as possibilidades de conflitos entre os interesses do autor e dos utilizadores das obras.<sup>686</sup> Se as limitações já podiam ser consideradas insuficientes no padrão antigo de suportes materiais das obras, quem dirá agora, no modelo onde livros, filmes, videoclipes, textos dispersos, fotografias e ilustrações cabem tão bem no figurino digital como cabiam outrora na mídia gráfica, eletrônica ou magnética, com previsões de alguns especialistas de que num futuro próximo não se terá mais livros, CDs ou DVDs, estando tudo disponibilizado na rede.<sup>687</sup> Neste contexto, a necessidade de ampliar-se uma visão que aparece equivocada na doutrina autoralista tradicional, de que as limitações aos Direitos Autorais, na forma como estão reguladas no ordenamento positivado e ainda como as escolas clássicas as interpretam, seriam suficientes para o enfrentamento da nova realidade que é trazida pela Sociedade da Informação.<sup>688</sup> Ou seja, não é suficiente uma visão do Direito Autoral “interna” ou somente “por dentro”, como se vê entre os autoralistas clássicos.<sup>689</sup>

---

<sup>685</sup> Com duas evoluções muito significativas no panorama jurídico, como faz ver Ascensão: 1) Assimilação dos direitos conexos ao direito de autor, que é um objetivo conscientemente prosseguido a nível internacional, cada novo instrumento internacional avança mais nesta direção, e “chegamos assim à situação paradoxal de a tutela acrescida ser sempre justificada pela dignidade da criação intelectual e afinal aplicar-se igualmente a puras atividades empresariais, como a dos produtores de fonogramas”; 2) reversão do Direito de Autoral para empresas, e, mais ainda, a tão desejada tutela do autor reverte para as empresas, pois os contratos de utilização acarretam, “quase como fatalidade, a transmissão para a empresa dos direitos do autor, que é quem lucra afinal com eles”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Sociedade da Informação*. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 1999, v. I, p. 167).

<sup>686</sup> “Acontece, porém, que neste como noutros direitos exclusivos a tendência dos titulares de direitos é a de aceitarem uma limitação deles tão reduzida quanto possível. Pelo contrário, os utilizadores das obras e prestações pretendem um âmbito de liberdade de acção necessariamente amplo, no que são acompanhados pelo público em geral – interessado num acesso fácil e económico aos conteúdos culturais que promovam a sua formação e distracção”. (CORDEIRO, Pedro. *Limitações e Excepções... Op. cit.*, p. 211).

<sup>687</sup> Como alerta ABRÃO, Eliane Yachouh. Considerações em torno do Direito Autoral no mundo digital. In VALLE, Regina Ribeiro do (Org.). *E-Dicas: o Direito na Sociedade da Informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 89.

<sup>688</sup> Como se vê em Schack: “Döch wäre es kurzichtig und werfehlt, wollte man im Namem des Verbraucherschutzes das Ziel einer kostenlosen Nutzung fremder Werke verfolgen. Denn bei denn heute erreichten Stand der Vervielfältigungstechnik könnte der Verbraucher allzu leicht durch massenhafte und qualitativ hochwertige Kopien den regulären Markt für Vervielfältigungsstücke empfindlich stören. Deshalb liegt es ebenso im Amortisationsinteresse der verwerter wie dem Entlohnungsinteresse des Urhebers, dass auch private Vervielfältigungen nicht immer zustimmungsfrei und erst recht nicht vergütungsfrei vorgenommen werden dürfen. Der Gesetzgeber hat auf diesen Interessenkonflikt mit einem ausgeklügelten System von gesetzlichen Vergütungsansprüchen und Schranken des Urheberrechts reagiert”. Tradução livre: “Mas seria de curta visão e incoerente se, em nome da proteção do consumidor, fosse perseguida a meta de um uso gratuito de obras de terceiros, pois, com o atual nível de tecnologia de



Esta constatação se mostra tão clarividente ao se notar que surgiram nos últimos tempos inúmeras contribuições teóricas tendo como tema ou título “Função Social do Direito Autoral”, em muitas das quais, mais como um “clichê”, sem maior aprofundamento.<sup>690</sup> Outras até com boa base teórica e em linha crítica, mas sempre e de qualquer sorte mantendo-se em uma visão “interna” das possibilidades de utilização afirmativa desta função social, como se vê em Souza, que sintetiza esta possibilidade em quatro momentos básicos, no *creative commons*, na possibilidade de desapropriação de obras pelo Poder Executivo, naquilo a que denomina conformação das leis, pelo Poder Legislativo, e finalmente na interpretação do Direito.<sup>691</sup>

A primeira, no uso público e livre, que tem no *creative commons* sua principal realidade, será brevemente enfocada na seqüência. De qualquer sorte, o autor em comento vê na disponibilização que faz o autor, mesmo que parcial, de suas obras, que se visualiza claramente a função social dos Direitos Autorais, reconhecendo assim o titular a expressão dos direitos da coletividade sobre sua obra, ao permitir sua efetivação imediata e possibilitar a satisfação destes pela sociedade.<sup>692</sup>

A segunda possibilidade sustentada é certamente a mais ortodoxa de todas. Embora não se negue, juridicamente, a possibilidade de o Estado desapropriar obras autorais sempre que esteja em jogo o conflito de interesses públicos e particulares, sobrepondo-se o

---

reprodução, o consumidor poderia prejudicar seriamente o mercado de exemplares, fazendo cópias em massa e de boa qualidade. Por isso, tanto no interesse da amortização dos exploradores como no interesse da remuneração do autor, também reproduções privadas nem sempre devem ser feitas sem autorização, e muito menos sem remuneração. O legislador reagiu a esse conflito de interesses com um sistema bem pensado de direitos legais de remuneração e limitações do direito autoral”. (SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 8).

<sup>689</sup> Convém citar a anotação de Silveira, do desaparecimento dos autoralistas clássicos, que fizeram escola e deixaram “a semente que vem germinando nas novas gerações”. Entre eles, refere-se a Antonio Chaves, Walter Moraes, Carlos Alberto Bittar, Hermano Duval, Henry Jessen, Bruno Hammes e Eduardo Vieira Manso. Na seqüência acentua que, à exceção de Hermano Duval e Eduardo Vieira Manso, os demais defendiam “uma posição mais exacerbada do direito autoral”, assim não comportando outras exceções que não aquelas previstas em lei. (SILVEIRA, Newton. Prefácio. In: SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos Direitos Autorais*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 5).

<sup>690</sup> Oportunos os questionamentos de Aronne: “Não basta dizer que a propriedade resulta relativa como decorrência do princípio da função social. Está correto, porém é, no mínimo, ingênuo afirmar isto sem maior amparo teórico. É relativa em qual medida? Constitui uma obrigação? Qual o conteúdo da função social? É estanque ou variável? Merece destaque o fato de que a jurisprudência alemã, debruçada sobre o BGB, levou cinquenta anos para obter da doutrina uma formulação passível de dar aplicação ao princípio da boa-fé objetiva. A sociedade brasileira pretende repetir a experiência teutônica?” (ARONNE, Ricardo. Propriedade Intelectual e direitos reais: um primeiro retomar da obriedade. In: \_\_\_\_\_. *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 114).

<sup>691</sup> SOUZA, Allan Rocha de. Efetivação da função social. In: \_\_\_\_\_. *A função social... Op. cit.*, p. 294-309.

<sup>692</sup> Idem, p. 295.

primeiro, como bem acentua Souza, seria no mínimo estranho que o Poder Público adotasse esta medida em grande escala, o que pareceria antidemocrático, não esquecendo nunca que a arte deve ser o mais democrática, democratizada e democratizadora possível, e ainda que as obras geralmente estariam acessíveis por outros meios e outras formas, mormente por uma vinculação maior à Constituição e aos princípios de Direito, e pela ampliação interpretativa de suas limitações, como aqui se discute e se propõe. Claro, como no Direito sempre deve preponderar a análise do caso concreto, não há como negar esta possibilidade, porém em momentos restritos, como para a proteção do patrimônio artístico e cultural, como bem faz o pensador referido,<sup>693</sup> tema ao qual se retornará no próximo capítulo. Porém, há que se destacar que uma coisa é desapropriar obra de suporte material único, como uma tela, por exemplo, e outra uma obra literária, com milhares de exemplares potenciais, sempre se enfatizando que eventual desapropriação evidentemente se daria na esfera dos direitos patrimoniais do autor.

A terceira possibilidade que é defendida desta feita fica vinculada às necessárias providências legislativas que entende o autor devam ser tomadas como medidas ensejadoras do esclarecimento e reconhecimento expresso dos contornos da função social dos direitos autorais, o que se daria, em sua opinião, com a adoção das seguintes soluções:

- a) inclusão do direito de empréstimo para as bibliotecas, sem necessidade de autorização prévia ou remuneração;
- b) autorização para arquivamento digital ou por qualquer outro meio, por instituições de arquivamento, ou por particulares de obra legitimamente adquirida, sem necessidade de autorização prévia ou remuneração;
- c) retirada da frase ‘desde que feita por este’ do artigo 46, inciso II, da Lei de Direitos Autorais em vigor;
- d) extensão do previsto no artigo 46, inciso VI da Lei de Direitos Autorais em vigor, para todas as obras autorais, e também a substituição do termo ‘recesso familiar’ por ‘espaço privado’, acrescentado de sua definição;
- e) permissão para utilização de todo material autoral para instrução em instituições de ensino e pesquisa;
- f) autorização para reprodução de material acadêmico para estudantes e pesquisadores;
- g) inclusão no artigo 46, inciso I, da Lei de Direitos Autorais em vigor, de alínea autorizando a reprodução livre, sem fins lucrativos, de material indisponível, por qualquer razão;
- h) esclarecimento da aplicabilidade do artigo 4º da Lei de Direitos Autorais em vigor, limitando-o às relações privadas.<sup>694</sup>

---

<sup>693</sup> SOUZA, Allan Rocha de. Efetivação da... *Op. cit.*, p. 304.

<sup>694</sup> *Idem*, p. 307.

Mesmo que não se possa negar o indiscutível mérito de várias destas proposições, é preciso não ficar adstrito a uma idéia romântica de que as modificações que todos sabem devam ser efetivadas possam se dar somente a partir de adoção de alterações legislativas. A História e as correntes críticas do Direito, entre elas a Escola que se consagrou na Unisinos a partir da implantação do Mestrado em Direito em 1997, já comprovaram a ineficácia, e antes disso a inoportunidade que muitas vezes revela falta de aprofundamento dos problemas, que mostram soluções vendidas como pontuais, de reforma da legislação, quando todos sabem que os problemas cada vez mais complexos, quem dirá o das criações intelectuais na Sociedade da Informação, vão muito além. Apenas e tão-somente a título ilustrativo, as recentes “rebeliões” promovidas na primeira quinzena de maio de 2006 pelo chamado “crime organizado” em São Paulo logo trouxeram à tona dezenas de propostas de alterações legislativas, geralmente de radicalização das penas, como se o problema estivesse realmente aí.

Por fim, aquela que parece ser a mais adequada das quatro possibilidades de concretização da função social dos Direitos Autorais, que se dá, na análise que faz o autor enfatizado, no processo de interpretação do Direito. A grande forma de concretização dos direitos e do Direito configura-se, como sabido, pelo processo hermenêutico, como se destacou ilustrativamente em rápido ponto no capítulo 1 desta investigação.<sup>695</sup> Prova disso é que, apesar de ser o espaço de menor extensão, demonstra ser aquele onde o autor melhor laborou, como ao propor que as normas de Direito Autoral devem receber uma interpretação de acordo com os princípios constitucionais, ou ainda na original sustentação de que a interpretação restritiva dos negócios jurídicos atinentes aos Direitos Autorais, que denomina viés *pro autorem*,<sup>696</sup> deva ficar adstrita aos negócios jurídicos realizados inter-privatos, devendo ser afastada por inadequação quando não contiverem conteúdo exclusivamente privado, o que ocorre, no ver de Souza, naqueles conflitos entre interesses da coletividade e os individuais dos autores ou das empresas. Ainda, acerta mais uma vez ao concluir que outro critério relevante está relacionado ao caráter das normas limitativas dos Direitos Autorais, adotando-se a corrente mais vanguardista, de interpretação extensiva, como aqui de igual forma se propõe, não obstante na densa obra em destaque se

---

<sup>695</sup> E onde, como se viu lá e é notório no Brasil e além fronteiras, se destaca o trabalho sempre enfatizado da Escola Crítica de Direito construída na Unisinos, com suporte na vasta produção e sob a liderança de Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck.

<sup>696</sup> Que bem poderia ser denominado “*in dubio, pro autorem*”, nota do autor desta investigação.

realce esta possibilidade “enquanto não estiverem comportados em normas claras todos, sem exceção alguma, os direitos da coletividade, o que ainda não é o caso”.<sup>697</sup>

Em outro ensaio, o mesmo autor, com idêntico título, sustenta ainda os princípios que pensa devam guiar a configuração desta função social dos direitos autorais, quais sejam:

a) as atividades permitidas não podem ter fins lucrativos, deixando claro que fins lucrativos não incluem a mensalidade escolar regular;

b) as finalidades dos usos devem ser instrucionais, culturais ou informativas; os usos livres não podem prejudicar injustificadamente a exploração comercial da obra; os direitos morais devem ser respeitados, pois as limitações aplicam-se apenas aos direitos patrimoniais.<sup>698</sup>

Outro que enfrenta o tema, em ponto que intitula “A caça às exceções”, é Ascensão. Parte da idéia de que a defesa da cultura se faz com a liberdade e não com a proibição, afirmação que poderia soar desnecessária, mas não é, pois na atualidade, quando se fala em cultura, muitas vezes se o faz apenas como pretexto para novas imposições a título de Direito Autoral.<sup>699</sup> Mas os direitos intelectuais representam direitos exclusivos, e, assim, são restrições ao espaço de liberdade. Uma de suas maiores justificações, como aqui se sustentou em ponto próprio, está no estímulo e recompensa pela criação que o autor realizou, e por isso então devem ser tão breves quanto possível, para que possa chegar ao ideal que é a liberdade do diálogo cultural. Sem falar no forte ingrediente de interesse público que há no Direito Autoral, o que leva a idéia de que seu exercício deve se dar de modo a causar o menor prejuízo possível de outras finalidades, mormente aquelas de ordem cultural.

Como historicamente em todas as áreas não há nenhum direito absoluto, e no Direito Autoral também assim deve ser levado em conta, a conciliação desses vários interesses se dá pela construção dos limites ou restrições ao Direito Autoral, como aqui se viu em capítulo próprio. Ascensão, neste aspecto, sustenta que “se fala impropriamente de exceções, sem motivo: porque tão normal é o conteúdo positivo do direito de autor como o negativo”.<sup>700</sup>

<sup>697</sup> SOUZA, Allan Rocha de. *A função social...* *Op. cit.*, p. 308-9.

<sup>698</sup> Idem. A função social dos direitos autorais. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo: ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 168, fev. 2006.

<sup>699</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet...* *Op. cit.*, p. 135.

<sup>700</sup> Idem, *ibidem*.

A realidade que se vê, então, é uma tentativa de diminuição do raio de incidência das limitações, pois “toda a restrição é perseguida, invocando-se a qualificação do direito de autor como propriedade – quando, mesmo que a qualificação fosse verdadeira, nem por isso a ‘propriedade’ deixaria de estar submetida às exigências da função social”.<sup>701</sup>

Infelizmente, é esta a realidade que também se vislumbra no prisma economicista que caracteriza a Comunidade Européia, onde em seus documentos oficiais se evidencia um combate cada vez mais intenso às restrições, o que se viu antes inclusive na Diretriz sobre a Sociedade da Informação, que consagra uma tipificação taxativa das restrições admissíveis.<sup>702</sup>

A própria evolução pontual que poderia ser aplicada ao tema, em decorrência da evolução tecnológica, se mostra fragmentada, o que é visível na possibilidade de utilização da Internet para fins de ensino e pesquisa, onde se vai desde o sistema do Reino Unido, em que os limites são escassos mas a compensação é reduzida, até sistemas como o alemão, que vão mais longe, embora generalizam a compensação.<sup>703</sup>

Em rápida síntese, evocando-se o que sustenta o autor em relevo, só é de se lamentar que assim se proceda, pois as limitações ao Direito Autoral sempre permitiram a constante adaptação deste direito às condições de cada época. Justamente no instante em

---

<sup>701</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet... Op. cit.*, p. 136.

<sup>702</sup> Idem. O autor cita o artigo 5º da então Proposta de Diretriz que, após definir no nº 01, sempre de forma restritiva, as possibilidades de reproduções tecnológicas, fixa taxativamente as ‘exceções’ admissíveis aos direitos de reprodução (nº 02) e de comunicação pública (nº 03), acabando com toda a maleabilidade neste domínio, que sempre existiu sob a égide da Convenção de Berna. E, ainda, no nº 04 estende a todas as restrições a cláusula geral que figurava no artigo 9/2 da Convenção de Berna, limitada ao direito de reprodução. “Neste, não havia lista de restrições admissíveis ao direito de reprodução, mas fixava-se uma cláusula geral que as enquadrava. Agora, para as faculdades fundamentais há lista taxativa de exceções e, além disso, uma cláusula geral limitativa” (Ib., p. 136-7). De fato, estranha-se que no longo arrazoado de 61 itens da motivação da Diretiva em pauta, antes de no item “32” se referir a uma enumeração exaustiva, o item “31”, mesmo partindo da constatação de um necessário “justo equilíbrio” de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como daqueles destas categorias e dos utilizadores do material protegido, propõe que “as exceções ou limitações existentes aos direitos estabelecidas a nível dos Estados-Membros devem ser reapreciadas à luz do novo ambiente electrónico”. (ASCENSÃO, José de Oliveira; CORDEIRO, Pedro. *Código do... Op. cit.*, p. 410-1).

<sup>703</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *A função social do... Op. cit.*, p. 102. O autor enumera as possibilidades de disponibilização pública, desde que na medida em que for justificada pelo fim prosseguido e não se destine a fins comerciais, que se reproduz, pela sua significação: “1. de pequenas partes duma obra, obras de pequena dimensão, bem como artigos isolados de jornais ou revistas para apresentação no ensino em escolas, universidades, estabelecimentos não comerciais de ensino especializado e permanente, bem como para o ensino profissional, exclusivamente para os círculos determinados de alunos; 2. partes duma obra, obras de pequena dimensão, vem como artigos isolados de jornais ou revistas exclusivamente para um círculo determinado de pessoas para a sua própria investigação científica desde que se trate de obras já publicadas”.

que se vêem os mais fantásticos progressos tecnológicos, não são previstas restrições adequadas à evolução tecnológica e também se impede toda a evolução futura. E o Direito Autoral “torna-se rígido, insensível a todo o devir”.<sup>704</sup>

Esta nova realidade justifica plenamente as três indagações básicas de Cordeiro: “Existem limites e exceções aplicáveis no domínio analógico que o sejam também no âmbito digital? Existem limites e exceções tradicionais que não sejam adaptáveis ao numérico? Existem limites e exceções que só façam sentido no mundo digital?”<sup>705</sup> O estudioso responde afirmativamente aos três questionamentos. No atinente ao primeiro, parece claro que há grandes zonas de confluência que possibilitam soluções equivalentes para o analógico e para o digital, aí estando inseridos os limites de interesse público, de caráter pedagógico e humanitário, como “reproduções feitas por bibliotecas ou estabelecimentos de ensino sem fins comerciais, reproduções ou comunicações realizadas em hospitais ou em prisões, as utilizações para fins de processos judiciais ou administrativos, citações para fins de crítica ou análise...” O segundo questionamento de igual forma obtém resposta afirmativa, pois efetivamente há situações onde o que é válido para o analógico efetivamente não pode mais ser transposto para o digital, como nos casos em que as cópias, por sua qualidade ou por sua quantidade, podem pôr em causa a exploração normal da obra, o que leva à conclusão de que a cópia privada digital deve estar sujeita a um regime próprio distinto daquele que tem no âmbito analógico. O terceiro questionamento encontra resposta positiva, pois verdadeiramente há situações que devem ser observadas somente no digital, como aquelas que representam atos tecnicamente diferenciados, mas que não tenham autonomia jurídica, e cujo “exemplo paradigmático é aquilo que temos vindo a chamar de reprodução instrumental, ou seja, aquela que é meramente funcional, v.g., para um visionamento ou audição”.<sup>706</sup>

Fica comprovada, em apertada síntese e como até aqui se estampou, a total transformação do Direito Autoral que se dá a partir do emergir de fenômenos tecnológicos e isso afeta o Direito Autoral no global e suas limitações particularmente. Nelas, se vê

---

<sup>704</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet... Op. cit.*, p. 137. Ainda, com o aspecto que se salienta das ações lobistas em torno da regulamentação do tema: “Estamos assim a viver em pleno regime de harmonização-prisão. Fora de qualquer necessidade de harmonização tendo em vista o mercado interno, o Parlamento Europeu é o espaço em que os *lobbies* andam à solta, procurando arrancar para si pedaços sempre maiores, à custa do interesse público e do espaço de autonomia de cada país” (Id., Ib.).

<sup>705</sup> CORDEIRO, Pedro. *Limitações e exceções... Op. cit.*, p. 217.

<sup>706</sup> Idem.

exposto o potencial conflito entre os interesses dos titulares de direitos e dos utilizadores, pois, se por um lado se pretende incentivar a produção criativa concedendo direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, por outro se pensa em assegurar o acesso do público às obras comprimindo esses direitos.<sup>707</sup> As limitações, então, contribuem para a manutenção do equilíbrio entre o interesse público em recompensar os autores e, desta forma, estimular futuros esforços criativos, e o interesse, de igual modo público, no acesso à informação e à cultura, ao qual se voltará no próximo capítulo. Se mesmo antes do surgimento da tecnologia digital se mostrava árdua a tarefa de harmonizar esta tensão, seu surgimento veio exacerbar as dificuldades de manutenção do propalado equilíbrio, decorrendo problemas para o público e para os autores em geral. Na perspetivação dos autores e publicadores em geral, o problema reside no fato de o tipo de cópia possibilitada pela tecnologia digital implicar restrições anômalas aos direitos dos autores, pois qualquer interessado munido de um computador e de acesso à Internet pode reproduzir, comunicar, adaptar e distribuir obras assim modificadas de forma quase instantânea. Na outra ponta, a expectativa dos utilizadores é outra, pois a vulnerabilidade das obras em formato digital poderá levar à existência de um sistema caracterizado por uma excessiva proteção dos direitos dos autores, e o Livro da União Européia e o Relatório Lehman norte-americano, nos quais é claríssima a acérrima defesa dos interesses dos titulares destes direitos, bem ilustram esta tendência.<sup>708</sup>

O que se vislumbra na atualidade, entretanto, demonstra claramente que “a regra dos três passos deve funcionar como uma espécie de ventilador do ordenamento jurídico, determinando face ao caso concreto – em função dos direitos outorgados e das exceções admitidas – se os limites estabelecidos se coadunam com a lógica do próprio sistema”.<sup>709</sup>

#### 4.10 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E UTILIZAÇÕES ALTERNATIVAS DAS OBRAS

##### 4.10.1 *Software* livre

O denominado “*software* livre” é uma realidade tão complexa que já justificaria uma tese à parte. As observações que aqui serão feitas têm o único condão de contextualizar

---

<sup>707</sup> AKESTER, Patrícia. *O Direito de Autor e...* *Op. cit.*, p. 119.

<sup>708</sup> *Idem*, p. 119-21.

<sup>709</sup> CORDEIRO, Pedro. *Limitações e exceções...* *Op. cit.*, p. 213.

os problemas em torno do acesso às tecnologias e os movimentos “alternativos” que vêm surgindo para o enfrentamento desta realidade.

Se em Santos fica patente que é pela imaginação que os cidadãos são controlados e disciplinados por interesses vários, estatais, mercadológicos e outros dominantes, e também é pela imaginação que os cidadãos desenvolvem sistemas coletivos de dissidência e novos grafismos da vida coletiva,<sup>710</sup> há quem veja no movimento do *software* livre a maior expressão concreta desta imaginação dissidente, de uma sociedade que busca mais que sua mercantilização.<sup>711</sup> Sua inovação é tão significativa que é considerado uma das raras circunstâncias em que as estruturas do Direito Autoral foram confrontadas a partir de uma perspectiva de transformação, oriunda da percepção das limitações inerentes ao regime tradicional quanto ao desenvolvimento do *software*.<sup>712</sup> É um movimento que tenta transformar as bases do Direito Intelectual, forjadas no século XIX, com base em uma realidade totalmente distinta da atualmente vivenciada, que mesmo assim se mantém praticamente inalterada. Surgiu como forma de contrapor um modelo alternativo ao do domínio muitas vezes quase absoluto de mercado por determinadas empresas.<sup>713</sup>

Castells é um dos que aborda o surgimento desta realidade a partir do que denomina “a cultura internet”. Parte da idéia de que os sistemas tecnológicos se produzem socialmente, e a produção social é determinada pela cultura. A Internet não foge desta regra, e aí assume significações relevantes o comportamento tanto dos produtores, que realimentam o sistema tecnológico, como dos consumidores, que são receptores de aplicação e sistemas que geralmente não interagem diretamente com o desenvolvimento da Internet. A cultura da Internet, então, é a cultura de seus criadores e, na visão aqui em comento,

---

<sup>710</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Processos da Globalização. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *A globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 46.

<sup>711</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica. In: \_\_\_\_\_; CASSIANO, João. *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad, 2003, p. 36.

<sup>712</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito,...* Op. cit., p. 71.

<sup>713</sup> Como o que a Microsoft, por exemplo, possui, graças à combinação de três fatores básicos: 1. Alto domínio do mercado pelo *Windows*; 2. “efeito rede”, cuja conseqüência é a de tornar a possibilidade dos consumidores ou fabricantes de computadores optarem por uma alternativa extremamente difícil; 3. direitos autorais sobre software, que impedem os competidores de desenvolver programas que possam ser bem sucedidos de forma independente desta dinâmica específica do “efeito rede”, e assim requerem uma solução jurídica específica igualmente. (LEMOS, Ronaldo. Copyright ou Copyleft? Lições do modelo *Open Source* e do caso Microsoft. In: \_\_\_\_\_; WAISBERG, Ivo (Org.). *Conflitos sobre nome de domínio e outras questões jurídicas da internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 376-8).



caracteriza-se por uma estrutura de quatro estratos sobrepostos: a cultura tecnomeritocrática, a cultura *hacker*, a cultura comunitária virtual e a cultura empreendedora.<sup>714</sup>

Partindo de um conceito sociológico de cultura *hacker*, que entende demasiadamente restritivo da cultura Internet, Castells afirma que:

A Internet não depende só do espírito empreendedor para se difundir no conjunto da sociedade, mas também está ligada nas suas origens à comunidade científica e acadêmica, donde advêm os critérios de busca por excelência, a abertura à crítica dos colegas e a comunicação aberta do trabalho de investigação.<sup>715</sup>

O vínculo chave é constituído pelo carácter aberto e variável do *software* da Internet e, especialmente, do código fonte<sup>716</sup> do *software*. Neste particular, o *software* de fonte aberta é o traço tecnológico principal do desenvolvimento da Internet, e esta abertura está culturalmente determinada.<sup>717</sup> O movimento, então, teve como objetivo transformar a proteção da propriedade intelectual para criar bens abertos, amplamente acessíveis tanto em relação ao uso como em relação à possibilidade de inovação e modificação, não somente sob o prisma econômico como, de igual forma, sob o ponto de vista cognitivo.<sup>718</sup>

A cultura *hacker* tem um papel crucial na construção da Internet por duas razões fundamentais, primeiramente porque é terreno onde se originam importantes inovações tecnológicas por meio da cooperação e da livre comunicação, e num segundo instante serve de ponte entre os conhecimentos originados na cultura tecnomeritocrática e os projetos empresariais difundidores da Internet no conjunto da sociedade. Importante que se entenda, então, o que é a cultura *hacker*, muito propensa a mal-entendidos, já que os *hackers* “não são um bando de informáticos loucos sem escrúpulos que se dedicam a vulnerabilizar

---

<sup>714</sup> CASTELLS, Manuel. *A Galáxia... Op. cit.*, p. 56. A cultura tecnomeritocrática tem a ver com aquilo que denomina “Tecno-elites”, ou seja, do desenvolvimento da tecnologia especialmente no mundo acadêmico; a cultura comunitária virtual tem a ver com uma verdadeira efetivação democrática e de liberdade de expressão através dos instrumentos utilizados por grupos na Internet, pelas diversas formas e usos da rede, como mensagens, listas correio, *chat rooms*, jogos multi-utilizador, conferências e sistemas de conferência, entre outros; e a cultura empreendedora está relacionado às instituições, especialmente de cunho empresarial-comercial, que apostaram na rede como instrumento efetivo de novas possibilidades, não sendo exagero afirmar “que a Internet transformou o mundo da empresa, tanto como este transformou a Internet”. Para aprofundamento, aqui meramente ilustrativo destas três “forças”, além da cultura *hacker*, que é ampliada, remete-se para a obra em comento, Capítulo “A Cultura Internet” (Id., p. 56-83).

<sup>715</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>716</sup> O código-fonte de um determinado produto significa a forma preferencial intrínseca ao produto para que sejam feitas modificações nele. (LEMOS, Ronaldo. *Direito,... Op. cit.*, p. 72).

<sup>717</sup> CASTELLS, Manuel. *A Galáxia... Op. cit.*, p. 57.

<sup>718</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito,... Op. cit.*, p. 72.

(*crack*) os códigos, a penetrar ilegalmente nos sistemas ou a criar desordem no tráfego informático”.<sup>719</sup>

Os valores e a organização social específica da cultura *hacker* podem ser melhor compreendidos a partir da análise do processo de desenvolvimento do movimento de *software* de fonte aberta, como extensão do movimento pelo *software* livre, que se deu para a superação da dependência do programa de sistema operacional que era indispensável na época (UNIX). Richard Stallmann, auxiliado por um grupo de colaboradores insatisfeitos com a realidade que enfrentavam,<sup>720</sup> encarregou-se da enorme tarefa de criar um novo sistema, inspirado no UNIX, mas sem direitos autorais, surgindo então o GNU, que quer dizer “*GNU is not UNIX*”. Stallman então converteu seu empenho numa cruzada política a favor da liberdade de expressão na Era da Informática, criando a Fundação pelo Software Livre (*FSF: Free Software Foundation*) e proclamando o princípio da comunicação livre e o uso do *software* como um direito inalienável, assim criando o movimento pelo *software* livre e convertendo-se num dos símbolos da cultura *hacker*.<sup>721</sup> O *software* livre, na visão de Stallmann, constitui um componente essencial da liberdade de expressão na Era da Informação.<sup>722</sup>

As realidades em torno das questões tecnológicas são tão interessantes que um sistema operacional como o Linux, desenvolvido em regime de *software* livre, com a participação e a cooperação de programadores de várias partes do mundo, se tornou muito mais estável e sofisticado do que um sistema operacional criado com base em modelos centralizados oriundos do regime de Direito Autoral tradicional.<sup>723</sup>

Enfim, na visão de Castells, “devemos reconhecer a diversidade do mundo dos *hackers* e, simultaneamente, realçar aquilo que une todos os seus membros, para além das diferenças ideológicas e do comportamento pessoal: a crença partilhada no poder da ligação em rede e a determinação em conservar este poder tecnológico como um bem

<sup>719</sup> CASTELLS, Manuel. *A Galáxia...* *Op. cit.*, p. 60.

<sup>720</sup> Insatisfação esta que teria tomado forma a partir de uma constatação cognitiva, a de que o Direito Autoral tradicional gera um incentivo à centralização do desenvolvimento do software do ponto de vista intelectual, na medida em que o produto final é controlado, desenvolvido e explorado de forma exclusiva pelo detentor de direitos sobre ele. (LEMOS, Ronaldo. *Direito...* *Op. cit.*, p. 73).

<sup>721</sup> CASTELLS, Manuel. *A Galáxia...* *Op. cit.*, p. 64.

<sup>722</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>723</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito...* *Op. cit.*, p. 74.

comum, pelo menos para a comunidade de *hackers*”,<sup>724</sup> sendo eles elemento essencial desta cultura Internet, construída sobre a crença tecnocrática no progresso da humanidade pela tecnologia, praticada por comunidades de *hackers* que se desenvolvem em ambiente de criatividade tecnológica livre e aberta, assente em redes virtuais, dedicadas a reinventar a sociedade e materializada por empreendedores capitalistas no modo como a nova economia opera.<sup>725</sup>

Tentando fixar, mesmo que brevemente, uma idéia mais clara do que seja o programa de computador denominado *software* livre, que pode também ser identificado nas expressões “*free software*” e “*open source*”,<sup>726</sup> pode-se dizer que se concretiza quando os usuários, tendo acesso ao código fonte,<sup>727</sup> têm quatro tipos de liberdade: liberdade de executar o programa, para qualquer fim, denominada Liberdade número 0; liberdade de estudar como o programa funciona, inclusive adaptando-o às suas necessidades, havendo, então, acesso ao código-fonte, chamada Liberdade número 1; liberdade de redistribuição ilimitada de cópias do programa, o que possibilita a outro usuário igualmente desenvolvê-lo, denominada Liberdade número 2; e finalmente liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar seus aperfeiçoamentos, beneficiando assim toda a comunidade, chamada de Liberdade número 3.<sup>728</sup>

---

<sup>724</sup> CASTELLS, Manuel. *A Galáxia... Op. cit.*, p. 73.

<sup>725</sup> Idem, p. 83.

<sup>726</sup> Embora alguns, como Schack, prefiram esta, como se vê: “Irreführend ist der ältere Ausdruck “freie” Software: Sie ist weder gemeinfrei noch unbeding kostenlos, es werden nur keine Lizenzgebühren erhoben. Nicht mit freier Software, die im Rahmen der GLP rei genutzt werden kann, verwechseln darf man die Wermarktungshilfen der Freeware bzw Shareware, bei der dem Nutzer lediglich die bestimmungsgemäße Benutzung des Programms auf Dauer bzw bei Shareware für eine begrenzte Zeit zur Erprobung gestattet wird”. Tradução livre: “Induz a erros a expressão mais antiga “software livre”: este não é de uso comum, nem incondicionalmente gratuito, apenas não são cobradas taxas de *licença*. Não se pode confundir os apoios à comercialização do Freeware ou Shareware, nos quais é permitido ao usuário apenas o uso do programa conforme as determinações em caráter permanente, ou, no Shareware, por tempo limitado para fins de teste, com o software livre, que pode ser usado livremente nos termos da GLP”. (SCHACK, Haimo. *Urheber- und... Op. cit.*, p. 248).

<sup>727</sup> No regime tradicional aplicável à proteção do software, por meio das instituições de Direito Autoral, o titular tem a prerrogativa de limitar o acesso dos usuários ao código-fonte. Esta vedação se dá tanto no plano tecnológico (impossibilitação técnica de acesso) como no aspecto jurídico, constituindo-se, então, violação ao Direito Autoral qualquer acesso ao código-fonte não previsto nos termos da licença que foi concedida ao utilizador. Como consequência, só o autor pode modificar o *software* em discussão. (LEMOS, Ronaldo. *Direito,... Op. cit.*, p. 72).

<sup>728</sup> CERDEIRA, Pablo de Camargo. Copyleft e software livre: uma opção pela Razão – Eficiência Tecnológica, Econômica e Social – II. *Revista da ABPI*, São Paulo, n. 71, p. 21, jul./ago. 2004.

A distribuição do *software* livre se dá a partir de uma licença denominada *General Public License – GPL*, estabelecida de liberdades para que o usuário desenvolva inovações e modificações, bem como livremente copie, distribua ou, ainda, estude e o aperfeiçoe sem restrições à comercialização. Esta idéia não tem vinculação ao preço, mas sim à liberdade de expressão, pois a filosofia do *software* livre, como antes já se enfatizou aqui, tem suas origens na troca de conhecimentos e de pensamentos tradicionalmente disponíveis no campo científico.<sup>729</sup> Como no *software* livre os valores são outros que não os do modelo tradicional, entendidos por seus idealizadores como um obstáculo à inovação, neste modelo a violação ocorre de forma contrária àquele, ou seja, quando algum agente tenta transformar o *software* mantido em regime de *copyleft*<sup>730</sup> novamente em regime de *copyright* (Direito Autoral).<sup>731</sup> Diga-se, por oportuno, neste instante, que em oposição ao *software* livre há o modelo denominado “*software* proprietário”, que é o tradicional, antes referido.<sup>732</sup> Neste, o principal objeto do negócio é o *software* em si, como bem posto à disposição comercialmente, enquanto no modelo livre se busca a comercialização de valores agregados, que podem, inclusive, superar os valores envolvidos no outro modelo.<sup>733</sup>

Há basicamente quatro modelos de negócio que envolvem *software* livre:

- (i) distribuição do *software open source*, acompanhado da posterior venda de suporte ao mesmo (como usualmente mencionado nos Estados Unidos, ‘distribua a receita e depois abra um restaurante’), ou ainda adaptação do *open source* conforme a necessidade do cliente;

<sup>729</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual de Software & Revolução da Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 90.

<sup>730</sup> A expressão “*copyleft*” surgiu inicialmente como uma brincadeira com o termo “*copyright*”, a partir de sua inversão, tornando-se posteriormente assunto sério, nos Estados Unidos. Na prática daquele país, nada mais é que o próprio instituto do *copyright*, onde o autor libera, a partir de um licenciamento inicial, os direitos de uso, reprodução, distribuição, e eventualmente de alteração de sua obra a qualquer interessado. Apesar de ser uma novidade, segue o modelo tradicional, de contrato “aberto” (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei; Código Civil, artigo 104). Mesmo com a estranheza que o termo possa causar em alguns momentos tomado com jocosidade em relação à expressão “*copyright*”, vê-se assim que tem concreto embasamento jurídico, como em qualquer licenciamento clássico, onde o autor possibilita apenas o uso de sua obra, sendo que aqui há o licenciamento de outros direitos de forma não onerosa. (MONIZ, Pedro de Paranaguá; CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e... Op. cit.*, p. 68). Alguns, como Einhorn, chegam a utilizar GPL e *copyleft* como sinônimos. (EINHORN, Michael A. *Media, Technology and Copyright: integrating Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004, p. 169).

<sup>731</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito,...* *Op. cit.*, p. 72.

<sup>732</sup> No qual, por serem produzidos por empresas, podem os programas se tornar inacessíveis em médio e longo prazos, deixando de ser comercializados, pondo em risco dados dos interessados, que não podem ser manipulados senão por aqueles aplicativos, ao contrário do modelo alternativo, que possibilita a busca de soluções, mesmo quando a empresa que produziu o *software* não mais existir. (LEMKE, Ney. Introdução ao Software Livre. In: COSTA, Simone André da (Org.). *Desenvolvimento em Software Livre*. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p. 19).

<sup>733</sup> CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e... Op. cit.*, p. 23.

- (ii) conquista de mercado, pela qual determinado software é distribuído na forma *open source*, para a posterior venda de outros produtos vinculados a ele;
- (iii) incorporação do software *open source* junto com a venda de hardware, barateando custos de licença e o preço final do equipamento como um todo; e
- (iv) oferecimento de produtos acessórios ao software *open source*, como cursos, livros, treinamento, desenvolvimento etc.<sup>734</sup>

Como a expressão “livre” (*free*) está vinculada à liberdade e não à gratuidade vinculada à perspectiva comercial, *software* livre não significa *software* não-comercial, o que equivale dizer que um *software* livre pode perfeitamente estar disponível para uso comercial, desenvolvimento comercial e distribuição comercial. É claro, as modalidades de disponibilização desta modalidade diferem da do denominado “*software* proprietário”, cujo licenciamento traz ínsita a idéia do Direito Autoral (*copyright*), que implica restrições e limitações ao usuário do programa de computador na utilização, cessão, compartilhamento ou cópia. O *software* livre, contrariamente, como antes já se gizou, tem sua distribuição amparada na idéia de *copyleft*, que é uma nova maneira de distribuição do *software*, cuja regra básica é a liberdade, expressa pela garantia de que o usuário, ao redistribuir um *software* livre, deverá permitir seja mantido livre, tal qual na primeira versão, possibilitando ainda idênticos direitos aos demais programadores que venham na seqüência, que não poderão adicionar restrições a impedir terceiros de executar as quatro liberdades fundamentais, anteriormente referidas.<sup>735</sup> Enfatiza-se que o *copyleft* constitui uma regra na modalidade de distribuição do *software* livre, garantidora da perpetuidade das liberdades básicas intrínsecas ao seu conceito, que se reflete em sua criação e comercialização, “tudo para que o programa de computador, mesmo no caso de cópias, de modificações, de desenvolvimento e de distribuição comercial, não venha a perder sua característica inicial de *free software*”.<sup>736</sup>

No cotejo entre os dois modelos, o do *software* livre leva algumas vantagens, pois ele:

- a) promove eficiência econômica, entre outros motivos por reduzir consideravelmente o envio de *royalties* ao exterior pelo pagamento de licenças (o que ajuda a promover a estabilização da balança comercial);

<sup>734</sup> LEMOS, Ronaldo. Copyright ou Copyleft?... *Op. cit.*, p. 385-6.

<sup>735</sup> VALOIS, Djalma. Copyleft. *In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; CASSIANO, João. Software livre e inclusão digital.* São Paulo: Conrad, 2003, p. 294.

<sup>736</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual...* *Op. cit.*, p. 91.

- b) promove uma maior segurança e estabilidade tecnológicas;
- c) amplia a autonomia e a capacitação tecnológica de nosso país;
- d) cria independência para com um determinado fornecedor; e
- e) ajuda a promover o acesso democrático ao conhecimento.<sup>737</sup>

A idéia de *copyleft* obteve tamanho reconhecimento público que chegou a expandir-se para outras áreas, com a criação de sistemas de acesso a obras de arte (*Free art licence*), possibilitando a criação de novas obras a partir de uma originalmente adotada; a obras musicais (*open audio licence*), utilizada especialmente por grupos musicais ainda desconhecidos e que querem atingir maior público possível; e até no ramo de alimentação, tendo sido criado o movimento denominado “*Open Cola*”, refrigerante alternativo cuja fórmula foi tornada acessível, desde que aqueles que a produzam e comercializem, acaso melhorem a fórmula, igualmente a deixem disponível, e que chegou a vender 150.000 latas do refresco.<sup>738</sup>

Em síntese, o que está em jogo é o modelo de tutela, e as formas alternativas engendradas nos mais variados locais do mundo, indiscutivelmente, têm seu valor no contexto em discussão.<sup>739</sup> Como há claros indícios de que o atual modelo pode ser o mesmo que se viu a partir da sociedade industrial, de exclusão social, a tutela jurídica do *software* somente pode ser pautada pela superação dos paradoxos que são visualizados na Sociedade Informacional, e ainda “pela construção de uma nova teoria jurídica que, ao mesmo tempo protegendo o bem intelectual e promovendo a inovação tecnológica, venha possibilitar a inclusão do ser humano em sua dimensão digital, social e tecnológica”.<sup>740</sup>

<sup>737</sup> CERDEIRA, Pablo de Camargo. Copyleft e... *Op. cit.*, p. 29. O autor ainda vincula, na administração pública, a utilização do *software* livre a um de seus princípios insculpidos no artigo 37 da Carta Magna, qual seja o da eficiência, pois não se deve esquecer que, na busca do interesse social, o Poder Público não pode perder de vista a maximização dos resultados e a minimização dos custos.

<sup>738</sup> Conforme se vê em MARANDOLA, Marco. *¿Un Nuevo Derecho de Autor? Introducción al Copyleft, Acceso Abierto y Creative Commons*. Barcelona: Derecho y Cultura, 2005, p. 23-5.

<sup>739</sup> Como faz ver Barbosa: “É aparentemente possível sustentar a opinião de que a utilidade do software, pelo menos no contexto histórico do que o autor denomina sociedade da informação, seria exatamente aumento da informação. Não a informação da tecnologia protegida, mas o fluxo de informações em geral. Mas isso decorreria da proteção conferida pela propriedade intelectual, ou da violação desses direitos? O efeito socialmente consagrado estaria vindo da proteção ao investimento, ou exatamente da ineficácia (relativa) do modelo?” (BARBOSA, Denis Borges. Prefácio. In: WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade... Op. cit.*, p. 16).

<sup>740</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual de Software & Revolução da Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 259. Daí que Lemos propõe o abandono do fetichismo e identificação dos pontos para reforma de instituições jurídicas, identificando-se, com extremo zelo, os interesses subjacentes envolvidos em casos relacionados à propriedade intelectual e à tecnologia, com a necessidade de: a) ponderação cuidadosa dos efeitos sociais, inclusive econômicos, da manutenção do atual sistema de propriedade intelectual, cotejado com o avanço tecnológico, com o objetivo de privilegiar a sociedade como um todo, e não agentes específicos; b) abandono do fetichismo institucional na consideração de alternativas para evolução do instituto, possibilitando, por exemplo, que obras intelectuais de natureza

Mostra-se, como se viu, como uma das alternativas modernamente construídas, a partir da tecnologia, ao modelo tradicional de Direito Autoral, como é o *creative commons*, tema que será enfrentando na continuação.

#### 4.10.2 *Creative commons*

Uma das tantas soluções alternativas encontradas a partir de configurações que de algum modo põem em xeque o Direito Autoral clássico é o *creative commons*. Por isso fala-se a respeito de “Código” e de “*Code-based regulation*”,<sup>741</sup> que significam uma manifestação recente de correntes de idéias que há muito tempo propõem a superação do Direito por uma regulação essencialmente tecnocrática da vida social.

Entre as tecnologias ensejadoras deste modo de regulação da via social estão os dispositivos de codificação ou criptagem, “também ditas medidas de caráter tecnológico, pelos quais se subordina ao preenchimento de determinadas condições, definidas exclusivamente por aqueles que os controlam, o acesso a obras e outros bens intelectuais disponíveis em rede”.<sup>742</sup> Com estes instrumentos seria possível o controle de acesso a obras literárias ou artísticas e a prestações protegidas disponíveis em rede, visando, por exemplo, facultá-la apenas como contrapartida de um pagamento, assim prevenindo ou restringindo determinadas utilizações dessas obras, como exemplificadamente a impressão de textos ou sua reprodução em suporte digital, controlando o número ou a duração das utilizações efetivadas, facilitando, assim, a exploração econômica dessas obras, “e tudo isto à margem de quanto dispõem a lei e os tratados internacionais sobre a utilização destes bens”.<sup>743</sup> Meritoriamente, “não é evidentemente defensável que a tecnologia – *rectius*: quem a

---

distinta, como o software, sejam reguladas por um regime igualmente diferenciado; c) adoção de uma estratégia adaptativa explícita para o Direito, que inclua a imaginação de novos modelos de instituições jurídicas, considerando, por exemplo, agentes fora dos canais jurídicos usuais (“de baixo para cima”). (LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 77).

<sup>741</sup> Trata-se da obra *Code and Other Laws of Cyberspace*, de Lawrence Lessig, Basic Books, 1999, onde denominava “código” o modo como a rede é construída, sua arquitetura, erigida tanto pelos softwares de acesso como pelos protocolos que possibilitam a um computador falar com outro, dentre outros elementos. O argumento central da tese de Lessig era que, diferentemente de outras áreas de regulamentação (como leis e normas sociais) o código era absoluto. Não cabia recurso e tinha auto-aplicação imediata. A Internet assim seria livre apenas na medida em que seu “código” já previsse esta liberdade. Se permitido o fechamento do “código” da Internet, pouquíssimo poderia ser feito para reconquistar a liberdade perdida. (LEMOS, Ronaldo. Prefácio à edição brasileira. In: LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. São Paulo: Trama, 2005, p. 16).

<sup>742</sup> VICENTE, Dario Moura. *Direito Internacional.. Op cit.*, p. 112.

<sup>743</sup> Idem, p. 113.

controla – dite por si só o modo como os conflitos de interesse não-de ser resolvidos”.<sup>744</sup> E um exemplo da complexidade desta situação é bem ilustrativo: se fosse permitida a utilização de medidas tecnológicas em qualquer circunstância, o que incluiria aquelas em que a utilização das obras é lícita sem o consentimento dos titulares de Direitos Autorais, ficaria inevitavelmente comprometida a esfera de domínio público desses bens salvaguardada pelo Direito vigente.<sup>745</sup>

Idealizado por Lawrence Lessig, tendo atualmente seu ponto central na Universidade de Stanford, o *creative commons* tem por finalidade desenvolver licenças públicas, ou seja, licenças jurídicas que possam ser utilizadas por qualquer indivíduo ou entidade, para que suas criações sejam disponibilizadas na forma de modelos abertos. Estas licenças criam uma alternativa ao modelo tradicional, pois são concebidas “de baixo para cima”, ou seja, em vez de criadas por lei, são fundamentadas no exercício das prerrogativas que o indivíduo tem, como autor, de possibilitar o acesso às suas obras e a seus trabalhos, facultando que outros os utilizem e criem a partir deles. O interessante do sistema é que ele supera o modo negativo como está organizado o sistema autoralista tradicional.<sup>746</sup>

Na organização teórica e prática do modelo alternativo ao Direito Autoral clássico que propõe, em sua mais recente obra, ao contrário de em *Code and Other Laws of Cyberspace*, o debate não está centrado na Internet em si, mas em seus efeitos sobre a tradição que se construiu na construção da cultura, que é uma “cultura livre”.<sup>747</sup>

Lessig concorda que a tutela jurídica dos Direitos Autorais parte da idéia de proteção de seus detentores. No entanto, reconhece que há outro interesse significativo pesando na balança, que é a liberdade de expressão. Configura-se, então, o perigo de que a

---

<sup>744</sup> VICENTE, Dario Moura. *Direito Internacional.. Op cit.*, p. 113. O autor refere-se, em breve, ao alerta feito pelo próprio Lawrence Lessig sobre o risco de o “Código” se sobrepor ao Direito na regulação das relações sociais, com prejuízo para os equilíbrios de interesses visados pelas normas jurídicas de fonte estatal, risco esse que seria particularmente acentuado no atinente à utilização de bens intelectuais e na proteção da privacidade. Assim, a liberdade dos indivíduos, cuja efetividade se dá através de algum grau de intervenção do Estado nas relações sociais, ficaria deste modo em perigo”. (Id.).

<sup>745</sup> Ibidem.

<sup>746</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito... Op. cit.*, p. 83. “Um dos principais problemas do direito autoral ‘clássico’ é que ele funciona como um grande ‘NÃO!’. É comum encontrar, em obras autorais exploradas economicamente, a inscrição ‘Todos os Direitos Reservados’ (ou ‘*All Rights Reserved*’). Isso quer dizer que, se alguém pretende utilizar aquela obra, tem de pedir autorização prévia a seu autor ou detentor de direitos”.

<sup>747</sup> Livre não no sentido de “liberada”, como “cerveja liberada” (tomada a partir de expressão de Richard Stalman, mas livre como em “liberdade de expressão”, “mercados livres”, “livre comércio”, “livre arbítrio”, “livre iniciativa”, e “eleições livres”. (LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre... Op. cit.*, p. 26).



regulamentação em voga traga conseqüências inadvertidas e prejudiciais para a Internet em geral que irão estremecer o desenvolvimento de outras categorias de distribuição de conteúdo.<sup>748</sup> Uma cultura livre, no ideário de seu criador, apóia e protege criadores e inovadores. Faz isso tanto na forma direta, garantindo Direitos Intelectuais, como na forma indireta, limitando o alcance deles, para garantir que os criadores e inovadores da seqüência fiquem tão livres quanto possível do controle do passado. Nesta linha de visão, uma cultura livre não é uma cultura sem propriedade, do mesmo modo que mercado livre não é um mercado em que tudo é grátis. O oposto de uma cultura livre é uma “cultura da permissão”, onde os criadores só criam com a autorização dos poderosos ou dos criadores do passado.<sup>749</sup>

Está em debate, de fato, um novo modelo de Direito Autoral<sup>750</sup> pois, exemplificativamente, não há como conceber uma condenação milionária (como de cem milhões de dólares) contra uma empresa que nada mais fez do que disponibilizar aos detentores de músicas uma forma mais simples de escutar as que haviam adquirido.<sup>751</sup>

O *creative commons* é concretizado a partir de licenças públicas, de contratos de licenciamento, que têm por um lado o autor e por outro a sociedade e todos aqueles interessados na utilização de um modo geral. São textos *standard*, que padronizam o entendimento sobre o licenciamento e o tipo de direito que está sendo disponibilizado. As licenças são escritas em três níveis básicos: o primeiro é dirigido a pessoas sem formação jurídica, detalhando no que consiste a licença e quais os direitos que o autor está concedendo; o segundo é dirigido a advogados, sendo a licença redigida com termos jurídicos, tornando-a válida em um determinado ordenamento jurídico; finalmente, no terceiro nível a licença é transcrita em linguagem de computador, possibilitando que as obras autorizadas no formato digital sejam tecnologicamente “marcadas” com os termos da

---

<sup>748</sup> LESSIG, Lawrence. A regra dos Direitos Autorais. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Propriedade Intelectual & Internet*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 34.

<sup>749</sup> Idem. *Cultura Livre... Op. cit.*, p. 26.

<sup>750</sup> “Quando a lei dos direitos autorais é invocada para deter os ‘piratas’ no espaço real, não ocasiona um estremecimento óbvio e previsível no desenvolvimento de novas tecnologias, fundamentais para a liberdade de expressão; mas no ciberespaço isso ocorre (Napster, por exemplo). Quando Hollywood obtém êxito ao impingir forçosamente os seus direitos no espaço real, eles não têm o efeito de estremecer um novo modelo para a distribuição de conteúdo, mas o têm no ciberespaço (MP3.com, por exemplo). E quando os tecnólogos escrevem texto no espaço real que demonstram a outras pessoas como as tecnologias podem estremecer a liberdade de expressão, isso não resulta em um aumento fácil ou óbvio das reivindicações por direitos autorais, mas aparentemente resulta no ciberespaço (como no Cyberpatrol). Nesses casos e em outros, a aplicação da lei tradicional nessa mídia não-tradicional – como a aplicação de regulamentações tradicionais de acesso ao discurso eróticos – provoca questões novas e complicadas”. (LESSIG, Lawrence. A regra dos... *Op. cit.*, p. 35-6).

<sup>751</sup> Idem, p. 35.

licença e permitindo que um computador identifique os termos de utilização para os quais uma determinada obra foi autorizada.<sup>752</sup>

A idéia básica do *creative commons* é possibilitar a criação de uma coletividade de obras culturais publicamente acessíveis, incrementando o domínio público e concretizando as promessas da Internet e da tecnologia, ainda maximizando o potencial criativo humano.<sup>753</sup>

Mesmo sendo configurado a partir de uma visão crítica e alternativa em relação a ele, esta mudança de modelo não renega o Direito Autoral tradicional; ao contrário, tem seus fundamentos a partir dele, nas prerrogativas jurídicas dos autores de autorizarem a utilização de suas obras da forma que melhor convier. “Trata-se de um deslocamento do eixo de ‘todos os direitos reservados’ para ‘alguns direitos reservados’ (‘*all rights reserved*’ para ‘*some rights reserved*’).”<sup>754</sup>

No Brasil, terceiro país a aderir à iniciativa – após Finlândia e Japão,<sup>755</sup> o *creative commons* é administrado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro, que traduz e adapta as licenças ao ordenamento jurídico pátrio, inclusive com o apoio do Ministério da Cultura. As licenças de *creative commons* podem ser utilizadas para quaisquer tipos de obras tuteladas pelo Direito Autoral, tais como música, filme, texto, fotografia, blog, banco de dados, compilação, software. O autor pode disponibilizar sua obra em grandes arquivos públicos, como o *Archive.org*, ou ainda utilizar-se de redes de compartilhamento *peer to peer* para distribuição de suas criações.<sup>756</sup>

Em nosso país há seis tipos básicos de funcionamento de licenças. O primeiro é uma licença de atribuição. Neste, o autor autoriza a cópia livre, distribuição e utilização da obra, com a exigência de que ela sempre seja atribuída ao autor original, constando em todos os meios de divulgação a autoria. O segundo é proibitivo de obras derivadas. Nele, o autor autoriza a cópia livre, distribuição e utilização da obra, no entanto exigindo que ela

<sup>752</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito,...* Op. cit., p. 84.

<sup>753</sup> Idem.

<sup>754</sup> LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre...* Op. cit., p. 27.

<sup>755</sup> Cfe. MIRANDOLA, Marco. *¿Un nuevo Derecho...* Op. cit., p. 64.

<sup>756</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito,...* Op. cit., p. 85-6. *Peer to peer* são as chamadas “redes ponto a ponto”, disponibilizadas por *softwares* de compartilhamento de arquivos, a exemplo de E-mule, Kazaa, GNUtela, etc. São redes que dispõem informações (protegidas ou não por Direitos Intelectuais) para o compartilhamento livre e instantâneo na forma de *uploads* e *downloads* entre usuários indeterminados espalhados pelo planeta.

seja mantida intacta, assim vedando sua utilização para a criação de obras derivadas. No caso, a obra cujo acesso se faculta não poderá ser remixada, alterada ou reeditada sem autorização expressa, devendo permanecer na mesma forma como foi distribuída. O terceiro tipo é de vedação de utilização comercial da obra. Por meio deste tipo de licença, o autor autoriza a cópia livre, distribuição e utilização da obra, entretanto proibindo qualquer ato que tenha fins comerciais, sendo contrário, conseqüentemente, à idéia de lucro a partir destas utilizações. O quarto tipo pode ser denominado de “compartilhamento pela mesma licença”. Pelos termos desta forma, o autor autoriza a utilização da obra, impondo a condição de que, se sua criação for utilizada para a elaboração de nova obra, como, por exemplo, se uma música for incluída em um filme ou uma fotografia for incluída em um livro, ou até mesmo a reconstrução da obra original, o resultado deverá ser necessariamente compartilhado pela mesma licença. Isso significa que uma obra licenciada nesta modalidade somente poderá ser utilizada em outras obras se elas também forem disponibilizadas sob a licença *creative commons*. A quinta possibilidade, chamada de Licença de Recombinação ou Licença de *Sampling*, foi criada conjuntamente pelo *creative commons* e pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. O termo “recombinação” serve como homenagem ao coletivo pernambucano “Re:Combo”, pioneiro no Brasil no licenciamento de obras para recombinação e modificação. Pelos termos desta modalidade, o autor pode ou não autorizar a cópia livre, distribuição ou utilização da obra, não obstante autorizando sempre a utilização parcial ou recombinação de boa-fé da obra, pela utilização de técnicas como “sampleamento”, “mesclagem”, “colagem” ou qualquer outra técnica artística, desde que haja transformação significativa da obra original, levando à criação de uma nova obra. A distribuição da obra derivada fica automaticamente autorizada para o autor que recriou a obra original. Por fim, a sexta possibilidade divide-se em duas, que podem ser denominadas de “CC-GPL” e “CC-LGPL”. A exemplo da anterior, elas igualmente foram desenvolvidas no Brasil, neste caso especificamente para atender necessidades específicas do governo brasileiro no que atine ao incentivo à adoção do *software* livre. Trata-se de um programa de incentivo coordenado pelo Instituto da Tecnologia da Informação (ITI), órgão vinculado à Presidência da República e responsável, entre outras competências, pela coordenação da estrutura de certificação digital no Brasil e que tem atuado na coordenação das políticas de implantação do *software* livre em território brasileiro. São as tradicionais GPL e LGPL do GNU, ou seja, a *General Public License* e a *Lesser General Public License*, internacionalmente adotadas para o licenciamento do *software* livre, com a diferença de serem oferecidas de acordo com os

preceitos do *creative commons*. Elas garantem os quatro direitos básicos do *software* livre enfocados no ponto anterior. No caso da GPL, deve continuar sendo distribuído livremente nos mesmos termos, ainda que tenham ocorrido alterações no programa, o que é um pouco diferente no caso da LGPL, que permite, em algumas circunstâncias, que o programa seja distribuído sob termos de outras licenças.<sup>757</sup>

Há ainda a possibilidade de combinações dos tipos de licenças de *creative commons*. Como o modelo é matricial, libera cada autor para escolher o mais adequado aos seus interesses e as suas necessidades, combinando mais de uma licença, por exemplo, “Atribuição-Vedados Usos Comerciais-Compartilhamento pela mesma Licença”.<sup>758</sup>

A idéia ganha projeção, inclusive no contexto internacional, como se vê no Reino Unido, onde a BBC de Londres, em 2003, salientando sua natureza estatal, financiada por dinheiro da coletividade, anunciou a construção de um “arquivo criativo” de produções televisivas e radiofônicas para livre acesso, onde os cidadãos britânicos poderão baixar material e extrair, mixar e gravar,<sup>759</sup> ou em movimentos tipicamente brasileiros como o “tecnobrega”, de Belém do Pará, que disponibiliza obras musicais na Internet (equivalentes a um CD convencional), a um custo entre R\$2,00 e R\$3,00, constituindo-se em grande sucesso de baixas usando o sistema de MP3.<sup>760</sup> São iniciativas de vanguarda, por um novo Direito Autoral, ou ao menos de uma nova forma de Direito Autoral<sup>761</sup> que se vislumbra na configuração da nova Sociedade da Informação, onde deve ser revista a idéia de equilíbrio no que é relativo aos Direitos Intelectuais.<sup>762</sup>

De fato, a nova configuração social, política, econômica e comunicacional sem dúvida reclama um Direito mais dinâmico e consciente, efetivador de seu verdadeiro papel social, onde as questões em torno dos Direitos Intelectuais, que atualmente são fatores

<sup>757</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito,...* *Op. cit.*, p. 87-9.

<sup>758</sup> *Idem*, p. 89.

<sup>759</sup> LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre...* *Op. cit.*, p. 266.

<sup>760</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito,...* *Op. cit.*, p. 89-91.

<sup>761</sup> “Por isso, o Direito Autoral, caracterizado como um grande ‘Não!’, começa a se transformar em razão desses ‘microatores’, que passam a ter canais para indicar ao mundo que preferem o caminho do ‘Sim’. Um ‘Sim’ que tenta recuperar a promessa libertária original da internet e da tecnologia digital de emancipação criativa, e que faz do Direito não um instrumento de preservação do passado, mas de transição para o futuro”. (LEMOS, Ronaldo. *Direito,...* *Op. cit.*, p. 92). Em outro texto, utilizando metáfora de juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, o autor sustenta que a informação, como o ar, não tem dono, devendo assim ser livre. (*Idem*. Quem é o dono da informação na Internet? (Como o Ar). *In*: KAMINSKI, Omar (Org.). *Internet Legal...* *Op. cit.*, p. 229-30).

<sup>762</sup> LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre...* *Op. cit.*, p. 260.

determinantes dentro do complexo social, devem ser vistas de forma mais abrangente, tendo em vista seu papel no desenvolvimento econômico e cultural de uma sociedade. Afirmado de outro modo, “a propriedade intelectual também deve ter seu foco de discussão deslocado do ambiente predominantemente privado para uma questão de direito público social”.<sup>763</sup>

#### **4.11 OUTROS ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO AUTORAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E PERSPECTIVAS DE UMA NOVA NOMENCLATURA**

Se o Direito Autoral não pode ser tão livre como propõem determinadas escolas, não obstante o inquestionável mérito que têm ao trazer à berlinda novas idéias e “sacudir” os autoralistas, muito menos ser regulado por um “Código técnico”, mas hoje e sempre, como ontem, pelo Direito, que regula a vida em sociedade e com ela, evidentemente, seus vários conflitos, por outro lado fica cristalino que o atual modelo está com seus dias contados.

Não há, porém, como negar, e se comprovou à exaustão até aqui, que, na forma como atualmente se vislumbra e se não adotado radical desvio de leme, apenas uma pequena percentagem da população mundial se beneficia da abundância de informação que se encontra disponível na Internet, e que o potencial deste novo meio de comunicação somente poderá se concretizar em sua plenitude se ela se tornar um espaço acessível a todos no qual a liberdade de expressão dos autores seja verdadeiramente reconhecida e respeitada.<sup>764</sup>

Esta nova realidade faz surgir em todo o mundo as mais variadas correntes sobre o Direito Autoral, algumas até já expostas, outras preconizadoras da incapacidade de adaptação deste aos desafios decorrentes da revolução digital. Assim, Marshall Leaffer defende a substituição do Direito Autoral por um sistema esteiado entre medidas tecnológicas e contratuais, em paralelo com sanções criminais. Para este autor, segundo o que noticia Akester, quando se encontrarem cópias mais numerosas de obras em redes de comunicação que em suporte material, bem como medidas sofisticadas de proteção dos Direitos Autorais,

---

<sup>763</sup> ROVER, Aires José; WINTER, Djônata. A Revolução Tecnológica Digital e a proteção da propriedade intelectual. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Propriedade Intelectual & Internet*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 89.

<sup>764</sup> AKESTER, Patrícia. *O Direito de Autor e...* Op. cit., p. 194.

e se punirem tentativas de neutralização dessas medidas, será o sinal que o Direito Autoral se tornou obsoleto.<sup>765</sup>

Outro que tem visão transformadora da vigente realidade é Simmon Olswang, que propugna a permuta do Direito Autoral por um direito de acesso a conteúdos digitais, que denomina de “*accessright*”, no pressuposto de que este novo direito abolirá a necessidade de diferentes categorias de uso.<sup>766</sup>

Por fim, entre outros, em Jéssica Litman a proposição de uma nova redação do Direito Autoral, sob a forma de um direito exclusivo de exploração comercial da obra (*right of commercial exploitation*), que consistirá no direito de obter um benefício monetário a partir da obra e que, assim, aproximaria a lei das expectativas do público, facilitando sua observância.<sup>767</sup>

No entanto, dá para sustentar, com Akester, a capacidade de adaptação do Direito Autoral à revolução digital, tal como já se ajustou outrora a outros desafios tecnológicos, como aqueles consubstanciados pelo surgimento das tecnologias fotográfica, cinematográfica e fonográfica.<sup>768</sup> De qualquer modo, a metamorfose do Direito Autoral é tão significativa e evolui a cada dia a passos tão largos, com modificações no suporte técnico-material das obras e na sua própria forma de apresentação<sup>769</sup> que já há aqueles que

---

<sup>765</sup> AKESTER, Patrícia. *O Direito de Autor e...* Op. cit., p. 198.

<sup>766</sup> Idem.

<sup>767</sup> Ibidem.

<sup>768</sup> Ibidem, p. 199. A autora conclui sua obra com seis observações básicas: “Não há que substituir o Direito de Autor por um novo sistema jurídico para a protecção das obras na Internet, mas é necessário actualizar o sistema de direito de autor internacional – uma solução global para problemas globais – que trate das questões respeitantes ao digital não resolvidas pelos instrumentos jurídicos internacionais existentes; as medidas tecnológicas de protecção do direito de autor concorrerão para a observância desses direitos, desde que sejam proibidos os instrumentos de neutralização das mesmas e a sua posse punida à escala mundial; as obras vendidas *on-line* não devem ser *over-priced*, mas *micro-priced*, ou seja, o preço cobrado por elas deve ser limitado por critérios de moderação, o que incentivará a observância do direito de autor, proporcionando proventos razoáveis aos titulares de direitos; os utilizadores devem ser sensibilizados para o respeito pelo direito de autor nas escolas, a partir de tenra idade; uma acção legislativa, tecnológica e educacional poderá concorrer para a resolução dos problemas enfrentados pelo direito de autor no contexto digital; a protecção dos criadores é um imperativo pelo qual vale a pena lutar!” (Ib., p. 199-200).

<sup>769</sup> “Seguidamente, procurámos compreender os desafios que se colocam o código caracterizador do instituto. Neste processo de digitalização do direito de autor vimos que a obra tende a reduzir-se a meras seqüências numéricas de dígitos. Além disso, proliferam as criações artificiais, em que os computadores substituem o homem em actividades criativas. Em terceiro lugar, no mercado virtual e interactivo da Internet a distribuição opera-se sem base nos exemplares corpóreos tradicionais, além de afectar a dicotomia tradicional público/privado. E, no mesmo passo, constatámos que a máxima que tende a prevalecer é o *dictum* ‘a resposta para a máquina está na máquina’. Na verdade, o papel, as fitas magnéticas tradicionais

se encorajam a dar-lhe nova nomenclatura, como Pereira que, em profundo estudo, ao final sugere que a nova realidade leve à utilização da expressão “Propriedade Tecnodigital”, que significa uma forma jurídica de domínio tecnológico sobre informação digital. A designação, no entender de seu idealizador, exprime de forma adequada o resultado do processo de adaptação do Direito Autoral ao ambiente digital, especialmente a partir do traço que as várias regulamentações da Comunidade Européia vêm impingindo.<sup>770</sup> Ela está associada a uma idéia de reforço do Direito Autoral no ambiente tecnológico digital, especialmente no que se refere aos sistemas informáticos em rede. Este reforço afeta os limites tradicionais do Direito Autoral, como a privacidade dos utilizadores, o livre fluxo de informação, as atividades científicas de ensino e investigação, e a preservação da memória cultural em arquivos. A lógica que subjaz a esta propriedade se orienta especialmente por razões de disciplina do mercado da informação e por razões de proteção dos interesses daquelas que são denominadas “indústrias do direito de autor”. As regras da descompilação de programas de computador, o direito *sui generis* dos produtores de bases de dados eletrônicas e a tutela jurídica dos sistemas técnicos de proteção e identificação impõem novas feições ao Direito Autoral.<sup>771</sup>

Reconhecendo a complexidade desta nova realidade, o autor vê que ao Direito Autoral parece, na realidade, estar reservado um papel justificativo desta admirável propriedade tecnodigital. Mesmo reconhecendo os estudos daqueles que alertam que, ao invés de o direito do produtor de bases de dados ser um direito conexo ao direito de autor, poderá ocorrer o inverso, tornando o Direito Autoral num mero direito conexo ao direito do produtor de bases de dados, o autor sintetiza sua tese em uma frase: “A propriedade tecnodigital, para ser um autêntico direito de propriedade, dever-se-á moldar segundo uma adequada compreensão do sentido e limites do direito de autor, e não, apenas, segundo as possibilidades da técnica e os interesses das indústrias da informação”.<sup>772</sup>

---

e o restante arsenal do paradigma da tecnologia analógica é substituído por envelopes criptográficos, em que a utilização da obra fica dependente de uma chave de acesso. E, com isto, fala-se num direito tecnológico, baseado numa lógica de controlo de acesso. A fazer prova disso mesmo aí estão os novos serviços de acesso condicional, destacando-se o ‘cinema em casa’ e o pagamento por sessão”. E: “Mas, se estas regras de descompilação pouco ou nada têm a ver com o direito de autor tradicional, acrescentam-lhe outras formas de domínio que parecem converter o direito de autor num mero custo de produção de base de dados, e num ‘a propósito’ do admirável direito tecnológico em gestação. Assim é, por um lado, com o chamado direito *sui generis* do produtor de base de dados, e, por outro, com a anunciada generalização da tutela jurídica dos sistemas técnicos de protecção e de identificação”. (PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática,...* Op. cit., p. 785).

<sup>770</sup> Idem, p. 786.

<sup>771</sup> Ibidem.

<sup>772</sup> PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática,...* Op. cit., p. 787.

“Agora é a globalização do acesso à informação que exige uma resposta que o Direito de Autor tradicional não estava preparado para dar”.<sup>773</sup> Ou, que existe uma essência do Direito Autoral que não fica adstrita a uma mera visão economicista deste ramo do Direito, mas que também não se mostra como algo de historicamente estático e imutável, mas como uma verdade dinâmica e adaptável às condições permanentes de aplicação das normas. A essência desta área do Direito, como de resto de todas as áreas, não está em sua cristalização, “mas numa contínua adaptação dos princípios básicos às evoluções, legítimas, dos próprios interesses e valores a compatibilizar, não esquecendo o seu carácter econômico, mas não olvidando a sua vertente cultural”.<sup>774</sup>

A nova realidade, em vez de gerar um enfraquecimento do Direito Autoral, ao contrário, se adequadamente encarada, poderá significar ânimo e momento significativo para um repensar. Analisado a partir de sua perspectiva pública, latente tanto na superação construída no Capítulo 1 da dicotomia público *versus* privado, como de outro lado na necessária vinculação à Constituição, especialmente aos princípios constitucionais, cujos conflitos, como se verá no último capítulo que aí vem a partir de cinco institutos básicos (liberdade de expressão, direito à informação, direito à cultura, direito à educação e abuso de direito), podem bem demonstrar situação de superação de uma visão estritamente privatística deste ramo do Direito, para que se concretize plenamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, repensado e readequado, o Direito Autoral virá mais forte e vigoroso, pois parece claro que é inevitável “à propriedade intelectual, produto de uma modernidade tardia e economicamente promíscua – nada ingênua quanto aos sombrios resultados do engessamento científico de uma disciplina jurídica, identificada com o fetiche oitocentista da segurança e certeza jurídica –, buscar outros caminhos”.<sup>775</sup>

---

<sup>773</sup> CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. *Direito de Autor e Radiodifusão*: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital. Coimbra: Almedina, 2004, p. 11.

<sup>774</sup> *Idem*, p. 18-9. Neste construir, o autor cita significativa frase de Hans Küng: “há algo de idêntico, mas só no variável; há algo de contínuo, mas só no acontecimento; há algo de permanente, mas só em manifestações mudáveis” (*Ib.*, p. 19).

<sup>775</sup> ARONNE, Ricardo. Propriedade Intelectual e... *Op. cit.*, p. 94. A anotação do autor, anteriormente feita, na abertura deste ensaio, em torno da construção de um Direito das Coisas dissociado do mundo real, pode ser seguramente transportada aos Direitos Intelectuais: “Apesar de visivelmente entrópica – o que, em situações determinadas pode até ser saudável, quando controlado –, a teoria clássica do Direito Civil construiu um Direito das Coisas teoricamente surreal, abstrato, desconectado e descompromissado com as fractalidades axiológicas da ambiência extracodificada do mundo real” (*Id.*, p. 93).



Finalmente, a missão de construção de uma Sociedade da Informação passa pelo Direito Autoral e pelas tantas demais áreas que envolvem a atuação humana, na meta que deve ser uma constante da construção de uma sociedade mais equilibrada. Pois, como bem realça Castells, a história está recém começando, na Era da Informação. E, ao olharmos o espelho, talvez não gostemos da imagem refletida...<sup>776</sup>

---

<sup>776</sup> CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura: a Sociedade em Rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, v. 1, p. 574.

## 5 OBRAS PRIVADAS, BENEFÍCIOS PÚBLICOS: APORTES PARA UM NOVO DIREITO AUTORAL, NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

### 5.1 DIREITO AUTORAL E SUA RELAÇÃO COM A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

Este capítulo é central na tese em proposição ao enfrentar o nó górdio do Direito Autoral na contemporaneidade, forjado sob base excessivamente patrimonialista, com uma visão que entende que suas limitações são *numerus clausus* e as enxerga somente em sua dimensão interna, sem possibilidade de ampliar-se e estender-se sua interpretação para uma dimensão externa, onde há contato deste ramo do Direito com outras áreas, ramos, institutos e direitos subjetivos, como a liberdade de expressão e o direito à cultura, à educação e à informação, para ficar somente nestes.

Em sua interpretação tradicional, função tem a ver com uma tarefa que uma parte deve cumprir em relação ao todo.<sup>777</sup> Atualmente, “em ciências sociais entende-se por função um problema de relação (ou ponto de vista relacional) ao qual são atribuídas várias ações diferentes funcionalmente equivalentes”. A expressão vem do latim *functio*, que significa ‘cumprimento’, ‘execução’, ‘aquilo que cumprimos’, ‘o que nos ocupa’. Em outras línguas aparece como *funktion* (alemão), *función* (espanhol), *function* (inglês), *funzione* (italiano) e *fonction* (francês). Em comum toda idéia de *função* parte de uma relação assimétrica. “A significação histórica e o alcance da noção de função podem, se bem que não de modo decisivo, resultar do fato de que elas são possíveis de assumir uma função em contextos históricos bastante diversos e também sobreviver a uma mudança de paradigma”. Embora possa ter uma significação diferente em cada área, na interpretação teleológica funcional (os autores sustentam que não podem ser separadas) a noção de “função” tem como exercício primeiro a resolução desse paradoxo, isto é, a de formular uma relação entre as partes e o todo, de tal forma que a auto-referência do todo diferenciado possa ser tratada como uma diferença (no diferenciado). Na Teoria do Direito e em metodologia jurídica, não estabelecendo diferenciação clara entre interpretação teleológica e interpretação funcional, essa visão é ainda atual, embora não o seja em Ciências Sociais.<sup>778</sup>

---

<sup>777</sup> DICIONÁRIO Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 364.

<sup>778</sup> Idem, p. 365.

É claro, quando se fala em função social da propriedade logo vertem ao diálogo questões em torno da propriedade imobiliária, mormente a rural, em decorrência de sua importância social a partir da produção de elementos essenciais à sobrevivência de milhões de pessoas e porque ninguém desconhece nem nega os vergonhosos dados históricos e estatísticos em torno da lamentável má-distribuição de terras no Brasil, fruto da idéia sustentada por muitos séculos de que o domínio seria o princípio de direito divino, o qual se exerceria como se fosse Deus, e onde se vê, também nos tantos dados disponíveis, que a exclusão social tem início muitas vezes na migração de homens que não conseguem produzir em suas terras por falta de condições, e acabam virando escravos da sociedade, sem direitos e bens.<sup>779</sup>

Os novos tempos, porém, e a construção teórica historicamente conquistada a partir dos interesses sociais geram uma remodelação de estrutura do direito de propriedade, que passa a ser visto não mais como direito absoluto ou “poder inviolável e sagrado” do proprietário, mas como situação jurídica subjetiva complexa em que se inserem direitos, deveres, ônus e obrigações. Neste circundar, a própria prática jurisprudencial mostra os reflexos do conflito entre a ultrapassada concepção individualista da propriedade e a atual funcionalização a interesses sociais, como resultado de uma visão mais solidária e menos excludente.<sup>780</sup> A função social consolidou-se como elemento interno do domínio, por meio de árduos esforços da doutrina italiana, alterando a estrutura do instituto jurídico.<sup>781</sup>

A palavra ‘função’, dentro do princípio jurídico da “função social da propriedade”, deve ser compreendida como ‘conteúdo’, pois determina o conteúdo ao social da relação de propriedade.<sup>782</sup> No Brasil, em que pese algumas discussões doutrinárias precedentes, a função social da propriedade erigiu-se como direito constitucionalizado, a partir da inserção, na Carta Política, do inciso XXIII em seu artigo 5º, prevendo que a propriedade atenderá sua função social, imediatamente após aquele garantidor do direito de propriedade.

---

<sup>779</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio constitucional da função social da propriedade. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 580, 2003.

<sup>780</sup> Como pode ser visto, de forma concreta, em TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional, anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 41-57, 2000.

<sup>781</sup> SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, PADMA, v. 6, p. 161, 2001.

<sup>782</sup> DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, v. 34, p. 60, 2001.

Também a função social da propriedade é destacada no artigo 182, *caput*, e § 2º da Carta Magna. No artigo 156 encontra-se a indicação de um imposto – o IPTU – para as propriedades prediais e territoriais urbanas, podendo ser progressivo a fim de assegurar o cumprimento da função social da propriedade.<sup>783</sup> Assim, o IPTU seria um significativo instrumento para a concretização da função social da propriedade.<sup>784</sup>

Além dos critérios atinentes à produtividade, em decorrência dos dispostos incisos II e III do artigo 186 da Constituição atual, entende-se que o cumprimento da função social da propriedade rural efetivamente supõe a utilização adequada dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, bem assim a observância das disposições que regulam as relações de trabalho, e que a contratação de trabalhadores com afronta ao entendimento jurisprudencial cristalizado no Enunciado 256 do Tribunal Superior do Trabalho e a prática de queimadas e desmatamentos sem a devida autorização do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis efetivamente caracterizam o não-cumprimento da função social da propriedade rural.<sup>785</sup> Pode-se, assim, afirmar que a função social da propriedade rural tem, no mesmo modo, seu núcleo na pessoa humana, preocupando-se com seu bem-estar, na produtividade e na proteção ambiental.<sup>786</sup>

A função ética da propriedade imobiliária é tratada no novo Código Civil no artigo 1228, § 1º, onde o direito de propriedade deve ser exercido com a função social e econômica que lhe é natural e com deveres de preservação.<sup>787</sup>

É bem verdade que, antes mesmo da Constituição em vigor e do atual Código Civil, já se via, mesmo que isoladamente e não como principiologia emanada das disposições constitucionais, previsões legislativas em torno de uma função social, como se vê na Lei nº 6.404, de 1976 – Lei das Sociedades das Ações, em seu artigo 154, ao determinar que o administrador (diretor ou membro do Conselho de Administração) deve

---

<sup>783</sup> FELIPE, Arley César. Conteúdo do princípio da função social da propriedade no sistema jurídico brasileiro. *Revista do Curso de Direito*, Uberlândia, Universidade Federal de Uberlândia, v. 26, n. 2, p. 63, 1997.

<sup>784</sup> LEONETTI, Carlos Araújo. O IPTU e a função social da propriedade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, p. 24, out. 1998.

<sup>785</sup> GRAU, Eros Roberto. A propriedade rural e a função social da propriedade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 33, p. 43, 2001.

<sup>786</sup> MANSO, Eduardo Vieira. A função social da propriedade do solo rural. *Revista de Direito Civil, Agrário, Imobiliário e Empresarial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 52, p. 109-12, abr./maio/jun. 1990.

<sup>787</sup> MATTOS NETO, Antônio José. Função ética da propriedade imobiliária no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 11, p. 23, 2002.

exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. O artigo 116, parágrafo único, da mesma Lei, dispõe que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.<sup>788</sup> Nesse mesmo veio, prevendo claramente em seu bojo várias regras com fim claramente colimado na concretização do instituto, o Estatuto da Cidade, que antecedeu o Código Civil, e como aqui já se comentou no Capítulo 1.

O que se vê não é mais “a propriedade”, mas “as propriedades”, ou seja, que o instituto envolve uma noção plural, o que obrigatoriamente leva à superação do conceito unitário de “propriedade” alinhavado pelo processo codificatório do século XIX para finalmente vislumbrá-lo, na luz dos novos tempos, como um conceito multifacetário.<sup>789</sup> Fica clara uma superação da função social como elemento meramente vinculado à propriedade, pois, se no novo Código Civil, além dela, se consagrou em outros institutos relevantes, como a função social do contrato e a função social da posse, vislumbrando, assim, que como princípio a função social se estende por todo o ordenamento jurídico adaptando as relações patrimoniais, em atendimento aos valores essenciais,<sup>790</sup> pode-se então seguramente falar que, se ocorreu evolução “da propriedade às propriedades”, de igual modo se concretizou a evolução da função social “da função às funções” e, neste particular, “da propriedade ao Direito”, este visto em sua maior amplitude possível. O que equivale a dizer que o Direito em si, em sua totalidade, tem e deve observar sua função social, não ficando esta restrita à propriedade ou a outros institutos em uma visão estreitada a partir da positivação.

---

<sup>788</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 732, ano 46, p. 42-3, 1996.

<sup>789</sup> VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 787. Os autores, amparados em Duguit, pregam sua substituição pela “noção realista de função social” na afirmativa que “a propriedade é uma função social (pois esta lhe seria inerente) – e não que tem uma função social”. (Id., p. 765). Neste particular, além da boa produção nacional em torno do tema, remete-se ainda para GROSSI, Paolo. *La Propiedad y las propiedades: un análisis histórico*. Madrid: Civitas, 1998.

<sup>790</sup> SCHREIBER, Anderson. Função social da... *Op. cit.*

Na área em comento, esta constatação – de uma evolução da função social da propriedade ao Direito – é relevante pois, se filiados às correntes que entendem o Direito Autoral não como propriedade, como Ascensão, o que aqui já se discutiu, e parece ter sido o caminho adotado pela Constituição Federal ao referir-se a propriedade somente com relação às marcas, mesmo assim pode ser efetivada esta sustentação teórica.

No Direito Autoral tem aparecido ultimamente alguma produção escrita em torno do tema função social; a maioria, entretanto, vista de uma forma “interna”, ou seja, como se disse na introdução desta discussão e no capítulo anterior, como se a função social do Direito Autoral estivesse na tutela das obras consideradas em si, e aí residiria a grande razão desta proteção e da conclusão de sua função social, vale dizer, na função claramente transformadora da sociedade e visivelmente social das obras objeto de proteção autoral.

Esta visão deve ser superada, pois é preciso ir além e evoluir, sempre. E, afinal, também no Direito Autoral, não se trata de somente uma forma de concretização da função social, mas de várias. As limitações, como aqui se enfrentou em capítulo próprio, seguramente são uma delas. No entanto, como também se alerta nesta pesquisa desde o início e igualmente se afirmou na abertura deste ponto, e este é um fio condutor da investigação, as limitações, na forma como concebidas pela doutrina autoralista tradicional, não têm servido de forma clara à concretização da função social do Direito Autoral. A um, por sua interpretação equivocada como *numerus clausus*; a dois, por terem sido consagradas em sua feição negativa de terceiros em relação ao titular (eles não podem...), enquanto pode ser um direito (subjutivo) destes, impondo ao titular um dever positivo (eles podem, este deve sofrer...), como de resto já se consagrou em sede de propriedade “geral”.<sup>791</sup>

É claro, uma ampliação das limitações, com uma vinculação maior do Direito Autoral à principiologia constitucional, com ênfase na dignidade da pessoa humana, por meio da concretização da liberdade de expressão, do direito à informação, à cultura e à educação, são algumas das tantas possibilidades que se descortinam para este intento. Mas é o caminho escolhido, que se trilhará na seqüência.

---

<sup>791</sup> Como se vê, entre outros de valor, em ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio*: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 210, mas que permeia toda a sua obra.

## 5.2 DIREITO AUTORAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Alguns autores fazem o cotejo necessário entre o Direito Autoral e outros institutos, mormente a liberdade de expressão, o direito à informação, o direito à cultura, o direito à educação, e finalmente com o abuso de direito. No concernente aos quatro primeiros, alguns estudiosos fazem uma ligação entre a liberdade de expressão e os demais; vale dizer, ligam liberdade de expressão ao direito à informação, e ainda ao direito à cultura e também ao direito à educação.

Esta análise deve partir sempre da idéia de que a atual Constituição simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos em nosso país. Nesta visão, a atual Constituição acolhe a idéia da universalidade dos direitos humanos na medida em que consagra o valor da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988. Este valor, como já foi visto alhures, mormente no primeiro capítulo desta pesquisa, é núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro valorativo orientador da interpretação do sistema constitucional.<sup>792</sup> Como bem pontua Direito,

É preciso não esquecer que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tal como previsto no art. 1º da Constituição de 1988, pouco lido, é certo, é a dignidade da pessoa humana (inc. III). E essa dignidade da pessoa humana se faz presente para compreender e aplicar o dispositivo sobre a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação que, nos termos do art. 220, não sofrerão qualquer restrição (*caput*).<sup>793</sup>

Se a dignidade da pessoa humana é valor básico do sistema jurídico universal (interno e externo, nacional e internacional), sua concretização deve ser igualmente a meta suprema em todas as áreas do Direito, em cada caso concreto que passe pela análise dos mais variados operadores jurídicos. Neste particular, o enfoque dado por Ramírez de que a plena realização da dignidade da pessoa humana está diretamente vinculada a seu desenvolvimento integral.<sup>794</sup> Embora se reconheça que “ese proceso del desarrollo integral

<sup>792</sup> Conforme PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, IHJ, v. 1, n. 4, p. 111-2. 2006.

<sup>793</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Os direitos de personalidade e a liberdade de informação. *Revista Forense*, São Paulo, ano 98, v. 363, p. 32, set./out. 2004.

<sup>794</sup> RAMÍREZ, Salvador Vergés. *Derechos Humanos: fundamentación*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 154. “Ese desarrollo, muy lejos de ser enajenante para el hombre, es la promoción de él, desde su ser más profundo, pues abarca todas las facetas de su vida social, en sus vertientes pluriformes. Sin embargo, ¿cuál es el patrón para medir esse giro copernicano de la dignidad del hombre? Es obvio que no puede haber outro,

del hombre, conexo con el derecho fundamental de la vida, es un camino muy empinado de acceso, igualmente difícil”,<sup>795</sup> é preciso ter o foco firmemente fixado em sua concretização. Neste contexto, a cidadania não fica limitada aos direitos de participação política, antes incluindo os direitos individuais, e especialmente os direitos sociais. A integração na sociedade é fundamental para a cidadania, o que muitas vezes não ocorre no Brasil. A igualação das condições sociais de vida, desta forma, está umbilicalmente ligada à consolidação e à ampliação da democracia, “para não dizer que é essencial para sua legitimidade, permanência e futuro como forma política”.<sup>796</sup>

A concretização do desenvolvimento integral e pleno da pessoa humana, consagrando, assim, sua dignidade, passa, indiscutivelmente, pelo acesso aos bens autorais em geral, mormente aqueles relacionados aos direitos à informação, à cultura e à educação.

O Direito Autoral, ao mesmo tempo em que se verifica a maior possibilidade de acesso às obras em geral em decorrência da tecnologia da Sociedade da Informação enfocada no capítulo precedente, de uma forma ou de outra relacionado aos direitos antes referidos, que de certa forma com ele conflitam, tem, na visão de vanguarda de Bueno, três caminhos a seguir: “a) referendar a figura mesquinha, elitista e conservadora do copyright tradicional; b) dar vazão à pirataria e ao caos pelo incentivo à afronta ao direito do autor; c) avançar para a busca da convergência entre a proteção do autor e a democratização do conhecimento”.<sup>797</sup>

---

que el valor intrínseco del mismo hombre: ser personal, al mismo tiempo que social por naturaleza. Por ello, a él le compete el monopolio acerca del dominio transformador del mundo, en virtud de su índole racional y libre”. (Id., p. 154-5).

<sup>795</sup> RAMÍREZ, Salvador Vergés. *Derechos... Op. cit.*, p. 156.

<sup>796</sup> Conforme BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão digital e igualdade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, IHJ, v. 1, n. 4, p. 179, 2006.

<sup>797</sup> BUENO, Wilson da Costa. A armadilha do copyright e a “República dos Doutores”. In: MELO, José Marques de; TARSITANO, Paulo Rogério; GOBBI, Maria Cristina; SATHLER, Luciano (Org.). *Sociedade do Conhecimento: aportes latino-americanos*. São Bernardo do Campo: UESP, 2005, p. 210. Este autor consegue abordar com rara precisão o paradoxo existente entre um mundo da técnica que aumenta as possibilidades de acesso e um Direito Autoral tradicional e conservador que trabalha sempre na perspectiva de limitá-las: “Na prática, há mesmo uma contradição entre o progresso tecnológico e o controle, implícito na figura do copyright. As tecnologias caminham no sentido de facilitar a reprodução (DVD, MP3, software livre etc.), enquanto os defensores do copyright buscam apoio legal para sufocar a circulação. Cada usuário é hoje, potencialmente, um infrator e o processo copiar x colar na internet definirá, efetivamente, um novo modelo para a autoria e a comercialização de bens. Ao mesmo tempo, a expansão das duplicadoras pessoais (cada vez mais sofisticadas e mais baratas) torna inviável controlar a reprodução das obras impressas. O copyright tradicional está condenado. Os que os postulam e buscam os tribunais para fazer valer os contratos firmados deveriam arregaçar as mangas e buscar outra saída. A velha fórmula caducou de vez”. (Id., p. 212).



É este caminho que se tentará construir. Não é de hoje que se busca um ponto de equilíbrio entre a defesa dos titulares de Direitos Autorais e do interesse da sociedade, harmonizando os interesses e concretizando os ideais humanos básicos nesse âmbito, quais sejam os de aperfeiçoamento intelectual dos seres e de integração e desenvolvimento das nações.<sup>798</sup>

### 5.3 DIREITO AUTORAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão originou-se, como o direito de informação, do preceito liberal da liberdade de palavra. Basta recordar o gosto desenvolvido na cultura helênica pelo uso da palavra nas assembleias públicas, o que era reconhecido a todos os cidadãos.<sup>799</sup> A liberdade de palavra engloba a liberdade de pensamento, pois não teria sentido a liberdade de pensamento sem a liberdade de sua emissão.<sup>800</sup> Tanto a liberdade de expressão como a de pensamento têm relação estreita com o Direito Autoral, ambos ganhando impulso histórico a partir da invenção da máquina impressora por Gutenberg. Neste sentido, “en este orden de ideas, es donde la libertad de expresión y la libertad del pensamiento se convierten en requisitos sin los cuales no es posible pensar en la creación intelectual. El hombre para crear, necesita de un régimen que le permita la creatividad y por tanto que le garantice la libertad de pensamiento y de expresión”.<sup>801</sup>

<sup>798</sup> Conforme BITTAR, Carlos Alberto. Autonomia científica do Direito de Autor. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, USP, v. 89, p. 98, jan./dez. 1994. Quase uma década antes, este mesmo autoralista já reconhecia o conflito entre os dois lados, pois “o Direito de Autor reflete o mesmo posicionamento de outros direitos privados, que têm sofrido o influxo do interesse coletivo, o qual, paulatinamente, vem traçando balizas ao espírito essencialmente liberal que o estruturou e o estratificou em norma”. [...] Salienta, ao depois, que isso “vem sobrepondo o interesse coletivo ao individual, com o estreitamento, cada vez maior, de seu campo de ação, por normas inspiradas por exigências públicas”. (\_\_\_\_\_. Direito de Autor e Interesse Público nos Países em Desenvolvimento. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, USP, v. LXXX, p. 125-6, jan./dez. 1985).

<sup>799</sup> FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 57-8.

<sup>800</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de Informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20. No mesmo sentido, de que há um vínculo muito forte entre a liberdade de expressão e a liberdade de pensamento e de opinião. Ela surge diretamente da liberdade de pensamento e de opinião. (PECES-BARBA, G.; SALCEDO, Tomas Quadra; MOHEDANO, José Maria; GONZÁLES, Pedro. *Sobre las libertades políticas en el Estado español* (Expresion, Reunion y Asociacion). Valencia: Fernando Torres-Editor, 1977, p. 31). Ainda na mesma linha, AZURMENDI, *Derecho de la Información: guía jurídica para profesionales de la comunicación*. Pamplona: Eunsa, 1997, p. 28.

<sup>801</sup> GARCÍA, Roberto Cantoral. El derecho de autor como derecho de la cultura. In: OMPI. Num novo mundo de Direito de Autor? Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, 2. *Anais*. Lisboa: OMPI/Cosmos, 1994, t. II, p. 1.039.

Consequência lógica foi a constitucionalização do princípio da liberdade de expressão em sua forma mais específica, a da liberdade de imprensa. Embora tenham surgido como se englobassem a mesma realidade, historicamente a informação passa a ter valor jurídico diferente da manifestação de pensamento, analisada como instituto próprio, já que não se confunde com a livre expressão de pensamento.<sup>802</sup>

Embora as fronteiras sejam tênues, é preciso não confundir as duas essências, de informação e expressão. Mesmo coexistindo em um mesmo veículo, com maior ou menor interação, devem ser examinadas sob pontos de vista opostos, pois uma é imparcial, outra é parcial, uma tem função social de contribuir para a elaboração do pensamento, a outra tem função social de difundir um pensamento ou um sentimento já elaborado.<sup>803</sup> Assim, a maioria avassaladora dos doutrinadores, filiados às mais variadas correntes, mesmo partindo de uma disciplina comum entre expressão e informação, logo chegam a uma distinção significativa entre os dois institutos: a veracidade e a imparcialidade da informação, e aí reside a fundamentação de um direito de informação que seja distinto em sua natureza da liberdade de expressão.<sup>804</sup> Enquanto a expressão de uma idéia, de uma opinião, de um pensamento não encontra necessariamente qualquer apego aos fatos, à veracidade, à imparcialidade, atributos que não lhe cumpre preencher, a informação, contrariamente, como bem jurídico que é, não pode ser confundida com simples manifestação de pensamento. Aquele que veicula uma informação, ou seja, quem divulga a existência, a ocorrência, o acontecimento de um fato, de uma qualidade, de um dado é responsável pela demonstração de sua existência objetiva, despida de qualquer apreciação

---

<sup>802</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 20-1. Há autores, como Bastos, que fazem preceder a liberdade de pensamento das demais, sendo fundamento delas: “A liberdade de pensamento, ou de opinião, é qualificada por alguns autores como simultaneamente primária e primeira, isto pelo fato de aparecer cronológica e logicamente antes de outras liberdades que não são senão um consectário seu. A própria liberdade de imprensa permite, por outro lado, a comunicação das opiniões. Aqui, a liberdade secundária amplifica a primeira ao mesmo tempo em que sobre ela se funda”. (BASTOS, Celso Ribeiro. A liberdade de expressão e a comunicação social. *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 49, jul./set. 1997).

<sup>803</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 26.

<sup>804</sup> É o que faz Barroso, reconhecendo que a liberdade de informação está relacionada ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado, enquanto a liberdade de expressão tutela o direito de externar idéias, opiniões, juízos de valor e manifestações do pensamento em geral. Reconhece o autor citado que, seja na sua dimensão individual e especialmente na coletiva, as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, justificando-se, desta forma, sua posição de preferência em tese – não de superioridade – em relação aos direitos individualmente considerados. (BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 235, p. 35, jan./mar. 2004).

peçoal.<sup>805</sup> Embora utilizando outra nomenclatura, Farias labora no mesmo sentido ao fixar que a liberdade de expressão tem como objeto a manifestação de pensamentos, idéias, opiniões, crenças<sup>806</sup> e juízos de valor, enquanto a liberdade de comunicação tem como objeto a difusão de fatos ou informações. A significação concreta desta dicotomia está na delimitação das responsabilidades oriundas de uma ou de outra. A liberdade de expressão, tendo conteúdo subjetivo e abstrato, não se encontra submetida ao limite interno da verdade, enquanto a liberdade de comunicação, constituída por conteúdo objetivo, é suscetível de comprovação de veracidade, esta compreendida em seu jaez subjetivo. Vale dizer, em um Estado Democrático de Direito se espera do emissor de uma notícia, como postura denotadora de apreço pela verdade, o diligente contato com todas as fontes, para exame e confrontação delas, bem ainda com o uso de todos os meios disponíveis indispensáveis à confirmação da idoneidade do fato anteriormente à sua veiculação.<sup>807</sup>

Miranda, mesmo partindo de um reconhecimento de certa imbricação, conclui que liberdade de expressão e informação e liberdade de comunicação social não se confundem. Primeiramente, a liberdade de expressão (de expressão do pensamento) decorre da liberdade de pensamento, sendo sua manifestação – a exemplo de várias outras, como a palavra, a escrita, a imagem – uma garantia. Diverso é o alcance da liberdade de comunicação social, pois, sendo em si mesma liberdade de expressão e de informação pelos meios específicos da comunicação social, tem ligação igualmente com outros direitos, como a liberdade de associação e a de iniciativa econômica<sup>808</sup>. A liberdade de expressão apresenta-se essencialmente individual, mesmo quando exercida sob formas institucionalizadas; a liberdade de comunicação social é uma liberdade institucional (por depender de organização de empresa), mesmo que seu exercício dependa sempre, em

<sup>805</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 25. O problema da veracidade e da imparcialidade na Informação parece ser global, como se vê na crítica feita por Villanueva, a partir da realidade mexicana. (VILLANUEVA, Ernesto. *Temas selectos de Derecho de la Información*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 110-2).

<sup>806</sup> Neste particular, entre tantas de bom quilate, remete-se para MARSHALL, Paul... [et al.]. *Liberdade religiosa em questão*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

<sup>807</sup> FARIAS, Edilson. *Liberdade de... Op. cit.*, p. 279-80. Antes, o autor reconhece que há certa imprecisão terminológica em torno do tema, e os fatos exemplos de expressões que oferta o comprovam: “A difusão de pensamentos, idéias, opiniões, crenças, juízos de valor, fatos ou notícias na sociedade tem tido e ainda mantém várias denominações na doutrina, na jurisprudência e na legislação: liberdade de pensamento, liberdade de palavra, liberdade de opinião, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de expressão e informação, direito à informação, liberdade de informação jornalística, direito de comunicação, liberdade de manifestação de pensamento e da informação, dentre outras. Tal profusão de nomes só faz majorar as imprecisões e a insegurança jurídica sobre o assunto, já em si tendencialmente polêmico” (Id., p. 52).

<sup>808</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 398.

maior ou menor medida, de atos de pessoas individualmente consideradas, como os jornalistas, os colaboradores, os leitores, os telespectadores.<sup>809</sup> Ambas, liberdade de expressão e liberdade de informação, estão situadas plenamente no campo dos direitos fundamentais.<sup>810</sup>

A liberdade de expressão é também associada por alguns à liberdade de pensamento e aos direitos humanos, como faz Aguiar, salientando que “la libertad de pensamiento y de expresión, ‘que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección’, es asimismo un derecho humano”.<sup>811</sup>

Como se verá adiante com relação aos demais institutos que potencialmente conflitam com o Direito Autoral, a liberdade de expressão é um direito fundamental, o que autores já salientavam muito antes do atual período de democracia no qual se vive,<sup>812</sup> indiscutivelmente com vínculos diretos com a dignidade da pessoa humana.<sup>813</sup>

O Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, adotado na mesma data pela Assembléia das Nações Unidas, estabeleceu, no seu artigo 19, os princípios atinentes ao direito fundamental de opinião:

<sup>809</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de... Op. cit.*, p. 399.

<sup>810</sup> *Idem*, p. 400.

<sup>811</sup> AGUIAR, Asdrúbal. *La libertad de expresión: de Cádiz a Chapultepec*. Caracas: Sociedad Interamericana de Prensa/Universidad Católica Andres Bello, 2002, p. 9-10. O autor adotado faz esta afirmativa a partir do artigo 13 do Pacto de São José. Na seqüência, ampara-se na Carta Democrática Interamericana, que “menciona a la libertad de expresión y de prensa como uno de los componentes fundamentales de la democracia; y, al predicar, por ende, que la democracia deja de ejercerse cuando faltan o se deterioran dentro de su seno la libre expresión del pensamiento o el derecho a transmitirlo e informarlo a los terceros por cualquier vía y sin censuras, no hace sino regresar a las fuentes de la democracia, con un claro propósito de reconciliación y de enmienda históricas” (Id., p. 10).

<sup>812</sup> Como PEREIRA, J. *A comunicação e o direito de expressão*. São Paulo: Hemus, 1970, p. 11-2.

<sup>813</sup> Na visão de Echavarría, a liberdade de expressão tem uma dimensão individual e um aspecto político, sendo que “el primer aspecto liga este derecho al principio de la dignidad de la persona, el segundo al principio democrático. El derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental porque, como dice bellamente Dworkin, deriva de la idea de dignidad de la persona humana y de su derecho a un trato igual que no desmerezca de esa dignidad... El privar a un hombre de su derecho a comunicarse libremente lesiona gravemente su dignidad, pues le condena al aislamiento – él, que es un ser locuaz y comunicativo, que puede hablar y le gusta que le hablen – y al empobrecimiento intelectual y moral, al embrutecimiento individual y colectivo, que, como Stuart Mill viera, es el resultado de la ausencia de debate de la imposición dogmática de ideas” (ECHAVARRIA, Juan Jose Solozabal. Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, v. 8, n. 23, p. 140, mayo/ago. 1988).

1. Ninguém pode ser perturbado pela sua opinião.
2. Toda a pessoa tem direito à sua liberdade de expressão.
3. O exercício das liberdades envolve direitos e responsabilidades especiais.
4. Portanto, seu exercício pode ser submetido a certas restrições fixadas por lei e que sejam necessárias: a) ao respeito dos direitos e da reputação de outrem; b) à salvaguarda da segurança nacional, à ordem pública, à saúde e moralidade públicas.<sup>814</sup>

O sistema de valores que conforma a liberdade de expressão, no dizer de Farias, leva à formatação de seus três princípios. O primeiro, a que denomina “princípio forte”, tem a ver com a idéia de conjugação da liberdade espiritual (dimensão pessoal) com a liberdade política e democrática (dimensão comunitária), as quais, somadas, resultam no fortalecimento da liberdade de expressão e comunicação como princípio jurídico-constitucional. Desta forma, as raízes da liberdade de expressão e comunicação não devem ser vistas de forma isolada, mas como um sistema integrado, cada uma delas necessária, porém insuficiente de *per si*. Esta concepção leva ao enquadramento de referida liberdade no marco de uma cultura aberta na qual a imaginação humana, nos campos artístico, científico, religioso, filosófico e político, poderá fluir livremente.<sup>815</sup> O segundo princípio é o da incensurabilidade e, como a própria expressão já indica, aponta para o sentido de que a liberdade de expressão e comunicação não seja subjugada a nenhuma forma arbitrária de restrição, sendo inadmissível qualquer forma de censura, seja estatal ou privada, prévia ou posterior. O terceiro é o princípio do pluralismo, assentado na idéia de que é necessária a existência de muitas pessoas comunicando-se, para que haja uma ampla divulgação da variedade de idéias e de pontos de vista. A escassez de diversidade na difusão de idéias e notícias na realidade social inexoravelmente levará ao empobrecimento da cultura cívica. Várias são as conseqüências deste pluralismo, entre elas um melhor preparo e instrução adequada dos cidadãos para o enfrentamento de situações pessoais e coletivas, e o conhecimento, por parte da população, dos direitos fundamentais. Neste aspecto, é mister referir que, se existe liberdade de expressão e comunicação, existe igualmente um direito fundamental à expressão e comunicação pluralistas.<sup>816</sup>

---

<sup>814</sup> RIBEIRO, José Manuel Coelho. Direito de Informação. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, v. IV, n. 6, jan. 1985, p. 102.

<sup>815</sup> FARIAS, Edilsom. *Liberdade de... Op. cit.*, p. 75-7.

<sup>816</sup> Idem, p. 79-80. Este aspecto tem mão dupla, tanto no sentido de que deve ser possibilitado pluralismo de expressão ativo (de fornecimento), como passivo (de receptação), sendo paradoxal e ao mesmo tempo interessante que aí é o consumidor da expressão dirigida das mais variadas formas que se torna o sujeito ativo. Em tal norte caminha aquilo que Ferraz Junior, com suporte em doutrina alemã, denomina ‘direito à autodeterminação informacional’, que não é um direito privatístico do indivíduo que se põe à parte da sociedade, mas visa possibilitar a cada um uma participação em processos de comunicação, sendo

Mudando um pouco o norte, uma temática recorrente em sede de liberdade de expressão, que se retomará oportunamente, ainda neste capítulo, e com farta produção doutrinária, tanto interna como internacionalmente, é a possibilidade de se atingir a imagem e honra de pessoas, alegadamente sob amparo da liberdade de expressão, configurando-se aí o conflito de dois direitos protegidos. Vingou, no início da discussão, a idéia de que no conflito entre os interesses particulares e os coletivos deveriam preponderar estes, a partir da idéia que o coletivo há de se sobrepor ao individual, e o público sobre o privado.<sup>817</sup> No entanto, analisando a temática atinente ao conflito entre direito à informação e direito à honra, na Espanha, Gutiérrez dá conta que: “Puede concluirse que el Tribunal Constitucional no ha seguido una postura unitária, habiendo evolucionado desde posiciones en que hacia preponderar el honor, intimidad y la propia imagen a la libertad de expresión e información, hasta las más recientes en las que estas libertades gozan de carácter prevalente”.<sup>818</sup>

Como a liberdade de expressão certamente deve estar relacionada à “liberdade de publicar expressão”, ou, em última análise, evitando-se a redundância, em “possibilidade de expressar-se”, uma das tantas discussões acirradas que gravitam em torno da temática (e até de informação, educação e cultura, para quem as fornece) está centrada nas instalações das chamadas “rádios comunitárias”, que enfrentam severa reação dos organismos de radiodifusão tradicional. Neste sentido, decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região indica a não-caracterização de crime, embora, na esfera judiciária superior, o STJ manifeste entendimento contrário.<sup>819</sup>

---

relevante a idéia de autonomia, pois a liberdade “não é ser livre dos outros, mas liberdade por intermédio dos outros”, demonstrando-se de modo significativo nas modernas relações comunicacionais a idéia de extensão da liberdade em reciprocidade. (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 242-3).

<sup>817</sup> Como faz ver CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. *El derecho fundamental al honor*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 171. Outro que trabalha nesta perspectiva, na realidade espanhola, é Gutiérrez, noticiando uma tendência, no Tribunal Constitucional daquele país de uma interpretação expansiva do direito à informação em detrimento do direito à honra, bem é verdade que atendendo sempre às circunstâncias do caso concreto. (GUTIÉRREZ, David Ortega. *Derecho a la información versus derecho al honor*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 144). Sobre o tema na esfera penal: DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez. *Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor*. Madrid: Tecnos, 1987.

<sup>818</sup> GUTIÉRREZ, David Ortega. *Derecho a la... Op. cit.*, p. 141-2.

<sup>819</sup> Consoante MELO, Mônica de; PFEIFER, Roberto Augusto Castellanos. Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos nos Direitos Cíveis e Políticos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 345-6. Os acórdãos poderão ser obtidos na íntegra na obra indicada. TRF 3ª Região, RHC 96.03.0.602-2, julgado em 19 mar. 1997; STJ 6ª T, REsp. 178.607, j. 7 jun. 1999.

A realidade que liga a liberdade de expressão ao Direito Autoral é cada vez mais próxima. Como abordam Lucas e Lucas, a liberdade de expressão permite empréstimos, a título de citações ou paródias, por exemplo, que deveriam normalmente ficar na órbita do monopólio. O direito ao respeito à vida privada será invocado para apoiar as exceções (limitações) concernentes ao uso privado. E, sobretudo, é cada vez mais invocado aquilo que esses autores designam como “o direito do público à informação”, fundamentado, notadamente, no artigo 10.1 da Convenção Européia dos Direitos Humanos.<sup>820</sup>

A principal questão que se põe é se o Direito Autoral é um motor ou um freio à liberdade de expressão, já que especialmente nos Estados Unidos se construiu a tese de que era seu motor, enquanto na prática se vê o contrário.<sup>821</sup> Haveria, no dizer de Ascensão, uma conotação positiva no sentido de que o Direito Autoral emana da liberdade de expressão, ou o contrário, e outra, negativa, no sentido de que o Direito Autoral afeta a liberdade de expressão.<sup>822</sup>

Na continuidade, uma visão de três destes institutos, concebidos como direitos, e sua possível conflitação com o Direito Autoral.

#### 5.4 DIREITO AUTORMAL E DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação<sup>823</sup> é outra das tantas áreas que mantém estreita ligação com o Direito Autoral. Em geral, o direito subjetivo à informação está integrado por três

<sup>820</sup> LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*. 2. ed. Paris: Litec, 2001, p. 255.

<sup>821</sup> GEIGER, Christophe. Em palestra ministrada no Congresso da Asociación Literária y Artística para la Defensa del Derecho de Autor – ALADDA. Universidade de Barcelona, 19 jun. 2006 [assistida pelo autor desta tese]

<sup>822</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Em palestra ministrada no Congresso da Asociación Literária y Artística para la Defensa del Derecho de Autor – ALADDA. Universidade de Barcelona, 19 jun. 2006 [assistida pelo autor desta tese]

<sup>823</sup> Há quem questione a expressão, como Ferreira, que os considera um prolongamento do direito à educação, e para o qual “os termos ‘informação’ e ‘comunicação’ são ambíguos, sendo empregados para significar ora uma ação ou atividade, ora o correspondente produto, efeito ou resultado, e apresentando-se comumente como sinônimos. A análise etimológica evidencia a impropriedade do uso da palavra ‘informar’ com o significado de dar ou prestar informação: ‘informar’ é ‘dar forma’, ‘pôr em forma’; logo, não envolve a noção de emitir ou transmitir; esta noção está presente na palavra ‘comunicar’, que etimologicamente significa ‘pôr em comum’, ‘tornar comum’ e que supõe troca, logo, transmissão. Pode-se empregar os termos ‘comunicação’ e ‘informação’ para significar o conceito de ‘interação humana simbólica’, a palavra ‘comunicação’ é a que melhor exprime a complexidade e a processualidade desse fenômeno, sendo o vocábulo ‘informação’ o apropriado para designar o conteúdo da comunicação” (FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 273).

faculdades: de investigar, de difundir e de receber,<sup>824</sup> embora em decorrência das exigências de formação, tempo e meios materiais que são necessários para seu exercício a maior parte das pessoas delegue as faculdades de investigar e de difundir e exercite somente aquela de receber.<sup>825</sup> Forçoso, neste instante, apesar das linhas próprias naturalmente seguidas por cada autor, reconhecer as imbricações ocorrentes entre a liberdade de informação em sentido amplo e outros institutos, pois, como afirma Machado, “situa-se num ponto de cruzamento de vários direitos fundamentais”.<sup>826</sup>

Carvalho parte de uma cuidadosa análise da superação da dicotomia público *versus* privado, como aqui já se fez no capítulo 1, para chegar até a nova idéia da informação, concebida como liberdade já reordenada, devendo ser inserida em um novo ramo do Direito, o Direito de Informação, que se caracteriza de um lado pelo direito à informação, e de outro, pela maior responsabilidade imposta aos órgãos informadores, exatamente pela sua situação peculiar de atuarem na linha sensível desta controvérsia entre os interesses públicos e individuais, no ápice da discussão entre o que deve ser publicado e o que não pode ser publicado.<sup>827</sup>

Neste considerar, o estudo sistemático do Direito de Informação, dentro das modernas tendências do Direito, representadas pela crise da dicotomia entre público e privado e pela constitucionalização dos vários sub-ramos do Direito, fornece ou acrescenta àqueles interesses envolvidos uma faceta, verdadeiramente uma terceira via, qual seja, a dos interesses difusos, relacionados à satisfação de interesses da comunidade, pertencentes a todos sem possibilidade de exclusão.<sup>828</sup> Neste particular, “do interesse público, nutre-se da proeminência sobre os interesses privados; do interesse privado, aproveita a noção de indispensabilidade para o livre e completo desenvolvimento do ser humano, como ente

---

<sup>824</sup> Sobre o direito de receber informação e comunicação, embora adiante se volte ao tema, SOUSA, Mauro Wilton de (Org.). *Sujeito, o lado oculto do receptor*. São Paulo: Brasiliense, 2002; e ainda SECLAENDER, Airton C. Leite. O direito de ser informado – Base do paradigma moderno do Direito de Informação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 25, n. 99, p. 147-59, jul./set. 1991.

<sup>825</sup> MAÑERO, Cristina López. *Información y dolor: Uma perspectiva ética*. Pamplona: Eunsa, 1998, p. 29.

<sup>826</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 472. O autor entende que a liberdade não deve ser referida de forma unidimensional às questões de interesse público e de relevo político, abrangendo todos os subsistemas de acção social em que a pessoa humana se realiza. Ele faz vinculação com a liberdade de imprensa e de comunicação social, bem como com a garantia dos direitos dos jornalistas (Id., p. 473-4).

<sup>827</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 14.

<sup>828</sup> Idem, p. 308.



individual”. Além dessa tênue linha divisória do interesse público e do interesse privado, há que impor ao órgão informador uma conduta ética.<sup>829</sup>

Embora sejam várias as nuances atinentes à informação, adota-se em boa parte a profunda investigação empreendida por Carvalho, para quem Direito de Informação:

[...] é o sub-ramo do direito civil, com assento constitucional, que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa, sua voz ou sua imagem, à coisa, a serviço ou a produto, para um número indeterminado e potencialmente grande de pessoas, de modo a poder influir no comportamento humano e a contribuir na sua capacidade de discernimento e de escolha, tanto para assuntos de interesse público, como para assuntos de interesse privado, mas com expressão coletiva.<sup>830</sup>

Como ponto de partida do conceito adotado, saliente-se que aquela que interessa na idéia global de Direito à Informação é a informação pública. A informação privada está vinculada ao Direito Obrigacional, geralmente oriunda de relação contratual.<sup>831</sup> Informação pública, então, tem uma conotação de informação disposta ao público, disponível ao público e acessível ao público. Entre elas, a informação publicitária, a informação de dados, a informação oficial e a informação jornalística. Todas são informações públicas, pois disponíveis ao público.<sup>832</sup>

<sup>829</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 15. Sobre um certo paradoxo entre a autonomia que devem ter em relação ao Estado a imprensa, por um lado, e a vinculação que se vê, por outro, a determinado modelo econômico, as observações de FISS: “La prensa de propiedad privada está libre del control estatal, lo cual es, por supuesto, algo bueno; pero se halla estreñida por la estructura económica en la que está inserta. Al igual que otros empresarios, los propietarios de periódicos, de televisiones o de emisoras de radio buscan maximizar los ingresos y minimizar los costes. En definitiva, quieren obtener un beneficio, y sus decisiones acerca qué debe ser objeto de información y como debe informarse están determinadas en gran medida por este deseo. El mercado, al ejercer presión sobre la prensa, puede provocar que ésta sea tímida en su crítica del gobierno o de ciertos candidatos a cargos públicos, cuando las políticas gubernamentales o la posición de esos candidatos favorecen sus intereses económicos. Em otros casos, la influencia puede ser más sutil: un simple deseo de maximizar los beneficios puede llevar a la prensa a dejar de lado cuestiones que deberían ser aireadas, pero que no generan los beneficios deseados”. (FISS, Owen. *La ironía de la libertad de expresión*. Madrid: Gedisa, 1996, p. 73-4). Uma das realidades de se questionar, em torno do gigantesco mundo da mídia em geral, é a concentração da comunicação em pouquíssimas empresas, temas ao qual se retornará na seqüência. A concentração dos meios de comunicação e a partir daí da opinião pública se dá não somente no nível interno, como igualmente no externo, como faz ver Lage em ponto que intitula “O Oligopólio da Informação”, analisando a concentração da informação também nas mãos das grandes agências internacionais de notícias. (LAGE, Nilson. *Controle da opinião pública: um ensaio sobre a verdade conveniente*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 367-71).

<sup>830</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 144.

<sup>831</sup> Neste particular, o exato exemplo trazido por Carvalho das empresas que fornecem as notas de expediente aos advogados que as contratam previamente, para que estes acompanhem as publicações de decisões nos seus processos. (Id., ib.).

<sup>832</sup> Ibidem, p. 144-5. Por oportuno, descreve-se o quadro de liberdades e garantias que devem integrar este direito à informação, na sua cariz jornalística, na visão de Ribeiro: “a) a liberdade de acesso às fontes oficiais de informação; b) a garantia do sigilo profissional; c) a liberdade de publicação e difusão; d) a

Embora amplamente debatida a interpretação em torno do objeto da informação, parte-se, mais uma vez com amparo no autor antes indicado, que é o fato, ou seja, a mensagem objetiva de algo concreto, real, palpável que acontece, e assim submete-se à prova de existir ou ter existido. Como parte do fato objetivo tem-se os dados e as qualidades, também objetivas, de pessoa, coisa, serviço ou produto.<sup>833</sup> Em relação à abrangência, ele deve atingir, senão toda, ao menos uma boa parcela da comunidade, aí estando caracterizada sua natureza de direito difuso. Se não atingir todas as pessoas de determinada comunidade, ao menos estará potencialmente disponível para atingi-las.<sup>834</sup>

O quarto aspecto do conceito adotado na verdade é o ponto nevrálgico das preocupações jurídicas em torno do Direito de Informação. A informação é juridicamente relevante quando vinculada à capacidade de discernimento e de comportamento dos seres humanos. A opulência da informação e o exacerbado poder de persuasão que sua reiteração exerce é o fator que a torna objeto de proteção, para que as pessoas não sejam levadas a assumir comportamentos que não correspondam a uma exata compreensão da realidade, nem a ter sentimentos que não se apoiem na situação fática real. Como consequência, a informação de qualquer tipo, seja a publicitária, a jornalística<sup>835</sup> ou a oficial devem corresponder exatamente à realidade do produto, serviço, fato ou ato divulgados.<sup>836</sup>

---

liberdade de expressão; e) a liberdade de concorrência; a garantia de independência do jornalista profissional e da sua participação na orientação da publicação jornalística”. (RIBEIRO, José Manuel Coelho. *Direito de... Op. cit.*, p. 113).

<sup>833</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 145-6. O autor justifica a inserção, nesta teorização, da imagem e voz humanas a partir daquilo que denomina, a partir da Itália, de “*multimedialidade*”, enfatizando a possibilidade de criação de bancos de dados de imagens ou de vozes humanas (p. 146). Neste aspecto, ressalte-se ainda que a Constituição Federal, na seqüência do inciso em que regula o Direito Autoral, prevê na alínea “a” do inciso XXVIII do seu artigo 5º que são assegurados, nos termos da lei: “a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”.

<sup>834</sup> *Idem*, p. 146-7.

<sup>835</sup> A informação jornalística, em decorrência de sua amplitude e importância, certamente é a que mais chama atenção, e onde estas questões em torno da veracidade assumem maior relevância, como adequadamente ilustram Verri, Paulino e Garcia: “Os profissionais da imprensa devem agir com ética, conscientes da natureza social e da finalidade pública de sua atividade, devendo seguir o rol de deveres inserido no Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros: a) divulgar todos os fatos que sejam de interesse público; b) lutar pela liberdade de pensamento e expressão; c) defender o livre exercício da profissão d) valorizar, honrar e dignificar a profissão; e) evitar divulgar fatos com interesse de favorecimento pessoal, para obter vantagens econômicas, de caráter mórbido ou contrários aos valores humanos; f) ouvir sempre, antes de divulgar os fatos, todas as pessoas objeto de acusações não comprovadas, promovidas por terceiros e não suficientemente demonstradas ou verificadas; e g) tratar com respeito todas as pessoas mencionadas nas informações a divulgar”. (VERRI, Marina Mezzavilla; PAULINO, Carlos Ernesto; GARCIA, Carlos Roberto Diogo. *A liberdade de expressão frente ao direito de intimidade: Uma necessária ponderação constitucional de direitos fundamentais*. In: TEOTÔNIO, Paulo José Freire; DINALLI, A. (Coord.). *Direitos Humanos, Sociedade e Reforma do Estado*. Campinas: Millennium, 2006, p. 164).

<sup>836</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 148.

Por derradeiro, no que concerne ao quinto item, interessam juridicamente os assuntos de interesse público e aqueles assuntos privados com expressão coletiva. Neste particular, uma mudança que é visualizada nos últimos tempos, com o público deixando de ser estatal para ser comunitário, e o privado deixando de ser isolado para igualmente ser comunitário. Os assuntos de interesse público são aqueles concernentes às escolhas que a pessoa deve fazer, como membro de sua comunidade, que interessam às demais e nelas interferem, e ainda que influenciam e interferem no atinente à sua organização política e social. São opções políticas decorrentes da vida em sociedade, que constroem a opinião pública correspondente à opinião coletiva do grupamento social, que governa não só a atividade privada, mas igualmente a atividade pública. Os assuntos de interesse privado de significação coletiva são aqueles considerados importantes para o desenvolvimento da sociedade.<sup>837</sup>

Quanto a seu conteúdo, destacam-se básica e sinteticamente cinco componentes: faculdade de investigar, dever de informar, direito de informar, direito de ser informado e faculdade de receber ou não a informação. No primeiro aspecto, trata-se da faculdade de investigar a procedência e a correção da informação, bem como de investigar para melhor informar. Este é um caminho cristalino e democrático. Geralmente, a investigação da veracidade da informação é feita pelo próprio destinatário, o que se verifica, exemplificando, no Direito do Consumidor e na informação de cunho jornalístico. O controle pelo consumidor é feito antes e depois de efetivada a compra do produto ou serviço. Na esfera jornalística isso também ocorre, embora com menos instrumentos e menor amplitude pelo destinatário final, acrescentando-se que não há órgãos de defesa do receptor.<sup>838</sup>

Além de um direito, a informação pode ser um dever. No caso da publicidade, o anunciante tem o dever de informar corretamente os dados e qualidades do produto ou serviço disponibilizado, inclusive aqueles que possam pôr em risco a saúde ou a segurança do consumidor. Na Administração Pública, como decorrência lógica do Princípio da Publicidade consagrado constitucionalmente, o dever de informar os atos e demais decisões do administrador, como concursos públicos, licitações *etc.*; no relativo aos bancos de dados, o direito que cada pessoa tem de obter seus dados lá cadastrados e, conseqüentemente, o

---

<sup>837</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 149.

<sup>838</sup> *Idem*, p. 150.

banco tem o dever de informá-los.<sup>839</sup> Desta forma, ao contrário e uma idéia voltada tão-somente a uma informação descompromissada, nas relações de consumo ela constitui um dever, nessa perspectiva as várias previsões neste sentido no Código Consumerista.<sup>840</sup>

O direito de informar é da essência do Estado Democrático de Direito, como decorrência lógica do consagrado princípio da liberdade de expressão e de informação em todas as suas formas.<sup>841</sup> Há uma ligação entre ambos, pois a sistematização do direito de informação passa necessariamente pela discussão do direito de informar, como pressuposto lógico de qualquer tratamento atinente à matéria. Em sede de atividade publicitária, este direito se mostra da liberdade concorrencial e na possibilidade de anunciar, salvo quando encontre óbice em vedação expressa (fumo, álcool, propaganda abusiva ou enganosa). No relativo à informação jornalística, este direito é mais latente, diante do interesse público no acesso ao que é noticiado, o que impõe inclusive ao poder público o dever de não cerceá-las, ou seja, um dever de abstenção. Na informação de dados vigora igualmente a livre circulação deles, desde que não atinjam eventuais direitos de personalidade.<sup>842</sup>

O direito de ser informado, embora em alguns de seus aspectos não encontre clara previsão legislativa, é uma faculdade que se mostra igualmente bem perceptível em um Estado Democrático de Direito.<sup>843</sup> Este direito pode gerar-se tanto na esfera privada, pela via contratual, como da própria ordem jurídica como imposição em prol da comunidade. Relativizando-se alguns resquícios e privatismo exacerbado,<sup>844</sup> como se propõe a

<sup>839</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 151.

<sup>840</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O princípio da vinculação contratual da publicidade: Características e interpretação do negócio da oferta no microsistema do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 52.

<sup>841</sup> Machado, com mesma racionabilidade, mas com expressões distintas, afirma que “o mesmo encontra-se intimamente relacionado com a liberdade de imprensa e de comunicação social e com os direitos dos jornalistas”. (MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de... Op. cit.*, p. 474).

<sup>842</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 152.

<sup>843</sup> Machado acentua este aspecto: “No direito a ser informado é patente a dimensão política democrática, a par de sua referência individual. É que só o cidadão bem informado está em situação de construir seu próprio juízo e de participar no processo democrático da maneira pretendida pela Constituição”. Para ele, “o direito de ser informado inclui não apenas os conteúdos de natureza política, mas também econômica, cultural, religiosa, desportiva, artística, etc. da mais diversa proveniência”. Ele avança, dizendo que hoje se deve falar na garantia do acesso à informação em suas mais variadas formas, não somente na escrita, chegando a propor um direito à informação multimídia, que abranja igualmente as imagens e os sons. (MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de... Op. cit.*, p. 476-8).

<sup>844</sup> Há uma claríssima função social da informação, como enfatiza Mota: “La máxima expresión de la comunicación colectiva en la sociedad actual, altamente institucionalizada, la constituyen los medios informativos. A través de ellos se realiza un diálogo permanente entre todas las fuerzas que operan en la sociedad. La información, y muy especialmente la Prensa hasta el presente, es el vehículo a través del cual se expresa el informador, el escritor y el gobernante pero, al mismo tiempo, es el eco de las voces anónimas

investigação em andamento em sede de Direitos Autorais, deve-se reconhecer que a concepção da correlação direito-dever como uma relação específica não se presta mais ao Direito moderno, que deve resolver os conflitos de massa, compor interesses de vários grupos, e ainda contribuir para uma sociedade fundada em um Estado Social.<sup>845</sup> Embora no Direito do Consumidor este direito se mostre de forma clara, é preciso avistá-lo de forma mais efetiva em outros domínios, como no jornalismo, para exemplificar. Nesta área, onde indiscutivelmente a evolução deve ser acentuada, ele se manifesta na pluralidade que deve ser notada no jornalismo que certamente toda sociedade quer ver, bem intencionado, divulgando a opinião de todos os interesses envolvidos, as versões de todos os envolvidos, divulgando opinião dos receptores,<sup>846</sup> oportunizando direito de resposta, apenas para exemplificar.<sup>847</sup>

Por fim, a faculdade de receber a informação tem relação direta com o sentido de proibição de monopólio, e como garantia de pluralismo. Mais uma vez, no Direito do Consumidor esta realidade se mostra mais crível, pois o consumidor pode optar entre receber ou não receber determinada informação. Na informação pública ela não deve ser monopolizada, sendo repudiada a informação oficial uníssona, estando esta também sujeita à investigação. No que diz respeito à informação jornalística, ao menos juridicamente e como ideal fáctico, sua vinculação à pluralidade de órgãos de comunicação e informação, vedados os monopólios e oligopólios, e ainda em decorrência da imposição de concorrência para a concessão de canais de televisão e estações de rádio,<sup>848</sup> e na busca da

---

de un público que protesta o que muestra sus reservas o que asiente. La información es una actividad social con repercusiones políticas que persigue un fin específico en el ser humano. Como tal fin social refleja un valor y depara una utilidad; en otras palabras, la información se manifiesta como un bien. El objetivo de este bien es servir al derecho fundamental de saber, de conocer, que justifica la libertad de información". (MOTA, Ignacio H. de la. *Función social de la Información*. Madrid: Paraninfo, 1988, p. 159).

<sup>845</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 153-4.

<sup>846</sup> Embora, como referem Melo e Silva, este mecanismo seja praticamente o único adotado pela mídia em geral no Brasil, que possibilite uma participação do público-alvo de suas atividades. (MELO, José Marques de; SILVA, Carlos Eduardo Lins da. *Sociedade Civil, direito à informação e direito de opinião. Ciência e Cultura*, São Paulo, Revista dos Tribunais/SBPC, v. 42, n. 10, p. 951, out. 1990).

<sup>847</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 154. Certamente neste aspecto centra-se, de igual modo, o que carrega Ribeiro, que "notícia vem de *notus*. Conhecer, detectar, perceber. O facto transmissível pode ser social, político, econômico, cultural, histórico, etc., e deve corresponder no seu tratamento da notícia, na sua mensagem, a exigências fundamentais. Deve ser verídico, objectivo, com interesse e actualidade e não deve aparecer distorcido ou falseado ao seu destinatário". (RIBEIRO, José Manuel Coelho. *Direito de... Op. cit.*, p. 98).

<sup>848</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 154-5.

interatividade com o público, centrando o poder de escolha no utilizador, na tecnologia digital da Sociedade da Informação.<sup>849</sup>

Entre os princípios básicos que regem as várias espécies e formas de informação tem-se a liberdade, a coletivização, o interesse público, a verdade, o pluralismo, e a responsabilidade. O Princípio da Liberdade mostra-se nas mais várias formas informacionais. Na área jornalística, mesmo sendo serviço público e assim necessitando de concessão, permissão ou autorização, e ainda da existência de outros requisitos, como qualidade de programação e condição pessoal dos proprietários da empresa, todo o restante fica ao encargo da empresa jornalística. Na informação pública esta liberdade confunde-se com o dever de agir e de informar, não deixa de haver liberdade quanto à oportunidade, modo ou forma de informar. O mesmo se vê na publicidade e na informação de dados, na primeira com ampla liberdade de criação e divulgação de mensagens, e na segunda vigendo o princípio por meio da livre escolha.<sup>850</sup>

Quanto ao Princípio da Coletivização, certamente é um dos mais importantes em torno da temática enfocada. Todos os processos e meios de comunicação estão voltados à sociedade, prestam um serviço social, existem em função e para satisfazer a sociedade. O próprio processo informativo é por natureza coletivo, massivo e visa atingir um número considerável de pessoas. Esta característica é essencial na distinção entre a informação privada e a informação pública. Qualquer análise sobre o Direito de Informação deve levar em conta este princípio.<sup>851</sup>

O Princípio do Interesse Público, como o próprio nome diz, ampara-se no fato de que a informação existe justamente para atender um interesse público. Como consequência, em qualquer tipo ou forma de informação seu fim sempre será o de atender uma necessidade humana que é coletiva: o compartilhamento de conhecimentos para igualizar

---

<sup>849</sup> No alerta de Zaffore: “Por otro lado, tampoco parece posible que los nuevos medios establezcan una relación claramente dialógica con el público, puesto que, aunque más personalizados, están regidos por las normas de la elaboración masiva y por un automatismo funcional bastante evidente. Es decir, no está claro que la tecnología pueda satisfacer en un futuro previsible el ideal dialógico; en todo caso, nos ofrecerá una ‘nueva masividad’, una masividad en cual el usuario pueda seleccionar la información que más específicamente le interesa o en la cual el momento del acceso a ella también pueda ser individualmente determinado por el usuario”. (ZAFFORE, Jorge. *La comunicación masiva*. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 31).

<sup>850</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 155-7.

<sup>851</sup> Idem, p. 157-8.

os seres humanos, no intuito de melhorá-los e assim alavancar o progresso social.<sup>852</sup> Embora muitas vezes na prática isso seja de difícil aplicação em alguns casos, o requisito da relevância pública serve para fechar o círculo da informação juridicamente protegida, excluindo a mera transmissão de fatos ou dados sem importância social.<sup>853</sup>

O Princípio da Verdade é outro de considerável relevância. A verdade e a transparência são deveres quando se trata de informação de qualquer tipo. Como aqui já se constatou, justamente aí está a diferença entre a informação e outras formas de expressão dos seres humanos, pois a informação deve ser real e demonstrável, enquanto a expressão humana não. Ela pode ser emocional, lógica, espiritual, irreal.<sup>854</sup> Desse modo, como antes já evidenciado, no ponto atinente à liberdade de expressão, embora tênues, há aqueles que interpretam de forma distinta as liberdades de opinião e de expressão. A expressão não carrega juízos e conclusões, sendo um fim em si; ou seja, enquanto a opinião exterioriza um juízo conceitual, uma afirmação de pensamento, a expressão está relacionada com a sublimação da forma das sensações humanas. Vale dizer, “por intermédio dela o indivíduo exterioriza suas sensações, seus sentimentos ou sua criatividade, independentemente da formulação de convicções, juízos de valor ou conceitos, como na hipótese já ventilada do direito de opinião”.<sup>855</sup>

O Princípio do Pluralismo é outro que deve ser verificado em todo tipo de informação. É, de fato, mais que um princípio do Direito de Informação; trata-se de um princípio político com reflexos em todo o ordenamento jurídico, especialmente marcando os direitos coletivos. Não há sociedade democrática sem pluralismo, já que o coletivo depende do plural para o estabelecimento do senso comum. Na informação publicitária ele é extrínseco, relacionado à liberdade de mercado e à livre concorrência, possibilitando ao consumidor maiores informações e mais possibilidades de escolha. A informação de dados é aberta a todos os que queiram criar bancos de dados, facilitando o processo informativo na medida em que faculta maior possibilidade de escolha. A informação pública tem esta característica na medida em que é acessível a todos os interessados em obtê-la, e não a grupos restritos. Relativamente à informação jornalística, ela deve ser plural, dando espaço

---

<sup>852</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 158.

<sup>853</sup> URÍAS, Joaquín. *Lecciones de Derecho de la Información*. Madrid: Tecnos, 2003, p.106.

<sup>854</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 158-9.

<sup>855</sup> NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997, p. 28-9.

às possíveis versões, em especial das pessoas diretamente envolvidas no evento noticiado, e com mais razão de pessoas supostamente prejudicadas, para oportunizar direito de defesa. Além disso, deve estar presente por meio de ações concretas dos meios de comunicação, em especial pela possibilidade de participação da sociedade, seja por meio direto (cartas, entrevistas) ou indireto, quando atende demanda específica de determinada localidade.<sup>856</sup>

No que atine ao Princípio da Responsabilidade, a regra geral é que os responsáveis pela prestação de informação ilícita devem indenizar o prejudicado. Tanto que a informação publicitária prevê a responsabilidade por publicidade enganosa ou abusiva, inclusive com inversão do ônus da prova que favorece o consumidor. A informação oficial regula a indenização a pessoas atingidas pela informação, e a informação jornalística tem regras próprias sobre a responsabilidade do agente informador. O mesmo diga-se com relação à informação de dados, pois se aplica à legislação consumerista.<sup>857</sup>

Este direito à informação, de certo modo, está umbilicalmente ligado a uma outra prerrogativa, qual seja, a liberdade de informação. Para Dotti, esta expressão somente tem sido utilizada na época contemporânea. Sua novidade, no entanto, é aparente, pois se trata de uma síntese das liberdades já há muito afirmadas quando o liberalismo proclamava a necessidade da informação, da liberdade de imprensa, a liberdade de divulgação de notícias e boatos e a liberdade para a colocação de cartazes. Na atualidade, as liberdades parciais continuaram indispensáveis, mas é necessário reuni-las em uma liberdade geral de informação que se relacione com todos os processos passados e futuros da ação informativa.<sup>858</sup>

Outro aspecto desta realidade que merece relevo é a utilização da moderna tecnologia para a realização de uma informação eficaz, do que muito têm se utilizado não somente as empresas privadas, como de igual forma a Administração Pública, nos últimos anos.<sup>859</sup> Embora muitas vezes restrito, pois o governo eletrônico diz respeito apenas a uma

---

<sup>856</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de... Op. cit.*, p. 160.

<sup>857</sup> *Idem*, p. 161.

<sup>858</sup> DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 155.

<sup>859</sup> Tapia aprofunda pesquisas em torno da possibilidade de utilização da técnica da Sociedade da Informação como meio efetivo de participação cidadã na Administração Pública, naquilo que denomina “governo eletrônico” (“*e-government*”). (TAPIA, Jorge Ruben Biton. *Cidadania e governo eletrônico: Algumas reflexões*. In: MELO, José Marques de; TARSITANO, Paulo Rogério; GOBBI, Maria Cristina; SATHLER, Luciano (Org.). *Sociedade do Conhecimento: aportes latino-americanos*. São Bernardo do Campo: UESP, 2005, p. 177-91). Na mesma obra coletiva, outra análise desta realidade: JOSGRILBERG, Fabio B. *Estratégias de inclusão digital e táticas cotidianas: O caso Acesso São Paulo*.



parte da relação entre sociedade e Estado, porque as estruturas de poder social e política e a participação democrática dependem de outros fatores e condições além daquelas meramente técnicas para sua efetivação, e ainda porque na maioria das vezes estão relacionadas a problemas de menor complexidade, e ainda muito ligadas à lógica da política tradicional. É preciso evoluir para um sistema onde se possam combinar inovações no plano da gestão econômica pública com a manutenção daqueles mecanismos tradicionais de interfaces com a cidadania.<sup>860</sup>

Não se pode negar que o direito em comento é um direito fundamental, indiscutivelmente vinculado, dada sua importância e indispensabilidade, à dignidade da pessoa humana.<sup>861</sup> Avulta, nesse contexto, destacar a utilização da informação como ferramenta, seja na esfera de relação administrativa com os entes estatais, como também para um melhor e mais eficaz acesso à justiça, como faz Rover,<sup>862</sup> entre outros.<sup>863</sup> Há, entretanto, os que fazem uma crítica pontual, como Boaventura Santos, que entende que a

*In: MELO, José Marques de; TARSITANO, Paulo Rogério; GOBBI, Maria Cristina; SATHLER, Luciano (Org.). *Sociedade do Conhecimento: aportes latino-americanos*. São Bernardo do Campo: UESP, 2005, p. 113-29. No Direito Comparado, o tema pode ser encontrado em DELPIAZZO, Carlos E. Dimension tecnológica de la participación del administrado em el Derecho uruguayo. *In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração Pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 117-38; e ainda em RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. La participación en la nueva ley de medidas para la modernización del gobierno local. *In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração Pública... Op. cit.*, p. 186-220.***

<sup>860</sup> TAPIA, Jorge Ruben Biton. Cidadania... *Op. cit.*, p. 190.

<sup>861</sup> Na interpretação de Rego, “[...] o direito do cidadão a ser informado sobre assuntos de interesse público é um direito fundamental cujo exercício garante que todos os cidadãos estejam aptos a participar na vida política, bem como no processo de desenvolvimento democrático de seu país”. Ainda: “O direito de se comunicar com o próximo, bem como com outros seres; de receber informações verídicas; o direito à liberdade de exprimir opiniões aos outros, segundo os meios que se desejem, são prerrogativas dos cidadãos reconhecidas, designadamente pela Organização das Nações Unidas... Mas o desrespeito e a violação destes direitos e liberdades fundamentais do homem tem sido uma prática constante dos detentores dos poderes político e econômico”. (REGO, Sebastião Lima. Conclusões. *In: OS PAÍSES de Língua Portuguesa e a Liberdade de Informação*. Colóquio. Lisboa: Centro Cultural de Belém. 1999. Edição da Alta Autoridade para a Comunicação Social, p. 201 e 203). Ribeiro faz sucessivamente esta vinculação. (RIBEIRO, José Manuel Coelho. Direito de... *Op. cit.*, p. 98, 105 e 118, entre outras).

<sup>862</sup> ROVER, Aires José. Entre outros, como em Sistemas Especialistas Legais: Uma solução para o Direito. *In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Direito, Sociedade e Informática: Limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Boiteux, 2000, p. 207-12; e, ainda na mesma obra, Capellari chega a afirmar que a tecnologia e o acesso à internet poderão fundamentar uma nova relação dos cidadãos com o Estado, levando a uma refundação do contrato que alicerça a proposta republicana. (CAPELLARI, Eduardo. Tecnologias de informação e possibilidades do século XXI: por uma nova relação do Estado com a cidadania. *In: ROVER, Aires José. (Org.). *Direito,...* Op. cit.*, p. 44).*

<sup>863</sup> Levy denomina de “ciberdemocracia”. (LEVY, Pierre. Pela ciberdemocracia. *In: MORAES, Denis (Org.). *Por outra comunicação: Mídia, mundialização cultural e poder*. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 367-84). No mesmo passo, a visão de Viterbo e Codignola da necessária atuação interdisciplinar daquele que trabalha com o Direito, já que “il giurista, lo studioso del diritto sarà sempre più un operatore culturale che dovrà ricorrere alla sintesi interdisciplinare, dovrà saper mettere continuamente in relazione diritto e sociologia, diritto ed economia, diritto e scienza, diritto e informazione e informatica”. (VITERBO, Alfredo; CODIGNOLA, Arnaldo. L’Informazione e L’Informatica Nella Società Della Conoscenza. *Il Diritto Dell’Informazione e Dell’Informatica*. Milano, a. 18. gen./feb. 2002, p. 39).*

tecnologia não aprofunda a democracia, enxergando problemas ainda na exacerbação dos Direitos Intelectuais e a utilização destas possibilidades quase que exclusivamente na cultura de massas.<sup>864</sup>

Outro fator crítico que é visualizado em muitos países, como no Brasil, é a concentração da informação e da comunicação social em pouquíssimas mãos. Este aspecto é salientado por Fontes Junior no ponto 3.3 de sua obra, que intitula “A concentração na Comunicação Social no Brasil”, em que faz importante crítica sobre esta realidade. Nas Constituições anteriores à de 1988 não havia disposições restritivas da concentração dos meios de comunicação social. Contudo, mesmo com a previsão do parágrafo 5º do artigo 220 da atual Carta Política, esta regra não tem qualquer aplicação prática, ao ponto de a comunicação social por meio da televisão concentrar-se em apenas nove grandes grupos, “que formam verdadeiros impérios da comunicação social, incluindo jornais, rádios e televisões, sejam tradicionais ou a cabo, ante a absoluta ausência de proibição de propriedades cruzadas”.<sup>865</sup>

O Direito Autoral tem a ver com o Direito de Informação em três aspectos básicos. Internamente, sem dúvida nas regras próprias, como já se viu no segundo capítulo desta pesquisa, que permite a reprodução de notícias sem ofensa a qualquer eventual

---

<sup>864</sup> “As transformações informacionais e comunicacionais em curso, apesar de toda a retórica em contrário, não têm, até agora, contribuído para o aprofundamento da democracia. Como referi, esse aprofundamento passa pelo acesso à informação e pela criação de novas competências e possibilidades de intervenção dos cidadãos na vida pública. Ora, por um lado, a exacerbação dos direitos de propriedade intelectual é uma ameaça constante à ampliação do acesso e, por outro lado, as novas competências cidadãs têm estado a ser quase exclusivamente orientadas para o consumo e para a nova cultura de massas, a cultura de massas personalizada. É urgente, pois, explorar as potencialidades democráticas das novas tecnologias, as novas possibilidades de democracia deliberativa e participativa, as novas formas de controle público, tanto do Estado como da produção privada de bens públicos”. (SANTOS, Boaventura. Os Tribunais e as novas tecnologias de comunicação e informação. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Estudos de Direito da Comunicação*. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 2002, p. 159). Outros que fazem uma crítica na mesma direção são BETTETINI, Gianfranco; FUMAGALLI, Armando. *Lo que queda de los médios: ideas para una ética de la comunicación*. Buenos Aires, La Crujía, 2001, especialmente nas páginas 29 a 32 (*Información y Democracia en Internet*). Criticando a idéia que a técnica democratizou o acesso e os contatos da população com as instituições e governos, o que dizem que é um “simulacro”, como no trecho abaixo: “Aparentemente, es un acercamiento entre las instituciones y el público, un paso hacia una mayor democratización, casi un inicio de democracia directa. Sin embargo, se trata de una accesibilidad fría, en donde le falta de mediación y de delegaciones esconde la imposibilidad de construir relaciones verdaderas” (Id., p. 30).

<sup>865</sup> FONTES JUNIOR, João Bosco de Araújo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: Teoria Geral da Comunicação Social na ordem jurídica brasileira e no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 125-6.

Direito Autoral.<sup>866</sup> Mas esta interpretação, vinculada somente a uma visão interna (que Ascensão, como já se apontou, chama de limitações intrínsecas, em oposição às extrínsecas) do Direito Autoral, não é suficiente. Há que se indagar se o Direito Autoral, e especialmente se sua interpretação exacerbada, mormente nas prerrogativas de Direito Patrimonial, não ferem ou entram em conflito com o Direito de Informação igualmente como um direito fundamental, como até aqui se sustentou. Ou seja, como se verá ainda na seqüência com idêntico enfoque, se o Direito Autoral em sua visão excessivamente patrimonialista não seria mais um instrumento impedor do que facilitador do acesso à informação<sup>867</sup> aqui entendida a informação em sentido amplo, especialmente aquela que visa à formação pessoal, daí a estreita ligação deste tema, além da liberdade de expressão, como antes enfatizado, também com o direito à cultura e com o direito à educação.

Não há como negar, no entanto, a necessidade de equilíbrio entre os vários interesses em jogo, já que a informação atrai, de um lado, aqueles que se satisfazem com a exclusividade e suscita, por outro, os contraditórios com os primeiros, que se exprimem em pretensões de acesso e de utilização ou exploração, já que “ao direito de alguns sobre a informação se contrapõe o direito de todos à informação”.<sup>868</sup>

Não restam dúvidas de que, entre os tantos caminhos a seguir, necessariamente se passa pelo equilíbrio entre os direitos dos autores e das demais áreas econômicas relacionadas ao tema (publicadores em geral, nas mais variadas áreas),<sup>869</sup> sem nunca perder

---

<sup>866</sup> Dietz vincula as limitações ao interesse coletivo pela informação: “Estas limitaciones son expresión de una delimitación de intereses entre los intereses del autor como individuo y los intereses generales. Intereses que están condicionados, de una parte por las exigencias de la vida espiritual, sobre todo también en consideración a la necesidad de información de la sociedad moderna”. (DIETZ, Adolf. *El derecho de autor en España y Portugal*. Madrid: Ministerio de Cultura, 1992, p. 133).

<sup>867</sup> Aqui o alerta pontual de Bueno é pertinente: “O copyright tem ainda como consequência danosa o impedimento à circulação de informações e à democratização do conhecimento, porque define o acesso à obra em função de seu circuito de distribuição e ao preço estipulado, quase sempre incompatível com o poder de compra dos consumidores. Submeter-se, placidamente, ao copyright, tal como ele se legitima, é não assumir, na plenitude, o direito do autor porque significa repassar à indústria, inclusive a forma de circulação de sua produção”. (BUENO, Wilson da Costa. *A armadilha do copyright...* *Op. cit.*, p. 211).

<sup>868</sup> GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação: novos direitos e formas de regulação na Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 42.

<sup>869</sup> Neste aspecto, a metamorfose do Direito da Informação naquilo que pontualmente alude Gonçalves: “Não obstante o discurso legitimador que tem rodeado as novas tecnologias da informação, a consagração de formas legais de apropriação exclusiva da informação por agentes econômicos obedecendo, além do mais, a uma lógica de concentração e de globalização, tem conduzido a criar novas barreiras (legais, financeiras, materiais) na relação entre o cidadão e as fontes de informação em moldes que alteram e condicionam o exercício da liberdade de informação, a ponto de a fazer mudar de natureza. A tradicional liberdade de informação metamorfoseia-se em direito de acesso à informação entendida cada vez menos como um bem público e cada vez mais como um bem sobre o qual incidem direitos exclusivos”. (GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da...* *Op. cit.*, p. 205).

de vista a necessária democratização do acesso à informação.<sup>870</sup> Além de possibilitar acesso dos cidadãos à técnica, num primeiro momento, objetivando não torná-los excluídos, imediatamente, num segundo movimento, a providência é levar-lhes informações de boa qualidade, amplas, plurais, democráticas.<sup>871</sup> Trata-se, em suma, de reconhecer verdadeiros direitos fundamentais aos cidadãos, nos planos social, econômico e cultural, oponíveis tanto aos Estados como aos atores econômicos nos domínios civil, político, social e cultural pois, se a informação é a principal mercadoria da nova economia, os decisores políticos devem necessariamente reconhecer que ela não constitui apenas uma mercadoria, mas é o principal elemento da inovação, da criação do conhecimento, da educação, da cultura e do discurso social e político.<sup>872</sup>

Nessa perspetivação, atuais e plenamente adotáveis aqui, as conclusões de Geiger:

À l'issue de notre étude, il est donc possible d'affirmer que le droit d'auteur et le droit du public à l'information entretiennent des rapports étroits, mais extrêmement complexes. Nous avons en effet pu constater que le droit d'auteur, en dépit de son nom, n'était pas uniquement le droit des 'auteurs', mais qu'il assurait la prise en compte de divers intérêts qui parfois divergent, mais souvent se rencontrent. À tel point qu'il est même possible de s'interroger sur la pertinence du maintien du terme 'droit d'auteur', qui semble inapproprié pour décrire une réalité beaucoup plus complexe. Car depuis son origine, le droit d'auteur se présente comme une synthèse des prétentions des différents acteurs du processus de création et de réception des oeuvres.<sup>873</sup>

<sup>870</sup> Mais uma vez Bueno ataca o problema em seu ponto nevrálgico: “O copyright, tal como está concebido, apenas favorece, entre outras, as indústrias editorial, fonográfica e do entretenimento, de maneira geral, porque reserva os lucros para os que comercializam os produtos e não para os seus autores (escritores, jornalistas, músicos etc.). Os autores recebem geralmente migalhas por seu trabalho e, com raras exceções, se submetem a formatos, discursos ou temas, por imposição dos produtores e marqueteiros editoriais”. Em outro ponto, com idêntica incisividade: “Quem se propõe a examinar a questão da propriedade intelectual no Brasil, não deve, a meu ver, fechar o foco para examinar os meandros da legislação ou buscar descobrir novas ameaças ou novas oportunidades nas novas tecnologias. É preciso enxergar além dessa cortina de fumaça que nubla o processo de autoria e que mantém a hegemonia dos que elaboram a própria legislação”. (BUENO, Wilson da Costa. *A armadilha do...* *Op. cit.*, p. 210 e 218).

<sup>871</sup> González, nesta perspectiva, que de certa forma foi enfocada no capítulo anterior: “Lo que cuenta es la desigualdad de acceso a la información. Internet es una fuente y un vehículo de información tan poderoso que quedarse al margen significa convertirse en un infopobre, es decir, en alguien cuyos movimientos están seriamente limitados, social y económicamente, debido a que no pose la información pertinente para saber por dónde hay que moverse para tener éxito. Eso sin contar con el caudal formativo, en educación y salud, que puede generar la información contenida en la Red”. (GONZÁLEZ, Angel Puyol. *La desigualdad de acceso a internet*. In: ALEAIDE, Carlos Villagrasa (Coord.). *Nuevas tecnologías de la información y Derechos Humanos*. Barcelona: Cedecs, 2003, p. 160).

<sup>872</sup> GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da...* *Op. cit.*, p. 210.

<sup>873</sup> GEIGER, Christophe. *Droit d'Auteur et droit du public à l'information*. Paris: Litec, 2004, p. 413. Tradução livre: “Ao final de nosso estudo, pode-se afirmar, então, que o direito autoral e o direito do público à informação mantêm entre si relações estreitas, mas extremamente complexas. Pudemos efetivamente constatar que o direito autoral, a despeito de seu nome, não era unicamente o direito dos ‘autores’, mas que assegurava a consideração de vários interesses que às vezes divergem, mas seguidamente se encontram. A tal ponto que se pode, inclusive, questionar a pertinência da manutenção do termo ‘direito autoral’, o qual parece impróprio

Afinal, como conclui o autor citado, o Direito Autoral, tal como se apresenta hoje, parece não satisfazer a mais ninguém. Como os legisladores, que deveriam modificar esta situação, não agem, com receio de ferir os mesmos atores econômicos que infatigavelmente reivindicam mais proteção, esta missão cabe ao Judiciário e, especialmente, aos autoristas, que devem superar a nostalgia frente a um sistema que, apesar de seus defeitos, bem ou mal, continua funcionando. O caminho, como se verá na seqüência, mormente na conclusão, pode estar nos direitos fundamentais.<sup>874</sup>

## 5.5 DIREITO AUTORAL E DIREITO À CULTURA

É bem de ver, antes do enfrentamento necessário de alguns aspectos relacionados ao direito à cultura e ao Direito Autoral, mesmo que em vôo de pássaro, a contextualização de alguns aspectos atinentes à cultura.

Não é novidade para o mais incauto a natureza essencialmente cultural dos seres humanos já que, quando se fala em cultura, logo se a vê como elemento indissociável do convívio social, e ainda se verifica na História a significação que teve nos mais variados momentos da humanidade, na formação, sustentação e queda de impérios, na formação política, social, econômica e jurídica, destacando apenas algumas. Tanto que se chegou a vincular civilização a cultura.<sup>875</sup> Possivelmente a cultura seja uma das realidades humanas onde mais se veja a interdisciplinariedade, da qual tanto se fala nos dias atuais, já que é

---

para descrever uma realidade bem mais complexa. Pois desde sua origem, o direito autoral apresenta-se como uma síntese das pretensões dos diferentes atores do processo de criação e de recepção das obras”.

<sup>874</sup> GEIGER, Christophe. *Droit d'Auteur... Op. cit.*, p. 414: “Les droit fondamentaux, avec leur dimension ‘humaine’, correspondent totalement à l’esprit de la matière et peuvent lui permettre de dégager ces valeurs. Une fois celles-ci clarifiées, il doit réfléchir au moyen de réaliser ces objectifs dans le droit positif. Ce faisant, il lui faut prendre en compte les changements consacrés par le législateur national, international et communautaire. Pour cela, nous l’avons déjà souligné, il ne nous semble pas très réaliste de penser revenir sur l’évolution, peut-être regrettable, mais indiscutable, qu’a connue le droit d’auteur ces dernières années. Au lieu de déplorer le manque de ‘pureté’ du système, il nous semble qu’il faut aller de l’avant et essayer de trouver des aménagements afin procéder à un rééquilibrage des différents intérêts en présence” (Id., p. 415). Tradução livre: “Os direitos fundamentais, com sua dimensão ‘humana’, correspondem totalmente ao espírito da matéria e podem permitir-lhe colocar em evidência esses valores. Uma vez estes esclarecidos, ele deve refletir sobre o meio de realizar estes objetivos dentro do Direito positivo. Ao fazê-lo, deve levar em conta as mudanças consagradas pelo legislador nacional, internacional e comunitário. Para isto, como já salientamos, não nos parece muito realista pensar em retomar a evolução, talvez lamentável mas indiscutível, que o Direito Autoral conheceu nesses últimos anos. Ao invés de lamentar a falta de ‘pureza’ do sistema, parece-nos que é preciso ir em frente e tentar encontrar alguns arranjos, a fim de estabelecer um reequilíbrio dos diferentes interesses em presença”.

<sup>875</sup> Cf. CUNHA, Fernando Whitaker. *Democracia e Cultura*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 404.

muito difícil não existir área de atuação que de algum modo, direto ou indireto, não esteja relacionado a ela.<sup>876</sup>

Esta realidade não é nova. Como pode ser visto em Hobsbawn, que refere, em parte de sua obra, a importância que teve a tecnologia e tiveram os meios de comunicação da construção da realidade do século passado, que introduziu a fantástica situação atual, nesta primeira metade de década do século XXI e do novo milênio. O historiador analisa detidamente a importância da cultura, estreitamente ligada aos Direitos Intelectuais, no século XX, no capítulo 6 de sua obra, intitulado “As Artes de 1914-1945”, onde discorre sobre o surrealismo, o jazz, o cinema,<sup>877</sup> os jornais<sup>878</sup> e o rádio, que “transformava a vida dos pobres, e sobretudo das mulheres presas ao lar, como nada fizera antes”.<sup>879</sup>

No capítulo 17, “Morre a Vanguarda – As Artes após 1950”, Hobsbawn lembra a importância das artes na segunda parte do século passado, mormente destacando a

---

<sup>876</sup> Pontes de Miranda de algum modo já destacava isso, em 1974, ao dizer que: “Tudo isso é matéria para investigação de ciências sociais e de Sociologia, para que se conheçam as causas, que são não só da técnica, de Ciência e de Economia: há contribuições da Arte, da Política, do Direito, da Moral, da Religião e de outros processos sociais de adaptação. Tudo isso é mensurável. A Cultura nasce no grupo social e derrama-se por ele, ou parte dele, contribuindo para maior adaptação social, mesmo porque dá maior eficiência aos principais processos sociais de adaptação. Todos os processos sociais de adaptação, a Língua e a Moda, se incluem na Cultura, razão por que é largo o seu campo, e o seu conceito tem de ser amplo e incluyente de resultados passados e presentes e de caminhos para novos resultados”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O acesso à Cultura como direito de todos*. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, Tese n. 15, 1974, p. 6).

<sup>877</sup> “Não apenas se tornou essencial admirar essa arte, e notadamente sua maior personalidade, Charles Chaplin (a quem poucos poetas modernos de respeito deixaram de dedicar uma composição), como também os próprios artistas de vanguarda se lançaram na realização cinematográfica, mais especialmente na Alemanha de Weimar e na Rússia soviética, onde na verdade dominaram a produção”; e: “Contudo, ao contrário da imprensa, que na maioria das partes do mundo interessava apenas a uma pequena elite, o cinema foi quase desde o início um veículo de massa internacional. O abandono da linguagem potencialmente universal do filme mudo, com seus códigos testados de comunicação intercultural, com certeza muito fez para internacionalmente familiar o inglês falado, e com isso ajudou a estabelecer a língua como o patoá global do fim do século”. (HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX – 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 182 e 193).

<sup>878</sup> “A circulação de jornais nos EUA cresceu muito mais rápido que a população, dobrando entre 1920 e 1950. Nessa altura, vendiam-se entre trezentos e 350 jornais por cada cem homens, mulheres e crianças de um país “desenvolvido” típico, embora os escandinavos e australianos consumissem ainda mais publicações, e os urbanizados britânicos, talvez por ser sua imprensa mais nacional que local, compravam espantosos seiscentos exemplares para cada mil habitantes (UN Statistical Yearbook, 1948)”. (HOBSBAWN, Eric. *Era dos... Op. cit.*, p. 193).

<sup>879</sup> “Ao contrário do cinema, ou mesmo da nova imprensa de massa, o rádio não transformou de nenhum modo profundo a maneira humana de perceber a realidade. Não criou novos meios de ver ou estabelecer relações entre as impressões dos sentidos e as idéias (ver a Era dos Impérios). Era simplesmente um veículo, não uma mensagem. Mas a sua capacidade de falar simultaneamente a incontáveis milhões, cada um deles sentindo-se abordado como indivíduo, transformava-o numa ferramenta inconceivelmente poderosa de informação e de massa, como governantes e vendedores logo perceberam, para propaganda política e publicidade”. (HOBSBAWN, Eric. *Era dos... Op. cit.*, p. 194-5).

influência da tecnologia nelas,<sup>880</sup> a importância da publicidade,<sup>881</sup> e as obras fonográficas, pois a “a indústria de discos, que fez fortunas com o rock, não o criou, e muito menos planejou, mas tomou-o de amadores e pequenos executantes de esquina que o descobriram”.<sup>882</sup> Por isso, a conclusão já feita em outro trabalho de que o século XX foi o a “Era dos Direitos Intelectuais”.<sup>883</sup>

Aí se centra a razão de, além de um fenômeno de marcante significação histórica (com irrefutáveis conotações econômicas, sociológicas, psicológicas *etc.*), ter a cultura adquirido uma conotação jurídica, passando a ser visto como um direito. Este raciocínio, num primeiro instante, obriga a superar uma visão certamente distorcida e equivocada que alguns nutrem da cultura e de sua necessidade. Em um país com tamanhas desigualdades sociais como o Brasil, até poderiam se levantar vozes entendendo que o direito à cultura seria um direito dispensável. Embora a provocação certamente esteja entre aquelas de difícil solução, é preciso desmascarar uma premissa falaciosa e posteriormente aderir a um chamamento de cidadania. A falácia consiste em considerar os Direitos Culturais como direitos de elite. Estes, na previsão constitucional, como se verá logo na seqüência, são peculiares a todas as pessoas e a todos os grupos formadores da sociedade. Os exercícios desses direitos estão diretamente relacionados ao exercício dos demais. O chamamento à cidadania tem sua espinha dorsal na idéia que os direitos se efetivam quando conquistados e não quando são doados, muitas vezes fugindo das mãos por um capricho do doador.<sup>884</sup>

Concebida como categoria sociológica desenvolvida por todas as formas do saber e do fazer, individual e socialmente organizado com o objetivo da satisfação das necessidades humanas materiais e espirituais imediatas e também mediatas,<sup>885</sup> a cultura

<sup>880</sup> “A tecnologia transformou o mundo das artes, embora mais cedo e mais completamente o das artes e diversões populares que o das “grandes artes”, sobretudo as mais tradicionais”. (HOBSBAWN, Eric. *Era dos...* *Op. cit.*, p. 485).

<sup>881</sup> “[...] um fato do qual as agências de publicidade há muito tinham vaga consciência quando destinavam suas campanhas a vender 'não o bife, mas o chiado', não o sabonete, mas o sonho de beleza, não as latas de sopa, mas a felicidade familiar”. (Id., p. 496).

<sup>882</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>883</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Algumas reflexões sobre a importância da propriedade intelectual no século XX. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 78, p. 113-25, jan./abr. 1997. HOBSBAWN, Eric. *Era dos...* *Op. cit.*, p. 194-5.

<sup>884</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Teoria e Prática da Gestão Cultural*. Fortaleza: UNIFOR, 2002, p. 18.

<sup>885</sup> No modo de ver de Villanueva, é muito difícil uma conceituação da cultura, pois há um claro inconveniente, “la amplitud del contenido de la expresión y la multitud de acepciones del término”, sendo que “la cultura, en un sentido antropológico, presenta múltiples manifestaciones de las que el Derecho no es más que una de ellas”. (VILLANUEVA, Luis Anguita. *Derechos Fundamentales y Propiedad Intelectual: El acceso a la Cultura*. In: REBOLLO, César Iglesias (Coord.). *Propiedad Intelectual...* *Op. cit.*, p. 55 e 51).

assume importância significativa nas sociedades contemporâneas, devendo ser conservada, aperfeiçoada e transmitida. A este respeito, deve-se entrar em linha de conta com outro aspecto significativo, qual seja, o de que a cultura “corresponde a um direito fundamentalíssimo dos indivíduos e da sociedade a ser assegurado tanto mais facilmente quanto cada indivíduo se revelar em condições psicológicas de assimilá-la, porque indispensável a seu bem-estar e ao da sociedade”.<sup>886</sup>

A Cultura encontra previsão, no terreno do Direito Internacional Público, em vários instrumentos de regulação, o que bem demonstra a atenção que os Estados dispensam ao tema.<sup>887</sup> No plano interno, encontra guarida em dados concretos, verificados no sistema positivado na maioria dos países democráticos, onde indiscutivelmente a cultura é um elemento indissociável do sistema.<sup>888</sup>

Embora como em outros domínios seja uma lenta conquista da sociedade, no sistema constitucional e infraconstitucional pátrio não é diferente.<sup>889</sup> Dentre outros dispositivos, a Cultura está prevista na Constituição Federal em seu artigo 215.<sup>890</sup> Na seqüência da secção própria, a previsão de políticas públicas atinentes ao tema, como a necessidade de proteção estatal das manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, entre outros grupos, fixação de datas comemorativas significantes para determinados seguimentos étnicos e a remessa ao Plano Nacional de Cultura, tendo como valores básicos, entre outros, a defesa e valorização do patrimônio cultural, a produção,

<sup>886</sup> VIEIRA, Oldegar Franco. *A Constituição de um Estado de Direito e de Cultura*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 1986, p. 254.

<sup>887</sup> Neste aspecto, o apanhado que faz Hamelink em item intitulado “Sobre a cultura e direitos humanos”, destacando, entre outros, a Convenção Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração Universal de Diversidade Cultural, da UNESCO, a Declaração da Unesco sobre Raça e Racismo, de 1978, com aspectos atinentes à cultura, e a Conferência Intergovernamental sobre Aspectos Institucionais, Administrativos e Financeiros das Políticas Culturais. (HAMELINK, Cees J. Direitos Humanos para a Sociedade da Informação. In: MELO, José Marques de; SATHLER, Luciano (Org.). *Direitos à Comunicação na Sociedade da Informação*. São Bernardo do Campo: UESP, 2005, p. 112-6).

<sup>888</sup> Nesta linha, interessante levantamento que faz Harvey em capítulo próprio, que intitula “Constitucionalismo Cultural (Disposiciones Constitucionales Específicas)”, onde demonstra a realidade nas Constituições de onze países da América do Sul. (HARVEY, Edwin R. *Derecho Cultural Latinoamericano: Sudamérica y Panamá*. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 29-73).

<sup>889</sup> Harvey faz um cuidadoso histórico da regulamentação na matéria, bem demonstrando como está muito sujeita aos humores, conjecturas e interesses do momento. Neste particular, veja-se que as Constituições de 1946 e 1967 nada mais fizeram que reafirmar o valor do princípio constitucional básico de conservação patrimonial. Ainda, como prova disso, o Presidente Fernando Collor, logo ao assumir, extinguiu o Ministério da Cultura, pela Lei nº 8.028, em 12 de abril de 1990. (Id., p. 221).

<sup>890</sup> “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.



promoção e difusão de bens culturais, a democratização do acesso aos bens de cultura,<sup>891</sup> e a valorização da diversidade étnica e regional.

Em outro dispositivo, a Carta Magna prevê que fazem parte do patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, entre os quais as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.<sup>892</sup>

Não é difícil afirmar, então, que o acesso à cultura é um direito dos cidadãos<sup>893</sup> partindo-se de sua previsão constitucional. Ainda, como já feito anteriormente, que é um direito de certa forma relacionado à dignidade da pessoa humana, que em sua formação ampla e integral indiscutivelmente deve ter acesso aos bens culturais que formam e transformam.<sup>894</sup> E o acesso a estes bens, em um Estado Democrático de Direito, deve-se dar de uma forma mais democrática e ampla possível.

---

<sup>891</sup> Na verdade, deve ser democratizado não somente o acesso aos bens culturais, como igualmente às verbas de financiamento público destas produções, diante do que denuncia com coragem Bueno: “Cineastas famosos (muitas vezes em função de seu marketing pessoal e da parceria da mídia) fazem lobbies junto ao Ministério da Cultura para conseguir verbas para suas produções (muita técnica, estética e socialmente discutíveis) e dificilmente se dispõem a repartir a verba para os cineastas jovens ou para produções culturais menos elitistas”. (BUENO, Wilson da Costa. *A armadilha do copyright... Op. cit.*, p. 208).

<sup>892</sup> A amplitude e a complexidade da matéria de proteção ao patrimônio cultural são bem ilustradas no exemplo oferecido por Rosa: A construção de edifício particular em Florianópolis, SC, destoante da cultura do centro da cidade, não obstante possa estar autorizada por Lei Municipal, afronta o princípio da preservação do meio ambiente cultural da região colonizada por açorianos (CF, art. 216, IV). (ROSA, Alexandre Morais da. *Princípios Ambientais, Direitos Fundamentais, Propriedade e Abuso de Direito: Por uma leitura a partir do garantismo jurídico (Ferrajoli)*. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Direito Ambiental em Evolução*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 51).

<sup>893</sup> No outro pólo, indiscutivelmente um dever dos grandes meios de comunicação de massa, que têm entre suas funções a transmissão da cultura, conforme BERTRAND, Claude-Jean. *A Deontologia das Mídias*. Bauru: EDUSC, 1999, p. 37.

<sup>894</sup> A cultura deve ser vista como um espaço de resistência à transformação, superando a idéia dela como “calmante, bálsamo, compensação para vida tal como ela é, resignação à vida tal como ela é”, de acordo com SNYDERS, Georges. *Escola, Classe e Luta de Classes*. 2. ed. Lisboa: Moraes, 1981, p. 310.

Aqui surge um problema, visualizado a partir de seu confronto com o Direito Autoral que, a propósito, chega a ser considerado por alguns como um “direito à cultura”.<sup>895</sup> Se as novas tecnologias da Sociedade da Informação ampliam consideravelmente as possibilidades de acesso à informação e ao conhecimento, entre eles ao material cultural que disponibilizam<sup>896</sup> como visto na segunda parte desta pesquisa, ao mesmo tempo uma supervalorização e ampliação das limitações aos Direitos Autorais, percebidas como exaustivas em sua interpretação tradicional e conservadora prevalecente que esta tese tenta superar, pode haver um significativo conflito entre os direitos dos autores e dos demais titulares de Direito Autoral e o direito da população à cultura, vale dizer, em última análise, um conflito entre interesse privado e interesse público, na visualização anterior à superação da dicotomia histórica do Direito. É igualmente de se questionar a possibilidade de um equilíbrio entre estes dois interesses.<sup>897</sup>

Garzón enfoca um aparente conflito existente na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pelas Nações Unidas em 1948, ao regular em seu artigo 27 a tutela dos Direitos Autorais, pois o primeiro dos itens nele consignados consagra um direito sobre a obra criada e o segundo que regula o direito de acesso a esta mesma obra. Na concepção deste autor, trata-se de uma situação que põem em evidência o caráter

---

<sup>895</sup> Como Reh binder: “Das Urheberrecht im objektiven Sinne regelt den **Schutz bestimmter kultureller** Geistesschöpfungen, die Werke genannt werden. Es stellt also einen Ausschnitt aus einem größeren Rechtsgebiet dar, das man als Kulturrecht bezeichnen kann. Hier regelt es den wichtigsten Teil des Kulturlebens, nämlich das Kulturschaffen; doch es schützt nicht die schöpferische Tätigkeit selbst, sondern nur deren Ergebnis, das Geisteswerk, und zwar Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst”. (REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*. München: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 1). Tradução livre: “O direito autoral no sentido objetivo regulamenta **a proteção de determinadas obras intelectuais culturais**, denominadas obras. Representa, portanto, uma parte de uma ampla área do Direito, que pode ser denominada de Direito à Cultura. Aqui ele regulamenta a parte mais importante da vida cultural, ou seja, a criação da cultura, porém não protege a atividade criativa propriamente dita, mas apenas o seu resultado, a obra intelectual, compreendendo-se aqui as obras da literatura, da ciência e da arte”. (grifo no original, que se manteve na tradução).

<sup>896</sup> O mesmo autor faz uma lista significativa de áreas ligadas ao que denomina “economia da cultura”, da qual o Direito Autoral é a base de sua atividade econômica. Pertencem a esta todos os empreendimentos que utilizam obras intelectuais para fins lucrativos ou no interesse da vida cultural, como: a) editoras (de livros, jornais, revistas, de obras musicais e de obras de artes); b) locadoras (livros, discos, fotos), voltadas ao lucro (videotecas) ou não (bibliotecas públicas, bibliotecas científicas ou de igrejas, bibliotecas de fábricas); c) as indústrias de gravação de som e imagem (discos, fitas, CDs, vídeos, DVDs); d) emissoras de rádio e de televisão; e) companhias teatrais e de concertos (óperas, peças teatrais, dança, obras musicais); f) indústria da produção da arte em geral (porcelana, cerâmica, jóias, móveis, têxteis, etc); g) as companhias de gestão dos Direitos Autorais, que são utilizadas tanto pelos autores como pelos seus sucessores para administração dos contratos. (REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht... Op. cit.*, p. 3).

<sup>897</sup> HANANIA, Lílian Richieri. Direito de Autor e algumas iniciativas tendentes a proteger o direito de acesso à cultura. In: CARVALHO, Patrícia Luciane (Org.). *Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 451.

complementar existente entre o exercício dos direitos individuais do autor e o direito do conjunto, ou seja, o direito da sociedade de ter acesso à educação e à cultura.<sup>898</sup>

A questão jurídica e relevante que se põe, neste aspecto, é se haveria a prevalência do direito à cultura sobre o Direito Autoral, em determinadas circunstâncias mormente quando em jogo interesses sociais, econômicos e culturais de um povo.<sup>899</sup> O desafio enfrentado é o de equacionar o Direito Autoral com o direito social de acesso à cultura, possibilitando que a esfera pública volte a ser um espaço destinado à livre formação da opinião pública.<sup>900</sup>

Outro fenômeno que gira em torno da temática é preocupante. Trata-se do total domínio de determinados e vários nichos deste “mercado” por gigantescas empresas, que não são poucos que denunciam,<sup>901</sup> como Ascensão, para quem “as próprias bases do Direito de Autor estão hoje corroídas por uma evolução economicista, que sufoca preocupações culturais”. Tudo isso leva ao deslocamento do centro de atenção do Direito Autoral, pois nos Estados Unidos quem é protegido é o produtor, e na Europa Continental são as entidades que se apresentam como os autores da obra.<sup>902</sup>

---

<sup>898</sup> GARZÓN, Alvaro. Planteamiento. Panorámica y perspectivas globales. *In*: CONGRESO IBEROAMERICANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL, 1: Derecho de Autor y Derechos Conexos en los umbrales del año 2000. *Anais*. Tomo I. Madrid: Ministério da Cultura, p. 39. Outro que enfoca este conflito é DE LA PUENTE, Esteban. Su perfil en el orden constitucional español. *In*: CONGRESO IBEROAMERICANO... *Op. cit.*, p. 63.

<sup>899</sup> Conforme CARBONI, Guilherme. Conflitos entre Direito de Autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. *In*: CARVALHO, Patrícia Luciane (Org.). *Propriedade Intelectual...* *Op. cit.*, p. 438.

<sup>900</sup> *Idem*, p. 435.

<sup>901</sup> Ao ponto de surgirem alternativas, como a sugestão de abolição do sistema atualmente existente, de Joost Smiers, mudando o foco do interesse monopolístico de alguns poucos detentores de direitos de autor, quando “a propriedade intelectual passaria, assim, para segundo plano, abrindo espaço para a proteção dos direitos fundamentais e particularmente do direito à liberdade de expressão e à informação”. Para o autor da proposição, “o desenvolvimento desse novo sistema, adaptado aos diferentes setores da produção cultural, responderia a diversas necessidades do setor da cultura: a de garantir uma remuneração justa aos artistas, a de promover o debate público sobre os valores trazidos por cada obra cultural, a de desenvolver e preservar o domínio público, a de garantir a diversidade de fontes de inspiração e a de romper o monopólio de conglomerados culturais que resulta hoje do sistema de direito de autor”. (HANANIA, Lílian Richieri. *Direito de Autor e algumas...* *Op. cit.*, p. 460-63).

<sup>902</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor como direito da cultura. *In* OMPI. Num novo mundo de Direito de Autor? Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, 2. *Anais*. Tomo II. Lisboa: OMPI/Cosmos, 1994, p. 1.053. Sobre este tema, especificamente sobre o modo de agir das empresas gravadoras de obras musicais, que conheceu por dentro quando defendia seus interesses, a crítica forte de GUEIROS JUNIOR, Nehemias. *O Direito Autoral no Show Business: tudo o que você precisa saber*. Vol. 1 – A Música. 3. ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

Esta situação pode levar à existência de um paradoxo em torno dos Direitos Autorais, pois, enquanto a tecnologia da Sociedade da Informação ampliou significativamente as possibilidades de acesso às obras em suas mais variadas formas, e com elas à cultura,<sup>903</sup> a ação centralizadora e mercadológica desses grupos empresariais torna a cultura mais longe de boa parcela da população.<sup>904</sup>

Verifica-se que esta preocupação extrapola o plano nacional, já que no contexto internacional foi, inclusive, objeto de discussão na Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação.

Ascensão entende que, sendo o Direito Autoral um direito da cultura, nele está implicada uma pluralidade de interesses que devem ser igualmente atendidos. Primeiramente, o interesse geral, que não deve ser confundido com o interesse do Estado como tal, mas sua destinação essencial de servir ao desenvolvimento cultural. Nesta perspectiva, a atuação de zelar pelo desenvolvimento cultural, que cabe não somente ao Estado, mas a várias outras instituições, culturais, acadêmicas e científicas. Numa segunda instância, o interesse dos consumidores, já que a valorização do consumidor ainda não chegou, ao menos como devia, no Direito Autoral, preponderando uma estreita visão do consumidor de forma passiva dos bens intelectuais. Haveria necessidade de superar esta

---

<sup>903</sup> Parece útil alinhar meia dúzia de considerações diante do que demonstra Steiner em torno das possibilidades de utilização da tecnologia em prol da cultura: capacitar culturas, pois as ferramentas tecnológicas podem ser usadas para identificação, interação, entretenimento e troca de idéias, permitir a preservação de idiomas das minorias para comunicar, ensinar e participar nos diálogos das minorias/maiorias, intensificar o desenvolvimento e a preservação da cultura, prestando auxílio na documentação de expressões do folclore, fornecer novas oportunidades de marketing para recursos culturais, incluindo performance, habilidades manuais, as artes visuais e outras expressões culturais, capacitar o monitoramento e o policiamento de exploração ilícita de recursos culturais, porque um sistema de direitos sem a execução de leis é meramente um direito ilusório”. (STEINER, Christine. *Intellectual property and the right to culture*. Disponível na página eletrônica da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (<[http://www.wipo.int/meetings/2005/educ\\_cr\\_im/educ\\_cr\\_im\\_05\\_inf1.html](http://www.wipo.int/meetings/2005/educ_cr_im/educ_cr_im_05_inf1.html)>. Acesso em: 26 mar. 2006).

<sup>904</sup> Daí a preocupação de Ascensão, para quem “Na Europa, a União Européia ocupou-se intensamente nos últimos anos com o direito de autor. Mas, pelo seu objectivo de integração econômica e até pela divisão interna de suas repartições, a preocupação manifestou-se exclusivamente a nível da liberdade de concorrência e da circulação de mercadorias. Nenhum elemento pessoal ou cultural foi tido em conta. A intensa produção comunitária já conseguida favorece as empresas que actuam no domínio dos bens culturais – as empresas de *copyright* na terminologia anglo-americana; é praticamente irrelevante pelo ponto de vista do criador intelectual”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor como... *Op. cit.*, p. 1.054). Outro que faz semelhante advertência é Bautista: “Si el repertorio actual, que define los rasgos y el perfil cultural de nuestros creadores europeos, sufriera el mismo impacto de adaptabilidad y homogeneización que se prevé para la ‘Revolución de la Enseñanza’, toda la identidad, toda la personalización espiritual del autor se disolvería en esa concepción anglo-americana del *copyright* que supedita el concepto de persona física del Autor-Real, a la concepción patrimonialista del Autor-Virtual, es decir, lo que importa es el producto y no quién y como lo há hecho”. (BAUTISTA, Eduardo. La ‘constitución cultural’ en la sociedad de la información. *In*: OMPI. Num novo mundo de... *Op. cit.*, p. 1.051).

unilateralidade criando um equilíbrio entre as posições dos criadores e utentes. Em terceiro lugar, o interesse empresarial, que deve ser levado em conta, como infra-estrutura do desenvolvimento cultural. Se, como se reconheceu alhures, a expropriação do autor pela empresa ou a atribuição de proteção ao empresário travestido de autor é uma realidade a ser superada, reconhecendo-se diretamente o interesse do empresário de descobrir as formas de proteção que lhe são adequadas. Em quarto ponto, o interesse das entidades de gestão coletiva, que representam interesses específicos nesta área, mesmo que se reconheça que há uma zona de conflito potencial entre os objetivos das entidades de gestão e dos representados. No entanto, “a transparência neste domínio obriga a que reconheçamos antes de mais este interesse, a que o acolhamos e a que o disciplinemos num ramo de direito englobante – o Direito de Autor como direito da cultura”. Por quinto, os interesses dos prestadores de atividades culturais, diretamente relacionado aos direitos conexos, que são indispensáveis à construção de um Direito de Autor como Direito da Cultura. Deve-se evitar mantê-lo numa posição secundária, pois têm por direito próprio o seu lugar, bastando buscar a conciliação justa de todas as posições. Derradeiramente, o interesse do criador intelectual, que deve ser valorizado nas relações envolvendo o Direito Autoral, pois o foco há muito foi deslocado do autor como criador intelectual, devendo-se ultrapassar a situação na qual há muito tempo caiu o Direito Autoral contemporâneo: “É a pessoa de quem se fala, por vezes a pessoa por quem se fala, mas cada vez menos a pessoa que fala”.<sup>905</sup>

Finaliza o autoralista português sua análise salientando a necessidade de interpretar o Direito Autoral como um Direito da Cultura, no sentido de que há uma finalidade cultural geral a orientá-lo e unificá-lo. Mesmo não se confundindo com aquele, que abrange outros aspectos estranhos ao Direito Autoral, como a proteção dos monumentos ou a educação artística, deve-se salientar este enfoque, deslocado do isolamento de um único tipo de interesse. Só assim o Direito Autoral poderá subsistir, renovado, pois “doutra maneira acabará por ser submergido pela teia de interesses empresariais que cada vez mais o sufocam e desfiguram. E poderá porventura amanhã ser qualificado com mais verdade como num direito dos privilégios das empresas de copyright”.<sup>906</sup>

---

<sup>905</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor como... *Op. cit.*, p. 1.055-9.

<sup>906</sup> *Idem*, p. 1.059-60.

Cabe anotar, ademais, mudando um pouco o enfoque, na análise formulada por Olsson, que os efeitos da legislação autoral sobre o desenvolvimento cultural podem se dar de três formas. A primeira concerne à liberdade de expressão e liberdade de informação, pois, em decorrência da existência deste ramo do Direito, os autores trabalham independentemente do apoio de terceiros, que poderiam sentir-se tentados a influenciar no conteúdo da criação. Por segundo, a constatação do desenvolvimento de indústrias nacionais de Direito Autoral, deixando os autores e titulares dos direitos conexos deste modo inclinados a publicar suas obras em seus próprios países de origem, em vez de no estrangeiro. Por último, um argumento que está vinculado diretamente ao apoio à cultura nacional, já que a legislação autoral interna geralmente apóia os criadores nacionais em todos os setores, desde a literatura de ficção e de obras educativas até a música, passando pelo cinema e pelas artes em geral.<sup>907</sup>

Em síntese, o direito de acesso à cultura em muitas ocasiões significará uma limitação aos direitos exclusivos dos autores e demais titulares de Direitos Autorais.<sup>908</sup> Se de um lado há o justo alerta dos direitos dos criadores e demais titulares dos Direitos Autorais, muitas vezes até de forma exacerbada,<sup>909</sup> noutro aspecto o direito à cultura poderá ser invocado em certas situações concretas, principalmente a partir do princípio da proporcionalidade, sempre que o interesse público tiver de prevalecer sobre o interesse particular do autor.<sup>910</sup>

Cabe apontar, ademais, que esta visão não encontra unanimidade entre os autoralistas. Parilli, embora reconhecendo que estes direitos, mesmo em uma sociedade onde muitas vezes faltam bens primários, devem ser desfrutados como essenciais<sup>911</sup> e ainda,

---

<sup>907</sup> OLSSON, Henry. La importancia económica y cultural del derecho de autor. *In*: OMPI. Num novo mundo de... *Op. cit.*, p. 67.

<sup>908</sup> Conforme DE LA PUENTE, Esteban. Su perfil en el orden... *Op. cit.*, p. 64.

<sup>909</sup> Como se vê em Bittar: “quanto mais se insere a cultura como objetivo constitucional dos Estados modernos e mais aparatos e dispositivos de reprodução e de representação de obras intelectuais são introduzidos na prática, mais se exalça a preocupação pelos valores individuais que esse Direito protege e mais se reafirma ele como direito vivo, atuante e dinâmico”. (BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor na obra publicitária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 16).

<sup>910</sup> CARBONI, Guilherme. Conflitos entre... *Op. cit.*, p. 442.

<sup>911</sup> PARILLI, Ricardo Antequera. El Derecho de Autor y el derecho a la cultura. *In*: CONGRESO... *Op. cit.*, p. 66. O autor citado, a exemplo do que fez o autor desta tese em sua terceira parte, onde relacionou o direito à cultura entre aqueles bens indispensáveis ao mínimo existencial, reconhece que, mesmo havendo “lugares donde imperen hambrunas y epidemias, es impostergable la necesidad de satisfacer los derechos a la alimentación y a la salud, por ejemplo, ello no quiere decir que al mantener la vida, como presupuesto indispensable para el disfrute de los demás derechos, se haya logrado el desarrollo de la personalidad del ser humano, como ideal esperado con el cumplimiento de los derechos fundamentales”.

que mesmo sendo interdependentes eles têm interligação,<sup>912</sup> chega à conclusão de que o Direito Autoral não conspira contra o desenvolvimento cultural.<sup>913</sup> Para chegar a esta constatação, parte de quatro argumentos básicos: o Direito Autoral não concede nenhum domínio sobre as idéias, já que estas são livres; o Direito Autoral somente protege a forma de expressão, ou seja, a forma de exteriorização destas idéias por meio de obras tuteladas; o Direito Autoral não concede nenhum direito de exclusividade sobre a utilização prática das idéias contidas na obra; o Direito Autoral não outorga nenhum monopólio sobre descobrimentos ou investigações científicas.<sup>914</sup>

Na concepção do autor venezuelano, a idéia de privilegiar o interesse à cultura em detrimento do Direito Autoral onde haja esta aparente oposição merece algumas reflexões em sentido contrário. Num primeiro instante, porque o autor é um trabalhador a serviço da cultura, assim merecendo uma justa compensação econômica por seu esforço.<sup>915</sup> Num segundo plano, o fomento à cultura enquanto direito coletivo não é ônus do autor,<sup>916</sup> pois praticamente todas as atividades de atuação humana de alguma sorte estão vinculadas à devida remuneração.<sup>917</sup>

<sup>912</sup> PARILLI, Ricardo Antequera. El Derecho de... *Op. cit.*, p. 70. “Se trata, pues, de derechos interconectados que no pueden existir el uno sin el otro: el derecho a la cultura supone la existencia de una producción cultural, y ésta de los autores. Todo creador se aprovecha del derecho de acceso a la cultura, pues ninguna creación procede de la nada. El derecho al disfrute de los bienes culturales exige el estímulo a la creatividad, y ello sólo es posible mediante una adecuada protección a los autores”.

<sup>913</sup> A título meramente ilustrativo, outro que demonstra opinião neste sentido é PINHO, Ricardo. Livros didáticos e Direito de Autor em Disputa. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 70, p. 57-8, maio/jun. 2004.

<sup>914</sup> PARILLI, Ricardo Antequera. El Derecho de... *Op. cit.*, p. 71.

<sup>915</sup> “El autor es un trabajador al servicio de la cultura y que, como tal, merece una justa compensación económica por su esfuerzo, la cual constituye un aliento para continuar su labor creativa y procurarse una existencia decorosa. La situación es de por sí riesgosa para el autor, quien debe seguir la suerte económica de su obra, de manera que si la explotación de la misma resulta un fracaso – aunque su valor intelectual sea notable –, el creador también sufre esa desfavorable consecuencia”. (PARILLI, Ricardo Antequera. El Derecho de... *Op. cit.*, p. 72). Esta idéia é um tanto “romântica”, pois no atual sistema de Direito Autoral, a realidade demonstra que o autor, não somente de obras literárias, como de outros tipos de obras, geralmente é a parte que menos recebe vantagens econômicas por sua criação. Neste sentido, observação de que a experiência inglesa com o *copyright* tinha demonstrado que os editores como comerciantes serviriam o interesse público somente até o ponto que este fosse congruente com os seus próprios. É, naturalmente, de interesse público que os materiais protegidos sejam disseminados publicamente, e até o ponto que o lucro do editor é necessário para este fim, a lucratividade dos editores é também no interesse público. Mas quando os editores declaram erroneamente que o Direito Autoral é um Direito Natural de propriedade do autor a fim de justificar que extraíam lucro desmedido, seu interesse diverge claramente do interesse público. (PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*. Athens: The University of Georgia Press, 1991, p. 70).

<sup>916</sup> “Por otra parte, la negación del derecho del autor a una participación económica por la utilización de su obra, plantea las cosas en forma de sacrificio unilateral, como si el fomento de la educación y la cultura tuviera que hacerse a costa de los intereses del autor”. (PARILLI, Ricardo Antequera. El Derecho de... *Op. cit.*, p. 72).

<sup>917</sup> Idem, *ibidem*. O autor faz uma interessante argumentação em torno de várias destas atividades: “Ese sacrificio unilateral se hace evidente cuando notamos que nadie discute el que los equipos de montaje,

Entre as idéias que já foram sugeridas para oportunizar melhor acesso à cultura por parte da população dos países em desenvolvimento, a de não tutelar obras estrangeiras, mormente as advindas dos países desenvolvidos, de igual forma, ainda naquilo que acredita Parilli, não seria a mais adequada. Primeiramente porque, além de ser uma medida unilateral, certamente não diminuiria o preço de venda das obras. Num segundo momento, a possibilidade de publicação de obras do exterior sem a devida contraprestação pelos direitos dos titulares inibiria a criação interna, especialmente em prejuízo dos jovens autores, que deixariam de publicar por falta de interesse dos eventuais divulgadores, tudo em prejuízo da cultura nacional.<sup>918</sup> Por terceiro, a concorrência excessiva das obras estrangeiras com as nacionais causaria um desequilíbrio cultural ante a possibilidade de superação das obras nacionais pelas exógenas.<sup>919</sup>

Finalizando sua explanação, com argúcia Parilli enumera uma série de medidas que entende sejam necessárias e úteis para um maior alcance dos bens culturais e educacionais pela coletividade, entre as quais: a concessão estatal de subsídios à publicação de livros; uma melhor política de acesso aos livros, com melhor dotação de bibliotecas; uma diminuição dos custos de produção por meio de políticas próprias, mormente de isenções fiscais; uma racionalização dos equipamentos gráficos, chegando-se ao ponto ideal que efetivamente signifique a necessidade de determinadas máquinas pelos publicadores, evitando-se a ociosidade; a não-produção de obras de pequena demanda; o não-isolamento da produção nacional, encontrando-se o ponto de equilíbrio ideal entre as

---

impresión y encuadernación, el papel y la tinta para los libros, tienen un costo que debe pagarse; que nadie exigiría a diagramadores, tipógrafos, encuadernadores, y demás trabajadores, de la industria editorial, laborar gratuitamente; que ninguna persona sensata abogaría porque la producción fonográfica o cinematográfica se hiciera con la participación gratuita de los estudios de grabación o filmación, o del trabajo no remunerado de artistas y técnicos; y, en fin, que nadie sugeriría a editores y productores invertir para sufrir pérdidas. Todo ello sería tanto como suponer que, en aras del derecho a la salud o a la educación, médicos y enfermeras, maestros y profesores, trabajaran sin sueldo, o que los fabricantes de equipos médicos o de enseñanza fueran obligados a suministrarlos a cambio de nada”.

<sup>918</sup> Lawal-Solarin aborda as questões sempre sensíveis em torno da dependência da cultura e da educação dos países em desenvolvimento dos editores do mundo dito “desenvolvido”, tanto que, quando os poderes coloniais concederam independência a seus colonizados nos anos 50 e 60, as nações industrializadas negaram aos países em desenvolvimento o acesso a muitas informações necessárias para a educação e o desenvolvimento porque os editores relutavam entregar mercados estrangeiros existentes ou potenciais. Houve diversas tentativas dos países industrializados para melhorar a situação concedendo subsídios e produzindo edições com baixo preço, as quais certamente ajudaram a atender às necessidades dos países em desenvolvimento. Mas o programa foi também criticado por inibir o crescimento da publicação nativa em países receptores. (LAWAL-SOLARIN, Otunba Yinka. Copyright and Education – A publishers’ perspective from a developing world. *Information Meeting: Educational Content and Copyright in the Digital Age*. WIPO Headquarters, Geneva, November 21, 2005. Disponível na página eletrônica da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, <[http://www.wipo.int/meetings/2005/educ\\_cr\\_im/educ\\_cr\\_im\\_05\\_infl.html/](http://www.wipo.int/meetings/2005/educ_cr_im/educ_cr_im_05_infl.html/)>. Acesso em: 26 mar. 2006).

<sup>919</sup> PARILLI, Ricardo Antequera. *El Derecho de... Op. cit.*, p. 73.



obras internas e as externas, pois se deve ser estimulada a produção nacional, o contato e as trocas com a cultura exterior sempre é interessante; racionalização dos mecanismos de distribuição e comercialização das obras, com menos intermediários, por exemplo; fomento às edições “populares”, de boa qualidade de publicação, porém sem os luxos excessivos que se vêem, especialmente para obras destinadas ao ensino e à pesquisa; e, cooperação internacional por meio de programas de formação em edição, que se daria a partir de ações de organismos públicos e privados que atuam nesta área.<sup>920</sup>

Uma constatação, porém, parece inquestionável, a possibilidade de conflito entre o Direito Autoral e o direito à cultura, o que se verá na seqüência pode ocorrer também entre aquele e o direito à educação.

## 5.6 DIREITO AUTURAL E DIREITO À EDUCAÇÃO

Num Estado Democrático de Direito, como nos demais enfoques até aqui sustentados, igualmente a educação deve ser encarada como um direito dos cidadãos. Ao mesmo tempo, no outro pólo, há o dever do Estado de prestá-la,<sup>921</sup> o que pode, inclusive, ser buscado por meio do Poder Judiciário.<sup>922</sup> Necessária, ao menos para esta breve contextualização que aqui se tenta fazer, a distinção entre o direito subjetivo à educação e o Direito Educacional. Motta afirma que aquele está contido neste, bem como nos Direitos Humanos<sup>923</sup> e no texto constitucional. O direito à instrução, por seu turno, está enunciado

<sup>920</sup> PARILLI, Ricardo Antequera. El Derecho de... *Op. cit.*, p. 77-8.

<sup>921</sup> Conforme Maliska, o direito à educação é típico direito de prestação, em sentido estrito (prestação fática, direito fundamental social). (MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: SAFe, 2001, p. 153). Não destoa Lopes: “Assim o direito à educação: é mais do que o direito de não ser excluído de uma escola; é, de fato, o interesse de conseguir uma vaga e as condições para estudar (ou seja, tempo livre, material escolar etc.). Ora, se a vaga não existe, se não existe o tempo livre, se não há material escolar a baixo custo, como garantir juridicamente tal direito? Como transformá-lo de um direito à não-interferência (permissão, dever de abstenção) em um direito à prestação (dever de fazer, obrigação) de alguém?”. (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: O dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127)..

<sup>922</sup> MOTTA, Elias de Oliveira. *Direito Educacional e Educação no século XXI*. Brasília: UNESCO, 1997, p. 69. Neste sentido, nota de Sarlet, dando conta que nos artigos 73 a 77 da Constituição portuguesa há distinção entre os direitos à educação e ao ensino. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 305).

<sup>923</sup> A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem faz previsão específica no seu artigo 26: “1. Toda pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos no que diz respeito aos ensinos elementar e fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve ser assegurado a todos, em plenas condições de igualdade, em função do mérito; 2. A educação deve visar o desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. Ela deve favorecer

na Declaração Universal dos Direitos do Homem como “preceito que assegura a todo ser humano instrução gratuita, pelo menos nos graus elementares, em caráter obrigatório; instrução técnico-profissional acessível; e instrução superior baseada no mérito”.<sup>924</sup>

A conquista da Educação como dever do Estado e direito da cidadania foi histórica<sup>925</sup> como todas as conquistas sociais em nosso país. No contexto global, a importância da Educação sempre foi enfatizada, ao ponto de filósofos do porte de Rousseau<sup>926</sup> e Hobbes<sup>927</sup> se ocuparem dela em seus escritos. Antes mesmo da Constituição de 1988, juristas do porte de Comparato já a inseriam entre os fatores que mais influenciariam na futura organização política do Brasil.<sup>928</sup>

---

a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, assim como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz; 3. Os pais têm, por prioridade, o direito de escolher o gênero de educação a dar a seus filhos; 4. A educação deve visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais; 5. A educação deve favorecer a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, assim como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”.

<sup>924</sup> MOTTA, Elias. *Direito...*, *Op. cit.*, p. 52. O autor aprofunda significativamente a temática, historicizando, conceituando e delimitando o Direito Educacional, diferenciando-o ainda da Legislação do Ensino, como pode ser visto em consulta na obra citada, p. 51 e seguintes.

<sup>925</sup> Sobre a evolução da previsão da Educação nas Constituições, capítulo intitulado “O direito à Educação no Constitucionalismo brasileiro”, de MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à... Op. cit.*, p. 21-37.

<sup>926</sup> “Moldam-se plantas pela cultura, e os homens pela educação. Se o homem nascesse grande e forte, a estatura e a força ser-lhe-iam inúteis até que tivesse aprendido a servir-se delas; ser-lhe-iam prejudiciais, pois impediriam que os outros pensassem em socorrê-lo, e, entregue a si mesmo, morreria de miséria antes de ter conhecido suas necessidades. Queixamo-nos da condição infantil e não vemos que a raça humana teria perecido se o homem não tivesse começado por ser criança. Nascemos fracos, precisamos de força; nascemos carentes de tudo, precisamos de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer e de que precisamos quando grandes nos é dado pela educação”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou da Educação*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 8).

<sup>927</sup> “É evidente, portanto, que todos os homens, pois são crianças ao nascer, nascem incapazes de sociedade civil; que muitos, talvez a maior parte, ou por deficiência intelectual, ou por falta de instrução, continuam incapazes por toda a vida. No entanto, todos eles, crianças e adultos, têm a natureza humana. Portanto, não é pela natureza que o homem se torna capaz de formar sociedade mas pela educação”. (HOBBS, Thomas. *De Cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 281-2).

<sup>928</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e Poder*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 81. O autor conclui sua obra propondo uma “educação para a democracia” em torno da dignidade da pessoa humana: “Mas a educação para a democracia, além do valor básico da igualdade, tem que sublinhar também a supremacia dos direitos humanos, tem que apontar para a dignidade eminente da pessoa humana. Esse tipo de formação, seja ela dada na escola ou fora dela, é indispensável para fazer funcionar um regime democrático. A compreensão dos direitos humanos e do que é a dignidade da pessoa humana tem que ser dada de forma concreta, não só nos estudos de ciências sociais, mas já antes deles, na própria formação do espírito crítico dos jovens na escola primária e na escola secundária” (Id., p. 120). Pontes de Miranda (*O acesso à... Op. cit.*, p. 17) falava igualmente do direito à Educação: “O mundo de hoje reclama a produção, a distribuição equitativa do consumo, a Nova Ordem social. Há uma grande obra de justiça a ser realizada, e cumpre que se realize. Tudo isso exige o aproveitamento das inteligências, a colocação de cada um no posto que for indicado por suas aptidões, pelo interesse social e, tanto quanto possível e o mais que for possível, pela opção do próprio indivíduo. Não podem entrar em conta, de modo nenhum, as diferenças de fortuna, de classes e de favoritismo. O regime das competências nas funções sociais, sem que tais funções sociais criem classes ou desigualdades humanas”.

Nesse passo, a Educação vem caminhando no sentido de se expandir dos limites da Pedagogia e das Letras, avançado firme em direção ao Direito e merecendo maior atenção dos cientistas desta seara.<sup>929</sup> Foi conquista da democracia historicamente implantada com a Constituição Cidadã de 1988 o direito à educação considerado como direito fundamental da personalidade, inserido no direito à vida.<sup>930</sup> É um típico direito de prestação em sentido estrito (prestação fática, direito social), estando no ordenamento jurídico brasileiro à altura do direito à saúde como dever do Estado.<sup>931</sup> Dito de outra forma, não há como negar a estreita vinculação da educação como elemento indissociável da dignidade humana.<sup>932</sup> No capítulo III (Da educação, da Cultura e do Desporto), a seção I do texto constitucional trata da Educação, em seus artigos 205 a 214.

Há que se distinguir os vários dispositivos que tratam da matéria, no correto ver de Sarlet, em partes. Nos quatro primeiros (205 a 208) está a essência do direito fundamental à Educação, compartilhando, assim, sua fundamentalidade material e formal. Os outros dispositivos constituem normas de cunho organizacional e procedimental, com *status* jurídico-positivo semelhante ao das demais normas constitucionais. Nos artigos 209 a 211 são estabelecidas as condições, organização e estrutura das instituições públicas e privadas na esfera do Sistema Nacional de Educação. No artigo 212 o mesmo, assim como o artigo 213, que contém normas estabelecendo metas, prioridades e diretrizes para a aplicação e distribuição dos recursos públicos no âmbito da Educação, enquanto no artigo 214 se encontra previsão da instituição do Plano Nacional de Educação e seus objetivos. Os artigos 205 a 208 vêm em complementação ao artigo 6º da Constituição Federal, que consagra a Educação como um direito fundamental social, sem nada mais acrescentar que

---

<sup>929</sup> MARTINES JR., Eduardo. A Educação como direito fundamental do ser humano no Brasil. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, Notadez, v. 2, n. 6, p. 114, 2002.

<sup>930</sup> MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 355. A autora faz esta caracterização a partir de cinco aspectos básicos: como direito absoluto, *erga omnes*, que impõe a todos dever geral de respeito e de ação; como direito subjetivo público e privado, inserido no direito à vida do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, e assim impondo dever negativo e positivo tanto ao Estado como aos particulares, para que seja tornado efetivo; como direito inerente à pessoa, pois somente pela educação integral o ser humano atinge sua plenitude; intransmissível, irrenunciável e de gozo contínuo; é direito “inato” ou “originário”, adquirindo simplesmente com o nascimento (Id., p. 355-6).

<sup>931</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à... Op. cit.*, p. 153-4.

<sup>932</sup> Consoante SOUZA, Fabiana Cássia Dupim. Educação e dignidade: A libertação como direito. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 234, 236, 238 e 240, nesta destacando: “O princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe a igualdade de oportunidades. Sendo proibido, indigno, o tratamento discriminatório e desigualizante, como tolerar; então, o analfabetismo? Como aceitar que uns possam decidir segundo a sua vontade enquanto outros são manipulados pelo sistema? Cabe, pois, ao sistema educacional servir como instrumento de igualização das oportunidades entre os homens, na medida em que ofereça a todos, de forma igual, o acesso à Educação”.

possa elucidar o conteúdo desse direito. Naqueles quatro artigos encontram-se delineados os contornos essenciais deste direito fundamental.<sup>933</sup>

O artigo 205, prevendo que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”, revela uma feição cristalinamente programática e impositiva, não possibilitando, por si só, o reconhecimento de um direito subjetivo já que, sendo norma de eficácia limitada, apenas estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem observadas pelo Estado e pela comunidade na concretização do direito à Educação, quais sejam “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.<sup>934</sup>

Já o artigo 206, enquanto regulador de normas que estampam princípios embaixadores do ensino, contém diversos dispositivos que, sem sombra de dúvida, são diretamente aplicáveis e dotados de plena eficácia. É o caso, exemplificando, da garantia da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola de seu inciso I, que constitui a concretização do princípio da isonomia, ainda que se pudesse construí-lo a partir do princípio geral da isonomia do artigo 5º, *caput*. O mesmo pode-se dizer do inciso II do mesmo artigo 206, consagrador da liberdade de aprendizado, de ensino, de pesquisa e de divulgação do pensamento, da arte e do saber, que, tratando-se de direito de liberdade, gera desde já direitos subjetivos para os particulares. Ou ainda do inciso IV do mesmo artigo, prevendo a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, sem exigência de qualquer ato de mediação legislativa, gerando um direito subjetivo à gratuidade (não-cobrança) do ensino público. Com esses exemplos percebe-se que há diversas posições fundamentais de natureza jurídico-subjetiva no âmbito de um direito geral à Educação, mesmo que nos casos aventados não se possa referir a um direito fundamental originário a prestações de natureza concreta na esfera educacional. Bastariam esses exemplos para se poder rechaçar a tese de que o direito fundamental à Educação, pelo menos na condição de direito de defesa, não tem a feição de direito subjetivo.<sup>935</sup>

---

<sup>933</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos... Op. cit.*, p. 300-1.

<sup>934</sup> *Idem*, p. 301. No mesmo prumo, Ramos sublinha que “ficou clara a idéia de que a função central da Educação é criar as condições para a autonomia, sendo o grande desafio educar as pessoas completamente, não somente por meio de absorção de conteúdos básicos de escolarização, mas também pela formação do indivíduo para o exercício a partir de seu pleno desenvolvimento como ser humano”. (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *A Educação como direito fundamental. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*. São Paulo, n. 160, p. 12, dez. 2002).

<sup>935</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos... Op. cit.*, p. 302.

O artigo 207, por sua vez, é caracterizado como típica garantia institucional fundamental, asseguradora da autonomia universitária. Fazendo cotejo com o artigo 205, vê-se que este tem a função de impor tarefas e objetivos aos órgãos públicos e ao legislador, sendo parâmetro obrigatório para a aplicação e interpretação das restantes normas jurídicas, enquanto o artigo 207, constituindo-se norma plenamente eficaz e diretamente aplicável, funciona como limite expresso contra atos que ponham em risco o conteúdo essencial da autonomia da instituição protegida, sendo, desta forma, direito fundamental de natureza defensiva.<sup>936</sup>

Por fim, no artigo 208 vê-se que trata do estabelecimento de determinados mecanismos e diretrizes a serem adotados na implementação do dever com a Educação, destacando-se a garantia do ensino fundamental e gratuito, mesmo para aqueles que não tiveram acesso a ele na idade própria (inciso I do artigo 208). Ou, ainda, em seu parágrafo 1º, contendo a claríssima declaração de que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.<sup>937</sup> Ou mesmo, por fim, a norma estabelecida da possibilidade de responsabilização da autoridade competente pelo não-oferecimento ou oferta irregular deste ensino obrigatório e gratuito, como se vislumbra agora no parágrafo 2º do mesmo artigo.<sup>938</sup>

---

<sup>936</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos... Op. cit.*, p. 301.

<sup>937</sup> Não são poucas as decisões disponíveis garantidoras do direito fundamental à Educação nos Tribunais brasileiros, que, com interpretações deste naipe, bem provam a importante tarefa do Poder Judiciário como real efetivador dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito. Entre elas: “AGRAVO. ECA. Direito à Educação. Vaga no Ensino Infantil. Competência do Município. Direito fundamental da criança. Omissão do ente público. 1. Ao versar sobre direito à Educação a Constituição Federal assegura atendimento a crianças de zero a seis anos em creche ou pré-escola, cuja competência foi cometida ao Município pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9394/96). 2. Inafastável a atuação jurisdicional sempre que, por omissão do Poder Público, for violado o direito fundamental à educação de crianças e adolescentes, pela negativa de acesso ao ensino infantil. Negaram provimento. Unânime. (Segredo de Justiça). (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70013500335. Relator: Des. Luis Felipe Brasil Santos. Julgado em: 25 jan. 2006. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br/>. Acesso em: 2 abr. 2006). O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu neste sentido, como no Recurso Extraordinário n. 411518/SP, superando o argumento contrário, esteado em questões financeiras, na chamada reserva do possível, afirmando taxativamente que cabe ao Estado em seus três níveis “aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa”, como anota PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos... Op. cit.*, p. 120-3.

<sup>938</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos... Op. cit.*, p. 303.

Na legislação infraconstitucional a matéria é regulada especialmente na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da Educação nacional.<sup>939</sup>

Entre outros princípios norteadores do direito à Educação, uma análise contextualizada do que prevêm a Constituição Federal e a Lei de Diretrizes Básicas da Educação permite destacar como princípios basilares e norteadores das políticas em desenvolvimento: a igualdade, a gratuidade, a obrigatoriedade, a equidade, a qualidade,<sup>940</sup> a a gestão democrática e a valorização dos profissionais do ensino.<sup>941</sup>

Maliska analisa o direito à Educação sob quatro aspectos básicos: a Educação como direito de todos, o dever do Estado e da família e a colaboração da sociedade, o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.<sup>942</sup> No primeiro aspecto, não é segredo para ninguém a importância que aquilo que Piaget denomina “fatores de transmissão ou interação social social” tem na formação humana. Deste modo, falar em direito à Educação é reconhecer o papel indispensável dos fatores sociais na formação individual.<sup>943</sup> A Educação como direito, em suma, não fica limitada no assegurar a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo,<sup>944</sup> mas “deve garantir a todos o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual”.<sup>945</sup>

<sup>939</sup> Embora a educação como dever dos pais possa ser encontrada em outros suportes legislativos, além da Constituição Federal e da própria Lei de Diretrizes Básicas da Educação, como no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, entre outros.

<sup>940</sup> Mister se faz, nesse passo, deixar assentado o alerta de Lima de que não basta educação, mas é indispensável que seja educação de qualidade. (LIMA, Maria Cristina de Brito. A Educação como direito fundamental. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 232, 2001).

<sup>941</sup> Conforme SARI, Marisa Timm. A organização da Educação Nacional. In: LIBERATI, Wilson Donizeti. (Org.). *Direito à Educação: uma questão de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 76.

<sup>942</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação... Op. cit.*, p. 156.

<sup>943</sup> Idem, p. 156.

<sup>944</sup> Ressalte-se, neste patamar, os três principais eixos de ações educacionais formulados por Piaget: 1. Do ponto de vista social e econômico, deve-se assegurar um prolongamento da escolaridade independentemente das condições econômicas da família, pois o mérito do aluno e suas aptidões podem estar em conflito com sua situação material; 2. do ponto de vista da transmissão dos valores coletivos, deve conciliar uma cultura geral satisfatória com especialização profissional efetuada a tempo, atenta ao progresso científico e técnico; 3. sob o ponto de vista da formação pessoal, deve favorecer a formação física, intelectual e moral do aluno, tão completa quanto possível, na medida em que vai sendo orientado de acordo com suas aptidões próprias. (PIAGET, Jean. *Para onde vai a Educação*. 12. ed. Rio de Janeiro, José Olympio, 1994, p. 39-40).

<sup>945</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação... Op. cit.*, p. 157. Aqui, cabível a crítica pontual que faz Barreto a uma crise que, sob influência positivista, levou a Educação no Brasil a uma falta de perspectiva espiritual e cultural, tendo entronizado a técnica como principal objetivo do processo

A Educação como dever da família pode ser interpretada historicamente como uma progressiva redução da extensão e dos direitos da família para uma correlata extensão dos poderes do Estado. Embora um não anulando o outro, isso significa uma limitação do direito dos pais sobre a educação dos filhos. Os pais têm o direito de escolher o gênero de educação que será dado a seus filhos e, ao mesmo tempo, o dever de assegurar-lhes a Educação. O dever jurídico está relacionado à imposição que o sistema jurídico faz aos pais de educar seus filhos, que Canotilho classifica como “deveres diretamente exigíveis”.<sup>946</sup>

O terceiro aspecto tem a ver com a distinção entre indivíduo e a personalidade, já que, enquanto aquele pode estar centrado em egocentrismo moral ou intelectual, a pessoa, ao contrário, é o indivíduo que aceita espontaneamente uma disciplina ou contribui para seu estabelecimento, e assim se submete voluntariamente a um sistema de normas recíprocas que subordinam sua liberdade ao respeito por cada um. O direito ao pleno desenvolvimento da personalidade humana está, em síntese, relacionado à formação de indivíduos capazes de autonomia intelectual e moral e respeitadores dessa autonomia nos

---

educacional. Assim, “quando se analisam os efeitos dessas políticas ‘a-valorativas’, voltadas para atender as hipóteses economicistas e do mercado de trabalho, na grande massa da população brasileira constatamos o grau de exclusão social atingido no Brasil por meio da Educação. Excluem-se da escola os que não conseguem aprender; excluem-se do mercado de trabalho os que não têm capacitação técnica, porque antes não aprenderam a ler, escrever e contar; e excluem-se, finalmente, do exercício da cidadania esses mesmos cidadãos porque não conhecem os valores morais e políticos que fundam a vida de uma sociedade livre, democrática e participativa”. (BARRETTO, Vicente de Paulo. Educação e Violência: Reflexões preliminares. In: ZALUAR, Alba (Org.). *Violência e Educação*. São Paulo: Livros do Tatu/Cortez, 1992, p. 59).

<sup>946</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à... Op. cit.*, p. 158-9. Ilustrativamente, o autor cita o artigo 36 da Constituição de Portugal, que prescreve que “Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”. Ao comentar este dispositivo, Canotilho e Moreira referem que “O direito e o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos (n. 5) são um verdadeiro direito-dever subjectivo e não uma simples garantia institucional ou uma simples norma programática integrando o chamado poder paternal (que é uma constelação de direitos e deveres, dos pais e dos filhos, e não um simples direito subjectivo dos pais perante o Estado e os filhos). É evidente, porém, que ele não exclui a colaboração do Estado na educação dos filhos, como, aliás, estabelece a própria Constituição (arts. 67º/c e 68º-1), nem, muito menos, o direito do Estado a garantir o direito ao ensino por meio de um sistema público de ensino, incluindo o ensino básico obrigatório (art. 74º-3/a). Aliás, ‘educação’ tem aqui um sentido distinto e bastante mais amplo do que ‘ensino’: abrange designadamente todo o processo global de socialização e aculturação, na medida e que ele é realizável dentro da família. O dever de educação e manutenção dos filhos, além de um dever ético-social, é um dever jurídico, nos termos estabelecidos na lei civil (arts. 1887 e segs.) e em convenções internacionais”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 222). Ferraz Junior, quando explica a interpretação teleológica e axiológica, nas quais se postulam fins e se valorizam situações, labora no mesmo rumo ao referir que o “poder familiar” é um direito e, ao mesmo tempo, um dever de conduta dos pais, ao ponto de o STJ, na época anterior ao vigente Código Civil quando ainda era “pátrio poder”, tê-lo interpretado como “pátrio-dever”. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 293-4).

demais, em decorrência exatamente da regra de reciprocidade que a torna legítima para eles mesmos.<sup>947</sup>

O quarto aspecto está relacionado ao preparo para o exercício da cidadania. A democracia tem seu esteio na cidadania. O legítimo poder democrático é exercido quando a sociedade é composta por cidadãos ativos, que exercem plenamente sua cidadania, não aquela formal e abstrata, mas com uma atuação efetiva que possibilita o controle do poder pela participação ativa dos envolvidos.<sup>948</sup>

Por fim, no aspecto relacionado à qualificação para o trabalho, a constatação cada vez mais fácil, em época de desenvolvimento fantástico da técnica, da Educação como elemento indissociável do desenvolvimento profissional.<sup>949</sup>

Enquanto se vislumbra a nova realidade dos meios de comunicação que significam vasta gama de recursos e uma infinidade de escolhas tendentes a potencializar as múltiplas oportunidades de intervenção e utilização, ou seja, da Era da Sociedade da Informação onde os computadores, a tecnologia digital e a crescente interatividade introduzem novas perspectivas educacionais,<sup>950</sup> não se pode omitir a realidade em torno do não-acesso à tecnologia por parcela significativa da população, o que cria um abismo. Rosa enfatiza que “este é um problema com que já nos defrontamos e há que ponderar sobre medidas adequadas a adoptar para combater a exclusão educativa e, conseqüentemente, social, que resulta da desigualdade de acesso às tecnologias de informação”.<sup>951</sup>

<sup>947</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à... Op. cit.*, p. 160.

<sup>948</sup> Idem, p. 161. Daí a oportunidade da observação feita por Souza: “É preciso, pois, ensinar o povo brasileiro, para que com a aprendizagem possamos garantir a nossa liberdade plena, fundamental para a existência digna. Não ensinar a ser livre, porque a liberdade é traço da natureza humana, mas ensinar a escolher, a exigir; a questionar e a participar; vivendo plenamente a liberdade que nos é insita”. (SOUZA, Fabiana Cássia Dupim. *Educação e Dignidade... Op. cit.*, p. 231)..

<sup>949</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à... Op. cit.*, p. 161.

<sup>950</sup> Rover faz uma importante análise da necessidade de utilização do ferramental informático na Educação, em nossos dias. Já começa propondo interessante comparação entre uma cozinha moderna e uma sala de aula: a primeira, totalmente equipada com a melhor aparelhagem disponível; a segunda, ainda no velho e superado estilo de sempre. Para o autor, “é preciso inovar o direito, é preciso superar o individualismo e conservadorismo nele existentes, abrindo-se pluridisciplinarmente às novas formas de organizar justiça”. (ROVER, Aires José (Org.). *Direito, Sociedade e... Op. cit.*, Apresentação, p. 12-3).

<sup>951</sup> ROSA, Manuel Carmelo. A Comunicação Social: aliada e/ou adversária dos educadores. In: RENAUT, Alain... [et al.]. *Direitos e responsabilidades na sociedade educativa*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 103-4. Ainda em torno desta discussão, SCARPARO, Helena. A questão da tecnologia: considerações para a Educação e para a Psicologia. *Educação*, Porto Alegre, PUC, v. XXIV, n. 44, p. 117-26, 2001; e também CATAPAN, Araci Hack. *Pedagogia e Tecnologia: A comunicação digital no processo pedagógico*. *Educação*, Porto Alegre, PUC, v. XXVI, n. 50, p. 141-53, jun. 2003.



Um aspecto muito ilustrativo da mão dupla da realidade educacional, mormente a de ensino superior, de certa forma vinculada aos Direitos Intelectuais, é a idéia que vincula o ensino à pesquisa, com resultados muitas vezes significativos. Tudo decorreu de avanços pontuais da Ciência e Tecnologia após a Segunda Guerra Mundial. Neste aspecto, “o modelo da pesquisa científica terminou por tornar-se o ideal de todo trabalho universitário. A facilidade e a indolência que caracterizavam o período ‘pré-vulgar’ cederam lugar à obrigação incessante de fazer pesquisa e de publicar”. Como conseqüência, as universidades começaram a aproveitar este nicho vendendo suas pesquisas a entes públicos e privados.<sup>952</sup>

De outra banda, um dado curioso do sistema educacional como preservador do *status quo* injusto da sociedade é enfocado por Freitag. Por um lado, tem-se o acesso das classes mais favorecidas ao ensino, especialmente o gratuito; dali sairá a futura elite dirigente. Em contrapartida, os trabalhos pesados e serviços baixos e de rotina são realizados pelo pessoal não ou semiqualficado, que tem pouca ou nenhuma educação. Assim, o sistema é causa e conseqüência de uma sociedade injusta. A conseqüência é paradoxal, pois:

Os pobres que querem ascender para ficarem ricos trabalham e estudam simultaneamente, consagrando noites e fins de semana ao estudo. Mas são esses pobres que justamente pagarão seus cursos (pois muitos dos cursos noturnos e particulares cobram altas taxa de seus alunos), ao contrário dos ricos que, para permanecerem ricos, procuram ocupar as vagas dos poucos colégios estaduais gratuitos que, na maior parte das vezes, funcionam de dia.<sup>953</sup>

Assim, na interpretação de Levin, há um duplo papel ou um duplo aspecto que pode ser vislumbrado na Educação. Se, por um lado, e aí está sua essência, ela pode ser libertadora e transformadora de uma sociedade injusta,<sup>954</sup> por outro pode servir de

---

<sup>952</sup> PORTER, J. A formação pela formação. *In: O Direito à Educação e o Acesso ao Ensino Superior. Seminário da Associação Internacional das Universidades – AIU, 5. Relatório.* Fortaleza: Edições Universidade do Ceará, 1984, p. 35-6.

<sup>953</sup> FREITAG, Bárbara. *Escola, Estado e Sociedade.* São Paulo: Moraes, 1980, p. 66-7. Em linha muito próxima, fazendo uma análise dos aspectos éticos e de cidadania vinculados à exclusão social, os itens 2.2. e 2.3. da crítica de Bittar intitulados “Cidadania e Exclusões Sociais”, e “As marcas sociais da exclusão na cidadania brasileira”, para desembocar em uma Educação que seja dialogal, transformadora, ética, de “descoisificação da persona”, e de cidadania ativa. (BITTAR, Eduardo C.B. *Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos.* Barueri: Manole, 2004, p. 20-6, e p. 75-112).

<sup>954</sup> No correto alerta de Gomes: “Somente por meio dela o indivíduo aprende a transformar-se positivamente, a evoluir; e, conseqüentemente a mudar para melhor a sociedade em que vive. Só pela educação aprenderá a interpretar o mundo, a vida, com recursos e métodos mais eficazes no ampliar de sua visão. Seja frisado, contudo, que o autêntico processo educacional é o que possibilita uma efetiva formação do indivíduo

instrumento de manutenção de um estado de injustiça social, somente preparando estudantes para que obedeçam às autoridades e aceitem os ditames e julgamentos daqueles que possuem mais poder na sociedade. Assim:

As necessidades mais imediatas, como reforma agrária, nutrição, expansão dos serviços de saúde e aumento do número de empregos são esquecidas ou relegadas a um papel secundário no desenvolvimento, enquanto a nação espera que seus cidadãos se tornem mais ‘educados’ para que haja maior igualdade entre eles. Mas nenhuma expansão da educação é suficiente para contrapor-se à concentração da posse da propriedade, à falta de empregos necessários, ao predomínio de salários baixos e à carência de serviços sociais. Assim, a solução educacional em si pode ser politicamente regressiva, porque ela desvia a atenção de algumas das causas mais básicas da miséria e da desigualdade e que não podem ser resolvidas pela educação.<sup>955</sup>

O que se vê, em suma, na maioria dos autores aqui utilizados, é a idéia de uma Educação que seja inclusiva<sup>956</sup> e transformadora<sup>957</sup> das lamentáveis estatísticas sociais

como pessoa humana e cidadão, tornando-o capaz de perceber a realidade como fenômeno de profundas e múltiplas raízes. Trata-se da educação que lhe dê condições de se tornar um ser produtivo e em constante realização, enquanto sujeito integrado, não apenas em seu grupo, em sua nação, mas no mundo, no universo”. (GOMES, Sergio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à Educação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 94, abr./jun. 2005).

<sup>955</sup> LEVIN, Henry M. Educação e desigualdade no Brasil: uma visão geral. In: \_\_\_\_\_... [et al.]. *Educação e desigualdade no Brasil*. Petrópolis, Vozes, 1984, p. 25. Em outra linha, mas igualmente crítica e de transformação social, é a idéia preconizada, entre outros, por Genovois, de educação para os direitos humanos. Dentre as várias possibilidades, um trecho ricamente ilustrativo: “A Matemática presta-se para comentar as questões econômicas e sociais e alguns direitos culturais. Por exemplo: o estudo das estatísticas sobre alfabetização, taxa de escolaridade, acesso aos cursos universitários, através de quadros e gráficos. Deve-se não só mostrar números objetivos, mas mencionar os problemas humanos que esses dados representam. A comparação entre o homem e a mulher pode introduzir a questão do gênero – um obstáculo para a plena realização dos direitos. Os direitos econômicos e o direito ao trabalho e a uma remuneração justa darão ocasião para comparar gráficos sobre emprego e desemprego, segundo o gênero da pessoa ou seu aspecto ético. Na Literatura, todas as gerações e categorias de direito podem ser abordadas. Inúmeros livros literários, tanto nacionais como de outros países, podem despertar a tomada de consciência sobre as injustiças sociais, tais como a escravidão, o trabalho das crianças e a discriminação da mulher. Personagens como Gandi, Nelson Mandela, Tiradentes, Chico Mendes, e romances como Dostoiwesky, Charles Dickens, Victor Hugo, Jorge Amado e Rachel de Queiroz prestam-se a debates e reflexões sobre situações sociais injustas. Preocupados com os direitos humanos, analisaremos não apenas a peça literária, mas, sobretudo, os problemas humanos que descreve, numa perspectiva de justiça”. (GENOVOIS, Margarida Pedreira Bulhões. Educação e Direitos Humanos. In: PIRES, Cecília Pinto; KEIL, Ivete Manetzeder; ALBUQUERQUE, Paulo Peixoto de; VIOLA, Sólton Eduardo Annes. *Direitos Humanos, Pobreza e Exclusão*. São Leopoldo: ADUNISINOS, 2000, p. 96-7).

<sup>956</sup> Causadoras de muitas polêmicas em nosso país, as políticas de cotas nas Universidades, que certamente estão entre as chamadas ações afirmativas, que representam, no dizer de Gomes, uma mudança de postura do Estado. Resumindo, “ao invés de conceber políticas públicas de que todos seriam beneficiários independentemente de sua raça, cor ou sexo, o Estado passa a levar em conta esses fatores na implementação de suas decisões, não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural e não raro subtrai ao enquadramento nas categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais”. (GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & Princípio constitucional da igualdade* (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39). O mesmo autor tece a seguinte crítica: “A desinformação fez com que o debate sobre as ações afirmativas tenha se

vislumbradas no Brasil.<sup>958</sup> Não há como aceitar passivamente a idéia de Educação sob seu aspecto meramente formal.<sup>959</sup>

Há dois aspectos básicos a relacionar: Direito à Educação com Direito Autoral. A temática, mais uma vez, como a maioria das aqui tratadas, tem a ver com as limitações ao Direito Autoral. Então, tratar-se-ia daquilo que aqui se convencionou denominar, como reiteradamente dito com amparo no magistério de Ascensão, de limitações intrínsecas e limitações extrínsecas. Com relação às primeiras, se não há dúvidas de que algumas das previsões constantes na legislação autoral, enfocadas detalhadamente no capítulo 2 desta investigação, significam reais possibilidades de utilização efetiva das obras alheias para e na Educação, parece possível avançar mais.<sup>960</sup> O problema parece surgir quando se põem na berlinda as limitações extrínsecas ou externas, ou seja, quando necessário, no caso

---

iniciado no Brasil de forma equivocada. Confunde-se ação afirmativa com sistema de cotas. Em realidade, as cotas constituem apenas um dos modos de implementação de políticas de ação afirmativa” (p. 40). Em torno da temática, ainda, TEOTÔNIO, Paulo José Freire; SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. O Programa Universidade para Todos (ProUni): construção ou alternativa para uma sociedade inclusiva? In: TEOTÔNIO, Paulo José Freire; DINALLI, A. (Coord.). *Direitos Humanos, Sociedade e Reforma do Estado*. Campinas: Millennium, 2006, p. 49-98; e DINALLI, A.; TEOTÔNIO, Paulo José Freire. Discriminações Positivas e o Sistema de Cotas nas Universidades: Acertos e Equívocos. In: \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direitos Humanos,...* *Op. cit.*, p. 115-58.

<sup>957</sup> “Uma parte das transformações importantes na Educação propriamente dita surgirão da tentativa de conseguir algumas grandes transformações na sociedade mais ampla. Na medida em que esse movimento pela mudança social for bem-sucedido, seremos mais capazes de transformar o que agora parecem esperanças românticas para as vidas de poucas crianças em possibilidades históricas reais para todos”. (GRAUBARD, Allen. *Liberdade para as crianças: a Reforma Radical e o Movimento da Escola Livre*. São Paulo: Brasiliense, 1976, p. 252).

<sup>958</sup> Não se faz aqui, porque não é o objetivo, pela falta de espaço e pela notoriedade, aprofundamento dos inacreditáveis indicadores de desigualdade social em nosso país. No entanto, não há como negar que os igualmente vergonhosos dados estatísticos verificados em torno da Educação têm relação direta com esta realidade, talvez sendo de se indagar somente o que é causa e o que é consequência. Alguns desses dados estão disponíveis no estudo de Linhares: aproximadamente 15,2 milhões de analfabetos absolutos, 30 milhões de analfabetos funcionais e a previsão da existência de 1,26 milhões de crianças entre 7 e 14 anos fora da escola. (LINHARES, Mônica Tereza Mansur. O Direito à Educação como direito humano fundamental. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 7, n. 13, p. 159, 2004). Aí certamente reside a principal razão da estreita vinculação que tantos, como Alves, fazem entre fracasso escolar e pobreza. (ALVES, Maria Leila. Direito à Educação. In: *DIREITOS HUMANOS no Brasil: Conferências para Educadores*. São Paulo: MPA, 1986, p. 57).

<sup>959</sup> Balzano alerta que a maioria das provocações que chegam ao Ministério Público, em sede de direito à Educação, são de natureza quantitativa, como exemplificadamente falta de vagas nas escolas públicas, a não-aceitação pela escola de matrículas durante o ano letivo, o desestímulo à permanência de alunos com dificuldade de aprendizagem, o afastamento de alunos com excesso de faltas. Questões atinentes à qualidade de ensino não têm motivado demandas junto ao Ministério Público. (BALZANO, Sonia Maria Nogueira. Do Direito ao ensino de qualidade ao direito de aprender com qualidade – O desafio da nova década. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). *Direito à Educação: uma questão de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 162).

<sup>960</sup> Como na discussão que propõe Santos, se a legislação brasileira não deveria conter uma norma específica para autorizar reprodução e utilização de obras pelas bibliotecas e pelas entidades educacionais, não no sentido de restringir (negativo), mas no de possibilitar (positivo). (SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Observações feitas na banca de arguição de doutoramento, realizada na Unisinos, em 9 de agosto de 2006).

concreto, ampliar as limitações além daquelas que a doutrina autoralista tradicional considera as únicas possíveis, a maioria dos autores, como até aqui noticiado, chegando inclusive a afirmar que se trata de limitações exaustivas, ou seja, que não existiriam outras imitações que não aquelas previstas na Lei Autoral.

Ao mesmo tempo, a ampliação das possibilidades técnicas – como nas demais realidades tratadas neste capítulo, e com o amparo que possibilitou a visão da Sociedade da Informação construída no capítulo anterior – demonstra um claro conflito entre Direito Autoral e o Direito à Educação. Principalmente em um país como o Brasil, onde por um lado ainda há, em plena segunda metade da primeira década do século XXI e do Terceiro Milênio, um dos maiores percentuais de analfabetos, semi-analfabetos e até analfabetos funcionais da América Latina, para ficar somente no essencial, sem entrar ainda neste momento em etapas mais complexas e sofisticadas do processo educacional, como o ensino médio e o ensino superior, onde o acesso às obras proporcionadas especialmente pelas novas tecnologias se mostra necessidade de primeiro momento.

Sendo mais direto, não há como ficar na noção de cepa romântica que basta encher os estabelecimentos escolares de máquinas e agora teríamos uma “democracia digital”. O acesso técnico é o primeiro passo desta perspectiva e, sem dúvida, não há como negar que a questão técnica assume importância significativa. O segundo ponto, mais importante e diretamente relacionado à temática ora em debate, está em possibilitar o acesso ao conhecimento de boa qualidade, crítico, questionativo, transformador e na linha de cidadania que se tentou imprimir em cada abordagem deste item.<sup>961</sup> Não podem os estudantes ser acusados de “um crime” não previsto no ordenamento penal: o de tentativa de absorção de conhecimento. Mais, para se concretizar esta “acusação”, se faça utilização

---

<sup>961</sup> Nesta mesma linha a conclusão de Hofman: “A tecnologia, no entanto, oferece somente parte da solução para as necessidades educacionais mundiais. Outra parte está em ter material educacional bom e disponível a ser entregue pela tecnologia. (HOFMAN, Julie. Education, Copyright and Development. In: WIPO Headquarters. *Information Meeting: Educational Content and Copyright in the Digital Age*. Geneva, November 21, 2005. Disponível na página eletrônica da Organização Mundial da Propriedade Intelectual - <[http://www.wipo.int/meetings/2005/educ\\_cr\\_im/educ\\_cr\\_im\\_05\\_inf1.html](http://www.wipo.int/meetings/2005/educ_cr_im/educ_cr_im_05_inf1.html). Acesso em: 26 mar. 2006). A autora vai mais longe: “Categorizar o copyright como uma fonte de riqueza significaria que a legislação do copyright, que deve representar um equilíbrio entre os interesses do criador de um trabalho e a comunidade, é entendida principalmente do ponto de vista dos detentores do copyright. Estes (que usualmente não são os criadores do material) têm considerado a nova tecnologia que tornou possível reproduzir e distribuir material, como a tecnologia usada em aprendizagem à distância, como uma oportunidade de aumentar os royalties que arrecadam. Esta situação, que corresponde a tributar a educação em nome da indústria editorial, não somente vai contra o ideal do copyright; ela vai contra os interesses de longo prazo da indústria editorial porque pessoas analfabetas parecem não apreciar os produtos da indústria editorial ou ser capazes de pagar por eles”.

indevida, como tantas vezes se faz nos conflitos entre consumidores e poderosas indústrias, do Direito Autoral. A utilização pura e simples da lei (muitas vezes em seu aspecto penal, o que é mais grave) contra estudantes, mostra-se a pior alternativa possível, sem falar que socialmente injusta.<sup>962</sup>

Assim, o correto alerta de Camps de que, caso se pretenda conectar a Educação com as novas tecnologias, será necessário fixar-se fundamentalmente em três pontos: 1. o acesso à informação é a base fundamental da educação, “por tanto saber no és solo tener ordenadores em todas las escuelas y universidades, sino poder acceder a la información y saber seleccionar la información”;<sup>963</sup> 2. num segundo plano, saber aproveitar e saber impulsionar as potencialidades tecnológicas da educação. 3. por terceiro e último, atentar para a questão dos conteúdos. Ao conectar as novas tecnologias com a Educação, não se deve ficar restrito à idéia quantitativa de que existem possibilidades técnicas de acesso em todas as instituições de ensino; “hemos de pensar que educar es sobre todo transmitir información, unos contenidos, y es transmitir unos criterios para saber seleccionar estos contenidos”. Embora seja difícil de controlar os conteúdos, que certamente estão ligados à oportunidade de escolha e oferta do divulgador, e aí se poderia entrar em outras questões complexas, como a liberdade de expressão, não há como negar que existem conteúdos mais importantes para a Educação que outros, e nisso estaria uma função não somente dos estabelecimentos de ensino e até mesmo dos pais e do próprio aluno, no âmbito familiar, mas também dos poderes públicos.<sup>964</sup>

É um desafio complexo e interdisciplinar, envolvendo várias áreas, das Ciências Tecnológicas à Pedagogia. E que indubitavelmente passa pelo Direito Autoral.

---

<sup>962</sup> Neste pormenorizar, remete-se à crítica de D’ELBOUX, Sonia Maria. Direitos autorais X Acesso ao conhecimento. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, Unisinos, v. 38, n. 1, p. 3, jan./abr. 2005.

<sup>963</sup> CAMPS, Victoria. Nuevas tecnologías e igualdad de oportunidades. In: ALEAIDE, Carlos Villagrasa (Coord.). *Nuevas tecnologías de la información y Derechos Humanos*. Barcelona: Cedecs, 2003, p. 174.

<sup>964</sup> CAMPS, Victoria. Nuevas tecnologías... *Op. cit.*, p. 175. Idêntico alerta é feito por Poch: “Cuanto mayor es la información generada por una sociedad, mayor es la necesidad de convertirla en conocimiento. Lo que de verdad importa no es acumular información, sino ser capaces de interpretarla, de aprenderla”. Mais adiante: “No basta con universalizar la información. Es preciso universalizar el conocimiento. Y el verdadero conocimiento deriva de la capacidad de someter toda la información recibida a un filtro de crítica individual. Ese sentido crítico solo puede ser producto de la educación y cimentarse sobre nuestra conciencia como ciudadanos libres en un mundo cuyas reglas de convivencia estén presididas por los valores universales de la democracia, la justicia, la igualdad de oportunidades y el respeto de los derechos fundamentales de la persona”. (POCH, Pedro Calvo. El principio de igualdad ante las nuevas tecnologías. In: ALEAIDE, Carlos Villagrasa (Coord.). *Nuevas... Op. cit.*, p. 188-9).

## 5.7 DIREITO AUTORAL E ABUSO DE DIREITO

A teoria do abuso de direito tem conquistado espaço no cenário jurídico nacional e internacional nos últimos tempos. O núcleo fundamental da problemática do abuso de direito consiste no fato de que o uso de permissões legais pelo titular do direito pode, em determinadas situações não-previstas pela ordem jurídica, estar fora dos princípios que justificam as permissões. Mesmo que se use direito subjetivo, este pode causar dano a interesse protegido por um princípio de maior grau limitador, no caso, da autonomia de seu exercício.<sup>965</sup>

Para Ascensão, sua origem estaria vinculada diretamente ao Direito de Vizinhaça, mormente em torno dos denominados atos emulativos e chicaneiros, já que não havia previsão específica de como combatê-los, nos Códigos Civis da França e da Bélgica, no final do século XIX e início do século XX.<sup>966</sup> As primeiras construções do abuso acentuavam como fator essencial a intenção malévola de prejudicar alguém, ou de não prosseguir qualquer interesse próprio sério. Nesta linha de mira, “o termo ‘abuso’ manifesta estar em jogo um fenômeno que, não sendo permitido, também não cai na ilicitude comum por transcender os limites formais, portanto externos, dos direitos. É o abuso em sentido próprio”.<sup>967</sup>

Várias teorias circundam a teorização histórico-conceitual do abuso de direito, inclusive a teoria negativista, que nega sua existência.<sup>968</sup> Na doutrina tradicional, a existência das teorias subjetiva e objetiva. A primeira centra-se no elemento intencional da conduta humana que se entende por abusivo de direito, vale dizer, para sua configuração há necessidade da intenção de lesar (dolo) ou, para outros, ao menos uma conduta culposa. A segunda teoria não dá tanto valor ao elemento intencional, devendo configurar-se o abuso

<sup>965</sup> Conforme ROSA, Alexandre Morais da. Princípios Ambientais,... *Op. cit.*, p. 50.

<sup>966</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso de direito. *In*: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2006, p. 32. Embora, como alerta Cordeiro: “No Direito Romano, a *aemulatio* correspondia ao exercício da utilidade para o seu titular, de um direito: com a intenção de prejudicar outrem. A consagração geral da proibição de actos emulativos parece duvidosa, dada a natureza não-sistemática das fontes romanas. Mas o fenômeno já então era conhecido e, pontualmente, combatido”. (CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 65, p. 334, set. 2005).

<sup>967</sup> CORDEIRO, António Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 862-3.

<sup>968</sup> A partir da “incompatibilità delle due espressioni, <<abuso>> e <diritto>...”, no realce que imprime RESCIGNO, Pietro. *L'Abuso del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 24.

de direito por um critério objetivo, cotejando se o exercício daquele direito subjetivo em exame, além de estar em consonância com os requisitos formais da norma, cumpriu sua finalidade social e econômica, além de estar fundamentado pelos ditames da boa-fé e dos bons costumes.<sup>969</sup>

Sá sustenta ainda duas outras teorias, classificadas de negativistas e afirmativas. Na primeira, aqueles que, como Duguit, negam a existência do direito subjetivo, não havendo motivo para se falar em abuso de direito.<sup>970</sup> Neste interpretar, agir conforme o Direito não é exercer um direito subjetivo, do mesmo modo que praticar um ato cujo objeto não é contrário ao direito, mas cujo fim é ilícito, se reduz pura e simplesmente a uma violação de direito.<sup>971</sup>

Outra das correntes que negam o abuso de direito encara-o como um elemento sociológico, e tem Rotondi entre seus próceres. Nesta visão, o abuso de direito seria uma categoria metajurídica, não visualizada sob a óptica do Direito positivo, sendo simplesmente a constatação do fato que dará ensejo, futuramente, a uma norma positiva (*lege ferenda*).<sup>972</sup> O conceito de abuso de direito recusado no mundo do Direito por Rotondi representaria, então, um fenômeno sociológico que, não obstante transitório, ocorreria perpetuamente, ou seja, a consciência comum, qual “antecâmara do Direito”, valora e reprova o ato que ainda é admitido pelo Direito positivo. Posteriormente, de acordo com a evolução desta consciência, a atividade legiferante ocupa-se da incorporação legislativa da nova consciência coletiva, e assim sucessivamente. Nas palavras do próprio Rotondi, segundo Sá, o abuso de direito, “como categoria metajurídica, apresenta-se como uma bandeira de vanguarda para as transformações do direito constituído e um elemento dinâmico que assegura o desenvolvimento progressivo do direito”.<sup>973</sup> Nada mais, pois sendo o abuso somente um fenômeno fáctico, à doutrina cabe somente alertar o Legislativo da necessidade de regulamentá-lo, e o Judiciário deve limitar-se de sinalizar ao Legislativo desta necessidade. Ou seja, se uma certa forma de gozo de um direito aparece ao legislador

---

<sup>969</sup> CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 830, p. 34, dez. 2004.

<sup>970</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 294.

<sup>971</sup> CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do... *Op. cit.*, p. 35.

<sup>972</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>973</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do... Op. cit.*, p. 311-2.

como anti-social, ele já a reprimiu e, não o tendo feito ainda, não cabe ao intérprete ou ao juiz substituí-lo.<sup>974</sup>

Por terceiro, o abuso de direito tem sua autonomia científica negada por aqueles que interpretam o direito subjetivo como absoluto, tendo como mais destacado representante Planiol, para quem se trata de uma logomaquia, pois “se eu uso do meu direito, o meu acto é lícito”.<sup>975</sup>

A quarta e última corrente que forma a teoria dos negativistas ampara-se no entendimento de que se trata de mero problema de interpretação da norma jurídica.<sup>976</sup> Nesta perspectiva, vê-se nele aquilo que torna possível a adaptação do Direito positivo à realidade social, sempre em mutação, de modo a sanar as iniquidades a que a aplicação estrita das normas vigentes daria lugar num determinado número de hipóteses. A necessidade de uma teoria do abuso do direito dever-se-ia, desta forma, à generalidade e abstração das normas jurídicas que gerariam, em sua aplicação às situações concretas da vida, injustiças e iniquidades. A utilidade da teoria do abuso do direito seria, pois, a de evitar essas soluções, quando elas fossem gravemente chocantes para o sentimento jurídico dominante.<sup>977</sup>

Além dos negativistas, há os que sustentam a existência do abuso de direito, compondo as teorias afirmativas. Num primeiro plano, para pensadores como Charmont, Bonnetcase, Lalou e Savatier, o abuso de direito se configuraria a partir da existência de um dano anormal para outrem, decorrente do exercício de um direito subjetivo.<sup>978</sup> Significa que haveria abuso sempre que, e só quando, com sua atuação, o titular acarretasse a terceiro ou terceiros um prejuízo decorrente de inconvenientes anormais ou excepcionais, ou seja, quando o proprietário não usa da necessária moderação no exercício de seu direito de modo a evitar a ocorrência desses prejuízos desmesurados.<sup>979</sup>

O abuso de direito foi encarado também, entre aqueles que o sustentam, como um corretivo de moralidade ou de legitimidade ética que o Direito positivo postula. Para Georges Ripert, um de seus representantes, o abuso de direito seria verificável na intenção

---

<sup>974</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do...* *Op. cit.*, p. 312.

<sup>975</sup> *Idem*, p. 293-7.

<sup>976</sup> CALCINI, Fábio Pallaretti. *Abuso do...* *Op. cit.*, p. 35.

<sup>977</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do...* *Op. cit.*, p. 337-8.

<sup>978</sup> CALCINI, Fábio Pallaretti. *Abuso do...* *Op. cit.*, p. 35.

<sup>979</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do...* *Op. cit.*, p. 352.



de prejudicar outrem, em decorrente afronta à moralidade.<sup>980</sup> Segundo Ripert, o equívoco estaria em sua localização no âmbito da responsabilidade civil e a se ter perdido a consciência de que ele é, antes, inspirado pela idéia de moralidade no exercício dos direitos, a qual, no entanto, não penetra no domínio jurídico, a não ser em medida limitada. Mais do que uma simples questão de admitir a responsabilidade, seria razão para desarmar o titular de um direito e tratar de modo diferente direitos objetivamente iguais, pronunciando uma espécie de condenação contra o que se exerceu imoralmente.<sup>981</sup> A expressão ‘abuso de direito’ não terá qualquer sentido se por meio dela se quiser designar os casos nos quais a responsabilidade de uma pessoa se encontra comprometida por ter ultrapassado os limites do direito, embora pretendendo entrincheirar-se atrás do exercício de seu direito. Nesta hipótese, abusar de um direito seria apenas e realmente cobrir com aparência do direito o ato que deveria ser evitado ou que, ao menos, não era possível realizar, a não ser indenizando aqueles que tivessem sido lesados por ele.<sup>982</sup>

Josserand, a seu turno, sustentava o abuso de direito como uma contrariedade do direito subjetivo com o fim socialmente relevante. A partir da observação histórica do Direito francês e do Direito comparado, este autor entende o instituto em relevo como a construção jurídica pela qual se afirma, simultaneamente, a oposição e a conciliação do preceito com sua aplicação, da ciência pura com a tecnicidade, e que demonstra o triunfo da técnica jurídica, ao se verificar que o absolutismo dos direitos seria fatalmente a guerra dos direitos e que o egoísmo, sob a forma jurídica, não é nem menos perigoso nem menos estéril do que sob qualquer outra forma.<sup>983</sup> Ao lado do elemento subjetivo que, na concepção de Josserand, subsiste e subsistirá sempre, verificou-se o aparecimento do elemento objetivo, social, que se desenvolve rapidamente, passando a ocupar o primeiro lugar não somente nos direitos altruístas, como os poderes familiares ou os poderes dos administradores, mas, inclusive, nas prerrogativas aparentemente mais egoístas, como a propriedade individual, móvel ou imobiliária ou o direito do credor de buscar junto ao devedor o que lhe é devido. Surge então a concepção de que o titular de qualquer direito só pode se servir das prerrogativas sob condição de que não estejam em oposição com os interesses vitais da comunidade, de que ele não constitui senão uma célula, e sob condição de permanecer no espírito da instituição. O verdadeiro critério da abusividade de direitos

---

<sup>980</sup> CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do... *Op. cit.*, p. 36.

<sup>981</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do... Op. cit.*, p. 362.

<sup>982</sup> *Idem*, p. 363.

<sup>983</sup> *Ibidem*, p. 408-9.

só pode ser aquele que é retirado do desvio do direito de seu espírito, ou seja, de sua finalidade ou função social qualquer que seja, econômica ou moral, egoísta ou desinteressada. Em síntese, a teoria do abuso de direito em Josseland não é senão o reflexo da sanção do espírito dos direitos, que deve ser atuado no sentido de sua missão social e em harmonia com os princípios gerais que estão subjacentes à legalidade e constituem, em seu conjunto, um direito natural de conteúdo variável e como uma superlegalidade. Assim é porque os direitos são dotados de um determinado espírito, vale dizer, de certa finalidade, que são relativos e que seu uso pode se tornar abusivo.<sup>984</sup>

Ressalte-se, ainda, com amparo no magistério de Abreu, que não há como confundir abuso de direito com figuras afins, como desvio de poder, fraude a lei e colisão de direitos.<sup>985</sup> Relativamente ao desvio de poder, é um típico ato administrativo praticado no exercício de poderes discricionários, enquanto o abuso de direito está relacionado historicamente aos direitos subjetivos, mais vinculado ao ramo do chamado Direito Privado.<sup>986</sup> Ao contrário da esfera dos direitos subjetivos, construída como um espaço essencialmente de liberdade, no Direito Administrativo a Administração vê-se compelida a impor o fim de interesse público que sua ação necessariamente deve prosseguir. Nesta seara, o desvio de poder se configura quando os poderes discricionários exercidos na prática de um ato administrativo são utilizados pelo órgão competente com fim distinto daquele para o qual a lei conferiu ou por motivos determinantes que não condizem com o fim visado pela lei que conferiu tais poderes.<sup>987</sup> Fraude a lei são aqueles atos que procuram contornar ou circunvir uma proibição legal, tentando chegar ao resultado proibido pela via oblíqua, por meio da utilização de uma norma encobridora da ilegalidade assim cometida. Diferenciam-se, desta forma, dos atos contrários à lei, ofensivos de forma direta e frontal de uma imposição legal, mas igualmente se distinguem do ato abusivo, pois na primeira possibilidade há a assinalar a norma cuja vedação é violada e uma outra com a qual se pretende encobrir essa violação. Por fim, na distinção com a colisão de direitos, mais uma vez não há veracidade na indagação. Se os direitos são desiguais ou de espécies diferentes, deve prevalecer aquele considerado superior, como, por exemplo, em uma servidão que duas pessoas possuem sobre o mesmo prédio que só permite a passagem de uma por vez,

---

<sup>984</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do...* *Op cit.*, p. 410-4.

<sup>985</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 79-86. Sá igualmente faz estas diferenciações, em capítulo próprio. (SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do...* *Op. cit.*, p. 515-43).

<sup>986</sup> *Idem*, p. 79.

<sup>987</sup> *Ibidem*, p. 80.

devem as partes harmonizar seus direitos de modo a ambas se beneficiarem daquele direito. No entanto, se os direitos forem desiguais ou de espécies distintas, deve prevalecer o que se deve considerar superior, em um critério de prevalência.<sup>988</sup>

O inquestionável, neste rápido esboço histórico que se tenta fazer, que ele se desenvolveu na Europa do século XIX a partir das construções teóricas noticiadas, que aqui foram abordadas no intuito de destacar que se trata o instituto em voga de resultado de longas e históricas discussões teóricas e construções jurisprudenciais. Na Alemanha, como se inclina Cordeiro, teria sido construído teoricamente a partir de cinco grupos de casos típicos,<sup>989</sup> tendo sido finalmente reconduzido à boa-fé.

Não são poucos, no Brasil, os que vislumbraram o abuso de direito no artigo 187 do novo Código Civil.<sup>990</sup> Sua visualização no Direito pátrio já foi sustentada por alguns, como Bevilacqua<sup>991</sup> e Pontes de Miranda,<sup>992</sup> ainda na vigência do Código Civil de 1916.<sup>993</sup>

Ascensão, mesmo reconhecendo que o disposto no artigo 187 do Código Civil é um avanço do movimento de eticização e substancialização do Direito vislumbrado de forma concreta no novo Código, combate esta visão. Para ele, não há um caráter unitário no artigo 187 do Código Civil brasileiro. Este dispositivo engloba, na visão do estudioso

<sup>988</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso...* *Op. cit.*, p. 85-6.

<sup>989</sup> Que são, entre outros: *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*, *suppresio e surrectio*, inalegabilidades formais, *tu quoque*. (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Do abuso do direito...* *Op. cit.*, p. 341). Para melhor compreensão de cada um, que não é o objetivo aqui, remete-se ao autor citado, nas p. 344-62.

<sup>990</sup> Entre eles, CALCINI, Fábio Pallaretti. *Abuso do Direito e...* *Op. cit.*, p. 29. Abrão refere-se a ele no artigo 188, inciso I, do Código Civil. (ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 218).

<sup>991</sup> BEVILAGUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1940, v. 1, p. 429-32. Ali já se vê a afirmação clara da necessidade de sobrepor ao interesse particular o interesse público, pois, “se a função do direito é manter em equilíbrio os elementos sociais collidentes, desvirtuar-se-á, mentira ao seu destino, quando se exxagerar, no seu exercício, a ponto de se tornar um princípio de desharmonia” (Id., p. 430).

<sup>992</sup> Que o via como derivado no nosso Direito, com alterações, da prescrição do artigo 226 do Código Civil alemão: “Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen zuzufügen”. Ou seja: “o exercício de um direito é proibido se somente pode ter por fim causar dano a outrem”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: Parte Geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 291).

<sup>993</sup> E ainda outros, como GUSMÃO, Paulo Dourado de. O abuso de direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 118, n. 541/42, p. 370, jul./ago. 1948: “O Cod. Civil, no art. 160, inc. I, acolheu a teoria do abuso de direito, mas, em face da divergência da doutrina, preferiu não determinar o que se entendia por abuso de direito, limitando-se a declarar que não constitui fato ilícito o exercício regular do direito, portanto o exercício irregular do direito seria ilícito”. Na mesma trilha, CARVALHO, Epaminondas de. O abuso de direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 82, n. 442-44, p. 226, abr./jun. 1940, destacando que o Código reputou, a *contrario sensu*, ato ilícito o exercício irregular de um direito, e ainda vislumbrando-o no artigo 3º, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1939.

português, três figuras distintas entre si, enquanto contempla a contrariedade à boa-fé, aos bons costumes e ao fim econômico ou social do Direito. Estas três figuras só apresentam um elo de ligação entre si, pois todas consistem em irregularidades no exercício de um direito.<sup>994</sup> Para ele, pretendendo-se falar em abuso de direito, seria melhor ficar vinculado às situações de direito de vizinhança; no Direito positivado brasileiro basta para tanto o parágrafo 2º do artigo 1.228. No tocante ao artigo 187, restaria a resignação de sua decomposição em três situações diferentes que demonstram irregularidades no exercício de direitos. Bons costumes, boa-fé e fim econômico e social, nesta visão, exprimem espíritos e funções bastante divergentes, nada se lucrando em interpretá-los como comuns, ao contrário abrindo flanco a erros graves.<sup>995</sup>

Outro que, de certo modo, acompanha este raciocínio é Naves, entendendo que não há como configurar no artigo 187 o abuso de direito, ainda criticando sua vinculação ao ato ilícito e assim ao dever de indenizar. Para ele, e aqui suas afirmativas têm ligação direta com a tese proposta, na ampliação das limitações ao Direito Autoral “não podemos, de forma alguma, admitir que o critério utilizado para identificar o ‘ato emulativo’ possa ser generalizadamente aplicado a todas as hipóteses ou a todas as espécies de abuso. O exercício do direito sofre outras ‘limitações’ menos amplas a absolutamente ‘objetivas’, limitações que podem ser impostas não somente pela lei como também pelos direitos alheios, sem qualquer necessidade de pesquisa quanto a ‘intenção’ do titular”.<sup>996</sup>

Por fim, há aqueles que até ampliam o instituto, não somente interpretando a previsão do artigo 187 do Código Civil, em visão frontalmente contrária à de Ascensão,

---

<sup>994</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do... *Op. cit.* p. 40. Antes, o autor também enfatiza que o artigo 187 do Código Civil brasileiro repete, quase na íntegra, o artigo 334 do Código Civil português, que era, ao tempo de elaboração do Anteprojeto nosso, o mais recente Código Civil existente, e bem assim repetia, de igual forma quase que *ipsis literis*, o Código Civil grego, em seu artigo 281, é bem verdade com diferenças sutis, pois, embora se referindo ao exercício, o regramento grego o qualifica como “proibido”, o português como “ilegítimo” e o brasileiro como “ilícito”. (Id., p. 31).

<sup>995</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>996</sup> NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. *Abuso no exercício do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 124. Este autor vai mais longe, acompanhando o entendimento de Ascensão de que no artigo 187 do Digesto Civil não se tem abuso de direito propriamente dito, mas vários outros institutos. Uma vez adotados os critérios formais de aferição da exorbitância do exercício de um direito, com esteio no artigo em comento, o abuso conseqüentemente se subdividiria em três espécies distintas: “a) ‘ato emulativo’ (limite = os próprios limites impostos pela boa-fé); b) outros abusos (de verificação até mesmo objetiva) decorrentes da ultrapassagem do ‘fim econômico e social’ da lei que confere o direito individual; c) outros ainda, resultantes dos limites éticos traçados pelos ‘bons costumes’, ou seja, pela ‘moral’”. (Id., p. 126).

como abuso de direito, mas inclusive alguns institutos classicamente inseridos nos vícios do negócio jurídico, como a lesão.<sup>997</sup>

A investigação de possível ocorrência de abuso de direito em torno dos Direitos Intelectuais tem despertado interesse, mesmo que incipiente, de estudiosos no Brasil, alguns dando ênfase a esta possibilidade a partir do Direito do Inventor<sup>998</sup> e no Direito Marcário. É o caso de Schmidt, que parte do pressuposto de que o conceito de ato ilícito, no novel Código Civil, foi ampliado para o exercício de um direito próprio.<sup>999</sup> Partindo do pressuposto de que “o abuso é um desvirtuamento no exercício de um direito ou faculdade, extrapolando seus limites e suas finalidades”, o autor conclui que sua ocorrência leva ao dever de indenizar pelo responsável.<sup>1000</sup>

---

<sup>997</sup> É o caso de Azi, para quem “mais que um vício de consentimento, é a lesão uma autêntica manifestação do abuso de direito, que deve ser coibida na medida em que o uso dos direito deve ser sempre voltado para a finalidade social e econômica para a qual os mesmos foram criados. E a liberdade contratual não foi criada para beneficiar uma das partes, mas para que as partes pudessem adequar o contrato, da melhor forma, às suas necessidades”. (AZI, Camila Lemos. A lesão como forma de abuso de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 826, p. 56, ago. 2004).

<sup>998</sup> Como já averbava Pontes de Miranda, em meados do século passado, ao refutar argumento de alguns, que “na propriedade intelectual, falta o *usus*, e só há o *fructus* e o *abusus*”, reconhecendo que havia, no caso, usabilidade e desfrutação dos bens intelectuais pelos titulares, mas sem deixar de reconhecer, adiante, na análise dos Direitos Industriais, a possibilidade jurídica concreta de abuso de direito, exemplificando com as chamadas patentes obstrutivas ou de barreira (*sperrpatente*), destinadas a impedir que outros produtores possam, com ditas invenções, invadir o campo econômico daqueles que assim agem, ou, ainda, a existência, já naquela época, no Direito britânico, da categoria do abuso de direito de monopólio, em sede de Direitos Industriais, consistente em quatro ações básicas: a) insuficiente satisfação da procura do produto patenteado; b) impedimento ou dificultação da exploração comercial, pela importação de produtos patenteados; c) recusa do titular da patente de dar licença sob condições razoáveis; d) prejuízo causado por meio de condições impostas pelo titular da patente. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Direito das Coisas: Propriedade mobiliária (bens corpóreos). Propriedade intelectual. Propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, t. XVI, p. 251 e 397).

<sup>999</sup> SCHMIDT, Lélío D. Abusos de direitos no novo Código Civil: Reflexos na Propriedade Intelectual. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, 23: O redesenho dos Direitos Intelectuais no contexto do comércio mundial. *Anais*. São Paulo, 2003, p. 111. O autor cita outros textos legislativos onde estaria previsto o abuso de direito, como no excesso no estrito cumprimento de dever legal (artigo 22, parágrafo único, do Código Penal), a litigância de má-fé (artigo 16 do Código de Processo Civil), e ainda no abuso de direito de defesa, ensejador de antecipação de tutela (artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil). Sobre este último, aqui vale intercalar um breve comentário de que, a par de consagrado atualmente na forma legislativa, como na possibilidade de antecipação de tutela do inciso II do art. 273 da Lei do Rito, como referiu o autor citado, e como se vê em boa produção doutrinária, entre elas em MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; já era objeto de pesquisa e publicações no século passado, como se vê entre nós em AMERICANO, Jorge. *Do abuso de direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Acadêmica/Saraiva, 1932; e em CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

<sup>1000</sup> SCHMIDT, Lélío D. Abusos de... *Op. cit.*, p. 111.

O autor em apreciação faz uma lista de casos judiciais onde teria ocorrido abuso, que se transcreve em decorrência de sua riqueza elucidativa:

- a) adoção maliciosa de marca estrangeira em produtos comerciais, ensejando a anulação do registro (TRF da 2ª Reg., AC 94.02.05358-1, DJU 29/4/97);
- b) empresa nacional que entabulou negociações com empresa estrangeira e, frustradas estas, pretendeu registrar a marca para si (TRF da 2ª Região, AC 89.02.00805-3, DJU, 20/8/91; TRF da 4ª Região, AC 92.04.21788-0, rel. Des. Teori Albino Zavascki; TJSP, AC 263.213-1, JTJ 195/184);
- c) ex-franqueado ou representante que pretendeu usurpar a marca para si (TJSP, AC 123.119-1, RJTJESP 129/219);
- d) empresa que atuava no mesmo ramo, não podendo desconhecer a outra cuja marca pretendeu usurpar (RTJ 25/136, Waldemar Ferreira e Antonio Chaves);
- e) cópia servil da logotipia (RDM 37/143; TRF da 2ª Região, AC 94.02.04118-4, DJU 24/6/97; Allart e Rouier);
- f) parte cujo pedido foi indeferido no INPI em função de colidência com marca alheia e ainda assim persistiu na reprodução (STJ - Resp 301.654, DJ 22/10/01).<sup>1001</sup>

Amparado em doutrinadores, Schmidt sustenta que ocorrerá abuso de direito de petição sempre que um registro de marca for pleiteado nas condições antes expostas. Finalmente, dá conta da visualização do instituto no Direito Administrativo interno e no Direito Internacional Público, o primeiro em decisão da Presidência do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, que em 1993 emitiu parecer determinando que seus examinadores vedem atos de aproveitamento parasitário, com amparo no artigo 60, inciso I, do Código Civil de 1916, e o segundo no artigo 16, parágrafo 3º, do TRIPS, que fortaleceu o combate à concorrência parasitária ao regular que: “O disposto no artigo 6-bis da Convenção de Paris (1967) aplicar-se-á, *mutatis mutandis*, aos bens e serviços que não sejam similares àqueles para os quais uma marca esteja registrada, desde que o uso dessa marca, em relação àqueles bens e serviços, possa indicar uma conexão entre aqueles bens e serviços e o titular da marca registrada e desde que seja provável que esse uso prejudique os interesses do titular da marca registrada”.<sup>1002</sup>

---

<sup>1001</sup> SCHMIDT, Lélío D. Abusos de... *Op. cit.*, p. 112-3.

<sup>1002</sup> *Idem*, p. 113-4.

O autor aqui analisado ainda vislumbra relação do artigo 187 do Código Civil com o instituto da licença compulsória previsto no artigo 68 da Lei de Propriedade Industrial, que a possibilita se o titular exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou praticar atos de abuso de poder econômico.<sup>1003</sup> No Direito da Propriedade Industrial há ainda outra possibilidade de busca de licença compulsória, agora em decorrência de emergência nacional ou interesse público.<sup>1004</sup>

Ferraz Junior também aborda o tema do abuso de direito em sede de Direitos Intelectuais, fazendo uma breve retrospectiva histórica, a partir do Código Civil prussiano do século XVII, onde ocorre a partir da *emulatio*, vinculada à intenção, com uma carga moral significativa, onde “abusar, portanto, de um poder ou abusar de um direito apontava para essa má intenção, daí a idéia da má-fé acompanhando intimamente a noção de abuso”.<sup>1005</sup>

Outro que faz uma análise a partir do Direito Internacional Público, com ênfase no Direito da Propriedade Industrial, é Barbosa.<sup>1006</sup> A possibilidade das licenças compulsórias de patentes, na visão deste autor, introduzida no artigo 5,2 da Convenção de Paris em sua revisão de Estocolmo, teria o condão de coibir abusos, mormente a partir da falta de

---

<sup>1003</sup> Sobre este tema, ganhou corpo no cenário político-social-econômico-jurídico nacional nos últimos tempos a discussão, que chegou às raias da diplomacia, entre o Brasil e laboratórios de medicamentos, particularmente aqueles que comercializam os remédios que combatem os efeitos da AIDS. Haveria um conflito entre o direito fundamental à saúde e um direito (econômico-comercial, de propriedade industrial) dos fabricantes e distribuidores destes produtos químico-farmacêuticos. Nesta minudência, tanto no relativo a medicamentos como a licença compulsória em geral há farta e boa doutrina nacional, entre as quais se sobressaem: BRUNNER, Adriana Gomes. As patentes farmacêuticas e a licença compulsória: O fim de uma batalha entre os Estados Unidos e o Brasil. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 55, p. 26-30, nov./dez. 2001; VAZ E DIAS, José Carlos. Licença compulsória de patentes e o Direito Antitruste. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 54, p. 3-8, set./out. 2001; SCHOLZE, Simone H. Fabricação local, licença compulsória e importação paralela na Lei de Propriedade Industrial. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 54, p. 9-12, set./out. 2001; e HEY, Raul. Licença compulsória de patentes: Entender antes de aplicar. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 66, p. 3-11, set./out. 2003. De autores estrangeiros, CORREA, Carlos Maria. *Propriedad Intelectual y Salud Pública*. Buenos Aires: La Ley, 2006; O’FARRELL, Ernesto. Patentes e Medicamentos. In: *Derechos Intelectuales*. Buenos Aires: Astrea, 1988, v. 3, p. 36-47.

<sup>1004</sup> Esta prevista no artigo 71 da Lei nº 9.279. Aprofundando a discussão, BARBOSA, Denis Borges. Licenças compulsórias: abuso, emergência nacional e interesse público. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 45, p. 3-22, mar./abr. 2000.

<sup>1005</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A Reforma do Código Civil e a Propriedade Intelectual. In ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, 23: O redesenho dos Direitos Intelectuais no contexto do comércio mundial. *Anais*. São Paulo, 2003, p. 116.

<sup>1006</sup> BARBOSA, Denis Borges. Abuso de direitos na Propriedade Intelectual – Patentes e Direitos Autorais. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo, ABDA/Lumen Juris, v. II, n. III, p. 41-58, ago. 2005.

exploração adequada da patente. No acordo TRIPS, de igual modo se previu as licenças compulsórias como remédio ao abuso.<sup>1007</sup>

No Acordo TRIPS igualmente há previsão de repressão de abuso e de práticas anticoncorrenciais em seu artigo 31, em especial por aplicação de seu artigo 8º, sendo que este distingue abuso da propriedade intelectual do abuso de poder econômico.<sup>1008</sup>

Analisando em minúcias outras formas de abuso, e a realidade em torno do tema em outros países, como os Estados Unidos e a Inglaterra,<sup>1009</sup> e após analisar outras formas de abuso, como aquele que denomina abuso de poder jurídico,<sup>1010</sup> e vendo que a noção de abuso parece extensível a todos os direitos de exclusiva, Barbosa desemboca no Direito Autoral, fazendo uma análise a partir do Direito norte-americano, onde surgiu a partir da prática antitruste e já evoluiu para uma autonomia, ancorada no desvio de finalidade. Para este estudioso, a noção de abuso de Direitos Autorais mostra-se mais visível na Europa, citando casos concretos em que se decidiu neste sentido.<sup>1011</sup>

Relevância merece que a noção de abuso de poder econômico tem abrangência distinta daquela de abuso de direito. Ao contrário deste, naquele está necessariamente presente a análise de uma situação de mercado e de poder de mercado. Desta forma, ao contrário do direito antitruste norte-americano, onde é relevante a idéia de intencionalidade (intenção de monopolizar, dolo), a idéia de abuso deste poder ganha mais força em países europeus e latino-americanos, na elaboração daquilo que se convencionou chamar posição dominante, e de abuso de posição dominante.<sup>1012</sup>

---

<sup>1007</sup> BARBOSA, Denis Borges. Abuso de direitos... *Op. cit.*, p. 42 e p. 44-5.

<sup>1008</sup> *Idem*, p. 43-4.

<sup>1009</sup> Aprofunda a teoria de combate ao abuso em países, mormente a partir do instituto denominado “*patent misuse*”, que tem grande importância na moderação dos Direitos Intelectuais nos Estados Unidos, não mais fundamentada como uma limitação externa, como nas regras antitruste, mas como uma medida de sua extensão efetiva como imposta pela boa-fé. O caminho judicial centra-se na análise da razoabilidade da prática tida como abusiva. (*Ib.*, p. 46-8).

<sup>1010</sup> Quando o titular usa seu direito além dos limites do poder jurídico, por exemplo, impondo a terceiros restrições às quais não faz jus, exemplificadamente: licenças ou vendas casadas; imposição de *royalties* além ou após a expiração da patente; *royalties* discriminatórios; *royalties* excessivos; recusa de licença; imposição de produtos fabricados; açambarcamento de patentes; restrições territoriais ou quantitativas; *pooling* de patentes e abuso de poder de compra. Um exemplo significativo e verídico, na esfera do Direito Autoral, foi a punição exemplar da Microsoft pelo Tribunal Supremo da Venezuela, em 2001, por excesso de utilização de Direitos Autorais contra uma instituição financeira. (*Ib.*, p. 50-1).

<sup>1011</sup> Como no conhecido “Caso Magill”, onde a Corte Suprema Européia considerou o desvio de finalidade como elemento crucial de análise. (*Ib.*, p. 51-3).

<sup>1012</sup> *Ibidem*, p. 55-8.



Ferraz Junior delimita sua explanação sobre o tema à possibilidade de confusão do ato da criação com a própria criação. Para ele, o excesso de que trata o Código Civil estaria justamente aí, ou seja, o alvo social e econômico estaria em, apesar da criatura, não se restringir novos atos de criação. Em síntese, haverá abuso quando ocorrente cerceamento de atos criadores pelo uso e pelo gozo da criação objetivamente considerada. Esta idéia tem foco no consumidor, a partir da visão de não impedi-lo de ter benefício do mercado, com o consumo em geral, ou ainda no Direito da Concorrência, consagrado na Constituição Federal a partir de preceitos como a liberdade de iniciativa.<sup>1013</sup>

Abrão faz observações pontuais em torno da matéria, na indagação de quais seriam os fins sociais a que visa o Direito Autoral, para logo concluir que:

A promoção da cultura e o avanço do conhecimento não se esgotam no privilégio temporário conferido ao autor da obra. Para que os fins sejam colimados, é preciso que diversos autores tenham direitos exclusivos em relação às suas obras, como manda a Constituição, respeitando os outros direitos exclusivos de outros autores sobre outras obras ainda que semelhantes e transeuntes de universos afins.<sup>1014</sup>

Esta autora faz uma enumeração significativa de circunstâncias nas quais vislumbra a ocorrência daquilo que denomina abuso de direito autoral, que aqui se reproduz na íntegra diante de seu ineditismo, sua amplitude e significância na discussão ora proposta sem entrar no mérito da concordância ou não do autor desta pesquisa com todas as suas afirmativas neste particular:

Ocorre abuso de direito autoral quando se pleiteia a proteção para métodos, sistemas, formatos, idéias e todos os demais atos e conceitos que se encontrem dentro do campo de imunidade do direito autoral.

Ocorre abuso de direito autoral quando se restringem as limitações impostas aos usos livres das obras em função da ordem pública ou de direitos alheios, impedindo que uma pessoa ou grupo de pessoas exerçam a crítica ou o estudo de obra preexistente independente de comunicação.

Ocorre abuso de direito autoral quando o agente ou o órgão investido da arrecadação dos direitos de utilização pública autuam a representação teatral, ou a execução realizada gratuitamente para fins didáticos, ou em ambientes domésticos.

Ocorre abuso de direito autoral quando se tenta influir na liberdade criativa do intérprete, ou quando se investe contra a paródia ou a caricatura alegando ofensa inexistente.

---

<sup>1013</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A reforma do.... *Op. cit.*, p. 117.

<sup>1014</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de...* *Op. cit.*, p. 218.

Ocorre abuso de direito autoral quando as pessoas que necessitam da criação de um autor, como matéria-prima de sua atividade profissional, abusam de sua superioridade econômica ou política para açambarcar através de contratos leoninos todas as formas de uso de uma obra, por todos os meios e processos, com alcance e comercialização garantida em todos os países, sem limitações no tempo.

Cometem abuso de direito os herdeiros que impedem o uso regular das obras criadas pelo autor impondo ônus excessivos ou embaraços à livre circulação do bem cultural.<sup>1015</sup>

O Poder Judiciário tem julgado casos de ocorrência de abuso de direito,<sup>1016</sup> sua verificação, entretanto, não é tão comum na esfera dos Direitos Intelectuais.

## 5.8 CRITÉRIOS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como no cotejo entre a liberdade de expressão, o Direito à Informação, o Direito à Cultura e o Direito à Educação e o Direito Autoral, vislumbra-se um conflito entre dois direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, necessário enfrentar quais são os critérios para solução destes conflitos.

<sup>1015</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de... Op. cit.*, p. 218. Fazendo uma análise específica a partir da realidade em torno das conhecidas “pastas” de professores nas Universidades, D’Elboux afirma que há abuso de direito na atuação que entende exagerada de titulares de direitos autorais, editoras e principalmente da Associação Brasileira de Direitos Reprográficos – ABDR contra instituições de ensino e alunos, naquilo que entende seja um exercício regular de direito dos utilizadores. (D’ELBOUX, Sonia Maria. *Direitos autorais X... Op. cit.*, p. 5-6).

<sup>1016</sup> Como, a título exemplificativo: “APELAÇÃO CÍVEL. Responsabilidade civil. Dano moral. Protesto indevido. Título executivo judicial. Dano *in re ipsa*. Desnecessidade de prova. Fixação da indenização. Preliminares reitadas. Apesar de concisa, as razões recursais expuseram a irresignação da apelante frente à decisão de improcedência da demanda, trazendo argumentos contra o *decisum* de primeiro grau. Tratando-se de matéria eminentemente de direito, correto o julgamento antecipado da lide. O protesto, fora dos casos em que é legalmente necessário, é sempre um mecanismo de coação para o pagamento da dívida sem que haja o devido processo legal, não passando de constrangimento ilegal do devedor e abuso de direito por parte do credor. Caso concreto em que, de posse de título executivo judicial, a advogada que obteve ganho de causa e, portanto, condenação da parte adversa ao pagamento de verba honorária, levou o título a protesto a fim de cobrar os honorários deferidos pelo *decisum*. Havendo título executivo judicial, o meio próprio previsto para a cobrança é o processo de execução, onde o direito de defesa do executado será respeitado, em consonância com os princípios insculpidos no art. 5º da Constituição Federal, no Título que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão. Jurisprudência da Corte que tem rechaçado o procedimento adotado pela requerida. Sendo indevido o protesto, resta configurado o dano extrapatrimonial. O dano moral decorre do próprio fato ilícito do protesto indevido. A prova do dano, nesse caso, é prescindível, pois o prejuízo extrapatrimonial decorre dos efeitos do protesto. É o chamado dano moral *in re ipsa*. Precedente do STJ. Para os casos de protesto indevido e considerando-se as particularidades do caso concreto, o valor da indenização deve ser fixado em 50 salários mínimos nacionais. Apelo provido. Ação julgada procedente. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nona Câmara Cível. Apelação Cível n. 70007262793. Relator: Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgado em: 1º set. 2004. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br/>. Acesso em: 2 abr. 2006).

Antes disso, mesmo que brevemente, conveniente fazer uma distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Heck parte da visão de que ambas as expressões significam duas formas de abordagem, uma abstrata e outra concreta. A forma abstrata corresponde aos Direitos Humanos, referindo-se a questões que giram em torno de sua historicidade, seus fundamentos e sua configuração teórica. Historicamente, é vinculada à Declaração Francesa dos Direitos Humanos e Civis de 1789. Esta Declaração tem como característica a evolução da situação de súditos para cidadãos, e igualmente visava uma igualdade social entre estes cidadãos, pela eliminação de privilégios estamentais e clericais que sustentavam prerrogativas no Direito Privado. Isso estava relacionado a um plano normativo, de natureza jurídico-constitutiva. Seu grande mérito foi a universalização os direitos nela inscritos.<sup>1017</sup>

Sua concretização se daria na segunda forma. A expressão “Direitos Fundamentais”, então, trata de quando são considerados juridicamente, vale dizer, sua configuração no caso concreto. Teve como momento histórico de sua gênese também uma declaração, o *Bill of Rights* da Virgínia, de 1776, que modelou várias outras declarações estaduais, inclusive os dez artigos complementares à Constituição americana, introduzidos em 1787 para garantia dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o indivíduo é sujeito de direitos não por meio do Estado, mas deve, por sua natureza, ser respeitado pelo Estado. Ele possui direitos que são inalienáveis e invioláveis, e que lhe conferem uma posição jurídica e de liberdade dirigida para uma atuação determinada, porque é especial e concreta juridicamente. Desta forma, o Estado deixa de ser absoluto, pois é limitado pela própria Constituição, criada pela supremacia popular. Cada cidadão tem a possibilidade de opor estes direitos fundamentais frente ao poder estatal como normas jurídicas que valem positivamente, tendo assim forças jurídicas. Nessa situação, o Estado Constitucional torna-se realidade, pois no plano constitucional norte-americano os direitos fundamentais têm sua base na natureza do homem, sendo conseqüentemente naturais, inatos e inalienáveis, pondo limites ao poder do Estado que tem seu fundamento e razão de ser na própria Constituição.<sup>1018</sup>

---

<sup>1017</sup> HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Direito e Democracia*: Revista do Centro de Ciências Jurídicas, Canoas, Ulbra, v. 1, n. 1, p. 115, 1º sem. 2000.

<sup>1018</sup> Idem. A diferenciação também é abordada por Robles, concluindo que, quando os direitos humanos se positivam, adquirindo categoria de verdadeiros direitos processualmente protegidos, passam a ser direitos fundamentais em determinado ordenamento jurídico. Entretanto, isso somente ocorre quando o ordenamento lhes confere *status* especial que os torna distintos, mais importantes que os demais direitos. Os direitos fundamentais são determinados positivamente, geralmente na Constituição, “enquanto os

Num segundo instante vem a idéia de força normativa da Constituição, e com ela, obviamente, dos Direitos Fundamentais. Neste particular, convém lembrar que a noção de que a Constituição é uma norma jurídica, dotada de caráter imperativo, cujos comandos são passíveis de tutela em juízo quando não observados espontaneamente, embora pareça uma enorme obviedade, demorou muito tempo para se concretizar. Durante largo período, mormente na Europa, consagrou-se a idéia de que a Constituição conteria uma proclamação de princípios políticos dependentes da atividade legislativa para a produção de efeitos concretos. Nessa visualização, ela era dirigida aos poderes constituídos, especialmente ao Executivo e ao Legislativo, mas não seria acessível ao juiz e ao cidadão, tanto que se chegou a sustentar que as declarações de direitos incorporadas às Constituições seriam de conteúdo essencialmente moral, sem qualquer eficácia jurídica.<sup>1019</sup>

No entanto, a adoção de forma generalizada, no século XX, de instrumentos de controle de constitucionalidade no mundo inteiro foi fator relevante para a superação desta idéia, resultando em última instância na afirmação prática do valor jurídico e da superioridade normativa da Constituição. Há uma evolução, neste estágio, do Estado de Direito para o Estado Constitucional, no qual a lei é posta numa relação de conformidade e, desta forma, subordinada a um estrato mais elevado do Direito, estabelecido na Constituição.<sup>1020</sup>

De outro lado, ocorre simultaneamente o surgimento do Estado Social, com a redefinição dos papéis da Constituição pois, se no Estado Liberal ela se limitava à organização do Estado e à garantia dos direitos individuais, no novo modelo passa também a consagrar direitos sociais e econômicos e a apontar caminhos, metas e objetivos a serem perseguidos pelos Poderes Públicos na idéia de transformação da sociedade. Em decorrência deste fenômeno, o pensamento constitucional hegemônico não atribui caráter vinculante a toda a Constituição, mas tão-somente à sua parte orgânica e às normas consagradoras dos direitos liberais e políticos.<sup>1021</sup>

---

chamados direitos humanos não são verdadeiros direitos, senão apenas uma forma de referência a critérios morais, os direitos fundamentais são autênticos direitos subjetivos que o ordenamento jurídico distingue dos direitos subjetivos ordinários mediante um tratamento normativo e processual privilegiado. Os direitos fundamentais são direitos subjetivos privilegiados”. (ROBLES, Gergorio. *Os Direitos Fundamentais e a Ética na sociedade atual*. Barueri: Manole, 2005, p. 7-8).

<sup>1019</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 70-1.

<sup>1020</sup> Idem, p. 71.

<sup>1021</sup> Ibidem, p. 71-2.

Após a emergência de escolas que reduziam o papel da Constituição, Konrad Hesse construiu sua teoria em torno da força normativa da Constituição.<sup>1022</sup> Hesse conferiu especial realce à denominação “vontade de Constituição” (*Wille zur Verfassung*). Elaborando os conceitos de “Constituição real” e “Constituição jurídica”, o autor alemão designou nela um significado próprio, por meio de uma pretensão de eficácia que assume autonomia no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição, nesta construção, adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. A norma constitucional só atua com esta eficácia quando procura construir o futuro com base na natureza singular do presente, se for determinada pelo princípio da necessidade ou, em outras palavras, a força vital e a eficácia constitucional assentam-se na vinculação da Constituição às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que permite seu desenvolvimento e sua ordenação objetiva, convertendo-se ela, desta forma, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. Concluindo, Hesse diz que a Constituição se converterá em força ativa se presentes na consciência coletiva, mormente dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não somente a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas igualmente a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).<sup>1023</sup>

Neste paradigma, surge o debate em torno da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, mesmo com a superação, aqui já tratada, de uma idéia inflexível da dicotomia entre público e privado. Como visto, no Estado Democrático de Direito a Constituição foi situada no centro da ordem jurídica, inclusive do assim chamado Direito Privado. Como consequência, a constitucionalização do Direito Privado não se restringe ao acolhimento, em sede constitucional, de normas atinentes às relações privadas. Significa fenômeno mais amplo que impõe uma releitura de todos os institutos e conceitos também desta área, naquilo que se chama, como antes já enfatizou no capítulo 1, de filtragem constitucional.<sup>1024</sup> Como no centro de gravidade do sistema constitucional figura o

<sup>1022</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos... Op. cit.*, p. 75.

<sup>1023</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*. Porto Alegre: SAFe, 1991, p. 15-9.

<sup>1024</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos... Op. cit.*, p. 370. “As Constituições, dentro deste novo marco, tornam-se mais ambiciosas, e passam a disciplinar também as relações econômicas e privadas, abandonando o arquétipo pré-weimeriano em que cuidavam apenas da organização estatal e das relações entre governantes e governados. A expansão e o fortalecimento da jurisdição constitucional, por outro lado, acarretaram, com o tempo, a cristalização da idéia de que a Constituição é antes de tudo norma jurídica, e não apenas uma diretriz política para o legislador, desvestida de força vinculante” (Idem, p. 370). Mais adiante, o autor volta ao tema afirmando que aquilo que chama “ambição normativa da Constituição” a leva propositadamente a se imiscuir nas relações privadas, produzindo como efeito inexorável a constitucionalização do Direito Privado (Ib., p. 375).

princípio da dignidade da pessoa humana, vê-se que, na esfera do Direito Privado, esta penetração constitucional redundará em dois fenômenos: a personalização e a despatrimonialização, oriundos do fortalecimento da tutela das situações existenciais, em detrimento dos direitos de caráter meramente patrimonial. Como os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva que potencializa sua irradiação para todos os campos do Direito, uma de suas conseqüências mais visíveis é o reconhecimento de que as normas jurídicas em geral, mormente aquelas consagradas de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, devem ser interpretadas da forma que mais favoreça aos direitos fundamentais. Reconhecendo que a forma e a intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não podem ser idênticas à do Estado, tendo em vista que os atores privados são igualmente titulares de direitos fundamentais, beneficiando-se de sua autonomia, o autor em evidência chega igualmente à ponderação de interesses como um enfrentamento que obrigatoriamente deve ser feito, tendo de um lado eles e de outro alguma emanção da autonomia privada, entendida em seu sentido amplo (autonomia privada negocial, privacidade, autonomia associativa *etc.*). Contudo, reconhece que, para conferir maior previsibilidade e reduzir as margens de arbítrio na ponderação judicial de interesses ligada à aplicação de direitos fundamentais entre os particulares, é necessária sempre uma análise tópica voltada às peculiaridades do caso concreto. Como a assimetria de poder em determinada relação pode comprometer o exercício da autonomia privada da parte mais vulnerável, assim expondo a um risco maior de seus direitos fundamentais, quanto mais a relação for assimétrica maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental em discussão, e menor a tutela da autonomia privada.<sup>1025</sup>

Alexy, antes de enfrentar a possibilidade de colisão entre princípios e sua melhor forma de solução, faz uma distinção entre regras e princípios, concluindo que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas”.<sup>1026</sup> Os princípios, nesta sustentação, são mandatos de otimização caracterizados pela possibilidade de cumprimento em diferentes graus e, ainda, que a medida de sua observância não somente depende das possibilidades reais, como também das jurídicas, sendo que “el ámbito de las posibilidades

---

<sup>1025</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos... Op. cit.*, p. 371-5.

<sup>1026</sup> ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 217, p. 74-5, jul./set. 1999.

jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”.<sup>1027</sup> Por seu turno, as regras são normas que somente devem ser cumpridas ou não. Ou seja, sendo válida a regra, deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível, e “esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado”, e que “toda norma es o bien una regla o un principio”.<sup>1028</sup>

No que concerne à possibilidade de conflitos, o autor em foco faz de igual forma uma distinção sobre o remédio a ser dado em um caso ou noutro. O conflito de regras deve ser solucionado por meio da inserção de uma cláusula que o eliminaria, ou pelo menos declararia inválida uma das regras. Se a solução não é possível, ao menos uma das regras deve ser declarada inválida e, assim, eliminada do ordenamento jurídico. O problema pode ser superado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, sendo ainda permitido proceder de acordo com a importância das regras conflitantes. Esta decisão de conflito entre regras é uma decisão sobre a validade delas.<sup>1029</sup>

Os conflitos entre princípios, por sua vez, em Alexy, se dão na dimensão do peso, e aí a solução é mais complexa. Quando dois princípios conflitam, como na possibilidade de um permitir algo e outro proibir, um deles deve ceder, “pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción”. Em determinadas circunstâncias um princípio precede ao outro. Noutras, a questão da precedência pode ser resolvida de modo inverso. Isso é o que se quer dizer ao afirmar que, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos e que prevalece aquele com maior peso.<sup>1030</sup> Um critério efetivo para esta concretização, muitas vezes já utilizado pelo Judiciário alemão, é a ponderação dos interesses opostos, sendo que

<sup>1027</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

<sup>1028</sup> Idem, p. 87.

<sup>1029</sup> Ibidem, p. 88. O pensador utiliza um elucidativo exemplo: há duas regras contraditórias entre si, uma proibindo a saída dos alunos antes de soar a campainha e outra que determina que saiam da sala imediatamente, quando isso ocorrer, na evacuação do prédio em caso de incêndio. São regras que conduzem a juízos concretos de dever contraditórios entre si, e “este conflicto se soluciona introduciendo en la primera regla una cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio” (Ib., p. 88).

<sup>1030</sup> Ibidem, p. 89. Na mesma página: “Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo puedan entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”.

“en esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”.<sup>1031</sup>

Alexy reconhece que a ponderação como parte de um exame de proporcionalidade é a razão principal para a abertura do rol dos catálogos de direitos fundamentais.<sup>1032</sup>

Canotilho parte do reconhecimento da possibilidade de conflitos entre princípios, que se visualiza já de partida ao reconhecer que a Constituição consiste num sistema aberto de princípios. Podem ocorrer fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Neste aspecto, considerar a Constituição como uma ordem ou sistema totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer que ela é o resultado do compromisso entre vários atores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses essencialmente diferenciados e até antagônicos e contraditórios. Assim, o consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar o pluralismo e o antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador. A pretensão de validade absoluta de determinados princípios com sacrifício de outros geraria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, tendo como resultado a destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da Lei Fundamental. Como consequência do reconhecimento da ocorrência de conflitos entre os princípios a necessidade de aceitar que eles não seguem, no antagonismo, uma lógica “do tudo ou do nada”, antes devem ser objeto de ponderação e concordância prática, de acordo com seu “peso” e as circunstâncias do caso.<sup>1033</sup>

Enfrentando a possibilidade de antinomia entre normas de Direito Público e de Direito Privado, Freitas entende que cada intérprete sistemático deve encarnar a condição de protetor dos princípios constitucionais, lutando contra as arbitrariedades e as

---

<sup>1031</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los... Op. cit.*, p. 90.

<sup>1032</sup> Idem. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 217, p. 63, jul./set. 1999. O autor utiliza exemplos a partir da análise constitucional brasileira, dentre vários: um caso que “salta diretamente aos olhos”, quando o artigo 5º, inciso XXII, garante o direito à propriedade, logo seguido da previsão que deverá atender sua função social; ou, quando o artigo 5º, inciso XI, possibilita a entrada na casa dos cidadãos durante o dia, mediante ordem judicial, não significa que devam admitir uma penetração na casa por qualquer fundamento, mas esta deva ser proporcional; quando o artigo 5º fixa a igualdade de todos perante a lei, esta prescrição não significa que pobres e ricos devam pagar impostos no mesmo nível... (Id., p. 63-4).

<sup>1033</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1.145-6.



desproporcionalidades, seja no campo do privado ou naquilo que denomina campo das multifacetadas relações públicas.<sup>1034</sup> Ocorreria, nesta linha de mira, a preponderância dos princípios sobre as regras. Para a necessária e sistemática interação entre as esferas do público e do privado, o autor propõe a utilização dos seguintes critérios: a) em uma adequada interpretação tópico-sistemática, os princípios devem ser entendidos como os mais relevantes pontos de convergências entre as esferas do Direito Público e do Direito Privado, interpretando-se o sistema como totalidade viva, de tal sorte que a distinção, mais do que pelos interesses em jogo ou em razão dos sujeitos, deve ser efetuada pela dominância axiológica dos princípios; b) como em toda relação jurídica sempre haverá a incidência direta ou indireta de prescrições constitucionais, podendo-se afirmar, em consequência, que qualquer compartimento do Direito se encontra desta forma constitucionalizado, isso confirma a idéia de que toda interpretação sistemática deve ser, de algum modo, uma interpretação constitucional; c) uma visão sistemática (complexa e não unilateral) do princípio do interesse público faz com que sua invocação não deva quebrar outros princípios, mormente o da dignidade humana, sendo proibida qualquer relação de administração que signifique o exercício das liberdades e propriedades em detrimento da preservação das diretrizes superiores devidamente relativizadas; d) não se deve fazer confusão entre interesse público e interesse do aparato estatal, assim como não é adequado vê-lo necessariamente descoincidente com esta ou aquela vontade particular, inclusive a governamental; e) como as distinções entre Direito Público e Direito Privado são eminentemente funcionais ou de grau de preponderância do plexo de princípios ou regras, a relação da Administração Pública será sempre uma na qual se impõe a observância predominante dos princípios publicistas, mesmo quando regida, à primeira vista, por normas de Direito Privado;<sup>1035</sup> f) a defesa do interesse público deve transcender as fronteiras entre os ramos do ordenamento jurídico no seio de uma construção teórica e prática mais larga e profunda que não se coaduna com subjugações ou despotismos egotistas nem com supostos equilíbrios estáticos; g) diante da irrenunciabilidade da significativa gama de conquistas na seara do Direito Público, como no plano da impessoalidade ou da moralidade, não se deve jamais “colocar entre parênteses” tais evoluções, especialmente

---

<sup>1034</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 242.

<sup>1035</sup> Em sede de Direito Autoral, parece ser o caso do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais – ECAD, entidade de natureza privada criada por lei, mas de fins e consequências de sua atuação nitidamente públicas, em decorrência da relevância que envolve suas ações, a tal ponto de ter funcionado no Congresso Nacional uma Comissão Parlamentar de Inquérito para discuti-las.

tendo em vista o fenômeno da “constitucionalização”, que deve ser incorporado, definitivamente, ao nosso patrimônio hermenêutico.<sup>1036</sup>

Leal labora em torno de uma possível harmonização destes direitos fundamentais em conflito, amparado em Hesse.<sup>1037</sup>

Após discorrer sobre a capacidade emancipatória do Direito e sobre os limites e possibilidades da Constituição como instrumento de transformação social, Pereira reconhece que é imprescindível que a interpretação seja dotada de coerência, objetividade e capacidade de persuasão. Desse patamar, reconhece que a interpretação constitucional tem uma irrefragável dimensão criativa em que as insuficiências do sistema normativo autorizam o juiz a buscar em algumas vezes a solução jurídica além do texto, o que não importa legitimar o arbítrio ou o subjetivismo.<sup>1038</sup> Seguindo passo, a autora chega à conclusão de que os conflitos de direitos fundamentais são espécies de antinomias jurídicas. Estas são contradições entre normas que ocorrem quando atribuem conseqüências divergentes para uma mesma situação de fato, vale dizer, quando diante de um mesmo suposto fático se encontram no ordenamento comandos em sentidos opostos que não podem ser efetivados ao mesmo tempo. Como os direitos fundamentais, mesmo quando enunciados por meios de formulações precisas, estabelecem princípios, as antinomias que envolvem normas de direitos fundamentais são colisões de princípios. Dito isso, e após referir os métodos básicos utilizados para a solução dos conflitos entre normas constitucionais, a autora chega ao que denomina “metodologia da ponderação”, técnica interpretativa destinada a

---

<sup>1036</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação... Op. cit.*, p. 242-3.

<sup>1037</sup> “Para tal raciocínio, estou a utilizar aqui o que Konrad Hesse chama de princípio da concordância prática ou da harmonização, o qual impõe ao intérprete do sistema jurídico que os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto. Tal princípio parte exatamente da noção de que não há diferença hierárquica, ou de valor, entre os bens constitucionais; destarte, o resultado do ato interpretativo não pode ser o sacrifício total de uns em detrimento dos outros. Deve-se, na interpretação, procurar uma harmonização ou concordância prática entre os bens constitucionalmente tutelados”. (LEAL, Rogério Gesta. *As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, IHJ, v. 1, n. 4, p. 406, 2006). Nesse mesmo passo, Verri, Paulino e Garcia: “O método de ponderação de bens potencializa em alto grau a idéia da Constituição aberta, na medida em que tal método objetiva justamente possibilitar o convívio entre os valores e princípios constitucionais antagônicos. Neste método, deve o intérprete buscar a concordância prática entre as normas e valores envolvidos na questão, de modo a que cada um deles só seja restringido no limite necessário à garantia dos demais”. (VERRI, Marina Mezzavilla; PAULINO, Carlos Ernesto; GARCIA, Carlos Roberto Diogo. *A liberdade... Op. cit.*, p. 168).

<sup>1038</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 500.

identificar e formular a norma jurídica aplicável ao caso concreto que designa, pela qual o operador jurídico contrapesa, a partir de um juízo dialético, bens e interesses juridicamente protegidos que se mostram inconciliáveis no caso real, visando determinar qual deles possui o maior peso e, desta forma, identificar a norma jurídica abstrata que deve prevalecer como fundamento da decisão adotada. Nesse viés, a ponderação pode ser conceituada como “a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, qual deles possui maior peso e deve prevalecer”.<sup>1039</sup>

Na análise do tema em investigação neste instante, a autora citada vai além, chegando à conclusão de que a ponderação, como técnica de decisão, se identifica com a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que impõe sejam colocados em equação os ônus e vantagens que decorrem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito.<sup>1040</sup> Concluindo, e reconhecendo que os direitos fundamentais foram concebidos e afirmados para a tutela da dignidade e autonomia humana em suas várias dimensões, chega na afirmação de que, embora a concepção de que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas seja consequência natural e lógica de um modelo comprometido com o caráter normativo da Constituição, isso evidentemente não equivale a dizer que os direitos fundamentais devam incidir de forma absoluta e incondicionada na relação entre particulares. Para ela, conclusivamente, este problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos* deve ser resolvido com um processo de ponderação, que deverá considerar os diversos direitos envolvidos.<sup>1041</sup>

Outra pensadora que reconhece a ponderação como instrumento eficaz e moderno de superação dos modelos tradicionais, especialmente da subsunção, é Barcellos. A ponderação se daria mormente para os chamados casos difíceis (*hard cases*), chegando ao

---

<sup>1039</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação... Op. cit.*, p. 505-6.

<sup>1040</sup> *Idem*, p. 506.

<sup>1041</sup> *Ibidem*, p. 512. A autora aprofunda esta afirmativa, chegando aos critérios que pensa devam ser os orientadores da ponderação: “i) se a ação violadora do direito puder ser indiretamente imputada ao Estado, os direitos fundamentais devem ser aplicados; ii) as pessoas privadas que se encontram em posição de supremacia devem ter suas ações limitadas pelos direitos fundamentais; iii) a proximidade, da relação jurídica entre particulares, da esfera pública, pois quanto mais próxima à esfera privada se revelar uma relação jurídica, menor a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada; iv) a necessidade de preservar a pluralidade no âmbito social, devendo-se considerar as consequências concretas que a incidência dos direitos fundamentais poderá acarretar para a preservação da identidade da pessoa ou entidade afetada”.

que denomina “ponderação em concreto”, a partir dos elementos específicos da situação real.<sup>1042</sup>

Concretamente, em questões que envolvem conflitos entre titulares de Direito Autoral e utilizadores que têm direito ao uso das obras, principalmente se vinculado, como se tentou sustentar até aqui, aos direitos fundamentais à educação, à cultura e à informação como indispensáveis à dignidade da pessoa humana, além da proporcionalidade, outro princípio que pode e deve estar presente é o da razoabilidade, que funciona como justa medida de aplicação de qualquer norma, tanto na ponderação feita entre princípios como na dosagem dos efeitos das regras.<sup>1043</sup>

O Poder Judiciário tem enfrentado esta possibilidade de colisão de direitos fundamentais, geralmente em matéria de conflito entre liberdade de expressão e direito à imagem, com a freqüente utilização do princípio da proporcionalidade, tanto para um lado<sup>1044</sup> como para outro.<sup>1045</sup>

<sup>1042</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação... Op. cit.*, p. 55 e 118.

<sup>1043</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A nova interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação... Op. cit.*, p. 377.

<sup>1044</sup> APELAÇÃO CÍVEL. Responsabilidade civil. Radialista. Notícia verídica. Colisão de direitos fundamentais. Liberdade de expressão e direito à informação contrapostos à imagem. Proporcionalidade. Os autores – Policiais Militares – buscam ser indenizados pelos danos morais que sofreram em razão de o réu Nivaldo, na condição de radialista, tê-los provocado e ofendido em programa da Rádio Missioneira Sete Povos, que foi ao ar ao vivo. 2. Quanto aos fatos narrados pelo radialista, restou comprovada a materialidade do delito de lesão corporal, uma vez que a perícia demonstrou restar a vítima lesionada na face. Os autores, entretanto, foram absolvidos em razão de inexistirem provas de que tenham sido eles os causadores das lesões. 3. Por outro lado, restou evidenciado o excesso no agir dos ora demandantes. Quando o procedimento correto, diante da negativa do suspeito em deixar-se revistar, seria encaminhá-lo à Delegacia ou dar-lhe ordem de prisão, os autores, mesmo que de leve, agrediram-no fisicamente - seguraram-no forte pelo braço e sacudiram-no-, além de espalharem seus pertences pelo chão. 4. O presente caso contrapõe a liberdade de manifestação e o direito de informação ao direito à imagem, todos constitucionalmente assegurados. Trata-se, pois, de colisão de direitos fundamentais, cuja solução não impõe o afastamento integral de um ou de outro, mas sim a adequação proporcional de ambos, com eventuais preponderâncias. 5. A liberdade de expressão e o direito à informação, neste caso concreto, não sucumbem diante do direito à imagem, uma vez que não ocorreram abusos. O co-réu José Nivaldo, atuando como radialista e amigo do dito suspeito, disse, em suma, que este foi abordado sem qualquer identificação pelos autores, que teve suas coisas jogadas no chão e que teria sido agredido. Ainda, imputou aos requerentes a prática de abuso de autoridade, o que não é descabido, diante do excesso por eles cometido. Como se vê, muito embora o radialista tenha sido enfático, sua narrativa não desbordou da verdade, não tendo, assim, atuado ilicitamente. Apelo desprovido”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nona Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70013984802. Relatora: Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em: 25 jan. 2006. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br/>. Acesso em: 2 abr. 2006).

<sup>1045</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Dano à honra. Liberdade de manifestação de opinião crítica e liberdade de informação. Pretendido conflito de valores. Alegação descabida de exercício regular de direito. I. Artigos publicados em jornais de classe das entidades rés que atingem a honra pessoal e a

## 5.9 A APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS *INTER PRIVATOS*

Uma discussão jurídica que assume relevo, nesta pauta, é até que ponto os direitos fundamentais vinculam os particulares, que são os principais envolvidos nos conflitos entre Direito Autoral e o Direito à Cultura, à Informação e à Educação, o que aqui se discute.

Partindo do pressuposto que poucas categorias jurídicas se mostram tão permeáveis à evolução dos estandartes culturais como os direitos fundamentais, Ubillos chega à conclusão de que há necessidade de atualizar e reconstruir a velha teoria dos direitos públicos subjetivos. Para ele, hoje como ontem a realidade desmente a existência de uma paridade jurídica em boa parte dos vínculos entabulados entre os sujeitos privados. O Direito Privado conhece também o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de determinar ou condicionar juridicamente ou de fato as decisões dos outros, de impor a própria vontade.<sup>1046</sup> A posição de superioridade, assim, e a conseqüente propensão ao abuso ou a arbitrariedade não são característica exclusiva do Poder Público, não se

---

honra profissional da autora, Reitora de Universidade Federal, sob o pretexto de manifestar opinião crítica e informar acerca de ato administrativo contrário aos interesses das categorias. Contexto que contém explícita sugestão de obtenção de vantagens pessoais e de duvidoso exercício do múnus público no qual a autora estava investida. Ato ilícito. II. O exercício das garantias constitucionais de liberdade de manifestação de opinião crítica e de liberdade de informação não pode lesar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pois é fundamento do Estado Democrático de Direito. Exegese dos arts. 220, parágrafo 1º, e 1º, III, da Constituição da República. Situação, ademais, em que não resta configurado conflito de valores, tendo em vista que as manifestações dos réus, por ilícitas, não se encontram abrangidas no âmbito de proteção da liberdade de manifestação de opinião e de liberdade de informação. III. Condição para a prevalência da excludente de exercício regular de direito em que, antes de tudo, o ato seja lícito. IV. Prova do dano. Tratando-se de dano moral, dispensada a prova por estar *in re ipsa*. Como prática atentatória aos direitos de personalidade, traduz-se num sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, capaz de gerar-lhe alterações psíquicas ou prejuízos à parte social ou afetiva de seu patrimônio moral. A prova se satisfaz com a ocorrência do ato ilícito. V. Critérios para a fixação de um valor adequado. Juízo de equidade atribuído ao prudente arbítrio do juiz. Compensação à vítima pelo dano suportado. Apelação Provida”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível n. 70005342548. Relator: Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Julgado em: 28 maio 2003. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br/>. Acesso em: 2 abr. 2006).

<sup>1046</sup> UBILLOS, Juan Maria Bibao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 300-1. Curiosamente, dois dos exemplos que o autor cita da desigualdade nas relações, que se converte em falta de liberdade, estão relacionados ao Direito Autoral e de alguma forma à temática discutida neste capítulo: “Pensemos, por ejemplo, en los grandes grupos empresariales con una posición de dominio en el mercado de la información, que controlan la formación de la opinión”; e “pensemos, por ejemplo, en el derecho de los profesionales que trabajan en los distintos medios de comunicación a acceder directamente a las instalaciones públicas y privadas abiertas al público para poder llevar a cabo esa tarea informativa. Parece claro que ninguna entidad puede prohibir la entrada a sus instalaciones a un periodista que quiera cubrir como informador un evento deportivo que constituya un hecho noticiable. Otra cosa es la exigencia de una compensación económica por la explotación comercial de la retransmisión radiofónica o de las imágenes de televisión”. (Id., p. 302 e 311).

podendo, desta forma, ignorar o fenômeno do Poder Privado cujo enfrentamento não poderá vir na simples utilização do dogma da autonomia privada, um princípio seriamente erosionado na experiência do tráfico jurídico privado.<sup>1047</sup>

Analisando a situação a partir da situação que vê na Espanha, o autor reconhece, como aqui já se fez no capítulo primeiro, a crise da dicotomia público *versus* privado, “una dicotomía que hace agua por todas partes”,<sup>1048</sup> para finalmente vislumbrar um processo de contínua expansão dos direitos fundamentais e questionar se sua efetivação se dá somente na esfera da relação cidadão-Estado. Após analisar detidamente cada uma das correntes, favoráveis e contrárias a uma eficácia entre os particulares dos direitos fundamentais, reconhece que a análise dos casos reais (jurisprudência) “há llevado a un sector de la doctrina a la convicción de que dar ese paso, admitir la eficacia *inter privados* de la mayor parte de los derechos fundamentales, con todas las matizaciones, modulaciones y cautelas que resulten necesarias, es una solución prácticamente inevitable”.<sup>1049</sup> Mesmo concordando que a eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais encontra limites, o autor propõe a ponderação como técnica para mensurar seu alcance em cada caso que deve ser analisado em sua individualidade, concretamente, reconhecendo que a dignidade da pessoa humana, como até aqui se sustentou, é um importante valor axiológico desta tarefa interpretativa.<sup>1050</sup>

Sarmiento igualmente aborda o tema, começando pelos Estados Unidos, onde se construiu a doutrina da *state action* a partir da qual a Constituição e os direitos nela consagrados só vinculam, em princípio, os poderes públicos. Só haveria incidência dos direitos constitucionais no espaço “privado” quando o particular desempenhasse alguma função típica do poder público (*public function theory*) ou quando fosse possível vislumbrar,

<sup>1047</sup> UBILLOS, Juan Maria Bibao. ¿En qué medida... *Op. cit.*, p. 303.

<sup>1048</sup> *Idem*, p. 305.

<sup>1049</sup> *Ibidem*, p. 316. O autor sustenta que “lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente”, e assim, antes noticia que o Tribunal Constitucional espanhol “ha reconocido la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y también el efecto de irradiación de estos derechos en el momento de interpretar las normas infraconstitucionales. Pero siempre ha dado a entender que lo que rige en la relación jurídico-privada, lo que el órgano judicial ha de tutelar cuando se solicita su intervención, es el derecho fundamental, en tanto que derecho subjetivo, y no el valor subyacente”. (*Ib.*, p. 316-7).

<sup>1050</sup> “La incidencia de los derechos en el tráfico privado será más intensa cuando es la propia dignidad de la persona humana la que se ve directamente afectada. Todo el orden jurídico, el público y el privado, se funda en el respeto al valor absoluto de la dignidad humana, como núcleo intangible e indisponible que debe ser preservado frente a cualquier agresión. La vulneración de la dignidad está directamente relacionada en algunos casos con la repercusión pública o trascendencia social del acto lesivo”. (*Ib.*, p. 334).

em sua conduta, uma substancial implicação do Estado.<sup>1051</sup> Na Alemanha, todavia, foram construídas inicialmente duas grandes correntes em torno do tema: a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais e a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais. Na primeira prevalece a idéia de que os direitos fundamentais vinculam os particulares diretamente, sem necessidade de mediação legislativa (ordinária). Entretanto, os adeptos desta teoria reconhecem que, para o estabelecimento dos termos e limites desta vinculação, é indispensável definir uma ponderação de interesses entre o direito fundamental em jogo e a autonomia privada do particular.<sup>1052</sup> Embora não tenha vingado na jurisprudência constitucional tedesca, esta concepção é muito forte em países como Espanha, Portugal e Itália.<sup>1053</sup> A segunda escola, por sua vez, que acabou prevalecendo na jurisprudência constitucional alemã, entende que cabe prioritariamente ao Legislativo a tarefa de ampliar os direitos fundamentais para as relações privadas. O Poder Judiciário também utilizaria os direitos fundamentais como vetores interpretativos das normas de Direito Privado, especialmente nas cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados. Nesse aspecto, falta uma concretização legal, e é função do juiz satisfazer a influência dos direitos fundamentais na diferenciação necessária, como predominantemente aceita a literatura alemã.<sup>1054</sup> Nada obstante, exceto em casos realmente excepcionais, os julgadores não estariam autorizados a aplicar diretamente os direitos fundamentais em litígios privados.<sup>1055</sup>

Existe na doutrina germânica ainda uma terceira corrente, sustentadora que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas teria sido absorvida pela teoria dos deveres de proteção. Nesta óptica, a extensão dos direitos fundamentais ao campo das relações entre particulares decorre tão-somente da obrigação do Estado em proteger as pessoas de lesões e ameaças aos seus direitos provenientes de outros atores privados. Trata-se de obrigação que seria imposta a todas as autoridades estatais, inclusive

---

<sup>1051</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e...* Op. cit., p. 373.

<sup>1052</sup> Assim, em Hesse: “Mas também tal vinculação aos direitos fundamentais limitada iria conduzir a uma restrição considerável da autonomia privada, portanto, a uma limitação não insignificante de liberdade auto-responsável e, com isso, já nesse ponto, alterar fundamentalmente peculiaridade e significado do direito privado. Ela iria, além disso, colocar o juiz, em cada caso particular, diante da necessidade da determinação extremamente difícil daqueles limites e, por isso, cair em conflito com a tarefa de um direito privado suficiente às exigências estatal-jurídicas, ou seja, aquela de possibilitar a configuração de relações jurídicas e solução do problema judicial, fundamentalmente, com auxílio de regulações suficientemente claras, detalhadas e determinadas”. (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFe, 1998, p. 285).

<sup>1053</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e...* Op. cit., p. 373.

<sup>1054</sup> Conforme HESSE, Konrad. *Elementos de...* Op. cit., p. 285.

<sup>1055</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e...* Op. cit., p. 373-4.

aos juízes que, na resolução de litígios entre particulares, deveriam dar a devida importância aos direitos fundamentais, sob pena de descumprimento dos deveres de proteção a que estão adstritos.<sup>1056</sup>

No Brasil, Sarmiento considera que, diante da moldura axiológica da Constituição Federal de 1988, resta indubitável que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas seja direta e imediata, sendo a tese aplicada no Supremo Tribunal Federal e a majoritariamente adotada pela doutrina, muito embora a escassa produção em torno da temática. Os principais argumentos contra a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas são: esvaziamento da autonomia privada, insegurança jurídica que esta incidência causaria, ampliação exacerbada dos poderes dos juízes em detrimento daqueles do legislador democrático e a desfiguração do Direito Privado, que restaria completamente “colonizado” pelos direitos fundamentais. Contudo, esses argumentos não encontram suporte na ordem constitucional pátria, pois a autonomia privada entre nós não é absoluta e não será desconsiderada na aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, desde que seja devidamente sopesada na ponderação de interesses. Relativamente à insegurança jurídica, ela também existe na aplicação de cláusulas gerais do Direito Privado e pode ser minimizada com a construção de *standards* adequados de ponderação. Finalmente, quanto ao fortalecimento dos poderes judiciais na aplicação do Direito, é uma consequência clara do pós-positivismo, que investe na juridicidade dos princípios, e da assunção da supremacia material da Constituição, potencializada pelos vários mecanismos de jurisdição constitucional. Sintetizando, a chamada eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais constitui um instrumento significativo na construção de um Direito justo e emancipador.<sup>1057</sup>

---

<sup>1056</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e...* *Op. cit.*, p. 374-5. Riquíssimo, neste sentido, o exemplo colacionado por Hesse de certa forma ligado a uma das temáticas em discussão nesta tese (liberdade de expressão): “Assim desenvolve, por exemplo, o artigo 5º da Lei Fundamental ‘feito diante de terceiros’ (indireta) no caso de boicote de uma revista por uma grande editora, que deve servir à realização da opinião política sustentada pela editora. Aqui, o bem protegido do artigo 5º da Lei Fundamental, como norma do Direito Constitucional objetivo, é prejudicado porque a formação da opinião livre se torna impossível quando a luta de opiniões, pressuposta e protegida no artigo 5º da Lei Fundamental, é conduzida com meios de pressão econômica e vez da força persuasiva da palavra livre e, deste modo, liberdade de imprensa é faticamente eliminada”. (HESSE, Konrad. *Elementos de...* *Op. cit.*, p. 287).

<sup>1057</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação...* *Op. cit.*, p. 284.



Rematando, diante dos conflitos de vários direitos com o Direito Autoral adrede apontados, é preciso encaminhar-se para um balanço deste excuro, de forma conclusiva. Antes, porém, é imprescindível reforçar a idéia de que os direitos sociais aqui discutidos só podem ser interpretados a partir de sua nuance claramente social e pública,<sup>1058</sup> pois somente assim se concretizarão de forma efetiva.

E o desenho definitivo do Direito Autoral? Encontrará ancoradouro seguro? Certamente ele encontrará seu caminho e sua nova formatação a partir dos esforços de todos os envolvidos, pensadores, intelectuais, juristas, autores e titulares de direitos afins das mais variadas áreas, publicadores, consumidores. Uma coisa, porém, como na importante contribuição que Geiger carrega à discussão, parece irrefutável: “Le diagnostic est donc clair: le droit d’auteur ne va pas bien”, e “si le droit de la création d’aujourd’hui ne va assurément plus très bien, il faudra certainement encore les efforts de nombreux créateurs pour imaginer le création de demains...”<sup>1059</sup>

A pedra angular, todavia, espera-se tenha ficado clara nestas linhas, a de um Direito Autoral renovado, vinculado necessariamente a seu fim social e aos princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana, que muitas vezes impõe seu abrandamento para a concretização desta, naquilo que se convencionou denominar em instante pretérito de “maximização dos benefícios sociais” neste domínio, com uma visão ampliada das limitações, superando o Direito Autoral em sua visão eminentemente privatística e as limitações como se fossem *numerus clausus*, como as vê na teoria autoralista tradicional.

---

<sup>1058</sup> Na feliz formulação de Lopes: “Mas a solução social tem que levar em conta um bem superior ao bem de cada um: este bem é superior não porque mais importante em si mesmo, mas por ser a condição essencial para a manutenção da vida comum. Desaparecidas as condições de possibilidade da vida comum, como sustentar as vidas individuais? Este dilema hobbesiano é resolvido nos clássicos pela hierarquização dos bens, tendo o bem comum precedência. O bem comum, no entanto, não é encarnado no Estado ou numa sociedade: é uma condição concreta e ideal ao mesmo tempo. Concreta porque não pode não existir enquanto os homens estão juntos; ideal porque não corresponde a um estado, mas a um processo de produção da vida. Não nos entendemos mais sobre o assunto: basta dizer que os novos direitos sociais só podem ser adequadamente compreendidos a partir de uma perspectiva social e pública, não individual e nem mesmo corporativista”. (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e...* *Op. cit.*, p. 140).

<sup>1059</sup> GEIGER, Christophe. *Droit d’Auteur et...* *Op. cit.*, p. 414-5. Tradução livre: “O diagnóstico é, portanto, claro: o direito autoral não vai bem”, e “se o direito da criação de hoje seguramente não vai mais tão bem, certamente ainda será necessário o esforço de um grande número de criadores para imaginar o direito da criação de amanhã...”.

Por fim, se como já se sustentou com propriedade, há necessidade de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana, e ainda frente à inexistência prévia de definição do que seja o conteúdo do patrimônio mínimo “a ser estabelecido pelo princípio da subsistência digna, o universo patrimonial poderá ser formado por um ou mais bens”,<sup>1060</sup> aí indiscutivelmente estará o acesso aos bens informacionais, culturais e educacionais como partes integrantes deste patrimônio mínimo indispensável para a concretização da dignidade humana.

---

<sup>1060</sup> É a tese de FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 289.

## CONCLUSÃO

É o instante de proceder a um balanço final do que foi dito até aqui, de forma conclusiva.

Antes de enfrentar o mérito da problemática que justifica estas linhas, pode-se estabelecer breve ponderação sobre dois pontos importantes, que são visualizados em vários momentos no decorrer do texto. A primeira, referida também na introdução, tem a ver com a nomenclatura global utilizada pelo autor desta pesquisa para definir a grande área abrangedora dos direitos que surgem do esforço intelectual humano. Em que pese em qualquer lugar do mundo atualmente se possa fazer entender com a expressão universalmente consagrada a partir da Convenção de Estocolmo de 1967, – Direito da Propriedade Intelectual –, tem-se que ela guarda ainda em si a idéia essencialmente patrimonialista que se critica. Como se trabalhou intensamente em todos os pontos deste escrito, Direitos Intelectuais pode ser a expressão mais adequada por não encerrar a idéia de que todos os direitos oriundos da mente são “propriedade”.

Assim, utiliza-se-a, ilustrativa que é, também, neste particular, da filiação do autor desta tese à corrente construída por Ascensão, que não tem o Direito Autoral como direito de propriedade, mas como “direitos de exclusivo”.

A utilização da expressão “Direito Autoral” em vez de “Direito do Autor” ou “Direito de Autor”, como foi referido na introdução, tem a motivação metodológica de evitar referência a ela somente a cada vez que se falasse nos Direitos Conexos, e aí em cada instante apareceria uma ou outra. Da mesma sorte, como também se disse na introdução, a oportunidade dela tem a ver com a constatação de que cada vez mais se ampliam, no espaço da tecnologia digital, os direitos conexos.

Antes de encetar a abordagem específica do tema central desta investigação, talvez seja oportuno rememorar, mesmo que rapidamente, o problema que é objeto da investigação proposta. O ponto de partida está fincado na constatação de um Direito Privado que historicamente se mostrou alheio a uma visão que poderia ser mais social, flexível e transformadora de uma sociedade que se fundou em valores consagrados pelos que tomaram o poder na França da quarta parte do século XVIII, e a partir de então construíram uma idéia de Estado, Direito e Sociedade na qual, evidentemente, se estampava a preferência, de natureza política, social e econômica, pelos ideais consagrados no liberalismo. Na esfera do Direito Civil ficou clara esta opção, a partir de construções jurídicas que, daquele instante, ultrapassaram os séculos, muitas vezes como verdadeiros dogmas, como a autonomia da vontade, pois o novo sistema necessitava de institutos que sustentassem, na órbita do Direito, aqueles ideais.

A própria idéia de codificação, que logo veio no período napoleônico e que também se espalhou mundo afora, ao menos nos países de Direito Civil de tradição romano-germânica, bem demonstrou isso, pois retratava a visão desta área do Direito como se fosse “pura”, isolada e sem pontos de confluência com o restante do ordenamento, ao ponto de se declarar que “o Código Civil era a Constituição do Direito Privado”. Neste sentir, a Constituição servia para a formatação do Estado, seus três Poderes e o que daí adviesse, e o Código Civil para a regulamentação isolada das relações *inter privatos*.

Este modelo, como ficou dito no início do presente escrito, começou a demonstrar que não era mais o adequado já no final do século XIX, e a realidade imposta pela nova sociedade industrial e urbana que se seguiu à Revolução Industrial teve, certamente, importância vital neste entendimento. A própria construção, que por longo tempo se mostrou firme, de uma dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, como ramos herméticos e estanques, começou a ser questionada.

O século XX e seus conflitos, especialmente aqueles que tanto marcaram a história de sua primeira metade, foram substanciais na superação deste modelo. A complexidade da nova sociedade e os conflitos mais amplos que se configuraram inapelavelmente levaram a um novo padrão que, é claro, foi sendo construído passo a passo, e a idéia firmada de função social da propriedade nas Constituições alemã e mexicana de pouco menos de cem anos atrás são prova disso. O deslocamento do foco definitivamente para a Constituição,

como visto no capítulo 1, se deu como necessidade de enfrentamento da crise ocasionada pelas duas grandes guerras e a premente reconstrução das sociedades. Não é errado afirmar que o Estado Social apareceu como reação ao Estado Liberal, e que este Estado Social tem entre suas funções duas que são essenciais, quais sejam a de promotor ativo do bem comum e a de garantidor da justiça social. A Constituição, nesse instante, enfraqueceu o Código, pois trouxe em seu bojo alguns direitos que nele já estavam previstos, além de consagrar outros novos direitos que o Código absolutamente não previa. Outro fator, como igualmente se referiu na primeira parte desta investigação, foi a multiplicação de leis esparsas, com matérias inteiras então saindo da codificação e sendo previstas em leis especiais, mudando definitivamente a centralidade do Código para a Constituição e para as leis específicas.

No Brasil, mesmo com o sempre visto atraso em relação ao restante do mundo, especialmente à Europa, também ocorreu desta maneira. É importante destacar a verdadeira efervescência de leis que foram editadas após o primeiro Código Civil, enfraquecendo sua possível centralidade (basta referir, a título meramente ilustrativo, matérias como promessa irrevogável de compra e venda de imóvel; condomínio; divórcio...), mudando-se definitivamente o centro de gravidade para a Constituição a partir de 1988, quando ela impôs efetivas e profundas mudanças em todo o sistema infraconstitucional, especialmente em um Direito Civil que ainda sustentava, insistentemente, o modelo da sociedade predominantemente rural e conservadora do início do século, quando formulado. Esses fatos, embora todas as críticas que possam ser feitas, redundaram na nova codificação de 2002 que, se mais não avançou, expôs a mudança de paradigma, como bem já se disse, “do indivíduo à pessoa, da liberdade individual à solidariedade social”.

O Direito Autoral também é resultado deste mesmo contexto. Tendo sido alavancado a partir de uma criação industrial que foi crucial, e que alguns até fixam como o início da Sociedade da Informação, a rudimentar máquina impressora de então de Gutenberg, teve também no período seguinte à Revolução Francesa o ambiente propício para sua construção teórica, que tinha um de seus esteios na liberdade de pensamento e de expressão sustentada pelos ideais iluministas.

Impende situar, então, que surgiu e foi construído também naquele momento histórico de final de século XIX, não se tendo nenhum argumento para negar que a Convenção de Berna, de 1886, teve importância vital em sua idealização no ambiente interno dos países, a partir do Direito Internacional Público.

O Direito Autoral que ultrapassou o século XX era então fruto daquele modelo: Direito Privado. Ainda, “direito de propriedade”, diante da construção jurídica que fizeram os franceses para justificar e comprovar a derrubada dos privilégios do *ancien* regime. Como o Direito Civil, conseguiu resistir com o modelo original por algum período, até o enfrentamento que se mostrou quase definitivo com a nova realidade que decorreu do progresso tecnológico trazido pelo processamento rápido e eficaz de informação que trouxe o computador.

Ainda, outro fator significativo, que se ilustrou bem nas linhas destas páginas, e que de certo já se verificava naqueles primórdios do surgimento do Direito Autoral após a criação de Gutenberg, onde se tinha não um “Direito de Autores” propriamente dito, mas um “direito do proprietário da máquina impressora”, surgindo o direito de edição. Trata-se da cada vez mais intensa vinculação deste ramo do Direito a interesses empresariais muito poderosos que têm relação direta ou indireta com ele, aparecendo em primeiro plano nas relações sociais, jurídicas e econômicas como se fossem daquela estirpe, mas que deixaram o autor em segundo plano e serviram apenas para legitimar aqueles interesses.

Perde assim o Direito Autoral uma de suas justificativas fundantes, construída a partir de sua importância na realização e manutenção de constante diálogo cultural, que é imprescindível para a construção e divulgação de cultura e conhecimentos nas mais variadas áreas e, por isso, está diretamente vinculado à própria idéia de civilização.

Calcado num modelo ultrapassado, também o Direito Autoral de hoje clama por modificações. Quer isso dizer que um novo modelo pode ser construído, seja no que atine à sua interpretação, que pode e deve se dar tendo como guia a axiologia inserida na Constituição democrática de 1988 e dos princípios constitucionais em geral, aqui se particularizando no princípio da dignidade da pessoa humana, como também de reformas legislativas que podem e devem ser feitas.

No que aqui se convencionou denominar “aspectos externos” do problema (e da solução), a necessária vinculação a ser feita do Direito Autoral à Constituição Federal, mormente da principiologia que guia todo o ordenamento constitucional. Se no Estado Democrático de Direito, como dito no capítulo próprio, há a maximização dos benefícios sociais, contrariamente ao que se vislumbra no Estado Liberal, onde ocorre a maximização dos resultados econômicos e, muitas vezes, à custa da minimização desta mesma esfera social, todo privilégio de exploração que é concedido pelo ordenamento jurídico aos autores e demais titulares dos Direitos Autorais deve necessariamente levar em conta isso. Desse modo, a possibilidade de fundamentação daquela que se convencionou denominar alhures Teoria da Maximização dos Benefícios Sociais no Direito Autoral, que aqui se propõe à comunidade jurídica como critério a se adotar sempre que aparecerem conflitos entre algum interesse privado e interesses coletivos que com estes possam estar em conflito nos casos concretos de utilização ou não das obras autorais.

A maximização dos benefícios sociais em sede de Direito Autoral, partindo da idéia global de um Direito Autoral que, como o restante do ordenamento infraconstitucional, deve estar necessariamente vinculado a toda a principiologia que enforma o ordenamento jurídico, no particular pode estar vinculada à construção teórica em torno do chamado “Mínimo Existencial”, visto no capítulo próprio desta pesquisa. A dignidade da pessoa humana, como se viu no primeiro capítulo, é atualmente o efetivo valor fundante do sistema jurídico interno, a partir de sua consagração na Constituição Federal de 1988, não sendo despropositual dizer que assim também é no sistema internacional. Sua concretização, neste patamar, deixa de ter conotação somente negativa para ganhar força em seu aspecto positivo, vale dizer, não só se deve evitar qualquer agir que menoscabe a dignidade humana como, ao contrário e de forma ativa, necessário tomar todas as providências e ações necessárias para que ela se efetive.

Mesmo que se esteja em um país que, a par de sua dimensão continental, da riqueza natural e da variedade de bases étnico-culturais como se vê em poucos quadrantes do planeta, por outro lado expõe as mazelas de uma das maiores e mais vergonhosas desigualdades sociais do mundo, não se pode negar possibilidade de sustentar também os bens intelectuais (autorais) como essenciais, ou seja, que a idéia de Mínimo Existencial abrange não só os bens considerados de primeira necessidade, como de igual forma as

obras que são objeto do Direito Autoral em suas mais variadas formas e em seus mais amplos tipos, sejam artísticas ou científicas.

Três direitos fundamentais foram metodologicamente escolhidos para prová-lo, no último capítulo desta pesquisa: o direito à informação, o direito à educação e o direito à cultura. Embora existam aqueles que discordam da classificação dos direitos em gerações, trata-se de direitos atualmente denominados de quinta geração.

O direito à informação, ao qual se faz referência no quinto capítulo desta tese, tem a ver com a informação em sentido amplo, pois a idéia de informação já é suficientemente complexa e abarca no mínimo três prerrogativas, lá descritas como faculdades de investigar, de difundir e de receber. Trata-se, na moderna Sociedade da Informação, não somente da possibilidade de receber informação em sentido quantitativo, como a que possibilita a Internet, paradoxalmente trazendo muita informação de má ou nenhuma qualidade, ao ponto de motivar o questionamento de alguns pensadores se não se estaria diante da “Sociedade da Desinformação”. O Direito Autoral, além daquelas prerrogativas próprias previstas nas limitações que a Lei Autoral consagra, ditas “limitações intrínsecas” a partir do ideário de Ascensão, expõe sua possibilidade de conflito com este direito que também é fundamental. Como foi dito no momento oportuno, a visão extremadamente privatística do Direito Autoral que aqui se combate pode levar à possibilidade de, em vez de facilitar, ele venha a dificultar o pleno acesso à informação.

O direito à cultura é outro daqueles aqui adotados que podem estar em conflito, em alguns instantes, com uma idéia inflexível de Direito Autoral. A cultura, que demonstram os achados e descobertas históricas e as obras que chegaram até a atualidade ultrapassando séculos, é fator sociológico do cotidiano humano, sendo elucidativa de uma das principais diferenças dos seres humanos dos demais seres irracionais, como sempre se sustentou. Desta origem, e até como necessidade humana, psicológica, social e intelectual, a cultura chegou à contemporaneidade erguida como direito fundamental, seja a partir de previsões consagradas em documentos da esfera do Direito Internacional Público como, especialmente, no âmbito interno nas previsões que a respeito dela consignam a Constituição Federal.



A questão marcante, no possível choque de interesses, é se haveria preponderância do direito à cultura sobre o Direito Autoral, mormente quando estão em jogo interesses sociais, econômicos e culturais de um povo em geral ou de determinada comunidade, particularmente, como se viu também no momento próprio. Outra realidade, que de resto entremeou todo o texto desta tese, é preocupante. Como já abordado, trata-se do domínio de parcelas significativas de áreas culturais (e até certo ponto informacionais e educacionais) por empresas de conteúdos, o que, mesmo não havendo dúvida de sua legitimidade de atuação, pode denotar uma indesejável concentração das fontes culturais nas mãos de poucos, ferindo a pretensão sempre viva de uma cultura que, necessariamente, deve ser democrática e democratizadora, pois num Estado Democrático de Direito não há como concebê-la de outra forma.

De outro lado, registre-se, não se fala de um acesso à cultura pura e simplesmente, mas à cultura que aquela determinada comunidade fixou histórica e democraticamente como essencial ao seu meio social. É de se rechaçar ainda as várias concepções autoritárias também neste domínio, que simplesmente impõem um padrão cultural, atentando a interesses dos mais variados, exceto os que realmente deveriam ser levados em conta.

O Direito Autoral, como se laborou, tem tanta importância a uma idéia geral de cultura que muitos chegam a inseri-lo em um “Direito da Cultura”.

Finalmente, o direito à educação pode ser também confrontado com o Direito Autoral em sua construção eminentemente privatística. Diante de um país que ainda tem uma das mais lamentáveis estatísticas educacionais do mundo, ele é possivelmente o mais sensível dos três direitos que foram adotados para demonstrar a necessária superação do modelo prevalecente de Direito Autoral, muito mais voltado a interesses individuais e até empresariais do que aos mais elevados interesses públicos da coletividade. A educação que a Constituição Federal consagra como direito de igual sorte fundamental, absolutamente não pode ficar limitada, como algumas vezes parece ser a tônica, à matrícula em um estabelecimento de ensino. Trata-se de educação com os meios e equipamentos a ela inerentes e indispensáveis, sejam obras literárias, programas de computador ou de qualquer outra natureza.

Uma sustentação insensível e radicalizada do Direito Autoral nega o acesso da maioria dos educandos a estas obras, seja por seu custo exageradamente elevado, pela quase ausência de políticas públicas e privadas voltadas a publicações mais acessíveis ou, no aspecto interpretativo, pelo exagero das posições firmadas em visão conservadora, como sempre se enfatizou ao longo do texto, mas que refletem atender interesses muito bem localizados que, muitas vezes, não externam constrangimento algum em, inclusive, utilizar o Direito Penal já superado pelas modernas escolas hermenêuticas contra estudantes carentes, como se estes, na busca do conhecimento que o autor das obras constrói a partir do domínio público (algumas vezes até com bolsa pública, ou em universidades e bibliotecas públicas), e que muitas empresas publicam tendo ampla isenção tributária, fossem criminosos.

Nos conflitos entre direitos que constantemente ocorrem, além da solução adequada por meio dos princípios constitucionais, para se fazer prevalecer, sempre na análise do caso concreto, os direitos à educação, à cultura e à informação, como se viu oportunamente com arrimo em autores que significativamente assim sustentam, têm os direitos fundamentais eficácia imediata. O mesmo se conclui com a eficácia entre privados dos direitos fundamentais, já que a maioria das relações jurídicas que envolvem Direito Autoral se dá nessa perspectiva.

É claro que novas idéias manifestadas nos últimos tempos, mormente aquelas em torno do uso da própria tecnologia, bem representadas no *software* livre e no *creative commons* no Capítulo 4, tiveram o grande mérito de provocar os autoristas, bem ilustrando que o marasmo poderia ser superado por soluções inovadoras. Mas, em que pese não se possa negar seus inquestionáveis e significativos méritos, elas ainda estão restritas a determinado tipo de obras, no caso do *software* livre, ou vinculadas à iniciativa dos titulares em possibilitar o uso pelo sistema alternativo, no caso do *creative commons*.

Pode-se e deve-se avançar mais, e por meio do Direito, seja na vital tarefa interpretativa, seja na possibilidade pontual de modificações legislativas.

As observações feitas pelo autor desta pesquisa ao longo de quase duas décadas, e especialmente no doutorado nos últimos anos, levam à conclusão de que, em seu “aspecto interno”, as principais inadequações do modelo que ainda vige estão relacionadas à forma

como são concebidas as denominadas limitações ao Direito Autoral. Na maioria dos países e na doutrina autoralista tradicional que se quer superar, partem elas do pressuposto de que o Direito Autoral é direito de propriedade e, assim sendo, estas limitações seriam “exceções”, e como elas não admitem interpretação extensiva, ficam restritas somente ao rol que prevê cada legislação, ou seja, engessadas.

No entanto, esta idéia, que aparece como constante na doutrina autoralista clássica, dá mostras de não ser facilmente superada, como se vê na Diretiva da Sociedade da Informação da Comunidade Européia, brevemente enfocada no capítulo 5, onde foram radicalizadas as limitações, e ainda previstas como fechadas (*numerus clausus*) e como “exceções” na versão que só pode ser combatida.

Registre-se, nesta quadra, a visão pessoal do autor desta pesquisa, mais do que a possibilidade, a efetiva oportunidade e até necessidade de inserção, no ordenamento jurídico pátrio, de uma cláusula geral de limitações que, vinculada ao comprometimento do Brasil na esfera do Direito Internacional Público à Regra dos Três Passos, tornaria o sistema autoral brasileiro mais maleável e flexível às mudanças que os novos tempos trazem, como até aqui se demonstrou.

Não se trata de simplesmente importar de forma acrítica um modelo alienígena, a exemplo do “*fair use*” norte-americano, como se deixa transparecer nas propostas de algumas instituições. Trata-se, mesmo com a necessária honestidade intelectual de reconhecer que o sistema dos Estados Unidos em muitos aspectos se revela superior ao brasileiro, de pensar uma típica cláusula geral de limitação, mais ampla e aberta do que aquelas que se vêem na legislação autoral nacional.

Sua construção, em nível legislativo, teria por suporte o momento histórico-jurídico-legislativo-interpretativo que se vive – no qual, como se teve oportunidade de salientar no capítulo 1, as cláusulas gerais são tidas como ferramenta atual e de plena eficácia na concretização de um Direito que não fica limitado, como no modelo anterior, que vem inexoravelmente das raízes exegéticas históricas –, onde o Código (a lei) deveria encerrar todas as circunstâncias em seu texto (*fattispecie*). Seria uma típica cláusula “aberta” às novas possibilidades tecnológicas, que não fecharia o sistema autoral, antes o deixaria flexível e constantemente atualizado, não exigindo que a cada nova tecnologia surgida

fossem necessárias inserções específicas delas no rol de limitações. Desejavelmente, pela via legislativa, mas construída a partir da fundamentação teórica da insatisfação e inadequação das atuais formas limitativas, como aqui se fez, e da necessária construção teórica das vantagens deste modelo.

Esta possível solução, aqui sugerida, inclusive vai ao encontro de uma linha de certo modo “aberta” que já foi adotada na redação da Lei Autoral, pois nela é utilizada a expressão “tais como” no *caput* dos artigos 7º e 29, que tratam das obras que são objeto de tutela pelo Direito Autoral e dos tipos de utilização que não ferem direitos patrimoniais de autor, e assim foi feito justamente para evitar a necessidade de alterar-se a legislação ao surgimento de cada nova tecnologia.

A adoção de uma cláusula geral de limitações no Direito Autoral pátrio seria uma forma, nesta área do Direito, de consagrar a “abertura interpretativa” da qual fala Streck. Os casos concretos de utilização respeitante ou não dos Direitos Autorais alheios, ou seja, dentro de suas limitações, seriam analisados a partir dela, que se basearia na Regra dos Três Passos consagrada no sistema autoral a partir do item 2 do artigo 9º da Convenção de Berna (decorrente das três vinculações que faz para que a utilização seja considerada uma legítima limitação aos direitos dos titulares – em casos especiais, primeiro passo; de forma a não prejudicar a exploração normal da obra, segundo passo; e de forma a não causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor, terceiro passo). Como já se disse no decorrer do texto, trata-se de uma solução provisória diante da atual situação que se verifica especialmente a partir da tecnologia da Sociedade da Informação, e da dificuldade de vislumbrar um novo modelo que certamente surgirá de Direito Autoral, o que igualmente não é o objetivo específico desta investigação.

Se não se quer – e não seria um pesquisador dos Direitos Autorais que faria uma proposição destas – superar a indispensabilidade da existência do Direito Autoral, não restam dúvidas de que ele pode ser construído a partir de parâmetros mais atuais, que atentem diretamente ao necessário equilíbrio dos interesses na berlinda. Não é de se negar a possibilidade firme de, além dos princípios constitucionais consagrados legislativamente, também fazê-lo a partir dos princípios jurídicos em geral, como o princípio da ponderação e o princípio da proporcionalidade, que foi citado a partir de pensadores como Alexy.

De qualquer modo, espera-se tenha ficado claro, mesmo com as novas interrogações que indubitavelmente serão colocadas, seja sobre estas linhas ou pela tecnologia que vai avançar ainda mais, que um novo modelo de Direito Autoral é possível.

Só assim, em remate, as obras privadas realmente significarão benefícios coletivos na esperada dimensão pública do Direito Autoral da Sociedade da Informação, e se concretizará de forma mais plena e ampla a função social do Direito Autoral.

São aportes que se espera sejam importantes na reformulação do Direito Autoral, sempre e de qualquer sorte ressaltando-se que na liberdade de expressão e na autonomia intelectual se funda uma das mais absolutas verdades intimamente relacionadas a esta área do Direito: a de que seres humanos livres, éticos e conscientes, usando suas criações intelectuais de vários naipes, nos tornam efetivamente mais humanos e embasam a construção de um mundo mais equilibrado, justo, solidário e com paz social, onde a dignidade da pessoa humana efetivamente seja concretizada.

É claro, a realidade em torno do tema em discussão, nomeadamente no que tem a ver com as fantásticas tecnologias que surgem e se aperfeiçoam diuturnamente, é tão complexa e avassaladora que se teme, ao escrever, já estar sendo superado por ela. Ou seja, é um tema, como a grande maioria dos demais, que está “aberto” e em torno do qual as construções que serão feitas oportunamente ditarão o rumo que será trilhado na busca de uma sociedade que, ao tempo que busca o conhecimento e a informação incessantemente, possa ver nos autores e nas criações intelectuais a dimensão exata de um mundo onde elas, a partir da liberdade de expressão, podem ser causa e consequência da nova realidade de equilíbrio, liberdade e justiça social que se pretende erguer.

No entanto, para já, são suficientes estas asserções. Seu autor espera, quase duas décadas após ter iniciado, em 1989, o estudo dos Direitos Intelectuais ainda na graduação, nesta mesma instituição, a partir do exemplo firme de Hammes, no transcurso deste desiderato investigatório, ter dado importante contribuição para a área na qual desde então trabalha.

## BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Eliane Yachouh. Considerações em torno do Direito Autoral no mundo digital. *In: VALLE, Regina Ribeiro do (Org.). E-Dicas: o Direito na Sociedade da Informação.* São Paulo: Usina do Livro, 2005. p. 85-9.

\_\_\_\_\_. *Direitos de Autor e Direitos Conexos.* São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito.* Coimbra: Almedina, 1999.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Algumas reflexões sobre a importância da propriedade intelectual no século XX. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 78, p. 113-25, jan./abr. 1997.

\_\_\_\_\_. *Globalização e Estado Contemporâneo.* São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre aplicação de hermenêutica jurídica garantista no processo penal no Rio Grande do Sul. *Logos Revista de Divulgação Científica*, Gravataí, Ulbra, v. 12, n. 1 (especial), p. 69-78, maio 2000.

AGUIAR, Asdrúbal. *La libertad de expresión: de Cádiz a Chapultepec.* Caracas: Sociedad Interamericana de Prensa/Universidad Católica Andres Bello, 2002.

AKESTER, Patrícia. *O Direito de Autor e os desafios da tecnologia digital.* Cascais: Príncipeia, 2004.

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e Codificação: A decadência do binômio. *In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 72-86.

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 214-26.

ALVES, Maria Leila. Direito à Educação. In: *DIREITOS HUMANOS no Brasil: Conferências para Educadores*. São Paulo: MPA, 1986. p. 55-64.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 54-71.

AMERICANO, Jorge. *Do abuso de direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva, 1932.

AOKI, Erica. Direitos Autorais do Empregador: conseqüências da não-previsão no Direito Autoral brasileiro. *Revista da ABPI*, São Paulo, n. 56, p. 43-7, jan./fev. 2002.

ARAS, Vladimir. Analfabetos tecnológicos são os naufragos do futuro. In: KAMINSKI, Omar (Org.). *Internet Legal: o Direito na Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 121-2.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Proteção judicial do Direito de Autor*. São Paulo: LTr, 1999.

ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Propriedade e Domínio: reexame sistemático das noções nucleares de Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. Propriedade Intelectual e Direitos Reais: um primeiro retomar da obriedade. In: \_\_\_\_\_. *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 93-124.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. Convergência de tecnologias: perspectivas jurídicas. In: *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra: Coimbra, 2004. v. V. p. 91-5.

\_\_\_\_\_. A desconstrução do abuso de direito. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2006. p. 31-51.

\_\_\_\_\_. O direito de autor como direito da cultura. In: OMPI. Num novo mundo de Direito de Autor? Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, 2. *Anais*. Lisboa: OMPI/Cosmos, 1994. Tomo II, p. 1.053-60.

\_\_\_\_\_. O Direito Intelectual em metamorfose. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo: ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 3-24, fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992.

\_\_\_\_\_. O Fair Use no Direito Autoral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 365, n. 99, p. 73-83, jan./fev. 2003.

\_\_\_\_\_. A função social do Direito Autoral e as limitações legais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 85-111.

\_\_\_\_\_. *Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. A Sociedade da Informação. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 1999. v. I. p. 163-84.

\_\_\_\_\_. Sociedade da Informação e mundo globalizado. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Propriedade Intelectual & Internet*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 15-31.

\_\_\_\_\_. *A tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa: Minerva, 1968.

\_\_\_\_\_; CORDEIRO, Pedro. *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2004.



AVANCINI, Helenara Braga. Breves considerações acerca do paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites dos Direitos Autorais. *Revista da ABPI*, São Paulo, n. 63, p. 16-20, mar./abr. 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado: Negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos jurídicos ilícitos: artigos 104 a 188*. São Paulo: Atlas, 2003. v. II.

AZEVEDO, Philadelpho de. *Direito moral do escriptor*. Rio de Janeiro: Alba, 1930.

AZI, Camila Lemos. A lesão como forma de abuso de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 826, p. 38-57, ago. 2004.

AZURMENDI. *Derecho de la Información: guía jurídica para profesionales de la comunicación*. Pamplona: Eunsa, 1997.

BALZANO, Sonia Maria Nogueira. Do direito ao ensino de qualidade ao direito de aprender com qualidade: o desafio da nova década. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). *Direito à Educação: uma questão de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 121-68.

BARBOSA, Denis Borges. Abuso de direitos na Propriedade Intelectual: patentes e direitos autorais. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo, ABDA/Lumen Juris, v. II, n. III, p. 41-58, ago. 2005.

\_\_\_\_\_. *Uma introdução à Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. Licenças compulsórias: abuso, emergência nacional e interesse público. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 45, p. 3-22, mar./abr. 2000.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual de Software & Revolução da Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2004.

\_\_\_\_\_. *Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos, Software*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 49-118.

BARRETTO, Vicente de Paulo. O conceito moderno de cidadania. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas/Renovar, n. 192, p. 29-37, abr./jun. 1993.

\_\_\_\_\_. Educação e Violência: Reflexões preliminares. In: ZALUAR, Alba (Org.). *Violência e Educação*. São Paulo: Livros do Tatu/Cortez, 1992. p. 55-64.

\_\_\_\_\_. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: CAMARGO, Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. Por uma nova leitura do direito. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Prefácio.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre os direitos sociais. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, n. XVI, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 235, p. 35, jan./mar. 2004.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_ (Org.). *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-48.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 24-59.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A nova interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327-78.

BASSO, Maristela. O caráter internacional da propriedade intelectual. In: \_\_\_\_\_. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 19-26.

\_\_\_\_\_. *Propriedade Intelectual na Era Pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. A liberdade de expressão e a comunicação social. *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 48-52, jul./set. 1997.

BAUTISTA, Eduardo. La 'constitución cultural' en la sociedad de la información. *In: OMPI. Num novo mundo de Direito de Autor? Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, 2. Anais*. Lisboa: OMPI/Cosmos, 1994. Tomo II, p. 1.045-52.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; \_\_\_\_\_; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.

\_\_\_\_\_. Democracia, inclusão digital e igualdade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, IHJ, v. 1, n. 4, p. 165-82, 2006.

BERCOVITZ, Alberto. La competencia desleal. *In: LÓPEZ, Marco Antonio Palácios; HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera. Propiedad intelectual: temas relevantes en el escenario internacional*. Guatemala: SIECA/USAID, 2000. p. 113-52.

BERTRAND, Claude-Jean. *A Deontologia das Mídias*. Bauru: EDUSC, 1999.

BETTETINI, Gianfranco; FUMAGALLI, Armando. *Lo que queda de los medios: ideas para una ética de la comunicación*. Buenos Aires, La Crujía, 2001.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940, v. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. Autonomia científica do Direito de Autor. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, USP, v. 89, p. 87-98, jan./dez. 1994.

\_\_\_\_\_. *Contornos atuais do Direito do Autor*. São Paulo: LTr, 1992.

\_\_\_\_\_. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

\_\_\_\_\_. Direito de Autor e interesse público nos países em desenvolvimento. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, USP, v. LXXX, p. 119-56, jan./dez. 1985.

\_\_\_\_\_. *Direito de Autor na obra publicitária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

\_\_\_\_\_. A indenização de contratos e a estipulação em moeda estrangeira. *In: \_\_\_\_\_ (Coord). Contornos atuais da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Titularidade de direitos autorais na criação de logomarca. *In: \_\_\_\_\_ Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 81-94.

BITTAR, Eduardo C. B. *Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2004.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6. ed. Saint Paul, MN: West Publishing, 1990.

BLANCO, Jerónimo Sánchez. Innovaciones técnicas y su influencia en los cambios históricos. In: BLANCH, Antonio (Coord.). *Nuevas tecnologías y futuro del Hombre*. Madrid: Comillas, 2003. p. 19-42.

BLUM, Renato Opice (Coord.). *Direito Eletrônico: a Internet e os Tribunais*. Bauru: Edipro, 2001. p. 203-15.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma Teoria Geral da Política*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Estado. In: \_\_\_\_\_ (Org.) *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-28.

\_\_\_\_\_. *Do Direito Social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

\_\_\_\_\_; COPETTI, André. Ensino Jurídico, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito. In: \_\_\_\_\_. *Crítica à Dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 45-82, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOUCHOUX, Deborah Eckmann. *Intellectual Property: the Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets*. 2. ed. Nova Iorque: Thomson/Delmar Learning, 2004.

BRASIL. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Comissão de Direitos Autorais. Proposta de alteração do artigo 46 da Lei nº 9.610/98.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10.01.01.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula nº 161. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 11 jan. 2006.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Primeira Câmara de Férias Cível. Apelação Cível nº 599001872. Relator: Genaro José Baroni Borges. Julgada em: 8 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 11 jan. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Décima Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70010357697. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 16 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 11 jan. 2006.

BRUNET, Laura Nahabetián. Evolución del trabajo en la Sociedad de la Información. *In: Derecho Informático*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2002. Tomo II. p. 145-56.

BRUNNER, Adriana Gomes. As patentes farmacêuticas e a licença compulsória: o fim de uma batalha entre os Estados Unidos e o Brasil. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 55, p. 26-30, nov./dez. 2001.

BUENO, Wilson da Costa. A armadilha do copyright e a “República dos Doutores”. *In: MELO, José Marques de; TARSITANO, Paulo Rogério; GOBBI, Maria Cristina; SATHLER, Luciano (Org.). Sociedade do Conhecimento: aportes latino-americanos*. São Bernardo do Campo: UESP, 2005. p. 207-18.

CABRAL, Plínio. *A nova Lei de Direito Autoral*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 1999.

\_\_\_\_\_. A servidão intelectual. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo: ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 217-26, fev. 2006.

CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 830, p. 27-45, dez. 2004.

CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. *El derecho fundamental al honor*. Madrid: Tecnos, 1992.

CAMPS, Victoria. Nuevas tecnologías e igualdad de oportunidades. *In: ALEAIDE, Carlos Villagrasa (Coord.). Nuevas tecnologías de la información y Derechos Humanos*. Barcelona: Cedecs, 2003. p. 167-76.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 223-43.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. Liberdade e Exclusivo na Constituição. In: *Direito Industrial*. Coimbra: Almedina /Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 2005. v. IV, p. 57-71.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CAPELLARI, Eduardo. Tecnologias de informação e possibilidades do século XXI: por uma nova relação do Estado com a cidadania. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito, Sociedade e Informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Boiteux, 2000. p. 35-48.

CARBONI, Guilherme. Conflitos entre Direito de Autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. In: CARVALHO, Patrícia Luciane (Org.). *Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 421-49.

\_\_\_\_\_. *O Direito de Autor na Multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

CARNAXIDE, Visconde de. *Tratado da Propriedade Literária e Artística*. Porto: Renascença Portuguesa, 1918.

CARVALHO, Epaminondas de. O abuso de direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 82, n. 442-44, p. 226-7, abr./jun. 1940.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de Informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO, Orlando de. Para um novo paradigma interpretativo: o Projecto Social Global. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. LXXIII, p. 1-17, 1997.

CASES, José Maria Trepas. *Código Civil comentado: artigos 693 a 817*. São Paulo: Atlas, 2003. v. VII.

CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. v. I: A Sociedade em Rede. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. v. II: O Poder da Identidade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

\_\_\_\_\_. *A Galáxia Internet: reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CATAPAN, Araci Hack. *Pedagogia e Tecnologia: a comunicação digital no processo pedagógico*. *Educação*, Porto Alegre, PUC, v. XXVI, n. 50, p. 141-53, jun. 2003.

CELLA, Liliana. *Derechos de la personalidad en las autopistas de la información*. In: *Derecho Informático*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2001. Tomo I, p. 39-46.

CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e software livre: uma opção pela Razão – Eficiência Tecnológica, Econômica e Social – II*. *Revista da ABPI*, São Paulo, n. 71, p. 15-29, jul./ago. 2004.

CHAVES, Antonio. *Criador da obra intelectual: natureza, importância e evolução*. São Paulo: LTr, 1995.

———. *Direito de Autor: Princípios fundamentais*. São Paulo: Forense, 1987.

———. *Direitos Conexos*. São Paulo: LTr, 1999.

———. *A nova lei brasileira de direito de autor: estudo comparativo com o projeto que lhe deu origem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

———. *Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão*. São Paulo: Max Limonad, [s/d].

COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e Poder*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

\_\_\_\_\_. *Estado, empresa e função social*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 732, ano 46, p. 38-43, 1996.

\_\_\_\_\_. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 244-60.

*CONVENÇÃO de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas*. Acto de Paris, texto oficial português. Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 1996.

CORDEIRO, António Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 65, p. 327-85, set. 2005.

CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. *Direito de Autor e radiodifusão: um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital*. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. Limitações e excepções sob a “Regra dos Três Passos” e nas legislações nacionais: diferenças entre o meio analógico e o digital. *In: Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2002. v. III. p. 211-9.

\_\_\_\_\_. A Gestão Colectiva na Sociedade da Informação. *In: Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2001. v. II. p. 33-9.

CORREA, Carlos Maria. *Propriedad Intelectual y Salud Pública*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

CORREA, José Antonio B. L. Faria. O tratamento das marcas de alto renome e das marcas notoriamente conhecidas na Lei 9.279/96. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 28, p. 33-9, maio/jun. 1997.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das Coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o património mínimo). *In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira... [et al.]. Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155-65.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. *In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45-68.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental de Direito Civil. *In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA, Fernando Whitaker. *Democracia e Cultura*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Teoria e Prática da Gestão Cultural*. Fortaleza: UNIFOR, 2002.

DAOUN, Alexandre Jean. Crimes informáticos. *In: BLUM, Renato Opice (Coord.). Direito Eletrónico: a Internet e os Tribunais*. Bauru: Edipro, 2001. p. 203-15.

DE LA PUENTE, Esteban. Su perfil en el orden constitucional español. *In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL, 1: Derecho de Autor y Derechos Conexos em los umbrales del año 2000. Anais*. Madrid: Ministério da Cultura. Tomo I. p. 47-64.



DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez. *Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor*. Madrid: Tecnos, 1987.

D'ELBOUX, Sonia Maria. Direitos autorais X Acesso ao conhecimento. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, Unisinos, v. 38, n. 1, p. 3-7, jan./abr. 2005.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DELPIANO, Héctor M. El mundo de lo transitorio: otro rasgo de la Sociedad de la Información. In: *Derecho Informático*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002. Tomo II. p. 77-82.

DELPIAZZO, Carlos E. Dimensão tecnológica de la participación del administrado em el Derecho uruguayo. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração Pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 117-38.

\_\_\_\_\_; VIEGA, María José. *Lecciones de Derecho Telemático*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, v. 34, p. 51-60, 2001.

DERTOUZOS, Michael. *O que será: como o novo mundo da informação transformará nossas vidas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

DESSEMONTET, François. *Le Droit d'Auteur*. Lausanne: Ceditac, 1999.

*DICIONÁRIO Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DIETZ, Adolf. *El derecho de autor en España y Portugal*. Madrid: Ministerio de Cultura, 1992.

DINALLI, A.; TEOTÔNIO, Paulo José Freire. Discriminações positivas e o sistema de cotas nas universidades: acertos e equívocos. In: \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direitos Humanos, Sociedade e Reforma do Estado*. Campinas: Millennium, 2006. p. 115-58.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Os direitos de personalidade e a liberdade de informação. *Revista Forense*, São Paulo, ano 98, v. 363, p. 29-37, set./out. 2004.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Direito Industrial: Patentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DOUTRELEPONT, Carine. Razão de ser das Sociedades de Gestão de Direitos: importância, actividade e desenvolvimentos recentes. *Temas de Propriedade Intelectual*, Lisboa: Principia/APEPI, n. 2 a 4, p. 62-92, 2000.

DUPAS, Gilberto. *Ética e Poder na Sociedade da Informação*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ECHAVARRIA, Juan Jose Solozabal. Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, v. 8, n. 23, p. 140, mayo/ago. 1988.

EINHORN, Michael A. *Media, Technology and Copyright: integrating Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 9. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *A função da posse e da propriedade contemporânea* (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. O futuro da codificação e o jurista do amanhã: idéias para um debate. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, fasc. 26, p. 115-24, 2004.

\_\_\_\_\_. A reforma no Direito brasileiro: Novas notas sobre um velho debate no Direito Civil. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. LXXIV, p. 147-55, 1998.

\_\_\_\_\_. *Repensando Fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FEBVRE, Lucien; MARTIN, Henri-Jean. *O aparecimento do livro*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

FEKETE, Elisabeth Kasznar. *O regime jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FELIPE, Arley César. Conteúdo do princípio da função social da propriedade no sistema jurídico brasileiro. *Revista Curso de Direito*, Uberlândia, Universidade Federal de Uberlândia, v. 26, n. 2, p. 61-80, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 241-7.

\_\_\_\_\_. A reforma do Código Civil e a Propriedade Intelectual. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, 23: O redesenho dos Direitos Intelectuais no contexto do comércio mundial. *Anais*. São Paulo, 2003. p. 115-7.

FERREIRA, Aluízio. *Direito à informação, direito à comunicação: Direitos fundamentais na Constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

FICSOR, Mihály. Gestão colectiva de direitos em ambiente digital. *Temas de Propriedade Intelectual*, Lisboa: Principia/APEPI, n. 8 a 10, p. 105-13, 2002.

FISHER, William. Theories of Intellectual Property. In: MUNZER, Stephen R. (Ed.). *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. New York: Cambridge University Press, 2001. p. 168-200. [Cambridge Studies in Philosophy and Law]

FISS, Owen. *La ironia de la libertad de expresión*. Madrid: Gedisa, 1996.

FONTES JUNIOR, João Bosco de Araújo. Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: Teoria Geral da Comunicação Social na ordem jurídica brasileira e no Direito Comparado. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FORTES, Lúcia Sardinha; MATTA, Rodrigo Octávio Beton. Multimídia, Internet e realidade virtual: convergências, dificuldades e avanços. In: MIRANDA, Antonio; SIMEÃO, Elmira (Org.). *Informação e Tecnologia: conceitos e recortes*. Brasília: UNB, 2005. p. 113-24.

FREITAG, Bárbara. *Escola, Estado e Sociedade*. São Paulo: Moraes, 1980.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FUENTES, Celeste Gay. El Derecho de Propiedad Intelectual: por un nuevo equilibrio entre creadores e interés general. *In: BUSTAMANTE, Enrique (Coord.). Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación; las industrias culturales en la era digital*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 257-96.

GALIMBERTI, Umberto. *Psiche e Techne: o Homem na Idade da Técnica*. São Paulo: Paulus, 2006.

GALLARDO, Roberto Reboloso. *La globalización y las nuevas tecnologías de información*. Cidade do México: Trillas, 2000.

GARCÍA, Concepción Saiz. *Objeto y sujeto del Derecho de Autor*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

GARCÍA, Roberto Cantoral. El derecho de autor como derecho de la cultura. *In: OMPI. Num novo mundo de Direito de Autor? Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, 2. Anais*. Lisboa: OMPI/Cosmos, 1994. Tomo II. p. 1.035-43.

GARZÓN, Alvaro. Planteamiento. Panorámica y perspectivas globales. *In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL, 1: Derecho de Autor y Derechos Conexos em los umbrales del año 2000. Anais*. Madrid: Ministério da Cultura. Tomo I. p. 35-45.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado Direito Civil Constitucional. *In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GEIGER, Christophe. *Droit d'Auteur et droit du public à l'information*. Paris: Litec, 2004.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado Direito Civil Constitucional. *In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GENOVOIS, Margarida Pedreira Bulhões. Educação e Direitos Humanos. *In: PIRES, Cecília Pinto; KEIL, Ivete Manetzeder; ALBUQUERQUE, Paulo Peixoto de; VIOLA, Sólton Eduardo Annes. Direitos Humanos, Pobreza e Exclusão*. São Leopoldo: ADUNISINOS, 2000. p. 87-98.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & Princípio constitucional da igualdade (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Sergio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 53-101, abr./jun. 2005.

GONÇALVES, Luis M. Couto. *Direito de Marcas*. Coimbra: Almedina, 2000.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação: novos direitos e formas de regulação na Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

GONZÁLEZ, Angel Puyol. La desigualdad de acceso a internet. In: ALEAIDE, Carlos Villagrasa (Coord.). *Nuevas tecnologías de la Información y Derechos Humanos*. Barcelona: Cedecs, 2003. p. 157-66.

GOYANES, Marcelo Martins de Andrade. Tutela jurídica em face do cibergreio. In: ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira (Coord.) *O Direito e a Internet*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 141-55.

GRAU, Eros Roberto. A propriedade rural e a função social da propriedade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 33, p. 42-4, 2001.

\_\_\_\_\_. Resenha de um “Prefácio” (Canotilho, “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, 2. ed.). In: \_\_\_\_\_; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 423-36.

GRAUBARD, Allen. *Liberdade para as crianças: a Reforma Radical e o Movimento da Escola Livre*. São Paulo: Brasiliense, 1976.

GROSSI, Paolo. *La Propiedad y las propiedades: un análisis histórico*. Madrid: Civitas, 1998.

GUEIROS JUNIOR, Nehemias. *O Direito Autoral no Show Business: tudo o que você precisa saber*. Vol. 1 – A Música. 3. ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

GUERRA, Sidney. *O direito à privacidade na Internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. O abuso de direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 118, n. 541/42, p. 359-71, jul./ago. 1948.

GUTIÉRREZ, David Ortega. *Derecho a la información versus derecho al honor*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HAMELINK, Cees J. Direitos Humanos para a Sociedade da Informação. In: MELO, José Marques de; SATHLER, Luciano (Org.). *Direitos à Comunicação na Sociedade da Informação*. São Bernardo do Campo: UESP, 2005. p. 103-37.

HAMMES, Bruno Jorge. Os cem anos da Convenção de Berna. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 46, p. 35-8, maio/ago. 1986.

\_\_\_\_\_. O Direito do Autor: algumas notas históricas. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, ano XIII, v. X, n. 27, p. 69-80, 1980.

\_\_\_\_\_. O direito moral do autor. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 18, p. 152, 1977.

\_\_\_\_\_. *O Direito da Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

\_\_\_\_\_. Efeitos em relação a terceiros e registro. In: Num novo mundo de Direito de Autor? Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, 2. *Anais*. Lisboa: OMPI/Cosmos, 1994. Tomo I, p. 440-53.

\_\_\_\_\_. *Elementos básicos do Direito de Autor brasileiro*. São Leopoldo: Unisinos, 1976.

\_\_\_\_\_. Perduram os Direitos Morais de Autor de Dante Alighieri, de Cervantes, de Shakespeare? In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 101-5.

\_\_\_\_\_. Propaganda abusiva ou enganosa. In: \_\_\_\_\_. *O Direito da Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 399-429.

\_\_\_\_\_. Proteção contra os abusos do poder econômico. In: \_\_\_\_\_. *O Direito da Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 459-72.

HANANIA, Lílian Richieri. Direito de Autor e algumas iniciativas tendentes a proteger o direito de acesso à cultura. In: CARVALHO, Patrícia Luciane (Org.). *Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 451-66.

HARADA. *Desapropriação: doutrina e prática*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

HARVEY, Edwin R. Constitucionalismo Cultural (Disposiciones Constitucionales Específicas). In: \_\_\_\_\_. *Derecho Cultural Latinoamericano: Sudamérica y Panamá*. Buenos Aires: Depalma, 1992. p. 29-73.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas, Canoas, Ulbra*, v. 1, n. 1, p. 113-22, 1º sem. 2000.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAG, 1998.

\_\_\_\_\_. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*. Porto Alegre: SAG, 1991.

HEY, Raul. Licença compulsória de Patentes: entender antes de aplicar. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 66, p. 3-11, set./out. 2003.

HILLIS, Ken. *Sensações digitais: espaço, identidade e corporificações na realidade virtual*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

HOBBS, Thomas. *De Cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Petrópolis: Vozes, 1993.

HOBBS, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX – 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOFMAN, Julie. Education, Copyright and Development. In: WIPO Headquarters. *Information Meeting: Educational Content and Copyright in the Digital Age*. Geneva, November 21, 2005. Disponível na página eletrônica da Organização Mundial da Propriedade Intelectual <[http://www.wipo.int/meetings/2005/educ\\_cr\\_im/educ\\_cr\\_im\\_05\\_infl.html](http://www.wipo.int/meetings/2005/educ_cr_im/educ_cr_im_05_infl.html)>. Acesso em: 26 mar. 2006.

IRTI, Natalino. *La Cultura del Diritto Civile*. Torino: Utet, 1990.

\_\_\_\_\_. *L'Età della Decodificazione*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1999.

ISERHARD, Antonio Maria. A idéia de sistema jurídico e o novo Código Civil: uma contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2001. p. 281-94.

\_\_\_\_\_. O pensamento sistemático e o conceito de Direito em Pontes de Miranda. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 327-44.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JOSGRILBERG, Fabio B. Estratégias de inclusão digital e táticas cotidianas: o caso ACESSA São Paulo. In: MELO, José Marques de; TARSITANO, Paulo Rogério; GOBBI, Maria Cristina; SATHLER, Luciano (Org.). *Sociedade do Conhecimento: aportes latino-americanos*. São Bernardo do Campo: UMEESP, 2005, p. 113-29.

KAMINSKI, Omar. A Internet e o ciberespaço: aspectos jurídicos que envolvem a rede das redes. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Internet Legal: o Direito na Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 37-42.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Coimbra: Atlântida, 1960.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LAGE, Nilson. *Controle da opinião pública: um ensaio sobre a verdade conveniente*. Petrópolis: Vozes, 1998.

LAWAL-SOLARIN, Otunba Yinka. Copyright and Education – A publishers’ perspective from a developing world. *Information Meeting: Educational Content and Copyright in the Digital Age*. WIPO Headquarters, Geneva, November 21, 2005. Disponível na página eletrônica da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (<[http://www.wipo.int/meetings/2005/educ\\_cr\\_im/educ\\_cr\\_im\\_05\\_inf1.html](http://www.wipo.int/meetings/2005/educ_cr_im/educ_cr_im_05_inf1.html)>). Acesso em: 26 mar. 2006.

LEAL, Rogério Gesta. As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, IHJ, v. 1, n. 4, p. 353-410, 2006.

LEITÃO, Adelaide Menezes. Direito da Publicidade e concorrência desleal – Um estudo sobre as práticas comerciais desleais. In: *Direito Industrial*. Coimbra: Almedina /Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 2005. v. IV, p. 269-84.



\_\_\_\_\_. *Estudo de Direito Privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. Publicidade comparativa e concorrência desleal. In: *Direito Industrial*. Coimbra: Almedina/Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 2005. v. IV, p. 237-65.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de Autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

\_\_\_\_\_. A doutrina do “fair use” delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo, ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 75-134, fev. 2006.

\_\_\_\_\_. As justificativas para a proteção do Direito Autoral. *Direito Autoral*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 161-93.

LEMKE, Ney. Introdução ao Software Livre. In: COSTA, Simone André da (Org.). *Desenvolvimento em Software Livre*. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 17-55.

LEMOS, Ronaldo. Copyright ou Copyleft? Lições do modelo *Open Source* e do caso Microsoft. In: \_\_\_\_\_; WAISBERG, Ivo (Org.). *Conflitos sobre nome de domínio e outras questões jurídicas da internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 376-87.

\_\_\_\_\_. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

\_\_\_\_\_. Quem é o dono da informação na Internet? (Como o Ar). In: KAMINSKI, Omar (Org.). *Internet Legal: o Direito na Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 229-30.

LEONETTI, Carlos Araújo. O IPTU e a função social da propriedade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, p. 17-25, out. 1998.

LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. São Paulo: Trama, 2005.

\_\_\_\_\_. A regra dos Direitos Autorais. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Propriedade Intelectual & Internet*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 33-6.

LEVIN, Henry M. Educação e desigualdade no Brasil: Uma visão geral. In: \_\_\_\_\_... [et al.]. *Educação e desigualdade no Brasil*. Petrópolis, Vozes, 1984. p. 15-40.

LEVY, Pierre. Pela ciberdemocracia. In: MORAES, Denis (Org.). *Por outra comunicação: mídia, mundialização cultural e poder*. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 367-84.

\_\_\_\_\_. *O que é virtual*. São Paulo: Editora 34, 1997.

LIMA, Maria Cristina de Brito. A Educação como direito fundamental. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 212-33, 2001.

LINHARES, Mônica Tereza Mansur. O direito à educação como direito humano fundamental. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 7, n. 13, p. 149-61, 2004.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: UNESCO/CERLALC /Zavalía, 2001.

\_\_\_\_\_. Derechos Morales. Seminário Internacional sobre Direitos Autorais. *Anais*. São Leopoldo, Unisinos, 1994.

\_\_\_\_\_. *Nuevos temas de Derecho de Autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO/CERLAC/Zavalía, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* – e outros escritos. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113-43.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. A dignidade da pessoa humana: estudo de um caso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 758, p. 106-17, dez. 1998.

LOSANO, Mario G. La Informática Jurídica hacia el tercer milênio. In: *Derecho Informático*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2001. Tomo I, p. 81-101.

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

LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*. 2. ed. Paris: Litec, 2001.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 87-117.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 2001.

MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações)*. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

\_\_\_\_\_. A formulação de um novo Direito Intelectual ‘sui generis’. *A informática e os direitos intelectuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_. A função social da propriedade do solo rural. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário, e Empresarial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 52, p. 109-12, abr./maio/jun. 1990.

\_\_\_\_\_. Violações aos direitos morais. In: NAZO, Georgette Nacarato (Coord.). *A tutela jurídica do Direito de Autor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 1-17.

MAÑERO, Cristina López. *Información y dolor: uma perspectiva ética*. Pamplona: Eunsa, 1998.

MARANDOLA, Marco. *¿Un Nuevo Derecho de Autor? Introducción al Copyleft, acceso abierto y creative commons*. Barcelona: Derecho y Cultura, 2005.

MARCONDES FILHO, Ciro. A Sociedade Tecnológica e Apresentação. In: \_\_\_\_\_... [et al.]. *Vivências Eletrônicas: sonhadores e excluídos*. São Paulo: NTC, 1998. p. 7-21.

MARSHALL, Paul et al. *Liberdade religiosa em questão*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MARTINEZ, Pedro Romano. Relações Empregador Empregado. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. I. p. 185-200.

MARTINES JUNIOR, Eduardo. A Educação como direito fundamental do ser humano no Brasil. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, Notadez, v. 2, n. 6, p. 77-120, 2002.

MARTINS, A. G. Lourenço. Criminalidade informática. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2003. v. IV. p. 9-41.

MARTINS, J. R.; BLECHER, Nelson. *O Império das Marcas*. São Paulo: Marcos Cobra, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Culturalismo e experiência no Novo Código Civil brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. LXXVIII, p. 603-27, 2002.

\_\_\_\_\_. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 129-54, 1998.

\_\_\_\_\_. O princípio da vinculação contratual da publicidade: características e interpretação do negócio da oferta no microsistema do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 47-59.

\_\_\_\_\_. (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; LEWICKI, Bruno; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio; ALMEIDA, Maria Cristina de; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Ensino jurídico e Direito Civil no Brasil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira... [et al.]. (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MATTELART, Armand. *História da Sociedade da Informação*. São Paulo: Loyola, 2002.

MATTIA, Fábio Maria de. *O autor e o editor na obra gráfica: direitos e deveres*. São Paulo: Saraiva, 1975.

MATTOS NETO, Antônio José. Função ética da propriedade imobiliária no Novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 11, p. 18-24, 2002.

McCARTHY, Roger E.; SCHECHTER, Roger E.; FRANKLIN, David J. *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*. 3. ed. Washington: BNA Books, 2004.

MELO, José Marques de; SILVA, Carlos Eduardo Lins da. Sociedade Civil, direito à informação e direito de opinião. *Ciência e Cultura*, São Paulo, Revista dos Tribunais/SBPC, v. 42, n. 10, p. 950-3, out. 1990.

MELO, Mônica de; PFEIFER, Roberto Augusto Castellanos. Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos nos Direitos Cíveis e Políticos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Paulo de Sousa. A responsabilidade de pessoas colectivas no âmbito da criminalidade informática em Portugal. *In: Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2003. v. IV, p. 385-404.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1998.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. Tomo IV.

\_\_\_\_\_; MACHADO, Miguel Pedrosa. *Constitucionalidade da Protecção Penal dos Direitos de Autor e da Propriedade Industrial*. Lisboa: Sociedade Portuguesa de Autores/Publicações Dom Quixote, 1995.

MITCHELL, William J. *E-topia: vida urbana, jim, pero no la que nosotros conocemos*. Barcelona: Gustavo Gili, 2001.

MONIZ, Pedro de Paranaguá; CERDEIRA, Pablo de Camargo. Copyleft e software livre: uma opção pela Razão; Eficiência Tecnológica, Econômica e Social – I. *Revista da ABPI*, São Paulo, n. 70, p. 65-70, maio/jun. 2004.

MONTAÑO, Beatriz Bugallo. *Internet, Comercio Electrónico y Propriedade Intelectual*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-47.

MORAES, Walter. *Artistas, intérpretes e executantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOTA, Ignácio H. de la. *Función social de la Información*. Madrid: Paraninfo, 1988.

MOTTA, Elias de Oliveira. *Direito Educacional e Educação no século XXI*. Brasília: UNESCO, 1997.

MOUCHET, Carlos; RADAELLI, Sigfrido A. *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artisticas*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1948. Tomo II.

MÜLLER, Eugélio Luis. As Cláusulas gerais do novo Código Civil e sua influência no Direito Autoral: uma breve análise. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo: ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 135-148, fev. 2006.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. *Abuso no exercício do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NEGROPONTE, Nicholas. *A vida digital*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 255-98.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a Teoria Geral do Direito e o Direito Civil Constitucional. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira... [et al.]. *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 3-21.

NUNES, Celso Luiz. O trabalhador e a tecnologia na Era da Globalização. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito e Informática*. São Paulo: Manole, 2004. p. 55-76.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A proteção Constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

O'FARRELL, Ernesto. Patentes e Medicamentos. In: *Derechos Intelectuales*. Buenos Aires: Astrea, 1988. v. 3, p. 36-47.

OLAVO, Carlos. Introdução ao Direito Industrial. In: *Direito Industrial*. Coimbra: Almedina/Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 2005. v. IV, p. 155-98.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Crimes do poder econômico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

OLIVEIRA, Mauricio Lopes. A imprecisão na definição legal de marca. *Revista da ABPI*, São Paulo, n. 38, p. 20-2, jan./fev. 1999.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Os “novos” direitos enquanto direitos públicos virtuais na Sociedade da Informação. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 319-53.

OLSSON, Henry. La importância económica y cultural del derecho de autor. In: OMPI. Num novo mundo de Direito de Autor? Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, 2. *Anais*. Lisboa: OMPI/Cosmos, 1994. Tomo I, p. 55-68.

PARILLI, Ricardo Antequera. *Derecho de Autor*. Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, 1998. Tomo I.

\_\_\_\_\_. El Derecho de Autor y el derecho a la cultura. *In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL*, 1: Derecho de Autor y Derechos Conexos em los umbrales del año 2000. *Anais*. Madrid: Ministério da Cultura. Tomo I, p. 65-78.

\_\_\_\_\_. La obra como objecto del Derecho de Autor. *In: Seminário Internacional sobre Direitos Autorais*. *Anais*. São Leopoldo: Ministério da Cultura/OMPI/Unisinos, 1994. p. 41-71.

PATTERSON, L. Ray; LINDBRG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*. Athens: The University of Georgia Press, 1991.

PECES-BARBA, G.; SALCEDO, Tomas Quadra; MOHEDANO, José Maria; GONZÁLES, Pedro. *Sobre las libertades políticas en el Estado español (Expresion, Reunion y Asociacion)*. Valencia: Fernando Torres-Editor, 1977.

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

PEREIRA, Alexandre Dias. Direitos de Autor, códigos tecnológicos e a Lei Milénio Digital. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, n. LXXV, p. 475-521, 1999.

\_\_\_\_\_. Gestão individual e colectiva do Direito de Autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação. *In: Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2003. v. IV, p. 433-53.

\_\_\_\_\_. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*. Coimbra: Coimbra, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. A Sociedade da Informação e o mundo do trabalho. *In: ROVER, Aires José (Org.). Direito e Informática*. São Paulo: Manole, 2004. p. 77-93.

PEREIRA, J. *A comunicação e o direito de expressão*. São Paulo: Hemus, 1970.

PÉREZ, Raquel de Román. Naturaleza jurídica del Derecho de Autor. In: REBOLLO, César Iglesias (Coord.). *Propriedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propriedad Industrial*. Madrid: Reus, 2005. p. 13-48.

PERIMUTTER, Shira. A convergência e o futuro do Direito de Autor. *Temas de Propriedade Intelectual*, Lisboa: Principia/APEPI, n. 5 a 7, p. 103-17, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Tendenze e metodi della civilistica italiana*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1979.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *A eficácia jurídica na Defesa do Consumidor: o poder do jogo na publicidade: um estudo de caso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *Propriedade Privada no Direito Romano*. Porto Alegre: SAFe, 1998.

PIAGET, Jean. *Para onde vai a Educação*. 12. ed. Rio de Janeiro, José Olympio, 1994.

PIMENTA, Eduardo S. *Código de Direitos Autorais e Acordos Internacionais*. São Paulo: Lejus, 1998.

\_\_\_\_\_. *Dos crimes contra a propriedade intelectual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. *Princípios de Direitos Autorais: os Direitos Autorais do trabalhador: Estudo sobre a obra intelectual criada em cumprimento de dever funcional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Livro II.

\_\_\_\_\_. *Princípios de Direitos Autorais: um século de Proteção Autoral no Brasil – 1898-1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Ensino Jurídico na graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 211-54.

PINHO, Ricardo. Livros didáticos e Direito de Autor em Disputa. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 70, p. 57-8, maio/jun. 2004.



PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e perspectivas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, IHJ, v. 1, n. 4, p. 111-28, 2006.

\_\_\_\_\_. Pobreza como violação dos Direitos Humanos. *In: WERTHEIN, Jorge; NOLETO, Marlova Jovchelovitch (Org.). Pobreza e desigualdade no Brasil: traçando caminhos para a inclusão social.* Brasília: Unesco, 2004, p. 135-62.

POCH, Pedro Calvo. El principio de igualdad ante las nuevas tecnologías. *In: ALEAIDE, Carlos Villagrasa (Coord.). Nuevas tecnologías de la Información y Derechos Humanos.* Barcelona: Cedecs, 2003. p. 177-92.

POLI, Leonardo Macedo. *Direitos de Autor e Software.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O acesso à Cultura como direito de todos.* Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, Tese n. 15, 1974.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Tomo II.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. Tomo XVI.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado: Direito das Coisas: Propriedade mobiliária (bens corpóreos). Propriedade intelectual. Propriedade industrial.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. Tomo XVI.

PORTER, J. A formação pela formação. *In: O Direito à Educação e o Acesso ao Ensino Superior. Seminário da Associação Internacional das Universidades – AIU, 5. Relatório.* Fortaleza: Edições Universidade do Ceará, 1984. p. 30-42.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Teletrabalho: reflexões sobre uma projecção da Sociedade da Informação no mundo do trabalho. *In: Direito da Sociedade da Informação.* Coimbra: Coimbra, 2004. v. V, p. 185-202.

RAMÍREZ, Salvador Vergés. *Derechos Humanos: fundamentación.* Madrid: Tecnos, 1997.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. *In: FACHIN, Luiz Edson. Repensando Fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. ... [et al.]. *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 77-98.

- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A Educação como direito fundamental. *Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*. São Paulo, n. 160, p. 9-12, dez. 2002.
- REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da Historia*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*. München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- REINBOTHE, Jörg. As Exceções na (Proposta de) Directiva “Direito de Autor e Direitos Conexos na Sociedade de Informação”. *Temas de Propriedade Intelectual*, Lisboa: Principia/APEPI, n. 2 a 4, p. 120-4, 2000.
- REGO, Sebastião Lima. Conclusões. In: OS PAÍSES de Língua Portuguesa e a Liberdade de Informação. Colóquio. Lisboa: Centro Cultural de Belém. 1999 [Edição da Alta Autoridade para a Comunicação Social].
- REMÉDIO MARQUES, João Paulo. Propriedade Intelectual e interesse público. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, n. 79, p. 293-354, 2003.
- RESCIGNO, Pietro. *L'abuso del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1998.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, n. 74, p. 729-55, 1998.
- RIBEIRO, José Manuel Coelho. Direito de Informação. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, v. IV, n. 6, jan. 1985.
- RIVERA, Julio César. El Derecho Privado Constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 725, p. 11-28, mar. 1996.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ROBLES, Gergorio. *Os Direitos Fundamentais e a Ética na sociedade atual*. Barueri: Manole, 2005.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio Constitucional da função social da propriedade. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 543-94, 2003.
- ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação*, Curitiba: JM, 1997.
- RODRIGUES, Luís Silveira. Os Consumidores e a Sociedade da Informação. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2002. v. III, p. 295-312.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRÍGUEZ, María José Viega. Un nuevo desafío jurídico: los delitos informáticos. *In: Derecho Informático*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2001. Tomo I, p. 185-203.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. La participación en la nueva ley de medidas para la modernización del gobierno local. *In: LEAL, Rogério Costa. Administração Pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 186-220.

ROSA, Alexandre Morais da. Princípios Ambientais, Direitos Fundamentais, Propriedade e Abuso de Direito: por uma leitura a partir do garantismo jurídico (Ferrajoli). *In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Direito Ambiental em Evolução*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 43-52.

ROSA, Manuel Carmelo. A Comunicação Social: aliada e/ou adversária dos educadores. *In: RENAUT, Alain... [et al.]. Direitos e responsabilidades na sociedade educativa*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 103-8.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou da Educação*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

ROVER, Aires José. O Direito Autoral e seus paradoxos. *In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord.). Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 33-7.

\_\_\_\_\_. *Informática no Direito: Inteligência artificial; Introdução aos Sistemas Especialistas Legais*. Curitiba, Juruá, 2003.

\_\_\_\_\_. *Para uma flexibilização da propriedade intelectual*. Disponível em <<http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/artigoflexibilizacao.htm>>. Acesso em: 24 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Sistemas Especialistas Legais: uma solução para o Direito. *In: \_\_\_\_\_ (Org.). Direito, Sociedade e Informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Boiteux, 2000. p. 207-12.

\_\_\_\_\_; WINTER, Djônata. A Revolução Tecnológica Digital e a proteção da propriedade intelectual. *In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). Propriedade Intelectual & Internet*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 75-89.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. *In: \_\_\_\_\_ (Org.). A globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 25-102.

\_\_\_\_\_. Os Tribunais e as novas tecnologias de Comunicação e Informação. *In*: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Estudos de Direito da Comunicação*. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 2002. p. 137-59.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual – O Regime Constitucional do Direito Autoral. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 11-31.

SARI, Marisa Timm. A organização da Educação Nacional. *In*: LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). *Direito à Educação: uma questão de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67-120.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana: Parte II. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. p. 216-25.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 121-68, 2004.

\_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193-284.

SCARPARO, Helena. A questão da tecnologia: considerações para a Educação e para a Psicologia. *Educação*, Porto Alegre, PUC, v. XXIV, n. 44, p. 117-26, 2001.

SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

SCHMIDT, Lélío D. Abusos de direitos no Novo Código Civil: reflexos na Propriedade Intelectual. *In*: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, 23: O redesenho dos Direitos Intelectuais no contexto do comércio mundial. *Anais*. São Paulo, 2003. p. 111-4.

SCHOLZE, Simone H. Fabricação local, licença compulsória e importação paralela na Lei de Propriedade Industrial. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 54, p. 9-12, set./out. 2001.

SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. *In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira... [et al.]. Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 77-98.

\_\_\_\_\_. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, PADMA, v. 6, p. 159-82, 2001.

SECLAENDER, Airton C. Leite. O direito de ser informado – Base do paradigma moderno do Direito de Informação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 25, n. 99, p. 147-59, jul./set. 1991.

SEGADO, Francisco Fernández. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. *Estado e Direito: Revista Semestral Luso-Espanhola de Direito Público*. Lisboa, n. 17-18, p. 97-130, 1996.

SILVA, Mauro Marcelo de Lima e. Não há anonimato na rede. Mas o crime avança. *In: KAMINSKI, Omar (Org.). Internet Legal: o Direito na Tecnologia da Informação.* Curitiba: Juruá, 2005. p. 33-5.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Noção e importância das limitações aos direitos do autor. *In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e danos morais: Homenagem ao Prof. Carlos Alberto Bittar.* São Paulo: Forense Universitária, 2002. p. 26-40.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. *In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário 2005 do Programa de Pós-Graduação em Direito.* Porto Alegre/São Leopoldo: Livraria do Advogado/Unisinos, 2006, n. 2, p. 113-36.

\_\_\_\_\_. Transformações jurídicas nas relações privadas. *In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito.* São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 143-95.

\_\_\_\_\_; ALMEIDA, Lara Oleques de; ORIGUELLA, Daniela. O princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica. *In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.* Porto Alegre/São Leopoldo: Livraria do Advogado/Unisinos, 2004, p. 67-91.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. *Privacidade na Internet: um enfoque jurídico*. São Paulo: Edipro, 2001.

SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21-53.

SILVEIRA, Newton. *Curso de Propriedade Industrial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. Prefacio. In: SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos Direitos Autorais*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

\_\_\_\_\_. *A Propriedade Intelectual e a Nova Lei de Propriedade Industrial*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Exclusão Digital: a miséria na Era da Informação*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

\_\_\_\_\_. Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica. In: \_\_\_\_\_; CASSIANO, João. *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad, 2003. p. 17-47.

SIMEÃO, Elmira. *Comunicação extensiva e informação em rede*. Brasília: UNB, 2006.

SNYDERS, Georges. *Escola, Classe e luta de classes*. 2. ed. Lisboa: Moraes, 1981.

SOARES, Ismar de Oliveira. *Sociedade da Informação ou da Comunicação*. São Paulo: Cidade Nova, 1996.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Marca vs. Nome comercial: conflitos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

\_\_\_\_\_. *Tratado da Propriedade Industrial*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003. T. I e II.

SOUZA, Mauro Wilton de (Org.). *Sujeito, o lado oculto do receptor*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

\_\_\_\_\_. A função social dos direitos autorais. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo: ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 149-73, fev. 2006.

SOUZA, Fabiana Cássia Dupim. Educação e dignidade: a libertação como direito. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 229-43.

SPECTOR, Horacio M. Lineamentos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual e industrial. In: *Derechos Intelectuales*. Buenos Aires: Astrea, 1988. v. 3.

STEINER, Christine. *Intellectual property and the right to culture*. Disponível na página eletrônica da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (<[http://www.wipo.int/meetings/2005/educ\\_cr\\_im/educ\\_cr\\_im\\_05\\_inf1.html](http://www.wipo.int/meetings/2005/educ_cr_im/educ_cr_im_05_inf1.html)>). Acesso em: 26 mar. 2006.

STOLFI, Nicola. *Il Diritto di Autore*. 3. ed. 1ª Parte. Milão: Editrice, 1932.

STRECK, Lenio Luiz. O constitucionalismo compromissário-dirigente morreu. In: \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 106-26.

\_\_\_\_\_. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; \_\_\_\_\_. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos/Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004. p. 153-85.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Quinze Anos da Constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 125-73.

\_\_\_\_\_; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STROWEL, Alain; DECLAYE, Estelle. *Droit d'Auteur et Numérique: logiciels, bases de donnés, multimédia: Droit belge, euroéen et compare*. Bruxelas: Bruylant, 2001.

TAPIA, Jorge Ruben Biton. Cidadania e governo eletrônico: algumas reflexões. In: MELO, José Marques de; TARSITANO, Paulo Rogério; GOBBI, Maria Cristina; SATHLER, Luciano (Org.). *Sociedade do Conhecimento: aportes latino-americanos*. São Bernardo do Campo: UESP, 2005, p. 177-91.

TELLINI, Denise Estrella. *Regime de Direito Internacional Privado na Responsabilidade dos Provedores de Internet: Content Service Providers e Intermediary Service Providers pela qualidade dos serviços executados on line*. Porto Alegre: SAFE, 2006.

TEOTÔNIO, Paulo José Freire; SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. O Programa Universidade para Todos (ProUni): construção ou alternativa para uma sociedade inclusiva? In: \_\_\_\_\_; DINALLI, A. (Coord.). *Direitos Humanos, Sociedade e Reforma do Estado*. Campinas: Millennium, 2006. p. 49-98.

TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. *Revista da EMERJ Especial*, Anais do “EMERJ debate o Novo Código Civil”, Parte II, p. 168-76, jul. 2002 a abril 2003.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: SEMINÁRIO LUSO-BRASILEIRO. *Anais*. Paraná Judiciário, 1998, v. 52, p. 153-66.

\_\_\_\_\_. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.

\_\_\_\_\_; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Função social da propriedade e legalidade Constitucional, anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. In: *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 41-57, 2000.

THIERER, Adam; CREWS JR., Waine (Coord.). *Copy Fights: the future of Intellectual Property in the Information Age*. Washington: Cato Institute, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro: os Direitos Humanos e a tributação: imunidades e isenções*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. III.

\_\_\_\_\_. A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 239-333.

TOUBOL, Frédérique. *El software: analisis jurídico*. Buenos Aires: Zavalia, 1990.



TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 33. ed. Padova: Cedam, 1992.

TREMBLAY, Gaëtan. La Sociedad de la Información y la Nueva Economía. Promesas, realidades y falta de un modelo ideológico. In: HERNÁNDEZ, Daniel (Coord.). *Crítica de la Economía Política: Comunicación, Cultura y Sociedad de la Información*. Caracas: Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, 2004. p. 39-60.

TRIVINHO, Eugênio. Redes, Ciberspaço e Sociedades. In: MARCONDES FILHO, Ciro... [et al.]. *Vivências Eletrônicas: sonhadores e excluídos*. São Paulo: NTC, 1998. p. 23-46.

TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e Codificação: o Código Civil e as Cláusulas Gerais. In: ARONNE, Ricardo (Org.). *Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. 1, p. 17-84.

UBILLOS, Juan Maria Bibao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 299-338.

UNESCO. *ABC do Direito de Autor*. Lisboa: Presença, 1991.

URÍAS, Joaquín. *Lecciones de Derecho de la Información*. Madrid: Tecnos, 2003.

URRITA, Ana Sánchez; GORSKI, Héctor Cláudio Silveira; MICHEL, Mónica Navarro. *Tecnología, Intimidad y Sociedad Democrática*. Barcelona: Icaria, 2003.

VALOIS, Djalma. Copyleft. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; CASSIANO, João. *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad, 2003. p. 294-317.

VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da Propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais Constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 763-88.

VAZ E DIAS, José Carlos. Licença compulsória de Patentes e o Direito Antitruste. *Revista da ABPI*, São Paulo, ABPI, n. 54, p. 3-8, set./out. 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral dos Contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

VERDELHO, Pedro. Cibercrime. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2003, v. IV, p. 347-83.

VERRI, Marina Mezzavilla; PAULINO, Carlos Ernesto; GARCIA, Carlos Roberto Diogo. A liberdade de expressão frente ao direito de intimidade: uma necessária ponderação Constitucional de direitos fundamentais. In: TEOTÔNIO, Paulo José Freire; DINALLI, A. (Coord.). *Direitos Humanos, Sociedade e Reforma do Estado*. Campinas: Millennium, 2006. p. 159-69.

VICENTE, Dario Moura. *Direito Internacional Privado: problemática internacional da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2005.

VIEIRA, Karla Patrícia de Castro Almeida. A interferência da informática no direito à privacidade e na manutenção da incolumidade dos dados pessoais. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Novas fronteiras do Direito na Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 215-51.

VIEIRA, Oldegar Franco. *A Constituição de um Estado de Direito e de Cultura*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados /Coordenação de Publicações, 1986.

VILLALBA, Carlos Alberto; LIPZZYC, Delia. *El Derecho de Autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

VILLANUEVA, Ernesto. *Temas selectos de Derecho de la Información*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

VILLANUEVA, Luis Anguita. Derechos Fundamentales y Propriedad Intelectual: el acceso a la Cultura. In: REBOLLO, César Iglesias (Coord.). *Propriedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propriedad Industrial*. Madrid: Reus, 2005. p. 49-87.

VITERBO, Alfredo; CODIGNOLA, Arnaldo. L'Informazione e l'informatica nella Società della Conoscenza. *Il Diritto Dell'Informazione e Dell'Informatica*, Milano, v. 18, p. 23-41, gen.-feb. 2002.

VITORINO, António de Macedo. Esboço de uma concepção sobre a natureza jurídica do Direito de Autor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XXXIII, n. 1, p. 456-518, 1992.

WACHOWICZ, Marcos. Os bens informáticos como objeto do Direito: a natureza jurídica do *software*, *hardware* e *firmware*. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo: ABDA/Lumen Juris, v. II, n. IV, p. 49-73, fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Propriedade Intelectual de Software & Revolução da Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2004.

\_\_\_\_\_. A Revolução Tecnológica da Informação – Os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 39-83.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. Apresentação.

ZAFFORE, Jorge. *La comunicación masiva*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

ZOLO, Danilo. Libertad, Propriedad e Igualdad en la Teoria de los “Derechos Fundamentales”: a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli. *In*: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 75-104.