



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**Equilíbrio entre a proteção aos direitos autorais e o acesso à cultura, diante do
progresso tecnológico.**

Izabella Carvalho Mathias De Paulo Waldofsky

**Rio de Janeiro
2013**

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva da autora.

IZABELLA CARVALHO MATHIAS DE PAULO WALDOFSKY

Equilíbrio entre a proteção aos direitos autorais e o acesso à cultura, diante do progresso tecnológico.

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Prof. Guilherme Sandoval.

Coorientadora: Profa. Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2013

IZABELLA CARVALHO MATHIAS DE PAULO WALDOFSKY

Equilíbrio entre a proteção aos direitos autorais e o acesso à cultura, diante do progresso tecnológico.

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Prof. Guilherme Sandoval.

Coorientadora: Profa. Néli L. C. Fetzner

Aprovada em _____ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.

Prof.

Prof.

Agradeço a Deus por perdoar as minhas fraquezas e permitir que eu evolua como uma pessoa melhor a cada dia. Agradeço também aos meus pais, Cristina e Wanderlei, meus anjos da guarda aqui na Terra, que iluminam essa minha caminhada terrena em busca de um sonho. Aos meus avós, Lourdes, Jair e Norma, anjos que já partiram e que deixaram uma saudade imensa. Ao meu irmão, Maurício, o melhor amigo que Deus me deu. À minha madrinha, Gladys, pelas sempre necessárias palavras de conforto. À Priscila Dias, a irmã que eu mesma cativei. Aos grandes amigos que a EMERJ me deu de presente, João Ricardo Monteiro e Ana Carolina Figueiredo, e a todos os amigos que compreenderam a minha ausência em razão da dedicação ao estudo e à busca de um sonho. À professora Néli Fetzner e à Anna Dina, sem as quais não teria como concluir esta monografia. Enfim, ao meu Príncipe Encantado, Thomas James Waldofsky, o grande incentivador que não permitiu que eu desistisse deste trabalho e de meus sonhos.

“Da vida, quero apenas aquilo que eu merecer”.

Izabella Carvalho Mathias De Paulo
Waldofsky

SÍNTESE

A presente monografia está situada no campo dos direitos autorais e enfoca as infrações a direitos autorais, especialmente em suas modalidades modernas, possibilitadas pelos avanços tecnológicos. Foi tomado por parâmetro problemático o *download* de obras protegidas por direitos autorais feito pela internet, sem o devido recolhimento dos percentuais de direitos autorais. Assim, neste trabalho monográfico foram analisados alguns dos mais importantes precedentes sobre o tema e um pouco da legislação nacional e internacional, com destaque para as falhas de ambos os sistemas – legislativo e judicial – que têm permitido a propagação dessa prática, a princípio ilícita, de compartilhamento ou descarregamento de obras intelectuais. O debate teórico enfoca o embate e a ponderação entre dois direitos fundamentais, em aparente rota de colisão, quando o caso concreto versa sobre o *download* ilegal de obras via internet: o direito de acesso à cultura e ao conhecimento e direito de propriedade, nesse caso particular, intelectual. Enfim, serão analisadas as razões do fracasso das tentativas anteriores de solucionar a questão e será analisada, por meio da ponderação entre os dois princípios constitucionais, a possibilidade de sucesso de uma medida ainda jovem de convivência harmônica entre o direito à cultura e ao conhecimento e direito autoral, a fim de se implementar a democratização do saber e da cultura, sem impor sacrifícios às suas fontes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.	9
1. A PROPRIEDADE E A CULTURA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.	14
1.1. Breve histórico dos direitos fundamentais.	14
1.2. As gerações de direitos fundamentais.	19
1.2.1. Os direitos fundamentais de primeira geração.	21
1.2.2. Os direitos fundamentais de segunda geração.	23
1.2.3. Os direitos fundamentais de terceira geração.	24
1.3. Os direitos fundamentais à cultura e à educação.	26
1.4. O direito fundamental à propriedade.	32
2. INTERNET: VÍCIOS E VIRTUDES.	36
3. REGIME JURÍDICO DO DIREITO AUTORAL.	45
3.1. Fundamentos e características do objeto de proteção do direito autoral.	45
3.2. Breves comentários sobre o regime jurídico do direito autoral no Brasil.	48
3.2.1. A face moral do direito autoral.	51
3.2.2. A face patrimonial do direito autoral.	53
3.2.3. A vulnerabilidade dos direitos autorais.	56
3.3. O Acordo TRIPS e o exemplar comportamento do Brasil na questão dos medicamentos patenteados.	64
3.4. Alguns pontos específicos sobre a proteção internacional das obras literárias, fonográficas e artísticas – Convenção de Berna de 20 de Junho de 1948 e Tratado de <i>Copyright</i> da OMPI.	70
3.5. Casos célebres.	76

3.5.1. O caso Napster.	78
3.5.2. O caso Pirate Bay.	80
3.5.3. Precedente nacional: o caso Cadari.	83
4. O APOCALIPSE?	86
5. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. O JUÍZO DA PROPORCIONALIDADE.	92
CONCLUSÃO.	107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	108

INTRODUÇÃO

Este estudo tem por escopo despertar a atenção para as novas formas de “pirataria” possibilitadas pelos avanços digitais e para o vácuo legislativo quanto à matéria. Busca-se uma maneira de compatibilizar dois interesses – o dos autores e o da coletividade, a fim de que não seja diminuído o potencial da internet como fonte de conhecimento, entretenimento e cultura. Isso sem que seja esvaziado o conteúdo econômico que uma obra intelectual possa trazer para o seu autor, do contrário, de qualquer forma, o acesso ao conhecimento e à cultura acabará enfraquecido, pois poucos se interessarão em produzi-los sem a necessária contrapartida financeira.

O objetivo do presente trabalho é, pois, o de trazer à tona a contribuição dos avanços digitais para o acesso à cultura e ao conhecimento. Também será discutido como esses mesmos avanços serviram de catalisadores para um *boom* de “pirataria” digital, muitas vezes de ótima qualidade e difícil apreensão, por ser invisível a olho nu.

Diante desse aparente choque entre o conhecimento e a cultura sem fronteiras e as possibilidades igualmente ilimitadas de afronta aos direitos de titulares de obras, serão apresentados os recursos atualmente existentes de proteção aos direitos autorais e será tecida uma análise crítica sobre tais meios, demonstrando por que motivo esses meios se revelam ineficazes contra a contrafação perpetrada pela internet. Serão, portanto, propostas formas de tornar os meios já existentes eficazes para coibir abusos aos direitos autorais perpetrados por meios eletrônicos, bem como serão propostos novos meios de controle para tal fim.

A proposta desse trabalho é a de lançar a questão dos problemas trazidos pelo progresso digital, especialmente a internet, no que concerne à proteção de direitos autorais. A tecnologia, inicialmente uma aliada colocada a serviço do homem para as mais variadas benesses, passou a servir de meio para a perpetração de abusos da propriedade intelectual

alheia, o que levou a presente monografia a buscar novos mecanismos protetivos. Diante da impossibilidade de se interromper o avanço tecnológico – forma cartesiana e débil de lidar com a questão – não se pode olvidar a proteção dos direitos dos titulares de obras produzidas pelo espírito humano.

Em contrapartida, não merece ser esquecido o acesso à cultura e ao conhecimento, sem dúvida, impulsionado pelo progresso digital. Por isso, a presente monografia tem o intuito de tentar equilibrar esses direitos em aparente choque: o direito à educação, à cultura, ao lazer, e os direitos autorais. O objetivo último desse trabalho reside, pois, em contribuir para o preenchimento da evidente lacuna normativa quanto ao tema.

A presente monografia tem, pois, por cenário as violações a direitos autorais levadas a efeito por meio da internet, para, então, ponderar dois direitos fundamentais: o direito à propriedade, obviamente, nesse caso, intelectual, e o direito de acesso à cultura e ao conhecimento. O progresso das ciências da computação e das comunicações alcançou níveis tão elevados que não apenas aumentou o número de contrafações, como também elevou sua qualidade à perfeição. O fluxo de dados via internet intensificou-se de tal forma que praticamente inibiu qualquer tentativa de coibir tal prática.

Por outro lado, é notório que isso popularizou o acesso ao entretenimento – músicas, filmes, livros – e também conhecimento. Qualquer um que dispusesse de um computador com acesso à rede mundial de computadores teria acesso ao fabuloso acervo nela disponibilizado pelos demais usuários.

É nesse contexto que entram em aparente rota de colisão os direitos fundamentais de propriedade e de acesso à cultura e à educação. Neste trabalho, será apresentada apenas uma dentre as incontáveis soluções que poderiam ser imaginadas para o problema e ela será encontrada por meio da técnica da ponderação de interesses, aplicando-se como filtro o princípio da proporcionalidade.

Isso porque, é evidente, não é o desiderato da presente monografia esgotar o tema, tampouco discorrer um tratado sobre direitos autorais, ainda que limitando campo do estudo às contrafações perpetradas por meio da *internet*. Por isso é que não foi abordado absolutamente nada da responsabilidade penal acarretada pela violação de direitos autorais.

Por outro lado, o foco do trabalho foi mais voltado para a face patrimonial do direito autoral, tendo em vista que o paradigma escolhido foi o *download* ilegal de arquivos eletrônicos. Portanto, apesar de esta monografia ter perfilhado a teoria dualista e reconhecer a face moral do direito autoral, não foi seu objeto contrafações que ferissem somente direitos morais do autor. E é por esse motivo que a solução apresentada ao final tem um viés mais econômico do que jurídico e se presta a compensar direitos patrimoniais do autor.

Tendo isso em conta, no primeiro capítulo, foi feito um breve histórico dos direitos fundamentais, a fim de situar a propriedade e a cultura, bem como o saber, nessa importante categoria de direitos constitucionalmente protegidos. Após uma sintética explicação sobre em que consistiriam as gerações de direitos fundamentais, o direito de acesso à cultura e à educação fora situado junto à segunda geração, por estar mais ligado ao vetor “igualdade” e clamar por uma prestação positiva do Estado em prol da justiça social.

Por seu turno, o direito fundamental à propriedade, igualmente assentado na Constituição de 1988, fora classificado como direito de primeira geração, porque busca implementar a máxima da “liberdade” e chama uma conduta de abstenção por parte do Estado e daqueles que convivem com o bem sobre o qual recai o direito real. Nesse capítulo, portanto, foi feito um breve apanhado sobre as características desses dois direitos fundamentais em aparente rota de colisão, quando se trata do caso de *download* de arquivos na *internet*.

Já que o meio propício para essas contrafações é a *internet*, o segundo capítulo não poderia tratar de outro tema. Nesse capítulo, conta-se em poucas palavras a história da

informática até o advento dela, da *internet*. São tecidos alguns comentários sobre seus vícios e virtudes, no nível em que ela se encontra atualmente, como instrumento do fenômeno da Globalização. Por fim, é colocado em debate justamente a problemática objeto da presente monografia: seria a *internet* um gigantesco acervo democrático de cultura e conhecimento, mas que não sabe remunerar o criador das obras que o compõem?

Para que se pudesse discutir por que motivo o sistema de *download* estabelecido entre os usuários da rede mundial de computadores é falho ao remunerar o autor, seria imprescindível conhecer como funciona o regime jurídico do direito autoral. O terceiro capítulo é, pois, dedicado ao propósito de esclarecer alguns pontos sobre esse assunto.

Inicialmente, no terceiro capítulo, fala-se das características dos direitos autorais, para depois, adotando-se a teoria dualista, descrever um pouco suas faces moral e patrimonial. Também é tratado o acordo TRIPS, celebrado no seio da OMC, embora não verse especificamente sobre direito autoral. Isso porque foi importante o exemplo dado pelo Brasil quando fez frente às grandes potências onde estão sediadas as empresas detentoras de patentes de medicamentos, para defender a saúde pública, que é também um direito fundamental.

Enfim, são trazidos alguns dos precedentes mais famosos e as soluções dadas pelo Judiciário – nacional e estrangeiro – nesses casos de violações de direitos autorais perpetradas pela internet.

No quarto capítulo, é feita uma busca da realidade sob o ângulo do próprio autor, para que não fosse cometido o equívoco de simplesmente fazer vencer a vontade da maioria – hoje, as milhões de pessoas ao redor do globo que trocam entre si arquivos eletrônicos protegidos por direitos autorais – contra a minoria – os criadores de propriedade intelectual.

No quinto capítulo, enfim, é apresentado o método da ponderação de princípios, quando, no caso concreto, em aparente conflito. Esse método, fundado no princípio da

proporcionalidade, é o que será usado na solução proposta para o aparente choque entre os direitos fundamentais da propriedade e do acesso a cultura.

A metodologia da pesquisa será pautada no método histórico-jurídico e jurídico-prospectivo.

1. A PROPRIEDADE E A CULTURA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

No decorrer do presente trabalho, será constante a tensão entre o direito fundamental de propriedade e o de acesso à cultura e à educação. Portanto, nada mais lógico que iniciá-lo com uma digressão acerca da concepção dos direitos fundamentais.

1.1. Breve Histórico dos Direitos Fundamentais

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo¹.

A partir do pensamento de Sócrates, concebido e difundido no século V A.C., o eixo de todas as digressões intelectuais passa a ser a formação do homem como cidadão e sábio virtuoso². O objeto do estudo filosófico começa a ser a pessoa humana e suas relações, com a sociedade, com o meio, com o mundo. Passada a euforia do período socrático em torno do homem como cidadão, esse conceito ficou adormecido no seio da intelectualidade e da política no mundo todo.

Adormecido, todavia vivo, o conceito de cidadão, nascido na Grécia Antiga, foi despertado de seu sono em meio ao Iluminismo³ europeu dos séculos XVII e XVIII⁴. Foi

¹BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 562.

²ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos humanos*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1.

³http://fr.wikipedia.org/wiki/Si%C3%A8cle_des_Lumi%C3%A8res – acesso em: 6/8/2010. Segundo a referência da Wikipédia sobre o Iluminismo, disponível no endereço eletrônico já referido: “*Le siècle des Lumières tire son nom du mouvement intellectuel, culturel et scientifique aux multiples manifestations connues sous le nom de Lumières. [...] Le siècle se veut éclairé par la lumière métaphorique des connaissances - et non pas l'illumination divine, « émanation de l'absolu », utilisé exclusivement au singulier - acquises par l'expérience et l'enseignement du passé. Elle suggère aussi une vision manichéenne du monde, où l'« homme éclairé » s'oppose à la masse de ceux restés dans les ténèbres*”. Em tradução livre: “o Século das Luzes é o nome dado ao movimento intelectual, cultural e científico de múltiplas manifestações conhecidas pelo nome de Iluminismo. [...] O século é iluminado pela luz metafórica dos conhecimentos – e não pela iluminação divina, “emanação do absoluto”, utilizada exclusivamente no singular – adquirida pela experiência e pelo ensinamento do passado. A expressão “Iluminismo” sugere também uma visão de mundo maniqueísta, em que o ‘homem esclarecido’ se opõe à massa daqueles que ficaram no escuro”.

⁴*Ibid.*, p. 1.

nessa época que surgiu o Direito Natural, apresentando ao mundo a idéia do homem como titular de direitos inalienáveis, independentes de seus direitos políticos, e oponíveis ao Estado, como forma de limitar o absolutismo de seus governantes. Esse período, naturalmente, foi coroado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789, cujo artigo 2^o é peremptório ao conceber o homem, súdito, como sujeito de direitos, e não mais apenas de deveres, perante o Estado soberano e também perante seus pares.

É claro que, antes mesmo da Revolução Francesa, alguns direitos fundamentais já revelavam seus contornos nas antecedentes revoluções inglesa e americana. No entanto, embora dotados de maior concretude nessas declarações, os direitos fundamentais não gozavam do atributo da universalidade, o que somente lhes foi conferido pela declaração francesa. As declarações de berço anglo-saxão se destinavam ora a uma camada social privilegiada – os barões feudais, na Inglaterra – ora a um povo que se libertava politicamente de sua metrópole – o povo norte-americano. O destinatário da Declaração Francesa de 1789 era a espécie humana⁶.

Sobre a Declaração Francesa e o caráter universal que conferiu aos direitos humanos, assim poetiza, sem perder de vista o conteúdo jurídico da explicação, Paulo Bonavides⁷:

Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali “direitos naturais, inalienáveis e sagrados”, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

A Primeira Guerra Mundial, travada entre a Tríplice Entente – Grã-Bretanha, França e Império Russo – e Tríplice Aliança – Alemanha e Império Austro-Húngaro, eclodiu

⁵Art.2. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência a opressão.

⁶BONAVIDES, *op.cit.*, p. 562.

⁷*Ibid.*

em virtude da política da época, apelidada de “política de equilíbrio de poder”, e assim definida pelo filósofo francês Raymond Aron⁸:

No nível mais elevado de abstração, a política de equilíbrio se reduz à manobra destinada a impedir que um Estado acumule forças superiores às de seus rivais coligados. Todo Estado que quiser salvaguardar o equilíbrio tomará posição contra o Estado ou coalizão que pareça capaz de manter tal superioridade. Esta é uma regra geral para todos os sistemas internacionais.

O Tratado de Versalhes, ao por fim a essa guerra atroz entre superpotências, criou a SDN – Liga ou Sociedade das Nações, embrião da ONU – Organização das Nações Unidas. Sem perder de vista a política anterior – de equilíbrio de poder – o ideário da SDN de “segurança coletiva”, que até mesmo autorizava a intervenção da Sociedade quando a tensão entre países pusesse em risco a paz e a segurança mundial, adquiriu maior espaço na consciência dos Estados modernos.

Mirando ainda o equilíbrio de poder, mas agora municiada com o ideário da segurança coletiva, eclodiu a Segunda Grande Guerra. Essa transição levou René Cassin⁹ a traçar o seguinte paralelo:

Se a Primeira Guerra Mundial foi ideologicamente lutada pela independência das nacionalidades e também pelo estabelecimento da segurança coletiva e pela organização da paz internacional, a Segunda Guerra Mundial revestiu essencialmente o caráter de uma cruzada pelos direitos humanos.

Guilherme Assis de Almeida e Silvia Menicuccio O. S. Apolinário, por sua vez, relacionaram os antecedentes da Segunda Guerra Mundial à “falência do sistema de segurança coletiva proposto pela SDN”. Fundamentam seu posicionamento no fato de que “a Alemanha, sob o comando de Adolph Hitler, por ocasião da Conferência de Desarmamento

⁸ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as nações*. Brasília: UnB, Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002, p. 38.

⁹CASSIN, René. *La Déclaration universelle et la mise-en-oeuvre des droits de l'homme*. Académie de Droit International de la Haye. Recueil des Cours. Paris: Sirey, 1952, p.52.

da SDN, em outubro de 1933, retirou-se da Liga. Logo em seguida, em março de 1935, Hitler, denunciando as cláusulas militares da Liga, anunciou que a Alemanha deixara de restringir seu exército a um contingente de 100.000 (cem mil) soldados, devendo triplicar seu contingente, além de formar uma força aérea. Em março de 1939, tropas alemãs invadiram a Boêmia e a Morávia tchecas e, em setembro de 1939, a Alemanha invadiu a Polônia dando início à Segunda Guerra Mundial”¹⁰.

Constatou-se, ao fim de mais uma devastadora guerra, inauguradora da Era Nuclear¹¹, que o mundo clamava por direitos humanos. O temor pela aniquilação total do planeta e, lógico, de seus habitantes, que poderia perfeitamente ser colocada em prática com as bombas atômicas ou mesmo com a simples explosão inesperada de usinas nucleares, desencadeou a evolução dos Direitos Humanos no plano internacional e ensejou a própria criação da Organização das Nações Unidas – ONU. Foi com espírito protetor dos direitos fundamentais que a ONU ganhou vida, como se depreende do preâmbulo¹² da Carta de São Francisco, de 26 de Junho de 1945, documento por meio do qual a ONU passou a existir.

*We the peoples of the United Nations determined to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small [...]*¹³.

Com o propósito de tutelar direitos humanos, em 1946, o Conselho Econômico e Social da recém nascida ONU optou pela criação da uma Comissão de Direitos Humanos. A esta comissão seria afetada a tarefa de elaborar uma Carta Internacional de Direitos Humanos,

¹⁰ALMEIDA; APOLINÁRIO, *op. cit.*, p. 5.

¹¹“No dia 6 de agosto de 1945, o avião B-29 Enola Gay da Força Aérea norte-americana lançou a primeira bomba atômica sobre Hiroshima”. *Ibid.*

¹²UNITED NATIONS. Preâmbulo da Carta de São Francisco, assinada em 26 de Junho de 1945. Disponível em: <http://www.un.org/en/documents/charter/preamble.shtml>. Acesso em: 8 de Maio de 2012.

¹³ Em tradução livre, “Nós, os Povos das Nações Unidas, resolvimos preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas [...]”.

por meio de uma Declaração, um Tratado e mecanismos de implementação¹⁴. Os esforços da Comissão finalmente culminaram em uma Carta Internacional dos Direitos Humanos, cujos instrumentos jurídicos são a) a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; b) o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado em 1966 e vigente desde 1976, tendo sido ratificado pelo Brasil em 1992; c) o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em 1966 e vigente desde 1976, tendo sido ratificado pelo Brasil em 1992.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, sem dúvida um dos mais importantes papéis da História do Mundo, tinha por objetivos imediatos, em suma, calcificar o respeito à dignidade da pessoa humana e obstar que mais uma vez o homem fosse tido como coisa, objeto disponível de direitos. Essa Declaração é também iluminada pelos ideais que legitimaram a Revolução Francesa em 1789 – liberdade, igualdade e fraternidade – e tinha o mesmo escopo de inaugurar uma nova ordem jurídica, cujos holofotes estariam na proteção da pessoa humana, em contraposição ao período de abusos anteriormente vivido.

Os outros dois Pactos (de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) têm por finalidade dotar de efetividade os princípios insculpidos nos 30 artigos da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, ou seja, de estabelecer normas positivas que realizem os propósitos da Declaração. A dificuldade de se obter consenso entre os países signatários foi um obstáculo à elaboração de um único tratado que corporificasse todos os direitos humanos. Esse dissenso se revela no tempo tomado para redigir os tratados: dezessete anos. Embora sua redação tenha sido iniciada em 1949, somente em 1966 seus instrumentos ficaram prontos¹⁵.

Concluiu-se, constatado o contratempo no diálogo entre os signatários, que melhor seria elaborar dois tratados: um concernente a direitos civis e políticos, de inspiração

¹⁴ALMEIDA; APOLINÁRIO, *op. cit.*, p. 14

¹⁵*Ibid.*, p. 17.

norte-americana e foco na liberdade, e outro, de tradição socialista e inspiração soviética, acerca de direitos sociais, econômicos e culturais, com ênfase na igualdade. Após longa espera por suas redações finais, os Pactos acabaram por entrar em vigor em 1976.

A divisão dos assuntos tratados¹⁶ nos dois Pactos não foi aleatória. O ideal protegido por trás dos direitos fundamentais confere o tom da geração de direitos a que ele pertence. E, assim, orientados, respectivamente, pelos valores liberdade e igualdade, os Pactos seguiram o esquema que ficou conhecido, em doutrina, como gerações de direitos humanos.

1.2. As Gerações de Direitos Fundamentais

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade¹⁷.

Em 1979, em aula inaugural do curso do Instituto Internacional de Direitos do Homem, em Strasbourg, Karel Vasak¹⁸ empregou pela primeira vez a expressão “gerações de direitos do homem”. Consistia em uma metáfora, com o fim didático de explicar os direitos humanos de acordo com a evolução histórica dos lemas da Revolução Francesa – “liberdade, igualdade, fraternidade”.

O termo “gerações”, contudo, já sofreu fortes impugnações doutrinárias¹⁹, tanto no direito pátrio, quanto no estrangeiro. As críticas são devidas ao fato de que esse termo incute a falsa impressão de que os direitos fundamentais se alternaram ao longo da

¹⁶*Ibid.*

¹⁷BONAVIDES, *op. cit.*, p. 562..

¹⁸VASAK, Karel *apud* TRINDADE, Caçado Antônio Augusto, *in* palestra proferida durante o "Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional". http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm - acesso em 14 de Jul. 2010.

¹⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

História, ou seja, de que houve a “substituição gradativa de uma geração por outra”²⁰. Essa foi a falácia ensejada pelo emprego leviano da expressão “gerações de direitos fundamentais”, como se o surgimento de uma nova categoria de direitos fundamentais implicasse na substituição da que lhe precedera.

A origem do termo, entretanto, está no reconhecimento progressivo dos direitos fundamentais que integram cada grupo de direitos fundamentais. A cada afirmação de novos direitos fundamentais, esses, ao contrário de excluírem os que lhes antecederam, acrescentavam a lista até então existentes. Em outras palavras, não houve e não há alternatividade de direitos fundamentais, mas verdadeira complementaridade e cumulatividade.

Essa sucessão de gerações de direitos fundamentais, portanto, traduz um processo qualitativo e cumulativo que tem por bússola²¹ a universalidade material e concreta, em lugar da abstrata que já havia sido reconhecida pela Declaração Francesa de 1789. O fenômeno foi o da paulatina materialização de direitos já consagrados, por meio do reconhecimento de novos direitos capazes de assegurar os primeiros. O surgimento de nova “geração” de direitos fundamentais, ao contrário de fazer desaparecer a anterior, contribui para o fortalecimento e afirmação de direitos fundamentais, acrescentando ao rol já conhecido direitos ainda por conhecer.

A par da veemente crítica, pouca divergência há no que concerne à classificação de cada direito fundamental em determinada categoria, ou dimensão²², conforme suas características comuns. As gerações de direitos fundamentais equivalem à trajetória do reconhecimento de cada grupo desses direitos ao passar do tempo, o que não significa que tenham ficado estagnados tal qual concebidos. Ninguém nega que, embora possam ser

²⁰*Ibid.*

²¹BONAVIDES, *op. cit.*, p. 563.

²²Termo empregado por Ingo Wolfgang Sarlet, embora com cuidado, pois tal termo denotaria a falsa idéia de que não há interdependência entre grupos de direitos fundamentais, nem unidade no sistema de direitos fundamentais. SARLET, *op. cit.*, p. 45-46.

classificados conforme o momento de sua origem, os direitos fundamentais sofrem constante mutação – quiçá aperfeiçoamento – acompanhando a realidade cultural, política, econômica, social de cada tempo.

1.2.1. Os Direitos Fundamentais de Primeira Geração

Os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles de forte cunho jusnaturalista e intimamente ligados ao ideário liberal-burguês do século XVIII que inspirou a revolução Francesa. Representavam uma resistência aos abusos do Estado Absolutista e delimitavam uma área de não intervenção do Estado. Marcados por essa cultura individualista e pela diminuição do poder do Estado em favor da autonomia do indivíduo, esses direitos só poderiam mesmo estar ligados ao lema “liberdade”²³. É a liberdade em oposição às mãos de ferro do Chefe de Estado²⁴.

A efetivação desses direitos demandaria, assim, uma abstenção por parte dos poderes constituídos e da coletividade. Logo, a intervenção do Estado na realização desses direitos há de ser cuidadosa, sob pena de se tornar abusiva. É claro que já se desconstituiu o dogma de que esses direitos atingem a perfeição com a simples omissão estatal. Para que isso fosse verdadeiro, necessário seria que todos os homens fossem capazes de auto compor seus próprios litígios e que a autotutela fosse sempre legítima.

Ora, se a autotutela inaugura a injusta “lei do mais forte” e se a quantidade de processos judiciais revela a falência dos meios particulares de solução de conflitos, é indispensável a interferência estatal, até mesmo na implantação dos direitos de liberdade.

²³“Os direitos fundamentais de primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental”. *Ibid*, p. 46.

²⁴Por isso, Paulo Bonavides apelidou os direitos de primeira dimensão de “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 517.

Assim, para que todo homem seja livre, é preciso que o Estado tome medidas contra aquele que lhe cerceia a locomoção. Para que todos tenham vida, é preciso que o Estado puna quem retira a vida a outro ser humano. Para que todos tenham propriedade, o Estado deve atuar sobre uma situação de esbulho ou turbação. E, o mais interessante, para que todos tenham igualdade perante a lei, o Estado deve agir sobre particulares – e também sobre seus próprios órgãos – para assegurar o tratamento equânime dos que se encontram em situação semelhante perante a lei.

Esses direitos citados foram os primeiros que surgiram sob a bandeira “liberdade”. Agrupados sob a insígnia “direitos civis e políticos”, são eles: direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Mais tarde, outros se lhes foram agregados, desde toda uma palheta das mais diversas liberdades de expressão – de manifestação, de imprensa, de reunião, dentre outras – até os direitos de participação política – como os direitos de votar e ser votado.

Segundo Paulo Bonavides, esses direitos já teriam alcançado sua projeção de universalidade formal, uma vez que não haveria Constituição “digna desse nome que os não reconheça em toda a sua extensão”²⁵. Esses direitos poderiam, então, ser definidos como direitos do “homem-singular”, porquanto titularizados pelo indivíduo, oponíveis ao Estado e marcados por subjetividade.

Todos tiraram proveito da implementação da primeira dimensão de direitos fundamentais, em maior ou menor grau. Entretanto, quem mais aproveitou o excesso de liberdades e o sono do Estado interventor foram os grandes capitalistas, os detentores dos meios de produção, carregando consigo todo um álbum de sequelas de cunho social. A liberdade revelou a força econômica de uns poucos sobre os muitos outros e ampliou desigualdades sociais. A euforia causada pelos direitos de primeira geração provocou

²⁵*Ibid.*, p. 563.

excessos e a balança precisava ser reequilibrada. Surgiram, assim, os direitos de segunda geração.

1.2.2. Os Direitos Fundamentais de Segunda Geração

O foco nas liberdades individuais desviou a atenção do Estado das demandas da coletividade, acarretando o déficit social que caracterizou o “État Gendarme”, do século XIX, vigorante na primeira geração²⁶. Isto, aliado ao impacto do crescimento demográfico e do irreversível progresso da industrialização, agravou disparidades sociais e provocou o Estado a agir ativamente, na realização da justiça social.

O ideal absentéista do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social²⁷.

Com isto, uma nova gama de direitos fundamentais foi assegurada às pessoas: a de direitos a que corresponde uma prestação positiva por parte do Estado, e não a uma simples abstenção. Gilmar Mendes²⁸ observa que, por meio destes direitos, seria buscada “uma liberdade real e igual para todos”, efetivada pela ação corretiva dos Poderes Públicos. São exemplos de tais direitos, portanto, a assistência social, a saúde, a educação, o trabalho, o lazer, dentre outros de amplitude coletiva e aspecto social.

Estes direitos estão imbuídos do espírito da igualdade. Efetivam-se pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e a de greve – e por direitos

²⁶MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223.

²⁷*Ibid.*

²⁸*Ibid.*

a uma prestação. Embora estes direitos evidenciem a igualdade, na medida em que são conferidos a todos indistintamente, Gilmar Mendes observa que não é por serem direitos da coletividade que são chamados de direitos sociais. Seriam assim chamados por estarem ligados a reivindicações de justiça social, conquanto seus titulares fossem, na verdade, indivíduos singularizados²⁹.

Foi esta a classe de direitos que reinou no século XX. Nada obstante, ao final deste século, o mundo todo passou a concordar quanto à imprescindibilidade de certos direitos para preservar a própria existência humana. Embora a manifestação destes direitos pudesse se dar sobre bens pertencentes a um ou outro país, ou mesmo sobre bens pertencentes a ninguém especificamente, reconheceu-se que proteção destes direitos demandava atuação universal. Do contrário, estaria ameaçada a humanidade. Ela foi, para não desaparecer, apresentada à terceira dimensão de direitos fundamentais.

1.2.3. Os Direitos Fundamentais de Terceira Geração

Estes, sim, seriam caracterizados pela titularidade difusa, ou coletiva. Os direitos fundamentais de terceira geração seriam aqueles concebidos para a proteção da coletividade, de grupos sociais, e não de homens individualizados. Intrinsecamente ligados à bandeira da fraternidade³⁰, estes direitos são aqueles que não são exercidos por um indivíduo sozinho, mas por todo um grupo, quiçá por toda a humanidade.

Sua origem está na consciência de que o mundo estaria polarizado: de um lado, nações desenvolvidas; de outro, subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento³¹. O fim do século XX foi marcado por reivindicações que não se contentam com a proteção

²⁹*Ibid.*

³⁰VASAK, Karel. *Leçon Inaugurale à la 10^e session d'étude de l'Institut International de Droit de l'Homme. Pour les Droits de l'Homme de la Troisième Génération: Les Droits de Solidarité*. Strasbourg: Institut Internationale de Droits de l'Homme, 2 de Juillet de 1979.

³¹BONAVIDES, *op. cit.*, p.569.

específica dos direitos de um indivíduo ou mesmo de um grupo. O destinatário destes direitos seria a humanidade. Brotados da reflexão sobre o desenvolvimento e suas mazelas, os direitos fundamentais de terceira geração podem ser ilustrados pelos direitos à paz, ao meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural³².

Bonavides³³, amparado nas lições de Etienne-R-Mbaya, sintetiza os direitos de fraternidade – ou de solidariedade, segundo o próprio Mbaya, em três pilares. O primeiro seria o dever de todo Estado de considerar, ao tomar decisões, como seus atos repercutirão nos interesses de outros Estados, ou dos súditos destes. O segundo seria o foco na ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro, técnico ou mesmo de outra natureza, entre Estados para a superação de dificuldades econômicas. O terceiro seria a coordenação sistemática de política econômica.

Desta lição, depreende-se o caráter difuso destes direitos. Se demandam ações conjuntas, coordenadas e cooperativas entre países, é porque os objetos destes direitos não conhecem limites territoriais. A proteção a tais direitos se dá tanto por ações positivas – como a colaboração recíproca, até mesmo financeira, entre nações – quanto negativas – evitando-se, por exemplo, a degradação ambiental, ainda que isto custe atrasar o desenvolvimento. O mais importante, contudo, é que quem sofre com a vulneração de tais direitos e quem se beneficia de sua preservação é um único titular, que não tem rosto conhecido, nacionalidade pré-definida ou endereço certo: a humanidade.

Alguns autores, a exemplo de Paulo Bonavides³⁴, fazem referência à existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais. No entanto, na ausência de consenso doutrinário acerca do que poderia ser enquadrado em tal categoria, é melhor persistir no foco

³²*Ibid.*

³³*Ibid.*, p. 570. Segundo o autor, Mbaya teria preferido dizer que os direitos de terceira geração são inspirados pela “solidariedade”, e não pela “fraternidade”.

³⁴*Ibid.*, p. 570-572. Para o autor, a quarta geração de direitos fundamentais seria comporta pelo direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Em sua opinião, estes direitos corresponderiam à derradeira fase de institucionalização do Estado social, na busca pela globalização de direitos fundamentais. Em suas conclusivas palavras, “os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política”.

do presente trabalho e deixar a discussão sobre a quarta geração de direitos fundamentais para uma outra ocasião.

1.3. Os Direitos Fundamentais à Cultura e à Educação

Comida é água. Bebida é pasto. Você tem fome de quê? Você tem sede de quê? A gente não quer só comida, a gente quer comida, diversão e arte. A gente não quer só comida, a gente quer saída para qualquer parte³⁵.

O acesso à cultura e à educação foi consagrado como direito fundamental de segunda geração, nos artigos 205 e 215 da Constituição da República Federativa do Brasil. O fato de ser classificado como de segunda geração implica que o seu respeito demanda uma postura positiva do Estado e da coletividade. Em outras palavras, esse direito não se aperfeiçoa com a simples não interferência estatal, não se contenta com a máxima “*laissez faire, laissez passer, le monde va pour lui-même*”³⁶.

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.

O texto constitucional é peremptório ao prever o poder-dever do Estado de assegurar direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. A própria Constituição da República conferiu esta tarefa ao Estado, revelando a natureza verdadeiramente social destes direitos. Com isto, a Constituição deixou claro que o direito à cultura não se faz simplesmente com a não interferência do estado na atividade criativa e na manifestação do pensamento. Tampouco é suficiente deixar que a iniciativa privada se encarregue de abastecer a sociedade

³⁵ ANTUNES, Arnaldo, FROMER, Marcelo, BRITO, Sérgio. *Comida*, música do grupo Titãs. Ano de lançamento: 1987. Álbum: Jesus não tem dentes no país dos banguelas.

³⁶ “Deixe fazer, deixe estar, o mundo vai por si mesmo”. Célebre dito de François Quesnay, economista francês que defendia o liberalismo econômico e a abstenção estatal, de modo que o mundo girasse por si próprio e fosse capaz de se auto regular pela equação oferta-procura. A tarefa do Estado seria apenas a de velar pela manutenção da ordem, da liberdade e da propriedade privada.

com cultura. De uma forma, a Constituição reconhece a falência da iniciativa privada ao universalizar a cultura. De outra, mostra que o direito à cultura só é plenamente satisfeito com a conduta ativa do Estado.

Alguns bens devem ser especialmente protegidos, de forma a se resguardar a cultura, o que torna o tema direito autoral ainda mais polêmico. Isto porque, se os bens sobre os quais se manifesta a cultura merecem tal proteção especial e se é verdade que a blindagem da obra contra contrafações é uma maneira de proteger a cultura, haveria aparente contradição entre o acesso à cultura e a proteção à cultura. Segundo Marilena de Souza Chaui³⁷, a cultura é assim manifestada:

[...] bens de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: 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.

No entanto, acesso à cultura e direito à cultura não são antagônicos. Ambos integram a mesma “cultura” assegurada constitucionalmente, de modo que a proteção contra contrafações não é a única forma de se preservar a cultura. Na verdade, o que o Legislador Constituinte pretendeu foi proteger a integridade do patrimônio cultural³⁸, ao mesmo tempo em que buscou universalização do acesso.

Ao assegurar o pleno exercício de direitos culturais e ao determinar que o Estado estimule a valorização das obras culturais, a Constituição Federal protege o espírito criativo do autor. Por outro lado, ao garantir o pleno acesso às fontes de cultura e ao

³⁷CHAUI, Marilena de Souza. *Direito à Cultura*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 48.

³⁸Art. 215, parágrafo 1º, da Constituição Federal: O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. BRASIL. Constituição Federal de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf. Acesso em 4 de Dez. 2012.

estabelecer que o Estado contribua com a difusão das manifestações culturais, a Constituição acalentou o direito de todos de ter acesso à cultura. Enfim, o artigo 215 da Carta de 1988 preocupou-se apenas com a preservação da criatura – a obra – e do direito de seus admiradores de conhecê-la e apreciá-la. Não se preocupou, contudo, ao menos neste dispositivo, com o direito patrimonial do criador³⁹ – o autor.

Ressalte-se o teor pragmático da norma constitucional. O direito á cultura não pode simplesmente ser classificado como um ideal, como uma daquelas normas inspiradoras do Estado. O artigo 215 da Lei Maior não é uma norma programática; tanto é assim que nos parágrafos 3º e 6º, deste mesmo dispositivo, por exemplo, o Legislador Constitucional lança mão de medidas práticas, a fim de tornar efetivo e de aplicabilidade imediata o teor do *caput*.

No artigo 216, parágrafo 6º, a Constituição permite que Estados e Distrito Federal vinculem a fundo estadual ou distrital de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais. Para evitar que seu escopo seja burlado, a parte final deste artigo veda que estes valores sejam aplicados no pagamento de despesas com pessoal, encargos sociais, serviços de dívida e qualquer outro tipo de despesa corrente não atrelada especificamente aos investimentos ou ações apoiados.

Na busca do desenvolvimento cultural do País e da “integração das atividades do poder público que conduzam à democratização do acesso às fontes de cultura e à defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro”⁴⁰, a União deverá estabelecer o Plano Nacional de Cultura, com fulcro no art. 215, parágrafo 3º, da Constituição da República, com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional 48/05. Ressalte-se a importância, destacada

³⁹De maneira oblíqua, no parágrafo 4º do artigo 215, a Constituição protegeria o autor, caso se considere como dano ao patrimônio cultural o provocado a quem concebeu a obra, e ameaça o ato de desestimular – retirando-lhe a contrapartida financeira – a produção artística. Artigo 215, parágrafo 4º. Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

⁴⁰MORAES, Guilherme Peña. *Direito Constitucional. Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 77-78.

neste dispositivo, dos incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais⁴¹. Se de um lado a Lei Maior estimula a produção de cultura contra violações, de outro incita com a mesma força o conhecimento de valores culturais.

O direito à cultura e à educação só alcança a amplitude que lhe foi constitucionalmente atribuída por meio da atividade do Estado e da sociedade, por meio de um “fazer”. Desse modo, foi imposto ao Estado um dever de efetivar esse direito por meio de políticas públicas. À coletividade também foi imposto um dever de não apenas se abster de obstar a implementação desse direito, mas de contribuir ativamente com sua efetivação.

Por trás do direito à cultura e à educação, que, por si só, já são constitucionalmente assegurados, outro direito fundamental de igual grandeza clama por atenção. O próprio direito à igualdade irradia sobre o direito à cultura e ao conhecimento. Há muito a igualdade deixou de ser apenas a isonomia formal, consistente no tratamento igualitário deferido a todo e qualquer ser humano. A efetiva igualdade só é alcançada quando, atrelada à sua expressão formal, é assegurada a sua expressão material, consistente no tratamento desigual dos que se encontrem em situações diferentes, na medida de suas diferenças.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem⁴².

⁴¹Artigo 215, parágrafo terceiro. A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. BRASIL. Constituição Federal de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf. Acesso em: 4 de Dez. 2012.

⁴²BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, in <http://www.culturabrasil.org/aosmoccos.htm>. Acesso em 3 de Ago. 2010.

É esta igualdade, conceituada por Rui Barbosa, que se pretende alcançar com a distribuição de cultura. A idéia é a de estimular a criação e disponibilização de obras artísticas para todos os gostos, de modo que o ser humano possa sorver o que aprecia e conhecer o que não aprecia ainda. O direito de ser diferente também é corolário da igualdade e a diversidade cultural é uma de suas expressões.

A diversidade cultural é um reflexo direto do respeito aos direitos fundamentais: a cultura é um conjunto de traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social. A cultura engloba, além das artes e das letras, o modo de viver junto, o sistema de valores, as tradições e crenças, assim, respeitar e fazer respeitar a cultura inscreve-se no âmbito dos direitos humanos, segundo a posição da própria UNESCO. A diversidade cultural implica ainda no respeito às liberdades fundamentais, como a liberdade de pensamento, de consciência, de religião, de opinião e de expressão, de participação na vida cultural de sua escolha, entre outras⁴³.

A educação não está encarcerada entre os muros de uma escola ou universidade. Educação é a oportunidade de aprender, de absorver informação e de formar seu caráter. Em termos simples, é o acesso ao conhecimento.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Tanto a educação não está restrita ao ensino institucional, que a Constituição fez com que fosse dever do Estado e da família, dando a entender que não se encerra no campo institucional. De outro ângulo, a Magna Charta impõe à sociedade a colaboração com a promoção e o incentivo à educação. Portanto, promover educação institucionalizada é o

⁴³BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha, BARBOSA, João Mitia Antunha *et* BARBOSA, Marco Antonio. *Direito à diversidade cultural na sociedade da informação* in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 59, Ano 15, Abril-Junho de 2007. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2007, p. 38-55.

mínimo que se pode esperar de um Estado Democrático de Direito, mas não é a única forma de se levar conhecimento a todos.

A fim de não restringir a amplitude do termo “educação” é que a Constituição a definiu por seus objetivos: pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Ao assim proceder, a Constituição Federal permitiu que se encaixasse no conceito de educação tudo quanto fosse voltado para estes fins, inclusive o conhecimento que é adquirido em bibliotecas públicas, espetáculos de teatro, mostras artísticas, pesquisas na *web*. Enfim, todo meio de se adquirir conhecimento.

A Declaração Universal de Direitos Humanos⁴⁴ é ainda mais complexa e genérica ao delinear os escopos educacionais, de maneira a ampliar a extensão do conceito de “educação. Estabelece que a educação tem por fim o desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento pelos direitos humanos e liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre nações e diversos segmentos sociais.

Artigo 26.

(1) Todo o homem tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos nos graus elementar e fundamental. O ensino elementar é obrigatório. Ensino técnico e profissional deve ser feito generalizadamente disponível e o ensino superior deve ser igualmente acessível a todos, em função do seu mérito.

(2) A educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações, grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

(3) Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o tipo de instrução que será ministrada a seus filhos.⁴⁵

⁴⁴UNITED NATIONS. *The Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <http://www.un.org/en/documents/udhr/#atop>. Acesso em 7 de Jul. de 2010.

⁴⁵No original: “Article 26.

(1) *Everyone has the right to education. Education shall be free, at least in the elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory. Technical and professional education shall be made generally available and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit.*

(2) *Education shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms. It shall promote understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups, and shall further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.*

(3) *Parents have a prior right to choose the kind of education that shall be given to their children”.*

Destaque-se que ambas as Cartas – a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988 – asseguram a educação como direito de todos, sem distinções. Da mesma forma, ambas asseguram a todos o acesso à cultura e os direitos autorais.

Artigo 27.

(1) Todo o homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e seus benefícios.

(2) Todo o homem tem direito à proteção dos interesses morais e os materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor⁴⁶.

Como, então, confrontar acesso à cultura e ao conhecimento e direitos autorais, ambos direitos humanos e corolários do próprio direito à educação e à cultura? Será possível que haja um vencedor nesta batalha? Estas perguntas não poderiam ser respondidas e seria agasalhada a injustiça, se não fosse avaliado o que há do outro lado da balança.

1.4. O Direito Fundamental à Propriedade

O reconhecimento da propriedade como direito “rigorosamente individual”⁴⁷ ocorreu ainda no direito romano e foi reforçado com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estabeleceu a propriedade como “direito inviolável e

⁴⁶No original: *Article 27.*

(1) *Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits.*

(2) *Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.*

⁴⁷COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998, p.11.

sagrado”. A importância e o fundamento da propriedade são encontrados na própria “Teoria da Natureza Humana”, como profetiza Maria Helena Diniz⁴⁸:

[...] a propriedade é inerente à natureza do homem, sendo condição de sua existência e pressuposto de sua liberdade. É o instinto de conservação que leva o homem a se apropriar de bens, seja para saciar sua fome, seja para satisfazer suas variadas necessidades de ordem física e moral. A natureza humana é de tal ordem que ela chegará a obter, mediante o domínio privado, um melhor desenvolvimento de suas faculdades e de sua atividade.

Assim definida, a propriedade é inquestionavelmente um direito fundamental, assegurado a todos os indivíduos. Seria ela, não apenas a maior ambição das pessoas, mas uma condição sem a qual, no mundo capitalista, não existe a pessoa humana em sua plenitude. Esse excesso de individualismo, contudo, teria culminado, durante a Revolução industrial, no maior paradoxo de desigualdade social, que persiste até os dias atuais: a concentração exacerbada da riqueza nas mãos de poucos, à custa da miséria de muitos.

Sob a influência das doutrinas socializadoras, especialmente de Marx e Engels, o mundo houve de se curvar ao intervencionismo estatal na economia, com vistas ao restabelecimento do equilíbrio sócio-econômico. Esse fenômeno pós-liberalismo só poderia resultar em uma profunda revisão do próprio instituto da propriedade, o que provocou uma mudança significativa em sua concepção. A propriedade continuou a servir a seu titular e aos interesses dele, proporcionando-lhe conforto e segurança. Mas o direito de propriedade passou a somente ser assegurado de modo quase absoluto e perpétuo se “exercido em condições tais que, além de possibilitar a justa recompensa individual, exerça uma função construtiva na melhoria das condições de vida do conjunto social”⁴⁹.

⁴⁸DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83/84

⁴⁹COSTA NETTO, *op.cit.*, p.11.

Eis a semente da célebre “função social da propriedade”. Foi essa tendência, de verdadeira “humanização da propriedade”⁵⁰, o que fez introduzir no corpo da Lei Fundamental – art. 5º, XXIII – a função social da propriedade como limitadora do próprio direito de propriedade. Isso porque, se a lei não contém palavras inúteis, a Constituição da República muito menos.

Enquanto no inciso XXII assegura o direito de propriedade, logo no inciso seguinte traz a função social da propriedade. Pelos princípios segundo os quais não existem normas constitucionais inconstitucionais, ou incompatíveis entre si, tampouco existem normas constitucionais de peso maior que outras, a única conclusão que pode ser alcançada é a de que ambos os institutos, propriedade e função social, convivem harmonicamente.

Mais do que isso, exercem efeitos recíprocos uma sobre a outra, para revelarem que não é assegurada a propriedade que não cumpra sua função social, bem como que não há função social que justifique o caos e o desrespeito à propriedade privada. Isso é possível, em razão da elasticidade dos direitos fundamentais, o que permite que, em situações limítrofes, esses direitos se acomodem aos contornos do outro – de igual importância, por seu *status* constitucional. Desse modo, os direitos fundamentais vivem em tensão recíproca e não se anulam, nem se excluem, mas convivem, prevalecendo em maior ou menor grau em cada caso concreto.

Isso conduz ao pensamento de Celso Bastos, que sintetiza perfeitamente a concepção moderna do direito de propriedade, em especial, a intelectual, objeto deste estudo monográfico:

⁵⁰DIAS VARELLA, Marcelo. *Propriedade Intelectual de Setores Emergentes*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 22 e 23. Segundo o autor, o mundo estaria assistindo a uma “humanização da propriedade”, que seria “uma tendência, não de abolição da propriedade privada, pelo contrário, que não revela qualquer abandono à concepção individualista da propriedade, mas nota-se uma crescente determinação de limitar, restringir, ou até mesmo desapropriar a propriedade, quando o interesse da coletividade assim exigir e fazer preponderar o interesse público sobre o particular”.

Este não é senão um subproduto natural e espontâneo da livre atuação humana que, motivada pela recompensa que pode advir da exploração do bem, sobre ele exerce uma criatividade e um trabalho sem equivalente nos países que a renegam. Portanto, há uma perfeita sintonia entre a fruição individual do bem e o atingimento da função social⁵¹.

Passa-se, assim, à análise do terreno onde é travada a batalha entre os dois direitos fundamentais (direito de propriedade e direito à cultura): a internet.

⁵¹BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988/1989, p. 124 e 125.

2. INTERNET: VÍCIOS E VIRTUDES.

A informática, por definição, seria a ciência que busca técnicas para conferir tratamento automático e racional à informação⁵². As raízes mais remotas de um instrumento que se prestasse a essa ciência estaria no ábaco, engenho empregado por mercadores há mais de 2.000 anos. Esse engenho era composto por pedrinhas (as *calculi*), usadas para fins de contabilidade e cálculos precisos⁵³.

Hoje, o mais notável servo da informática é o computador, engenho concebido contemporaneamente, composto de elementos físicos em esquemas eletrônicos e desenvolvido para, respondendo às instruções que lhe são dadas, realizar tarefas com precisão de dados, em alta velocidade.

Três gênios firmaram as bases conceituais do que viria a ser conhecido como computador⁵⁴. Charles Babbage, em 1834, inventou uma máquina capaz de executar e memorizar cálculos matemáticos por comandos predefinidos em programas, por meio de chaves de entrada e de saída de informações. George Boole, em 1847, desenvolveu uma teoria fundada na análise matemática por meio de sinais lógicos (“e”, “não” e “ou”) e de um sistema binário de numeração, cujos algarismos 0 e 1 representariam a ausência ou presença de determinado estado de corrente elétrica (“ligado” e “desligado”, respectivamente correspondentes a 0 e 1).

Por fim, Herman Hollerith, em 1890, criou uma máquina eletromecânica capaz de ler dados inscritos em cartões perfurados, o que permitiu que o censo nos Estados Unidos da América fosse realizado em tempo recorde. Hollerith, então, viria a fundar a *Tabulating*

⁵²KANAAN, João Carlos. *Informática Global*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 23-31.

⁵³ZDRAVKOVA, Katerina. *Origins of Contemporary Informatics*. Disponível em: <http://www.ii.edu.mk/predmeti/Filozofija/Pdf/doc/Origins%20of%20Contemporary%20Informatics.doc>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

⁵⁴PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14-15.

Machine Company, que reproduziria seu engenho e, mais tarde, viria a fabricar os primeiros computadores. Nascia a IBM – *International Business Machine*.

Desde a calculadora inventada por Hollerith, muita tecnologia ainda foi desenvolvida, amparada em estudos de microeletrônica. Surgiram os gigantescos computadores movidos a válvula, que operavam o sistema binário; transistores, que substituíram as válvulas; circuitos integrados, que são um conjunto de transistores; microprocessadores, que é uma partícula de silício em que é condensada uma série de transistores etc, até que finalmente fosse concebido, pela Intel, o primeiro computador pessoal, o “jurássico” 286.

Quase um século após o invento de Hollerith, TIM Bernes Lee, físico inglês, desenvolve a linguagem HTML, HyperText Markup Language⁵⁵, e cria o primeiro projeto de rede mundial de computadores, batizada de World Wide Web, a popular WWW. Nascia a Internet.

A *Inter Communication Network*, mais conhecida como Internet, é a rede mundial de computadores, pela qual os computadores a ela conectados se comunicam em tempo real. Esse engenho viabiliza a troca de mensagens e arquivos de dados e imagens entre usuários da rede. É por isso que a internet é uma invenção comparada ao próprio alfabeto: surgiu para revolucionar as relações humanas, em todos os seus aspectos.

Alvin Tobbler⁵⁶ teria dividido a evolução da humanidade em três grandes ondas. A primeira delas, a Era Agrícola, seria marcada pela transição do nomadismo para a sociedade de cultivo da terra, em que propriedade seria a exteriorização da riqueza e do poder. A segunda, a Era Industrial, teria começado com a própria Revolução Industrial. Nesse período, a riqueza e o poder passaram a ser representados não apenas pela propriedade –

⁵⁵“Linguagem de marcação de hipertexto”, em tradução livre.

⁵⁶TOBBLER, Alvim *apud* PINHEIRO, Patrícia Peck, *op. cit.*, p. 5-7.

agora dos meios de produção como um todo, não só da terra – mas também pelo capital e pelo trabalho.

A Terceira Onda, a Era da Informação, conquistara seu espaço bem em meio à segunda e fora perpetuada na evolução da Humanidade. Chegara a Era dos meios capazes de veicular grandes volumes de informação. O mundo conheceu o telefone, o rádio, o cinema, a televisão e, é claro, a internet. A diferença desta última criação para as demais reside em dois elementos: velocidade de transmissão das informações, que foi absurdamente incrementada pela internet, e descentralização da origem das informações veiculadas, pois o emissor pode ser qualquer um que disponha de um computador conectado à rede.

Interessante é o fato de que a internet aliou os caracteres mais marcantes das duas maiores invenções da História para as artes contemporâneas. Nela convergem o atributo divulgador dos escritos, característico do engenho da prensa mecânica, e o atributo propagador visual, próprio dos inventos televisivos – cinema e televisão. Esses caracteres em conjunto catalisam o papel da internet como propulsora de informações em massa.

É nesse ambiente proliferador de informações que toda individualidade tende a florescer. A internet se mostra muito mais democrática do que os meios de comunicação que a precederam, pois ela é mais do que um veículo em que o conteúdo recebido é imposto ao seu destinatário pelo emissor. Ela é uma palheta composta de um número infinito de cores. Em outras palavras, é um meio cujo conteúdo é inesgotável e as possibilidades de escolha são infinitas.

A Internet é mais que um simples meio de comunicação eletrônica, formada não apenas por uma rede mundial de computadores, mas, principalmente, por uma rede de Indivíduos. Indivíduos com letra maiúscula, porque estão inseridos em um conceito mais amplo, que abrange uma individualização não só de pessoas físicas como também de empresas, instituições e governos. A internet elimina definitivamente o conceito de corporação unidimensional, impessoal e massificada⁵⁷.

⁵⁷PINHEIRO, *op.cit.*, p. 1-2.

A internet costuma ser acusada de ter tornado as relações humanas impessoais, superficiais, robotizadas. No entanto, essa falácia não mais subsiste, quando a internet já provou que, apesar de afastar fisicamente os indivíduos, os tornou mais próximos mentalmente.

O pessimismo do passado profetizava que os meios eletrônicos fariam com que as pessoas perdessem suas identidades e suas relações de afeto. Entretanto, o que se vê hoje é um número cada vez maior de personalidades, de pessoas que revelam suas identidades e se tornam famosas no espaço virtual – e só nele.

Por outro ângulo, relações afetivas inertes, desestimuladas pelas próprias peculiaridades de cada ser humano, como timidez, homossexualidade, infidelidade, traumas, imperfeições físicas, inibições, encontraram, no fantástico mundo virtual, o caminho da erupção. É incontestável o potencial da internet para agregar pessoas, haja vista seu incontável número de *sites* de relacionamento, nos quais cada um pensa ter a opção de mostrar apenas o melhor de si.

Nesse mundo, a exposição da pessoa pode ser ampla, potencializada que é pelas mídias sociais, como *Facebook*, *Orkut*, *Twitter*, e mesmo os simples grupos de pessoas nos provedores de *e-mail*. Ainda assim, a exposição é, ao menos aparentemente, mínima, na medida em que o exposto sempre estará protegido pelo escudo da tela do computador. Aquele que se expõe nesses veículos acredita ter o poder de controle sobre o que circula a seu respeito, pois é, na maioria das vezes, ele mesmo quem alimenta sua auto exibição.

Nesse contexto de expansão da personalidade individual, a criatividade humana, obviamente, como manifestação do espírito humano, também pôde ocupar o seu lugar. Sem a necessidade de investir muito tempo ou dinheiro, a arte pôde não apenas ser melhor divulgada no meio eletrônico, como foi desenvolvida uma arte própria dos meios eletrônicos.

Pela primeira vez na História, o moderno passou a preceder o antiquado. Um exemplo comum disso é o dos *blogs*, sítios eletrônicos criados por pessoas que desejam compartilhar seus pensamentos e imagens. Cada obra disponibilizada no *blog* é rapidamente divulgada e conhecida pelo mundo todo e, somente quando reconhecida na própria internet, é que será publicada pelos meios tradicionais, ou seja, cinema, televisão, livros, cds.

E talvez nunca o seja. Uma economia específica para a internet tem-se desenvolvido, de forma que o trabalho do artista passa a ser fomentado e remunerado para que ele produza sua arte exclusivamente nos meios virtuais. Alguns livros jamais serão materializados em celulose: serão para sempre *e-books* – livros virtuais. Isso porque existe um mercado para a arte virtual, que não demanda mais que ela seja manifestada nos materiais tradicionais.

O espaço cibernético é mais do que um Planeta Terra sem fronteiras: é um todo, um universo que desconhece os conceitos de país, Estado, nação, povo, território.

Deve-se, em parte, à internet a globalização. Não seria possível derrubar os limites geográficos do mundo, para o comércio, para as relações interpessoais, para a propagação de notícias, sem um mecanismo rápido de comunicação entre pessoas localizadas em diferentes pontos do globo terrestre.

Assim como o avião estreitou a distância geofísica, a internet estreitou a distância pessoal. O avião permitiu o ligeiro deslocamento e a internet a ligeira comunicação. Com isso, ambas as invenções revolucionaram o século passado e despertaram no âmago humano a sensação de que tudo é possível, ao apresentarem ao mundo os contornos da globalização.

No que concerne à comunicação, a primeira ferramenta a transformar o comportamento humano foi, sem dúvida, o telefone. Essa invenção permitiu que pessoas que não se encontrassem a curtas distâncias pudessem ouvir uma a outra. A internet não apenas

revolucionou, como sacudiu os alicerces do relacionamento social: permitiu a veloz comunicação oral, escrita e visual, até mesmo com multiplicidade de interlocutores. Ao unir voz, imagem e texto, a internet combinou os prestígios do cinema e da televisão, do telefone e da carta.

É certo que não são devidos à internet apenas elogios – as críticas que lhe são feitas não são menos merecidas. Toda invenção é tão falha como pode sê-lo o espírito e o caráter humanos que lhe deram vida. O avião, que se propunha a aproximar pessoas, acabou por distanciar-lhes os sentimentos e as razões, revelando-se como poderosa arma de guerra. A internet não faz por menos: há toda uma guerra travada em âmbito virtual, envolvendo *crackers*, *hackers*, criminosos, curiosos, vítimas e especialistas na ciência da computação. A contrafação de obras artísticas é apenas uma das muitas faces da guerra cibernética.

Ressalte-se que toda a problemática deduzida nesta obra está em harmonizar dois fenômenos marcantes da Era Digital: Globalização e Individualização. Isto quer dizer que a solução para o problema da contrafação de obras artísticas só será solucionado quando um dos interesses, o individual ou o coletivo, puder ter seu caminho desviado, já que hoje estão em rota de colisão. É justamente isso o que será proposto ao final.

Internet não é um local físico que realize operações; é uma Rede ou Sistema, com um conjunto de Repertórios. Esse Conjunto de Repertórios é composto de computadores (conjunto de dispositivos ligados), satélites e cabos (meio físico), determinada linguagem e um endereço lógico, que indica a posição que os componentes possuem, na Rede⁵⁸.

Dessa definição é que se extrai a dificuldade de persecução dos crimes praticados no meio virtual, bem como de apreender os produtos desses crimes. No caso da propriedade intelectual, o obstáculo está no fato de que o objeto de contrafação não é

⁵⁸DE INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria. *Crimes na internet*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 5

armazenado em um recipiente físico; o produto da contrafação é armazenado no meio virtual, ou seja, em um ambiente que não existe na mesma dimensão em que existe a espécie humana.

Esse, aliás, era o objetivo primeiro da internet. Concebida para fins militares, a inicialmente denominada “Arpanet” se prestava ao armazenamento de confidências militares norte-americanas, durante a Guerra Fria, para que não se perdessem ou fossem descobertas, em caso de ataque inimigo a uma de suas bases militares. Portanto, não causa admiração que o invento tenha alcançado o seu fim e que, em exercício de lastimável ironia digital, tenha tornado tão difícil a persecução de ilícitos.

Entretanto, após desviar-se dos propósitos exclusivamente militares, para tornar-se uma ferramenta da sociedade civil, a internet passou a servir como canal de propagação do conhecimento acadêmico, usado por professores e alunos em Universidades americanas. Isso revela que, embora nascida como ferramenta de ocultação da informação, a internet se firmou como veículo divulgador de informação.

Este nem é o único paradoxo da história da internet. O futuro mostraria que o louvável propósito de compartilhamento da informação, em moderna incorporação dos ideais de Voltaire e Bacon, acabaria deturpado, voltando a divulgação da criatura – a obra do intelecto – contra seu próprio criador, o autor.

Antes, contudo, de dar por procedentes as acusações imputadas à internet – de violadora ou, ao menos, facilitadora de violações a direitos autorais –, deve-se averiguar sobre que valores a sociedade moderna está assentada. A sociedade como um todo já vem tolerando as violações domésticas a direitos autorais. Um exemplo bastante cotidiano do que parece estar sendo tolerado, se não estimulado, pela sociedade é o dos *downloads* de músicas, obras literárias e filmes levados a efeito por reles mortais, no conforto de seus lares.

Seria, então, a internet um moderno Robin Hood⁵⁹, privando os ricos em conhecimento do retorno financeiro por suas obras, para distribuí-las aos famintos de saber? Estaríamos mais perto da sonhada biblioteca de Voltaire⁶⁰? Só em contos de fadas se poderia sonhar com o sacrifício eterno do interesse individual em favor do coletivo.

Imagine, portanto, se Steven Spielberg embarcaria em uma de suas megalomaníacas e multimilionárias produções, por mero altruísmo, sem que um centavo lhe fosse vertido ao final. Aliás, quem pagaria esta conta, se o patrocínio, a bilheteria e a venda de produtos ligados ao filme não fossem suficientes para cobrir ao menos os custos dessa superprodução?

Este exemplo ilustra a falibilidade dos extremos: não se vive apenas de dinheiro em um mundo capitalista – porquanto a sociedade clama por entretenimento e saber – tampouco se vive só de cultura. O criador precisa existir para conceber a criatura. Mais do que isso, precisa ter saciada sua própria sede de conhecimento e prazer, para que se sinta motivado a criar. Mesmo os antigos artistas, como Molière, Henry Miller e Modigliani, que praticamente passaram necessidades ao longo de toda a sua vida, apenas criavam porque acreditavam que isso mudaria suas vidas, inclusive financeiramente. Disso tudo se conclui

⁵⁹Robin Hood, personagem do folclore britânico, era um habilidoso arqueiro dos bosques, célebre por sua ambição de “roubar dos ricos, para entregar aos pobres” – fonte: http://en.wikipedia.org/wiki/Robin_Hood. Acesso em 4 de Mai. 2010.

⁶⁰Voltaire acreditava em um templo em que todo o conhecimento do mundo pudesse ser difundido por qualquer um que soubesse escrever e tivesse eloquência suficiente para fazê-lo, e sorvido por qualquer um que pudesse ler. Um espaço público, onde idéias poderiam ser divulgadas livremente, sem a necessidade da “benção” da classe dominante, do Rei, da censura, dos editores ou de quem quer que fosse. Para ele, a educação e a cultura seriam as bases da libertação e da igualdade. Isso o levou a travar seu célebre conflito com Rousseau, após ter lido o “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens” (*Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*) escrito por este último, que o primeiro acusou de ser um livro contra o gênero humano. Voltaire teria escrito a Rousseau, sobre o livro, dizendo-lhe: “On n'a jamais employé tant d'esprit à vouloir nous rendre bêtes”. Em tradução livre, nunca empregamos tanto conhecimento na vontade de nos tornarmos animais. Acrescentou que “il prend envie de marcher à quatre pattes quand on lit votre ouvrage”. Ou seja, dá vontade de andar sobre quatro patas quando se lê o livro de Rousseau. Com isto, ele ironizava o discurso de Rousseau, que justificava desigualdades sociais no fato de que o conhecimento mereceria ser elitizado. DARNTON, Robert. *La Bibliothèque universelle de Voltaire à Google*. Le Monde Diplomatique: Março de 2009, 56º ano, nº 660, p. 1.

que, embora linda a idéia da Casa de Salomão⁶¹ ou da Biblioteca Universal de Voltaire⁶², essa idéia não se sustenta no plano do possível.

A crença de que, só porque todos ou quase todos os indivíduos cometem um ilícito, ele deixou de existir é falha. Essa crença conduziria à anarquia total, uma vez que o Estado nada mais seria capaz de impor. Por outro lado, desestimularia a produção de propriedade intelectual, pois o autor não vive apenas de altruísmo e êxtase pelo que criou. Desde a Renascença, o artista é capitalista, sempre estimulado por um *mecenas*. Nem poderia deixar de sê-lo, se faz de seu talento sua ferramenta de trabalho, da arte seu meio de vida.

Nem vilania, nem heroísmo. A internet ainda não merece nenhum destes troféus. Por enquanto, não passa de uma criança que ainda não sabe controlar suas virtudes e que tampouco revelou todos os seus vícios.

⁶¹Termo criado por Francis Bacon, em sua obra Nova Atlântida, para designar um santuário do conhecimento. Nova Atlântida seria um lugar utópico, que teria alcançado os níveis ideais de ciência, ordem social e evolução espiritual. Nessa cidade utópica, o conhecimento seria o caminho para a própria felicidade e a Casa de Salomão, a ferramenta mais poderosa dos sábios para alcançarem o bem-estar social. BACON, Francis. *The New Atlantis*. Harvard Classic v. 3, part 2. New York: P.F. Collier & Son Company, 1909-1914. New York: Bartleby.com, 2001. Disponível em: www.bartleby.comAcesso em 4/5/2010.

⁶²Extraído do jornal *Le Monde Diplomatique*, 56º ano, nº 660, de Março de 2009, p. 1. Em tradução livre, a Biblioteca Universal, idealizada por Voltaire, era um sonho, resultado da crença dos Iluministas no mundo das idéias. Esse mundo, apelidado de República das Letras, seria um território sem polícia ou fronteiras e sem desigualdades, além das diferenças de talentos pessoais. Qualquer um dotado do que eles chamavam de dois atributos da cidadania – a escrita e a leitura – poderia lá se instalar. Caberia aos escritores formular as idéias e aos leitores, apreciar o bem-fundado. Portados pela autoridade da palavra impressa, os argumentos se difundiriam em círculos concêntricos e somente os mais convincentes seriam capazes de sustentá-los.

3. REGIME JURÍDICO DO DIREITO AUTORAL

As contrafações perpetradas por meio da internet, em especial o *download* de arquivos eletrônicos sujeitos a proteção autoral, foi objeto de casos emblemáticos, julgados tanto por Cortes estrangeiras, tanto por nacionais. Para análise no presente trabalho, foram colhidos alguns, por terem-se tornado mais famosos dadas as peculiaridades e a popularidade do próprio sistema de *downloads* que foi objeto das controvérsias envolvidas.

Antes, porém, de se chegar ao clímax – a análise dos referidos precedentes – foi necessário pincelar alguns pontos sobre as características do objeto da proteção do direito autoral e sobre o regime jurídico do direito autoral no Brasil, bem como circunscrever o objeto do presente estudo aos direitos patrimoniais de autor. É o que será feito a seguir.

3.1. Fundamentos e características do objeto de proteção do direito autoral

A proteção aos direitos autorais busca materializar valores julgados de máxima importância pela própria Constituição da República Federativa do Brasil – art. 5º. Esse dispositivo consagra como direitos e garantias fundamentais a liberdade de manifestação do pensamento; a liberdade de consciência, de culto, de convicção filosófica ou política e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; o direito de propriedade e o direito exclusivo dos autores à utilização de suas obras. A mistura de proporções precisas de cada um desses ingredientes é a receita a que se denomina direito autoral.

É por meio de sua livre manifestação de pensamento que o autor revela ao mundo sua liberdade de consciência, de culto, de convicção filosófica ou política. O resultado desse exercício de livre manifestação de pensamento resulta na expressão do próprio espírito

humano, ou seja, na materialização do exercício intelectual, artístico, científico ou comunicativo do autor. E por ser expressão do espírito humano, a obra é considerada extensão da própria personalidade do autor, razão pela qual ele goza do direito personalíssimo ao uso de sua obra. Como criador de seu próprio mundo – a sua obra – o autor se torna, ao dar-lhe existência, natural e legítimo proprietário dela.

Nem tudo é tão bonito e óbvio quanto parece. O direito do autor não é absoluto. Desde a Antiguidade, o mundo conhece o famoso embate indivíduo/sociedade, que já foi bandeira de sangrentos conflitos e filosóficas discussões. Os dois pólos – interesse individual e interesse coletivo/público – já foram muitas vezes injustamente desenhados como se o diâmetro que os separasse fosse maior do que o real.

A falácia de que nenhum interesse da coletividade pode ser exercitado, se maximizado o interesse individual, já caiu por terra, de modo que a Constituição Federal de 1988, prevenida, busca a harmonia dos extremos com a realização de um por meio do outro. Celso Bastos observa que o objetivo da Constituição de 1988 seria o de “uma maximização do atingimento dos interesses sociais pelo exercício normal dos interesses individuais”⁶³.

O objeto de proteção dos direitos autorais é a obra em sua concepção estética, a sua forma de expressão, e não a idéia que a originou. “Assim, por mais original que possa ter sido a idéia e mesmo que tenha sido elemento decisivo na composição de determinada obra, somente esta, a obra concretizada, será objeto de proteção”⁶⁴. Nesse sentido, a lição de Luciana Freire Rangel⁶⁵:

O direito de autor é uníssono em assegurar proteção à obra já materializada, não à idéia que a originou. Como já vimos, as razões são bastante claras e objetivas. O entendimento é de que não se pode privar uma pessoa de criar sobre uma idéia, porque outra pessoa o fez anteriormente; caso contrário,

⁶³BASTOS, Celso. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988/1989, p. 125.

⁶⁴Brasil. Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator Desembargador Décio Xavier Gama. Julgamento em 11 de Fevereiro de 1992. Apelação Cível 946/91.

⁶⁵RANGEL *Apud* COSTA NETTO, *op. cit.*, p. 55.

teríamos toda a produção intelectual impedida de ser realizada. Outro ponto muito importante é que cada criador tem um modo distinto de decodificar a idéia, ou seja, quando a materializa o faz colocando suas características pessoais. E é exatamente o resultado materializado desta 'decodificação' que o direito de autor protege.

Protegida será, pois, a forma de expressão, não importa qual seja o seu gênero, a sua qualidade ou a sua destinação. Basta que: a) seja literária, artística ou científica; b) tenha originalidade; c) esteja no período de proteção compreendido pela lei⁶⁶. A originalidade aí referida não deve ser confundida com novidade, requisito para obtenção de privilégios de propriedade industrial, consistente na exigência de que o modelo, desenho ou invenção tenha uma característica inovadora de natureza objetiva. A originalidade exigida para a proteção do direito autoral é de natureza subjetiva e consiste na qualidade de tornar exclusiva uma obra, tendo em vista as características próprias da modalidade intelectual em questão⁶⁷.

Entendido esse fundamento, poderíamos dizer que as obras intelectuais podem ser absoluta ou relativamente originais. No primeiro caso, quando a criação não foi derivada de outra obra intelectual e, no segundo, quando a derivação efetivamente ocorreu (traduções, adaptações e outras transformações de obra intelectual apresentadas como “criação intelectual nova”), quando, então, deverá ser respeitado o direito de autor da obra pré-existente. Cabe reafirmar, aqui, que, a exemplo do autor da obra pré-existente, o autor da obra derivada adquire titularidade originária dos direitos de autor correspondentes a essa nova obra⁶⁸.

A princípio, o titular originário do direito autoral só pode ser o criador, ou seja, a pessoa física que deu vida à obra intelectual. Pela Convenção de Berna, e suas revisões de 1971 e 1979, assim como pela legislação brasileira⁶⁹, salvo prova em contrário, deve ser considerado autor, aquele que puder ser identificado como tal pelo nome civil, completo ou

⁶⁶JESSEN, Henry *apud* COSTA NETTO, *ibid.*, p. 56.

⁶⁷COSTA NETTO, *ibid.*, p. 57.

⁶⁸*Ibid.*

⁶⁹Lei de Direitos Autorais. Lei 9.610/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 15 de Set. de 2013.

abreviado, ou até mesmo por suas iniciais, pseudônimo ou sinal convencional, em conformidade com o uso.

3.2. Breves comentários sobre o regime jurídico do direito autoral no Brasil

A primeira vez em que se conferiu proteção aos direitos autorais no Brasil ocorreu em 1827, pouco tempo depois da Proclamação da Independência do país. Com o surgimento dos primeiros cursos jurídicos em Olinda, fora atribuído aos professores da faculdade ali instalada o privilégio da exploração por dez anos dos textos que publicassem. Era só o começo; em 1830, o Código Penal veio criminalizar a reprodução não autorizada de obras⁷⁰.

No plano internacional, a Convenção de Berna de 1886, da qual o Brasil é signatário, é o mais importante diploma normativo internacional sobre direitos autorais e está em pleno vigor. Dentre as normas estatuídas pela referida Convenção, algumas merecem destaque, como aquela que “define como obra literária e artística toda e qualquer produção no campo literário e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão”⁷¹.

Além dessa, outras três regras traçadas pela Convenção de Berna são de curial importância: i) aquela que estabelece que o objeto da proteção do direito autoral é a manifestação do espírito criador – e não a ideia; ii) a divisão bem delineada dos direitos de autor em patrimoniais e morais, tornando esses últimos irrenunciáveis, ainda que seja possível a disposição do direito de exploração da obra em favor de terceiros; iii) o denominado *droit de suite*, que confere ao autor o direito de participação nos lucros de qualquer forma de exploração de sua obra.

⁷⁰FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Direito de Autor* - proteção e disposição extrapatrimonial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16.

⁷¹*Ibid.*

Precedida pela Convenção de Berna de 1886, a Constituição de 1891 foi categórica ao, no mesmo artigo em que assegura o direito de propriedade, fazer inserir um parágrafo para garantir ao autor o direito exclusivo de reprodução de sua obra:

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.

O Código Civil de 1916, inspirado no Código Napoleônico, tinha índole individualista e voluntarista, consagrando os anseios da burguesia e, portanto, fazendo da propriedade a sua máxima. As duas Grandes Guerras Mundiais fizeram com que o mundo revisse sua mentalidade extremamente patrimonialista e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, após a Segunda Guerra Mundial, acabou por semear na humanidade um pouco mais de solidariedade. Passava-se, assim, a focar na dignidade da pessoa humana e as nações “correram” para constitucionalizar direitos humanos⁷².

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, consagra o direito autoral, em seus art. 5º, incisos XXVII e XXVIII:

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 imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização e aproveitamento econômico das obras que criarem ou participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

⁷²*Ibid.*, p. 23.

Algumas teorias tentaram atribuir natureza jurídica ao direito autoral. Há duas teorias monistas: uma que o considera direito da personalidade e outra para a qual ele seria direito real. Ambas pecam pelo excesso. A primeira, por apenas prestigiar a face moral do direito autoral; a segunda, por supervalorizar seu aspecto material⁷³.

A teoria dualista, ao reconhecer a existência de dois direitos – um patrimonial e outro extrapatrimonial – ambos derivados da obra intelectual, parece mais ponderada. Isso porque, como ensina Desbois⁷⁴:

A partir do momento em que o autor decide publicar sua obra, um direito patrimonial apreze e vai viver uma vida própria, porque o fato mesmo da publicação dá ao escritor e ao artista a possibilidade de se dedicar a exploração pecuniária, pela via da reprodução ou da execução, conforme o caso. Tal é o princípio da concepção dualista dos direitos de autor, na qual prerrogativas pecuniárias e morais se desenvolvem separadamente, mas de forma que as segundas possam, às vezes, se opor ao curso das primeiras, para que seja assegurada a salvaguarda dos interesses espirituais do autor⁷⁵.

Assim, o autor, ao externar o fruto da concepção de seu espírito criativo, daria origem a dois direitos: um de ordem pessoal, que seria o direito moral do autor, e outro de índole patrimonial, que, diferentemente do primeiro, seria plenamente disponível. A doutrina dualista prevaleceu sobre a monista atualmente⁷⁶ e foi considerada pelo art. 22 da Lei 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998, atual Lei de Direitos Autorais, cuja redação é a seguinte:

Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que ele criou.

⁷³*Ibid*, p. 48.

⁷⁴DESBOIS, Henry. *Le droit d'auteur*. Paris: Dalloz, 1950, p. 264.

⁷⁵Texto em tradução livre. No original: “À partir du moment où l'auteur a décidé de publier son oeuvre, un droit patrimonial apparaît et va vivre d'une vie propre, parce que le fait même de la publication donne à l'écrivain et à l'artiste la possibilité de se livrer à une exploitation pécuniaire, par voie de reproduction ou d'exécution, selon le cas. Tel est le principe de la conception dualiste de droits d'auteur, dans laquelle prérogatives pécuniaires et morales se développent séparément, no sans que les secondes contrarient parfois le ours de premières, afin que soit assurée la sauvegarde des intérêts spirituels de l'auteur”.

⁷⁶FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 50.

A partir da adoção da teoria dualista é que surgem os mais variados conceitos de direito de autor, todos mais ou menos no mesmo sentido. Seria, pois, o conjunto de atributos (ou direitos) de ordem moral (ou extrapatrimonial) e pecuniária (ou patrimonial) que a Constituição e a lei reconhecem a todo criador de obras literárias, artísticas e científicas dotadas de alguma originalidade (e não novidade, como essencial às patentes⁷⁷), atribuindo-lhe, assim, não só a sua paternidade, como o seu aproveitamento econômico (faculdade assegurada também aos seus sucessores), por toda a sua vida ou pelo prazo que lei fixar.

A Fábio Vieira Figueiredo⁷⁸ pareceu muito acertado o conceito de Piola Caselli, o qual transcreve e ora também se passa a transcrever, dada a sua clareza na conceituação do direito de autor:

É, portanto, o direito do autor um poder de senhoria de um bem intelectual que contém poderes de ordem pessoal e patrimonial, qualificando-se esse direito como um direito de ordem pessoal-patrimonial⁷⁹.

Destaca-se que o conceito de Piola Caseli, acima transcrito adota implicitamente a teoria dualista, linha que também será perfilhada nesta monografia. Por isso, adiante, serão destrinchadas, as características de cada uma das faces do direito autoral, a começar por sua porção moral.

3.2.1. A face moral do direito autoral

Sendo a obra uma manifestação do espírito, não há como dissociá-la da personalidade de seu autor. Assim, como direitos da personalidade que são, os direitos morais

⁷⁷Ver Art. 8º da Lei 9.279, de 14 de Maio de 1996 (Lei de Patentes), cuja redação é a seguinte: “É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”. Lei 9.279, de 14 de Maio de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm - Acesso em 15 de Set. de 2013.

⁷⁸FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁹*Ibid.*

do autor são dotados dos atributos de indisponibilidade, intransmissibilidade e irrenunciabilidade, dada a sua essencialidade à personalidade do indivíduo. Podem ser ainda definidos como perpétuos, inalienáveis e imprescritíveis. Sobre o fato de os direitos morais de autor integrarem o conjunto dos direitos da personalidade, o escólio de José Carlos Costa Netto⁸⁰:

Sobre a integração dos direitos morais de autor à área dos direitos de personalidade, ensina, ainda, Pontes de Miranda, que o que se tutela no que denomina “direito autoral de personalidade” é a identificação pessoal da obra, a sua autenticidade, a sua autoria: “essa identificação pessoal, essa ligação do agente à obra, essa relação de autoria, é vínculo psíquico, fático, inabluível [sic], portanto indissolúvel, como toda relação causal fática, e entra no mundo jurídico, como criação, como ato-fato, jurídico”.

A fim de efetivar os direitos morais de autor, a Lei 9.610/98, em seu art. 27, enumera como direitos de autor: a) reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; b) ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado como sendo o do autor, na utilização de sua obra; c) conservar a obra inédita; d) assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; e) modificar a obra, antes ou depois de utilizada; f) retirar de circulação a obra ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação; e o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo o caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Observa-se que todos os direitos enumerados pela lei de fato circunscrevem-se à esfera moral do autor, tangenciando a sua honra, imagem, reputação, revelando que a obra é,

⁸⁰COSTA NETTO, *op. cit.*, p. 73.

sim, manifestação da personalidade humana. Alguns desses direitos se justificam pois, por meio de uma obra, uma pessoa pode se tornar muito célebre, mas também pode arruinar sua imagem para sempre, de modo que o autor possui o direito moral de desejar que sua obra não mais seja divulgada ou mesmo que sequer seja conhecida.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça chegou a condenar uma galeria de artes a indenizar um artista plástico pela realização de uma exposição de suas obras, “em detrimento do respeito ao seu autor” e à sua obra:

Embora não se possa negar ao adquirente de uma obra de arte, especialmente em se tratando de galeria de arte, o direito de expô-la, não se pode deixar sem proteção outros direitos decorrentes da produção artística ou intelectual, tais como o da titularidade da autoria e o da intangibilidade da obra. A teleologia da Lei 5.988/73, ao garantir a integridade da obra artística ou intelectual, veda utilização desta em detrimento do respeito ao seu autor, ensejando reparação do dano causado⁸¹.

3.2.2. A face patrimonial do direito autoral

Desde as lições de Pontes de Miranda, abaixo colacionadas, a propriedade já figurava dentre os direitos de autor. É ela o conteúdo material do direito autoral, consistente em sua fração disponível, como se extrai do trecho transcrito:

Com o fazer-se a obra, adquire-se o direito autoal de personalidade, o direito de ligar o nome à obra, o direito de autor, ligado à disponibilidade do bem imaterial, separado da pessoa, e a propriedade da coisa⁸².

⁸¹Brasil. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 29 de Outubro de 1991. Publicado no DJ de 2 de Dezembro de 1991, p. 17540. RESP 7550.

⁸²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Tomo VII. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974, p. 143.

Conclui-se, pois, que, com a concepção da obra, o autor gera direito real sobre ela, dá origem a propriedade. Isso porque os direitos autorais são, para os fins legais, considerados bens móveis⁸³.

Essa propriedade não recairia sobre a abstração mas sobre sua forma concreta, ou seja, sua realização. Nas palavras de Figueiredo⁸⁴, “o que se protege é o ‘fluxo de ideias’, lapidado e corporificado”.

Como a maioria dos doutrinadores defende que os principais atributos da propriedade são o uso, o gozo, a disposição e a seqüela⁸⁵, e esses quatro elementos estão presentes no direito autoral patrimonial, nada mais justo que caracterizá-lo como legítimo direito real de propriedade. O autor é, portanto, proprietário de sua criação.

Carvalho Santos traça um silogismo interessante para justificar isso: se a Constituição Federal assegura ao autor o direito exclusivo de reproduzir a obra literária, científica e artística – ou seja, confere ao autor um direito exclusivo sobre a coisa – e o direito exclusivo que está no patrimônio de alguém é denominado tecnicamente direito de propriedade, então o direito de autor não poderia deixar de ser direito de propriedade⁸⁶.

A existência dessa face essencialmente patrimonial e disponível do direito autoral não o descaracteriza como direito da personalidade, ou seja, não acarreta nenhuma inconsistência ou incompatibilidade com a existência de direitos autorais, de índole puramente espiritual (extrapatrimonial) e inalienável. No mesmo sentido, o extrato da doutrina de Fábio Vieira Figueiredo.

Não perderá, dessa guisa, a fração extrapatrimonial, seu caráter de essencialidade, indisponibilidade e, ainda, indissociabilidade com o espírito do autor. Entretanto, importa realçar que o direito extrapatrimonial do autor

⁸³FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁴*Ibid.*, p. 56.

⁸⁵*Ibid.*, p. 56.

⁸⁶SANTOS, J.M. CARVALHO. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Tomo VIII. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, arts. 554/673.

de maneira alguma enfraquece ou diminui o direito patrimonial que existe sobre a obra de criação⁸⁷.

Embora a doutrina e a legislação nacional tenham acolhido a tese de que o direito autoral constitui verdadeiro direito real de propriedade⁸⁸, vale ressaltar a divergência doutrinária, dado caráter social do direito que se contrapõe ao direito autoral no presente trabalho. Há quem sustente que o pensamento é tão valioso que deveria ser insuscetível de apropriação⁸⁹ ou que o povo deveria ser seu titular:

Manzini, por exemplo, diz que o pensamento manifestado pertence a todos, que é uma propriedade social e que não pode ser objeto de monopólio. Deboor, dessa maneira, observa que as obras do espírito devido ao seu destino, devem pertencer ao povo, sendo titular do direito o Estado, já que a humanidade não teria órgão adequado para salvaguardar referido direito.

Inicialmente, a propriedade tinha fundamento teológico e, por isso, era considerada um direito absoluto, porque sagrado. O Código Napoleônico a tornou um direito obrigacional, revestindo o proprietário de um poder que sujeitava os demais. Com o desenvolvimento dos direitos humanos da terceira geração, a propriedade passou a ser vista como uma relação de abstenções que se daria entre o proprietário e terceiros não proprietários que interagissem com a propriedade⁹⁰.

Com isso, veio a percepção da propriedade como uma relação jurídica complexa. Atualmente, não seria mais técnico falar em propriedade como um direito real absoluto imperativo. Ela passa a ser um direito maleável, dúctil, cujo conteúdo deve ser definido somente no caso concreto, quando se ponderam situações jurídicas constitucionalmente protegidas⁹¹.

⁸⁷FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 55.

⁸⁸*Ibid.*

⁸⁹Como dito anteriormente, a proteção autoral não recai sobre a ideia, a abstração, mas sobre sua materialização, sobre a forma concreta dada pelo criador à abstração.

⁹⁰FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 57.

⁹¹*Ibid.*, p. 58.

Isso pode ser extraído do fato de ter o próprio Constituinte assegurado em um inciso de seu artigo 5º – dos direitos fundamentais – a propriedade – inciso XXII – e logo abaixo – inciso XXIII – imposto que ela deveria cumprir sua função social, verbalizando que o conteúdo da primeira não é nem absoluto, nem predefinido, mas passível de ponderação, principalmente em razão de sua função social. Logo, seriam os direitos que emergem da propriedade o objeto da relação jurídica complexa e esses devem se harmonizar com as demais situações constitucionalmente protegidas. Assim,

O direito de propriedade deve ser ínsito a um direito solidarista e coletivo, deve ter uma noção pluralista. A propriedade deve ser vista como um conjunto de direitos e deveres e, por tal motivo, o entendimento de “propriedades”. Consoante os entendimentos de Massimo Bianca e Salvatore Pugliatti, um direito real fundamental, mas que não conta com limites, ônus e obrigações específicas que são estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Disso tudo se conclui que a propriedade não é absoluta. Nem por isso deixa de ser a face material – ou patrimonial – do direito de autor e foco do presente trabalho, que tem por objeto as contrafações perpetradas por meio de downloads de arquivos eletrônicos via internet. Por isso, haverá outras oportunidades adiante de voltar ao tema. Com o que já foi dito, já é possível analisar o que torna vulnerável os direitos autorais, de acordo com o direito posto, tema do item seguinte.

3.2.3. A vulnerabilidade dos direitos autorais

A contrafação, popularmente denominada “pirataria”, é muito antiga: no século XV, os corsários – principalmente franceses – pilhavam o ouro transportado pelos Estados e suas companhias, dentre as quais se destaca a Companhia das Índias. O pirata era aquele que

se apropriava de bens materiais – em especial, metais preciosos, tecidos e especiarias – alheios⁹².

No século XVI⁹³, com o pioneirismo inglês, surgem leis visando a proteger os direitos de autor, em especial dos editores, que passaram a deter, sob a supervisão do Estado, o monopólio da impressão. Com o tempo, o termo “pirata” passou a ser empregado para designar aqueles que faziam cópias não autorizadas de livros, sem o pagamento de *royalties*. Legítimos proprietários e piratas começaram a depor seus sabres e adagas, quando o bem por eles almejado deixou de ser palpável, apropriável com as mãos. Um dos bens atualmente mais cobiçados é, sem dúvida, imaterial: a propriedade intelectual. A arma hoje empunhada é a lei, e o palco onde é travada a batalha foi transferido das imponentes caravelas para o Judiciário.

Com o progresso da tecnologia, a pirataria ganhou feições ainda mais novas: agora possui um alcance muito maior, além de ser de mais difícil constatação. As novas tecnologias permitiram reproduções fiéis, de qualidade – diferentes das cópias rudimentares que antes se fazia, por exemplo, de filmes, livros e músicas – todavia não autorizadas. Por outro lado, a internet possibilitou que a pirataria alçasse voos mais distantes, uma vez que a obra rapidamente pode ser copiada por milhões de usuários.

A atual disciplina normativa acerca dos direitos autorais se mostra insuficiente diante desse novo contexto. Por outro lado, não há um órgão nacional efetivo de controle do meio digital responsável por fiscalizar e garantir o uso legal de todo o conteúdo disponibilizado na rede mundial de computadores, o que acrescenta ineficácia às leis protetivas de direitos autorais.

A Lei 9.6010, de 19 de Fevereiro de 1998, conhecida como Lei dos Direitos Autorais, define seu âmbito de proteção – a obra intelectual, como criação do espírito humano

⁹²SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2008, p.530.

⁹³“*Copyright. From Wikipedia, the free encyclopedia*”. Conceito e histórico de *copyright* segundo a Wikipedia, a enciclopédia livre. http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright#Early_European_printers.27_monopoly. Acesso em: 7 de Ago. 2013.

materializada, corporificada, ou seja, “expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que invente no futuro, nos termos de seu artigo 7º –, relacionando algumas das suas formas mais conhecidas, e dele excluindo a ideia concebida, todavia não corporificada, os procedimentos normativos, métodos, conceitos matemáticos, textos legais, normas e títulos isolados⁹⁴.

É interessante destacar que essa lei confere proteção aos direitos autorais independentemente de qualquer registro – artigo 18 – e que ela consagra a Teoria Dúplice, segundo a qual os direitos autorais possuem duas vertentes: uma patrimonial e uma moral. Assim é que a Lei 9.610/1998 enumera uma série de direitos morais do autor⁹⁵, dentre os quais quatro são transmissíveis a seus herdeiros com sua morte⁹⁶. Esses direitos⁹⁷, como já esclarecido, são inalienáveis e irrenunciáveis.

A par deles, contudo, segundo a Lei 9.610/1998, o autor é titular ainda de direitos patrimoniais⁹⁸, plenamente disponíveis e alienáveis, na forma dos artigos 49⁹⁹ a 52 da

⁹⁴Paráfrase do conteúdo do artigo 8º.

⁹⁵Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado”. Artigo 24 da Lei 9.610/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 20 de Set. de 2013.

⁹⁶ Conforme artigo 24, §1º, da Lei 9.610/1998: “Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 20 de Set. de 2013.

⁹⁷Morais.

⁹⁸Direitos patrimoniais de autor, previstos nos artigos 28 e 29 da Lei 9.610/1998: “Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

Lei. De acordo com o artigo 41, “os direitos patrimoniais de autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subseqüente ao de seu falecimento”.

Dentre os direitos patrimoniais do autor garantidos pela Lei está o de reprodução da obra, pelo qual o titular poderá colocar à disposição do público a obra, na

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

h) emprego de satélites artificiais;

i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas”. Lei 9.610/1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 20 de Set. de 2013.

^{99c}Art. 49. 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, obedecidas as seguintes limitações:

I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;

V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;

VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

§ 1º Poderá a cessão ser averbada à margem do registro a que se refere o art. 19 desta Lei, ou, não estando a obra registrada, poderá o instrumento ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos.

§ 2º Constarão do instrumento de cessão como elementos essenciais seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço.

Art. 51. A cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos.

Parágrafo único. O prazo será reduzido a cinco anos sempre que indeterminado ou superior, diminuindo-se, na devida proporção, o preço estipulado.

Art. 52. A omissão do nome do autor, ou de co-autor, na divulgação da obra não presume o anonimato ou a cessão de seus direitos”. Artigos 49 a 52 da Lei 9.610/1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 20 de Set. de 2013.

forma e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito – artigo 30. Seja qual for a modalidade de reprodução, impõe a Lei a quem couber reproduzir a obra que faça um controle do número de exemplares extraídos e que mantenha registros que permitam ao autor a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração – artigo 30, §2º, Lei 9.610/1998.

Ainda que o presente capítulo se destine a apontar as mazelas do sistema posto atualmente a serviço da proteção dos direitos autorais, não seria devido fulminá-lo por inteiro, mesmo porque ainda se presta, ao menos, ao combate da contrafação “à moda antiga” – ou seja, das cópias rudes de material protegido. O parágrafo 2º do artigo 30 da Lei 9.610 poderá ser usado como uma importante ferramenta, mesmo no trato das modernas formas de contrafação.

Por meio desse dispositivo, pode-se impor aos sites que possibilitam ou facilitam o *download* direto ou compartilhamento de obras protegidas por direitos autorais que controlem esse fluxo, até mesmo entre usuários. Se é necessário um programa de computador¹⁰⁰ que conecte os usuários à rede *peer-to-peer*, através da qual será feito o descarregamento ou compartilhamento de arquivos, é possível que esse mesmo programa – que é fornecido pelos próprios sites que fomentam a prática – faça a estatística das obras “mais clicadas”, “mais baixadas/d Descarregadas” ou “mais compartilhadas”.

Dessa forma, seria imaginável a responsabilidade do site por proporcionar o descarregamento ou compartilhamento de obras, se lhe era factível controlar estatisticamente o fluxo material e pagar, proporcionalmente aos dados dessa estatística, direitos autorais, já que auferem lucro indireto com a veiculação de anúncios publicitários. Portanto, é viável impor aos sites o controle do compartilhamento e do *download*, ou descarregamento, de obras e há previsão legal para tanto.

¹⁰⁰O funcionamento desses sites (tais como Pirate Bay, Napster e o brasileiro Cadari) e do sistema *peer-to-peer* (p2p) será melhor explicado quando da análise dos precedentes judiciais que os envolveram.

A falibilidade da Lei está no fato de ter pautado seus mecanismos de efetivação de direitos autorais e de repressão à sua infração na possibilidade de apreensão do material reproduzido e na previsibilidade de qualquer divulgação. No meio virtual, a obra se propaga rapidamente e, em um segundo, pode já estar armazenada em milhões de computadores ao redor do globo e em servidores remotos. Por outro lado, essa celeridade das relações via internet torna quase impossível premeditar quando poderá ocorrer uma divulgação (nos casos em que a transferência de material se dá entre usuários, ousa-se dizer que é de fato impossível).

Essa falha da Lei pode bem ser ilustrada pelo teor de seu artigo 102, cuja redação é abaixo transcrita:

Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível¹⁰¹.

Outra falha – ou, mais propriamente, uma lacuna – pode ser identificada no artigo 104 da Lei, que basicamente equipara a contrafator aquele que de alguma forma aliena, expõe a venda, guarda ou utiliza obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com o intuito específico de obter ganho, vantagem ou lucro direto ou indireto. Dentre os verbos empregados pelo dispositivo, a seguir transcrito, não está o de facilitar ou possibilitar a distribuição, o compartilhamento, o descarregamento ou a reprodução, conduta na qual se enquadrariam os sites Pirate Bay, Napster e Cadari, que apenas promovem o relacionamento entre usuários que trocam ou fornecem entre si arquivos.

¹⁰¹Lei 9.610/1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 20 de Set. de 2013.

Art. 104. Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.

Os sites acima referidos apenas intermedeiam relações entre os próprios usuários, não chegando mesmo a manter arquivados em seu banco de dados qualquer obra. Dessa forma, não seria possível, tecnicamente, equipará-los a contrafatores, a não ser por um forçado e complicado exercício de analogia¹⁰².

Esse dispositivo comete ainda outro deslize, que se reverte em favor do direito à cultura, ao lazer e à educação. As condutas por ele vedadas somente se equiparam à contrafação quando perpetradas com intuito de lucro, direto ou indireto, ou da obtenção de vantagem ou proveito. Em outras palavras, para que sejam vedados esses atos, quem os pratica deve ter esse especial fim de agir, de beneficiar-se economicamente, ainda que de forma indireta, do trabalho alheio.

Isso acirra o debate filosófico acerca do caráter do compartilhamento de obras entre usuários, com o mero intuito de difusão de conhecimento, cultura e entretenimento. Estariam eles – os usuários que trocam e compartilham entre si materiais – auferindo alguma espécie de lucro, vantagem ou proveito, além do acréscimo altruístico e metafísico de saber e prazer proporcionado pelas obras compartilhadas?

É clara a inteligência do artigo 104 da Lei 9.610 ao coibir a exploração, ainda que de modo indireto, econômica da obra alheia e ao prever que a vantagem indevida poderá ser de espécie diversa da monetária. No entanto, fica difícil caracterizar “lucro” ou “vantagem indevida” quando o usuário tem acesso à obra para estudo ou mesmo para conhecer o trabalho

¹⁰²A analogia aqui seria possível, tendo em vista que todo o Capítulo II do Título VII da Lei, dentro do qual se insere o artigo 104, trata das sanções civis, e não penais (caso em que a analogia incriminadora estaria vedada, pelo princípio da estrita legalidade penal, previsto no artigo 1º do Código Penal).

de determinado autor, sem que isso signifique que essa pessoa deixará de pagar uma fortuna para ir pessoalmente ao show desse artista que só pode conhecer por meio da internet.

É muito tênue a linha que separa a exploração comercial, direta ou indireta, ou a percepção de proveito ou vantagem, do fornecimento da obra a outrem para conhecimento, estudo ou lazer, sem percepção de qualquer vantagem, como acontece muito entre os usuários da *internet*. Certamente, nesse ponto do dispositivo, não escapam os *sites* que promovem, facilitam ou possibilitam a comunicação entre esses usuários que compartilham entre si arquivos, ou mesmo que disponibilizam obras, porquanto aqueles, sim, percebem lucro indireto com a divulgação de anúncios publicitários. Logo, embora não haja pagamento por parte dos usuários pelos serviços do site ou pelas obras em si, o há pelos anunciantes, que captam clientes potenciais dentre os usuários que acessam os *sites*.

Em seu artigo 106, a Lei mais uma vez se refere a uma utopia, no que tange aos *downloads* de obras protegidas por direitos autorais: preconiza que a sentença condenat'proa imporá a destruição de todos os exemplares ilícitos (imagine, em todos os pontos do globo terrestre onde foi feita uma cópia não autorizada, por meio de carta rogatória!), bem como a perda de todo o equipamento usado para tal fim. Talvez isso funcionasse no tempo do mimeógrafo e do gravador, mas certamente é inexequível Diane das poderosas máquinas que existem hoje e da transnacionalidade do ilícito.

As imperfeições existentes no sistema traçado pela Lei 9.610 de 1998 não a fulminam completamente, tampouco significam que ela deveria ser descartada. Decerto, deveria ser revista, para que melhor se adequasse a realidade atual.

Seus institutos, contudo, podem ainda servir de ponto de partida para a solução de muitos casos concretos, enquanto o sistema não é aprimorado, exigindo do aplicador da lei um exercício de interpretação para ajustá-la ao mundo contemporâneo. Não se pode, contudo, negar vigor à lei vigente, como o é a Lei 9.610 de 1998.

Nem por isso ela deixa de ser criticável em alguns pontos e seu descompasso com a realidade só revela que o modelo por ela adotado precisa ser revisto. Talvez atualmente nem seja preciso adotar medidas tão restritivas do acesso à cultura e ao conhecimento, mesmo para a proteção de direitos autorais.

A legislação internacional cometeu os mesmos deslizes, e acrescentou seus próprios pecados, na tentativa de lidar com a questão das infrações a direitos autorais, como será visto a seguir.

3.3. O Acordo TRIPS e o exemplar comportamento do Brasil na questão dos medicamentos patenteados.

Apesar de a internet ser ferramenta relativamente nova, o problema da falta de regulamentação internacional da proteção aos direitos autorais foi manifestado muito antes. Como o desenvolvimento tecnológico ocorreu de forma progressiva, a necessidade de cooperação entre os países, face à paulatina revelação da existência da globalização, acompanhou seus passos.

O berço da cooperação entre os países em defesa da propriedade intelectual está na Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, aprovada e assinada em 1883¹⁰³. Essa Convenção deu origem ao Sistema Internacional da Propriedade Industrial, em uma desbravadora tentativa de permitir o convívio harmônico dos sistemas jurídicos internos de cada país, no que concerne à propriedade intelectual.

O curioso é que essa Convenção não teve a ousadia de tentar criar um ordenamento jurídico único, internacional, que submeteria todos os signatários. Diante da

¹⁰³FRIEDRICH, Tatiana Scheila; FONSECA, Karla Closs. *Regulamentação da Propriedade Intelectual: uma análise crítica in Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 62.

animosidade que coloria as discussões sobre a questão¹⁰⁴, a Convenção foi tímida ao permitir que cada Estado mantivesse suas próprias leis sobre propriedade industrial, desde que todo tratamento conferido ao nacional fosse também concedido ao estrangeiro.

Quanto às patentes, a Convenção prescreve ainda a independência de cada privilégio em relação aos outros concedidos pelo mesmo invento em outras partes. Ela foi elaborada de modo a permitir razoável grau de flexibilidade às legislações nacionais, desde que fossem respeitados alguns princípios fundamentais, considerados de observância obrigatória pelos países signatários. Criou-se um “território da União”, constituído pelos países contratantes, onde se aplicam os princípios gerais de proteção aos Direitos de Propriedade Industrial.

A segunda inovação normativa internacional foi a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886¹⁰⁵, a qual já foi alterada diversas vezes. Assim como a Convenção de Paris, a de Berna é administrada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)¹⁰⁶, que administra e promove Tratados acerca de propriedade intelectual.

Na medida em que o processo de globalização acentuou o comércio internacional, o fluxo de mercadorias acabou aumentando o número de contrafações. Com isso, acirrou-se o desentendimento entre países em via de desenvolvimento e países desenvolvidos, porquanto nos primeiros o progresso inventivo ainda era tímido, assim como o era a proteção aos direitos autorais. Os direitos de propriedade intelectual seriam, assim, elemento de competitividade, demonstrando sua conexão direta com o comércio

¹⁰⁴Os Estados Unidos da América, ao deixarem de comparecer às Conferências que culminariam na aprovação da Convenção, manifestaram seu descontentamento com a postura européia de permitir que invenções norte-americanas fossem reproduzidas livremente na Europa, onde as patentes estrangeiras não eram protegidas. Assim relatam Tatiana Friedrich e Karla Closs. *Ibid.*

¹⁰⁵*Ibid.*

¹⁰⁶WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Acordo de constituição da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (*World Intellectual Property Organization*). Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=280409. Acesso em 15 de Set. de 2013.

internacional. A necessidade de uma proteção eficaz e apaziguadora deu vida ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS)¹⁰⁷.

A fim de conferir eficácia às normas administradas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, aumentara a pressão dos países desenvolvidos para que a Organização Mundial do Comércio tomasse parte na briga. Organismo munido de sistema de solução de controvérsias eficiente, dotado de meios coercitivos que compreendem até sanções comerciais, a OMC seria capaz de obrigar os países em vias de desenvolvimento a guardarem respeito às normas internacionais sobre propriedade intelectual.

O Acordo TRIPS passou a, de fato, integrar os acordos multilaterais da OMC¹⁰⁸, graças à ambição dos países em desenvolvimento pela liberação do comércio de têxteis e vestuário. Desse modo, acabou sendo finalmente adotado durante a Rodada Uruguai do GATT, em 1994, ocasião em que também foi criada a OMC.

O Acordo TRIPS representa uma tentativa de regular e proteger diferentes bens imateriais no mundo. É um acordo complexo, não apenas pelo seu conteúdo substantivo e adjetivo, mas pelo enfoque dado ao tema, vinculando-o à vida econômica e comercial. É uma mudança nos institutos da propriedade intelectual, dando-lhe outra interpretação¹⁰⁹.

Além de estabelecer princípios elementares acerca da existência, extensão e exercício dos direitos de propriedade intelectual, o TRIPS apresenta duas frentes de combate à vulneração desses direitos – o aumento da proteção interna em todos os Estados-membros e a coerção para o resguardo aos direitos de propriedade intelectual. Assim, dentre as cláusulas que integram o Acordo TRIPS, destacam-se às que concernem aos padrões de proteção

¹⁰⁷WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS)*, tal qual incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

¹⁰⁸WORLD TRADE ORGANIZATION. *Acordo de constituição da Organização Mundial do Comércio*. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=170136. Acesso em 15 de Set. de 2013.

¹⁰⁹WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – Acordo TRIPS*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

mínimos sobre direitos autorais, ao controle de práticas de concorrência desleal em contratos de licenças e aos procedimentos judiciais e administrativos de proteção¹¹⁰.

Com isso, o TRIPS revela seu intuito de obrigar os Estados-membros à obediência a um mínimo uniformizado, previsto em um conjunto de normas que compreende as Convenções de Paris e de Berna e as próprias cláusulas do Acordo TRIPS. Tatyana S. Fridrich e Karla Closs Fonseca¹¹¹ observam que as definições sobre propriedade intelectual estabelecidas na Convenção de Paris são, ainda, a base de todo o sistema de proteção à propriedade intelectual, não apenas nas relações compreendidas pelo TRIPS, mas também nos modernos conflitos “internáuticos”.

O Acordo logrou, ao mesmo tempo em que impunha certa uniformização das normas propriedade intelectual, deixar espaço para que cada Estado-parte legislasse, em âmbito interno, sobre a matéria. Esse espaço não vem, contudo, sendo aproveitado por países em vias de desenvolvimento, seja por desconhecerem seu alcance, seja por celebrarem acordos unilaterais com países desenvolvidos. Essa não é, todavia, sua melhor opção, na medida em que acordos multilaterais possibilitariam alianças mais fortes e maior poder de barganha¹¹², além de superar parte do problema da dissonância entre ordenamentos jurídicos internos.

Alguns desafios¹¹³ ao TRIPS ainda estão por vir: o art. 7 do Acordo¹¹⁴, por exemplo, aponta como um de seus objetivos a promoção da difusão de tecnologia,

¹¹⁰WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – Acordo TRIPS*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em 15 de Set. de 2013

¹¹¹FRIEDRICH; FONSECA, *op. cit.*, p. 62.

¹¹²*Ibid.*

¹¹³CORREA, Carlos Maria. *Propiedad Intelectual y Políticas de Desarrollo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005, p. 393.

¹¹⁴Art. 7º do Acordo TRIPS, *in verbis*: “*The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations*”. Disponível em: http://www.wipo.int/lea/en/text_pdf.jsp?lang=EN&id=4064. Acesso em 15 de Set. de 2013. Em tradução livre: “A proteção e a aplicação dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e

exclusivamente por meio de sua proteção, o que, no mínimo, é um tanto contraditório. Outra dificuldade seria quanto ao custo para a administração dos direitos à propriedade intelectual e quanto à fiscalização de sua observância em países em vias de desenvolvimento. Por outro lado¹¹⁵, os contornos atribuídos pelo Acordo aos direitos autorais¹¹⁶ ignorariam o conhecimento coletivo, aquele que é transmitido de geração a geração, nas rudimentares comunidades campesinas e indígenas e mesmo nas universidades¹¹⁷.

Enfim, apesar de o TRIPS ter deixado certa margem de “flexibilidade” (autonomia para os Estados legislarem), após o seu marco alguns acordos regionais (blocos econômicos) e bilaterais (denominados “TRIPS plus”) foram celebrados¹¹⁸. Isso trouxe certa desorganização e instabilidade para o tratamento da proteção da propriedade intelectual em âmbito internacional.

O Direito brasileiro se adequou aos termos estabelecidos no TRIPS, devido à pressão externa que sofrera¹¹⁹, notadamente por parte dos Estados Unidos¹²⁰. O acordo acabou sendo regulamentado por meio das Leis de Propriedade Industrial, a Lei 9.279, de 14.5.1996,

para a transferência e disseminação da tecnologia, para a mútua vantagem dos produtores e usuários do conhecimento tecnológico, e de um modo conducente a um bem-estar social e econômico e a um equilíbrio de direitos e obrigações”.

¹¹⁵SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 32.

¹¹⁶“Article 27.1. 1. Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application. Subject to paragraph 4 of Article 65, paragraph 8 of Article 70 and paragraph 3 of this Article, patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced”. Em tradução livre: “Sem prejuízo do disposto nos n.os 2 e 3, podem ser obtidas patentes para quaisquer invenções, sejam produtos ou processos, em todos os campos da tecnologia, desde que sejam novas, envolvam uma atividade inventiva e sejam susceptíveis de aplicação industrial. Sem prejuízo do parágrafo 4 ° do artigo 65, do parágrafo 8 do artigo 70 e do parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos gozáveis, sem discriminação quanto ao local de invenção, o campo da tecnologia ou se os produtos são importados ou produzidos localmente”.

¹¹⁷ Outras críticas ainda são tecidas ao TRIPS. Vandana Shiva critica, por exemplo, o egoísmo do sistema pelo acordo implantado, em que “o lucro e a acumulação de capital são os únicos fins da criatividade; o bem social não é mais reconhecido”. Essa crítica pode ser levada também ao objeto de estudo dessa monografia, que seria a conturbada relação entre lucro e cultura/conhecimento, como se a criatividade só fosse legítima em uma sociedade Comunista. SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 32.

¹¹⁸ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Propriedade Intelectual*. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso. Vol. 2. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 363.

¹¹⁹O Brasil chegou a figurar na lista dos países em observação, como anotam Tatyana Friedrich e Karla Fonseca. FRIEDRICH; FONSECA, *op. cit.*, p. 71.

¹²⁰*Ibid.*

de Software, a Lei 9.609, de 19.2.1998, e de Direitos Autorais, a Lei 9.610, de 19.2.1998, essa última, objeto do presente estudo.

Apesar dessa aparente condescendência brasileira com a vontade dos países desenvolvidos, o que culminou na edição das três leis acima referidas, o ponto que merece destaque nas negociações do acordo TRIPS foi a forma como o Brasil se posicionou na questão dos medicamentos antirretrovirais, de custo elevado. Como todos os acordos celebrados por meio da Organização Mundial do Comércio (OMC), o TRIPS reflete a ambição dos países desenvolvidos, que almejavam contar com a efetividade dos mecanismos de cumprimento e soluções de controvérsias da Organização para a proteção da propriedade intelectual.

Ainda assim, visto sob outro prisma, esse acordo pode servir de escudo para os países menos desenvolvidos contra os abusos e arbitrariedades dos países mais desenvolvidos, porque o terreno mais fértil para a formação de alianças poderosas, com maior poder de barganha e capaz de fazer frente às grandes potências é justamente nos foros internacionais. Os acordos bilaterais só enfraquecem países em desenvolvimento, que não possuem poder de impor sua vontade sua sozinhos.

O Brasil soube tirar proveito desse terreno fértil que era o TRIPS para se unir à Índia e a outros cinquenta países em desenvolvimento, a fim de, juntos, protegerem a saúde e anteporem-se às patentes de medicamentos altamente custosos. Embora tenham encontrado resistência dos poderosos Estados Unidos da América, aliados à Suíça, países que são sede de muitas multinacionais fabricantes de medicamentos, o saldo do confronto foi positivo para as nações menos desenvolvidas: a Declaração de Doha consolida as já mencionadas “flexibilidades” do acordo, ao menos no que concerne à saúde pública¹²¹. Assim ficou sua ambígua redação final¹²²:

¹²¹*Ibid.*, p. 68/70.

¹²²*Ibid.*, p. 70.

O acordo Trips não impede e não deveria impedir os membros de tomar medidas para proteger a saúde pública. Em consequência, enquanto reiteramos nosso compromisso com o acordo Trips, nós afirmamos que o acordo deveria ser interpretado e implementado de maneira consentânea com o direito dos membros da OMC de proteger a saúde pública e, em particular, de assegurar remédios para todos.

Entretanto, outro impasse impossibilitou que a Declaração de Doha saísse do papel. Os Estados Unidos queriam restringir seu conteúdo à malária, tuberculose e AIDS, ou, no máximo, a uma lista de doenças infecciosas. Isso, todavia, não foi objeto de consenso, pois inviabilizaria a fabricação e comercialização de medicamentos patenteados a custos mais baixos, para outras doenças. Por isso, a OMC inseriu o tema em suas pautas de Conferências Ministeriais, considerando que não há, hoje, uma solução prática para a questão¹²³.

Malgrado tenha surgido esse fator complicador – a restrição imposta pelos Estados Unidos ao alcance da Declaração de Doha – o comportamento do Brasil na negociação da questão das patentes de medicamentos, por ocasião do acordo TRIPS, deveria servir de exemplo na implementação de outros direitos fundamentais. Assim como a saúde, a educação e o acesso à cultura também são sagrados para o legislador Constituinte de 1988.

As contrafações perpetradas pela internet têm como diferencial sua transnacionalidade. Logo, a solução analisada ao final deste trabalho naturalmente passará pela proposta de discussão do tema em âmbito internacional. Para tal intento, fica a força do precedente comportamento exemplar brasileiro no caso dos medicamentos patenteados, quando da celebração do acordo TRIPS.

3.4. Alguns pontos específicos sobre a proteção internacional das obras literárias, fonográficas e artísticas – Convenção de Berna de 20 de Junho de 1948 e Tratado de *Copyright* da OMPI

¹²³*Ibid.*

Em 20 de Junho de 1948, os Estados integrantes da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI)¹²⁴, no intuito de prosseguir regulamentando a proteção da propriedade intelectual em âmbito global, assinou a Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas¹²⁵. A relevância desse diploma internacional, assinado pelo Brasil, está no fato de que pretendeu uniformizar alguns aspectos da disciplina dos direitos autorais, malgrado tenha deixado a colocação em prática desses direitos – por meio de medidas que os coercitivas que os efetivassem – a cargo da legislação interna de cada país e tenha permitido que os Estados-partes ampliassem o prazo de duração dos direitos ali previstos.

Conforme o artigo 2º da Convenção de Berna de 1948¹²⁶,

A designação de “obras literárias e artísticas” abrange todas as produções no domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas, cuja execução cênica se fixa por escrito ou de qualquer outra maneira; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e as cartas geográficas; is projectos, esboços e obras plásticas respeitantes à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.

Pela Convenção, ficam assegurados ao autor, por toda a sua vida, os direitos morais sobre sua obra, quais sejam, os de reivindicar a paternidade dela e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação que nela se pretenda operar, ou a quaisquer

¹²⁴WORLD TRADE ORGANIZATION. Convenção estabelecendo a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), em inglês WIPO (World Intellectual Property Organization), adotada em 14 de Jul. de 1967 e emendada em 28 de Set. de 1979. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=283833. Acesso em 20 de Set. de 2013.

¹²⁵WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Convenção de Berna para a Proteção das Obras literárias e artísticas, assinada em 9 de Set. de 1886 e revista em 20 de Jun. 1948. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=278724. Acesso em: 15 de Set. 2013.

¹²⁶WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Convenção de Berna para a Proteção das Obras literárias e artísticas, assinada em 9 de Set. de 1886 e revista em 20 de Jun. 1948. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=278724. Acesso em: 15 de Set. 2013.

outros atos que atinjam sua obra ou que possam prejudicá-lo em sua honra e reputação¹²⁷. Embora se reconheça direitos morais ao autor enquanto ele viver, a Convenção permite que eles se estendam até depois de sua morte – ou ao menos até a extinção dos direitos patrimoniais advindos da mesma obra – desde que não haja óbice na legislação nacional.

Tal como ocorre em diversos outros dispositivos da Convenção – que conferem direitos, todavia não preveem meios eficazes para sua efetivação – o artigo 6º (dos direitos morais do autor) deixa à mercê da legislação do país onde é reclamada a proteção a esses direitos a disciplina dos meios processuais destinados a salvaguardá-los.

Uma vez que o artigo 6º já estabelece um prazo para a duração dos direitos morais do autor – durante toda a sua vida, pode-se apenas supor que o prazo de duração referido no artigo 7º da Convenção serve para os direitos patrimoniais. Do contrário, haveria uma contradição entre os dois dispositivos legais. O artigo 6º, todavia, é específico para os direitos morais, de maneira que se deve adotar o princípio da especialidade para entender que os direitos por ele abrangidos não se encontram no campo de incidência do dispositivo seguinte (artigo 7º).

Portanto, o artigo 7º¹²⁸ preconiza que a proteção garantida pela Convenção de Berna aos direitos patrimoniais de autor perdurará por toda a vida dele e por cinquenta anos depois de sua morte¹²⁹. Essa proteção poderá ser maior, se a lei nacional do país onde a tutela é reclamada assim preconizar e a lei do país de origem da obra não previr prazo menor¹³⁰.

¹²⁷WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Convenção de Berna para a Proteção das Obras literárias e artísticas, assinada em 9 de Set. de 1886 e revista em 20 de Jun. 1948. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=278724. Acesso em: 15 de Set. 2013.

¹²⁸WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Convenção de Berna para a Proteção das Obras literárias e artísticas, assinada em 9 de Set. de 1886 e revista em 20 de Jun. 1948. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=278724. Acesso em: 15 de Set. 2013.

¹²⁹Na Lei nacional brasileira (Lei 9.610/1998), esse prazo é ampliado para setenta anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor, de acordo com o artigo 41 da mencionada lei. Lei 9.610/1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 30 de Set. de 2013.

¹³⁰“Artigo 7º. [...] (2) Todavia, no caso de um ou mais Países da União concederem durações superiores à prevista na alínea (1), a duração determinar-se-á pela lei de País onde a proteção for reclamada, mas não poderá exceder a duração fixada no País de origem da obra”. Convenção de Berna para a Proteção das Obras literárias e artísticas, assinada em 9 de Set. de 1886 e revista em 20 de Jun. 1948. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=278724. Acesso em: 15 de Set. 2013.

A falibilidade dos ordenamentos jurídicos internos, no que concerne às modernas contrafações e à dificuldade de sua apreensão por não estar incorporada a um bem físico de fácil identificação, foi cristalizada na Convenção. Em seu artigo 16º, o diploma internacional atribui às autoridades dos Estados-partes a tarefa de apreender o produto das contrafações e estabelece que a apreensão será feita de acordo com a legislação interna de cada país. Com isso, perpetuou o fracasso dos ordenamentos internos no combate à fluida e transnacional “pirataria” virtual e perdeu a oportunidade de inovar os meios de prevenção e de repressão à violação aos direitos autorais ou, ao menos, de compensação os autores pelas inevitáveis violações possibilitadas pela *internet*.

A Convenção permite que os signatários celebrem entre si outros acordos, desde que para ampliar as garantias nela previstas ou para estabelecer disposições que não a contrariem. Bem assim reza que os acordos que lhe precederam permanecem em vigor no que não lhe contrariem – artigo 20º.

Preconiza, ainda, que não poderá sofrer alterações que não sejam tomadas por unanimidade por seus signatários e que os litígios acerca da sua interpretação ou aplicação serão submetidos à Corte Internacional de Justiça, a não ser que os países envolvidos na controvérsia concordem em resolvê-la de outra maneira – artigos 25º e 27º. Percebe-se, do teor desses dispositivos, a intenção dos signatários da Convenção de atrelar a proteção dos direitos autorais aos eficazes meios coercitivos de que dispõe o sistema da Organização Mundial do Comércio.

A fim de tornar ainda mais efetiva essa proteção, fora ainda firmado um Tratado de Direitos Autorais pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual – World Intellectual

Property Organization Copyright Treaty¹³¹, adotado em Genebra em 20 de Dezembro de 1996.

Esse tratado explicita que o objeto de proteção do direito autoral são as suas “expressões”, ou seja, suas manifestações, e não as ideias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos – artigo 2. Estabelece, assim, que somente ao autor de trabalhos literários e artísticos cabe o gozo exclusivo do direito de autorizar a disponibilização ao público do original e cópias de suas obras, por meio da venda ou de outras formas de transferência de propriedade – artigo 6.

Disso se extrai que toda e qualquer forma de disponibilização, que não feita ou autorizada pelo próprio autor é, em princípio, proibida. A redação desse dispositivo¹³² é criticável, porquanto a mera entrega do exemplar de uma obra a outrem – ainda que a título de presente ou empréstimo – poderia estar vedada. Portanto, o dispositivo acabou generalizando excessivamente e tende a ser flexibilizado, como toda norma que por excesso de disposição se torna risível ou impraticável.

Depreende-se, entretanto, da leitura em conjunto de todos os dispositivos que compõem o Tratado de Direito Autoral da OMPI, que o escopo da norma acima citada – e de todo o diploma legal – não era o de coibir a atividade dos “sebos”, que revendem livros e discos usados, bibliotecas ou de pessoas que adquirem obras para presentear ou depois emprestá-las a alguém. Embora com redação generalizante, é possível compreender, da inteligência do conteúdo das normas que integram o Tratado, que seu principal desiderato é o de coibir as violações aos direitos autorais praticadas por meio da internet.

¹³¹WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Tratado de Direitos Autorais da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, adotado em Genebra em 20 de Dezembro de 1996.. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=295157. Acesso em: 30 de Set. de 2013.

¹³²No original: “(1) *Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of the works through sale or other transfer of ownership*”. Em tradução livre: “(1) Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público do original e de cópias dos trabalhos por meio da venda ou outra forma de transferência de propriedade”.

É por esse motivo que seus artigos 11 e 12 impõem aos signatários do Tratado, respectivamente, obrigações concernentes a medidas tecnológicas e aos direitos de gerenciamento de informações. Os Estados-partes devem, assim, adequar suas legislações de modo a proteger os direitos previstos tanto no Tratado, como na Convenção de Berna, e a prever “remédios legais efetivos”¹³³ contra a infração de medidas tecnológicas tomadas pelos autores em conexão com o exercício de seus direitos sob a proteção do tratado ou da Convenção.

Da mesma forma, os signatários devem prever meios adequados e efetivos contra qualquer pessoa que: i) remova ou altere, sem autorização, qualquer informação eletrônica de gerenciamento¹³⁴; ii) distribua, importe para distribuição, difunda ou comunique ao público, sem autorização, trabalhos ou cópias de trabalhos, sabendo que informações eletrônicas de gerenciamento de direitos foram removidas ou alteradas sem autorização; iii) induza, possibilite, facilite ou seja conivente com a infração de qualquer direito previsto pelo Tratado ou pela Convenção de Berna.

Enfim, o artigo 14 do Tratado reforça a ideia dos dispositivos anteriormente referidos, ao preconizar que os Estados-partes devem assegurar que procedimentos de efetivação dos direitos previstos no Tratado – inclusive meios de repressão à infração a esses direitos – estejam disponíveis em sua legislação, a fim de permitir uma ação eficaz contra a infração de direitos autorais. Fica claro, pela análise especificamente dos artigos 11, 12 e 14, que a atenção dos signatários do WIPO Copyright Treaty – Tratado de Direito Autoral da Organização Mundial de Propriedade Intelectual – estava voltada para as contrafações

¹³³Expressão adotada no artigo 11 do Tratado de Direitos Autorais da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, adotado em Genebra em 20 de Dezembro de 1996. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=295157. Acesso em: 30 de Set. de 2013.

¹³⁴Por “informação de gerenciamento de direitos” (*rights management information*), o Tratado explicita que se entende a informação que identifica a obra, seu autor, o proprietário de qualquer direito sobre ela, ou informações sobre os termos e condições de uso da obra e qualquer número ou código que represente essas informações, quando qualquer desses itens é atrelado a cópia de obra ou apareça vinculado à comunicação da obra ao público. Conceito extraído do artigo 2, alínea (2), do Tratado de Direitos Autorais da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, adotado em Genebra em 20 de Dezembro de 1996. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=295157. Acesso em: 30 de Set. de 2013.

“virtuai””, ou seja, aquelas cometidas em ambiente digital, via internet. Logo, o Tratado se revela como um passo em busca de meios eficazes de tutela dos direitos autorais em face dessas novas e poderosas modalidades de infrações.

Além da legislação – nacional e internacional – outros meios são buscados para solucionar essa tensão entre direitos autorais e acesso à cultura, ao entretenimento e ao conhecimento, provocada pelo download de obras por meio da internet. Dentre eles, se destaca o meio de solução de conflitos por excelência, aquele que todo Estado Democrático de Direito põe a serviço de seu povo a fim de que dê a palavra final sobre litígios: o judicial. Será, pois, debatido a seguir, como o Judiciário tem enfrentado o tema.

3.5. Casos célebres

Neste contexto de realização do inimaginável, uma ciência parece querer sempre andar na contramão dos acontecimentos. Em meio ao apogeu científico, a “antiquada” ciência do Direito parece pretender frear o progresso tecnológico. A verdade é justamente o contrário.

O Direito surge para pacificar conflitos, quando os envolvidos já não são mais capazes de fazê-lo por sua conta, e para impor valores que espelham a realidade da sociedade que os consagrou. Quando, contudo, a sociedade evolui e o Direito posto já não mais reflete o pressuposto, nasce ilusória ideia de que o Direito se presta a confrontar a realidade.

A própria essência comportamental e valorativa do Direito chama a realidade a contribuir para a concepção da norma. Considerando o contexto social contemporâneo à elaboração da norma, a realidade ganha valoração jurídica e sanção capaz de revestir a norma de eficácia. A norma eficaz é aquela que a sociedade respeita, seja por temer sua sanção, seja

porque aquele valor protegido pela norma já está arraigado no seio da sociedade que o concebeu.

Por causa disso, a norma precisa ser frequentemente revista e atualizada, para que traduza sempre um valor consagrado pela sociedade. Do contrário, perderá eficácia, porque a sociedade já abandonou aquele valor – ou, ao menos, a aceção conhecida daquele valor – ou a sanção cominada já não é mais capaz de coagir.

Pelo papel desempenhado pelo Direito, a sociedade busca segurança na existência de uma norma. É exatamente essa a ferida aberta pelo avanço digital nos Direitos Autorais. Existe uma verdadeira lacuna legislativa, na medida em que os anteriores meios protetores se mostram ineficazes e o próprio valor propriedade intelectual começa a ser colocado em xeque por uma sociedade sedenta de informação.

Os antigos mecanismos de proteção de Direitos Autorais não conheciam a “face invisível” que a contrafação poderia ter. É que, além de não serem apreensíveis seus produtos (como, outrora, podiam sê-lo os produtos de contrafação, como cds e dvds “piratas” e fotocópias de obras literárias), a “contrafação virtual” se perpetra em alta qualidade e velocidade.

O problema toma outras dimensões, quando pensamos que internet acomoda milhares de websites e que conecta bilhares de usuários ao redor do globo terrestre, cada qual sujeito a diferentes culturas, tradições, costumes e, acima de tudo, regras. Esse é o primeiro desafio a ser enfrentado pelo Direito – o diálogo com diversas culturas, costumes e legislações.

Não é fácil impedir que determinado conteúdo que afronta a legislação brasileira seja disponibilizado em *site* hospedado no Brasil, quando a veiculação de tal conteúdo não afronta o ordenamento jurídico de outro país e lá possa ser disponibilizado. Isso

torna a proibição brasileira inócua, fazendo com que o Judiciário perca prestígio, por determinar ordem que possa tão facilmente ser burlada.

Na falta de atividade Legislativa no que concerne às questões virtuais, sobrou ao Judiciário a ingrata tarefa de, buscando fundamento nos retrógrados arcabouços normativos, sedimentar conflitos gerados pela internet. Para o Judiciário, diferentemente do que ocorre com o Legislativo, não há a opção de permanecer à margem dos acontecimentos. Ao Poder que não se pode afastar de nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito que tenha sido levada ao seu conhecimento – conforme o art. 5º, XXXV, Constituição da República – outra saída não lhe resta que enfrentá-los.

Com isto, o Direito se põe à vanguarda dos acontecimentos, propondo soluções para os desafiadores *leading cases* tratados mais adiante.

3.5.1. O caso Napster

O Napster era um *website* que facilitava que seus usuários trasmitissem e armazenassem, em seus próprios discos rígidos, músicas em formato MP3¹³⁵ disponibilizadas por outros usuários, em um sistema similar ao *peer-to-peer* – P2P –, que viria a ser usado pelo *Pirate Bay*¹³⁶. A diferença do sistema empregado pelo Napster para o sistema *peer-to-peer* puro era que o primeiro contava ainda com uma base de servidores centrais para manter listas de sistemas conectados e de arquivos disponibilizados. Fora isso, o Napster abriu alas para os legítimos sistemas *peer-to-peer* que estavam por vir, na medida em que foi um protótipo de

¹³⁵Sigla que se desenrola em “MPEG-I layer 3”, fazendo referência ao grupo de trabalho capitaneado pela *International Standards Organization (ISO)* e pela *International Electro-Technical Commission (IEC)*, para desenvolver “padrões internacional para compressão, descompressão, processamento e codificação de filmes, áudio e respectivas combinações”, conforme explica Lígia Maura da Costa. MP3 seria um desses padrões, destinados à compressão de áudio. COSTA, Lígia Maura. *Direito Internacional Eletrônico*. Manual das Transações On-line. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 149.

¹³⁶COSTA, Lígia Maura. *Direito Internacional Eletrônico*. Manual das Transações On-line. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 151.

um mecanismo em que as trocas de arquivos eram feitas diretamente entre usuários, sem passar por um servidor central¹³⁷.

É claro que algo de tamanha organização e de propósito tão “democrático” só poderia despertar paixões. Enquanto os usuários do serviço se divertiam com o poder de escolher as faixas que lhe apetiessem, ao invés de adquirir o álbum inteiro, e formar suas próprias compilações de músicas, bem como com a possibilidade de trocar músicas com outros usuários e de baixá-las de graça, a indústria fonográfica acreditava estar deixando de lucrar com isso. Alguns usuários justificavam sua prática, no entanto, no fato de já haverem, no passado, adquirido aquelas mesmas faixas em LPs e cassetes, antes que o compact disc – CD – se tornasse o formato dominante para a gravação de músicas¹³⁸.

Foi então que a banda de *heavy metal* Metallica descobriu que sua música demo “*I Disappear*” circulava na internet e passou a tocar em todas as rádios da América antes mesmo de seu lançamento. E mais: todo o catálogo do material de estúdio também estava disponível! A banda respondeu com um processo judicial, que só teve seu desfecho após o fechamento do serviço disponibilizado pelo Napster, desencadeado por um outro processo judicial, ajuizado pelas poderosas indústrias fonográficas – *A&M Record Inc. vs. Napster Inc.*¹³⁹.

Nem todos, contudo, concordam com o caráter pernicioso de um serviço como o *peer-to-peer*, ou o seu protótipo, Napster. O álbum experimental *Kid A*, da banda Radiohead, também encontrou seu caminho para o universo Napster, mas seu destino foi outro. Ao contrário do Metallica, o Radiohead nunca havia figurado em uma lista de 20 músicas mais tocadas nos Estados Unidos da América. As músicas do álbum, que, ressalte-se, era apenas experimental, acabaram sendo tocadas no rádio antes mesmo de seu lançamento,

¹³⁷ Coletânea de informações sobre o extinto sítio Napster, disponível na enciclopédia livre Wikipedia em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Napster> - Acesso 27 de Abr. 2010.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

devido ao sucesso que fizeram junto aos usuários do Napster. Na semana de seu lançamento, o álbum foi recordista de vendas. Atribui-se ao Napster esse potencial promocional do produto¹⁴⁰.

Esse é apenas um exemplo do que aconteceu com uma banda famosa, mas que vinha acontecendo com outras bandas independentes, que não contam com o investimento da indústria fonográfica. Tom Smith até mesmo escreveu uma música intitulada “I want my music on Napster” – “Quero minha música no Napster” –, parodiando o fato de que, diante do baixo número de vendas de seus álbuns, os artistas preferem mesmo ver suas músicas baixadas da internet.

Mesmo assim, o Napster acabou por enfrentar um processo judicial, movido por A&M Record e outras importantes indústrias fonográficas, detentoras de direitos autorais de músicas. Era acusado de infração aos direitos autorais e de facilitação à contrafação por parte dos usuários. A Corte do Estado da Califórnia entendeu que o Napster poderia ser responsabilizado subsidiariamente pelas infrações aos direitos autorais cometidas pelos usuários de seu website¹⁴¹.

O Napster apelou dessa decisão, e a U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit decidiu que ele era capaz de usos comerciais que não infringissem direitos autorais, desde que monitorasse as atividades de sua rede e bloqueasse o acesso a conteúdos que importassem violações. Diante da impossibilidade de execução dessa decisão, o Napster acabou por encerrar suas atividades em Julho de 2001 e se declarar falido em 2002, em razão de ser humanamente impossível o controle do tráfego de informações entre todas as máquinas ligadas à rede mundial de computadores¹⁴².

¹⁴⁰*Ibid.*

¹⁴¹COSTA, *op. cit.*, p. 151.

¹⁴²Coletânea de informações sobre o extinto sítio Napster, disponível na enciclopédia livre Wikipedia em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Napster> - Acesso 27 de Abr. 2010.

3.5.2. O caso Pirate Bay

The Pirate Bay é uma ferramenta de busca de *torrents*¹⁴³ usados para baixar arquivos da *internet*. Um usuário ou mais usuários funcionam como *seed* – do inglês, “semente”, ou seja, fornecedor –, enquanto outro, o *peer* – “par”, “ponto” – baixa o arquivo diretamente do disco rígido do *seed*, produzindo para si próprio uma cópia não autorizada do arquivo¹⁴⁴, quando esse está sujeito à proteção de direitos autorais. Logo, o arquivo não pertence ao site e sequer fica armazenado no servidor do The Pirate Bay, que somente facilita a comunicação entre os usuários¹⁴⁵.

Esse foi justamente o principal argumento de defesa dos fundadores do The Pirate Bay no processo que contra eles foi ajuizado na Corte distrital de Estocolmo, por facilitação à infração de direitos autorais: eles disponibilizariam apenas uma plataforma para que os usuários pesquisassem arquivos – os chamados *torrents* –, que lhes permitiam baixar outros arquivos – esses, sim, às vezes de conteúdo protegido por direitos autorais – diretamente dos computadores dos demais usuários, por meio de redes *peer-to-peer*¹⁴⁶. Portanto, as contrafações, isto é, as cópias ilegais, seriam perpetradas por terceiros, de modo que eles próprios não poderiam ser responsabilizados por isso¹⁴⁷.

¹⁴³“Torrent é a extensão de arquivos utilizados por um protocolo de transferência do tipo P2P – Peer to Peer. Essa transferência acontece da seguinte maneira: os arquivos transferidos são divididos em partes e cada pessoa que tem tal arquivo ajuda a fazer o *upload* a outros usuários. Isso reduz significativamente o consumo de banda do distribuidor original do arquivo, não sendo necessário que o mesmo fique armazenado em um servidor. Para compartilhar esses arquivos, é necessário usar um programa específico, conhecido como cliente. Ele obtém as informações contidas nos arquivos e se encarrega de toda a comunicação entre os usuários”. Definição de Torrent escrita por André Luiz Pereira, em 25 de Julho de 2012, para o sítio Tecmundo. PEREIRA, André Luiz. *O que é Torrent? Saiba exatamente o que é essa forma de compartilhamento de arquivos e como ela funciona..* Publicado em 25 de Jul. de 2012 no sítio eletrônico: <http://www.tecmundo.com.br/torrent/166-o-que-e-torrent-.htm>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

¹⁴⁴Por não contar com a autorização prévia do autor para sua reprodução.

¹⁴⁵MONIZ, Pedro de Paranaguá. *The Pirate Bay: entenda o caso*. Publicado em 24 de Abril de 2004 no sítio eletrônico: <http://www.a2kbrasil.org.br/wordpress/2009/04/the-pirate-bay-entenda-o-caso/>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

¹⁴⁶“Ponto-a-ponto”.

¹⁴⁷PEREIRA, João Pedro. *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem dá razão à justiça sueca no caso Pirate Bay*. Publicado em 13 de Mar. de 2013 no sítio eletrônico: <http://www.publico.pt/tecnologia/noticia/tribunal->

Em 2009, os fundadores do site, Peter Sunde, Gottfrid Svartholm e Fredrik Neij, acabaram condenados pela Corte Distrital de Estrasburgo a uma pena, cada um, de um ano de prisão e uma condenação solidária a indenização de 30 milhões de coroas suecas, equivalente a 3,6 milhões de Euros, a megacorporações exploradoras de produções artísticas, tais como Warner Bros. Entertainment, MGM Pictures, Columbia Pictures Industries, Twentieth Century Fox Film, Sony BMG, Universal, EMI, Blizzard Entertainment, Sierra Entertainment, and Activision.

Em sede recursal, sustentaram que não ganhavam nada com a troca desses arquivos pelos usuários, que somente facilitavam a comunicação entre eles¹⁴⁸ e que o objetivo do site era promover a partilha de informação na internet, razão pela qual a condenação à pena de prisão e ao pagamento de indenização seria uma violação a liberdade de expressão. A condenação fora, todavia, mantida¹⁴⁹. Prevaleceu que a tese de que a indenização pecuniária se prestava a reparar as perdas sofridas pelos estúdios com todos os downloads ilegais comprovadamente facilitados pelo site¹⁵⁰.

Durante o julgamento da apelação, o Promotor Hakan Roswall dedicou-se a demonstrar que, embora não lucrasse diretamente com o download das obras pelos usuários, o “The Pirate Bay” indevida e indiretamente lucrou milhões com a exploração dos anúncios publicitários que nele eram disponibilizados¹⁵¹. Isso revela que, mesmo que com propósitos

européu-dos-direitos-do-homem-da-razao-a-justica-sueca-no-caso-pirate-bay-1587650. Acesso em 15 de Set. de 2013.

¹⁴⁸GOBBET, Cassiano. *Caso do Pirate Bay é divisor de águas para direitos autorais*. Publicado em 8 de Mar. de 2013 no sítio eletrônico: <http://moxphere.com/2013/03/pirate-bay-direitos-autorais/>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

¹⁴⁹PEREIRA, João Pedro. *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem dá razão à justiça sueca no caso Pirate Bay*. Publicado em 13 de Mar. de 2013 no sítio eletrônico: <http://www.publico.pt/tecnologia/noticia/tribunal-europeu-dos-direitos-do-homem-da-razao-a-justica-sueca-no-caso-pirate-bay-1587650>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

¹⁵⁰KISS, Jemima. *The Pirate Bay trial: guilty verdict. Swedish court sentences four co-founders of notorious download site The Pirate Bay to a year in jail and a \$3.6m fine*. Publicado em 17 de Abr. De 2009 no sítio eletrônico do jornal *The Guardian*, disponível em: <http://www.theguardian.com/technology/2009/apr/17/the-pirate-bay-trial-guilty-verdict>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

¹⁵¹MOYA, Jared. *Pirate Bay Appeal Trial Day 2: “Site Earned Millions from Ads”*. Publicado em 30 de Set. de 2010 no sítio eletrônico: <http://www.zeropaid.com/news/90914/pirate-bay-appeal-trial-day-2-site-earned-millions-from-ads/>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

supostamente “altruísticos”, os sites que promovem o *download* de obras protegidas por direitos autorais têm exploram atividade econômica e dispõem de meios para arcar com o pagamento dos direitos devidos aos autores das referidas obras.

Seria, portanto, mais inteligente impor a esses sites que fizessem do número de *torrents* acessados, para que lhes fosse igualmente imposto o pagamento dos direitos autorais, proporcionalmente ao número de acessos aos *torrents* de cada obra. Essa solução é viável, na medida em que a publicidade na internet se popularizou e talvez, hoje, seja mais eficaz que a veiculada por meio de um *outdoor*. O dinheiro percebido por esses sites pelos anúncios neles feitos deveria ser em parte destinado ao pagamento de direitos autorais, pois.

Enfim, a condenação fora ainda mantida pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de forma que se tornou um verdadeiro precedente internacional – ou, ao menos, Europeu – sobre a infração de direitos autorais pelo sistema *peer-to-peer*.

3.5.3. O caso Cadari – precedente nacional

O caso Cadari¹⁵², em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ainda não encontrou seu desfecho definitivo. Semelhante ao *Pirate Bay*, o Cadari consiste em um *website* que fomenta a troca de arquivos diretamente entre discos rígidos de máquinas de seus usuários, por meio do sistema *peer-to-peer*. Trata-se simplesmente do ambiente onde os usuários podem encontrar outros com os mesmos interesses e com material disponível e promover entre si as transferências de arquivos, diretamente entre seus computadores.

¹⁵²Brasil. Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator Adalberto Jorge Xisto Pereira. Julgado em 25 de Agosto de 2009. Publicado no Diário da Justiça em 14 de Set. de 2009, p. 226. Processo nº 561551-4. Acórdão 24882. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1849480/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-561551-4>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

Há, porém, um detalhe: o Cadari fornece aos seus usuários o *download* gratuito de um programa, um software denominado “K-Lite_Nitro”, que promove a conexão as redes *peer-to-peer* e possibilita o download de músicas via internet. Por isso, está em trâmite o processo 561551-4, junto Tribunal de Justiça do Paraná, na medida em que a conduta de disponibilizar, mediante retribuição econômica indireta, software para compartilhamento de material protegido por direito autoral, em tese, configuraria ilícito civil, quiçá penal.

A decisão de primeiro grau fora no sentido de apenas determinar a inserção de avisos nos sites comunicando a natureza ilícita das operações sem o pagamento de direitos autorais, como se depreende do trecho do acórdão abaixo transcrito:

DISPONIBILIZAÇÃO PÚBLICA DE "SOFTWARE", DENOMINADO "K-LITE NITRO", PARA CONEXÃO ÀS REDES "PEER-TO-PEER" (P2P) POSSIBILITANDO O "DOWNLOAD" DE MÚSICAS PELA "INTERNET". PLAUSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA DE CONDUTA ANTIJURÍDICA (CIVIL E CRIMINAL). RISCO NA DEMORA PRESENTE. PRETENSÃO NO SENTIDO DE SER REMOVIDO O ILÍCITO MEDIANTE ORDEM QUE IMPEÇA A CONTINUAÇÃO DESSA ATIVIDADE. DECISÃO DO JUIZ DA CAUSA APENAS DETERMINANDO A INSERÇÃO DE "BANNERS" NOS "SITES" COMUNICANDO AOS INTERNAUTAS A NATUREZA ILÍCITA DESSA OPERAÇÃO SEM O PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA APTA A TORNAR EFETIVA A TUTELA JURISDICIONAL ALMEJADA¹⁵³.

Essa decisão fora, contudo, reformada, para impor um resultado prático equivalente ao da tutela pretendida: a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, determinou que fosse instalado filtro no programa de computador disponibilizado pelo sítio, o “K-Lite Nitro”, a fim de obstar o compartilhamento de arquivos e fonogramas protegidos pela Lei 9.610/1998. Confirma os termos da decisão:

MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA APTA A TORNAR EFETIVA A TUTELA JURISDICIONAL ALMEJADA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE PARA DETERMINAR A INSTALAÇÃO, EM PRINCÍPIO, COMO PROVIDÊNCIA VISANDO A OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE AO DO ADIMPLENTO, DE DISPOSITIVO (FILTRO) NO REFERIDO PROGRAMA DE COMPUTADOR, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA, PARA IMPEDIR O

¹⁵³ *Ibid.*

COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS E/OU FONOGRAMAS MUSICAIS
PROTEGIDOS PELA LEI FEDERAL Nº 9.610/1998¹⁵⁴.

Esse acórdão¹⁵⁵ constituiu um importante precedente nacional na coibição das violações a direitos autorais pelo sistema *peer-to-peer*¹⁵⁶ – p2p, não pelo resultado dado à controvérsia, mas pelas próprias razões de decidir. Nele ficou assentada a ilicitude civil e criminal da conduta de disponibilizar, mediante lucro indireto obtido pela exploração econômica de publicidades¹⁵⁷, publicamente “software” para conexão às redes *peer-to-peer*, ou ponto a ponto, de modo a possibilitar o compartilhamento de arquivos protegidos pela Lei de Direitos Autorais¹⁵⁸.

Igualmente se destaca, no referido acórdão, o reconhecimento da dificuldade em se quantificar a indenização e em se individualizar e mensurar a extensão do dano à propriedade intelectual, uma vez que se trata de violação de bens imateriais ou corpóreos¹⁵⁹. Por isso, o Tribunal teve o discernimento de não tardar em tomar uma medida que antecederesse o dano.

Visto o tratamento dado pelo Judiciário à questão, não seria possível fechar uma visão panorâmica sobre o tema sem questionar o que pensam a sociedade e o próprio autor. O capítulo seguinte coleta algumas opiniões, no intuito de cumprir essa meta.

¹⁵⁴*Ibid.*

¹⁵⁵*Ibid.*

¹⁵⁶Definição acima exposta, quando tratado o caso Napster.

¹⁵⁷Ao final, será desenvolvida a ideia de que, se esses sites lucram com a exploração econômica de publicidades neles veiculadas – pagamento indireto pelo serviço prestado – não faria mesmo sentido restringir o acesso à cultura e ao conhecimento, em favor do lucro injustificado de quem fomenta ou facilita a contrafação. O mais justo seria que parte do lucro auferido com essas publicidades fosse vertido para o pagamento dos direitos autorais, cuja violação esses mesmos sites estão a fomentar.

¹⁵⁸Do acórdão em tela consta a seguinte lição: “É em tese antijurídica, civil e criminalmente, a conduta de quem, mediante lucro indireto obtido pela exploração econômica de publicidades, disponibiliza publicamente “software” para conexão às redes ‘*peer-to-peer*’ (ponto a ponto), possibilitando o compartilhamento (“download”) de arquivos musicais via ‘Internet’ protegidos pela Lei de Direitos Autorais”.

¹⁵⁹Extrato da ementa do acórdão em análise: “Em se tratando de violação a direitos incorpóreos ou imateriais, como são os de propriedade intelectual, a individualização e a extensão dos danos causados para se poder quantificar, por conseguinte, a correspondente indenização pecuniária é de difícil, senão impossível, aferição, de modo que, no mais das vezes, não há, mediante prestação genérica, a recomposição integral do patrimônio do titular do direito material violado, nem mesmo uma razoável compensação, incorrendo seu retorno ao “status quo ante”, aflorando daí o risco na demora à concessão da tutela inibitória para a remoção dos efeitos do ato ilícito”.

4. O APOCALIPSE?

A guerra está travada. De um lado, a bandeira dos direitos autorais, da criatividade remunerada, que, por incrível que pareça, não é hasteada por todos os autores e editores. De outro, o pavilhão da cultura, do conhecimento que liberta, da educação como manivela capaz de mudar o mundo para melhor. A sociedade descobriu o gosto de se divertir, aprender e enriquecer culturalmente de graça, e empunha suas temíveis armas eletrônicas para pilhar o ouro artístico alheio. Os artistas, editores, gravadoras, produtores já conheciam o gosto de enriquecer monetariamente à custa de suas obras e levantam seus sabres jurídicos a fim de combater os corsários digitais.

Hasteando a bandeira da contrapartida para os criadores, está o alarmista Andrew Keen¹⁶⁰, autor de “O Culto do Amador” e mensageiro do apocalipse cibernético. Para ele, a internet é má e as pragas por ela trazidas vão desde a pirataria até a pornografia e o acesso às mesas de jogo. Contudo, dentre seus desprestígios, para ele, destaca-se, a valorização do amador, o que implicaria a decadência do profissional.

Ao produzir cultura e distribuí-la gratuitamente pela rede, o amador retiraria o valor econômico de uma obra artística, minando, também, a noção – “sagrada, para Keen – de que algumas pessoas são mais autorizadas do que outras para produzir arte e informação”¹⁶¹. Além disto, retiraria da sociedade um importante filtro: o editorial. Somente o editor estaria autorizado a escolher o que é bom e o que não é. No entanto, a internet permitiria que a “massa burra” – como daria a entender Keen – acabasse exercendo este filtro. Ele exemplifica sua ideia com o fato de o Google priorizar, nos resultados, os links mais acessados, ou seja, os

¹⁶⁰Autor de “O Culto do Amador”, Andrew Keen se tornou conhecido por polemizar ainda mais o debate entre cultura e direitos autorais, anunciando a falência dos profissionais do ramo cultural graças à internet.

¹⁶¹LICHOTE, Leonardo. *Você está matando a cultura?*. In O Globo, Caderno Prosa e Verso, de 4 de Abril de 2009, p.1.

mais populares. Com isto, Google transmitiria às pessoas aquilo que todos já sabem, o senso comum.

Entrevistado pelo O Globo, Keen afirmou ser necessária a tarefa de uma editora, para dizer o que vale à pena ser lido, visto ou ouvido e para apontar quem realmente é autor¹⁶². A internet, ao contrário, permitiria que qualquer um espalhasse sua criatividade globalmente, em um “eletrônico mundo novo”. E isto, para Andrew Keen, não seria nem um pouco democrático, pois democracia demais levaria a uma oligarquia, no caso, de usuários mais ativos¹⁶³.

Ele compara a mídia tradicional com os pobres trabalhadores manuais no século XIX, lutando contra a industrialização. Tanto um, quanto outro, estariam “do lado errado da História”¹⁶⁴. Essa, entretanto, pode ser uma opinião não apenas um tanto egoísta enquanto limitativa do acesso ao conhecimento, quanto preconceituosa em relação às minorias, ou mesmo em relação às majorias pouco esclarecidas. Tampouco pode ser referendada como a opinião representativa de uma classe.

Gilberto Gil, músico e compositor famoso, quando Ministro da Cultura, polemizou e sofreu contundentes críticas, ao tentar trazer para o Brasil um novo tipo de licença, a “Creative Commons”, inventada pelo professor americano Lawrence Lessig. O ex-Ministro, citando Thomas Jefferson, para que uma ideia não tenha a força de propriedade de

¹⁶²LICHOTE, Leonardo. *Você está matando a cultura?*. In O Globo, Caderno Prosa e Verso, de 4 de Abril de 2009, p.1. As palavras de Keen foram: “alguém tem que fazer esse julgamento. A alternativa é a suposta sabedoria das massas. Isso não é promissor quando você vê o tipo de arte que a massa abraça. As editoras, historicamente, usam projetos de sucesso para financiar outros menores. Isso está acabando”.

¹⁶³LICHOTE, Leonardo. *Ibidem*. Nas palavras de Keen, “democracia demais nos leva à uma oligarquia. Você vê isso no Digg (*site no qual os usuários indicam o que há de melhor na web*) que supostamente representa as massas, mas na realidade é controlado pelos poucos que participam ativamente. Na Wikipedia, a maior parte do trabalho é feito por poucos. No Twitter, a maioria segue uma minoria”.

¹⁶⁴KEEN, Andrew, citado por Leonardo Lichote em *Você está matando a cultura?*. In O Globo, Caderno Prosa e Verso, de 4 de Abril de 2009, p.1.

uma casa ou uma ferramenta, defenderia a flexibilização e a estatização de direitos autorais, tudo em prol da difusão da cultura¹⁶⁵.

Uma das críticas mais veementes que lhe são dirigidas vem do compositor Fernando Brant, em artigo escrito para o periódico diário “O Globo”, publicado em sete de Setembro de 2007. O compositor alega que, assim como Jefferson era abolicionista em seus textos e mantinha duzentos escravos negros sob sua posse, o então Ministro defenderia a “liberalização geral das obras pelos autores”, porém só teria “liberado” uma única de suas próprias músicas, feita para uma disco gravado na Noruega¹⁶⁶.

Brant reafirma que “cultura se faz com criadores”¹⁶⁷ e enfatiza que esses últimos não trabalhariam sem a percepção dos direitos por suas obras¹⁶⁸. Sustentando que o direito autoral é uma conquista da civilização, ele traz um dado interessante: de um CD¹⁶⁹ vendido a 35 ou 40 reais, apenas um real seria vertido para o bolso do próprio autor (sendo quinze reais o preço de fábrica)¹⁷⁰.

Esse dado somente reforça a ideia de que, de fato, é economicamente viável uma medida que assegure o pagamento de direitos autorais, quando a obra for objeto de download via internet, ainda que essa remuneração provenha de parte do lucro auferido pelos sites que disponibilizam ou facilitam o sistema *peer-to-peer* com a publicidade neles veiculada. Isso Porque a obra objeto de download não precisa ser materializada, portanto seu custo é evidentemente menor. Ademais, constata-se que a maior parte do preço de capa da

¹⁶⁵BRANT, Fernando. *No baile do ministro banda larga, autor não entra*. O Globo, 7 de Set. de 2007. Disponível em: http://www.joaodorio.com/site/index.php?option=com_content&task=view&id=81&Itemid=75. Acesso em: 15 de Set. de 2013.

¹⁶⁶*Ibid.*

¹⁶⁷*Ibid.*

¹⁶⁸Ele chega a se valer dos dizeres de Cacilda Becker: “Não me peçam de graça a única coisa que tenho para vender”.

¹⁶⁹Sigla usada para “compact disc”.

¹⁷⁰BRANT, *ibid.*

obra alimenta a indústria produtora e distribuidora¹⁷¹ – não o autor – que não tem lugar na internet.

Robert Darnton, em texto publicado no Jornal *Le Monde Diplomatique*, ensina que desde o Iluminismo os artistas e escritores se viam submetidos ao monopólio de editoras e livreiros, enquanto que esses últimos também se submetiam às vontades do rei e da censura. Os autores mesmo tinham que bajular os poderosos, pedindo favores, e mendigar um lugar em um jornal qualquer controlado pelo Estado, para que pudessem trilhar algum caminho aos salões e academias, onde se faziam e desfaziam reputações¹⁷².

Era nesse cenário e época – que não difere tanto dos dias atuais, em que se ouve falar de *Best Sellers* que chegaram a ser rejeitados por inúmeras editoras e em que autores, como dito acima, ficam com percentual ínfimo do preço capa da obra¹⁷³ - que surgia no meio intelectual o sonho de um território sem polícia ou fronteiras ou mesmo desigualdades que não fossem os próprios talentos. Para ser parte desse fantástico mundo novo do conhecimento livre, bastava que se soubesse fazer apenas uma das duas coisas: fazer ou apreciar arte¹⁷⁴.

Para Darnton, esse mundo é possível nos dias atuais, graças à internet e à capacidade de empresas como a Google de digitalizar um inimaginável número de obras, desde que não seja conferido a apenas uma empresa – no caso, a Google – o monopólio do direito de digitalizar e distribuir os direitos autorais arrecadados. Isso porque, ele explica, o intuito das empresas como a Google é o lucro, enquanto que o de uma biblioteca é o “encorajamento ao aprendizado”¹⁷⁵.

¹⁷¹Fabricantes, editores, designers, distribuidores, lojas.

¹⁷²DARNTON, Robert. *Accès public, contrôle privé*. La bibliothèque universelle de Voltaire à Google. Paris : Le Monde Diplomatique, Mars 2009, 56^e année, n^o 660, p. 1 e 24/25.

¹⁷³Preço de venda ao consumidor.

¹⁷⁴DARNTON, *op. cit.*

¹⁷⁵*Ibid.*, p. 24/25.

O argumento de Darnton ai de encontro ao de Brant. Ao contrário do que o segundo afirma, os direitos autorais não teriam surgido exclusivamente para defender o direito individual do autor, mas também para “encorajar a educação”. A noção de *copyright*, nascida na Grã-Bretanha em 1710 com o Estatuto de Anne, visava a limitar o poderio dos editores e, por isso, conferia aos autores a propriedade plena sobre suas obras por um período renovável de quatorze anos¹⁷⁶.

Atentos ao escopo de promoção do conhecimento dos direitos autorais, teriam os “Pais Fundadores” dos Estados Unidos da América subordinado os direitos autorais – reconhecidos em sua Constituição somente “por uma duração limitada” – ao princípio superior do “progresso da ciência e das artes úteis”. Entendiam a preeminência do interesse geral sobre o lucro individual. No mesmo sentido foi redigido o primeiro *Copyright Act* americano, em 1750, da mesma forma limitando a duração dos direitos autorais patrimoniais a quatorze anos, de modo a promover o conhecimento¹⁷⁷.

Somente em 1998 o interesse privado teria sobrepujado o público e teria sido editado o *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*, ou “Lei Mickey”: o célebre personagem de Walt Disney, Mickey Mouse, estava prestes a cair em domínio público, quando fora editado esse ato, prevendo que o direito de autor se aplicaria à obra enquanto ele é vivo e ainda por setenta anos após sua morte¹⁷⁸. De acordo com a conjuntura que levou ao aumento do lapso de duração do direito patrimonial autoral, conclui-se que os autores não estavam menos protegidos antes. Ao contrário, vinte e oito anos de exploração de uma obra poderia ser considerado um tempo razoavelmente justo, não fosse o interesse exclusivamente privado e eminentemente patrimonial na exploração de um personagem de desenho animado e de toda a indústria desenvolvida em torno dele, que certamente ainda rende milhões às Companhias Disney.

¹⁷⁶*Ibid.*

¹⁷⁷*Ibid.*

¹⁷⁸*Ibid.*, p. 24.

De qualquer forma, este capítulo serve a seu propósito, de demonstrar que a discórdia acerca do tema da presente monografia ainda vive e que será necessária uma proposta conciliadora. Isso porque o direito posto reconhece os direitos autorais e, sem dúvida, não se pode exigir do autor – que vive de seu trabalho – que abra mão de sua única fonte de sustento. Por outro lado, os novos tempos revelam que é possível difundir conhecimento e cultura, sem que para tanto se fulmine completamente o direito patrimonial do autor.

5. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. O JUÍZO DA PROPORCIONALIDADE

De todo o exposto, uma certeza se extrai: é ineficaz o combate à violação de direitos autorais perpetrados por meio da internet, quando feito por um único país, na medida em que a rede desconhece fronteiras. Ademais, o objeto material da contrafação é de difícil apreensão, por ficar armazenado em dispositivos computadorizados pessoais, sendo impossível a verificação – sem o manuseio do aparelho – da legitimidade da cópia nele armazenada. Por outro lado, a velocidade em que a contrafação se propaga em meio eletrônico torna quase que inútil qualquer tentativa de contê-la.

Sempre houve necessidade de se legislar de forma comum sobre o direito de autor, vez que as expressões artística, científica e literária, sob qualquer forma, constituem ponto de união entre as culturas, tendendo, por conseguinte, ao rompimento de barreiras. Vale, aqui, o escólio de Plínio Cabral: “é preciso considerar que a arte não reconhece fronteiras. Sua tendência é rompê-las. Sempre foi assim. A arte está acima das nações”¹⁷⁹.

Em que pese todo o romantismo da proteção da criação artística, é notório que a internet impulsionou a divulgação da cultura e do conhecimento. No canal *YouTube*, é possível conhecer as obras musicais dos mais diversos artistas, ao passo que as mais conceituadas Universidades estrangeiras, em especial nos Estados Unidos, disponibilizam para seus estudantes as obras literárias do acervo de suas bibliotecas em meio virtual. Isso sem contar a desenfreada propagação do *download*, legal e ilegal, de obras artísticas, musicais e literárias.

Parece que, diante da transnacionalidade da rede mundial de computadores, somente uma legislação internacional, focada no atual cenário, e a atuação articulada das autoridades de todos os países do Globo poderia pretender conter a proliferação de

¹⁷⁹FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 15.

contrafações por meio da internet. No entanto, será que essa seria mesmo uma medida eficaz, considerando que já existem o acordo TRIPS, a Convenção de Berna e outros diplomas que não lograram tal façanha? E mais: será que essa medida é mesmo interessante? Talvez não seja necessário, nem inteligente, restringir de maneira tão drástica o conhecimento, quando se alcançou uma ferramenta capaz de levá-lo a qualquer lugar do globo. Talvez Voltaire não seja mesmo um sonhador¹⁸⁰.

O Direito se mostrou, ao longo da História da Humanidade, como meio necessário à convivência pacífica das pessoas em sociedade e o Judiciário foi o Poder a quem foi investida essa missão, diante do fracasso dos homens na autotutela de seus direitos e na manutenção da harmonia entre os povos e da paz na Terra. Ficou evidente, no decorrer desta obra, a lacuna legislativa quanto à proteção de direitos autorais perpetrados por meio virtual.

Entretanto, será demonstrado a seguir, por meio de fórmulas jurídicas, que, talvez, seja possível contemporizarem-se os direitos em aparente choque – direitos autorais e culturais – por meio de uma solução econômica. Não se propõe uma abstenção estatal para que a economia se regule por si própria; pelo contrário, provavelmente a canalização de esforços para a adoção de uma medida econômica até em âmbito mundial – e não de uma quase inexecutável luta interna contra as contrafações – parece ser mais célere e eficaz.

Essa solução econômica não é nenhuma novidade: a China, famosa pela genialidade e por sua incontrolável e vulgarmente conhecida “pirataria”, acabou com uma onda desenfreada de *downloads* de materiais sujeitos a direitos autorais, inclusive registrados em outros países¹⁸¹. Essa prática forçou as empresas que operavam no mercado de operações e dados na China a buscarem uma solução a fim de não sofrerem retaliações por parte do resto do mundo, capitalista por excelência, em sua maioria. Sujeitas que estavam às leis de

¹⁸⁰VOLTAIRE *apud* DARNTON, Robert. *La Bibliothèque universelle de Voltaire à Google*. Le Monde Diplomatique: Março de 2009, 56º ano, nº 660, p. 1.

¹⁸¹Informação extraída da coletânea de elementos sobre a Google China juntada pela Wikipedia, enciclopédia livre, disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Google_China. Acesso em 4 de Set. 2013.

Copyright de seus próprios países – no caso da Google, submetida às pressões dos poderosos Estados Unidos da América – e ambiciosos por não perderem um mercado consumidor tão promissor e curioso por novas tecnologias como o chinês, essas empresas houveram de se adaptar¹⁸².

O Google, provavelmente o maior *site* de buscas no mundo, criou a Google China e, para fazer frente ao Badu, sítio virtual mais popular onde era feito o *download* ilegal desenfreado de músicas na China¹⁸³, o celebrado *Google Music*: ambientes virtuais em que todo *download* – seja de músicas, livros, vídeos – é legal. Para não causar nenhum prejuízo aos autores de tais obras, um percentual da renda obtida com os anúncios veiculados nas páginas da Google e de outros serviços por ela mantidos é revertido para um fundo de direitos autorais e repartidos aos autores, de acordo com o número de downloads de suas respectivas obras¹⁸⁴.

Esse sistema é restrito à China. Qualquer um que tentar, de outra parte do globo terrestre, acessar à *www.google.com.cn*, terá seu acesso negado, tendo em vista que o sistema não está em vigor em outros países e neles os artistas ainda não são remunerados da mesma maneira.

Essa seria uma solução que não desestimularia os criadores de obras intelectuais, remunerando-os de forma justa pelo trabalho desenvolvido, tampouco frearia a difusão do conhecimento e da cultura. Se, voluntariamente, uma superpotência em termos de tecnologia e informática, tal qual a Google, voluntariamente, sucumbiu a uma medida que equilibrasse o direito dos usuários à cultura e dos autores à contrapartida financeira, não seria difícil impor que todos os provedores de internet e sítios que disponibilizassem *download* de

¹⁸²*Menos mapas, menos música: a China sem o Google pode prejudicar internautas e desenvolvimento da indústria.* Artigo publicado em: <http://extra.globo.com/noticias/rio/menos-mapas-menos-musica-china-sem-google-pode-prejudicar-internautas-desenvolvimento-da-industria-100751.html> - Acesso em 16-3-2010. Autoria não identificada.

¹⁸³Informação extraída da coletânea de elementos sobre a Google China juntada pela Wikipedia, enciclopédia livre, disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Google_China. Acesso em 4 de Set. 2013.

¹⁸⁴Informação extraída da coletânea de elementos sobre a Google China juntada pela Wikipedia, enciclopédia livre, disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Google_China. Acesso em 4 de Set. 2013.

obras recolhessem um percentual dos anúncios veiculados em suas páginas¹⁸⁵ – e se estabelecesse um mínimo de anúncios por página – para um fundo internacional de direitos autorais.

Isso é, claro, *de lege ferenda*. Seria necessário uma conferência internacional que estabelecesse as regras comuns de distribuição do produto dos anúncios, o mínimo de anúncios por página (a fim de que a regra não fosse burlada com contribuições irrisórias) e o valor mínimo a ser arrecadado. E todo o conteúdo disponibilizado pela página poderia ser gratuito para os usuários.

Para que se possa aplicar uma fórmula de cotejo de direitos fundamentais em rota de colisão, é preciso distinguir a que categoria as normas que os asseguram pertencem. Segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁸⁶, “nem todas as normas referentes a direitos fundamentais têm propósito de restringir ou limitar poderes ou faculdades”. Há também aquelas que se destinam a densificar e concretizar o direito, e é justamente a essa categoria de normas a que pertencem ambas as em aparente¹⁸⁷ conflito¹⁸⁸ no presente trabalho – o direito à cultura e ao conhecimento e o direito à propriedade autoral. Elas cumprem a função de concretização ou conformação desses direitos, e não de restrição de poderes estatais.

¹⁸⁵Dos casos relatados no capítulo anterior, todos têm um ponto em comum e que parece ter sido não apenas o fundamento mais forte das condenações, mas o maior incômodo causado aos detentores de direitos autorais: os sites que disponibilizam, favorecem ou facilitam o download de obras sujeitas a direitos autorais auferem lucros indiretos provenientes não propriamente das obras partilhadas, mas dos anúncios nele veiculados.

¹⁸⁶MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 276.

¹⁸⁷Diz-se aparente o conflito porque, como será demonstrado adiante, sendo ambas as normas princípios constitucionais, não se pode admitir um conflito real, caso em que uma norma poderia prevalecer sobre a outra e anulá-la por completo. O conflito entre princípios é apenas aparente e se resolve pela técnica da ponderação, em que, apenas no caso concreto, um cederá espaço para que o outro possa prevalecer, sem que isso importe exclusão do outro da ordem jurídica.

¹⁸⁸“Afirma Alexy: ‘Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungültig*)’. [...] Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. Antes, quer dizer – elucidada Alexy – que em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária”. ALEXY *apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 279/280.

A questão é que o primeiro direito citado – o direito à cultura – é de amplitude coletiva, ao passo que o segundo – o direito autoral – é essencialmente individual. Sendo ambos garantidos por normas que pretendem concretizá-los, e não restringir poderes, a problemática está na esfera de restrição desses direitos, ou seja, na compatibilização entre normas densificadoras e uma restrição.

A teoria externa – *Aussentheorie* – defende a inexistência de uma necessária tensão entre a ideia de restrição de um direito individual. Essa tensão só se verificaria justamente na necessidade de compatibilização entre direitos individuais e coletivos¹⁸⁹; do contrário, se presume, o direito individual seria ilimitado.

Já a teoria interna – *Innentheorie* – defende que direito individual e restrição não são conteúdos distintos, autônomos. O que existe, para essa teoria, é um direito individual de conteúdo determinado, limitado, pois. Assim, a questão não seria quanto ao alcance da possibilidade de restrição do direito, porém ao limite do próprio conteúdo do direito individual¹⁹⁰.

A opção por uma ou outra teoria dependerá das lentes por meio das quais se enxergam os direitos fundamentais. Se considerados como posições definitivas, ou seja, regras, há de se reconhecer-lhes um limite inato e, portanto, inevitável o caminho pela teoria interna. Entretanto, se a ótica apontar para os direitos fundamentais como posições *prima facie*, princípios, pois, aplicável será a teoria externa.

É evidente, pela forma como foram tratados ao longo deste estudo, que o método a seguir desenvolvido está alinhado com a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes e de Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁹¹ e, portanto, considera os direitos fundamentais em sua essência como princípios. Será necessário, então, estabelecer a relação entre a restrição e o direito individual, o direito autoral, tal como apregoado pela teoria externa.

¹⁸⁹MENDES; BRANCO, *op. cit.*, p. 280.

¹⁹⁰*Ibid.*

¹⁹¹*Ibid.*

Os direitos fundamentais em jogo nesta monografia não são submetidos a uma reserva legal expressa¹⁹². Isso quer dizer que não se inserem nos casos de normas de eficácia contida, casos em que a própria Constituição já prevê a possibilidade de restrição por meio de atividade legislativa. No entanto, “a configuração de uma colisão poderia legitimar, assim, o estabelecimento de restrição a um direito não submetido a reserva legal expressa”¹⁹³, como reza a teoria externa.

De modo a evitar abusos, a manobra limitadora de direitos fundamentais sem reserva legal expressa deve ser assentada em norma constitucional. Em outras palavras, somente em cotejo com outro direito de índole constitucional poderá ser restringido o direito fundamental. Constata-se, com isso, a possibilidade de restrição do direito individual autoral, quando em confronto com o direito social ao saber, à cultura e ao entretenimento.

Ademais, a atividade restritiva de direitos fundamentais deve obedecer a outros limites, como o princípio da proteção do núcleo essencial¹⁹⁴. É que todo direito fundamental tem um mínimo de essência garantido constitucionalmente, sem o qual ficaria esvaziado. Esse núcleo é intangível e não deve ceder, nem mesmo em choque com outro direito fundamental, que com aquele deve se conformar e conviver harmonicamente.

Na verdade, a definição do próprio âmbito de abrangência do núcleo essencial é controvertida. Para a teoria absoluta, o núcleo essencial seria uma “unidade substancial autônoma – *substantieller wesenskern* – que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo”¹⁹⁵. Ou seja, seria uma parte do direito verdadeiramente intangível, insuscetível de limitação.

¹⁹²*Ibid.*, p. 294.

¹⁹³*Ibid.*

¹⁹⁴*Ibid.*, p. 296.

¹⁹⁵*Ibid.*, p. 297.

Entretanto, para a teoria relativa, o núcleo essencial se define a partir do caso concreto e é delimitado pelo desiderato da norma que vem a impor a restrição, no caso, o direito de acesso à cultura e ao conhecimento. Segundo Mendes e Branco¹⁹⁶:

O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prüfung*), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório.

Críticas são tecidas a ambas as teorias. A teoria absoluta traz consigo a dificuldade de se aquilatar, em abstrato, qual seria o núcleo essencial de cada direito fundamental; ao passo que a incidência da teoria relativa talvez importe em exacerbada flexibilização dos direitos fundamentais, ao permitir uma margem fluida de delimitação de seu núcleo essencial. O escopo de ambas, todavia, é louvável, porquanto pretendem resguardar os direitos fundamentais de modo que, a pretexto de salvaguarda de outro direito de igual densidade, não sejam totalmente esvaziados.

Deve ser reconhecido ao direito patrimonial do autor um núcleo essencial que não pode ser suprimido; do contrário, esvaziado estará o conteúdo do direito e desestimulada estará a produção cultural. Esse núcleo consiste justamente, por ser patrimonial o direito, em alguma contrapartida financeira pela criação intelectual, não importa a origem dessa contraprestação.

Por outro lado, como a aplicação da teoria absoluta por si só não logrou identificar perfeitamente os contornos do direito patrimonial autoral, tampouco contemporizá-lo com a norma restritiva – o direito de acesso à cultura e ao conhecimento – a teoria relativa traz a solução: a técnica será a da ponderação entre meios e fins, incidindo no caso o princípio

¹⁹⁶*Ibid.*, p. 297/298.

da proporcionalidade, haja vista que, como destacado anteriormente, neste trabalho os direitos fundamentais são tratados como princípios. Nesse sentido,

Por essa razão, propõe Hesse uma fórmula conciliadora, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. É que, observa Hesse, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida¹⁹⁷.

Conforme adiantado no início deste capítulo, ao final deste trabalho seria aplicada uma fórmula jurídica para demonstrar a desnecessidade de submissão do direito de acesso à cultura e ao conhecimento em favor de uma garantia absoluta e suprema do direito autoral. Esse método é justamente o princípio da proporcionalidade, uma vez que se reconhece que todos os direitos fundamentais – inclusive os dois que estão em xeque no presente trabalho – possuem um núcleo essencial.

Se ambos os direitos – de acesso à cultura e ao conhecimento e de autor – possuem um núcleo essencial intangível e *status* constitucional, de modo que são, pois, de mesma hierarquia, devem ser equacionados de forma que não se anulem e que um não seja totalmente sacrificado em favor do outro. Isso porque, ressalte-se, não existe hierarquia entre normas constitucionais, em especial as que cristalizam direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade está respaldado em três subprincípios¹⁹⁸: i) adequação; ii) necessidade; e iii) proporcionalidade em sentido estrito, que é o juízo de compatibilidade ou equilíbrio dos fins com os meios empreendidos para alcançá-los.

A legislação protetora dos direitos autorais é fruto de uma opção legislativa, dentro do âmbito de discricionariedade que tem o Poder Legislativo para a tutela suficiente de

¹⁹⁷*Ibid.*, p. 298/299.

¹⁹⁸*Ibid.*, p. 303.

direitos fundamentais. Essa discricionariedade não é ilimitada; portanto, não poderia ser imune ao controle jurisdicional. Embora não seja possível investigar os motivos da vontade legislativa ou mesmo a exclusiva finalidade da lei, sob pena de se interferir no mérito do ato administrativo¹⁹⁹, o excesso de atuação legislativa constitui afronta à própria Constituição Federal, no que acaba por ferir o núcleo essencial de outro direito fundamental.

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*)²⁰⁰.

Todos os direitos fundamentais submetem-se, pois, no caso concreto, ao filtro axiológico da proporcionalidade, princípio dos quais são subprincípios a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Com escólio na doutrina de Gilmar Mendes e Paulo Branco²⁰¹, pode-se sintetizar o subprincípio da adequação na exigência de que a medida interventiva tenha aptidão para alcançar os fins pretendidos. Já o subprincípio da necessidade se resumiria na inexistência de meio menos gravoso e igualmente eficaz para a consecução dos mesmos fins pretendidos pela medida.

Caso aprovada nos dois primeiros testes, a medida se sujeitaria ainda a um terceiro filtro, o da proporcionalidade em sentido estrito, que seria uma ponderação entre os meios empregados e os fins alcançados. Nesse terceiro filtro, é avaliada a justeza, o equilíbrio da medida. Nas palavras de Mendes e Branco²⁰², “a proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, um papel de um *controle de sintonia fina – Stimmigkeitskontrolle* –, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”.

¹⁹⁹*Ibid.*

²⁰⁰*Ibid.*, p. 303.

²⁰¹*Ibid.*, p. 313/314.

²⁰²*Ibid.*, p. 315.

Explicada a fórmula – o princípio da proporcionalidade, que se aplica no exercício do juízo de ponderação entre direitos fundamentais – que será usada para propor uma solução para o caso das contrafações perpetradas por meio de *download* de obras sujeitas a direitos autorais, passa-se à conclusão. Enfim, a fórmula será aplicada ao caso concreto.

Estão em aparente rota de colisão os direitos à cultura e ao conhecimento e à propriedade dos direitos autorais. É necessário, pois, trazer à colação a lição de Paulo Bonavides, a respeito da aplicação da técnica da ponderação de princípios, radicada no princípio da proporcionalidade, para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais:

Poder-se-ia, desse modo, vislumbrar na proporcionalidade não somente um critério de contenção do arbítrio do poder e salvaguarda da liberdade, mas, por igual, em nível hermenêutico, um excelente mecanismo de controle, apto a solver, por via conciliatória, problemas derivados de uma eventual colisão de princípios; isto sobretudo tocante à interpretação de direitos fundamentais. Seguindo, assim, a trilha dos constitucionalistas da Nova Hermenêutica, urge assinalar que nenhum desses princípios, deixando de ser aplicado na hipótese conflitual, é sacrificado ou expulso do ordenamento jurídico, qual sói acontecer com a norma inconstitucional. Em outras palavras, o princípio cuja aplicabilidade ao caso concreto se viu recusada por ensejo da ponderação estimativa de valores, bens e interesses, levada a cabo pelo intérprete, continua a circular válido na corrente normativa do sistema, conservando intacta a possibilidade de aplicação futura²⁰³.

Logo, a solução que se pretende alcançar neste trabalho não se prestará a sacrificar nenhum dos bens jurídicos em jogo – nem o direito autoral, nem o direito de acesso à cultura e ao conhecimento – porquanto ambos são princípios e o conflito entre princípios, como visto, se resolve por meio da ponderação. O juízo será, pois, o da proporcionalidade.

Os casos concretos aqui narrados²⁰⁴ têm em comum o fato de que os sites *Napster*, *The Pirate Bay* e *Cadari*, embora promovessem ou facilitassem a troca ou o compartilhamento de arquivos protegidos por direitos autorais entre usuários, não os forneciam diretamente, tampouco os hospedavam. Eram os próprios usuários quem os

²⁰³BONAVIDES, *op. cit.*, p. 635.

²⁰⁴Os casos *Napster*, *Pirate Bay* e *Cadari*, anteriormente comentados no Capítulo 3, itens 3.5.1, 3.5.2 e 3.5.3, respectivamente.

trocavam e forneciam entre si, tal qual uma pessoa empresta um livro ou um CD de sua propriedade a outra, com a diferença de essa outra fazia uma cópia ilegal da obra – era nesse momento que ocorria a contrafação.

Portanto, talvez a solução conferida pelos Tribunais aos casos não fosse a mais acertada, uma vez que a conduta dos sites em si mesma não configurava contrafação: a infração ao direito autoral era feita pelo usuário que fazia o *download* da obra, com essa conduta produzindo para si uma cópia não autorizada. Entretanto, havia nos três casos judiciais relatados ainda outro ponto em comum: o argumento mais forte das megacorporações produtoras, e talvez o mais contundente fundamento para as condenações, era que esses sites lucravam com a exploração de anúncios publicitários, ainda que promovessem ou intermediassem o compartilhamento de obras entre usuários da rede sem qualquer finalidade lucrativa. Isso era o que incomodava: o lucro auferido pelos sites com publicidade, a troca da promoção da infração de direitos autorais.

A solução dada pelos Tribunais era a de coibir totalmente a prática do compartilhamento de arquivos sem o pagamento de direitos autorais pela rede mundial de computadores. Por meio da imposição de penas de prisão dos fundadores e administradores dos sites, indenização às produtoras de filmes e fonogramas, aplicação de filtros aos programas que permitem acesso à rede *peer-to-peer* e *download* de arquivos, tudo o que fez o Judiciário foi obstar a difusão dessas obras por meio do sistema *peer-to-peer* – compartilhamento de arquivos entre usuários – em prol dos direitos autorais.

Se é essa a solução conhecida hoje – a coibição da prática de *download* e compartilhamento de arquivos via internet – será ela o parâmetro para a ponderação entre os direitos fundamentais de acesso à cultura e ao conhecimento e de propriedade autoral. Portanto, será aquilatado se essa medida é proporcional, uma vez que, diante da possibilidade de impor o pagamento de direitos autorais a esses sites com o produto da exploração dos

anúncios (tal como ocorre no Google China), pode ser que a coibição total da prática não seja a medida mais proporcional²⁰⁵.

A proporcionalidade se divide, assim, em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como constatado no capítulo anterior. A adequação seria, pois, a capacidade da medida escolhida de solucionar o problema.

O problema em análise é o alto número de infração a direitos autorais levadas a efeito por meio do compartilhamento de obras entre usuários da rede mundial de computadores. A medida escolhida é a coibição de sua prática, por meio da imposição de condenações de diversas espécies pelo Judiciário.

Essa medida, contudo, não se revela adequada a solucionar a questão. Isso porque, apesar das condenações já referidas, não se pode afirmar que o número de descarregamento de obras via internet diminuiu ou mesmo que as penas aplicadas tenham surtido um efeito pedagógico geral na sociedade. Ao contrário, outros sites com o mesmo propósito surgiram²⁰⁶ e os usuários continuam buscando meios de trocarem arquivos entre si. O sistema *peer-to-peer* ainda vive²⁰⁷.

A dificuldade de se lidar com a internet é justamente essa: o Judiciário de um país pode até condenar, mas um site hospedado em outro país continua as práticas do

²⁰⁵Até porque há um enriquecimento sem causa por parte dos sites que exploram a publicidade desses anúncios, enquanto estimulam a infração a direitos autorais, pois os usuários não chegam até eles em busca de anúncios publicitários, mas sim de obras artísticas, literárias, musicais e se deparam com a publicidade ali disposta propositalmente.

²⁰⁶Um exemplo seria o Gnutella, que, destaque-se, não conta sequer com um servidor central e, segundo a Wikipedia, seria “rede *open-source* surgida no final de 2000 utilizada inicialmente por usuários do sistema Linux. Possui uma estrutura altamente descentralizada não havendo mesmo nenhum servidor central sequer. Os usuários constituem a estrutura da própria rede. Entre os programas que a utilizam, estão o BearShare, LimeWire, Azureus e agora o Shareaza”. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>. Acesso em 25 de Set. de 2013.

²⁰⁷O sistema *peer-to-peer* vive e em pleno gás, principalmente, devido aos incontáveis sites que disponibilizam *torrents*, que podem ser definidos, de acordo com a Wikipedia, como “BitTorrent é um sistema de *download* de arquivos P2P. A ideia básica é que quando um usuário procura por um arquivo, ele baixa ‘pedaços’ do arquivo de outros usuários até que o arquivo fique completo. Um importante objetivo de projeto foi garantir colaboração. Na maioria dos sistemas de compartilhamento de arquivo, uma fração significativa dos usuários somente baixa os arquivos e contribuem pouco de nada. Para isso, um arquivo pode ser baixado somente quando o cliente que está baixando também está provendo conteúdo para alguém”. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>. Acesso em 25 de Set. de 2013.

anterior. Tanto é que o The Pirate Bay ainda existe²⁰⁸. É necessário um esforço global para que essas medidas judiciais surtam o efeito esperado. Ademais, como as trocas são feitas entre usuários – ou seja, nada é hospedado no site – não é o simples desaparecimento do site que fará com que o compartilhamento de arquivos cesse.

Ainda que a medida judicial fosse adequada, não seria necessária. Isso porque, como desenvolvido ao longo deste trabalho, existe um meio econômico de conciliar os dois interesses em disputa: parte do produto da exploração dos anúncios veiculados pelos *sites* que promovem o compartilhamento de obras literárias, artísticas e fonográficas deveria ser revertida para o pagamento dos direitos autorais. Do contrário, haveria um enriquecimento sem causa por parte dos sites, que lucrariam com a facilitação da infração ao direito autoral alheio, sem verter nenhuma contribuição para tal fim.

A atividade-fim dos sites não é a divulgação de publicidade, mas a intermediação do compartilhamento ou fornecimento de obras sujeitas a direitos autorais. Dessa forma, o lucro auferido com a publicidade reflete verdadeira remuneração indireta percebida pelos sites pela própria divulgação das obras – e não das publicidades – e seu não repasse ao autor configuraria enriquecimento sem causa por parte dos sócios, dos empreendedores a cargo dos sites.

Por outro lado, se a internet é uma ferramenta a serviço da sociedade, não faz sentido limitar o acesso à cultura e ao conhecimento, quando há meio eficaz de equilibrar o outro lado da balança²⁰⁹ – os direitos autorais. Assim, se a controvérsia reside no fato de não haver contraprestação pelo *download* de obras feito pelos usuários do sistema *peer-to-peer*, a imposição de condenações que não a de verter parte do produto da arrecadação com anúncios ao pagamento de direitos autorais se revela desnecessária.

²⁰⁸Apenas para comprovar a afirmativa feita acima, acerca da existência do site de compartilhamento de arquivos pelo sistema p2p “The Pirate Bay”, ele fora acessado, em 30 de Setembro de 2013, no seguinte sítio eletrônico: <http://thepiratebay.sx/>.2013.

²⁰⁹A necessidade é exatamente o juízo sobre a existência de outros meios eficazes de alcançar o mesmo propósito.

Finalmente, a proporcionalidade, em sentido estrito, se caracteriza pelo equilíbrio entre o fim e os meios que são empregados para sua consecução. Ou seja, é o resultado balanceado da apuração da norma através de um filtro axiológico de finalidade. Por esse filtro, a repressão total imposta pelo Judiciário, com respaldo no sistema legal vigente – Lei 9.610/98, Convenção de Berna e Tratado de Direito Autoral da OMPI – ao descarregamento e compartilhamento de obras por meio da internet, sem o devido pagamento dos direitos autorais, não se revela razoável.

O meio empregado – de restrição absoluta à difusão do conhecimento e da cultura pelo sistema *peer-to-peer* – é excessivamente oneroso, e portanto desproporcional, na medida em que inibe por completo o direito fundamental de acesso à cultura e ao conhecimento, quando existe meio menos lesivo que permite que esse direito seja exercido sem vulnerar o direito autoral. Como intensamente defendido neste trabalho, é economicamente possível e tecnicamente viável impor aos sites que fomentam ou possibilitam o compartilhamento ou fornecimento de arquivos, pelo sistema ponto a ponto, que recolham as contribuições correspondentes aos direitos autorais, uma vez que percebem lucro indireto proveniente da exploração de anúncios publicitários.

Logo, com o fim de proteger direitos autorais, não se faz necessário empregar o meio de vedar toda e qualquer forma de compartilhamento de arquivos entre usuários da Web. As medidas atualmente conhecidas – estampadas nas leis e decisões judiciais – não passam, tampouco, pelo filtro de proporcionalidade em sentido estrito.

Por todo o exposto, conclui-se que não é inteligente, nem mesmo proporcional, fazer cessar a difusão do conhecimento e da cultura tão democraticamente proporcionada pela internet. Ambos os direitos fundamentais – acesso à cultura e ao conhecimento e direito de propriedade autoral – podem conviver harmonicamente, desde que a tecnologia seja posta também a serviço do direito autoral, a fim de que o autor possa

controlar a estatística da circulação das obras nos programas de acesso ao sistema *peer-to-peer* e, proporcionalmente aos dados dessa estatística, perceber a remuneração que lhe cabe, proveniente dos anúncios publicitários veiculados nos sites que estimulam ou proporcionam o compartilhamento ou fornecimento de suas obras.

A solução pode parecer mais econômica do que jurídica; no entanto, nem sempre é com uma condenação judicial que se põe fim a um litígio. E, no caso tratado na presente obra, essa foi a solução, adotada pela Google na China, que se apresentou como mais eficaz.

CONCLUSÃO

Embora o tema da presente monografia esteja tão intrincado no cotidiano da sociedade desenvolvida em torno da tecnologia, que até um adolescente poderia se dizer confortável para emitir uma opinião sobre ele, a matéria não envolve apenas opiniões, palpites, paixões e disputas de interesses. De fato há diversos interesses envolvidos na questão do *download* de obras protegidas por direitos autorais, por meio do sistema *peer-to-peer*, dentre eles os dos usuários, dos editores, dos autores, dos provedores de acesso à internet, dos *sites* que promovem o compartilhamento ou descarregamento de arquivos, das indústrias produtoras. Decerto para cada interesse, haverá pelo menos uma opinião e algum argumento técnico em favor de uma ou outra medida.

Entretanto, como dito, não se trata apenas de confrontar opiniões ou mesmo de negociar interesses, na medida em que o caso revela verdadeira tensão entre direitos fundamentais – de acesso à cultura e ao conhecimento e de direito de propriedade autoral. Por isso, ainda é relevante o que a “antiquada” ciência do direito tem a pontuar sobre tão atual e cibernética controvérsia.

Quando há direitos fundamentais em aparente rota de colisão, o caminho é pela ponderação, no caso concreto, dos princípios envolvidos, para aferir se a medida que vem sendo implementada ou que se busca implementar é proporcional e, portanto, legal. Isso porque, o juízo de proporcionalidade nada mais é que um filtro de legalidade – e de constitucionalidade.

Decerto, pode parecer paradoxal chamar de *contra legem* o próprio direito posto. Entretanto, essa incongruência desaparece em um ordenamento jurídico como o brasileiro, que reconhece a superioridade hierárquica da Constituição da República, como a Lei Maior com a qual todas as demais devem se conformar. E tendo a Constituição por

paradigma, pode-se admitir que o direito autoral que se tem hoje com ela já não é perfeitamente compatível, por inibir a difusão democrática e ilimitada do conhecimento e da cultura da forma como é proporcionada pela rede mundial de computadores.

As medidas adotadas pela Lei de Direitos Autorais brasileira, pela Convenção de Berna e pelo Tratado de *Copyright*, similares nos ordenamentos jurídicos internos dos países que enfrentaram os casos Napster e Pirate Bay, revelaram-se ultrapassadas e mesmo desproporcionais, quando verificado que foram reflexo do pensamento de uma época. Até então, prestigiava-se a proteção da propriedade em detrimento dos direitos sociais, e isso foi incorporado na construção do direito autoral tal como conhecido hoje.

Entretanto, esse não é o pensamento contemporâneo e, certamente, não se coaduna com o espírito da Constituição de 1988, que confere aos direitos sociais a mesma relevância dos individuais, como é o direito de propriedade. Nenhuma legislação que privilegia esses últimos, impondo a neutralização por completo dos direitos sociais, pode ser considerada proporcional, sem que se analisem com cuidado as implicações dessa afirmativa.

Aplicando-se o filtro da proporcionalidade, mormente diante da existência de medidas que satisfaçam o mesmo fim – de proteção ao direito patrimonial autoral – e que não imponham restrição absoluta do direito de acesso à cultura e à educação, os meios atualmente existentes se mostraram desproporcionais. Essa é a razão pela qual precisam ser repensados, ainda que a solução aqui apresentada venha a se revelar falível.

Do escólio bibliográfico usado neste estudo, depreende-se que esta monografia não foi o primeiro trabalho a focar as modernas formas de infrações a direitos autorais, nem a propor alguma solução para tanto. A própria solução versada nesta pesquisa sequer é inédita: apesar de ser ainda jovem e estar em constante aprimoramento, já está em execução na China.

Provavelmente tudo o que aqui fora versado também será objeto de críticas. A começar pelo fato de que este trabalho monográfico demandava um conhecimento técnico profundo, de que a autora não dispunha, acerca da informática, da rede mundial de computadores e do sistema de compartilhamento de arquivos por meio dela. Isso foi objeto de uma cuidadosa pesquisa, que, contudo, não poderia pretender ser exaustiva.

Ademais, a solução proposta ao final – de imposição aos sítios eletrônicos que possibilitam, incrementam ou fomentam o descarregamento ou compartilhamento de arquivos de valores referentes a essas obras, proporcionais à arrecadação pelos anúncios neles veiculados – não poderia ser irretocavelmente delineada por uma só pessoa, quiçá por uma comissão de juristas. Imagina-se que seria imprescindível a contribuição de matemáticos, engenheiros, economistas, bem como a consulta a representantes de todos os interesses envolvidos (produtores e editores, autores, usuários do serviço, sociedade civil, administradores de *sites*), para que fosse possível a implementação desse sistema no cenário brasileiro ou mesmo em nível planetário.

Toda crítica, contudo, é construtiva, na medida em que revela as falhas que precisam ser aprimoradas e volta a atenção da sociedade e dos estudiosos do tema para a busca de uma solução efetiva e proporcional que concilie os dois direitos fundamentais em conflito aparente no caso concreto do compartilhamento de arquivos protegidos por direitos autorais via internet. Espera-se que este trabalho não seja, todavia, o último a tratar do tema e que o Direito seja, enfim, capaz de bem tutelar os direitos autorais, sem que, para tanto, precise ceifar a propagação do acesso à cultura e ao conhecimento perpetuada pela internet.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos humanos*. São Paulo: Atlas, 2009.

ANTUNES, Arnaldo, FROMER, Marcelo, BRITO, Sérgio. *Comida*, música do grupo Titãs. Ano de lançamento: 1987. Álbum: Jesus não tem dentes no país dos banguelas.

ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as nações*. Brasília: UnB, Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

BACON, Francis. *The New Atlantis*. Harvard Classic v. 3, part 2. New York: P.F. Collier & Son Company, 1909-1914. New York: Bartleby.com, 2001. Disponível em: www.bartleby.com. Acesso em 4/5/2010.

BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha, BARBOSA, João Mitia Antunha et BARBOSA, Marco Antonio. *Direito à diversidade cultural na sociedade da informação* in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 59, Ano 15, Abril-Junho de 2007. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2007.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, in <http://www.culturabrasil.org/aosmoccos.htm>. Acesso em 3 de Ago. 2010.

BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988/1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANT, Fernando. *No baile do ministro banda larga, autor não entra*. O Globo, 7 de Set. de 2007. Disponível em: http://www.joaodorio.com/site/index.php?option=com_content&task=view&id=81&Itemid=75. Acesso em: 15 de Set. de 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf. Acesso em 4 de Dez. 2012.

_____. Congresso Nacional. Lei de Direitos Autorais. Lei 9.610/1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 20 de Set. de 2013.

_____. Congresso Nacional. Lei de Patentes. Lei 9.279, de 14 de Maio de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em 15 de Set. de 2013.

_____. Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator Desembargador Décio Xavier Gama. Julgamento em 11 de Fevereiro de 1992. Apelação Cível 946/91.

_____. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 29 de Outubro de 1991. Publicado no DJ de 2 de Dezembro de 1991, p. 17540. RESP 7550.

_____. Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator Adalberto Jorge Xisto Pereira. Julgado em 25 de Agosto de 2009. Publicado no Diário da Justiça em 14 de Set. de 2009, p. 226.

CASSIN, René. *La Déclaration universelle et la mise-en-oeuvre des droits de l'homme*. Académie de Droit International de la Haye. Recueil des Cours. Paris: Sirey, 1952.

CHAUI, Marilena de Souza. *Direito à Cultura*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CORREA, Carlos Maria. *Propiedad Intelectual y Políticas de Desarrollo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.

COSTA, Lígia Maura. *Direito Internacional Eletrônico*. Manual das Transações On-line. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

COSTA, Lígia Maura. *Direito Internacional Eletrônico*. Manual das Transações On-line. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

DARNTON, Robert. *Accès public, contrôle privé*. La bibliothèque universelle de Voltaire à Google. Paris : Le Monde Diplomatique, Mars 2009, 56^e année, n^o 660.

DARNTON, Robert. *La Bibliothèque universelle de Voltaire à Google*. Le Monde Diplomatique: Março de 2009, 56^o ano, n^o 660

DE INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria. *Crimes na internet*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

DESBOIS, Henry. *Le droit d'auteur*. Paris: Dalloz, 1950.

DIAS VARELLA, Marcelo. *Propriedade Intelectual de Setores Emergentes*. São Paulo: Atlas, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Direito de Autor – proteção e disposição extrapatrimonial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15.

FRIEDRICH, Tatiana Scheila; FONSECA, Karla Closs. *Regulamentação da Propriedade Intelectual: uma análise crítica in Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2008.

GOBBET, Cassiano. *Caso do Pirate Bay é divisor de águas para direitos autorais*. Publicado em 8 de Mar. de 2013 no sítio eletrônico: <http://moxphere.com/2013/03/pirate-bay-direitos-autorais/>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

JORNAL “EXTRA/O GLOBO” online. *Menos mapas, menos música: a China sem o Google pode prejudicar internautas e desenvolvimento da indústria*. Artigo publicado em: <http://extra.globo.com/noticias/rio/menos-mapas-menos-musica-china-sem-google-pode-prejudicar-internautas-desenvolvimento-da-industria-100751.html> - Acesso em 16-3-2010. Autoria não identificada.

KANAAN, João Carlos. *Informática Global*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1998.

KEEN, Andrew, citado por Leonardo Lichote em *Você está matando a cultura?*. In O Globo, Caderno Prosa e Verso, de 4 de Abril de 2009.

KISS, Jemima. *The Pirate Bay trial: guilty verdict. Swedish court sentences four co-founders of notorious download site The Pirate Bay to a year in jail and a \$3.6m fine*. Publicado em 17 de Abr. De 2009 no sítio eletrônico do jornal *The Guardian*, disponível em: <http://www.theguardian.com/technology/2009/apr/17/the-pirate-bay-trial-guilty-verdict>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

LICHOTE, Leonardo. *Você está matando a cultura?*. In O Globo, Caderno Prosa e Verso, de 4 de Abril de 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 276.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. Tomo VII. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974.

MONIZ, Pedro de Paranaguá. *The Pirate Bay: entenda o caso*. Publicado em 24 de Abril de 2004 no sítio eletrônico: <http://www.a2kbrasil.org.br/wordpress/2009/04/the-pirate-bay-entenda-o-caso/>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

MORAES, Guilherme Peña. *Direito Constitucional. Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MOYA, Jared. *Pirate Bay Appeal Trial Day 2: "Site Earned Millions from Ads"*. Publicado em 30 de Set. de 2010 no sítio eletrônico: <http://www.zeropaid.com/news/90914/pirate-bay-appeal-trial-day-2-site-earned-millions-from-ads/>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

PEREIRA, André Luiz. *O que é Torrent? Saiba exatamente o que é essa forma de compartilhamento de arquivos e como ela funciona*. Publicado em 25 de Jul. de 2012 no sítio eletrônico do Tecmundo: <http://www.tecmundo.com.br/torrent/166-o-que-e-torrent-.htm>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

PEREIRA, João Pedro. *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem dá razão à justiça sueca no caso Pirate Bay*. Publicado em 13 de Mar. de 2013 no sítio eletrônico: <http://www.publico.pt/tecnologia/noticia/tribunal-europeu-dos-direitos-do-homem-da-razao-a-justica-sueca-no-caso-pirate-bay-1587650>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14-15.

SANTOS, J.M. CARVALHO. *Código Civil Brasileiro Intgerpretado*. Tomo VIII. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2001.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2008.

THE PIRATE BAY. <http://thepiratebay.sx/>. Acesso em 30 de Set. de 2013.

TRINDADE, Cançado Antônio Augusto, *in* palestra proferida durante o "Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional". http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm. Acesso em 14 de Jul. 2010.

UNITED NATIONS. Preâmbulo da Carta de São Francisco, assinada em 26 de Junho de 1945. Disponível em: <http://www.un.org/en/documents/charter/preamble.shtml>. Acesso em: 8 de Maio de 2012.

_____. *The Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <http://www.un.org/en/documents/udhr/#atop>. Acesso em 7 de Jul. 2010.

VASAK, Karel. *Leçon Inaugurale à la 10^e session d'étude de l'Institut International de Droit de l'Homme. Pour les Droits de l'Homme de la Troisième Génération: Les Droits de Solidarité*. Strasbourg: Institut Internationale de Droits de l'Homme, 2 de Juillet de 1979.

VOLTAIRE *apud* DARNTON, Robert. *La Bibliothèque universelle de Voltaire à Google*. Le Monde Diplomatique: Março de 2009, 56^o ano, n^o 660.

WIKIPEDIA. “*Copyright. From Wikipedia, the free encyclopedia*”. Conceito e histórico de *copyright* segundo a Wikipedia, a enciclopédia livre. http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright#Early_European_printers.27_monopoly. Acesso em: 7 de Ago. 2013.

_____. Coletânea de informações sobre o extinto sítio Napster, disponível na enciclopédia livre Wikipedia em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Napster> - Acesso 27 de Abr. 2010.

_____. Dados sobre o personagem folclórico britânico Robin Hood. Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Robin_Hood. Acesso em 4 de Mai. 2010.

_____. Informação extraída da coletânea de elementos sobre a Google China juntada pela Wikipedia, enciclopédia livre, disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Google_China. Acesso em 4 de Set. 2013.

_____. Informações sobre o funcionamento do sistema *peer-to-peer*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>. Acesso em 25 de Set. de 2013.

_____. Referências sobre Iluminismo. Disponível em: http://fr.wikipedia.org/wiki/Si%C3%A8cle_des_Lumi%C3%A8res. Acesso em 6 de Ago. de 2010.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Acordo de constituição da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (*World Intellectual Property Organization*). Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=280409. Acesso em 15 de Set. de 2013.

_____. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS), tal qual incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

_____. Convenção de Berna para a Proteção das Obras literárias e artísticas, assinada em 9 de Set. de 1886 e revista em 20 de Jun. 1948. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=278724. Acesso em: 15 de Set. 2013.

_____. Convenção estabelecendo a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), em inglês WIPO (World Intellectual Property Organization), adotada em 14 de Jul. de 1967 e emendada em 28 de Set. de 1979. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=283833. Acesso em 20 de Set. de 2013.

_____. Tratado de Direitos Autorais da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, adotado em Genebra em 20 de Dezembro de 1996. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=295157. Acesso em: 30 de Set. de 2013.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Acordo de constituição da Organização Mundial do Comércio (World Trade Organization). Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=170136. Acesso em 15 de Set. de 2013.

ZDRAVKOVA, Katerina. *Origins of Contemporary Informatics*. Disponível em: <http://www.ii.edu.mk/predmeti/Filozofija/Pdf/doc/Origins%20of%20Contemporary%20Informatics.doc>. Acesso em 15 de Set. de 2013.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Propriedade Intelectual*. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso. Vol. 2. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 363.