

O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO AUTORAL: DESAFIOS PARA EFETIVA TUTELA DESTE DIREITO DA PERSONALIDADE NA ERA DIGITAL E POSSÍVEIS SOLUÇÕES CONCILIATÓRIAS

THE ACCESS TO JUSTICE AND COPYRIGHT: CHALLENGES FOR THE EFFECTIVE PROTECTION OF THIS RIGHT OF PERSONALITY IN THE DIGITAL AGE AND POSSIBLE CONCILIATORY SOLUTIONS

*José Sebastião de Oliveira**

<http://lattes.cnpq.br/7878157645842709>

*Vitor Toffoli***

<http://lattes.cnpq.br/2386893662249877>

RESUMO

Este artigo aborda o acesso à justiça e o direito autoral, estudando os desafios da tutela de tais direitos da personalidade na era digital e possíveis soluções conciliatórias. Para tanto examina o acesso à justiça, abordando a questão da crise de legitimidade do Poder Judiciário, evidenciando que não se trata apenas de crise numérica. Compreende o acesso à justiça como meio de se tutelar direitos da personalidade, a partir do qual se pode extrair o conceito de efetivo acesso à justiça, que supera a questão da celeridade. Situa o *locus* do direito autoral como gênero da propriedade intelectual. Delineia o histórico do direito autoral, para isso estabelece análise do tema a partindo do período pré-histórico até à idade contemporânea, cuidando do progresso desse direito, cuja primeira sistematização se deu por meio do *Copyright Act* também conhecido como *Statute of Anne* de 14 de abril de 1710, até a proteção conferida no Brasil pela Convenção de Berna e pela Lei Federal nº 9.610 de 19 de Fevereiro de 1998, principalmente, e assim também expõe os principais conceitos, e teses sobre sua natureza jurídica, ao final compreendo-o como direito da personalidade. Pesquisa a era digital abordando o advento da informática e da era digital, posteriormente pondera sobre internet e suas redes precursoras, para depois expor dados estatísticos sobre a utilização dessa rede no Brasil, e as consequências jurídicas de tal fenômeno no direito autoral e sua tutela. Rechaça as tradicionais e ineficientes infidas soluções consistentes no enrijecimento legal. Conclui dissertando sobre as atuais propostas conciliatórias, consistentes nos sistemas do *fair use*, da *copyleft* e do *creative commons*, lançando ainda opção para efetiva tutela do direito autoral na era digital e alertando para a necessidade de constante estudo do tema, sob a perspectiva crítica.

PALAVRAS-CHAVES: Direito autoral. Direito da personalidade. Acesso à justiça. Tutela jurisdicional efetiva.

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR); Consultor científico *ad hoc* da Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR); Docente aposentado de Direito Civil da Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR); Docente de Direito Civil do Centro Universitário de Maringá (Cesumar-PR); Docente e Coordenador do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (Cesumar-PR); Advogado na Comarca de Maringá (PR). E-mail: drjso@brturbo.com.br

** Mestrando do Programa de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (Cesumar-PR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá-PR. Advogado licenciado. Assessor de Magistrado. Docente. E-mail: toffoli@live.com

ABSTRACT

This article analyses the access to justice and copyright by studying the challenges of this tutelage of rights of the personality in the digital age and possible conciliatory solutions. For this purpose, it examines the access to justice by addressing the crisis of judiciary legitimacy, showing that it is not just a numerical crisis. Consequently, it is understood that the access to justice is a means to protect the rights of personality, from which one can extract the concept of effective access to justice, thus overcoming the issue of rapidity process. This study outlines the history of direct copyright, which is a form of intellectual property, by analysing its progress from the prehistoric period up to the contemporary age. The first systematization was done by the Copyright Act, also known as the Statute of Anne of 14 April 1710. The protection afforded in Brazil occurred under the Berne Convention and the Federal Law No. 9610 of February 19, 1998, and for the most part, exposes the main concepts and theories about its legal nature, thus permitting the comprehension of the concept of right personality. It addresses the digital age as well as the advent of computer technology and later ponders the internet and its network precursor to expose the statistical data of the use of this network in Brazil. This is necessary in order to comprehend the legal consequences of such a phenomenon in copyright protection. It excludes the traditional, inefficient and stifling legal solutions. It concludes by expounding the current conciliatory proposals, consistent systems of fair use, the copyleft and creative commons. By casting further options for effective protection of copyright in the digital age, it stresses the need for constant study of the subject, under the critical perspective.

KEY-WORDS: Copyright. Right personality. Access to justice. Legal tutelage.

INTRODUÇÃO

O direito autoral, tal qual como concebido hoje, enquanto direito da personalidade e suas novas e contemporâneas formas de difusão e conseqüentemente de violação, e as dificuldades e barreiras para efetiva tutela não podem passar despercebidos no estudo acadêmico. A era digital, na qual todos nós estamos inseridos, e por meio da qual se difundem as emanações do espírito humano que a esse atribuem a qualidade diferenciadora dos demais seres vivos, e o paralelo aparato estatal para tutela de tal direito, devem ser examinados apanhado e estudados avaliando seus reflexos.

Afirmar, com singeleza, que o problema da tutela do direito autoral e do efetivo acesso à justiça confronta-se em relação à ineficiência do judiciário apenas em razão de códigos e legislações ultrapassadas e da má administração da justiça, não parece ecoar justo, mormente quanto as soluções, quase em sua maioria, reclamam investigação acadêmica um pouco além da proposta midiática de enrijecimento legal, que infelizmente por alguns é encampada.

Justifica-se a intervenção acadêmica, como meio de estudo das formas de se efetivar a tutela do direito autoral na era digital, com vistas a procurar elementos que posteriormente

possam servir como fundamento ao aperfeiçoamento do acesso à justiça nessa matéria, evitando as usuais soluções óbvias e tão-só positivistas, que quase nada solucionam.

Delimitou-se o objeto de estudo às violação de direitos de autor pela não remuneração da distribuição de cópias de obras literárias, músicas e filmes, e demais conteúdos multimídia correlatos, usualmente denominados de “filme pirata, DVD pirata, livros ‘baixados’ da internet sem o devido pagamento de direito autoral, etc”, porque facilmente distribuíveis pela internet, e para evitar discussões amplas demais, sem o devido aprofundamento.

Para tanto, por meio do método teórico, iniciou-se pela a análise do acesso à justiça e suas dimensões, enquanto meio de se efetivar direitos da personalidade, entre eles, o direito autoral, depois se examinou o direito autoral, seu *locus* jurídico, histórico e evolução, de Gutenberg à internet, tecendo comentários pertinentes, conceituando-o, fixando sua natureza jurídica e delimitando o objeto da tutela, na sequência estudou-se questão da era digital, e por meio do método empírico coletou-se dados de organismo oficial que gerencia números sobre a internet no Brasil, para, por fim, tratar do desafio da efetiva tutela, dos novos instrumentos de direito material, e da possível proposta crítica de começo de solução para o direito autoral no meio digital.

1 DO ACESSO À JUSTIÇA

1.1 NOTAS INICIAIS

Contemporaneamente se utiliza a expressão crise da justiça ou crise do judiciário, para designar o fenômeno de gradual esvaziamento da legitimidade do Poder Judiciário diante da sociedade.

É comum se ler que a principal causa dessa crise é a demora na prestação jurisdicional em um sem número de situações que impede a sua efetividade, e em última consequência acaba por gerar injustiças; a notável elocução de Rui Barbosa¹ é assaz oportuna: “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Nessa perspectiva são visualizadas na história do direito processual brasileiro, sobretudo na mais recente, a criação e cópia (do direito estrangeiro) de instrumentos legais voltados à busca de celeridade processual.

¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 40.

Cita-se, como exemplo, a Emenda Constitucional nº. 45 de 30 de dezembro de 2004, que acresceu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, nomeando como princípio constitucional a razoável duração do processo, a inclusão da necessidade da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário, por meio da aposição, pela mesma emenda, do parágrafo 3º no art. 102 da Constituição Federal. Além disso, diversas reformas na legislação infraconstitucional se seguiram, como a possibilidade de adoção do regime dos recursos extraordinários repetitivos, por meio da Lei nº 11.418/2006, que incluiu no Código de Processo Civil os arts. 543-A e 543-B, a adoção de semelhante regime para julgamento dos recursos especiais repetitivos, com a inserção do art. 543-C no Código de Processo Civil, pela Lei nº 11.672/2008, um pouco antes, a Lei nº 11.419/2006 que criou o processo judicial eletrônico, a possibilidade da separação consensual extrajudicial, bem como a partilha e o inventário, autorizada no sistema brasileiro pela Lei nº 11.441/2007, o fortalecimento dos meios alternativos de solução de conflitos; enfim uma infinidade de ações legais e executivas voltadas a diminuição dos casos levados ao Poder Judiciário e julgamentos em lote de demandas de massa.

Sobre esse fenômeno Annoni² escreve:

O auge, todavia, das reformas promovidas em prol do acesso à justiça ocorreu em 2004, com a edição da Emenda Constitucional 45/2004, também conhecida como Reforma do Judiciário. A Emenda Constitucional 45/2004 além de alterar a Constituição Federal, incluindo dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da duração razoável do processo, criou o Conselho Nacional de Justiça e fomentou o surgimento de dezenas de normas infraconstitucionais voltadas a efetivar o amplo e irrestrito direito de acesso à justiça. Dentre estes instrumentos jurídicos, merece destaque as alterações do Código de Processo Civil em prol da maior participação das partes no processo, da mediação como fase obrigatória do processo e como instrumento permanente de resolução de conflitos e também a ampliação dos deveres das partes e seus procuradores no curso da demanda. Também se deve citar a importância da Lei 11.419/2006, que instituiu o processo eletrônico e da Lei 11.441/2007, que autorizou a realização da separação consensual, do inventário, partilha e divórcio consensual em cartórios. (SIC)

Vale registrar que o acesso à justiça está presente na Constituição no artigo 5º, XXXV (também denominado de princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição), que reclama uma resposta instrumental do direito, como meio de se atender ao mandamento constitucional.

² ANNONI, D.. O movimento em prol do acesso à justiça no Brasil e a construção de uma democracia pluralista. In: XVII Congresso Nacional do Conpedi, 2008, Brasília. *Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. v. 1. p. 72-86.

1.2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Acesso à Justiça, entretanto, não se restringe ao estabelecimento de mecanismos que acelerem a prestação da jurisdição – o que é extremamente importante, mas cuja cautela na implementação deve ser aprimorada – mas enquanto meio de concretização dos direitos da personalidade, como o direito autoral, mais adiante abordado, a abrangência do acesso à justiça e sua importância, transcendem a rápida tramitação de processos, que deve ser apenas uma consequência reflexa da efetividade, e não um fim em si mesmo, como parece ser atual tendência.

A doutrina mais moderna³ cita como causas da crise comentada no item anterior, não a lentidão do poder judiciário, que em verdade não é causa, mas consequência, arrolando três motivos/ origens: a) exclusão social; b) explosão da litigiosidade; c) o próprio acesso ao poder judiciário.

E, as três dimensões acima referenciadas estão todas intimamente ligadas ao problema da tutela dos direitos autorais na era digital, já que a pirataria tem forte relação com a exclusão social – apesar de ser praticada em todas as classes –, pode gerar litigiosidade sem precedentes, diante da conhecida transgressão desses direitos de autor no meio digital, como em *downloads* não autorizados de músicas e filmes, cópias não originais de mídias (CD, DVD, *blu ray*, entre outros), e tem potencial de congestionar o acesso dos próprios titulares dos direitos de autor, e dos titulares de outros direitos ao Poder Judiciário, tema sobre o qual discutiremos mais a fundo no item três desse trabalho.

Imperioso recordar que os direitos da personalidade são, segundo Elimar Szaniawski⁴:

[...] ‘as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa ou do sujeito, bem assim, as suas emanações e prolongamentos’; ou ainda, consoante Orlando Gomes: ‘sob a denominação de direitos da personalidade, compreende-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos’.

³ RODRIGUES, Daniel dos Santos. *Causas e efeitos da crise da jurisdição e da resolução de conflitos no Estado brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1790, 26 maio 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11306>>. Acesso em: 1 maio 2012.

⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Fundamentos dos direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.71.

Em outras palavras, definimos os direitos da personalidade como aqueles atributos inerentes a natureza humana, que se retirados ou postos em risco, desfiguram o próprio ser em si, ou tem o potencial real para tanto.

Nessa linha de pensamento, entre os direitos da personalidade, cujo rol meramente exemplificativo está diluído no Capítulo II do Livro I da Parte Geral do Código Civil (arts. 11 a 21), se encontra o também direito da personalidade e fundamento da República Federativa do Brasil denominado dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), que tem caráter multidimensional, sendo ontológico, histórico-cultural e negativo-prestacional.

Em verdade a fixação de um conteúdo de tal norma (dignidade da pessoa humana) é praticamente impossível, sem a prática de injustiças ou desigualdades, de modo que não se pode reduzir a uma fórmula abstrata e genérica para definição de seu conteúdo.

Ingo Hoffman Sarlet⁵ pondera:

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

E, define:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer tratamento de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida⁶.

Nessa perspectiva se localiza o direito do acesso à justiça como um direito que possibilita tal concretização da personalidade, já que inexorável a sua garantia para a tutela (preventiva ou repressiva) de todos os demais direitos da personalidade, entre eles o autoral, em outras palavras, sem o acesso a justiça, qualquer situação anormal, pode resultar num perecimento do direito da personalidade, e justamente por ser a tutela jurisdicional garantida pelo acesso à justiça, que conseqüentemente, quando efetivo, presta para proteger todos os

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 65.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67

direitos da personalidade que se compreende ele como uma garantia da efetivação da personalidade.

1.4 O REAL EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

Quanto visto pela ótica dos direitos da personalidade, o acesso à justiça tem sua dimensão expandida, pois deixa de ser o simples poder de acessar o poder judiciário (direito de petição), ou acessá-lo e dele obter uma rápida resposta, para ser a complexa prestação estatal voltada a garantia, e que demanda, além da já mencionada presteza, democratização (no sentido de universalidade de acesso), qualidade (no sentido técnico do termo), e a disponibilização de instrumentos para seu exercício amplo, de modo a repercutir também nas outras esferas da vida do ser humano e na dinâmica da sociedade.

No que se refere a tutela, de sorte, assim afirma Cantali⁷:

[...] a violação a qualquer dos direitos da personalidade não pode ser o objeto exclusivo da tutela jurídica negativa dispensada, eis que esta deve se dar primordialmente no exercício cotidiano desses direitos, permitindo a realização dos interesses existenciais e o livre exercício da vida de relações [...].

O problema desse acesso genuinamente efetivo à justiça, qualificado, não depende tão só das normas de direito processual e do bom aparato jurisdicional, reclamando que as normas materiais cuidem dos direitos que quer que sejam tutelados e que exista uma consciência de não transgressão, ou seja, a violação da norma não pode ser a regra do sistema, como parece ser o fenômeno atualmente experimentado nas criações humanas difundidas pelo meio digital.

Por tal motivo, que a convencional tentativa de solução da crise de legitimidade por meio de filtros recursais e mecanismos que impeçam o andamento de demandas judiciais, ou seja, por sistemas de redução numérica, é paliativa, e não solução para o problema, pois prestam apenas para tratar os sintomas da enfermidade e não ela em si. Mas, registre-se, isso não significa dizer que não são importantes, pois, assim como um paciente necessita de analgésicos para tratar a dor, que em geral é apenas consequência da doença, somente com eles dificilmente terá a cura; o Poder Judiciário, apenas com filtros recursais, não porá termo ao problema do acesso à justiça, não obstante isso possa permitir aos operadores do direito melhor visualização das causas dessa crise, e a propositura de novas soluções ao problema.

⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 155.

Essa aparente digressão, será útil para o estudo, no último item desse trabalho, que discorrerá sobre a tutela do direito autoral na era digital, ocasião na qual se abordará, entre outros temas, a necessidade da tutela de urgência.

Mas desde já, alerta-se o leitor, que, em se tratando de direitos autorais, que compreendemos como direitos da personalidade, é imprescindível a concepção do acesso à justiça em sentido *lato*, também como uma garantia de concretização do direito da personalidade, voltando à proteção (preventiva e repressiva) dos demais direitos.

2 DO DIREITO AUTORAL

2.1 *LOCUS*

O direito autoral pode ser compreendido como uma espécie do gênero propriedade intelectual, que protege tudo aquilo que puder ser considerado como arte ou técnica⁸. Dentro desse gênero, também está compreendida a propriedade industrial, a qual não será aqui estudada.

Manuella Santos assim leciona⁹:

Depreende-se, pois, que a propriedade intelectual cuida das criações do ser humano em todas as suas formas e compreende dois ramos: o direito industrial e o direito autoral.

O direito industrial cuida dos bens industriais, ou seja, marcas, patentes e modelos de utilidade, e é o objeto de estudo do direito comercial ou empresarial. [...]

O direito autoral abrange os direitos de autor, os direitos conexos e os programas de computador (*software*), sendo estudado pelo direito civil [...].

O objeto dos direitos autorais é a obra do espírito, isto é, o vínculo existente entre a obra e o autor, que, nessa perspectiva é extrapatrimonial, e surge com o ato criacional, não dependendo, pois de registro, que se for efetuado tem como efeito principal apenas uma declaração de algo que já existe¹⁰, como, aliás, prevê o art. 18 da Lei nº 9.610/1998.

Calha transcrever os comentários de Jaury Nepomuceno de Oliveira e João Willington¹¹:

Reafirma-se, explicitamente, o princípio geral vigente na Convenção de Berna. Basta ao autor a mera publicação justapondo seu nome ao título para ser identificada a autoria. É explicitamente recomendada pela convenção de Berna a isenção das formalidades na constituição do direito de autor.

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 258.

⁹ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

¹⁰ MORATO, Antonio Carlos. *Direito do autor em obra coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.45.

¹¹ OLIVEIRA, Jaury Nepomuceno de; WILLINGTON, João. *Anotações à Lei do Direito Autoral: lei nº 9.610/98*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 49-50.

Assim, o direito autoral deve ser entendido como espécie do gênero propriedade intelectual.

2.2 BREVE HISTÓRICO

O nascimento do direito autoral passa por diversas fases, a seguir sintetizaremos cada uma delas.

2.2.1 Na pré-história

No período compreendido entre o aparecimento do homem na terra e o advento da escrita, por volta do ano 4000 a.C., por evidente, não se falava em direito autoral, todavia se evidenciava a atividade criativa do ser humano, com a produção de diversas obras de arte, com inestimável valor cultural.

Essa magnífica produção artística e até mesmo o início do uso dos recursos naturais, com a modificação do meio ambiente, sobretudo no período Neolítico e na Idade dos Metais, mais a frente na história da humanidade, com o surgimento (ou para alguns aperfeiçoamento) do conceito de propriedade, conduzirão ao que será chamado propriedade intelectual.

2.1.2 Idade Antiga

A Idade Antiga se inicia no fim da Idade dos Metais, com o aparecimento da grafia, e se estende até a queda do Império Romano do Ocidente.

Nessa idade a sociedade humana sofreu evolução em passos largos, várias foram as invenções, até hoje mencionadas e estudadas, que manifestavam o espírito criador do ser humano. Com efeito, Manuella Santos escreve¹²:

Em 3000 a.C. os escritos cuneiformes dos sumérios deram início ao registro da História no Oriente Médio; em 1750 a.C. Hamurábi unificou a região mesopotâmica, estabeleceu o Império Babilônico e criou o Código de Hamurábi; em 338 a.C. Filipe II da Macedônia derrotou os gregos e anexou a Grécia ao Império Macedônico; seu filho Alexandre, o Grande, por volta de 330 a.C. conquistou povos em várias regiões, dando início ao maior império já visto pela humanidade. Educado por Aristóteles, Alexandre foi o principal responsável pela difusão da cultura grega aos povos conquistados, entre eles o povo egípcio, que era muito evoluído nas artes e na arquitetura, ocasionando a fusão da rica produção artística dos dois povos.”

¹² SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.16.

Em Roma, em razão da *actio injuriarum* se pode vislumbrar, não um direito autoral, como mais a frente definiremos, mas, ao menos um “direito moral”, que a par de boa sistematização era admitido para tutela dos interesses da personalidade¹³, e a presença da *dike kakegorias* na Grécia¹⁴, instituto semelhante à *actio injuriarum*.

Aliás, o direito de ação evoluiu da *actio* romana, que o compreendia como extensão do próprio direito, ao direito de agir como direito abstrato, sendo que nesse percurso as teorias de Windscheid e Muther possibilitaram a Degenkolb, Plósz, Wach e Chiovenda¹⁵, a abstração do direito de ação do direito material.

2.1.3 Idade Média

A Idade Média se inicia em 476 d.C., com a queda do Império Romano do Ocidente, e termina com a tomada de Constantinopla em 1453.

Sobre referido período, interessantes são as considerações de Manuella Santos¹⁶:

Durante o Renascimento, a Idade Média foi considerada o tempo do primitivismo, do atraso e do empobrecimento da cultura europeia, a ponto de os ingleses terem lhe dado a expressão que se tornou famosa para designar o período: *Dark ages* ou Idade das Trevas. A pergunta que se faz é: é aceitável a ideia de que durante todo esse período o mundo ficou coberto por um manto de trevas culturais? Os historiadores vêm entendendo que não, e isso se deve principalmente ao fato de que a Idade Média é uma periodização que está circunscrita ao continente europeu e não a toda humanidade.

Mas, até mesmo no direito, o domínio do cristianismo na Idade Medieval, trouxe importantes obras, desqualificando parcialmente a designação inglesa de Idade das Trevas, isso porque o embrião dos direitos da personalidade, apesar de algumas divergências, foi lançado com o jusnaturalismo, cuja base foi a literatura de Santo Agostinho, e mais tarde a de São Tomás de Aquino: o homem é criado a imagem e semelhança de Deus, sua dignidade é qualidade diferenciada do mundo humano dada por Deus¹⁷, logo é ele portador de direitos naturais que lhe são inatos a tal qualidade, entre eles os da personalidade.

¹³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 12.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. v. 1, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.116.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 175-180.

¹⁶ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.21.

¹⁷ Cf. ZENNI, Alessandro Severiano Vallér. *A crise do direito na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 16-17.

Inexoravelmente, apesar dos atrasos em muitas áreas, há relevante contribuição dessa época para a criação da doutrina dos direitos da personalidade, que, posteriormente, aperfeiçoada serviu como alicerce para o afloramento do direito autoral.

2.1.3 Idade Moderna

Da tomada de Constantinopla pelos turcos até a queda da Bastilha em 1789, o continente europeu inaugurou novos tempos, que se estenderam por boa parte do mundo, novos mundos foram descobertos, desbravados, e até mesmo se tornaram independentes, revoluções no campo das ideias e das artes e, principalmente, do trabalho se operaram.

Um ano após a tomada de Constantinopla, isto é, em 1454 a impressão com tipos móveis de metal, foi criada por J. G. zum Gutenberg, possibilitando o que até então era feito exclusivamente por copistas em escala infinitamente menor: a reprodução de uma mensagem; a partir de Gutenberg, de acordo com as lições de Silvana Gontijo, tornou-se possível a difusão ilimitada e fiel da mesma ideia, mensagem¹⁸.

É claro que demorou algum tempo entre a invenção de Gutenberg e a produção em série de obras se iniciar, isso pela própria necessidade de se modificar a forma com que as coisas eram vistas, sendo que existiu por parte de alguns resistência (temporária) à adoção da reprodução tipográfica, além dos custos iniciais serem elevados e dependerem da melhoria do preço dos insumos.

As clássicas lições de Carlos Alberto Bittar¹⁹ são claras, pois demonstram que os antigos problemas envolvendo direitos autorais surgiram de sobremaneira nessa época, sendo também nesse período histórico que o primeiro diploma reconhecendo um direito de autor foi outorgado:

Com a descoberta da imprensa, nasceram privilégios concebidos aos editores, pelos monarcas, para exploração econômica da obra, por determinado tempo. Consistiam em monopólios de utilização econômica da obra, conferidos por 10 anos. A insuficiência do sistema e a necessidade de assegurar-se remuneração aos autores fizeram com que aparecesse o primeiro texto em que se reconhecia um direito, em 10.4.1710, por ato da Rainha Ana, da Inglaterra (*Copyright Act*) para incremento da cultura.

E continua o autor, explicando que norma na Constituição dos EUA, de 1783, precedida de regras estaduais, também hastearam o direito autoral.

¹⁸ GONTIJO, Silvana. *O livro de ouro da comunicação*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004. p. 167-168.

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 12.

Contudo, como melhor explicaremos em linhas a frente, essa concepção externada nas mencionadas leis de *Copyright* não vieram para tutelar direitos autorais, mas em verdade tutelar interesses econômicos dos editores (impressor), e de certa forma dos distribuidores, novos integrantes da cadeia do livro, que, de acordo com Manuella Santos²⁰ foi aliado ao lucro por parte dessas pessoas (impressor e livreiro), a grande mudança.

2.1.4 Idade Contemporânea

A partir da queda da Bastilha até os dias presentes, a Idade Contemporânea é, sem dúvida, o período em que as transformações têm ocorrido com maior velocidade, e sobre as quais não é possível formular considerações isentas de paixão, já que, nela todos nós estamos inseridos.

Nesse período o mundo enfrentou duas grandes guerras (1914 e 1945), uma guerra fria, alguns genocídios, a inauguração de uma nova ordem econômica mundial, cujo estágio atual é liberal capitalista, e um sem número de transformações se operaram e continuam a ocorrer no campo de todas as ciências.

Sobre a Idade Contemporânea, mormente quanto a primeira fase da revolução industrial, Manuella Santos²¹ destaca:

É também nessa época que se desenrola a Revolução Industrial, tema especialmente significativo para nós, que presenciamos as rápidas e profundas transformações tecnológicas provocadas pela informática, pela robótica, pelas telecomunicações e pela biotecnologia. A industrialização da segunda metade do século XVIII iniciou-se com a mecanização do setor têxtil, destacando-se a máquina de fiar, o tear hidráulico, e mais tarde o tear mecânico. Todos esses inventos ganharam maior capacidade ao serem acoplados à máquina a vapor, inventada por Thomas Newcomen e aperfeiçoada por James Watt. Após o setor têxtil, a mecanização chegou ao setor metalúrgico, aos transportes, e finalmente, à imprensa e produções literárias em geral. Com o uso do vapor, a impressão de jornais, revistas e livros ganhou impulso, desenvolvendo as comunicações e promovendo a difusão cultural, que, por sua vez, gerou o surgimento de novas técnicas e invenções.

Nas fases subsequentes da revolução industrial e no atual momento da pós-modernidade, muitos outros avanços ocorreram, e, no que se refere ao direito autoral não é diferente, novos meios da difusão das criações do espírito humano surgiram e se expandiram, não mais se limitando ao meio estritamente físico, isto é, o papel: radiodifusão, televisão, internet, fotografia digital, etc, são exemplos facilmente captáveis.

²⁰ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.27.

²¹ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.38-39.

No campo do direito, aliada ao desenvolvimento de teorias sobre todo o sistema, como o positivismo de Hans Kelsen, leis esparsas surgem no direito autoral, a título de exemplo citamos: a) edição do *Federal Copyright Act* nos Estados Unidos em 31.05.1790; b) leis francesas de 1791 e 1793; c) em 1794 o Código de Direito Territorial Prussiano; e, d) em 1886 a famosa convenção de Berna da Suíça.

No caso específico do Brasil, de acordo com a classificação adotada por Antônio Chaves citado por Manuella Santos²², a história do direito autoral pode ser dividida em três fases: a) De 1827 a 1916: primeiro diploma legal a fazer referência ao direito de autor no Brasil; b) De 1916 a 1973: publicação do Código Civil de 1916; c) De 1973 em diante: publicação da revogada lei de Direitos autorais em 1973.

Todavia, Manoella Santos²³ divide o estudo do direito autoral em cinco etapas:

a) Primeiros diplomas legais até a Constituição Federal de 1891: i) Com a lei que criou os cursos de direito no Brasil em 11.8.1827 adveio a primeira previsão de proteção dos direitos autorais, já que o art. 7º do referido diploma legal previa o privilégio exclusivo da obra por 10 anos aos autores que escrevessem compêndios aprovados pelo Governo; ii) O Código Criminal do Império em 1830 no art. 261²⁴, previu crime de prisão para quem praticasse as condutas lá descritas violadoras do aspecto moral do autor, e nos arts. 342 a 345 dispôs sobre o respeito à propriedade literária e científica;

b) Tratamento constitucional: i) a Constituição de 1824 não fazia menção ao direito de autor, apenas a parte do direito de propriedade industrial, referente aos seus inventores; ii) a Constituição da República de 1891, conferiu tratamento específico no art. 72, §26²⁵, conferindo proteção formal aos autores no que se refere a reprodução das obras literárias e artísticas; iii) a Constituição de 1934, no nº 20 do art. 113²⁶, que acrescentou a

²² SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 43-44.

²³ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 44-71.

²⁴ Art. 261. Imprimir, gravar, lithographar, ou introduzir quaesquer escriptos, ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos, ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem, e dez annos depois da sua morte, se deixarem herdeiros.

Penas - de perda de todos os exemplares para o autor, ou traductor, ou seus herdeiros; ou na falta delles, do seu valor, e outro tanto, e de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplares.

Se os escriptos, ou estampas pertencerem a Corporações, a prohibição de imprimir, gravar, lithographar, ou introduzir, durará sómente por espaço de dez annos.

²⁵ Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. [...]

²⁶ Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 20) Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar.[...]

normatização anterior a proteção também as obras científicas; iv) a Constituição de 1937 não dispôs sobre direitos autorais; v) a Constituição de 1946 dispôs no art. 141, §19²⁷ praticamente reproduziu o texto da constituição de 1934 suprimido pela Constituição do Estado Novo; vi) a Constituição de 1967 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, tratou dos direitos autorais no art. 153, §25²⁸, substituindo o termo “reproduzir” por “utilizar”, mais abrangente, e, em tese, mais protetivo; vii) a Constituição de 1988, no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII²⁹, com redação muito mais abrangente passou a prever o direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução aos autores, além de outras da proteção específica da imagem e voz em obras coletivas e o direito de fiscalização do aproveitamento econômico.

c) Legislação infraconstitucional: i) apesar da proteção conferida pela Lei de 11 de agosto de 1827, o primeiro diploma específico sobre direito autoral foi a Lei nº 496 de 1º de agosto de 1898³⁰ que tutelou as obras de autores nacionais ou residentes no país; ii) Lei nº 2.577 de 17 de janeiro de 1912³¹, que ampliou o âmbito de proteção para incluir expressamente as obras editadas em países estrangeiros; iii) Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), que revogou a Lei nº 496/1828 e regulamentou os direitos autorais nos arts. 649 a 673; iv) Lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973, que derogou completamente os arts. 649 a 673 do Código Civil de 1916 e passou a regulamentar por inteiro os direitos autorais, com muita semelhança normativa à Convenção de Berna; v) Decreto nº 75.699 de 6 de maio de 1975 que ratificou a Convenção de Berna no Brasil, e Decreto nº 76.905 de 24 de Dezembro do mesmo ano que ratificou a revisão de Paris da

²⁷ Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]§ 19 - Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

²⁸ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]§ 25. Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar. [...]

²⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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; [...]

³⁰ Art. 1º Os direitos de autor de qualquer obra litteraria, scientifica ou artistica consistem na faculdade, que só elle tem, de reproduzir ou autorizar a reproducção do seu trabalho pela publicação, traducção, representação, execução ou de qualquer outro modo. A lei garante estes direitos aos nacionaes e aos estrangeiros residentes no Brazil, nos termos do art. 72 da Constituição, si os autores preencherem as condições do art. 13.

³¹ Art. 1º Todas as disposições da lei n. 496, de 1 de agosto de 1898, salvo as do seu art. 13, são igualmente applicaveis ás obras scientificas, litterarias e artisticas, editadas em paizes estrangeiros, qualquer que seja a nacionalidade de seus autores, desde que elles pertençam a nações que tenham adherido ás convenções internacionaes sobre a materia, ou tenham assignado tratados com o Brazil, assegurando a reciprocidade do tratamento ás obras brasileiras.

Convenção Universal sobre Direitos de Autor ocorrida em 1971; vi) Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 (atual lei de direitos autorais) cuja ementa é: “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”, conferindo ampla proteção aos direitos autorais, em sintonia com as Convenções de Berna e de Roma, com notória tentativa de abranger também as novas formas de manifestação dos direitos autorais, inclusive o meio digital (Art. 7º³²); vii) Lei nº 10.695 de 1º de Julho de 2003 que alterou a redação do caput do art. 184, do Código Penal, bem como dos §§1º a 3º e incluiu o §4º³³, no mesmo dispositivo, com o fim de tipificar também a violação por via digital; e, viii) Lei nº 10.753 de 31 de outubro de 2003, que institui a Política Nacional do Livro.

d) Tratados internacionais: i) Decreto nº 9.190 de 1911 que promulgou a convenção concluída no Rio de Janeiro em 23 de agosto de 1906; ii) Decreto nº 11.588/1915 que promulgou as convenções assinadas pelos delegados na IV Conferência Internacional Americana ocorrida em Buenos Aires nos meses de julho e agosto de 1910; iii) Decreto nº 23.270/1933 promulgou a Convenção de Berna com a revisão de Roma de 2 de Julho de 1928; iv) Decreto nº 26.675/1949 que promulgou a Convenção Interamericana sobre direitos do autor em obras literárias, científicas e artísticas, firmada em Washington em 22 de junho de 1946; v) Decreto nº 34.954/1954 que publicou a Convenção de Berna, com a revisão de Bruxelas de 26 de Junho de 1948; vi) Decreto nº 57.125/1965, que promulga a Convenção Internacional para Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão; vii) Decreto nº 75.541/1975 que promulga a Convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual; viii) Decreto nº 75.699, promulgou a Convenção de Berna, revista em Paris em 1971; ix) Decreto nº 75.906/1975, que promulgou a Convenção sobre Produção de Protetores de Fonogramas com

³² Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos. [...] Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...].

³³ Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. § 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

a sua reprodução não autorizada; x) Decreto nº 1.355/1994, que promulga a ata final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de negociações do GATT.

e) Projetos de lei em tramitação: a consulta ao sítio da Câmara dos Deputados³⁴, retornou quase 300 projetos de lei sobre direito autoral, e a consulta ao sítio do Senado³⁵, apresentou 30 projetos, alguns, inclusive tratando sobre o tema direitos autorais na internet.

Do histórico apresentado já se pode extrair duas conclusões; a primeira: de que, de uma forma geral todas as fases da história da humanidade contribuíram para formação do direito autoral, sendo, contudo, nas Idades Moderna e Contemporânea que se concentram as maiores inovações nesse campo, não obstante, pelo que será adotado a seguir, enquanto conceito e natureza jurídica do direito de autor evidencie a importância da Idade Média, com o desenvolvimento inicial da teoria dos direitos da personalidade; a segunda: a polêmica do tema direitos autorais na era digital, que necessariamente trata do sistema de cópias compreendidas como ilegais e da “pirataria”, não existe por carência legal, seja pelas diversas convenções do qual o Brasil é signatário, da própria proteção genericamente abrangente da Constituição Federal, e das últimas alterações surgidas na legislação infraconstitucional, ocorridas quando a internet já estava em avançado estado de difusão, e das centenas de projetos de lei sobre direitos autorais em geral.

2.3 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Os conceitos de direito autoral (ciente de que não adotamos aqui diferenciação entre tal designação e direito de autor) poderiam ser reproduzidos a dezenas, todavia, os seguir expostos já será suficiente para o escopo deste estudo e a adequada compreensão.

Carlos Alberto Bittar³⁶ assim define:

Em breve noção, pode-se assentar que o Direito de Autor ou Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e utilização econômica de obras intelectuais, estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências.

Antônio Chaves³⁷ conceitua o direito de autor:

³⁴ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de lei e outras proposições. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/default.asp>>. Acesso em 10 ago. 2012.

³⁵ BRASIL. SENADO FEDERAL. Portal atividade legislativa projetos e matérias. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/>>. Acesso em 10 ago. 2012.

³⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 8.

³⁷ FRANÇA, R. Limongi (Coord.). CHAVES, Antonio. Direito de autor. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 26, p.107.

Podemos defini-lo como o conjunto de prerrogativas de ordem não patrimonial e de ordem pecuniária que a lei reconhece a todo criador de obras literárias, artísticas e científicas, de alguma originalidade, no que diz respeito à sua paternidade e ao seu ulterior aproveitamento por qualquer meio, durante toda sua vida, e aos sucessores, ou pelo prazo que ela fixar.

Eduardo Salles Pimenta e Eduardo Salles Pimenta Filho³⁸ assim lecionam:

Portanto podemos definir o conceito de direitos autorais como o conjunto de prerrogativas jurídicas atribuídas, com exclusividade, aos criadores e titulares de direitos sobre obras intelectuais (literárias, científicas e artísticas) de gerar e opor a todo atentado contra essas prerrogativas exclusivas, como também aos que lhe são difusos e conexos (intérprete ou executante, produtores fonográficos e empresa de radiodifusão) aos direitos do autor, aos quais, para efeitos legais, aplicar-se-ão as normas relativas ao direito de autor.

A questão envolvendo a natureza jurídica do direito autoral é um pouco mais complexa, sendo que existem, ao menos, nove correntes doutrinárias distintas a esse respeito³⁹:

a) Manzini e De Boor – O direito de autor é um direito da coletividade: para eles o pensamento é uma propriedade social, que pertence ao povo, como representação e expressão da cultura nacional.

b) Köhler, Escarra, Dabin e Jossierand – O direito de autor é um direito real de propriedade. Trabalham tais doutrinadores com a ideia que há uma nova dimensão do direito de propriedade, para além da propriedade enquanto posse, afirmando a existência da propriedade como criação.

c) Bertand e Tobias Barreto (no Brasil) – O direito de autor é emanção do direito de personalidade. Com base nas teorias de Kant e Otto Von Gierke, a obra, tutelada pelo direito de autor, é um prolongamento de sua personalidade, de modo que se justifica, por exemplo, a limitação de direitos dos credores.

d) Códigos Civis da Colômbia e do Chile – O direito de autor é direito real de propriedade. Afirma que o direito de autor, enquanto coisa incorpórea tem natureza de propriedade.

e) Picard, Escarra, Rault, Mouchet e Hepp – O direito de autor é um direito *sui generis*. Esse direito está inserido num novo grupo de direitos, que se denomina direitos

³⁸ PIMENTA, Eduardo Salles; PIMENTA FILHO, Eduardo Salles (Org.) A limitação dos direitos autorais e a sua função social. *Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 73.

³⁹ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.74-80.

intelectuais, o qual não é comportado pela classificação tripartida clássica de origem romana (direitos pessoais, reais e obrigações).

f) Roubier – O direito de autor é um direito de clientela. Tendo como objetivo o proveito econômico, esse direito se insere no fundo de comércio.

g) Lei Italiana – O direito de autor é um direito pessoal e patrimonial (dúplice caráter real). O direito pessoal é o direito moral, consistente na proteção da obra e da personalidade do autor nela prolongada, bem como direito patrimonial, ante o valor econômico e a negociabilidade.

h) Edmundo Pizarro D'Ávila – O direito de autor é direito pessoal de crédito. Trata-se de direito pessoal alienável com dois atributos: i) direito moral ou de merecimento; e, ii) direito socioeconômico.

i) Planiol e Ripert – O direito de autor é um direito de aproveitamento. Por ser construído a partir de ideias, as quais não podem ser objeto de apropriação, o autor, ao publicar seu pensamento o socializa, fazendo com que ele passe a pertencer a todos.

Em apertada síntese, essas são as correntes mais expressivas sobre a natureza jurídica do direito de autor, entre elas a que tem maior aceitação no Brasil, sendo inclusive defendida por tradicionais autores Silvio Rodrigues e Goffredo Telles Júnior, e autores mais modernos, como Manuella Santos, é a que o considera como direito da personalidade, nesse sentido:

Sendo expressão de um pensamento, a obra intelectual, assim exteriorizada, é manifestação própria de quem teve o pensamento, o revelou. É obra do manifestante. E, por ser obra própria, ela é propriedade do autor. As esse tipo de propriedade nada deve ao Direito. Ela é qualidade, uma certa maneira de ser, manifestada na obra produzida. É uma propriedade que não poder adquirida e alienada, não poder objeto de normas jurídicas. A obra intelectual é propriedade do autor como o bater de asas e o voo são propriedades do pássaro⁴⁰.

A nosso ver, o direito autoral situa-se no âmbito dos direitos da personalidade, que pode inclusive abranger direitos de ordem patrimonial. Trata-se de direito da personalidade que abrange aspectos morais e patrimoniais do direito do autor. [...] Assim, o autor é titular de direitos morais, como a paternidade da obra, a integridade, o direito de conservar a obra inédita, o direito de arrependimento ou direito de retrato [...] ⁴¹.

Filiamo-nos a essa perspectiva, do direito de autor como direito da personalidade, remetendo o leitor às linhas lançadas no primeiro item desse trabalho acerca da compreensão dos direito da personalidade.

⁴⁰ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 300.

⁴¹ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.80, 83.

Entretanto, necessário registrar, que os direitos da personalidade, sobretudo na pós-modernidade, tem passado por constante transformação e transmutação, os tradicionais atributos, tais quais como defendidos por Adriano de Cupis⁴² (intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, entre outros), são objeto de constante relativização, e entendemos, cômicos da respeitável teoria defendida por aqueles que afirmam se trata de relativização apenas do exercício e não do direito, que a própria atual e gradual reestruturação do sistema jurídico, a partir de releituras filosóficas como a do *Homo Sacer* de Giorgio Agamben⁴³, reclama uma nova visão sobre o ordenamento enquanto todo, incluindo os direitos da personalidade.

Por tal razão, compreendemos que não é caso de se criar novas teorias ou conceituações *sui generis* ou mistas para enquadramento desses direitos, senão incluí-los dentro dessa nova perspectiva de direitos da personalidade.

2.4 O OBJETO DA TUTELA

Apesar das divergências na doutrina, sobretudo na estrangeira, o consenso no Brasil sobre a natureza jurídica do direito de autor, como direito de personalidade, pode levar a errônea pré-concepção de que a tutela jurídica sempre teve o escopo de proteger o autor, que em sua obra prolonga a si.

O direito de autor surge inicialmente para tutelar e proteger as relações jurídicas comerciais dos editores e não dos autores, no contexto do poder de controlar e censurar ideias.

Com o surgimento da imprensa, inicialmente foram concedidos privilégios heterogêneos pelos monarcas (com base em razões de ordem política), sobretudo na Inglaterra e França, para que os impressores pudessem controlar e ter a exclusividade sobre a veiculação de obras, não existindo proteção ao autor, tanto que as primeiras regulamentações (*Copyright* e *droit d'auteur*, respectivamente) lá surgiram. Já nessa época, consequência do monopólio, foi o surgimento da pirataria, que paralelamente oferecia obras a preços mais acessíveis, o que causou ou já conhecido fenômeno de endurecimento das leis, com diplomas legais mais rígidos como o editado na Itália em 1603 e o na Inglaterra em 1662, os quais ignoravam o autor, e tinham como objeto a proteção do livreiro e dos interesses do governo.

Algum tempo de depois, a tendência foi de afrouxar o controle estatal e reconhecer direitos aos autores, como ocorreu com o famoso *Copyright Act* também conhecido como

⁴² Cf. CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004. p. 51-65

⁴³ GIORGIO, Agamben. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

Statute of Anne de 14 de abril de 1710, que foi o primeiro diploma legal a conferir importância ao autor, estabelecendo a necessidade de um contrato de cessão para se publicar, reproduzir e distribuir as obras, sendo que nos anos seguintes diplomas em diversos outros países passaram a conferir importância e reconhecimento (também do ponto de vista econômico aos autores), como na França em 1777, Espanha em 1778, Estados Unidos em 1787 e 1783⁴⁴.

No Brasil, basta uma breve leitura na Lei nº 9.610 de 19 de Fevereiro de 1998 (Lei de Direitos Autorais), para se constatar, principalmente por força dos arts. 11, 22, 23, 24 *et seq*, que são tutelados, em especial os direitos do autor, criador da obra protegida.

3 DIREITO AUTORAL NA ERA DIGITAL

3.1 A ERA DIGITAL: O TEMPO DOS BITS

No computador o que diferencia um arquivo de áudio, de outro de texto, de um vídeo ou uma imagem são a quantidade e a ordenação de ‘1’ e ‘0’ processadas pelo *hardware*⁴⁵ e lidas e exibidas ou reproduzidas pelo *software*⁴⁶ e nada mais, sendo o armazenamento e a transmissão idênticos, são dados armazenados por meio de dígitos um ou zero, por isso *digital*.

Nesse sentido, Manuella Santos, citando Negroponte e Siqueira⁴⁷, ensina:

Nicholas Negroponte esclarece que um *bit* não tem cor, tamanho ou peso, é capaz de viajar à velocidade da luz. É o menor elemento atômico no DNA da informação. Por razões práticas, considera-se que um *bit* é 1 ou 0. Por isso se diz que o sistema digital é binário, pois se expressa em dois dígitos, o zero e o um.

Ethevaldo Siqueira acrescenta que *bit* é a menor unidade de informação que um computador pode processar, formada por apenas dois dígitos. Resulta da contração *binary digit*, ou seja, dígito binário. Embora possa parecer estranho, tudo que circula na Internet ou pelas redes de telecomunicações ou ainda pelos computadores em todo mundo se reduz a combinações intermináveis de zeros e uns. Exemplo: o número 73 é representado no sistema binário da seguinte maneira: 1001001.

⁴⁴ Cf. SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.29-37.

⁴⁵ O *hardware* pode ser compreendido como a unidade central de processamento do computador, sua memória e seus dispositivos de entrada e saída. É a parte física.

⁴⁶ O Prof. Dr. Jorge H. C. Fernandes define *software* como “[...] uma sentença escrita em uma linguagem computável, para a qual existe uma máquina (computável) capaz de interpretá-la. A sentença (o software) é composta por uma seqüência de instruções (comandos) e declarações de dados, armazenável em meio digital. Ao interpretar o software, a máquina computável é direcionada à realização de tarefas especificamente planejadas, para as quais o software foi projetado.” (FERNANDES, Jorge H. C. *O que é um Programa (Software)?*. UNB. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/~jhcf/MyBooks/iess/Software/oqueehsoftware.html>>. Acesso em 19 ago. 2012.

⁴⁷ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.95.

O fenômeno dos *bits* passa a ser relevante para o estudo em tela com a criação e expansão da internet que possibilitou a imediata difusão de conteúdos, entre eles os tutelados por direito autoral, sem a necessidade pagamento de licenças (embora na maioria das vezes isso seja ilegal) e com difícil controle e rastreamento.

A internet pode ser definida como: “a interligação de milhares de dispositivos do mundo inteiro, interconectados mediante protocolos (IP, abreviação de *Internet Protocol*). Essa interligação é possível porque utiliza o mesmo padrão de dados [...]”⁴⁸.

Na concepção mais próxima a atual, a internet tem como precursora, a *Arpanet* e, 1969, surgida nos Estados Unidos, com fins eminentemente militares, no auge da Guerra Fria na Universidade da Califórnia, interligando os *campi* de Los Angeles e Santa Bárbara, além da Universidade de Utah e o Stanford Institute, sendo utilizada também para o tráfego de informações não militares entre os pesquisadores acadêmicos, o que ocasionou sua cisão em 1983 na *Arpanet* e *Milnet*, esta última somente para fins militares. Com a expansão e o desenvolvimento do famoso protocolo de transmissão de dados TCP-IP em 1978, surgiram nessa década mais duas redes a *Csnet* e *Bitnet*, e utilizavam parte da estrutura da *Arpanet*, e que acabou por gerar a *Arpa-Internet*. Em 1990 a *Arpanet*, tecnicamente obsoleta foi substituída pela *Nsfnet*, vinculada e administrada pela *National Science Foundation*, que passou a utilizar o sistema WWW (*World Wide Web*), desenvolvido no mesmo ano, que em razão do seu crescimento, sobretudo no mercado corporativo, levou a privatização e definitiva globalização⁴⁹.

No Brasil, de acordo com recentes indicadores do cetec.BR⁵⁰ para janeiro de 2012, 45% dos domicílios brasileiros possuem computador⁵¹, 38% dos domicílios tem acesso à internet⁵², 53% da população já acessou a internet ao menos uma vez na vida⁵³, sendo que desse percentual, ao menos 66% faz uso diário da internet e 25% ao menos uma vez na semana⁵⁴, e, de acordo com dados do IBOPE/*NetRatings* no mês de Junho de 2012, 41,4

⁴⁸ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.17.

⁴⁹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 83-88.

⁵⁰ Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação (CETIC.br) é o departamento do NIC.br responsável pela coordenação e publicação de pesquisas sobre a disponibilidade e uso da Internet no Brasil. Esses estudos são referência para a elaboração de políticas públicas que garantam o acesso da população às Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs), assim como para monitorar e avaliar o impacto socioeconômico das TICs.

⁵¹ CETIC.BR Núcleo de informação e coordenação do ponto BR. Disponível em: <<http://www.cetic.br/usuarios/tic/2011-total-brasil/rel-geral-01.htm>>. Acesso em 23 ago. 2012.

⁵² CETIC.BR Núcleo de informação e coordenação do ponto BR. Disponível em: <<http://www.cetic.br/usuarios/tic/2011-total-brasil/rel-geral-04.htm>>. Acesso em 23 ago. 2012.

⁵³ CETIC.BR Núcleo de informação e coordenação do ponto BR. Disponível em: <<http://www.cetic.br/usuarios/tic/2011-total-brasil/rel-int-01.htm>>. Acesso em 23 ago. 2012.

⁵⁴ CETIC.BR Núcleo de informação e coordenação do ponto BR. Disponível em: <<http://www.cetic.br/usuarios/tic/2011-total-brasil/rel-int-03.htm>>. Acesso em 23 ago. 2012.

milhões de pessoas navegaram na internet por meio de computadores no domicílio⁵⁵, gastando na rede o tempo médio de 41,4 horas, quanto às empresas, ao menos 99% usaram computadores nos últimos 12 meses⁵⁶, e ao menos 98% utilizaram a internet no mesmo período⁵⁷.

Do resumido histórico e das recentes estatísticas acima colacionadas, se verifica a flagrante presença da internet no cotidiano de boa parte da população, e, se comparadas tais estatísticas com a de anos anteriores, fica evidente a franca expansão da internet, e consequentemente a sua larga utilização para difusão da informação.

Redes sociais, como *Facebook* e *Orkut*, redes de negócios como o *LinkedIn* e o *Fairplace*, sites de notícias, *feeds* de informações, sites de compartilhamento de arquivos, e redes ponto a ponto, são cada vez mais populares e possibilitam a troca de todo tipo de informação, inclusive as protegidas pelo direito autoral, o qual, ao menos a partir da visão tradicional é a todo tempo violado.

3.2 O DESAFIO DA EFETIVA TUTELA: UMA NOVA VISÃO SOBRE O PROBLEMA

E é nesse ponto que a discussão deve se estreitar, não nos ocuparemos das já conhecidas violações dos direitos autorais pelas tradicionais vias, numa tentativa de propor um novo enfoque na busca de soluções para os problemas que a digitalização das informações reclama.

Há quem defenda⁵⁸ a obsolescência da legislação pátria, e aí a solução é a já conhecida criação de leis, como se isso fosse resolver o problema. De um modo geral, existe um consenso midiático no enrijecimento da legislação, como, aliás, foi feito pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003, que alterou o art. 184 do Código Penal, solução a qual é usualmente tomada em relação a outras infrações penais, e cujas estatísticas demonstram ser ineficaz.

Aliás, como já ponderamos no item anterior, a primeira reação quando surgiu a pirataria diante do monopólio dos impressores na Europa foi a tentativa de endurecimento do próprio monopólio e da censura, o que não foi eficaz e ocasionou a remodelagem do sistema, passando a proteger primordialmente o autor e não o impressor/ livreiro.

⁵⁵ CETIC.BR Núcleo de informação e coordenação do ponto BR. Disponível em: <<http://www.cetic.br/usuarios/ibope/tab02-01-2012.htm>>. Acesso em 23 ago. 2012.

⁵⁶ CETIC.BR Núcleo de informação e coordenação do ponto BR. Disponível em: <<http://www.cetic.br/empresas/2011/c-geral-01.htm>>. Acesso em 23 ago. 2012.

⁵⁷ CETIC.BR Núcleo de informação e coordenação do ponto BR. Disponível em: <<http://www.cetic.br/empresas/2011/c-int-01.htm>>. Acesso em 23 ago. 2012.

⁵⁸ Cf. Henrique Gandelman (GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2007).

Registre-se, também, que Marcelo Neves⁵⁹, já alertou há algum tempo sobre o destrutivo fenômeno da legislação simbólica, que em linhas gerais consiste na edição de leis para suposta solução de problemas reais, que acaba por apenas ser um símbolo, quase sempre sem efetividade, primoroso estudo que parece estar ainda escondido nas prateleiras de muitos escritores jurídicos e legisladores.

A preocupação com as novas e atuais formas de violação do direito autoral não é de menor importância, pois é ele direito da personalidade, parte de elemento identificador da própria condição humana, entretanto, é necessário que se retome que semelhante fenômeno ocorreu quando da criação e expansão da imprensa por Gutenberg, nesse sentido:

Com Gutenberg, que inventou a impressão gráfica com os tipos móveis (século XV), fixou-se de maneira definitiva a forma escrita, e as ideias e suas diversas expressões puderam finalmente, e aceleradamente, atingir a divulgação em escala industrial. Aí, sim, surge realmente o problema da proteção jurídica do direito autoral, principalmente no que se refere ao direito de reproduzir e de utilizar suas obras. Começa a surgir também uma certa forma de cesura [...]⁶⁰

O problema da pirataria, não envolve hoje a difusão de ideias falsas ou a modificação do conteúdo das obras, mas principalmente a divulgação não autorizada ou não remunerada pelos meios digitais, isto é a disponibilização gratuita por outros usuários de conteúdos multimídia (filmes e músicas, essencialmente), e livros em redes ponto-a-ponto ou servidores específicos, sem que o autor e a editora e/ ou gravadora sejam remunerados por essa distribuição.

É interessante que o direito do autor sempre pertence ao autor, o consumidor do direito autoral, ao adquirir um filme, música ou livro, não compra o direito do autor, mas somente o direito de poder usufruir daquela produção, ou seja, não é porque o sujeito comprou o livro que ele passa a ser coautor do texto e pode editá-lo e redistribuí-lo, ou compositor da música, e assim por diante; ele apenas pode, nos exemplos dados, ler o livro quantas vezes quiser, ouvir a música gravada no CD várias vezes, mas nunca comercializar esse conteúdo com terceiros, a não ser que tenha autorização expressa para isso, ou já esteja o conteúdo sujeito ao domínio público.

Mesmo nesses casos de violação acima exemplificados, o titular do direito continua sendo o autor, e a questão ilegal é a distribuição do conteúdo sem a devida remuneração à aquele que detém o direito autoral.

⁵⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁶⁰ GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 26.

Contudo, a história mostra que o direito autoral sempre acompanhou, passo a passo, a expansão dos meios de comunicação e os avanços tecnológicos⁶¹, e não parece ser o fim do direito autoral.

Em alguns casos as tutelas de urgência podem ser um poderoso instrumento para restringir ou diminuir o dano patrimonial causado, isso porque, pelo meio de cognição sumária, empregando-se técnicas antecipatórias ou assecuratórias rápidas, dada a possibilidade iminente de dano ao direito material envolvido⁶², é possível que se alcance se obste a violação, mesmo antes de sua disponibilização na rede.

Isso sem que se viole o direito da parte contrária, já que é elemento cogente das tutelas de urgência a indissociabilidade do direito material, que exige, seja por sua natureza, seja pelas circunstâncias de sua violação iminente ou presente, a imediata resposta da jurisdição, que, em consequência última garantem o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal). E para tanto, parece ser possível tanto a utilização da tutela antecipada, como da tutela cautelar, esta última baseada, principalmente no poder geral de cautela.

Entretanto, em muitos casos, a disponibilização do conteúdo na rede, torna praticamente impossível a tutela jurídica, pois a informação passa a ocupar um sem número de computadores, e a proibição por meio de uma decisão judicial, passa a ser eficaz apenas em relação a grandes empresas e sites, mas o conteúdo é capaz de se difundir entre os usuários, é um problema de ordem técnica coibir o compartilhamento.

Já surgiram alguns sistemas alternativos para proteção e tutela desses direitos, como as doutrinas do *fair use* e do *copyleft*, e o sistema *creative commons*.

O *fair use*, cuja tradução livre é “uso justo”, tem origem nos Estados Unidos e busca uma conciliação entre os direitos de autor e a coletividade. Para esse sistema existem basicamente dois tipos de uso: o uso justo e o injusto (violador de direito autoral). Basicamente o *fair use* permite o acesso a obras sem a necessidade de adquiri-las, em geral se para fins de ensino e pesquisa.

Nesse sentido:

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

⁶¹ GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2007. p.217

⁶² LAMY, Eduardo Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 37.

naquela sociedade, bem como equilibra os interesses individuais do autor e da coletividade⁶³.

Uma minoria da doutrina afirma que o art. 46 da LDA encampa o *fair use*, contudo esse entendimento não é aceito pelo restante da literatura jurídica, bem como os tribunais, sobretudo o STJ, não a adotaram, ao menos no seu sentido original.

O *copyleft* retoma a ideia de plataformas livres, que permitem aos usuários de conteúdos copiá-los e modificá-los de forma livre, tendo como pressupostos o compartilhamento e a solidariedade. No Brasil esse sistema tem ganhado espaço principalmente nos projetos de *software* livre, adotados por grandes corporações e por parte de algumas estruturas governamentais, de forma bastante positiva⁶⁴, sem que isso implique em uma não remuneração dos criadores, que é feita por vias alternativas, como a prestação de suporte ao *software*, a possibilidade de publicidade. Todavia, é difícil a aplicação desse sistema a outras expressões de direito autoral, como livros, músicas e filmes.

O projeto *Creative Commons*, tem origem na Universidade de Stanford nos Estados Unidos, a partir de estudos de Lawrence Lessing, e é aplicável a todas as áreas, permitindo o licenciamento modulado de áudios, imagens, textos, vídeos e materiais voltados a educação.

O objetivo do *Creative Commons* é disponibilizar opções flexíveis de licenças que garantem proteção e a liberdade para os titulares de direitos, quebrando a ideia do *copyright* que reserva todos os direitos, para modular essa reserva, para apenas alguns direitos.

Transcrevemos, a seguir, as principais licenças do mencionado sistema, de acordo com informações oficiais divulgadas pelo site oficial do projeto no Brasil, gerido pela Faculdade Getúlio Vargas⁶⁵:

Atribuição - Uso Não Comercial - Não a Obras Derivadas (by-nc-nd)

Esta licença é a mais restritiva dentre as nossas seis licenças principais, permitindo redistribuição. Ela é comumente chamada "propaganda grátis" pois permite que outros façam download de suas obras e as compartilhem, contanto que mencionem e façam o link a você, mas sem poder modificar a obra de nenhuma forma, nem utilizá-la para fins comerciais.

Atribuição - Uso Não Comercial - Compartilhamento pela mesma Licença (by-nc-sa)

Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem obras derivadas sobre sua obra com fins não comerciais, contanto que atribuam crédito a você e licenciem as novas criações sob os mesmos parâmetros. Outros podem fazer o download ou redistribuir sua obra da mesma forma que na licença anterior, mas eles também podem traduzir, fazer remixes e elaborar novas histórias com base na sua obra. Toda

⁶³ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.135.

⁶⁴ Cf. *SOFTWARE LIVRE NO GOVERNO DO BRASIL*. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/>>. Acesso em 26 ago. 2012.

⁶⁵ *CREATIVE COMMONS BRASIL*. Disponível em: <http://www.creativecommons.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=26&Itemid=39>. Acesso em 25 ago. 2012.

nova obra feita com base na sua deverá ser licenciada com a mesma licença, de modo que qualquer obra derivada, por natureza, não poderá ser usada para fins comerciais.

Atribuição - Uso Não Comercial (by-nc)

Esta licença permite que outros remixem, adaptem, e criem obras derivadas sobre sua obra sendo vedado o uso com fins comerciais. As novas obras devem conter menção a você nos créditos e também não podem ser usadas com fins comerciais, porém as obras derivadas não precisam ser licenciadas sob os mesmos termos desta licença.

Atribuição - Não a Obras Derivadas (by-nd)

Esta licença permite a redistribuição e o uso para fins comerciais e não comerciais, contanto que a obra seja redistribuída sem modificações e completa, e que os créditos sejam atribuídos a você.

Atribuição - Compartilhamento pela mesma Licença (by-sa)

Esta licença permite que outros remixem, adaptem, e criem obras derivadas ainda que para fins comerciais, contanto que o crédito seja atribuído a você e que essas obras sejam licenciadas sob os mesmos termos. Esta licença é geralmente comparada a licenças de software livre. Todas as obras derivadas devem ser licenciadas sob os mesmos termos desta. Dessa forma, as obras derivadas também poderão ser usadas para fins comerciais.

Atribuição (by)

Esta licença permite que outros distribuam, remixem, adaptem ou criem obras derivadas, mesmo que para uso com fins comerciais, contanto que seja dado crédito pela criação original. Esta é a licença menos restritiva de todas as oferecidas, em termos de quais usos outras pessoas podem fazer de sua obra.

De todos os sistemas, o desenvolvido a partir do *Creative Commons* é o mais avançado de todos, e de certa forma, abrange tanto parte do *fair use* como do *copyleft*, e na perspectiva que aqui se adota de acesso à justiça (com os três elementos reversos: a) não exclusão social; b) contenção positiva da litigiosidade; c) acesso ao poder judiciário), esse sistema não retira o poder das camadas menos privilegiadas acessarem a informação, e evita a litigiosidade em massa, caso eventualmente se tentasse processar todos os usuários da internet que tem armazenados indevidamente obras protegidas pelo direito autoral.

Contudo ainda existem lacunas que não são complementemente solucionadas por tal sistema, principalmente de ordem remuneratória. Uma outra solução que se vislumbra – que até certo ponto, de forma atravessada vem sendo adotada – é a modificação da forma de remuneração, para os casos que não podem ser solucionados pelas vias tradicionais, e pelos três sistemas acima explanados. Trata-se da criação de mecanismos que alterem o momento e a forma de pagamento dos autores. Por exemplo: ao invés da principal fonte de renda do músico ser a venda de suas músicas, a maior parcela de sua remuneração poderá advir de apresentações públicas ou a venda para reprodução em meios sobre os quais se possa exercer o controle, como rádio e televisão; o escritor passa a ser remunerado não apenas pela venda de exemplares de seus livros físicos tradicionais, mas pela disponibilização de conteúdos digitais a custos menores, com mensagens publicitárias, realização de palestras, enfim, além dos

tradicionais meios de remuneração, outros surgem na própria dinâmica do capitalismo, que já demonstrou que sobre tudo se tem uma oportunidade de se gerar capital.

Em verdade, o cenário não é de crise, mas instabilidade resultante da evolução do direito autoral, transmutação da própria forma de distribuição dos tão importantes conteúdos por esse direito protegido, que nos parece inevitável, e consequência da própria globalização e democratização do conhecimento e da cultura.

Por evidente que, problema aqui abordado restringiu-se a discussão acima desenvolvida, uma das formas de violação, cientes, contudo, que existem diversas outras questões envolvendo a violação de direito autoral, como por exemplo, o plágio (que ocorre também pelo meio digital), a falsificação, mas que aqui, por uma razão de delimitação teórica, e formato, deixaram de ser objeto do estudo.

CONCLUSÃO

Verificou-se que o acesso à justiça não pode ser compreendido como o simples direito de petição e de celeridade na tramitação de processos, pois, como meio de garantia de efetivação de direitos da personalidade, o efetivo acesso, além da celeridade, demanda democratização, na perspectiva de universalização do acesso, qualidade técnica do serviço público prestado, e a oferta de instrumentos para seu exercício amplo, não apenas no meio litigioso, já que é ele também se expressa parte da dignidade da pessoa humana.

Estudou-se que a evolução do direito autoral, foi acompanhada do paulatino progresso da humanidade da pré-história a idade contemporânea, sendo que, mesmo no início da espécie, o ser humano já criava e produzia, sobretudo do período Neolítico em diante, externalizando sua personalidade, o que, muito tempo depois, veio a ser o objeto do direito autoral.

Examinou-se o surgimento dos primeiros diplomas que tutelavam o direito autoral na humanidade, em específico o *Copyright Act* da Rainha Ana de 10.4.1710 na Inglaterra, *Federal Copyright Act* nos Estados Unidos em 31.05.1790, as leis francesas de 1791 e 1793, o Código de Direito Territorial Prussiano em 1794, a famosa convenção de Berna da Suíça em 1886, bem como a evolução do direito de autoral no Brasil tomando por base duas classificações, uma mais tradicional que dividia a história desse direito no país em três fases, e outra mais moderna que aponta, ao menos, cinco momentos distintos, destacando-se a Constituição Federal de 1988, a Lei de Direito Autoral (Lei nº 9.610/98), e a Lei nº 10.695 de 1º de Julho de 2003 que alterou a redação do caput do art. 184, do Código Penal.

Analisou-se a natureza do direito autoral, expondo as nove principais teorias, e adotando a teoria que os compreende como direito da personalidade, bem como se fixou conceito compatível com sua natureza jurídica.

Após discorrer sobre a era digital, como o tempo dos *bits*, no qual todo e qualquer tipo de informação (seja áudio, vídeo, imagem, texto, ou outro conteúdo), se restringe a sequência de números binários, bem como sobre o desenvolvimento e expansão da internet, com dados estatísticos sobre a atual utilização da rede, abordou-se problemática da tutela efetiva do direito autoral, indicando que em alguns casos as técnicas da tutela de urgência podem ser úteis.

Na sequência, demonstrou-se que para casos nos quais a tutela pela via tradicional é praticamente impossível do ponto de vista técnico, podem ser utilizados sistemas como o *fair use* que, na maioria dos casos, permite o acesso a obras sem a necessidade de adquiri-las, se para fins de ensino e pesquisa; o *copyleft* que permite aos usuários de conteúdos copiá-los e modificá-los de forma livre, em geral mais útil no que se refere a distribuição de *softwares* e sistema do projeto *Creative Commons* que permite disponibilizar opções flexíveis de licenças conciliando proteção e a liberdade para os titulares de direitos, sem o *copyright* que reserva todos os direitos.

Propôs-se, para os casos nos quais os três sistemas acima analisados não sejam suficientes, a releitura da própria forma de exploração econômica do direito de autor, já que o problema é eminentemente econômico e não propriamente jurídico, traçando uma perspectiva promissora sobre a adoção de novas formas de remuneração dos autores, sem confrontar com a socialização das ideias, que parece ser fruto da própria evolução do direito autoral, recordando que as tradicionais soluções de endurecimento legislativo não se mostraram eficientes no passado, que, sofreu quando da propagação da imprensa importante mudança, que transferiu a tutela do direito dos impressores para os autores.

Enfim, em todos os tempos, sempre se procurou burlar a garantia dos direitos autorais, mas os meios de comunicação eram muito limitados, até Gutenberg, inventor da imprensa. No entanto, com a invenção das comunicações em massa, que por intermédio da internet, na atualidade, permite a troca quase instantânea de informações, se faz necessária a implantação de meios mais eficazes para proteção dos direitos autorais, sob pena de perecimento desse direito, diante da grande facilidade da pirataria nos meios de comunicação, sendo que tal proteção não será efetiva se adotados os meios tradicionais.

Por último, os direitos autorais, quando sofrem violações no âmbito da Internet, em decorrência da intensidade da propagação na rede mundial dos computadores, reclamam uma

tutela jurisdicional rápida, para que se evitar o aumento do dano, como também para que ele não se torne praticamente irreversível, além da necessidade da tutela preventiva, pelos sistemas do *fair use*, *copyleft* e *creative commons*, e da releitura da forma remuneratória dos autores, sendo que tais propostas somente se concretizam se compreendidas num contexto do Acesso à Justiça como meio de se garantir tal direito da personalidade.

REFERÊNCIAS

ANNONI, D.. O movimento em prol do acesso à justiça no Brasil e a construção de uma democracia pluralista. In: XVII Congresso Nacional do Conpedi, 2008, Brasília. *Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. v. 1.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projetos de lei e outras proposições*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/default.asp>>. Acesso em 10 ago. 2012.

_____. SENADO FEDERAL. *Portal atividade legislativa projetos e matérias*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/>>. Acesso em 10 ago. 2012.

_____. *Subchefia para assuntos jurídicos*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 1º ago. 2012.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CETIC.BR. *Núcleo de informação e coordenação do ponto BR*. Disponível em: <<http://www.cetic.br/usuarios/tic/>>. Acesso em 23 ago. 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2006.

CREATIVE COMMONS BRASIL. Disponível em: <http://www.creativecommons.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=26&Itemid=39>. Acesso em 25 ago. 2012.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. v. 1, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ERNANDES, Jorge H. C. *O que é um Programa (Software)? UNB*. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/~jhcf/MyBooks/iess/Software/oqueehsoftware.html>>. Acesso em 19 ago. 2012.

FRANÇA, R. Limongi (Coord.). CHAVES, Antonio. Direito de autor. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 26.

GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GIORGIO, Agamben. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

GONTIJO, Silvana. *O livro de ouro da comunicação*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

LAMY, Eduardo Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORATO, Antonio Carlos. *Direito do autor em obra coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Jaury Nepomuceno de; WILLINGTON, João. *Anotações à Lei do Direito Autoral: lei nº 9.610/98*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PIMENTA, Eduardo Salles; PIMENTA FILHO, Eduardo Salles (Org.). *A limitação dos direitos autorais e a sua função social*. Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.17.

RODRIGUES, Daniel dos Santos. *Causas e efeitos da crise da jurisdição e da resolução de conflitos no Estado brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1790, 26 maio 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11306>>. Acesso em: 1 maio 2012.

SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOFTWARE LIVRE NO GOVERNO DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/>>. Acesso em 26 ago. 2012.

SZANIAWSKI, Elimar. *Fundamentos dos direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZENNI, Alessandro Severiano Vallér. *A crise do direito na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.