

DIREITO AUTORAL E INTERNET (ENCONTROS E DESENCONTROS)¹

Nathália Ceratti Scalco²

RESUMO: Notório é o fato de que o desenvolvimento tecnológico, em especial a criação da internet e o aprofundamento da inserção no mundo digital, nos coloca diante de mudanças e situações que antes eram inimagináveis. As novas possibilidades trazidas pela tecnologia nos fazem questionar quais as consequências impostas à proteção do direito autoral, bem como à tutela do direito de liberdade de expressão e de acesso à informação. O presente trabalho visa analisar as tentativas de enrijecimento das normas de proteção ao direito do autor, buscando alternativas e sugestões para a reestruturação do ordenamento jurídico no tópico diante do desenvolvimento tecnológico. Explora, ainda, a liberdade de expressão e o acesso à informação como meios impulsionadores do direito autoral e o direito autoral como limitador dessas garantias fundamentais.

Palavras-chave: desenvolvimento tecnológico – direito autoral – tutela da criação intelectual – liberdade de expressão – acesso à informação.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico tem alterado os alicerces do ordenamento jurídico e provocado uma mudança sem precedentes nas estruturas da comunicação e da informação. As novas possibilidades de ação e de comunicação criadas a partir do advento da internet nos fazem questionar a visão tradicional da propriedade intelectual. Ao mesmo tempo, a facilidade de cópias e reproduções não autorizadas na rede mundial de computadores coloca em xeque a proteção dos direitos do autor.

O direito autoral, considerado como afirmação da liberdade de expressão da pessoa humana, foi concebido e consolidado em uma época na qual não existiam ferramentas tecnológicas capazes de possibilitar o compartilhamento, alteração e reprodução instantânea e desautorizada da produção intelectual protegida. Nesse contexto, os direitos autorais, trazendo

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora, composta pelos professores Dr. Carlos Alberto Molinaro (orientador), Dr. Draiton Gonzaga de Souza e Dr. Giovani Agostini Saavedra, em 03 de julho de 2013.

² Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. E-mail: nathaliascalco@gmail.com

retorno econômico ao idealizador da obra, estimulam a exploração de sua criatividade, bem como a criação intelectual e a publicação das obras, ou seja, efetuam um papel de mecanismo impulsionador da liberdade de expressão.

Por outro lado, a evolução tecnológica e, principalmente, a criação da internet, famosa rede mundial de computadores que permite acesso praticamente ilimitado e irrestrito a um banco de dados internacional, possibilita mais liberdade e autonomia na manipulação de conteúdos. Uma vez que a obra é compartilhada, reproduzida ou modificada sem autorização de seu autor originário, perde-se totalmente o controle dos direitos patrimoniais econômicos por ela gerados e, por consequência, a identidade do idealizador da obra.

Com efeito, o novo panorama de ampliação da liberdade de expressão através da tecnologia formado nos dias atuais exige um enrijecimento das normas protetivas do direito do autor. Da mesma forma, a expansão da proteção aos direitos autorais, através de um rígido regime de regras, acaba por restringir o uso da informação pela coletividade, ferindo o seu direito de expressar-se. Assim, indaga-se: quais as consequências da evolução tecnológica para o direito autoral e para a liberdade de expressão? Existe um paradoxo entre o direito autoral como mecanismo de incentivo à liberdade de expressão e limitação do mesmo? Como assegurar a observância do direito fundamental da liberdade de expressão e de acesso à informação de todos os cidadãos no cenário de avanços tecnológicos?

2. A REVOLUÇÃO NA ERA DIGITAL

A sociedade contemporânea vive no mundo da mobilidade e portabilidade da informação, a qual é acentuada pela facilidade de acesso aos conteúdos da produção intelectual disponibilizada pela internet. O advento da internet implicou na transição da economia industrial para a economia da informação, na redução dos custos de transporte da informação, na alteração estrutural da indústria audiovisual, literária e cinematográfica, bem como determinou a mudança no comportamento do consumidor e da sociedade em geral diante da produção intelectual.

Fábio Lucas Moreira, utilizando os ensinamentos do filósofo polonês Adam Schaff afirma que a informática, mais especificadamente a internet representa “*o surgimento de um fato social não previsto no ordenamento jurídico (ou não juridicizado), que aufere relevância*

*a ponto de exigir a sua devida normatização”*³. Com efeito, as relações interpessoais, mais especificadamente as relações jurídicas – compostas por pessoas, bens e fatos jurídicos – estão virtualizando-se cada vez mais, a ponto de não ser mais necessário o encontro físico, “real”, para que seja efetuada qualquer relação de direito.

Essa nova dimensão tecnológica exige uma reestruturação interpretativa das regras protetivas dos direitos do autor e enfatiza o embate entre a liberdade de expressão, o acesso à informação e o direito autoral, especialmente no que tange ao direito patrimonial do autor. Colocam-se na balança os limites de proteção ao direito do autor e as garantias da coletividade. Nesse sentido, exemplifica Ronaldo Lemos:

A propriedade intelectual é posta em xeque, por exemplo, quando se considera, do ponto de vista da realidade de nossos dias, a proteção a outros interesses, tais como a privacidade, a garantia de existência de espaços públicos (commos) na rede, a liberdade de expressão e a livre concorrência. Cada um desses interesses demanda formas de proteção jurídica não raramente conflitante com as tradicionais instituições da propriedade intelectual.⁴

Neste contexto, os juristas são desafiados a repensar a repercussão do direito autoral diante das novas circunstâncias jurídicas. Resta claro o conflito entre a forte indústria audiovisual e literária internacional, que pressiona os governos para que a legislação seja enrijecida a fim de proteger os interesses econômicos advindos da publicação de obras intelectuais, e a coletividade, a qual impulsiona manifestações a favor da livre expressão de todas as formas de conhecimento e informação. Enquanto a indústria da música e do cinema luta pela extensão da tutela do direito autoral com intuito de combater a pirataria e a reprodução não autorizada, a sociedade civil organiza-se em protestos virtuais e reais buscando a garantia da expressão e do livre acesso.

O conflito entre a tentativa de proteção dos direitos autorais e a reafirmação da liberdade de expressão é notório e reconhecido pelos juristas ao redor do mundo. José de Oliveira Ascensão afirma que:

Todo o direito autoral cria zonas de acesso interdito ou pelo menos de utilização condicionada. Mas, quanto mais se reforça o direito autoral, mais se limita a normal

³ MOREIRA, Fábio Lucas. Da “sociedade informática” de Adam Schaff ao estabelecimento dos fundamentos e princípios do marco civil da Internet (PL 2.126/2011). In: MARQUES, Jader e SILVA, Maurício Faria da. (org). **O Direito na Era Digital**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 16.

⁴ LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2005. P. 65. Disponível em: [HTTP://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultura-ronaldo-lemos](http://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultura-ronaldo-lemos). Acessado em 03/03/2013.

liberdade de utilização de bens intelectuais. Estes são bens culturais, indispensáveis ao diálogo social. Mas por efeito do direito autoral deixam de poder ser utilizados livremente. No extremo, deixam de poder ser acedidos, se estiverem colocados na internet, ou de poder ser utilizados de todo por qualquer outro meio pelo mero arbítrio do titular – por exemplo, por descaso, ou para criar a escassez, que permita subir os preços num próximo lançamento⁵.

Este mesmo autor afirma que não há controvérsias acerca da justificação e da necessidade de existência dos direitos autorais, mas o que “*está em causa é a conciliação deste com o interesse público*”, tendo em vista que todo o bem jurídico protegido deve considerar sua função social. Neste aspecto, a conciliação entre o direito autoral e a utilização social das obras se dá através de limites, buscando a proteção dos interesses do autor, mas também, conferindo liberdade de criação cultural.

Ascensão cita, ainda, Haimo Schack, autor alemão, o qual entende que as liberdades constitucionais de expressão, imprensa, criação artística e científica acabam beneficiando os autores: “*Eles não devem por isso, mediante o Direito do Autor, orivar os outros do ar que eles próprios carecem respirar. O direito de Autor visa promover o diálogo intelectual, e não impedi-lo*” (*Urheber- und Urhebervertragsrecht. 2. ed. Mohr Siebeck (Tubinga), 2001, n. 482*)⁶.

De fato, não há como conceber a ideia de que a liberdade de expressão e o direito de acesso à informação representariam apenas uma afronta ao direito autoral e não um meio de incentivar a produção intelectual. A criação intelectual, como afirma o jurista alemão, promove o diálogo intelectual, uma vez que a exteriorização de uma ideia permite a reflexão sobre a mesma e o posterior desenvolvimento de outra ideia para apoiá-la ou, até mesmo, confrontá-la. Neste tocante, salienta-se, analogicamente, que ‘ninguém cria nada do nada’, e esse diálogo entre produções intelectuais tornou-se mais acentuado com o advento da internet.

Henrique Gandelman explicita que o funcionamento e as possibilidades mercadológicas crescem a cada dia e que em um curto espaço de tempo todos os cidadãos estarão ligados à rede. A partir daí, indaga como ficará a liberdade de expressão diante da facilidade das conexões digitais e como será feita a proteção intelectual cibernética⁷. À título

⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de Autor e Liberdade de Criação. In: WACHOWICZ, Marcos (org). **Propriedade Intelectual e Internet**. Vol II. Curitiba: Juruá, 2011. p. 29.

⁶ Idem. P. 31-33

⁷ GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet – direitos autorais das origens à era digital**. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Record. 2007. P. 177

exemplificativo, Gandelman destaca a situação problemática enfrentada pelos direitos autorais na era digital representada através da facilidade de produção e distribuição de cópias não autorizadas, da execução pública de obras sem prévia autorização, da manipulação das obras e da apropriação indevida de textos e imagens no meio digital⁸.

No mesmo sentido, Thales Lordão Dias destaca que:

O fato é que música e filme se globalizaram. Os meios de reprodução de som, imagem e texto, em geral, e a internet, em particular, banalizaram o acesso aos bens culturais e artísticos. Os sítios eletrônicos para download de áudio e vídeo aniquilaram a propriedade de discos e filmes, tornando obsoletas as formas de controle de direitos autorais existentes. A Internet é, pois, um marco a favor da cultura e da educação, devido à facilidade de difusão do conhecimento. No entanto, do mesmo modo, é fértil terreno para a proliferação das mais inimagináveis artimanhas dedicadas à violação de direitos autorais.⁹

Importante salientar que a legislação atual, seja no âmbito nacional ou internacional, não abrange todas as demandas exigidas pela proteção dos direitos autorais e a afirmação da liberdade de expressão no âmbito da internet, tendo em vista a rapidez de criação e desenvolvimento de novos meios de troca de *bits* e compartilhamento de informações.

Neil W. Netanel também esclarece que a inserção no mundo digital gera um novo âmbito de criação intelectual, através da apropriação criativa, o que, por um lado, fere os direitos autorais e incentiva a pirataria digital, e, por outro, permite a efetivação da liberdade e da autonomia de expressão:

The copyright – free speech conflict cuts across traditional and emerging electronic media alike. Yet digital technology adds a vast new dimension. Armed with personal computers, digital recording devices, and the Internet, millions of people the world over can cut, paste, and recombine segments of existing sound recordings, movies, photographs, and video games to create new works and distribute them to a global audience. Such creative appropriation has given birth to entire new art forms: remixes, mashups, fan videos, machinima, and more. It has also spawned an acrimonious debate about copyright’s place in digital age, pitting entertainment media bent on stamping out massive “digital piracy” against individuals who increasingly perceive copyright as an undue and unworthy impingement on their liberty and expressive autonomy¹⁰.

⁸ Idem. p. 184-185.

⁹ DIAS, Thales Lordão. A proteção dos direitos autorais na internet. In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da (Org). **O direito na Era Digital**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 170.

¹⁰ NETANEL, Neil W. Introduction, Copyright’s Paradox. In: NEIL, W. Netanel. **Copyright’s Paradox**. Oxford University Press, 2008: UCLA School of Law Research Paper No. 08-06. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1099457>. Acessado em 06/04/2013.

Como visto, o autor expõe que o embate entre o direito autoral e a liberdade de expressão não se resume apenas ao meio digital, mas também à mídia tradicional. Contudo, diante da facilidade de criação e distribuição, este conflito mostra-se mais evidente, tendo em vista a vasta dimensão trazida pela tecnologia digital.

Assim, com a efetiva e crescente mudança de panorama da sociedade gerada pelo desenvolvimento da internet, os governos de países com maior destaque no cenário econômico mundial, ao notar a necessidade de regulamentação da tecnologia, passaram a discutir e propor projetos de leis relacionadas à delimitação de direitos e deveres dos usuários da internet. Os projetos de lei partem, inicialmente, da necessidade de combate à pirataria online, tendo em vista não ser possível o controle do compartilhamento de informações na rede mundial de computadores. A partir disso, outros pontos relevantes, como a proteção dos direitos autorais patrimoniais e a liberdade de expressão, bem como o acesso à informação, são colocados em pauta gerando um grande apelo popular, tanto positivo, quanto negativo.

Os países da União Europeia e seus Estados Membros, bem como a Austrália, o Canadá, o Japão, a República da Coreia, o México, o Marrocos, a Nova Zelândia, Singapura, Suíça e Estados Unidos, constatando que a proteção dos direitos de propriedade intelectual é essencial para garantir o crescimento econômico mundial sustentável, bem como que a proliferação da pirataria prejudica o comércio legítimo e seu desenvolvimento financeiro, tomaram frente na questão de proteção dos direitos do autor na internet e assinaram, em 23 de agosto de 2011, o *Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, em português o Acordo Comercial Anticontrafacção, o qual vinha sendo negociado desde outubro de 2007.

O Acordo visa (i) combater a proliferação do comércio ilegal de mercadorias intelectuais através de uma cooperação internacional e medidas de execução mais eficazes no âmbito internacional; (ii) propiciar meios eficazes e adequados para proteção dos direitos do autor que complementem o Acordo TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*); (iii) combater a violação da propriedade intelectual, especialmente as infrações que ocorrem no ambiente digital; (iv) proporcionar um equilíbrio entre os direitos e interesses dos detentores da propriedade intelectual e (v) promover a cooperação internacional no combate à pirataria.

O ACTA prevê, ainda, em seu artigo 2º¹¹, a possibilidade de criação e de implementação de legislação mais severas para proteção da propriedade intelectual pelos países signatários, ressalvando àquelas que contrariem o disposto no acordo. Tal previsão confere amplos poderes aos países signatários para que eles legislem arbitrariamente com grande rigidez a utilização da internet, infringindo direitos fundamentais da população, em especial a liberdade de expressão.

Com efeito, os dois pontos essenciais da controvérsia pairam sobre a potencial ameaça à privacidade dos usuários da internet e aos direitos humanos e sobre falta de transparência, tendo em vista que o Acordo, que afetaria toda a expansão global, foi elaborado sem a participação de representantes da sociedade civil, tampouco com a participação dos países em desenvolvimento. A opinião pública, bem como grandes empresas do ramo da internet, promoveram diversos protestos ao redor do mundo, inclusive tirando do ar seus sites e manifestando seu desprezo ao acordo através de campanhas online.

Enquanto as entidades contrárias à ratificação do ACTA pelos países signatários afirmam que sua efetivação pode refletir em um aumento da censura e em perda de privacidade dos usuários da internet, ferindo, por fim, diversos direitos fundamentais como a liberdade de expressão, os seus apoiadores defendem que o ACTA apenas prevê a atualização e a efetivação dos meios de proteção da propriedade intelectual, mas não cria um novo âmbito de proteção aos mesmos. O que se busca é estabelecer padrões internacionais para o cumprimento da legislação sobre marcas registradas, patentes e direitos autorais.

Vital Moreira Martins, jurista português e membro Conselho do European Master's Degree in Human Rights and Democratization, único deputado português que votou a favor do Acordo Comercial Anticontrafação na votação procedida pelo Parlamento Europeu, esclarece que *“existe uma convenção internacional designada TRIPS (Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio), da Organização Mundial do Comércio, do qual fazemos parte, que define o âmbito e o conteúdo desses direitos, e inclui as regras de efetivação. O ACTA não mexe na primeira parte, apenas prevê uma atualização dos meios, mecanismos e remédios relativos aos direitos de*

¹¹ “Article 2: Nature and Scope of Obligations. 1. Each Party shall give effect to the provisions of this Agreement. A Party may implement in its law more extensive enforcement of intellectual property rights than is required by this Agreement, provided that such enforcement does not contravene the provisions of this Agreement. Each Party shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within its own legal system and practice.” Disponível em www.europarl.europa.eu Acessado em 27 de março de 2013.

*propriedade intelectual.*¹²” O ACTA foi rejeitado pelo Parlamento Europeu e perdeu força no âmbito internacional.

Na mesma linha de busca da efetivação da proteção da propriedade intelectual, porém com mais rigidez, os Estados Unidos da América propuseram a H. R. 3261¹³, conhecida como Stop Online Piracy Act (SOPA), a fim de promover a prosperidade, criatividade, empreendedorismo e inovação através do combate ao roubo de propriedade nos EUA.

A apresentação da proposta de lei gerou indignação da população norte-americana e de sites que promovem a liberdade na internet. Os opositores do SOPA alegaram que a efetivação da “*bill against online piracy*” permitiria que o Governo Americano censurasse a internet, proibindo o acesso a websites nacionais e internacionais; limitasse a liberdade de expressão na internet; tivesse a disponibilidade de impor normas onerosas para utilização da internet, o que prejudicaria o livre fluxo de informação e inovação, bem como policiasse, de forma arbitrária, a rede mundial de computadores.

A pressão exercida pela população e por grandes empresas da área tecnológica, tais como Google, Mozilla, Twitter, Ebay, Facebook, Apple, entre outras, acarretou na retirada de pauta de votação do Stop Online Piracy Act, bem como de outro projeto de lei proposto no Senado dos EUA, o Protect-IP (PIPA), que previa a autorização de interferência no sistema de domínios na internet. Nota-se que a opinião pública norte-americana concorda com a necessidade de criação de leis que impeçam a pirataria e incentivem a produção intelectual, contudo, refutam a violação de direitos como a liberdade de expressão e a privacidade.

O Brasil não fica alheio à busca de efetivação da proteção dos direitos autorais na internet, tampouco do combate à pirataria e aos crimes digitais. Todavia, como nas demais ordens jurídicas do mundo a positivação da legislação continua em sede de debates. Em 24 de agosto de 2011, após esforços da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, encaminhou à Câmara de Deputados o Projeto de Lei número 2126/2011, denominado Marco

¹² Entrevista disponível em www.europarl.europa.eu/pdfs/news/public/focus/20120220FCS38611/20120220FCS38611_pt.pdf. Acessado em 26/03/2013.

¹³ **H.R. 3261**. Disponível em <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/112hr3261.pdf>. Acessado em 20/03/2013.

Civil da Internet, o qual propõe a elucidação dos direitos e garantias, bem como dos deveres dos usuários da internet, tratando, ainda, da responsabilidade civil dos usuários e dos provedores, da neutralidade da rede, da privacidade e da retenção de dados.

O Projeto de Lei¹⁴ prioriza a busca por meios capazes de garantir a eficácia de direitos como a liberdade de expressão, liberdade à informação e privacidade, reafirmando garantias fundamentais expostas na Constituição Federal de 1988. Em seu texto atual, prevê além de regras – as quais podem ser representadas por proibições, permissões e obrigações -, princípios que, segundo palavras de Moreira, “*têm como principal função direcionar as atividades executiva, legislativa e jurisdicional do Estado, servindo como verdadeiros paradigmas para a sociedade civil como um todo*”¹⁵. Além disso, permitirão, juntamente com os fundamentos elencados em seu artigo 2º, que o intérprete da norma utilize, concomitante com a futura legislação pátria, o ordenamento jurídico internacional para a solução de conflitos, tendo em vista que a internet se trata de um fenômeno tecnológico mundial, o qual ultrapassa todas as barreiras nacionais.

Contudo, ainda que perceptível a preocupação dos deputados na criação da lei, algumas inconsistências e contradições à lei maior são notórias, especialmente levando em consideração a deficiência no controle de acesso e identificação de IP's na rede mundial de computadores. Um exemplo disso é a possibilidade de infração da cláusula constitucional que veda o anonimato. A fragilidade do sistema de rastreamento de usuários e de IP's, bem como de registro e armazenamento de acesso, permite que um usuário publique algum conteúdo não original na internet sem que seja identificado, beirando à caracterização do anonimato, o que impede que o verdadeiro autor da obra pleiteie seus direitos. Aqui nos deparamos novamente com o conflito entre a liberdade de expressão e a proteção da propriedade intelectual.

Mister se faz salientar o fato de que o projeto de Lei brasileiro, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos e na Europa, vem sendo discutido pela população e por associações de tecnologia, inclusive através de sites onde os cidadãos podem expor sua opinião sobre os temas tratados no Marco Civil da Internet, o que o torna mais legítimo e

¹⁴ BRASIL. **Projeto de Lei nº 2126/2011**. Câmara dos Deputados. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: 24/08/2011.

¹⁵ MOREIRA, Fábio Lucas. Da “sociedade informática” de Adam Schaff ao estabelecimento dos fundamentos e princípios do marco civil da Internet (PL 2.126/2011). In: MARQUES, Jader e SILVA, Maurício Faria da. (org). **O Direito na Era Digital**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 24.

passível de aprovação. O Projeto de Lei foi retirado de pauta de votação e continua na fase de análise por especialistas através de Audiências Públicas e Seminários Regionais, estando, agora, apensado ao PL 5403/2001, que busca, igualmente, dispor sobre o acesso a informações da Internet. Não há previsão de entrada em pauta para votação do Marco Civil da Internet.

Não bastasse, cumpre referir que a tentativa de normatização da internet encontra um desafio muito grande, tendo em vista a rapidez do desenvolvimento tecnológico. A positivação de normas a fim de regular as relações jurídicas e de proteger os direitos e deveres dos cidadãos que utilizam a internet deve acompanhar um progresso dinâmico e em constante alteração, que é a evolução tecnológica, o que se mostra praticamente impossível. Necessário, assim, pensar-se no futuro e na elaboração de normais com maior sobrevida.

Dessa forma, diante das tentativas de produção legislativa apresentadas a fim de regular a internet, se faz necessária a análise dos pontos paradoxais levantados, quais sejam, a proteção do direito autoral *versus* a garantia do direito fundamental de liberdade de expressão e acesso à informação.

3. CRITÉRIOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

O direito do autor, em sua concepção fundamental, conforme doutrina de Carlos Alberto Bitar, busca regulamentar as normas de proteção do autor, com intuito de permitir a defesa dos interesses morais, quais sejam, a tutela da paternidade e da integridade da criação intelectual, bem como os interesses econômicos advindos da sua utilização. Bittar refere que:

As relações regidas por esse direito nascem com a criação da obra, exsurgindo, do próprio ato criador, direitos respeitantes à sua face pessoal (como os direitos de paternidade, de nomeação, de integridade da obra) e, de outro lado, com sua comunicação ao público, os direitos patrimoniais (distribuídos por grupos de processos, a saber, os de representação e os de reprodução da obra, como, por exemplo, para as músicas, os direitos de fixação gráfica, de gravação, de inserção em fita, de inserção em filme, de execução e outros).¹⁶

Em outras palavras, podemos afirmar que o direito do autor sobre sua obra nasce no momento de sua exteriorização. O ordenamento jurídico não pode tutelar ideais ou pensamentos que estão no âmbito interno da psique do autor, tão somente àqueles que foram reproduzidos por ele, ou seja, só é considerado bem jurídico tutelado as obras “reveladas” pelo autor no âmbito da literatura (livros, poemas, artigos, etc.), das artes (cinema, música,

¹⁶ Idem. p. 8.

televisão, pinturas, projetos de arquitetura), nas ciências (teses, artigos científicos, pesquisas) e, ainda, nos novos meios de exteriorização criados pela internet (sites, softwares, etc.).

Quanto à natureza jurídica do direito do autor, Bittar defende uma categoria diferenciada, não o incluindo na categoria dos direitos reais, sequer dos direitos patrimoniais. Refere são direitos de cunho intelectual, os quais vinculam os interesses pessoais e patrimoniais do autor com sua obra¹⁷.

Com efeito, a proteção aos direitos advindos da criação intelectual vem sendo positivada pelas Cartas Constitucionais de diversos países e, da mesma forma, foi consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Resolução nº. 271 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, tendo sido assinada pelo Brasil na mesma data, mais precisamente em seu artigo XXVII¹⁸. A Declaração Universal de Direitos Humanos trata, no mesmo artigo, da tutela dos interesses morais e materiais das produções intelectuais, bem como do direito de qualquer cidadão de acessar o conhecimento, o que desde logo já releva o possível embate entre a tutela dos interesses do autor e a liberdade de acesso à informação e de liberdade de expressão que será tratado no próximo capítulo.

A tutela da obra intelectual do autor, ligada diretamente aos seus interesses de personalidade, foi igualmente consagrada pela Constituição Federal de 1988 no capítulo referente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, mais precisamente nos incisos XXVII e XXVIII, do artigo 5º da Carta Constitucional, os quais dispõem:

Art. 5º, inc. XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

Art. 5º, inc. XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

¹⁷ Idem. p.11.

¹⁸ Artigo XXVII – (1). Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. (2). Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Ao fazer menção à proteção da propriedade imaterial, no inciso II do artigo 5º, o constituinte tutela os direitos sobre a reprodução, publicação, transmissão e utilização de obras artísticas, científicas ou intelectuais, interesses de cunho aparentemente patrimonial e não moral, o que é tratado na legislação infraconstitucional.

Neste tocante, a Lei nº 9.610/98, sistematizando, atualizando e unificando as normas já existentes, veio para regulamentar e instrumentalizar a proteção do direito autoral. Bittar ressalta que:

As disposições da nova lei abrangem os direitos de autor e os direitos conexos aos do autor (art. 1º), disciplinam o conceito de abrangência das obras protegidas (art. 7º), conferem proteção ao autor que se identifica como tal por nome, pseudônimo ou sinal convencional (arts. 12 e 13), relacionam os direitos morais do autor (art. 24), disciplinam a utilização das obras e detalham normas a respeito dos direitos patrimoniais do autor (art. 28 a 45), também descrevendo quais condutas não se constituem em ofensa a direitos autorais (arts. 46 a 48).¹⁹

Para fins da legislação, consideram-se obras intelectuais passíveis de proteção àquelas elencadas no art. 7º da referida lei²⁰, dentre as quais podemos citar: textos de obras literárias, artísticas ou científicas; as conferências; obras dramáticas e coreográficas; composições musicais, fotográficas e audiovisuais; desenhos, pinturas, gravuras; programas de computador e traduções.

Da mesma forma, os direitos conexos, pertencentes àquelas que executam ou interpretam a obra, também são protegidos pelo direito, conforme art. 89 da LDA que dispõe que *“as normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão”*.

Entretanto, nem todas as criações intelectuais são objeto de proteção. O artigo 8º da Lei dos Direitos autorais refere que não são protegidos, nos termos da lei: I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos,

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Autor**. 4ªed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003. p. 16.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. D.O. DE 20/02/1998, P. 3.

decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras. Por conseguinte, tais obras podem ser utilizadas e reproduzidas sem qualquer cominação legal.

Cumprido salientar, ainda, que diante de desenvolvimento tecnológico e científico, novas modalidades passam a fazer parte das obras passíveis de tutela pelo direito do autor, tais como, as novas formas de expressão artística (vídeo-arte, clips, arte computadorizada, ECT), *know-how*, obra televisionada, software, obras fotográficas, dentre outras. Além disso, a proteção das obras do intelecto exteriorizadas deixa de se restringir ao meio material, mas abrange, igualmente, a produção/reprodução de obras por qualquer meio, inclusive o imaterial. Neste aspecto, necessária a abrangência do direito do autor à tutela dos interesses dos criadores de páginas da internet e de seu conteúdo. Gustavo Testa Correa afirma que:

(...) o ato de reproduzir, indevidamente, página da WWW, seja no todo ou em parte, sendo essa criação original, fere os direitos morais (art. 24 da Lei n. 9.610/98) e patrimoniais (art. 28 do mesmo diploma) do respectivo autor, ensejando ação de contrafação, danos morais, etc. Em face do violador de tais direitos. Somente o autor pode utilizar, fruir e dispor de sua obra, e dependerá de sua prévia e expressa autorização a utilização desta por quais quer modalidades, como a reprodução parcial, integral, a distribuição, etc.²¹

A criação intelectual é considerada propriedade advinda do espírito, sendo dividida entre os interesses morais – àquelas de cunho pessoal que vinculam moralmente o autor e sua obra - e patrimoniais – referentes à percepção dos proventos econômicos advindos da mesma - do autor. Conforme consigna Alexandre de Moraes, em seus comentários à Constituição Federal:

Os direitos autorais, também conhecidos como copyright (direito de cópia), são considerados bens móveis, podendo ser alienados, doados, cedidos ou locados. A permissão a terceiros de utilização de criações artísticas é direito do autor. O autor de obra é titular de direitos morais – reconhecimento de sua criação, ideias, personalidade e trabalho -; direito à integridade da obra – consistente na impossibilidade de alteração sem seu expresso consentimento -; e direitos patrimoniais – exploração comercial de sua obra, dependendo de autorização qualquer forma de sua utilização. Assim, caso ocorra ofensa a esses direitos constitucionalmente consagrados, cumulam-se indenizações por dano moral e material.²²

²¹ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

²² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7ª ed. Atualizada até a EC nº. 55/07. São Paulo: Atlas, 2007. p. 218.

A face moral do direito autoral prima pela defesa da personalidade do criador, mais especificadamente, o direito é reconhecido “*em função do esforço e do resultado criativo, a saber, da operação psicológica, com a qual se materializa, a partir do nascimento da obra, verdadeira externalização da personalidade do autor*”²³. Devido à ordem personalíssima, os direitos morais não se extinguem, não podem ser comercializados – mesmo com a anuência do criador –, podem ser exigidos a qualquer tempo pela via judicial e não sofrem constrição judicial, de acordo com os artigos 27 e 49, inc. I da Lei 9.610/98²⁴. Além desses, outros são os direitos relativos à moralidade das obras, quais sejam, a paternidade, nomeação, integridade e retirada de circulação.

Por outro lado, no que tange ao direito patrimonial do autor, percebe-se que o mesmo nasce a partir do momento que o criador decide comunicar, publicar a obra ao público e, por consequência, utiliza a obra economicamente da maneira que melhor atender seu interesse econômico. Bittar esclarece:

Direitos patrimoniais são aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público.

Em consonância com a respectiva textura, esses direitos decorrem da exclusividade outorgada ao autor para a exploração econômica de sua obra, que constitui verdadeiro monopólio, submetendo à sua vontade qualquer modalidade possível. Com isso, impõe-se a prévia consulta ao autor qualquer uso econômico da obra, que só se legitimará sob sua autorização expressa²⁵.

Neste tocante, cumpre referir que os direitos patrimoniais são independentes entre si, sendo que o autor pode negociá-los ou cedê-los da forma que julgar conveniente. São características dos direitos de cunho patrimonial o caráter de bem móvel, a possibilidade de alienação e constrição judicial, a temporariedade – tendo em vista que caem em domínio público após 70 anos, de acordo com o art. 41 da Lei 9.610/08 - e prescritibilidade.

²³ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Autor**. 4ªed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003. p. 46.

²⁴ Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

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;

²⁵ Idem. p. 49.

Acoplando os dois conceitos, tem-se que “o direito moral é a base e o limite do direito patrimonial que, por sua vez, é a tradução da expressão econômica do direito moral”²⁶.

Refere-se, ainda, que a proteção da obra intelectual independe de qualquer formalidade, bastando a originalidade da obra para sua tutela. Ou seja, o fato gerador do direito do autor é a exteriorização de obra intelectual original. Gustavo Testa Corrêa afirma que “o registro da obra, por conseguinte, é uma faculdade do autor, sendo certo que a proteção de seus direitos decorre da simples criação, independente de qualquer outro ato”²⁷. Assim, qualquer reprodução não autorizada e sem prévio consentimento do autor, edição, tradução, distribuição e as demais ações elencadas no art. 29 da Lei de Direitos Autorais, acarretam violação aos direitos autorais.

Nos termos legais - art. 28 da Lei de Direitos Autorais -, compete ao autor os direitos de utilizar, fruir e dispor da obra, ou autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte, adquirindo proventos econômicos a partir da sua circulação jurídica. Tal controle exercido pelo criador mostrava-se mais fácil quando a reprodução das obras intelectual limitava-se a livros e jornais. Todavia, o desenvolvimento da tecnologia e, especialmente, a criação e o alastramento da internet ofereceu à sociedade novos meios de criação, modificação, reprodução e acesso aos bens intelectuais. Jorge Renato dos Reis e Eduardo Pires salientam que “essas novas formas de acesso aos bens intelectuais podem causar um conflito entre os interesses do autor, que, em regra, não obtém retribuição pelo uso de suas obras, e os interesses da sociedade de acesso à informação, à cultura e à educação”²⁸.

Com efeito, o direito autoral protege as obras exterioradas em qualquer meio²⁹, tangível ou intangível o que dá a entender que a reprodução na internet seria abrangida de igual forma. As obras intelectuais expostas na internet, a qual pode ser entendida como uma compilação de dados, são tuteladas especificadamente no âmbito internacional pelo Acordo TRIPS (Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights), senão vejamos:

²⁶ Idem. p. 47.

²⁷ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

²⁸ REIS, Jorge Renato de; PIRES, Eduardo. Direito Autoral e Internet: uma análise sob a perspectiva do direito civil-constitucional. In: WACHOWICZ, Marcos (Org). **Propriedade Intelectual e Internet**. Vol. II. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 312.

²⁹ Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (...)

Art.10. Programas de computador e Compilação de Dados, item 2 – “As compilações de dados, ou de outro material, legíveis por máquina ou em outra forma, que em função da seleção ou da disposição de seu conteúdo constituam criações intelectuais, deverão ser protegidas como tal. Essa proteção, que não se estenderá aos dados ou ao material em si, se dará sem prejuízo de qualquer direito autoral subsistente nesses dados material” – Acordo promulgado no Brasil através do Decreto nº. 1.355, de 30/12/1994.

Porém, no ordenamento jurídico brasileiro a legislação referente aos direitos autorais, não se mostra mais suficiente para a tutela dos interesses morais e, especialmente, patrimoniais do autor. As grandes indústrias da música, da produção cinematográfica e literária pressionam os governos para que sejam criadas legislações mais severas no que tange à proteção do direito autoral na internet, especialmente no que se refere ao direito patrimonial do criador e à percepção de seus *royalties*, coibindo a execução do crime de contrafação, que se caracteriza pela reprodução não autorizada.

Exemplificando, “*no campo da reprodução, a revolução digital possibilitou a realização de cópias perfeitas a um custo reduzido/ isso derrubou dois grandes pilares que sustentam o repúdio à pirataria: o alto custo das cópias e a queda na sua qualidade*”³⁰. Deve-se atentar também que o próprio conceito de cópia e acesso acaba por se confundir no meio digital, uma vez que muitas vezes é necessário fazer uma cópia, mesmo que temporária, do conteúdo para que se tenha acesso ao mesmo, o que violaria o direito autoral.

No que tange à distribuição da obra intelectual, não se faz mais necessária a circulação do conteúdo por meio físico, sendo ele facilmente distribuído através de *bits* na rede de computadores. Esta distribuição é feita com agilidade e com baixos custos, o que por si só já representa uma “perda” do controle de distribuição da obra espiritual do criador e da aquisição de proventos sobre ela. Rover e Winter afirmam, ainda, que:

(...) a informação é transportada por propagação e não por distribuição, ou seja, deixa um pouco de si mesma em todos os lugares por onde passa. A distinção econômica central entre a informação e a propriedade física é a habilidade de a informação ser transferida sem deixar a posse do dono original.³¹

Ou seja, a distribuição não autorizada impede que os criadores percebam os *royalties* provenientes de sua produção intelectual, o que fere seu direito de propriedade. Ainda, no que

³⁰ ROVER, Aires J.; WINTER, Djônata Winter. A Revolução Tecnológica e a proteção da propriedade intelectual. In: WACHOWICZ, Marcos (Org). **Propriedade Intelectual e Internet: uma perspectiva integrada à sociedade da informação**. Curitiba: Editora Juruá, 2002. p. 78.

³¹ Idem.

se refere à questão da edição, o advento da internet permite que as obras sejam editadas, alteradas e novamente distribuídas com tamanha rapidez e anonimato.

Busca-se, assim, a ampliação da proteção intelectual não apenas para proteger com mais intensidade a expressão da criatividade dos criadores e dos direitos dos intérpretes, como também, e especialmente, para estender os direitos de exclusividades concedidos pela lei, assim como para punir e controlar a violação autoral. Nesse sentido, Ronaldo Lemos explicita que:

De maneira resumida, pode-se dizer que tanto os acordos internacionais em debate como as leis em discussão buscam criar regimes de proteção mais rígidos do que os estabelecidos pelo acordo TRIPS (o que no jargão internacional convencionou-se chamar TRIPS plus) para infrações a direitos de autor.

As diversas maneiras encontradas para atingir estes objetivos são a criação de novas prerrogativas para a atuação de ofícios nas fronteiras, a criminalização de condutas que sejam consideradas somente ilícito civil (como a violação de travas tecnológicas), a restrição a direitos fundamentais como privacidade, devido processo legal e presunção de inocência (caso da Lei Hadopi, na França e do Projeto de Lei n. 5361/2009³², que atualmente em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro) e criando responsabilidades para os intermediários que cuidam das infovias de monitorar a atividades de seus usuários.³³

Se por um lado a internet, representada neste íterim pela proliferação de novos conteúdos e facilidade de acesso, coloca em xeque a proteção dos direitos autorais, de outro, ampliou a autonomia do cidadão sobre o processo de escolha de conteúdo, o que é facilitado pelas ferramentas de busca disponíveis na rede. Nesse sentido, existem doutrinadores que apontam a atual existência de regras de proteção rígidas ao direito autoral em detrimento do acesso social à informação na internet. Segundo Ronaldo Lemos e Sérgio Vieira Branco Júnior:

A lei brasileira de direitos autorais, Lei 9.610/98 (doravante designada LDA), é tida pelos especialistas no assunto como uma das mais restritivas de todo o mundo. Ao proibir a cópia integral de obra alheia, condutas que se afiguram corriqueiras no mundo contemporâneo são, a rigor, contrárias à lei. Por exemplo, diante dos termos estritos da LDA, quando uma pessoa adquire um CD numa loja, não pode copiar o conteúdo do CD para seu iPod, o que configura proibição incoerente com o mundo em que vivemos e com as facilidades da tecnologia digital. Na verdade, todo o sistema de proteção dos direitos autorais se funda na defesa do autor e na não

³² Segundo Lemos, “O Projeto de Lei n. 5.361/2009 busca estabelecer no Brasil um regime semelhante ao existente na França, como a Lei HADOPI. Através desse regime, o usuário da internet que violar direitos de autor, fica sujeito a um regime de notificações por parte do provedor de internet. O provedor notificaria o usuário uma primeira vez, informando que a conduta é ilícita e uma segunda vez, alertando que em caso de reincidência sua conexão será cortada. De acordo com o projeto, na terceira reincidência o provedor deveria cortar a conexão do usuário, que continuaria obrigado a pagar pelo serviço”.

³³ LEMOS, Ronaldo. **Propriedade Intelectual**. In: Cadernos Colaborativos. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 2011. p. 63. Disponível em http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/2/25/Propriedade_Intelectual.pdf. Acessado em 27/04/2013.

utilização de sua obra, exceto mediante expressa autorização legal ou com seu consentimento. O fundamento principal é a importância de fornecer ao autor mecanismos de proteção à sua obra de modo a permitir que seja o autor devidamente remunerado e possa, diante dos proventos auferidos com a exploração comercial de sua obra, seguir produzindo intelectualmente.³⁴

Essa parte da doutrina defende que o direito autoral, em que pese estar elencado como direito fundamental na Carta Constitucional Brasileira, não é absoluto, devendo coexistir com os demais direitos elencados nas cláusulas pétreas, ora preponderando, ora sofrendo restrições em relação a estes.

Um dos pontos mais criticados na legislação pátria atual acerca dos direitos autorais é a proibição de cópia integral para uso próprio de obra protegida, tendo em vista que tal procedimento se torna cada vez mais usual e corriqueiras no panorama atual da sociedade – a internet possibilita a divulgação rápida e anônima de qualquer documento, seja ele protegido ou não – e ainda é considerado crime de contrafação. Reis e Pires sustentam, diante da possibilidade de desenvolvimento cultural da sociedade com a facilidade de acesso ao conteúdo intelectual através da internet, que se faz necessária a revisão do direito autoral, especialmente no que tange às suas limitações e exceções, *“pois atualmente elas mostram-se insuficientes para que se estabeleça o tão buscado equilíbrio de direitos, sob a ótica da função social do direito do autor”*³⁵.

Ademais, em defesa do relaxamento das limitações propostas pela Lei dos Direitos Autorais, argumenta-se que as mesmas são incompatíveis com o desenvolvimento tecnológico atual e, assim, acabam por dificultar a difusão da informação e das obras intelectuais, tendo em vista que não permitem que o direito autoral cumpra com sua função social. Assevera-se, ainda, que não se pode admitir a aplicação do direito autoral de forma autônoma e exclusivamente patrimonialista, mas sim, de forma a permitir a concretização dos direitos fundamentais da coletividade, em especial, a liberdade de expressão, liberdade de acesso à informação, cultura e educação.

A discussão acerca da rigidez ou da fragilidade da Lei de Direitos Autorais brasileira nos leva aos casos em que o interesse do autor pela tutela de sua propriedade imaterial entra em conflito com o interesse coletivo motivado pelo desenvolvimento econômico, cultural e

³⁴ LEMOS, Ronaldo; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Viera. **Copyleft , Software Livre e Creative Commons: A nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas**. Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2796?show=full>. Acessado em 22/04/2013.

³⁵ Idem. p. 322.

tecnológico. Não se pode olvidar que existe um embate eminente e profundo entre os direitos fundamentais, o que nos leva a questionar qual: o critério de ponderação? E de qual das garantias fundamentais deve prevalecer? Pretendemos analisar tais pontos e procurar soluções no capítulo a seguir.

4. O EMBATE ENTRE A TUTELA DO DIREITO AUTURAL E A CONSAGRAÇÃO DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO LIVRE ACESSO À INFORMAÇÃO

A portabilidade e mobilidade da informação são características pontuais do patamar tecnológico em que se encontra a sociedade atualmente. Essas características impactam profundamente nos hábitos sociais e de consumo, o que gera um potencial conflito entre a proteção do direito autoral e as garantias de liberdade de expressão e do livre acesso à informação. Fábio Lucas Moreira exemplifica:

Vejamos, por exemplo, o princípio da “liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento” nos termos preconizados pela CF/88. Trata-se do elemento normativo de maior valor (em termos ético-filosóficos) agregado ao PL 2.126, pois diz respeito à extensão dos laços digitais que alforriam o cérebro humano de sua prisão craniana, interconectando-o – em um ineditismo sem precedentes – aos de seus pares. Chega a ser espantosa a tecnologia envolvida, a qual permite a bilhões de usuários postarem – de forma rápida, fácil e eficiente – os principais acontecimentos mundiais e regionais em blogs, fotologs e redes sociais (v.g., o Facebook), transmitindo e retransmitindo informações em larguíssima escala. Como, portanto, regulamentar esta torrente ininterrupta de informação, a qual jorra, sem qualquer controle e a todo instante, novidades e/ou atualizações em milhões de sites? Ou seria melhor a hipótese inversa, liberando-se inteiramente a alimentação da Internet para prestigiar a liberdade de expressão em sua configuração mais absoluta?³⁶

Certo é que a pergunta proposta por Fábio Lucas Moreira está longe de ser respondida com precisão. Possuímos hoje meras indagações do que seria certo ou errado, do dever ou não de primar pela liberdade de expressão em detrimento do direito autoral.

De início, partimos da dificuldade de definição do conceito de liberdade. O autor afirma que os indivíduos são prisioneiros da sua liberdade, ou seja, a liberdade de expressão já nasce limitada pela liberdade do outro. Citando Henri Dominique Lacordaire, afirma que “*entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta*”³⁷. Além disso, refere

³⁶ MOREIRA, Fábio Lucas. Da “sociedade informática” de Adam Schaff ao estabelecimento dos fundamentos e princípios do marco civil da Internet (PL 2.126/2011). In: MARQUES, Jader e SILVA, Maurício Faria da. (org). **O Direito na Era Digital**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29.

³⁷ Idem.

os ensinamentos de Montesquieu em sua obra *“O espírito das Leis”*, na qual refere que *“a liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem”*³⁸. A liberdade de expressão é regida e definida pelo ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, é a base do Estado Democrático de Direito. Moreira afirma que *“sua melhor acepção confunde-se com a faculdade do indivíduo de externar suas opiniões ou crenças dentro dos lindes normativos”*³⁹.

A liberdade de expressão vista como corolário da dignidade da pessoa humana, bem como instrumento para a preservação do sistema democrático onde vivemos, caracteriza-se como a garantia estabelecida pelo Direito de que o cidadão pode manifestar-se livremente através da comunicação de pensamentos, de ideias, de informações de forma escrita ou verbalmente. Este direito está positivado em nossa Carta Constitucional em diversos dispositivos, como explicita Paulo Gustavo Gonet Branco:

A Constituição cogita da liberdade de expressão de modo direto no art. 5º, IV, ao dizer *“livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”*, bem como no inciso XIV do mesmo artigo, em que *“é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”*, e também no art. 220, quando dispõe que *“a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nestas Constituição”*. Acrescenta, nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, que *“nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”*, e que *“é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”*.⁴⁰

A liberdade de expressão abrange o direito de livre acesso à informação, estando os dois direitos interligados, uma vez que para poder se expressar o cidadão necessita adquirir

³⁸ Idem.

³⁹ Idem. p. 30

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártines. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 402.

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

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

conhecimento, o qual é exteriorizado por outros cidadãos através da liberdade de expressão. O direito ao livre acesso, além de estar positivado no artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal, é garantido pelo art. 215 da CF, o qual dispõe que *“O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”*.

Essas liberdades também são afirmadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19, que diz *“Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”*.

A tutela da liberdade de expressão e o direito de livre acesso à informação são as bases do Estado Democrático de Direito. Martin Sentleben afirma que:

Freedom of expression and the right to receive information can be characterised as concomitant fundamental guarantees undergirding the process of communicative interaction in a democratic society. In the Handyside case, the European Court of Human Rights, for instance, stated unequivocally that ‘freedom of expression constitutes one of the essential foundations of [a democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man’. The fundamental guarantee of freedom of expression has two facets. On the one hand, prerequisite for the formation of an opinion. On the other hand, the freedom to impart information must be guaranteed, which allows the final communication once an opinion has been formed.⁴¹

Mostra-se evidente a busca pela manutenção da plena liberdade de expressão e acesso à informação, já limitadas pelas regras constitucionais e pelo Poder do Estado. Contudo, tanto a liberdade de expressão como a liberdade de informação, mais especificamente o acesso à informação são, muitas vezes, colocados em xeque na era digital, tendo em vista a busca da proteção do direito autoral.

No que tange à liberdade de expressão, cumpre referir, inicialmente, que a mesma pode servir como um mecanismo impulsionador do direito do autor e, ao mesmo tempo, pode ser limitada por ele, uma vez que a própria concepção do direito autoral já remete, por si só, à ideia de limitação da liberdade de expressão. Ou seja, a proteção contra reprodução não

⁴¹ SENFTLEBEN, Martin. **Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law**. In: Information Law Series – 13. Netherlands: Kluwer Law International, 2004. p. 24.

autorizada, cópia integral, distribuição e demais tutelas oferecidas pela Lei dos Direitos Autorais impossibilita a consagração da liberdade de expressão.

Quanto à primeira função, pode-se considerar que a liberdade de expressão afirma o direito autoral. Isto por que, a partir do incentivo econômico gerado pelo direito autoral, o criador passa a auferir *royalties* provenientes do seu trabalho, o que o impulsiona a criar mais diante do retorno financeiro adquirido. Dessa forma, auferindo renda por seu trabalho, o autor pode se dedicar exclusivamente à proteção intelectual, ressaltando o exercício de sua liberdade de expressão. Lemos afirma que:

A liberdade de expressão reafirma o direito autoral, na medida em que, a partir do incentivo econômico criado pelo direito autoral, o criador pode auferir rendimentos sobre seu trabalho, sendo, portanto, estimulado a criar tendo em vista o retorno financeiro. Mais do que isso, o criador pode deixar de se dedicar a outras atividades que tragam recompensa financeira para se dedicar exclusivamente ao trabalho artístico e científico, auferindo por meio do trabalho intelectual o seu sustento. Esta é a noção que justifica a proteção dos direitos de propriedade intelectual como gênero e dos direitos autorais, como espécie.⁴²

Assim, podemos concluir que o incentivo gerado pela liberdade de expressão ao direito autoral influi no desenvolvimento intelectual e cultural do país, visto que a maior produção intelectual pressupõe uma maior diversidade cultural e uma maior disseminação do conhecimento intelectual entre os cidadãos.

Todavia, mesmo tendo o direito autoral atingido plena maturidade e eficiência quanto à distribuição dos proventos econômicos, não se pode afirmar que a manutenção dos direitos autorais como bem tutelado pelo direito resolveu a problemática da subsistência econômica dos autores e a consequente autonomia e incentivo aos criadores e artistas, tendo em vista que apenas os grandes escritores de *best sellers* conseguem viver de suas criações.

Sob este aspecto, Ascensão afirma que o objeto de tutela imediata do direito autoral não é a pessoa do autor, mas sim, a recompensa ao autor por cada obra realizada. Nesse sentido, não pode existir qualquer pretensão ou expectativa de garantia até o fim da vida. Dessa forma, a liberdade de expressão não seria impulsionadora exclusiva do direito autoral, visto que os proventos econômicos advindos da produção intelectual, para a maioria dos autores, não justificaram a contínua e incansável produção de espírito.

⁴² LEMOS, Ronaldo. **Propriedade Intelectual**. In: Cadernos Colaborativos. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 2011. p. 64 Disponível em http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/2/25/Propriedade_Intelectual.pdf. Acessado em 27/04/2013.

Por outro lado, o direito autoral mostra-se, também, como limitador da liberdade de expressão coletiva. Em outras palavras, a criação de regras incisivas de proteção à obra intelectual acaba restringindo o exercício pleno da liberdade de expressão. Guilherme Carboni refere que:

Podemos dizer que o direito de autor também é uma restrição ao pleno exercício da liberdade de expressão. À medida que aumenta o grau de proteção do direito de autor (tanto com relação ao seu escopo, quanto ao prazo de proteção), aumenta o nível de interferência e de restrição à liberdade de expressão, pois esta não pode se manifestar de forma totalmente livre sobre uma expressão anteriormente criada, a menos que haja uma expressa anuência do seu criador, ou em circunstâncias expressamente admitidas por lei, em caráter de exceção.⁴³

Esse mesmo autor, citando o norte americano Edwin Baker, argumenta que:

o direito autoral confere poderes a um particular para limitar o discurso de outrem, pois permite que o particular ‘A’ diga ao particular ‘B’ que ele não pode dizer, publicar ou distribuir um conteúdo específico porque ‘A’ já disse isso (de uma forma fixada em suporte tangível) ou comprou de alguém que já o havia obtido anteriormente, o direito de isso dizer.⁴⁴

Abrangendo o tema dessa maneira, percebe-se que o direito autoral quando exercido pelo criador da obra intelectual, impossibilita que outra pessoa utilize-se da obra para exprimir sua opinião de forma legal, ainda que vise apenas realizar uma releitura do tema ou interpretação do mesmo.

Cumpra esclarecer que a tutela da obra intelectual não abrange as ideias que circulam na sociedade, mas tão somente a expressão dessas ideias, pelo fato de já terem sido exterioradas por outra pessoa. Assevera Carboni que:

O monopólio estabelecido sobre a forma de uma determinada ideia (que é o fundamento do direito do autor) visa à apropriação da informação enquanto mercadoria. Como seria muito difícil imaginar uma sociedade em que as ideias abstratas fossem passíveis de proteção, a fórmula encontrada – e que seria mais

⁴³ CARBONI, Guilherme. **Conflitos entre direitos do autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico.** Revista da BPI, n. 85, p. 38, Nov/dez de 2006.

⁴⁴ Idem. Nas palavras de Edwin Baker: “*Copyright similarly empowers one private party to limit another’s speech. It potentially allows one private party, A, to tell another, B, that she cannot say (or publish or distribute) specific content, for example, because A has already said it (in a manner that was fixed in a tangible medium) or has bought the right to say it from someone who had already obtained the copyright*”. (BAKER, Edwin. First Amendment Limits on Copyright. In: Vanderbilt Law Review, April, 2002, p. 892)

facilmente controlável, do ponto de vista prático – foi a da proteção apenas do modo de expressão e não da ideia em si.⁴⁵

Com efeito, a detenção por meio do autor intelectual de sua obra fere a liberdade de expressão dos demais cidadãos, tendo em vista que torna indisponível o conteúdo da forma como é tratado para aqueles que não adquirem a obra. O doutrinador holandês Martin Senftleben, utilizando os ensinamentos de Y. Benkler refere que a proteção do *copyright* de forma mais extrema, torna indisponível aos demais cidadãos o acesso e utilização dos conteúdos protegidos:

Accordingly, he posits that freedom of expression requires a robust public domain and recalls the detriment to users flowing from copyright protection.

“An increase in the amount of material one person owns decreases the communicative components freely available to all other. Only an increase in the public domain [...] generally increases the freedom of a society's constituents to communicate.”

In this line of argument, his examination of the conflict between copyright and freedom of expression culminates in the assumption that each grant or strengthening of author's rights will inevitably bar members of society from using or communicating information under certain circumstances.⁴⁶

Ou seja, a concessão de tutela mais rígida ao direito autoral barra a utilização ou comunicação de informação/conteúdos nas circunstâncias não previstas em lei pela sociedade.

No que tange ao embate entre o *copyright* e o interesse público de utilização das obras, José de Oliveira Ascensão refere que “o exclusivo autoral tem constantemente de ser confrontado e conciliado com o interesse público. Isto significa simultaneamente que tem que de ser moldado pelo interesse público”⁴⁷.

Ademais, segundo Ascensão, o direito de acesso, em observância ao direito do autor, deve ser considerado em três aspectos: (i) como constitutivo do direito pessoal do autor, tendo em vista que o autor tem a faculdade de restringir o acesso a sua obra ou torná-la única; (ii) como direito de o autor autorizar ou proibir o acesso das pessoas as obras que estão em um site da internet, o que somente seria possível que o autor fosse o dono do site, tendo em vista

⁴⁵ CARBONI, Guilherme. **Conflitos entre direitos do autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico**. Revista da BPI, n. 85, p. 38, Nov/dez de 2006.

⁴⁶ SENFTLEBEN, Martin. **Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law**. In: Information Law Series – 13. Netherlands: Kluwer Law International, 2004. p. 25.

⁴⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e liberdade de criação. In: Marcos Wachwicz (org). **Propriedade Intelectual e Internet**. Volume II. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 29.

que, uma vez que fornece sua criação para o site, o dono do site que passa a controlar as possibilidades de acesso; (iii) como direito do cidadão de ter acesso aos bens culturais.⁴⁸

Neste interregno, o embate entre o direito autoral e direito de acesso é o que mais chama atenção, uma vez que a Constituição Federal tanto brasileira, quanto portuguesa – nacionalidade do doutrinador em questão – preveem a tutela de ambos os direitos. Ascensão afirma que “o direito de autor viola liberdades fundamentais quando, pela sua duração, priva desproporcionalmente a comunidade de desfrutar dos bens culturais”⁴⁹. No Brasil, uma obra somente cai em domínio público após 70 anos de sua criação (LDA, art. 41), o que se mostra como uma afronta ao acesso irrestrito da comunidade ao conteúdo intelectual protegido.

Outro exemplo dado pelo autor português de limitação do direito de acesso à informação, agora restrito à internet, trata-se do acesso ao conteúdo de base de dados, senão vejamos:

Já dentro especificadamente da matéria de informática, há o direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados. Esse conflitua efectivamente como o direito à informação. Torna a informação particularmente onerosa, mesmo quando é retirada da base de dados em condições que não implicam em concorrência em relação ao empresário dessa base: para colher dados para elaborar um estudo próprio, por exemplo. Haverá então que pagar, não apenas a contrapartida do acesso à base, que essa não suscita reparo, como ainda a remuneração particular ao produtor da base como titular do direito *sui generis*. A liberdade de informação sai ferida com este direito empresarial espúrio.⁵⁰

Nota-se que, segundo Ascensão, não apenas a retenção da obra pelo autor fere o direito de acesso à informação, mas também a retenção de dados pelo seu detentor, algo para que se deve atentar.

Na mesma linha, criticando a ampliação da tutela dos bens intelectuais, o jurista português afirma que o direito autoral cria zonas de limitação, em suas palavras, “zonas de acesso interdito”, ou de limitação condicionada à liberdade de utilização dos bens intelectuais. Quanto mais se reforça a tutela do direito do autor, mais se limita a efetuação de utilização da obra intelectual, o que é fundamental para o diálogo social, bem como para o

⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Dispositivos Tecnológicos de Proteção, Direito de Acesso e Uso dos Bens. In: Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Rodrigo Moraes (org). **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 166/167.

⁴⁹ Idem. p. 168.

⁵⁰ Idem. p. 169.

desenvolvimento do país⁵¹. Importante ressaltar que o que está em pauta não é a abolição do direito autoral, muito pelo contrário, o direito autoral possui justificação. O que se coloca em análise é a conciliação do *copyright* com o interesse social de utilização das obras. Ressalta Ascensão que:

Mas, quanto mais se reforça o direito autoral, mais se limita a normal liberdade de utilização de bens intelectuais. Estes são bens culturais, indispensáveis ao diálogo social. Mas por efeito do direito autoral deixam de poder ser utilizados livremente. No extremo, deixam de poder ser acedidos, se estiverem colocados na internete, ou de poder ser utilizados por qualquer outro meio pelo mero arbítrio do titular – por exemplo, por descaso, ou para criar escassez, que permita subir os preços num próximo lançamento.⁵²

Assim, nota-se que o possível enrijecimento da tutela do direito autoral, debatida nos ordenamentos jurídicos mundiais, conforme constatado no primeiro capítulo, acarretaria um prejuízo sem igual ao diálogo cultural e beneficiaria as empresas detentoras de *copyright*, que buscam o monopólio dos direitos sobre as obras intelectuais.

No mesmo sentido, Senftleben, analisando a doutrina de Benkler, afirma que a proteção dos direitos autorais pode e deve contribuir para a troca de diversas e diferentes percepções do mundo. Neste contexto, refere – citando Benkler - que a expansão da tutela de direitos autorais - o que implica automaticamente limitação ao domínio público sobre os conteúdos – pode conduzir a diversificação da informação somente se os direitos patrimoniais mais fortes incentivarem as atividades de pequenos produtores intelectuais, visto que incentivaria a produção intelectual independente.

Se, por outro lado, a expansão da tutela do *copyright* privilegiar os grandes produtores comerciais, fazendo com que os direitos patrimoniais do autor concentrem-se em suas mãos, o incentivo à diversidade cultural através de criações do espírito está fadada à frustração. A análise de Benkler, segundo Senftleben, sugere que uma proteção mais extensiva poderia conduzir a um estoque de informação e de detenção de direitos autorais às empresas dedicadas à produção comercial das obras intelectuais, aumentando, assim, o valor dos royalties cobrados e o domínio de conteúdos⁵³.

⁵¹ Idem. p. 30.

⁵² Idem.

⁵³ SENFTLEBEN, Martin. **Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law**. In: Information Law Series – 13. Netherlands: Kluwer Law International, 2004. p. 26.

Concluindo o pensamento, Senftleben esclarece que a intensa proteção dos direitos autorais não necessariamente implica em cerceamento da liberdade de expressão. Porém, defende a aplicação de restrições à tutela intelectual, para que as formas relevantes de uso e disponibilização das obras sejam isentas de controle do autor ou do detentor de seus direitos patrimoniais.

Hence, strong copyright protection does not necessarily threaten the fundamental guarantee of freedom of expression. An expansion of author's rights need not entail a curtailment of free speech. By contrast, the potential harm flowing from copyright which Benkler has brought into focus can be minimized by imposing certain restrictions on author's rights. These limitations must be carefully drafted so as to permit the free use of copyrighted material whenever a reference to the mere idea underlying a work is insufficient. If the guarantee of freedom of expression requires the free use of a work's expressive core, an appropriate set of copyright limitations must secure that the relevant forms of use are exempted from the author's control.⁵⁴

Tais ponderações nos fazem evidenciar a incongruência doutrinária acerca da existência do conflito (aparente) entre as garantias fundamentais citadas. Nota-se que aqui, tratamos do embate entre o direito à liberdade de expressão e informação e o direito de personalidade, caracterizado pelo direito moral do autor, e o direito à propriedade, caracterizado pelo direito patrimonial do autor. Canotilho explicita, utilizando exemplo da Constituição Portuguesa, a possibilidade de embate entre direitos fundamentais:

São possíveis casos de colisão imediata entre os titulares de vários direitos fundamentais. Assim, por exemplo, a liberdade interna de imprensa (art. 38.º/2.º, que implica a liberdade de expressão e criação dos jornalistas, bem como a sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação (cfr. art. cit.), pode considerar-se em colisão com o direito de propriedade das empresas jornalísticas; a liberdade de criação intelectual e artística (art. 42.º/1) é susceptível de colidir com outros direitos pessoais como o direito ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida família (art. 26º)⁵⁵.

Resta claro que os direitos fundamentais não são totalmente harmônicos entre si e que é o embate (aparente) entre eles é usual. Constatando tal ponto, podemos concluir que os casos de conflito entre normas fundamentais não são resolvidos com o método da subsunção, no qual se reconhece os fatos e aplica-se a norma, pois, diante da inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais, impossível é o estabelecimento de uma regra abstrata e permanente que indique qual garantia deve sobressair sobre a outra. O método mais favorável a ser utilizado é o da ponderação.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4ªed. Coimbra: Livraria Almedina. 2000. p. 1230.

Barroso afirma que o critério de ponderação possui três etapas: (i) identificação das normas relevantes para a solução do conflito e agrupamento das premissas maiores para posterior comparação entre os elementos normativos em análise; (ii) exame dos fatos e circunstâncias concretas que permeiam o conflito e sua interação com as normas; (iii) exame conjunto dos grupos de premissas maiores, das normas e dos fatos e a consequente distribuição de pesos a serem atribuídos a cada elemento para ponderar a aplicação da lei na especificidade de cada caso. Assim deve-se utilizar o procedimento da ponderação considerando, também, os princípios instrumentais de proporcionalidade e razoabilidade, sendo que nenhuma solução será igual a outra tomada em conflito diverso⁵⁶.

A resolução dos conflitos (aparentes) entre a tutela do direito autoral, sendo exclusivo ao autor o direito de utilização, publicação ou reprodução da obra, e a liberdade de expressão, bem como o acesso à informação deve levar em consideração o caso concreto. A análise de qual deve prevalecer, só poderá ocorrer diante dos fatos que ensejam o conflito. De qualquer forma, Barroso aduz que:

A liberdade de informação diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado. A liberdade de expressão tutela o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor e manifestações do pensamento em geral. Tanto em sua dimensão individual como, especialmente, na coletiva, as liberdades de informação e de expressão servem como fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica sua posição de preferência em tese (embora não de superioridade) em relação aos direitos individualmente considerados.⁵⁷

Ascensão explícita, ainda, que “*o interesse público impõe-se constitucionalmente; mas o direito de autor também é previsto e protegido pela Constituição*”⁵⁸, o que acarreta a necessidade de conciliação entre tais instituições jurídicas. Refere que no que tange à tutela do direito autoral a conciliação, chamada também de ponderação, far-se-á através de limites:

Os limites não são exceções, contra o que se insinua em círculos interessados com o fim de justificar uma interpretação restritiva das normas que estabelecem estes limites. São trechos de regulação, tão normais como as regras atributivas de faculdades. Por isso, são objeto de interpretação comum, como quaisquer outras normas. E é do complexo de regras de atribuição e de regras que concedem

⁵⁶ Idem. p. 72-23.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos de personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 99.

⁵⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e liberdade de criação. In: WACHWICZ, Marcos (org). **Propriedade Intelectual e Internet**. Volume II. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 31.

faculdades ao público que resulta o conteúdo final da proteção de cada concreto direito autoral, no entrelaçar do positivo e do negativo.⁵⁹

Com efeito, as limitações sobre a tutela exclusiva do criador da obra hoje existentes na Lei de Direitos Autorais são mínimas e organizadas de forma taxativa. Exemplificando, só é permitido o uso sem autorização de “*pequenos trechos*” (LDA, art. 46, inc. II), “*passagens*” (inc. III, para citações), reprodução somente de fragmentos de obras, salvo das artes plásticas (inc. VIII), ECT.

A liberdade almejada, segundo Ascensão, não implica na gratuidade, ou, ainda, na extinção do direito de autor, mas sim, na imposição de limitações adequadas e conciliadas com o interesse da coletividade e, conseqüentemente, com a afirmação do direito de liberdade de expressão e de acesso à informação:

Há depois que estabelecer com equilíbrio (conciliadoramente) a lista dos limites adequados. Os limites para ensino, para a pesquisa científica e assim por diante. Sem o preconceito de o direito de autor ser um direito “absoluto”, porque erradamente se entendeu “absoluto” como um direito sem limites. Aqui, intervém o interesse público como diretriz hierarquicamente superior, que neste domínio não pode ser sacrificado. E intervém o direito à cultura, constitucionalmente protegido.

Dessa forma, concluímos que o direito autoral carece de revisão a fim de conciliar a efetivação da liberdade de informação e acesso à informação, bem como a proteção dos interesses do autor. Jorge Renato dos Reis explicita:

Portanto, o viés individualista que historicamente marcou o Direito de Autor, onde se destacam os aspectos patrimonial e moral do autor, respectivamente na exploração econômica da obra e na proteção da personalidade do autor, deve ser adequado à nova realidade social e jurídica do País, onde se exige de todos os institutos jurídicos, muito especialmente dos institutos privados, uma funcionalidade social, no caso do Direito de Autor, de forma que atenda aos direitos fundamentais da sociedade à educação, à cultura e à informação, com uma maior possibilidade de acesso às obras. Dessa forma, assim como o direito de propriedade, também o Direito de Autor, em seus aspectos patrimonial e moral, nasce umbilicalmente ligado à função social, destituindo o seu titular do direito absoluto, como outrora se defendia. Assim, repersonaliza-se, também, o Direito de Autor, estabelecendo como objeto de proteção maior a dignidade humana na defesa do direito à cultura, à educação e à informação da sociedade.⁶⁰

Salienta-se, ainda, que o enrijecimento da legislação sobre o direito autoral pode gerar um obstáculo à liberdade de criação de mais conhecimento, tendo em vista que a restrição ao acesso das fontes de criação intelectual ou o aproveitamento destas impede o desenvolvimento do pensamento da sociedade. Com efeito, toda obra intelectual se faz tendo

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Idem.

como base criações de espírito precedentes. Dessa forma, deve-se atentar para a correta valoração entre o interesse público, o desenvolvimento cultural e tecnológico da sociedade, bem como a proteção do direito autoral.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se ser incontroverso o fato de que os direitos coletivos, representados neste trabalho pelo direito à liberdade de expressão e acesso à informação, são afetados diretamente, quando o protecionismo aos bens intelectuais tutelados pelo direito do autor atinge um grau intenso a ponto de impedir o aproveitamento das criações pela sociedade em geral. Com efeito, a ampliação da tutela dos direitos autorais prejudica a liberdade de expressão e o acesso à informação, uma vez que toda a criação baseia-se em uma precedente, bem como na realidade cultural da época. Dessa forma, se não houver disponibilidade de obras intelectuais e dados atuais ou, se essa disponibilidade for muito restringida, a cultura intelectual perde seu alimento natural e passa a ter seu desenvolvimento enfraquecido.

Cumprido esclarecer que não estamos defendendo a extinção dos direitos autorais, muito pelo contrário, acreditamos que a tutela das criações intelectuais deve ser mantida a fim de incentivar a produção intelectual dos cidadãos, bem como remunerá-los pelo trabalho produzido.

Nota-se, assim, que o caminho a ser trilhado pelo Direito diante das novas exigências impostas pelo desenvolvimento tecnológico não é o do esmagamento ou extinção de qualquer direito - em especial aqui o direito autoral -, mas sim, o da conciliação entre as garantias fundamentais expostas no trabalho. O equilíbrio é sempre o objetivo a ser buscado. Todavia, quando se rompe esse equilíbrio e o direito do autor deixa de ser justificado, cria-se um conflito (aparente) com a liberdade de expressão e o acesso à informação e o direito autoral. Ao ser apresentada tal situação, entendemos que o direito autoral, exclusivo do autor, deve ser preterido em função do interesse da coletividade, ou seja, em razão das garantias fundamentais de expressão e informação.

Ademais, são os limites impostos que propiciam a integração pacífica do direito autoral no ordenamento jurídico, uma vez que tal limitação permite a efetivação dos interesses coletivos mais relevantes no tópico, ou seja, os de ordem econômica, social e, especialmente, cultural. Essa limitação também permite que as obras intelectuais sejam colocadas à disposição da sociedade em geral, colaborando com o desenvolvimento intelectual do país, ao

invés de representar somente uma barreira para a defesa do monopólio econômico do autor perante sua obra.

Com o desenvolvimento tecnológico em ritmo cada vez mais acelerado far-se-á necessária a criação de mecanismos capazes de permitir o acesso aos bens culturais disponíveis, bem como meios de impedir atos que não sejam autorizados pelo titular dos direitos autorais ou de direitos conexos. O desafio está lançado aos legisladores e aos operadores do direito que devem buscar a conciliação entre os direitos autorais - hoje colocados em xeque perante o mundo digital - e a tutela dos direitos de liberdade de expressão e de acesso à informação.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de Autor e Liberdade de Criação. In: WACHOWICZ, Marcos (org). **Propriedade Intelectual e Internet**. Vol II. Curitiba: Juruá, 2011. p. 29.

_____. Dispositivos Tecnológicos de Proteção, Direito de Acesso e Uso dos Bens. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (org). **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de Direito da Propriedade Intelectual**. Aracaju: Evocati, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos de personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Autor**. 4ªed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4ªed. Coimbra: Livraria Almedina. 2000. p. 1230.

CARBONI, Guilherme. **Conflitos entre direitos do autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico**. Revista da BPI, n. 85, p. 38, Nov/dez de 2006.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Thales Lordão. A proteção dos direitos autorais na internet. In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da (Org). **O direito na Era Digital**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 170.

GENDREAU, Ysolde. Copyright and Freedom of Expression in Canada. In: TORREMANNS, Paul L.C. (org). **Copyright and Human Rights: freedom of expression, intellectual property, privacy**. The Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2004.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2005. P. 65. Disponível em: [HTTP://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultura-ronaldo-lemos](http://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultura-ronaldo-lemos). Acessado em 03/03/2013.

_____. **Propriedade Intelectual**. In: Cadernos Colaborativos. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 2011. p. 64 Disponível em http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/2/25/Propriedade_Intelectual.pdf. Acessado em 27/04/2013.

LEMOS, Ronaldo; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Copyleft , Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas**. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/Copyleft_Software_Livre_e_CC_A_Nova%20Feicao_dos_Direitos_Autorais_e_as_Obras_Colaborativas.pdf?sequence=1. Acessado em 30/04/2013.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet – direitos autorais das origens à era digital**. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Record. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártines. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009,

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7ª ed. Atualizada até a EC nº. 55/07. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Fábio Lucas. Da “sociedade informática” de Adam Schaff ao estabelecimento dos fundamentos e princípios do marco civil da Internet (PL 2.126/2011). In: MARQUES, Jader e SILVA, Maurício Faria da. (org). **O Direito na Era Digital**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NETANEL, Neil W. Introduction, Copyright’s Paradox. In: Neil W. Netanel. **COPYRIGHT’S PARADOX**. Oxford University Press, 2008: UCLA School of Law Research Paper No. 08-06. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1099457>. Acessado em 06/04/2013.

REIS, Jorge Renato de; PIRES, Eduardo. Direito Autoral e Internet: uma análise sob a perspectiva do direito civil-constitucional. In: WACHOWICZ, Marcos (Org), **Propriedade Intelectual e Internet**. Vol. II. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

ROVER, Aires J.; WINTER, Djônata Winter. A Revolução Tecnológica e a proteção da propriedade intelectual. In: WACHOWICZ, Marcos (Org). **Propriedade Intelectual e Internet: uma perspectiva integrada à sociedade da informação**. Curitiba: Editora Juruá, 2002.

SCHAFF, Adam. **A sociedade informática**. Tradução de: Carlos Eduardo Jordão Machado e Luiz Arturo Obojes. 4ª ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Brasiliense, 1995.

SENFLEBEN, Martin. **Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law**. In: Information Law Series – 13. Netherlands: Kluwer Law International, 2004.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS CONSULTADOS:

<http://blogs.estadao.com.br/link/oito-paises-europeus-assinam-o-acta>

<http://www.europarl.europa.eu/>

<http://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/content/20120220FCS38611/html/Everything-you-need-to-know-about-ACTA>

<http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/112hr3261.pdf>

<https://www.eff.org/issues/acta>

<http://www.wto.org/>