

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO PRIVADO

LUCIO FLAVIO CAMARGO BASTOS FILHO

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE
INTELECTUAL

Brasília – DF

2007

LUCIO FLAVIO CAMARGO BASTOS FILHO

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE
INTELECTUAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Privado, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Paulo Gonet Branco

Brasília – DF

2007

LUCIO FLAVIO CAMARGO BASTOS FILHO

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE
INTELLECTUAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Privado, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

“We free the people with music.”

(Robert Nesta Marley. **Trenchtown.**)

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que o direito de propriedade intelectual, assim como o instituto da propriedade como um todo, sofreu e ainda sofre uma séria crise na conformação de seu perfil conceitual, que deve ser reconstruído, ante as sintomáticas mudanças ocorridas no direito contemporâneo, referentes à sua natureza de direito subjetivo, à despatrimonialização de seu enfoque e à intersubjetividade da relação jurídica que o constitui, e ao novo papel a ela imposta, tudo em decorrência do princípio da função social.

Será dado enfoque, ainda, à importância que a função social da propriedade intelectual possui como responsável pela concretização do direito constitucional de acesso à cultura, através da demonstração de que a mesma reside no equilíbrio entre o direito do criador sobre sua obra e o acesso democrático a esta obra por parte da coletividade.

O procedimento metodológico, através de consulta à doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, determinou um levantamento geral do instituto da propriedade, no tempo e no espaço.

A seguir, uma vista sobre a propriedade intelectual, sua idéia conceitual, sua característica marcante, sua evolução e sua função social.

Em seguida, serão apresentados exemplos de condutas que vêm sendo praticadas e que consistem em obstáculos à implementação da função social da propriedade intelectual.

No quarto capítulo será dado enfoque à eficácia horizontal dos direitos fundamentais e aos conflitos existentes entre eles, como ferramenta para compreensão de como devem ser ponderados os interesses do criador intelectual e da sociedade.

Finalmente, no quinto e último capítulo serão apresentados exemplos atuais de como a função social da propriedade intelectual vem sendo aplicada concretamente.

ABSTRACT

The aim of the present work is to demonstrate that the intellectual property right, such as the property right at all, has suffered a serious crisis in its conceptual profile conformation, which has to be rebuilt due to the symptomatic changes occurred in the contemporary law, referred to its subjective right nature, to the absence of property character in its focus and to the intersubjectivity of the juridical relation that it is constituted by, to the new role derived from it, all due the application of the social function principle.

It will also be demonstrated the importance that the intellectual property social function has as responsible for the concretization of the cultural access constitutional right, through the demonstration that it resides among the balance between the creators right for his creation and the people democratic access to this creation.

The methodological procedure, by consulting national and foreign doctrine and jurisprudence, determined a general survey of the property institute, in time and space.

Next, a view about intellectual property, its conceptual idea, its crucial character, its evolution and its social function.

After that, it will be showed examples of conducts that have been used as obstacles to the intellectual property social function implementation.

In the fourth chapter it will be focused the fundamental rights horizon effects and the existing conflicts between those rights, as a tool to understand how should the creator's and society interests must be equalized.

Finally, in the fifth and last chapter it will be given actual examples to show how the intellectual property social function has been applied concretely.

SUMÁRIO

Introdução	9
1. A PROPRIEDADE EM SUA MODERNA FEIÇÃO	
1.1. Breve evolução histórica.....	11
1.2. Estruturação.....	15
1.3. Função social	
1.3.1. Noção.....	18
1.3.2. O público e o privado: o necessário equilíbrio.....	20
1.3.3. O abuso de direito e sua sanção.....	26
1.4. A propriedade na Constituição Federal de 1988 e no Novo Código Civil.....	30
2. A PROPRIEDADE INTELECTUAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL	
2.1. Conceito de Propriedade Intelectual.....	34
2.2. Característica marcante da Propriedade Intelectual: a internacionalidade.....	36
2.3. Direitos Autorais X Propriedade Industrial: superação da dicotomia.....	38
2.4. Bases constitucionais da Propriedade Intelectual.....	42
2.5. Criação intelectual e necessidade de sua proteção.....	47
2.6. Função Social da Propriedade Intelectual: a cultura e o desenvolvimento como bens maiores da humanidade.....	50
3. PRÁTICAS ILEGAIS E ABUSIVAS À CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E FORMAS DE SUPERÁ-LAS	
3.1. O abuso de direito do criador intelectual.....	55
3.2. O “jabá”: suborno nas obras musicais.....	59
3.3. A contrafação ou “pirataria”.....	62

4. CONFLITOS ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. Direitos fundamentais e sua incidência nas relações privadas.....	66
4.2. Conflitos entre direitos fundamentais.....	76
4.3. Critérios para solução dos conflitos.....	79
4.3.1. O princípio da proporcionalidade.....	82
4.3.2. O princípio da dignidade da pessoa humana.....	86
4.4. A restrição ao direito de propriedade.....	92
4.5. Direito do criador intelectual e liberdade de expressão.....	98
4.6. Direito do criador intelectual e livre acesso à informação e à cultura.....	100
4.7. Direito do criador intelectual e direito ao desenvolvimento tecnológico.....	106

5. TENDÊNCIAS MODERNAS DE EQUILÍBRIO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO NA PROPRIEDADE INTELECTUAL

5.1. Internet.....	109
5.2. Fair use.....	116
5.3. Software Livre.....	118
5.4. Copyleft.....	121
5.5. Creative Commons.....	126

6. CONCLUSÃO.....

130

7. REFERÊNCIAS.....

134

INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema se deve a alguns fatores: primeiro, a atualidade do assunto, já que, se por um lado, é complicada a obtenção de fontes de estudo, por outro viés, é tema dos mais originais e fascinantes do Direito. Segundo, a relevância que o tema possui, não apenas para os operadores jurídicos, mas principalmente para a sociedade como um todo, sem privilégios ou discriminações a nenhuma classe que a componha. Afinal, alguém tem dúvidas de que pode ser a implementação da cultura, senão o principal, pelo menos um dos principais fatores de ajuda à redução da disparidade social entre as pessoas? E quem duvida que quanto mais incentivos tiver o criador, mais obras ele criará em prol da contínua disseminação dessa cultura? Ora, na medida em que um povo se torna mais educado culturalmente, mais noção de seus direitos ele tem e mais condições de exigí-los, por conseqüência.

Acontece que, e aqui está o terceiro fator de escolha do presente tema, no mundo de hoje, de extrema e veloz tecnologia, vemos leis há muito defasadas e posicionamentos não mais justificáveis acerca da proteção à propriedade intelectual, às criações a si inerentes. Será que se mostra adequado que se proíba a fruição de obras intelectuais, sejam elas exteriorizadas em forma de músicas, inventos ou programas de computador, sob o argumento de proteção ao criador de tais obras? Este criador que as leis protegem é mesmo aquele romântico poeta de outrora? Ou ele se corporifica, hoje em dia, em poderosas empresas somente interessadas nos lucros proporcionados pela exploração das obras criadas e a si transferidas contratualmente?

Ao longo do presente trabalho é que pretendemos demonstrar que além da proteção dos criadores intelectuais, está em jogo interesse público de vital importância para o desenvolvimento sócio-cultural dos povos: o acesso à cultura. Não basta um acesso qualquer. Há que ser um acesso democrático à cultura. Que na prática possam as pessoas usufruir dos bens intelectuais que as circundam diariamente.

Faça-se logo a seguinte ressalva: não se estará aqui, neste trabalho, a defender a total ausência de proteção ao criador das obras intelectuais. Afinal de contas, se não se protege nem incentiva o criador, sequer haverá obra.

O que se visa aqui é demonstrar que a solução está no equilíbrio entre estes dois interesses: de um lado, o interesse do criador em ser remunerado, de forma justa, para que possa se sustentar dignamente e continuar criando mais e mais obras, que tanto ajudam na educação das pessoas e na melhoria de sua auto-estima e até mesmo ajudam a criar uma identidade; e de outro lado, o interesse da coletividade em ter acesso a tais obras, nutrindo-se da cultura que delas emana.

Através de consulta à doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira, bem como de fontes oriundas de outras disciplinas das ciências humanas, será esclarecido em que consiste e qual o objetivo da função social da propriedade intelectual.

Assim é que, no primeiro capítulo, será traçado um panorama sobre o instituto da propriedade, sua evolução histórica e a mudança de seus paradigmas ao longo dos anos, incluindo, para melhor compreensão, uma abordagem de conceitos modernos, como a função social, a superação da divisão entre direito público e direito privado e o abuso de direito.

No segundo capítulo, entrar-se-á propriamente no tema deste trabalho, onde será dado enfoque à propriedade intelectual, seu conceito, características e tendências atuais, bem como sua função social e no que esta consiste.

No capítulo seguinte serão apresentados exemplos de condutas que vêm sendo praticadas e que consistem em verdadeiros obstáculos à implementação da função social da propriedade intelectual no seio da sociedade.

No quarto capítulo abordar-se-á assunto dos mais atuais hoje no estudo do Direito, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e os conflitos existentes entre eles, matéria esta que funcionará como elemento fixador para o entendimento de como devem ser balizados os interesses aparentemente contrapostos do criador intelectual e da sociedade, mas que legitimam e justificam o instituto da função social aplicada à propriedade intelectual.

Finalmente no quinto e último capítulo serão apresentados exemplos atualíssimos de como a função social da propriedade intelectual vem sendo concretizada na prática, através do uso de contratos de licenciamento público.

A PROPRIEDADE EM SUA MODERNA FEIÇÃO

1.1. Breve evolução histórica

Desde os primórdios, o indivíduo sempre procurou satisfazer as suas necessidades vitais por intermédio da apropriação de bens. Inicialmente, era a busca por bens de consumo imediato; com o tempo, o domínio de coisas móveis, até perfazer-se a noção de propriedade, progressivamente complexa e plural.

Pouco há de comum entre a propriedade romana e a propriedade moderna. Na antigüidade não havia sido forjado um conceito de direito subjetivo, tampouco uma definição de propriedade. Os romanos não qualificaram a propriedade como *jus in re*, apenas descreveram as suas funções. Ao contrário da recepção do direito das obrigações pelas sociedades modernas, apenas na aparência foram recebidas as formas romanas da aquisição da propriedade, pois lá se admitia a aquisição da propriedade imobiliária por mera tradição e a transferência de hipotecas por simples contrato.

O viés funcionalizado da propriedade romana não permaneceu na idade média, pois as relações de vassalagem exigiam que o poder político e absoluto do senhor feudal não sofresse qualquer espécie de restrição. A propriedade medieval assentou-se no feudo e na concessão do senhor em favor de seu vassalo de uma porção de terra e proteção militar em troca de respeito e fidelidade. Com o desaparecimento da organização estatal, a Europa Ocidental foi fracionada em uma multiplicidade de pequenos senhorios e caracterizada por uma economia sem trocas, pois o comércio desapareceu quase por completo. Ademais, o próprio parcelamento da terra (domínio útil e eminente) dificultava a prática de negócios jurídicos e a mercantilização da propriedade.

Em um salto no tempo, alcançaram-se o iluminismo e o jusnaturalismo como marcos de irrupção do formato clássico do direito de propriedade nos séculos XVIII e XIX. A ideologia liberal e individualista representou o triunfo da racionalidade humana e de sua vocação para a liberdade. Portanto, concedeu-se ao sujeito de direito a possibilidade de manifestar livremente a sua vontade, em um contexto econômico propício à circulação do capital. Nesta vertente, o contrato e a propriedade triunfaram como os dois grandes pilares do direito privado.

No Estado liberal clássico, paradoxalmente manteve-se o tratamento absoluto da propriedade, resguardando-se o patrimônio da burguesia dos arbítrios estatais, os quais motivaram a revolução.

Deferiu-se ao homem razão e liberdade, sendo concebida uma sociedade composta por indivíduos isolados, portadores de direitos subjetivos invioláveis pelo Estado. Todos poderiam perseguir seus interesses e realizar seus ideais em um espaço de liberdade e igualdade formal, na qual os sujeitos abstratos não mais seriam qualificados por privilégios ou títulos de nobreza, a par de suas diferenças sociais. Valorizou-se a autonomia privada, pois o acesso à terra independeria da coerção de um senhor, ligando-se agora a vontade individual. A propriedade seria alcançada segundo a capacidade e esforço de cada um e, na forma da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, teria a garantia da exclusividade dos poderes de seu titular, como asilo inviolável e sagrado do indivíduo.

Veiculou-se a idéia do homem como portador de direitos inatos que devem ser garantidos pelo Estado. A primeira geração de direitos fundamentais consistiu em deveres de abstenção por parte do Estado, no sentido de preservar as liberdades individuais. Dentre os direitos naturais e inalienáveis da pessoa, o maior significativo era a propriedade. No modelo econômico liberal do *laissez faire* a função estatal primordial era a de defender a segurança do cidadão e da sua propriedade.

No Código Napoleônico de 1804, a propriedade era considerada um fato econômico de utilização exclusiva da coisa. As idéias, a princípio revolucionárias, de liberdade e igualdade serviram como esteio à ascensão da burguesia conservadora e à afirmação do sistema capitalista. Na ideologia liberal, o bem comum seria alcançado pela soma dos bens individuais, na medida em que todos pudessem alcançar a sua felicidade. A liberdade de contratar seria o meio de alcançar-se tanto a justiça como a igualdade econômica por meio do acesso de todos à propriedade – antes monopolizada pela nobreza.

O Código francês voltou-se para a tutela da esfera patrimonial dos sujeitos. Mais do que o código das pessoas, tornou-se o código das coisas. Assim, a propriedade seria o espaço de liberdade e privacidade da pessoa, proibindo-se intervenções do poder judiciário capazes de restringir as faculdades de fruição e disposição pelo proprietário. A função do Estado mínimo consistia apenas em propiciar segurança e tranquilidade ao cidadão.

Da mesma forma, o BGB entrou em vigor em 1900, exalando extremo rigor técnico. Porém, não se preocupou em atualizar a noção individualista da propriedade, apesar da iminência de conflitos sociais. Com efeito, o cientificismo do código alemão neutralizou qualquer ruptura ideológica com a lógica proprietária inaugurada cem anos antes. A concepção de propriedade pandectística foi revelada na fórmula unitária e abstrata do § 903, “O proprietário de uma coisa pode, sempre que a lei ou o direito de um terceiro não se opuser, dispor da coisa à sua vontade e excluir outros de qualquer intromissão.”

No Brasil, a propriedade privada imobiliária sofreu um longo processo de saída do patrimônio público para ingresso na esfera privada, não se podendo utilizar os países da Europa Ocidental como parâmetro, pois não tivemos estrutura do tipo feudal. A evolução da propriedade em nossa nação começou pela fundação do domínio eminente da coroa portuguesa, com a gradual apropriação da propriedade imóvel pelos particulares por três vias: usucapião, cartas de sesmarias e posses sobre terras devolutas, com evidente monopolização de terras por senhores de escravos, formando-se aquilo que até hoje conhecemos como “latifúndio”.

Percebe-se que o Código Civil de 1916 é filho tardio do liberalismo – fruto de uma concepção oitocentista – conferindo prevalência às situações patrimoniais, que espelham resquícios de um sistema liberal, cujos protagonistas eram o proprietário, o contratante e o marido. Por intermédio do absolutismo da propriedade e da liberdade de contratar, seria permitido o acúmulo de riquezas e a estabilidade do cenário econômico, preservando-se ainda a tranqüila passagem do patrimônio do pai aos filhos legítimos, no contexto de uma família essencialmente patrimonializada.

Clóvis Beviláqua se inspirou no Esboço de Teixeira de Freitas para construir o conceito de propriedade do art. 524. “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que, injustamente, os possua”.

Com base em lição de Tepedino (1999, p. 2), tem-se que:

O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso código civil de 1916. Aquela altura o valor fundamental era o indivíduo.

Tecidas as devidas considerações acerca da evolução histórica da propriedade, passemos à análise da sua estrutura.

1.2. Estruturação

O direito subjetivo de propriedade acaba por se firmar como o mais sólido e amplo de todos os direitos subjetivos patrimoniais. É o direito real por excelência, em torno do qual gravita o direito das coisas. Com efeito, a propriedade é um direito fundamental que, ao lado dos valores da vida, liberdade, igualdade e segurança, compõe a norma do art. 5º, caput, da Constituição Federal.

Há sólidos argumentos que mantêm o caráter fundamental do direito de propriedade. Para além de seu reconhecimento constitucional expresso, é inegável a sua imutabilidade formal e material e a judicialidade plena. O reconhecimento da propriedade como direito humano se prende à sua função de proteção pessoal de seu titular. Há uma função individual da propriedade que consiste na garantia da autonomia privada do ser humano e no desenvolvimento de sua personalidade, pois os direitos reais são outorgados a uma pessoa para a realização pessoal da posição de vantagem que exerce sobre a coisa.

A propriedade é um direito subjetivo no qual o titular exercita poder de dominação sobre um objeto, sendo que a satisfação de seu interesse particular demanda um comportamento negativo da coletividade, garantido pela Constituição Federal. É, ainda, um direito complexo, que se instrumentaliza pelo domínio, possibilitando ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto (art. 1.228 do CC). A referida norma conserva os poderes do proprietário nos moldes tradicionais.

O Código Civil de 2002, a exemplo do BGB alemão, pecou ao omitir mais uma vez o conceito de propriedade, pois ao enumerar as faculdades essenciais que integram o domínio – uso, fruição e disposição da coisa -, a lei guiou-se menos por um viés científico do que por um singelo critério descritivo da propriedade, através de seus poderes. Isto conduz a soluções pouco exatas, pois aprisiona o direito de propriedade a um só tipo de propriedade: a propriedade de fato. Este modelo estático impede que a funcionalização do direito de propriedade possa alcançar as inúmeras manifestações proprietárias que surgem das múltiplas formas de atuação das pessoas sobre as coisas.

Necessário se faz, para melhor entendimento, distanciar os termos propriedade e domínio. Se a propriedade é observada pela lógica da relação jurídica nela edificada, a seu turno o domínio repousa na relação material de submissão direta e imediata da coisa ao poder do seu titular, mediante o senhorio, pelo exercício das faculdades de uso, gozo e disposição. O proprietário exercita

ingerência sobre coisas (domínio) e pede a colaboração de pessoas (propriedade). Somente na propriedade plena é possível observar que o direito de propriedade e todos os poderes do domínio se concentram em uma só pessoa.

Apenas diferenciando propriedade e domínio será possível revogar o inútil mecanismo de dicotomia existente entre direitos reais e obrigacionais, que por cerca de dois séculos serviu apenas para criar uma redoma em torno do absolutismo da propriedade, impedindo a sua relativização. Ou seja, criou-se uma concepção formal e asséptica pela qual a propriedade seria o poder de pessoas sobre objetos, diante de uma sociedade paralisada e indiferente. Trata-se de uma perversa aplicação do individualismo burguês, pois os direitos absolutos não podem ser funcionalizados e qualquer conduta ativa dos proprietários perante a sociedade passa a ser qualificada como “caridade”, jamais uma obrigação de fazer.

O Código Civil de 2002 seguiu a teoria clássica e optou por apenas adotar o termo propriedade, diversamente ao Código de 1916, que alternava os vocábulos propriedade e domínio. Observa-se a falta de técnica do legislador, já que reduziu dois conceitos distintos a um só, pois é importante precisar o exato modelo jurídico a ser enfrentado em cada circunstância.

No entanto, em uma ordem axiológica pautada pela supremacia dos valores da solidariedade e igualdade, qualquer leitura da lei civil será guiada por uma interpretação conforme a Constituição. Aliás, somente poderemos cogitar do princípio da função social da propriedade se entendermos a propriedade como relação jurídica, ao contrário do conceito clássico oriundo da escola positivista que a tratava como domínio e poder sobre coisas.

Há de se ressaltar que toda a matéria relativa à propriedade de bens incorpóreos é regulamentada fora do Código Civil, em diplomas esparsos – Lei nº 9.279/96 (Marcas e Patentes), Lei nº 9.609/98 (Programas de Computador) e Lei nº 9.610/98 (Direitos Autorais). O objeto da propriedade no Código Civil se encontra reduzido ao Livro do Direito das Coisas. Coisa é o bem tangível, o objeto móvel ou imóvel materializado em sua existência. Já o termo bem alcança qualquer objeto, seja ele corpóreo ou incorpóreo. Portanto, há uma relação de gênero e espécie entre bem e coisa, sendo que os bens do intelecto escapam do Código Civil.

Saliente-se ainda a equivocada suposição de que a propriedade intelectual se assemelha à propriedade das coisas, apenas diferenciada no tocante ao objeto. Por ser uma forma de tutela da produção do intelecto, ela se aproxima do universo dos direitos da personalidade, protegendo o autor como criador, sem esquecer do

aspecto econômico, calcado na própria circulação da propriedade desprendida do autor e da outorga de monopólio temporalmente militado para a exploração da obra. Atualmente, há uma tendência em abandonar a qualificação da propriedade imaterial no grupo dos direitos reais. Tampouco se busca inseri-la entre os direitos obrigacionais.

Em síntese, temos que a propriedade instalada no Código Civil tende cada vez mais a perder o seu prestígio, diante de uma sociedade tecnológica que amplifica as riquezas imateriais. Gradativamente dissociamos a tradicional noção de propriedade, identificada ao latifúndio e bens de raiz. Afinal, no mundo pós-moderno a propriedade se desloca da posse ao crédito.

Na Constituição Federal o termo propriedade é conceituado de forma bem mais ampla do que no Código Civil, servindo a qualquer espécie de titularidade aferível patrimonialmente. Em verdade, a Lei Maior tutela diversas propriedades. A garantia do direito de propriedade não se limita por consequência ao direito real, mas também incide em direitos obrigacionais, de conteúdo patrimonial. O conteúdo constitucional da propriedade (art. 5º, XXII) abrange em seu manto os bens corpóreos e incorpóreos (art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX) que podem constituir objeto do direito, desde que redutíveis a dinheiro. Em qualquer caso, a propriedade constitucionalmente tutelada é apenas aquela que revela adimplemento de sua função social (art. 5º, XXIII).

1.3 Função Social

1.3.1. Noção

A função social é um princípio inerente a todo direito subjetivo. No receituário liberal definia-se o direito subjetivo como o poder concedido pelo ordenamento ao indivíduo para a satisfação de seu interesse próprio. Ou seja, a realização de qualquer atividade econômica apenas encontrava limites em uma conduta culposa que eventualmente causasse danos a terceiros. Afora tais situações extremas, exaltava-se a conduta egoística de contratantes e proprietários, pois a sociedade era mera ficção, já que a felicidade coletiva dependeria da concessão de ampla liberdade a qualquer cidadão para a consecução de seus projetos pessoais.

É até mesmo redundante indagar acerca de uma função social do direito, pois pela própria natureza das coisas qualquer direito subjetivo deveria ser direcionado ao princípio da justiça e bem-estar social. Porém, o individualismo exacerbado dos dois últimos séculos deturpou de forma tão intensa o sentido do que é direito subjetivo, que foi necessária a inserção do princípio da função social nos ordenamentos contemporâneos para o resgate de um valor deliberadamente camuflado pela ideologia então dominante.

A evolução social demonstrou que a justificação de um interesse privado muitas vezes é fator de sacrifício de interesses coletivos. Há muito, não mais se admite que a satisfação de um bem individual seja obtida “às custas da desgraça alheia”. Portanto, ao cogitar-se da função social, introduz-se no conceito de direito subjetivo a noção de que o ordenamento jurídico apenas concederá merecimento à persecução de um interesse individual, se este for compatível com os anseios sociais que com ele se relacionam. Caso contrário, o ato de autonomia privada será censurado em sua legitimidade. Todo poder na ordem privada é concedido pelo sistema com a condição de que sejam satisfeitos determinados deveres perante o corpo social.

A função social é um princípio que opera um corte vertical em todo o sistema de direito privado. Ela se insere na própria estrutura de qualquer direito subjetivo para justificar a razão pela qual ele serve e qual papel desempenha. Atualmente, cogita-se de uma função social das obrigações, da família e de outros ramos do Direito Privado.

No direito das obrigações, a função social é esquadrihada pela atenuação do princípio da relatividade. Vale dizer, os negócios jurídicos produzem efeitos também para terceiros e para a sociedade, sendo necessária a imposição de

deveres anexos de cooperação e proteção das partes em prol de terceiros (art. 421, CC). Na recíproca, a sociedade também deve cooperar com os contratantes, havendo um dever geral de abstenção no sentido de ser vedado a um terceiro a prática de atos que frustrem a execução de uma relação negocial em andamento.

No direito de família a função social é inquestionavelmente ligada à reavaliação da finalidade da entidade familiar. Ela se dirige à promoção dos direitos da personalidade de seus membros, sobremaneira à formação saudável da prole, e à consolidação da solidariedade entre os seus membros. A cláusula geral da comunhão plena de vida densifica o afeto como sentido maior de qualquer formação humana, não apenas do casamento como restritivamente sugere o art. 1.511 do Código Civil.

Na responsabilidade civil, a adoção da teoria do risco e a objetivação da obrigação de indenizar (art. 927, CC) demonstram que a lente do legislador não mais se dirige para a punição do ofensor pela sua atitude culposa, porém para a reparação dos danos objetivamente sofridos pela vítima, independente da aferição da ilicitude da conduta do agente. Isto é, a finalidade da reparação é a proteção da sociedade em face dos riscos de atividades potencialmente perigosas para um número indeterminado de pessoas.

Naturalmente, se está o instituto da função social a incidir sobre tantos ramos do Direito, não deixaria de sê-lo, também, em relação à propriedade intelectual. Para uma melhor compreensão acerca do surgimento e consolidação desta nobre função, é importante que se faça uma abordagem da bipartição, outrora existente, do Direito em público e privado.

1.3.2. O público e o privado: o necessário equilíbrio

A história do direito, especialmente no que toca à dinâmica que ocorreu no ramo da codificação, demonstra o estreito muro que, nos últimos dois séculos, separou o direito privado do direito público e como esse movimento vagaroso dos direitos acompanhou as mudanças sociais e políticas que se operaram em cada época. O direito privado e o direito público, em vários aspectos, detêm

características que os colocam em posições diametralmente opostas no sistema jurídico, o privado representado pela liberdade e pela autonomia e o público pela primazia do coletivo sobre o particular.

A verdade, entretanto, é que esse longo período de clara diferenciação entre os dois ramos do direito os colocaram mais próximos do que nunca em uma relação que se aproxima mais da idéia de afastamento ou oposição. De qualquer sorte, é possível a identificação de um núcleo fundamental privado e outro público que individualizam esses campos do conhecimento jurídico.

De forma geral, o direito privado é o ramo do direito que é responsável por disciplinar e estudar as relações entre pessoas, enquanto particulares, com base nos princípios de igualdade jurídica e de autonomia privada da vontade. Paralelamente, e adotando ainda um critério tradicional utilizado, o direito público, ao contrário, é aquele que, de uma forma ou de outra, diz respeito ao Estado, regulando a sua estrutura e seu funcionamento, disciplinando as relações existentes entre entes privados e entes públicos do Estado. Em suma, o direito público regularia relação em que uma das partes está em posição de supremacia e subordinação ou de supraordenação e infraordenação. Já o direito privado trataria das relações em que existissem posições relativas de igualdade ou equivalência.

A questão que se coloca, entretanto, é que no direito privado também existem relações de supremacia e de subordinação, o que pode ser provado com a lembrança do direito de família e mesmo o direito das sociedades e seus membros. O poder paternal ou mesmo as relações laborais, que detêm suas origens no direito civil, também revelariam características de subordinação entre os entes da relação privada. Já no direito constitucional é possível encontrar relação de ordenação ou igualdade jurídica como é o fato dos municípios perante os estados e as relações entre entes federativos em geral.

A doutrina costuma indicar também o critério estabelecido pela teoria do interesse para diferenciar estes dois campos do direito. Assim, o direito público tutelaria um interesse que não é individual, mas coletivo. A ordenação e regulação do interesse individual viriam por meio do direito privado que trata das relações das pessoas entendidas em seu âmbito próprio de liberdade. Contudo, este critério não está imune a imperfeições. O interesse público, em realidade, não encontra proteção somente no direito público, mas é amplamente objeto de normas típicas de direito privado como, por exemplo, aquela que condiciona a venda de imóveis à realização de escritura pública para gerar efeitos contra terceiros, e modo geral, todas as

normas de direito civil que estabelecem requisitos formais como condição de validade de negócios. Além disso, as normas que estabelecem limites de utilização da propriedade e da liberdade de fixação de cláusulas contratuais também são normas de direito privado que resguardam interesse público. Do mesmo modo, no direito público têm-se, igualmente, normas que protegem o interesse particular como os direitos fundamentais que, a bem da verdade, tutelam diretamente casos concretos de interesses particulares nitidamente definidos (por exemplo, a indenização nos casos de desapropriação por interesse público).

Por tudo isso, a única conclusão precisa é que o direito privado e o direito público não guardam uma separação nítida, mas se relacionam em um espaço complexo em que se confundem seus elementos. Exemplo perfeito desta interpenetração entre público e privado é justamente o instituto da função social da propriedade, objeto desta monografia. Infere-se assim que as relações entre o direito privado e o direito público se desenvolvem muito mais no campo da interação do que no campo da oposição.

O processo que se tornou universal da constitucionalização, com a conseqüente aproximação entre os dois tipos de direito, iniciou-se no começo do século com o Estado Social e acelerou-se com os intensos movimentos sociais que deram novos contornos ao direito privado e ao direito público. Dessa relação interativa, ambos os ramos jurídicos aprenderam e se amadureceram com as inserções do outro. Historicamente, na primeira metade do século XVIII, prevaleceram na doutrina os estudos jurídicos que defendiam a noção de grandes e exaustivos sistemas de direito que pudessem dar resposta a todas as questões eventualmente suscitadas, estudos esses que formaram a Escola da Exegese na França e a Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha. Tais movimentos estão ligados às pesquisas no campo do direito civil principalmente a partir do Código Napoleônico de 1804 e dos pandectistas na Alemanha que resgatavam elementos do direito romano. Assim, a primeira fase de investigação de metodologia jurídica moderna está ligada essencialmente ao conteúdo e à forma do direito privado de sua época, um direito civil viciado com o dogma da completude, com a noção de que a obra do legislador dava respostas exaustivas. A atividade do juiz, nesse espectro, era vista como uma mera aplicação de regras jurídicas, por meio de um método dedutivo, quase que matemático, de fazer incidir a norma ao caso concreto.

Com a dinâmica histórica no direito, as idéias predominantes começaram a se flexibilizar, impulsionadas pelos novos formatos que a sociedade apresentava. Já

no final do século XIX, mesmo com a existência de um positivismo mais radical, o ambiente nos estudos de metodologia jurídica já se abria para uma corrente de pensamento que tentava ver em outros fatores, que não somente a lei, elementos que integravam o movimento criativo do direito.

No início do século XX, contudo, acontecimentos de ordem social, política e econômica elevaram as Constituições nacionais a patamares que antes somente eram alcançados pelos Códigos Civis. O dogma da autonomia e da igualdade relativizou-se e se percebeu uma necessidade de promoção de certos direitos sociais que antes não eram nem cogitados, o que levou à construção de um Estado Social com fins intervencionistas. Nesse momento o eixo da dinâmica jurídica deixou de ser o direito privado e passou a ser o direito público.

A época do aparecimento do Estado Social, entretanto, clarificou as relações intersubjetivas entre direito privado e direito público. Com as Constituições do México e de Weimar, o direito constitucional passou a ser o baluarte da proteção dos direitos individuais e se entendia que a previsão constitucional de determinado instituto daria um caráter de estabilidade e de garantia que superava os perigos de alterações sociais e políticas inesperadas. Mesmo institutos de direito civil passaram a integrar, de forma mais contundente, o texto constitucional, indicando dois fatos absolutamente essenciais na análise dessa relação.

Em primeiro lugar, a previsão constitucional de institutos civis demonstrava que não mais se tinha confiança no Código Civil. Não se via mais o Código Civil como lugar seguro para se manterem acautelados os institutos mais relevantes do direito privado. O Código Civil estava, portanto, à mercê dos acontecimentos sociais e das mudanças políticas e não mais se colocava em situação estável. Por conseguinte, era preciso que os institutos de direito civil figurassem em patamar hierarquicamente acima no ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, a simples previsão de institutos de direito civil na constituição os elevavam a uma condição superior. Como normas constitucionais, tais institutos, sem perder a natureza de direito civil, passaram a ter uma função de guia, de norte para o ordenamento infraconstitucional e mesmo para a sociedade civil.

Os vinte primeiros anos do século vinte, por sua vez, representaram o assentamento da idéia de que o direito privado encontrava-se em relações de integração com o direito público, especialmente no que toca ao direito constitucional. A influência do direito privado na consolidação do direito constitucional foi marcante

na medida em que emprestou a força intrínseca de seus institutos para reforçar a própria obrigatoriedade e efetividade das normas constitucionais. Nesse sentido, o direito constitucional era dependente do direito civil e, por conseqüência, o direito público do direito privado.

Ademais, desde as Constituições Sociais da década de 10, o reconhecimento de certos direitos fundamentais esteve sempre ligado a direitos amplamente divulgados na seara privada. Assim, grande parte do elenco de direitos que se tem como constitucionais hoje nasceram de berço construído pelo direito civil, inclusive com referência a uma série de princípios gerais e de interpretação. Os estudos de direitos fundamentais, nessa seqüência, sempre tiveram um paralelo com os estudos de direito privado. Esse ponto peculiar na relação entre direito civil (privado) e direito constitucional (público) recebeu um novo impulso diante de decisões de Cortes Constitucionais e de estudos na área dos direitos fundamentais que os fixaram, não como normas de aplicação a casos concretos, mas como princípios objetivos de aplicação a toda a ordem jurídica nacional, com dimensão de incidência ao Estado e a toda sociedade civil.

As normas que preceituam direitos fundamentais, contudo, têm redação genérica e abstrata, pretendem aplicação aos mais variados casos, não podendo, por si, incidir a situações concretas, uma vez que necessitam de densificação semântica e intermediação para a sua concretização. O conteúdo básico de alguns dos direitos fundamentais foi determinado, em grande medida, pelo direito civil e sua longa herança histórica. É impossível, portanto, se proceder a uma leitura desses direitos sem uma vista no direito privado e é essa necessidade que faz com que o direito civil seja sempre acionado quando se opera a aplicação de algum direito fundamental. É o direito privado, nesse panorama, que faz a ligação entre valores constitucionais e sociedade civil, que concretiza os preceitos expressos na Constituição, dando-lhes conteúdo e forma, permitindo que aquela previsão genérica passe a ser aplicável ao caso sob foco. É o direito privado que completa o significado da norma constitucional.

O direito civil continua tendo importância marcante no direito constitucional na medida em que, agora, é ele que torna real a aplicação imediata dos direitos fundamentais, tendo vista que é somente por meio dele que a Constituição se realiza em toda a sua extensão, perante a sociedade civil. O jurista que apenas trabalha com normas constitucionais, além de ser incompleto em sua tarefa, ajuda por descredenciar e a tornar confusa a própria identidade do direito civil.

O direito privado e o direito público também mantêm ligações que ao contrário de promover, mesmo que indiretamente, o desenvolvimento do outro ramo, enquadrando-se dentro de uma função de limitação e de restrição ao expansionismo exagerado do outro ramo. Trata-se de uma relação absolutamente essencial para o ordenamento jurídico em geral tendo em vista que esse permanente atrito entre liberdade (direito privado) e intervenção (direito público) não deixa que um desses ramos do direito destrua por completo a existência do outro. A época do Estado Liberal provou que não é possível a existência de uma liberdade total sem que o Estado intervenha em alguns casos, visando à proteção de certos direitos. Do mesmo modo, o excesso de intromissão estatal prejudica o livre desenvolvimento econômico e social de uma comunidade, limitando e oprimindo a possibilidade de incremento tecnológico e cultural de um povo. Essa difícil relação entre a liberdade e a intervenção se manifesta visivelmente no direito por meio do antagonismo essencial existente entre direito privado e direito público.

Assim sendo, a colisão e o permanente antagonismo entre direito privado e direito público – aqui representados por meio da dicotomia civil/constitucional por serem responsáveis por grande parte do núcleo semântico de cada ramo – mantêm uma situação de equilíbrio e relativa harmonia entre os dois ramos, o que impede que um desses campos, com os conseqüentes institutos e princípios gerais, seja sacrificado em virtude da força ampliadora do outro. Por outro lado, tanto o direito civil quanto o constitucional conservam características que ajudam a incrementar e a desenvolver o outro ramo jurídico. Assim, o direito constitucional traz várias vantagens ao direito civil, a saber: a) função de garantia, na medida em que os institutos de direito privado encontraram na Constituição um lugar seguro em que podem ficar livres das alterações conjunturais no âmbito social, econômico e político; b) função de orientação, uma vez que os valores previstos no documento constitucional informam e norteiam toda a dinâmica legislativa infraconstitucional, inclusive na elaboração de normas de direito civil, e a interpretação dos dispositivos de lei tipicamente de direito civil; c) função de impulso, tendo em vista que todas as normas constitucionais guardam em sua essência um caráter de sobrevivência que se manifesta por meio da necessidade de adaptação. Essa mutação constitucional intrínseca ajuda a promover as alterações no próprio direito civil, forçando-o a permanecer em alerta em relação às novas circunstâncias sociais.

Por outra via, o direito constitucional também se beneficia das características trazidas pelo direito civil e funções por ele executadas, a saber: a)

função de eficácia, tendo em vista que o direito constitucional encontra grande parte de sua força normativa exatamente no conteúdo assentado e histórico do direito civil, especialmente no que tange aos direitos fundamentais de natureza civil; b) função de concretização, já que é somente por meio do direito civil que as normas abertas e genéricas do direito constitucional encontram aplicação às diversas situações do caso concreto, ocorrendo aquilo que poderia ser chamado de “realização” da Constituição; c) função de transformação ou de sobrevivência da norma constitucional na medida em que, sem essa adaptação de sentido e de conteúdo que o direito civil realiza para as normas constitucionais, essas restariam sem força e eficácia reduzindo-se a simples letra morta.

As integrações entre direito privado e público, portanto, são extremamente saudáveis para o ordenamento jurídico e para a consolidação de cada um desses ramos como áreas específicas e importantes do conhecimento jurídico.

Cumprе observar, por fim, que tais relações apenas demonstram que, atualmente, não há como conceber o direito público sem o direito privado e vice-versa, já que estão dispostos em um ambiente de interdependência. Qualquer tentativa de supervalorização de um dos ramos em detrimento do outro resultará fatalmente em prejuízos graves para os estudos jurídicos.

1.3.3. O abuso de direito e sua sanção

A compreensão inicial do abuso de direito não se situa, nem deve situar-se, em textos de direito positivo. A noção é supra legal. Decorre da própria natureza das coisas e da condição humana. Extrapolar os limites de um direito em prejuízo do próximo merece reprimenda, em virtude de consistir em violação a princípios de finalidade da lei e da eqüidade.

É inafastável, por outro lado, que a noção de abuso de direito se insira no conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo. A aplicação da teoria do abuso de direito é relativamente recente. Contudo, não há que se localizá-la exclusivamente no campo do Direito Civil ou do direito privado propriamente dito. Hoje, com a publicização do direito privado e com o aumento avassalador dos poderes do Estado, deve a teoria servir de obstáculo aos mandos e desmandos do Estado.

Juridicamente, abuso de direito pode ser entendido como o fato de usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a sociedade permitem. Ocorre abuso quando se atua aparentemente dentro da esfera jurídica, daí ser seu conteúdo aplicável em qualquer área do direito, ainda que isso, no direito público, possa ter diferente rotulação.

De acordo com ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho (2003, p. 160):

O fundamento principal do abuso de direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito. E a realidade demonstra ser isso perfeitamente possível: a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal.

É importante mencionar a existência de duas teorias acerca do abuso de direito. A primeira e mais tradicional, denominada subjetiva, entende que o abuso de direito restará configurado quando o ato, embora amparado pela lei, for praticado com intuito de prejudicar terceiros. A segunda teoria, denominada, objetiva, entende que o abuso de direito está na utilização anormal ou antifuncional do direito.

O Código Civil adotou a teoria objetiva, referindo-se ao abuso de direito como fato gerador da obrigação de indenizar. Conceituou o abuso de direito como ato ilícito no art. 187 que assim dispõe: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Este artigo consagra o abuso de direito como princípio geral, norteador de todas as áreas do direito, cabendo sua aplicação de maneira ampla e irrestrita, uma vez que ao tratar do tema o fez utilizando a expressão “o titular de um direito”, qualquer que seja a esfera em que esse direito esteja contextualizado.

Percebe-se, assim, a semelhança existente entre o abuso de direito e o ato ilícito e entre os pressupostos para a configuração da responsabilização civil e do abuso de direito. Contudo, como no campo da responsabilidade civil há quase sempre a noção de culpa, no abuso de direito essa noção, se bem que possa integrar a natureza do ato, deve ser afastada. O exercício abusivo de um direito não se restringe aos casos de intenção de prejudicar. Será abusivo o exercício do direito fora dos limites da satisfação de interesse lícito, fora dos fins sociais pretendidos pela lei, fora, enfim, da normalidade.

Assim, o abuso de direito não se limita às noções de dolo ou culpa. Por outro lado, não se está aqui a desprezar tais elementos. Ocorre que, se de um lado a culpa e o dolo podem integrar a noção, tal não é essencial para a configuração do abuso, uma vez que o proposto é o exame, em cada caso, do desvio finalístico do exercício do direito.

Conclui-se, assim, que a transgressão de um dever legal preexistente, no abuso de direito, é acidental e não essencial para configurá-lo. Corrobora com esta conclusão a redação do art. 187 do CC que adota, como já dito, o critério objetivo-finalístico, prescindindo do elemento culpa para responsabilização do infrator por atos abusivos. Por isso é que o § 2º do art. 1228 do CC já nasceu ultrapassado. Ao proibir a prática de atos que não tragam ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade e sejam animados apenas pela intenção de prejudicar outrem, o legislador acabou por situar o abuso do direito em um contexto subjetivo, indo de encontro à teoria objetiva-finalística acatada pelo art. 187 CC. Além disso, ao não introduzir o princípio da função social de maneira plena, já que apenas vedou os atos emulativos, impondo limites negativos e externos ao exercício do direito subjetivo de propriedade, quando deveria ter estabelecido, também, limites internos e positivos à atuação do proprietário.

Esta também é a reflexão de Gustavo Tepedino:

Os atos emulativos, úteis no passado para se construir a doutrina do abuso do direito, tornam-se totalmente desnecessários no sistema atual, sendo a função social um elemento interno do domínio, um pressuposto de legitimidade. Muito antes do ato emulativo, a propriedade tem de se submeter a um controle social de utilização positiva na promoção dos valores sociais e constitucionais.

Na verdade, o art. 187 do CC pode ser considerado como uma cláusula geral, e como tal atende adequadamente à ponderação dos princípios em colisão. Se de início é lícita a satisfação pelo proprietário de seus anseios econômicos, o exercício manifestamente excessivo do direito subjetivo de propriedade, de forma a lesar a finalidade social para a qual fora concedido pelo ordenamento, culminará por converter a atuação desproporcional do titular em ato ilícito por abuso do direito.

Tradicionalmente, sempre foi dito que tudo que não fosse proibido seria permitido. Hoje, sabe-se que nem tudo que não é proibido é permitido, pois entre o

proibido e o permitido coloca-se o abusivo. E ele é tão ilícito quanto o ato ilícito propriamente dito (art. 186 do CC).

Portanto, o abuso do direito de propriedade é um ato ilícito objetivo, no qual o proprietário pratica uma atividade lícita na origem – posto inserida numa das faculdades do domínio – porém ilícita no resultado, eis que ofensiva a interesses coletivos e difusos que interagem com o exercício do direito subjetivo. O ato ilícito implicará dois tipos de sanções: ressarcimento de danos e imposição de restrições ou da própria supressão do direito subjetivo de propriedade. Como qualquer cláusula geral, o art. 187 do CC sinaliza a presença do abuso do direito na averiguação pelo magistrado do limite da razoabilidade da atuação positiva ou negativa do proprietário, conforme a ética da situação, examinando o peso e dimensão dos princípios conflitantes, vale dizer, direito de propriedade e função social da propriedade.

Assim, se por um lado não se equipara completamente o abuso de direito ao ato ilícito, nem se coloca o primeiro no campo da responsabilidade civil, como consequência prática, por outro lado, a reparação do dano causado será sempre feita como se se tratasse de um ato ilícito. Isso quando não houver forma específica de reparação no ordenamento. Assim, subentende-se que, sendo o abuso transgressão, no sentido lato, de um direito, suas consequências deverão ser assemelhadas às do ato ilícito.

Ainda à respeito do abuso de direito, mas, desta vez, especificamente em relação ao direito de propriedade intelectual, será feita oportuna abordagem.

1.4. A propriedade na Constituição Federal de 1988 e no Novo Código Civil

De tudo o quanto já foi dito até o momento, compreende-se que a propriedade representa o grande foco de tensão entre as correntes ideológicas do liberalismo e do igualitarismo. O direito de propriedade, no Estado democrático e social de direito, como o da Constituição brasileira de 1988, termina por refletir esse conflito. No artigo 5º, dois incisos estabelecem regras que constituem uma antinomia se lidos isoladamente: o XXII (“é garantido o direito de propriedade”) é a clássica garantia da propriedade privada do Estado liberal; o XXIII (“a propriedade atenderá a sua função social”) é a dimensão coletiva e intervencionista, própria do Estado social. A antinomia é reproduzida no art. 170, que trata da atividade econômica. Em um, dominante é o interesse individual; em outro, é o interesse social. Mais que uma solução de compromisso, houve uma acomodação do conflito.

O caminho indicado para a superação do impasse é a utilização do critério hermenêutico do princípio da proporcionalidade, largamente adotado pelos teóricos da interpretação constitucional e pelas cortes constitucionais, nomeadamente o do balanceamento ou da ponderação de direitos e interesses em conflito. Veda-se a interpretação isolada de cada regra, ou a hegemonia de uma sobre outra, devendo-se encontrar o sentido harmônico de ambas, pois têm igual dignidade constitucional.

Quanto à ordem de inserção dos incisos XX e XXIII no texto constitucional, a mesma não foi escolhida aleatoriamente, mas sim intencionalmente. Isso porque, de acordo com o acima exposto, inexistente incompatibilidade entre a propriedade e a função social, mas uma obrigatória relação de complementaridade, como princípios da mesma hierarquia.

A visão romanística, egoística e individualizada, sucumbiu face à evolução da humanidade. A Lei Maior tutela a propriedade formalmente individual a partir do instante que se exiba materialmente social, demonstrando merecimento e garantindo a sua perpetuidade e exclusividade. A propriedade que não for legitimada pela função social será sancionada pelo sistema por diversas formas e intensidades.

A proposital ênfase à dimensão axiológica da propriedade é novamente evidenciada no já citado art. 170, II e III da Constituição Federal. A Ordem Econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, com a imprescindível conciliação da propriedade com a sua função social.

A função social da propriedade busca paralisar o egoísmo do proprietário, com a prevalência de valores ligados à solidariedade social, a fim de que o exercício dos poderes dominiais seja guiado por uma conduta ética, pautada no respeito aos interesses metaindividuais que sejam dignos de tutela, e o acesso de todos a bens mínimos capazes de conferir-lhes uma vida digna.

Há tempos, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil exalta que “a lei atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”. O bem comum é justamente o interesse social em que a propriedade seja solidária e conformadora de garantias fundamentais. Trata-se de um ônus social que recai sobre qualquer tipo de propriedade, em maior ou menor grau.

A função social da propriedade não se confunde com as limitações ao direito de propriedade impostas pelo ordenamento jurídico. As restrições ao direito de propriedade são normas emanadas de direitos de vizinhança (art. 1.277 do CC) e direito administrativo (v.g, desapropriação, requisição). Referidas compressões ao exercício das faculdades do domínio emanam de imposições que objetivam evitar o exercício anormal do direito de propriedade e possuem conteúdo negativo no sentido de sacrificar a sua extensão, ao impedir que proprietários possam prejudicar direitos de outros proprietários ou interesses urbanísticos. Portanto, cuida-se de obrigações de não-fazer que priorizam interesses opostos ao do proprietário, limites negativos e externos ao direito de propriedade.

A função social penetra na própria estrutura e substância do direito subjetivo, traduzindo-se em uma necessidade de atuação promocional por parte do proprietário, pautada no estímulo a obrigações de fazer, consistentes em implementação de medidas hábeis a impulsionar a exploração racional do bem, com a finalidade de satisfazer os anseios econômicos sem aviltar as demandas coletivas, promovendo o desenvolvimento econômico e social, de modo a alcançar o valor supremo no ordenamento jurídico: a Justiça.

A função social impõe limites negativos e positivos, limitadores e impulsionadores em atenção ao direito de propriedade. Consiste em uma série de encargos, ônus e estímulos que formam um complexo de recursos que remetem o proprietário a direcionar o bem às finalidades comuns. Daí a razão de ser a propriedade comumente chamada de poder-dever ou direito-função.

Acima de tudo, a propriedade-função é direcionada à promoção dos valores fundantes do ordenamento, sendo os interesses patrimoniais submetidos aos Direitos Fundamentais. Aliás, os direitos fundamentais exercem a fundamental atividade de diálogo entre o sistema jurídico e os demais sistemas metajurídicos (sociológico, econômico, filosófico, psicológico), convertendo-se no filtro pelo qual escoam as demandas sociais.

A função social, portanto, tornou-se princípio básico que incide no próprio conteúdo do direito de propriedade, somando-se às quatro faculdades conhecidas (usar, gozar, dispor e reivindicar). É, na verdade, o quinto elemento da propriedade. Contudo, enquanto os quatro elementos estruturais são estáticos, o elemento funcional da propriedade é dinâmico e assume um papel decisivo de controle sobre os demais.

Em sintonia com o exposto o § 1º do art. 1.228 do CC proclama que:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Este dispositivo reproduz a mensagem da Constituição Federal na ordem privada e enceta um rol exemplificativo de aferições de função social e, de forma técnica, procura respaldar as leis especiais que cuidam de interesses difusos e coletivos. Há um interesse elevado na especificação do conteúdo de tal norma, pois

ao contrário de seu antecessor hermético, o Código Civil de 2002 pretende ser um sistema relativamente aberto, compromissado com as transformações econômicas e sociais do País. A função social da propriedade instala-se no Código Civil como uma cláusula geral. Isto é, uma técnica legislativa pela qual a norma é redigida de forma intencionalmente lacunosa e vaga, com grande abertura semântica. Por sua generalidade e imprecisão faculta ao magistrado uma interpretação que se ajuste ao influxo contínuo dos valores sociais, promovendo-se uma constante atualização no sentido da norma.

O Código Civil é apoiado em um sistema aberto e móvel em que a ordem jurídica é construída lentamente na jurisprudência, sem formação estática de previsões normativas, havendo espaço para o magistrado buscar o significado jurídico da norma, segundo padrões culturais, julgando sempre para o caso concreto, em determinado contexto. A função social será sempre o resultado da ponderação de valores sociais objetivamente justificáveis na Constituição Federal, criando-se a norma do caso.

A PROPRIEDADE INTELECTUAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL

2.1 Conceito de Propriedade Intelectual

A aceleração dos meios de comunicação e o desenvolvimento da economia industrial passaram a exigir, desde o Renascimento, a criação de uma nova categoria de direitos de propriedade. Tal se deu, essencialmente, a partir do momento em que a tecnologia passou a permitir a reprodução em série de produtos a serem comercializados: além da propriedade sobre o produto, a economia passou a reconhecer direitos exclusivos sobre a idéia de produção, ou mais precisamente, sobre a idéia que permite a reprodução de um produto.

Ao conjunto destes direitos, que resultam sempre numa espécie qualquer de exclusividade de reprodução ou emprego de um produto, deu-se o nome de “Propriedade Intelectual”.

A partir de 1967, constituiu-se como órgão autônomo dentro do sistema das Nações Unidas a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI, ou, na versão inglesa, WIPO), englobando as Uniões de Paris e de Berna.

A Convenção da OMPI definiu como Propriedade intelectual, a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Atualmente, entretanto, se faz necessária a construção de uma concepção atual da ciência jurídica, frente aos novos desafios da modernidade, estabelecendo associação entre os direitos público e privado, internos (nacionais), e o internacional.

A teoria dos direitos de propriedade sobre as criações e invenções é aceita pela maioria dos especialistas. A propriedade cria uma relação direta com a coisa, permitindo que se tire proveito e dela se disponha direta ou indiretamente (pelo contrato). Nesse sentido, deve ser mantida esta concepção (clássica) de propriedade, porém, através de uma visão integradora onde este conceito é ampliado, revisitado e flexibilizado pelos fenômenos atuais e futuros (ex. a internet).

Atente-se para a importância de se distinguir a propriedade “ordinária” da propriedade “intelectual”. À primeira vista, “imaterial” e “intelectual” não são conceitos que se enquadram na concepção histórica e tradicional de propriedade. Quanto à propriedade intelectual, estamos nos movendo da “liberdade à propriedade”, que poderia parecer contraditório na visão tradicional e ordinária de propriedade, e não o é no estatuto da criação intelectual.

Seria um equívoco reduzir a questão das criações imateriais a um único problema de propriedade, de apropriação. A concepção de propriedade intelectual, no atual quadro econômico, social e tecnológico, significa a valorização econômica da criação, sua proteção contra usurpação, cópia, plágio, etc. serve como uma forte demarcação entre seus titulares e os outros.

A raiz histórica e os fundamentos constitucionais da propriedade intelectual são muito menos naturais e muito mais complexos do que a da propriedade romanística; disto resulta que – em todas as modalidades do instituto da propriedade – a propriedade intelectual é ainda mais funcional, ainda mais condicionada, ainda mais socialmente responsável, e seguramente muito menos plena do que qualquer outra forma de propriedade.

2.2 Característica marcante da Propriedade Intelectual: a internacionalidade

Independentemente do modelo conceitual adotado – tradicional ou atual – os direitos decorrentes da produção intelectual têm caráter imaterial e são essencialmente internacionais, cosmopolitas.

Para ilustrar o caráter imaterial e internacional desses direitos poderiam ser citados inúmeros e expressivos autores. Contudo, dentre eles destacamos Edmond Picard, apud Basso (2000, p. 19), que mesmo antes da Convenção de Berna de 1886, ensinava que:

a produção do espírito, objeto do direito intelectual, destina-se naturalmente a expandir-se para todos os lugares onde vai a civilização. Ela é divisível ao infinito, mas permanece sempre uma. O autor de um livro, o inventor de um processo industrial, aquele que produziu uma obra musical ou uma obra suscetível de ser divulgada por não importa qual arte ou desenho, certamente não trabalhou unicamente para seu pequeno mundo, no qual ele vive, nem mesmo para a nação à qual ele pertence. Seu desejo, sua esperança, é de ver seu trabalho se expandir. Sua intensidade não se perde, mas, ao se expandir, adquire um vigor novo. O que, para uma coisa material, implicaria em impossibilidade ou destruição, se torna para uma coisa intelectual, uma oportunidade de força e de celebridade.

A propriedade intelectual, examinada apenas sob a ótica do direito interno (nacional), diferencia-se das demais categorias do Direito porque seu pleno reconhecimento é trabalhoso, de proteção muitas vezes insuficiente e cuja remuneração dificilmente consegue refletir seu mérito. Razão pela qual, no que diz respeito à propriedade intelectual, precisamos somar ao estudo do direito interno o do direito internacional, cujas fontes revigoram constantemente a matéria.

Tais constatações podem trazer alguma perplexidade, porque fomos habituados a pensar que o direito protetor de um interesse puramente individual, situado no quadro familiar ou patrimonial, encontra seu campo de proteção e evolução dentro das fronteiras de um país. Entretanto, a vocação dos direitos do

autor e do inventor é internacional. As atividades do autor e do inventor incidem sobre o campo social, enriquecem o patrimônio científico, fecundando-o a cada dia. Das invenções depende a expansão industrial e tecnológica. Das idéias, o desenvolvimento da humanidade. Logo, o interesse do Estado é encorajar e recompensar os autores e inventores. Mas não basta que o Estado o faça, ou que um Estado faça e outro não, ou o façam diversamente, porque as idéias, criações e invenções não resistem às fronteiras e se expandem naturalmente.

Ao direito internacional coube a tarefa de acomodar os debates, definir linhas básicas e fixar princípios de direito material e de direito internacional privado suficientemente flexíveis para poderem ser adaptados aos direitos internos. Estratégia muito bem definida, considerando que o objetivo era proteger as criações intelectuais, através de um standard mínimo, independentemente da classificação e da terminologia e onde quer que tivessem nascimento. Isso somente aconteceria se os Estados tivessem a faculdade de receber e adaptar os instrumentos internacionais a seus direitos internos.

O reconhecimento da importância da proteção internacional traz consigo a necessidade de celebração de convenções internacionais capazes de coordenar as leis internas dos Estados, conferindo maior proteção aos direitos de propriedade intelectual. O estudo de direito comparado, neste campo do Direito, tem sido fundamental à harmonização legislativa dentre os diversos países, trabalho este iniciado pelas Uniões de Paris e de Berna, em 1883 e 1886, revigorado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, em 1967, e consolidado pelo TRIPS, em 1994.

2.3. Direitos Autorais X Propriedade Industrial: superação da dicotomia

O conjunto dos direitos decorrentes da produção intelectual exige uma revisão terminológica. Há, hoje, dois modelos conceituais: o tradicional ou histórico e o atual, consolidado sobretudo a partir da Organização Mundial do Comércio – OMC, mais especificamente do TRIPS – Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.

Não podemos escapar da dualidade destes sistemas historicamente adotados: direito do autor e direito do inventor. As conseqüências são, via de regra, o estudo separado desses direitos, decorrente da proposta de que dois seriam os seus modos de proteção, levando os Estados a adotar, em suas legislações internas, um sistema duplo, expresso, geralmente, desta forma: direitos do autor e conexos, de um lado, e patentes de invenção, marcas e correlatos, de outro.

As várias teorias existentes acerca da natureza jurídica dos direitos dos autores e dos inventores se apóiam tanto no direito público, como no direito privado, conservando a divisão clássica do Direito, inaugurada por Ulpiano. Desses dois grandes ramos, essas teorias ainda se subdividem num caleidoscópio de concepções.

A definição da natureza jurídica desses direitos revela-se trabalhosa, quando se percebe que se está diante de um edifício doutrinário e, sobretudo, legislativo, incompleto, resultado da produção intelectual e, portanto, em constante evolução. Por mais criativos que possam ser o jurista ou o legislador, dificilmente conseguirão se antecipar ao trabalho intelectual e ao que ele pode fazer na busca pelo desenvolvimento. O enfrentamento desta realidade (tecnológica e jurídica) pode ser desconfortável para os juristas acostumados às estruturas rígidas das fórmulas consagradas do Direito. O campo que se descortina para o estudioso dos direitos decorrentes da produção intelectual é fascinante, justamente pelos desafios que apresenta.

A divisão dos direitos decorrentes da produção intelectual, em âmbitos estanques do Direito, trata-se de algo artificial e ultrapassado, como se o oceano pudesse ser dividido, ter seu curso limitado, ou sua importância ignorada ou

escalonada. O modelo tradicional ou histórico, acerca dos direitos intelectuais, é hoje ultrapassado porque os direitos dos autores e inventores não podem ser separados. A divisão fragiliza sua definição e classificação.

No âmbito da Sociedade das Nações foi criada a Comissão de Cooperação Intelectual, demonstrando que a propriedade intelectual estava na ordem do dia. O relator da Comissão foi o professor Ruffini, cujo Parecer foi aprovado, depositado em Genebra e comunicado ao Conselho em 1º de setembro de 1923. O Parecer foi submetido à vários governos como proposta de uma nova Convenção Internacional, que viria se somar às de Paris e Berna. Entretanto, o projeto não andou avante, até mesmo porque a Sociedade das Nações não resistiu à Segunda Guerra Mundial.

Continuou-se trabalhando em busca da melhor definição dos direitos decorrentes da produção intelectual. Sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, surge um documento internacional fundamental, a Declaração Universal dos Direitos de Homem, que contribuiu de forma decisiva para a consagração e revisão da natureza jurídica desses direitos:

Art. 27

1. Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.
2. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Era necessário encontrar um regime mais fecundo e favorável aos interesses dos autores, criadores e inventores, que implicasse o reconhecimento mais amplo possível (universal) dos seus direitos de “propriedade”.

O entendimento internacional sobre a matéria impulsionou seu desenvolvimento. O movimento jurídico profundo de evolução se fortaleceu com as Uniões de Paris e de Berna e suas regras, formando-se o que ficou conhecido como “Direito Unionista Para a Proteção Industrial” e “Direito Unionista Para a Proteção Autoral”, dois grandes ramos de uma mesma árvore – “propriedade intelectual”, definida a partir das Uniões, mas inacabada, em contínuo, renovado e profícuo crescimento e adaptação.

É inegável o trabalho das Uniões na consolidação dos direitos dos autores, artistas e inventores. Porém, o que propomos aqui é a revisão da antiga classificação dicotômica a fim de melhor acomodar esses direitos às exigências atuais de seus titulares.

Pergunta-se: tais direitos são de natureza diversa? Estão submetidos a leis internas e convenções internacionais diferentes por que compõem categorias distintas de trabalhos intelectuais? Ou se trata de um só direito, fundamentalmente idêntico, que apenas apresentaria manifestações e aplicações diversas em domínios diferentes da atividade criadora?

A reflexão sobre tais questões parte de duas vertentes: diversidade e identidade.

Não há discordância de que o pensamento seja um só, seja por escrito ou pela expressão plástica, é uma mesma força criadora que resplandece. Entretanto, o campo de ação não é o mesmo. O artista, assim como o escritor, evolui dentro de espaços infinitos de fantasia. O inventor, contrariamente, opera tendo em vista um resultado industrial, nos limites da técnica. Ainda que o fundo comum das paixões seja a trama inevitável que se impõe ao artista intérprete, seu poder, na imaginação de formas, é absoluto. Já o inventor está sujeito não só, quanto aos fundos, às leis da ciência, como a sua liberdade de criação é limitada pelas invenções anteriores e vizinhas, como também pelas condições de realização material, de tal sorte que o que existe é tão só um poder relativo. Frente à diversidade apontada é justo, então, que capacidades humanas diferentes, que se manifestam em esferas que não têm o mesmo raio, sejam investidas de direitos dissemelhantes pela sua amplitude.

Quanto à identidade, sua causa está na constatação de que as diferenças residem apenas no entendimento do direito sobre a obra criada e no modo pelo qual se exerce o direito, mas não existem diferenças quanto ao carácter desses direitos. As diferenças que existem decorrem não da natureza, mas da importância, da dignidade, da utilidade prática imediata do trabalho intelectual. No fundo o inventor é autor de sua invenção da mesma forma que o artista é autor de sua obra de arte. Decorre que a razão fundamental de se conferir proteção jurídica diferenciada a categorias de trabalhos que decorrem da produção intelectual é o modo como se protegem as criações imateriais da depredação ou usurpação pelos outros.

Assim, as duas vertentes (direito de autor e direito de inventor) correm em direção ao mesmo rio e podem ser integradas. Talvez a contradição seja apenas quanto à forma, não quanto ao conteúdo. O pensamento criador é um só, mas pode se manifestar de formas diferentes. Ainda que variadas, servem-se de elementos comuns, razão pela qual é fundamental que os direitos que os protegem tenham a mesma identidade terminológica e, sobretudo, gozem da mesma construção teórica.

A criação intelectual ou as atividades imateriais, atualmente, não são mais somente livros, poemas, músicas, composições, quadros, inventos, sinais distintivos, marcas, modelos industriais, desenhos, mas também os programas e obras obtidas por computador, as mensagens publicitárias, as comunicações por satélites de radiodifusão direta, as imagens da atualidade e de ficção, as obtenções de variedades vegetais e tudo que envolve a economia moderna.

A técnica faz surgir uma problemática nova que ultrapassa os quadros do modelo tradicional ou histórico de proteção dos direitos intelectuais. A prosperidade e complexidade crescente da sociedade industrializada, especialmente dos países de tecnologia de ponta, implicam a necessidade de tutela dos direitos dos particulares, entre os quais os decorrentes da produção intelectual.

Tais atividades devem ser agrupadas numa só categoria, porque integram o mesmo fenômeno: a criação imaterial, que o Direito é chamado a disciplinar e não a enquadrar a priori nesta ou naquela categoria ou resposta já dada. A concepção unitária converge para a “propriedade intelectual”, cujo objeto é incorpóreo, imaterial. “Intelectual” não tem aqui conotação superficial e antiquada de qualidade ou utilidade, mas sugere que a criação emana do homem, com o entendimento que hoje existem criações que procedem só mediadamente dele, como os programas de informática, imagens de satélite, etc. a concepção, portanto, fica aberta a novas pesquisas.

No Brasil, um exemplo do tratamento integrado das questões da propriedade intelectual como um todo, sem divisão entre patentes, cultivares, e direitos autorais – temas sujeitos a ministérios diversos na Administração Pública Brasileira - vem prestigiado pelo disposto no decreto de 21 de agosto de 2001, que cria, no âmbito da CAMEX - Câmara de Comércio Exterior - o Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual.

2.4. Bases constitucionais da Propriedade Intelectual

A chamada “constitucionalização” da propriedade intelectual é um fenômeno antigo que vem se consolidando em diversos países. Desde sua adoção em 1788, a Constituição dos Estados Unidos estabelece que, para promover o progresso da ciência e das artes, o Congresso pode conceder aos autores e inventores direitos exclusivos sobre seus escritos e descobertas (art. I, § 8, cl. 8). Na Europa, o direito autoral têm bases constitucionais, por exemplo, em Portugal, Espanha, Suécia, Suíça e Alemanha. Na América Latina, as Constituições da Argentina, do Uruguai, do Paraguai e do Chile igualmente contemplam a matéria, sendo na Argentina inicialmente em 1819 e, depois, definitivamente em 1853.

A Constituição Imperial brasileira de 25.03.1824 estabelecia, no inciso 26 do art. 179, que “os inventores terão a propriedade de suas descobertas ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que haja de sofrer pela vulgarização”. Embora a gênese do direito de autor nacional se encontre na lei que criou os cursos jurídicos no Brasil, em 11.08.1927, a primeira Lei Autoral surgiu com a denominada “Lei Medeiros e Albuquerque” (Lei 496) de 01.08.1898 após um longo período de discussão sobre o assunto. Por esta razão, apenas a partir da Constituição Republicana de 1891 passou ele a desfrutar de proteção constitucional.

Pode-se, pois, afirmar que a tutela da propriedade intelectual em sede da Constituição é da tradição nacional. Contudo, o tratamento destes direitos como matéria constitucional tem sido criticada por alguns constitucionalistas. Há os que sustentam que a essencialidade de um direito não lhe empresta natureza constitucional: somente seria constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições dos poderes públicos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. O fato é que na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 se estabeleceu que “toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor” (art. XXVII, 2). Na verdade, a constitucionalização de categorias do direito privado é um fenômeno que reflete a evolução do Estado moderno e a necessidade de se tutelar na Constituição os princípios e direitos fundamentais do ordenamento jurídico.

No Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824, a base constitucional da propriedade intelectual sempre esteve inserida no capítulo dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Como dito acima, há opiniões que sustentam que a propriedade intelectual não se trata de direito fundamental, de forma que este direito

deveria estar inserido entre as normas da ordem econômica, especialmente no que se refere à denominada propriedade industrial. Denis Borges Barbosa argumenta até que não há direito natural aos bens intelectuais e que a “instituição da Propriedade Intelectual é uma medida de fundo essencialmente econômico”, mas reconhece que pelo menos os direitos pessoais, de natureza distinta daqueles de natureza patrimonial, podem estar incluídos entre os direitos fundamentais, com o que acede boa parte da doutrina nacional e estrangeira.

O art. 72 da Constituição Republicana de 1891, que tratava da “declaração de direitos”, estabelecia no § 25 que os autores de inventos industriais gozariam de um privilégio temporário ou de “um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento”, no § 26 que os autores de obras literárias e artísticas e seus herdeiros gozariam do direito exclusivo de reproduzi-las, sendo, no que se refere aos herdeiros, pelo tempo que a lei determinar, e no § 27 que a propriedade das marcas de fábrica seria assegurada por lei. A Emenda Constitucional de 1926 conservou as referidas disposições inalteradas. Todas as Constituições posteriores, com exceção da Carta de 1937, mantiveram esses dispositivos com mudanças de redação que refletem a evolução da matéria ao longo de um século.

A Constituição de 1967 trouxe importantes alterações no regime constitucional da propriedade intelectual, ao dispor sobre a matéria no art. 150: o § 24, englobando num só preceito a garantia do privilégio temporário para utilização de inventos industriais, a propriedade das marcas e a exclusividade do nome comercial, não mais contempla a concessão de “justo prêmio” ao inventor caso convenha à coletividade a vulgarização do invento industrial, embora o § 22 tenha previsto a desapropriação da propriedade comum por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social; e o § 25 restabeleceu a garantia do direito de autor com a redação da Constituição de 1934, ao dispor que “esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei determinar”, e, no que constitui a mais importante inovação, substituiu a expressão “direito exclusivo de reprodução” pela expressão muito mais abrangente “direito exclusivo de utilização”. Essas disposições foram mantidas pela Emenda Constitucional de 1969.

Com a Constituição de 1988 o regime constitucional da propriedade intelectual sofreu novas e importantes atualizações. A matéria, que continuou inserida no capítulo dos direitos individuais fundamentais, aos quais se acrescentaram os “coletivos”, está regulada em três dispositivos do art. 5º:

- a) o inc. XXIX assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como, proteção à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e outros signos distintivos, com o acréscimo das tutela genérica das “criações industriais” e a inserção da cláusula finalística, que sujeita a propriedade industrial ao “interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”;
- b) o inc. XXVII assegura aos autores de obras, genericamente consideradas (portanto, sem referência à expressão “obras literárias, artísticas e científicas”), o direito exclusivo de “utilização, publicação ou reprodução”, adotando uma expressão, embora repetitiva, claramente mais abrangente, conforme veremos posteriormente, e
- c) o inc. XXVIII, além de explicitar direitos inerentes à proteção autoral, ao assegurar expressamente o “direito de fiscalização do aproveitamento econômico” das obras intelectuais, amplia a garantia constitucional, assegurando a proteção às participações individuais em obras coletivas, a proteção à reprodução da imagem e voz humanas e a proteção aos intérpretes e às representações sindicais e associativas no que tange à fiscalização do aproveitamento econômico das produções culturais.

Como visto anteriormente, o preceito constitucional sempre se referiu desde 1891 ora ao direito de reprodução, ora ao direito de utilização da obra intelectual, faculdades que integram o conteúdo patrimonial do direito de autor porque se relacionam com a exploração econômica da obra. Portanto, a ênfase da tutela constitucional sempre foi no aspecto patrimonial do Direito de Autor. Não obstante, a redação mais abrangente do atual inc. XXVII do art. 5º da Lei Magna de 1988 poderia ensejar a interpretação de que o Legislador Constituinte pela primeira vez teria incluído pelo menos um dos direitos morais fundamentais, o chamado “direito de divulgação”, que inclui o direito de inédito e o direito de retirar a obra de circulação.

De fato, ao relacionar os direitos constitucionalmente assegurados, o Legislador de 1988 menciona o direito de utilização, o direito de reprodução e o

direito de publicação. Na lei ordinária, o vocábulo “publicação” é empregado em dois sentidos diferentes: (1) no art. 5º, inc. I, da Lei 9.610/98, o Legislador definiu “publicação” como o oferecimento da obra ao conhecimento do público por qualquer meio ou processo, o que compreende o exercício do direito de divulgação; (2) já no art. 53, ao tratar do contrato de edição, a palavra vem associada à faculdade de reprodução da obra intelectual, que é o sentido da Convenção de Berna (art. 3, 3).

O sentido mais técnico dessa palavra, porém, dado que o Legislador definiu “reprodução” como a geração de cópias da obra intelectual (art. 5º, inc. VIII, letra “d” da Lei 9.610/98), uma das finalidades precípua do contrato de edição, é de que “publicação” configura o exercício do direito de divulgação. Pode-se, pois, sustentar que, a partir de 1988, estaria presumidamente compreendido, na garantia constitucional, um dos direitos pessoais fundamentais do Direito de Autor. Ainda que assim não fosse, o direito de divulgação encontraria sua base constitucional na liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, contemplada no inc. IX do art. 5º da Constituição.

Restam, porém, as demais faculdades em que se desdobra o direito moral de autor, ou seja, o direito de identificação e de reivindicar a autoria da obra, o direito de integridade e o direito de modificar a obra. A doutrina tem fixado a base constitucional dessas faculdades no mesmo inc. IX do art. 5º, considerando que a liberdade de expressão inclui a proibição de atos que possam deturpar a forma de expressão, bem como, a garantia do direito de nomeação ou afirmação da autoria.

Como se sabe, essas faculdades visam defender a personalidade do autor. Ao regular o direito de integridade, o legislador ordinário revela a preocupação de proteger a obra contra atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingir o autor, em sua reputação ou honra (Lei 9.610/98, art. 24, IV). A tutela constitucional desses elementos da personalidade encontra-se pois inserida, não no inc. IX, mas sim, no inc. X do mesmo art. 5º, segundo o qual, são invioláveis a honra e a imagem das pessoas, assegurando-se a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Mesmo assim, continua válida a sugestão de Carlos Alberto Bittar, formulada ainda na vigência da Constituição anterior, no sentido de que o preceito constitucional deveria conter os elementos básicos do direito de autor, mediante a adoção de uma redação mais técnica e mais precisa, refletindo, inclusive, a abrangência do preceito contido na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que mencionava os “interesses morais e materiais” do autor. Segundo a

proposta desse autoralista, a parte inicial da norma deveria dispor que “são assegurados aos autores de obras literárias, artísticas e científicas direitos morais e patrimoniais, estes consubstanciados na exclusividade para a utilização econômica da obra”. No que se refere a esse texto, merece uma única crítica o emprego da expressão “obra literária, artística e científica”, que em boa hora foi substituída no dispositivo constitucional pelo termo mais abrangente “obras”, o que inclui, não apenas os direitos de autor, mas também os do inventor, visto que ambos brotam da mente e espírito humanos.

2.5 Criação Intelectual e necessidade de sua proteção

A relevância do tema da propriedade intelectual está intimamente relacionada com a própria importância da criação intelectual: origem, base, desenvolvimento de tudo quanto existe de belo e de construtivo, no mundo.

A matéria-prima da criação imaterial é, com efeito, mais preciosa do que os materiais e metais mais raros: a criatividade, extraordinário e misterioso atributo de que a natureza privilegiou o homem.

Nesse sentido, assim dispõe o mestre Antonio Chaves (1995, p. 29):

Empunhando uma caneta os antigos, uma máquina de escrever, os passados, um ditafone ou uma aparelhagem computadorizada os contemporâneos, e, quem sabe, dentro em breve, os futuros, algum apetrecho que recolha diretamente as ondas cerebrais para traduzi-las em escrita, compõem, os autores, os cientistas e os artistas, ao lado das belezas que a policromia da natureza nos oferece, dos personagens e dos acontecimentos históricos, outros panoramas, outros acontecimentos e outros personagens, que, nem pelo fato de serem fruto da fantasia, deixam de ter uma existência menos verdadeira, no sentido de que passam a fazer parte do mundo do nosso conhecimento e dos nossos sentimentos, com a vantagem de uma universalização que não fica restrita por limites geográficos, nem de tempo, alcançando todas as latitudes e todas as gerações.

À medida que vai se disseminando a cultura, que camadas mais amplas da população atingem esse segundo grau de vivência que é a escrita e a leitura, alarga-se a compreensão da indispensabilidade dos bens do intelecto, torna-se mais verdadeira a afirmação de Cristo de que não só de pão vive o homem.

O indivíduo nunca é bruto ou ignorante por sua vontade, e sim como vítima de uma fatalidade: liberto da obsessão pela própria subsistência, poderá atingir alturas insuspeitadas, é a crisálida que contém dentro de si todos os elementos que irão dar-lhe as asas que a transformarão em borboleta.

De fato, numa sociedade tão desigual quanto a nossa, uma das poucas formas encontradas pela camada mais pobre da população de alçar condições sociais e culturais melhores se dá através da aferição de renda proveniente da criação de obras intelectuais. Não que a capacidade de criar se restrinja a esta classe, sendo, em verdade, algo que independe de classe, raça ou cor, mas é nesta classe que, do ponto de vista social, maior implemento ocorre através da fruição dos resultados obtidos da criação.

Milhares são os artistas espalhados por este Brasil afora que exemplarmente demonstram formas outras de ascender socialmente sem ter que depender de ações governamentais ou de quem quer que seja. E mais, além disso, suas criações são compartilhadas em prol de toda a sociedade que acaba sendo, por fim, destinatária de uma gama de obras e criações, que por sua vez, inspiram a criação de outras e por aí vai.

No entanto, para que possam estes criadores sobreviver das suas criações e, assim, continuar produzindo outras mais, é necessário que se façam respeitar os seus direitos autorais.

Se a casa adquirida pelo indivíduo, o terreno objeto da posse – e posterior domínio lícito -, a mesa e a cadeira produzidas por ele ou alguém a seu serviço

podem integrar pacificamente o campo da propriedade individual privada, o que não se dizer do bem que surge do próprio indivíduo, como a criação intelectual?

Por que a inegável relevância da difusão cultural – elemento essencial no processo evolutivo das civilizações – seria fundamento de expropriação desse bem da órbita privativa do seu titular originário?

O Direito precisou caminhar mais tempo para identificar a necessidade de proteção ao autor de obra intelectual do que para punir o invasor de uma propriedade imóvel ou o ladrão de galinhas, conforme a história nos conta desde os primórdios da civilização.

Mas que tipo de civilização haveria sem a obra intelectual?

Felizmente, o Direito acabou despertando. Vagaroso e timidamente a partir do início do século XVIII (a primeira lei conhecida data de 1709, promulgada na Inglaterra para regular o “direito de cópia” – copyright de livros), com mais amplitude a partir da Revolução Francesa e da Primeira Convenção Internacional sobre a matéria (realizada em Berna, Suíça, em 1888) e com maior interesse e dinamismo nas últimas décadas.

Importante conquista na afirmação do direito de autor representou, também, a inclusão da matéria na Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948:

Artigo 27 – 1. Todo homem tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Nota-se, portanto, que são propositais a consignação do direito de acesso à cultura, de um lado, e a ressalva à proteção do direito de autor, de outro.

Oportuna, neste caso, a lição de Marcelo Dias Varella, apud José Carlos Costa Netto (1998, p. 17): “A coletividade será beneficiada tanto quanto o inventor for bem remunerado, o que incentivará novas invenções, como quando a invenção contribuir para o progresso científico humano.”

Apesar de haver diferenças em relação ao sistema de proteção – embora a tendência seja a sua uniformização entre todas as nações -, o princípio fundamental se dirige a reconhecer ao autor a absoluta e exclusiva titularidade sobre a obra intelectual que produzir (art.5º, XXVII, da Constituição Federal brasileira).

Da eficiência da proteção à esta garantia individual – alçada à categoria de direito de personalidade – resultará, conseqüentemente, o bem público maior – na

sua relevante função social – que é o desenvolvimento intelectual e cultural dos povos.

Mais do que generosidade alheia, o autor é merecedor de respeito a seus direitos, que, como visto, são fundamentais. Dessa forma, a cultura estará alimentando diretamente a célula embrionária de toda a atividade cultural: o criador intelectual.

O problema é quando tais direitos são cedidos para pessoas jurídicas, especialmente empresas de grande porte, que em sua imensa maioria estão mais preocupadas com os lucros advindos da exploração da obra do criador do que com a justa retribuição deste ou com o desenvolvimento cultural da sociedade.

2.6 Função Social da Propriedade Intelectual: A cultura e o desenvolvimento como bens maiores da humanidade

Os seres humanos são produtores de obras, em que se insere o seu engenho, a sua aptidão artística, literária, científica ou industrial. Não é todo o grupo que se empenha na mesma obra. A divisão de trabalho, entre homens, faz-se de tal maneira que algo fica a cada indivíduo, ou a alguns indivíduos, pela relevância do valor individual. A própria capitalização do saber faz-se pela comunicação de descobertas e invenções individuais, ou de pequenos grupos de investigadores, em que cada um tem a sua discernível contribuição. Ao tempo em que os grupos humanos eram demasiadamente estabilizados pela religião e pela moral, cuja carga de energia, em física social, frena, os inovadores eram hostilizados, mutilados, queimados, jogados a feras. À medida que se revelava a necessidade de se descobrir e de se inventar para que sobrevivessem grupos e membros de grupos, os descobridores e inventores foram sendo menos hostilizados, tolerados (tolerância da pesquisa e da invenção ou descoberta) e afinal assegurados (liberdade de pesquisa, de ciência, de arte e de invenção).

Com estas palavras do imortal Pontes de Miranda, revela-se a enorme importância que possui a criação intelectual como elemento dinamizador e promovedor do desenvolvimento pleno e eficaz dos povos ao redor do globo. Seja através das invenções, das ciências, seja através das artes, inegável é que estas e outras formas de criação do espírito, conhecíveis ou que venham a ser conhecidas, possuem um forte papel social como responsáveis no crescimento cultural da humanidade.

Constata-se: a capacidade humana de criar novas idéias e conhecimentos é seu maior patrimônio. É a fonte das artes, da ciência, da inovação e do desenvolvimento econômico. Sem ela, ficam estagnados indivíduos e sociedades.

Entretanto, essa imaginação criativa requer acesso às idéias, ao aprendizado e às culturas alheias, passadas ou presentes.

Na proteção e no exercício das criações intelectuais, mesmo implicando direitos individuais, restritos ao direito privado, incorporam-se aspectos, ditos tradicionalmente, de direito público. As criações imateriais, mesmo pertencendo aos seus titulares, destinam-se à coletividade. Os autores, artistas, inventores, obtentores e programadores buscam a divulgação (a publicização) da idéia, sem a qual não se realizam plenamente. Os titulares pretendem que a comunidade se aproveite da criação, guardada e reservada a propriedade exclusiva do titular. Assim, indaga-se: a sociedade não passaria a ser também co-proprietária da criação tornada pública? A criação não passaria a integrar o patrimônio comum da coletividade?

Quando lemos um livro, ouvimos uma música, conhecemos um invento, acessamos um banco de dados ou um programa de computador, entramos em contato com a criação e a interiorizamos. Ela passa a integrar nosso patrimônio cultural, sem que possamos infringir suas regras de proteção ditadas pelo direito de propriedade de seu autor, inventor ou programador.

O desenvolvimento da cultura se auto-alimenta, na medida em que os autores se valem do repositório cultural comum para efetivar suas criações particulares e, nessa medida, haveria uma verdadeira “dívida moral” dos autores com o resto da sociedade, já que foi a partir do legado social disponível que ao autor foi permitido criar sua obra. Assim, quanto mais restrito for o acesso à cultura disponível (quanto mais rigorosa for a proteção às obras intelectuais), mais restrito será o âmbito de sua reutilização e, conseqüentemente, menor o desenvolvimento cultural.

Os direitos humanos nos impelem a garantir que todos possam criar, acessar, usar e compartilhar informação e conhecimento, permitindo que indivíduos, comunidades e sociedades alcancem seu potencial máximo.

Entretanto, não se está aqui querendo desconhecer a importância de que goza o criador intelectual, afinal sem criador não há criação.

Criatividade e investimento devem ser reconhecidos e recompensados. O propósito das leis de propriedade intelectual deve ser agora, como já foi no passado, assegurar tanto o compartilhamento do conhecimento quanto as recompensas à inovação.

Com o intuito de impedir que situações contrárias ao desenvolvimento social sejam legitimadas pela lei, a Lei de Direito Autorais (9.610/98) previu as hipóteses em que o uso de obras protegidas por direitos autorais, ainda que sem autorização de seus respectivos titulares, é legalmente aceito. No entanto, uma vez que a regra é impedir a livre utilização das obras sem consentimento do autor, as exceções previstas pela Lei 9.610/98, em seu artigo 46, são interpretadas como constituindo rol taxativo.

Assim é que, a Lei 9.610/98, ao instituir limitações aos direitos autorais, impede que sejam legitimadas diversas condutas que são diariamente verificadas. Muitas dessas condutas, embora sejam, sob a leitura rigorosa da lei, violadoras de direitos autorais, na verdade estão a serviço da liberdade de expressão e do acesso à cultura, ou seja, de princípios constitucionalmente protegidos.

A situação se torna ainda mais grave quando analisadas questões relativas aos direitos autorais em obras disponíveis na internet.

O estado da arte da tecnologia permite, atualmente, a difusão rápida e a custo praticamente nulo de obras protegidas por direitos autorais, com a peculiaridade de que, na maioria das vezes, não há distinção qualitativa entre o original e as cópias, sendo comumente impossível distinguir aquele destas.

É natural que, sendo a internet uma mídia bastante recente, o Direito não tenha tido ainda tempo de regulá-la da maneira adequada, e assim acaba havendo grande descompasso entre a disciplina jurídica dos fatos e os fatos em si.

Também em razão disso, observa-se que tantas das disposições legais da Lei 9.610/98 não encontram respaldo social, e sabe-se que o Direito deve servir, primordialmente, a proteger as condutas socialmente aceitas.

Em muitos casos, entretanto, não apenas se verifica essa aceitação como o senso comum indica que não há, nessas condutas, qualquer violação aos direitos

autorais de obras protegidas. Pode-se dar como exemplo recorrente o envio de textos de autores famosos (protegidos por direitos autorais) para e-mails pessoais ou a publicação de fotos ou textos protegidos por direitos autorais em blogs, fatos corriqueiros que são, de modo geral, por todos aceitos.

Observa-se que muito dessa aceitação social de determinadas condutas decorre do fato de que, na maior parte dos casos, não há prejuízo econômico ao autor, nem aproveitamento econômico indevido por parte de terceiros nem tampouco desestímulo ao desenvolvimento social.

Muito pelo contrário. O que se verifica é a possibilidade de difusão da cultura, do acesso ao conhecimento, do aumento da produção intelectual e até a divulgação das obras de terceiros, podendo haver mesmo um incremento em suas vendas, e necessariamente não uma diminuição.

É justamente em razão dessa discrepância entre a Lei 9.610/98 e as condutas sociais, faz-se necessário aprofundar o estudo de alternativas para tornar legítimo o uso de obras de terceiros na internet sem que haja violação de direitos autorais.

A verdade é que não há na história de nenhuma civilização conhecida, em qualquer tempo, onde o eterno embate indivíduo/sociedade não tenha ocupado as preocupações centrais.

Além da fundamental vertente política da questão, que às vezes pode levar de um extremo a outro, – em algumas ocasiões, de maneira até dogmática - a discussão sempre encontrou morada na evolução dos povos.

O reflexo dessa polêmica, no plano jurídico, não poderia ser diferente. O jurista brasileiro José Cretella Jr, apud Costa Netto (1998, p. 8), ensina que:

Nas regras jurídicas constitucionais, o sentido do social é contraposto na acepção de individual, como a idéia do atributo público, na expressão 'interesse público', entra em conflito, porque antinômica, com a idéia do qualificativo privado, na expressão 'interesse privado'.

Naturalmente, o bem mais buscado nessa ancestral polêmica é, com certeza, a paz entre estes dois pólos. Esse almejado equilíbrio já foi procurado de várias maneiras, pelos extremos, pelo centro, pela ausência de regras, pelo caos.

Desta forma, entende-se que o meio termo deve ser buscado e que justamente neste reside a projeção da função social da propriedade intelectual.

Em princípio, têm os direitos autorais a nobre função de remunerar os autores por sua produção do intelecto. Não fosse assim, os autores teriam que viver, em sua maioria, subsidiados pelo Estado, o que tornaria a produção cultural infinitamente mais difícil e injusta.

Por outro lado, os direitos de propriedade intelectual não podem ser impeditivos ao desenvolvimento cultural e social da humanidade. Conjugando os dois aspectos, numa economia capitalista, globalizada e, não bastasse, digital, é função árdua a que devemos, entretanto, nos dedicar.

É na interseção dessas idéias, que devem abrigar ainda os interesses dos grandes grupos capitalistas e dos artistas comuns do povo, bem como dos consumidores de arte, qualquer que seja sua origem, que temos que acomodar as particularidades econômicas da propriedade intelectual e buscar sua função social.

Encerramos este tópico com uma citação, na íntegra, do magistral ensino de José Afonso da Silva, em sua obrigatória obra “Ordenação Constitucional da Cultura” (SILVA, 2001, p. 232), que mostra, indubitavelmente, como a cultura e o desenvolvimento representam o grande alicerce de toda e qualquer civilização:

Roma dominou o mundo de seu tempo, em boa medida, porque procurou respeitar a cultura dos povos dominados, não raro assimilando-a e a ela se adaptando. Talvez, por mero instinto, percebeu que a cultura é o único sistema de valores capaz de resistir a qualquer forma de dominação. Confiamos em que seja também capaz de resistir à globalização. Confiamos, não. Estamos certos de que o fracasso da globalização, que nada realiza em favor do povo, já se delineia na sua incapacidade de resolver os problemas da Humanidade. Ainda que a televisão globalizada seja um instrumento dessa globalização neoliberal, como manifestação da indústria cultural perniciosamente, ainda assim vê-se que certos modos de criar, fazer e viver se erguem da fumaça globalizada com mais força.

A cultura não é neutra, especialmente não o são as formas de criar, fazer e viver. Sempre que algo se antepõe ao sistema de valores da nacionalidade surgem as formas de arte engajada, tais os poemas de Castro Alves, os poemas e canções de Vinícius de Moraes, as crônicas e poesias finamente críticas de um Carlos Drummond de Andrade, as canções de um Chico Buarque de Holanda (“Apesar de você...”), de Geraldo Vandré (“Prepare o seu coração...”; “Caminhando...”), o reggae; o teatro de um Gianfrancesco Guarnieri (“A semente...”); as fotografias de um Salgado (“Terra”, “Êxodos”) ou de um Marcus Prado (“Os carvoeiros”).

É essa missão político-revolucionária da cultura que não deixa perecer a nacionalidade. Essa missão está hoje incorporada na Constituição de 1988, que tanto tentam destruir. Mas, se tal acontecer, saibam os destruidores que uma normatividade constitucional mais forte se erguerá dos seus escombros tal como a Hidra, o Anteu que, “Se no chão rola sem forças, Mais forte do chão se ergueu” (Castro Alves, Pedro Ivo).

PRÁTICAS ILEGAIS E ABUSIVAS À CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E FORMAS DE SUPERÁ-LAS

3.1 O abuso de direito do criador intelectual

Toda e qualquer forma de abuso deve ser coibida pelo direito, e a propriedade intelectual não escapa disso. A inibição ao abuso de direito de propriedade intelectual é não só coibir o uso ilícito de obra intelectual, mas, e principalmente, garantir a proteção de seu uso lícito.

A garantia constitucional concedida aos titulares de direitos intelectuais encontra limites em outros direitos e garantias igualmente garantidos pela Magna Carta. A liberdade de qualquer um termina onde se inicia a do outro, a menos que ambos consentam em mesclá-las. A propriedade intelectual deve estar adstrita a seu bom uso, num ponto em que tangencia princípios éticos e o respeito à ordem social.

O exercício abusivo do direito do criador de obra intelectual fere a ordem jurídica, pois constitui um desvirtuamento da sua finalidade social. De fato, o titular

de direitos sobre uma obra que, na utilização desse direito, vem a causar dano a outrem, contraria o espírito do próprio instituto, caracterizando ato ilícito, passível de indenização.

Eliane Yachouh Abrão, apud Carboni (2006, p. 189), menciona alguns exemplos interessantes de como se pode dar o abuso de direito do criador. Diz ela que isso ocorre quando:

(a) se pleiteia a proteção para métodos, sistemas, formatos idéias e todos os demais atos e conceitos que se encontrem dentro do campo de imunidade do direito autoral; (b) se restringem às limitações impostas aos usos livres das obras em função da ordem pública ou de direitos alheios, impedindo que uma pessoa ou grupo de pessoas exerçam a crítica ou o estudo de obra preexistente independente de comunicação; (c) o agente ou órgão investido da arrecadação dos direitos de utilização pública atuam a representação teatral, ou a execução musical realizada gratuitamente para fins didáticos, ou em ambientes domésticos; (d) se tenta contra a paródia ou a caricatura alegando ofensa inexistente; (e) as pessoas que necessitem da criação de um autor, como matéria-prima de sua atividade profissional, abusam de sua superioridade econômica ou política para açambarcar por meio de contratos leoninos todas as formas de uso de uma obra, por todos os meios e processos, com alcance e comercialização garantida em todos os países, sem limitações no tempo; (f) os herdeiros impedem o uso regular das obras criadas pelo autor impondo ônus excessivos ou embaraços à livre circulação do bem cultural.

O abuso de direito do criador também pode caracterizar infração da ordem econômica ou a prática de concorrência desleal. Sobre a caracterização da infração da ordem econômica com base no abuso de direito do criador, a Lei 8.884/94, em seus arts. 20, I e 21, V e XVI, dispõe:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa; (...).

Art. 21. As seguintes condutas, **além de outras**, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)

V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (...)

XVI – **açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia.**

Da leitura dos dispositivos acima, verifica-se que as hipóteses previstas pelo art. 21 da Lei 8.884/94 são meramente exemplificativas e não taxativas, o que significa que outras condutas, desde que configurem uma das hipóteses previstas no art. 20 desta mesma lei, caracterizam infração da ordem econômica.

Portanto, ocorre abuso de direito do criador com infração da ordem econômica, quando, por exemplo, uma empresa, na qualidade de titular do direito autoral sobre determinada obra intelectual por ela comercializada, vale-se de um falso plágio ou contrafação de sua obra, por parte de terceiro, para retirar a obra desse terceiro do mercado, de forma a prejudicar a livre-concorrência.

Os direitos de propriedade intelectual devem ser explorados de forma a garantir a concorrência leal. No entanto, há casos em que o titular desses direitos, por ação ou omissão, pratica atos de concorrência desleal com base no seu direito exclusivo sobre a obra intelectual.

O art. 195, III, da Lei 9.279/96, tipifica como crime, entre outros atos, quem “emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem”. O art. 209 dessa mesma lei amplia as hipóteses de concorrência desleal de forma a possibilitar o ajuizamento de ações judiciais na esfera civil, visando evitar a prática de atos tendentes a criar confusão entre produtos ou serviços no mercado, e o pagamento de uma indenização por tal prática. Assim dispõe trecho de referido artigo: “Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal (...)”.

No campo da propriedade intelectual, os casos envolvendo abuso de direito caracterizadores da prática de concorrência desleal ocorrem com maior frequência nas atividades empresariais de comercialização de bens intelectuais protegidos por tais direitos. Podemos citar, como exemplo, uma empresa que comercializa determinado bem intelectual que está em domínio público e que resolve pleitear direitos autorais sobre esse bem, informando a clientela de empresa concorrente a respeito, de forma a angariá-la.

A utilização dos bens de propriedade intelectual vem representando cada vez números mais significativos dentro da economia globalizada. Segundo o jornal Valor Econômico, “com o PIB mundial de mais de US\$ 380 bilhões, o comércio de bens culturais foi multiplicado por quatro num período de duas décadas – em 1980, totalizava US\$ 95 bilhões”.

Com a eloquência de tais números, não há dúvidas em afirmar-se que a propriedade intelectual serve, atualmente, sobretudo à indústria do entretenimento, aos grandes conglomerados de comunicação, às multinacionais produtoras de diversão. Beneficiam-se por acaso o criador desconhecido, o músico incipiente, o artista plástico dos rincões do país, não será senão por uma feliz coincidência.

Vejamos alguns exemplos ilustrativos do que se está a sustentar.

Nos Estados Unidos, o prazo original de proteção de direitos autorais era de 14 anos e foi sendo progressivamente acrescido até chegar aos 70 anos contados da morte do autor, que é, a propósito, o prazo atual de proteção no Brasil (art. 41 da Lei 9.610/98).

Entretanto, em 1998, o Congresso norte-americano aprovou uma lei que prorrogou por outros 20 anos o já extenso prazo anterior, em decorrência, sobretudo, da pressão de grupos de mídia como a Disney, que estava prestes a perder o Mickey Mouse para o domínio público.

É evidente que o excesso de zelo com os direitos autorais pode se voltar também contra a indústria, e criar a necessidade de se estruturar um verdadeiro emaranhado de licenças e autorizações quando da realização de um filme, por exemplo.

Constata-se, assim, que não devem os direitos de propriedade intelectual existir apenas para beneficiar as engrenagens da indústria do entretenimento. Não é para beneficiar um grupo seletivo que se pode restringir o desenvolvimento e o acesso à cultura. Por isso, ainda que a supremacia da indústria cultural seja uma realidade, o sistema protetivo de propriedade intelectual deve se prestar a abranger toda e qualquer obra criativa que nele se insira, independentemente de sua qualidade ou magnitude.

Em verdade, todo o sistema de proteção dos direitos de propriedade intelectual se funda na defesa do proprietário e na não 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.

Naturalmente, a vedação total e incontornável à utilização de obras protegidas por direitos de propriedade intelectual por parte de terceiros criaria uma sociedade limitada em seu desenvolvimento cultural, científico e tecnológico. Afinal, se assim fosse, apenas mediante autorização expressa do autor seria possível fazer, por exemplo, citação de obra alheia em trabalho científico, o que caracteriza, per se, absurdo inaceitável.

3.2 O “jabá”: suborno nas obras musicais

Lendas, mitos e histórias de pé-de-ouvido correm à boca pequena na indústria fonográfica sobre o mais temido, mas ao mesmo tempo mais eficiente instrumento de alavancagem de artistas e faixas musicais no mercado: o popular “jabá”.

O jabá consiste numa atividade despicienda, desleal e altamente desfavorável à livre e saudável competição do mercado, bem como aos pequenos empreendedores da indústria musical; significa simplesmente o pagamento de dinheiro, bens ou serviços, a profissionais das emissoras de rádio, para a execução maciça desta ou daquela música ou determinado disco, visando alcançar, em curto espaço de tempo, a subida daquele produto na preferência do público, nas “paradas de sucesso” e, conseqüentemente, nas vendas. O jabá é um truque rápido e fácil, através do qual um divulgador consegue inserir um produto musical no “nicho” de mercado reservado aos “grandes sucessos”, através de sua execução repetitiva e incessante na grade de programação de uma ou mais emissoras de rádio.

Não se poderia conhecer a fundo o mercado musical sem confirmar a existência do jabá, praticado principalmente pelas grandes gravadoras, as majors, embora muitas das pequenas também o pratiquem para “estourarem” mais rápido os seus produtos no mercado. A música brasileira é riquíssima e existem profissionais de alto nível trabalhando nas grandes e pequenas gravadoras atuantes no mercado nacional, mas a prática existe e um dos seus efeitos mais sérios e mais nocivos é contribuir para manter no anonimato diversos novos talentos musicais, na medida

em que um DJ ou um programador deixam de selecionar novos talentos para veiculação, privilegiando o produto pago para tocar.

O jabá é um recurso imoral e desleal com a grande gama de artistas musicais desse Brasil-continente que, sem condições financeiras para “empurrar” seu produto na exclusiva e afunilada caminhada para sequer conseguir uma audição por uma gravadora, são condenados a continuar tocando extenuadamente em bares e churrascarias da noite, muitas vezes apenas pelo prato de comida do dia, para mostrarem ao mundo seu talento artístico e serem esquecidos na poeira do tempo, ao final de vidas difíceis e depauperadas.

Jabá é suborno e suborno é crime e todo crime prevê uma punição penal e não apenas de caráter pecuniário. Neste caso não deveria ser diferente.

Interessante observarmos a sua ocorrência no âmbito internacional, mais especificamente nos Estados Unidos. Lá o jabá denomina-se payola e se constitui em crime federal desde 1960, punível com multa de até US\$ 10.000,00 ou pena de até 01 ano de prisão. Depois de estudar extensamente a influência resultante da prática do payola no mercado musical dos Estados Unidos, o comitê responsável do Congresso Norte-Americano introduziu modificações legislativas que tornaram a prática criminosa em âmbito federal naquele país. Entre as mais importantes estão a obrigatoriedade da comunicação pública formal de quaisquer pagamentos, permutas ou presentes pagos a profissionais de emissoras de rádio ou televisão para incrementar a execução pública de determinadas obras musicais, que geralmente eram camuflados sob a nomenclatura de honorários de consulta. Os pagamentos na América do Norte eram inclusive feitos em forma de quantidades de discos muito superiores às necessárias para a realização de uma boa promoção dos produtos, resultando em que esses discos sempre acabavam encontrando o caminho das lojas e da rua, mesmo ostentando a tarja com os dizeres Amostra Grátis Promocional – Invendável. Uma das formas de grampear vários desses infratores foi o desencadeamento de uma operação pelo fisco norte-americano, buscando a origem dos bens e dinheiros a partir da aparência de riqueza e mudança de hábitos econômicos dos beneficiados com o suborno, que da noite para o dia ostentaram carros de luxo, mansões e outros sinais exteriores de fortuna.

De outro lado, as relações entre as editoras musicais e seus autores com as gravadoras não estão sujeitas às penalidades federais do payola nos EUA, mas podem constituir outro tipo de suborno. Essas relações, assim como as do sistema de rádio, estão sujeitas a dispositivos estaduais de crime de suborno, com vigência

em diversos estados norte-americanos até hoje, quando envolvem o pagamento de dinheiro, ou outros bens quaisquer, a funcionário à margem de seus superiores. Na realidade, o payola, no sentido de “pagar-para-tocar-determinada-música” e até para estimular artistas à escolha de determinada música, é uma realidade da indústria musical há muito tempo.

Já em 1916, a Music Publishers Protective Association – Associação de Proteção aos Editores Musicais - percebeu que cerca de US\$ 400.000,00 estavam sendo pagos a artistas para “plugarem” determinadas músicas. Naquela época, os editores criaram uma multa de US\$ 5.000,00 para qualquer membro da associação que continuasse com a prática, mas, como sempre, o acordo foi ineficaz e inútil. No final da década de 30, outro grupo de editores musicais contratou um famoso advogado em Nova Iorque para obter a criminalização da prática do payola. Não obteve sucesso.

Apesar da grande publicidade que a lei federal americana de 1960 contra o payola gerou, a prática continuou. Em 1986, o então senador Al Gore, lançou uma investigação no Senado sobre a indústria fonográfica americana. Ele afirmou que a prática de pagamentos e presentes em troca de execução pública “mais uma vez mostrou sua face abominável” e seguiu dizendo que uma grande quantidade de dinheiro e até drogas e prostituição estavam envolvidos. A investigação revelou que estava ocorrendo o chamado “suborno indireto”, pois as grandes gravadoras contrataram cerca de 200 “divulgadores independentes”, que usaram dos próprios meios para realizar a atividade ilícita, sem instruções diretas ou vínculo empregatício com as empresas.

De acordo com o respeitável The Wall Street Journal, cerca de US\$ 80 milhões por ano foram gastos somente com o jabá nos EUA. O custo de uma promoção individual para que um disco alcançasse o Top 20 na “parada de sucessos” era algo entre US\$ 150.000,00 e US\$ 200.000,00. como único resultado palpável daquela investigação, a prática de contratar os tais “divulgadores independentes” foi descontinuada pelas gravadoras. Mas o payola continuou. Recentemente, em uma das primeiras condenações do gênero fundamentada em payola, um divulgador de rádio confessou ter distribuído dinheiro e cocaína a vários programadores de emissoras de rádio americanas, em troca da maciça execução pública das músicas e dos artistas de sua empresa. E o payola certamente continua. Em toda parte do mundo. Conferindo uma aura falsa às “paradas de sucesso” e

seguramente fechando as portas a milhares de talentos natos, sucessos genuínos e originais, que tentam diariamente encontrar um lugar ao sol na indústria musical.

O jabá se constitui, ainda, como um poderoso e quase intransponível obstáculo de acesso à cultura. Principalmente para a população mais pobre, que não tem dinheiro para comprar música de qualidade. Aliás, sequer conhece tal produto, já que, se o mais básico dos veículos de comunicação, o rádio, somente toca um determinado segmento musical, como poderá o povo tomar conhecimento da existência de outros segmentos e, dessa forma, ampliar seus horizontes?

3.3 A contrafação ou “pirataria”

Sem dúvida, a pirataria representa o que há de pior para qualquer negócio estabelecido, que regularmente investe para produzir, paga os seus impostos e remunera a equipe de criação e trabalho. O pirata passa completamente ao largo de todo o processo de produção e criação, sequer toma conhecimento dos investimentos feitos pelo negócio legítimo e simplesmente copia ou imita os produtos genuínos, auferindo lucros astronômicos antes ou até conseguir ser detido pelas autoridades.

No mercado musical, por exemplo, os discos contrafeitos no Brasil realmente representam uma concorrência desleal com os produtores fonográficos legalmente instalados, em que pesem as irregularidades que estes praticam em relação aos artistas, intérpretes, arranjadores e músicos. A tecnologia digital vem permitindo aos piratas um formidável salto de qualidade nos produtos ilegais que vendem, primeiro porque não são mais aqueles discos clássicos chamados “vinis” ou as fitas cassete de péssima qualidade, reproduzidos e gravados no fundo do quintal, mas verdadeiros CDs, com qualidade praticamente indistinguível dos originais, e, depois porque os preços são realmente irresistíveis nessa época de problemas econômicos da população.

As videolocadoras estão entre as empresas mais atingidas pela pirataria. As falsificações garantem ao consumidor assistir, em casa, a filmes que ainda estão em cartaz nos cinemas. O preço da cópia varia entre R\$ 5,00 a R\$ 10,00. De acordo com o Sindicato das Empresas Videolocadoras do Distrito Federal, o faturamento das lojas que atuam neste ramo caiu 40% no primeiro semestre de 2006 frente ao mesmo período de 2005. Além das despesas com impostos, energia elétrica,

telefone e funcionários, as empresas pagam caro por um DVD original, que custa de R\$ 100,00 a R\$ 130,00.

A contrafação, na acepção genérica, consiste em qualquer utilização não autorizada de obra intelectual. Sua prática sempre foi coibida no Brasil, desde o Código Criminal do Império. No Código Penal vigente há um capítulo próprio para os crimes contra a Propriedade Intelectual, cuja redação foi alterada por lei especial, para a inclusão de novas figuras, por exigência da evolução tecnológica havida no plano da reprodução de obras intelectuais (Leis nº 6.895/80 e Lei nº 8.635/93), e para combater a pirataria de obras do intelecto. A ação penal competente poderá ser privada ou pública, nos seguintes termos:

i) ação penal privada (art. 184, caput, do Código Penal): a violação de direito autoral resultará em pena de detenção de três meses a um ano; e

ii) ação penal pública (parágrafos 1º e 2º do art. 184 e art. 186 do Código Penal): a violação de direito autoral que consistir em:

- reprodução, por qualquer meio, com intuito de lucro, de obra intelectual, no todo ou em parte, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma ou videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente (pena: reclusão de um a quatro anos e multa);

- venda, exposição à venda, aluguel, introdução no país, aquisição, ocultação, empréstimo, troca ou manutenção em depósito, com intuito de lucro, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral (pena: reclusão de um a quatro anos e multa).

Percebe-se que o tipo subjetivo presente na norma citada é o elemento “intuito lucrativo”. Assim, a compra de exemplar contrafeito ou usurpado para uso privado não é crime. A lei só incrimina a comercialização. Ficam de fora todos os atos que não têm esse sentido. É muito importante: se alguém adquire um exemplar para si, mesmo sabendo que é contrafeito, não comete crime. Há que salientar também que dificilmente o intuito de lucro poderá ser separado de uma atividade profissional organizada. O turista que trazer uma peça com a intenção de revender com lucro tem intuito de lucro, mas dificilmente cairá nas malhas da lei penal.

Deve ser chamada a atenção, ainda, para o fato de que, examinando-se a sistemática do Código Penal, pode se verificar que o mesmo instituiu, como figura

central (caput do art.184), norma penal em branco, para cuja conceituação o intérprete se deve valer dos elementos próprios da matéria em causa. Desta forma, o legislador deixou ao aplicador a definição da ação delituosa, no caso concreto, em função dos conceitos e elementos sedimentados no âmbito da Propriedade Intelectual.

Entre os que buscam coibir a pirataria há um consenso sobre a solução para o problema. Governo, entidades privadas e polícia defendem que o combate seja feito em três vertentes: educacional, repressivo e econômico. Cada passo para o fim do comércio ilegal de produtos está sendo dado, mas os números ainda não são dos mais animadores. O trabalho conjunto da Receita Federal com as polícias Civil, Federal e Rodoviária Federal do país e as próprias empresas prejudicadas pela falsificação levou à apreensão de 24 milhões de CDs e DVDs no ano de 2006. Apesar de grande, este número ainda é distante do total de discos falsificados que devem estar espalhados pelo país.

Entretanto, faz-se necessário situar o debate sobre ilegalidade e pirataria em ótica mais realista. Afinal de contas, qual a razão para o surgimento e existência da pirataria?

Outra conclusão não se pode ter senão a de que a ilegalidade resulta da incapacidade de as empresas produzirem, dentro da política financeira e tributária, produtos compatíveis com o nível de renda do consumidor. Não vem da incapacidade de policiais, fiscais ou juízes ou do “jeitinho brasileiro”. A pirataria reflete justamente a alternativa econômica à falta de oferta legal dentro dos limites da renda dos consumidores. E isto não se resolve na polícia ou na Justiça.

Veja-se, mais uma vez, o exemplo do mercado musical brasileiro. As grandes gravadoras estrangeiras desejam um verdadeiro milagre econômico. Em nome da ilegalidade, querem forçar o consumidor a comprar um CD pelo preço médio no mercado americano, US\$ 10 a US\$ 15, ou seja, R\$ 20 a R\$ 30, o que se mostra totalmente incompatível à renda mensal do brasileiro. Querem também impedir o surgimento de produções alternativas que vendem CDs a R\$ 5 (preço verdadeiramente compatível à renda dos brasileiros). Assim, constata-se que as gravadoras não são suficientemente eficientes e inovadoras para produzir para a demanda do nosso mercado consumidor. Não é problema legal. Mesmo com ideal repressão o mercado de consumo real não seria compatível com o preço do CD. Trata-se de inadequação entre oferta e demanda. Não se corrige aquela reprimindo-

se esta. Para vender CDs a US\$ 15, a renda do brasileiro teria que ser de US\$ 2.000, como nos EUA, e não de R\$ 380.

As grandes gravadoras, dessa forma, reduzem o Brasil e sua música. Produzem só para a elite do país. Produção de exclusão. E reprimem novos modelos de negócios voltados para o Brasil popular. É reserva de mercado para uma indústria que se mostra ineficiente. Daí a opção imposta ao consumidor brasileiro: não comprar a música, ficar surdo e mudo no país da música popular.

Essas gravadoras, que pagam ínfimo direito autoral, levam o governo a operações policiais, fiscais e ações judiciais para garantir seus excessivos custos, protegidas por leis que deveriam ser alteradas. Na verdade, ocorre uma verdadeira transferência de custos: o governo gasta recursos públicos para garantir a produção fonográfica privada e excludente. Aliás, por pressão da indústria e do escritório de comércio dos EUA, o Brasil criou, no âmbito do Ministério da Justiça, o Comitê Nacional de Combate à Pirataria (CNCP). Dinheiro público para cobrir a ineficiência privada estrangeira. De repente, a defesa da legalidade mostra outra face: pretende impor modelo de negócio juridicamente insustentável, por ser mercadologicamente inviável nos dias atuais.

Ao invés de buscar viabilizar campanhas publicitárias milionárias, ações policiais e judiciais e intimidar moralmente o consumidor, as empresas deveriam investir para reduzir custos, aumentar eficiência e adaptar seus modelos de produção à realidade dos países emergentes.

A Associação Brasileira da Indústria de Disco, no lugar de acompanhar o pensamento retrógrado destas grandes empresas estrangeiras, deveria dialogar com deputados e senadores, professores, economistas, músicos, consumidores e autores e tentar reinventar um sistema jurídico de proteção à Propriedade Intelectual mais consentâneo com a realidade mercadológica do Brasil. Afinal, sabe-se que na história jurídico-econômica inexistiu um caso de sucesso no qual a repressão legal do passado tenha vencido o modelo de negócios do futuro. É luta perdida.

CONFLITOS ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. Direitos fundamentais e sua incidência nas relações privadas

As normas constitucionais gozam de posição privilegiada no ordenamento jurídico. Kelsen, em sua famosa construção doutrinária a respeito da disposição das diversas categorias de normas jurídicas de acordo com sua hierarquia situa as normas constitucionais no ápice de uma pirâmide.

Dessa forma, Kelsen registra seu entendimento de que as normas são os princípios orientadores das demais normas e é sob as normas constitucionais que todo o ordenamento jurídico encontra o fundamento de sua validade bem como sua própria orientação interpretativa.

A partir da interpretação de todo o ordenamento jurídico através da lente constitucional, pôde ser desenvolvida a teoria do Direito Civil-Constitucional, que, conforme Teresa Negreiros (2002, p. 67):

Consiste em um discurso de defesa dos princípios constitucionais e, especificamente, da sua direta e imediata aplicação a todas as relações jurídicas – aí incluídas as relações tipicamente de natureza civil, travadas entre os particulares.

O direito civil-constitucional não é meramente técnica interpretativa das normas de direito privado a partir das normas constitucionais. Trata-se de muito mais. Conforme Gustavo Tepedino (2003, v. 13):

São os valores expressos pelo legislador constituinte que, extraídos da cultura, da consciência social, do ideário ético e da noção de justiça presentes na sociedade, consubstanciam-se em princípios, os quais devem informar o sistema como um todo e, especialmente, o Código Civil.

De mais a mais, o próprio Código Civil, agora, apresenta-se intrinsecamente distinto do anterior. Conforme o mesmo autor, “a finalidade, hoje, de um Código Civil, é menos ‘regulativa’ e mais ‘ordenatória’, no sentido de ‘pôr ordem’, ordenar as relações interpretativas segundo certas técnicas e certos valores em regra postos como diretrizes, garantias e direitos fundamentais na Constituição”. Portanto, tratamos agora de uma Constituição Federal relativamente recente a orientar a interpretação de um Código Civil novo, inclusive conceitualmente.

De toda a sorte, é incontestável que, segundo Jane Reis Gonçalves Pereira (Barroso, 2003, p. 120):

A ordem constitucional é hoje fonte reguladora tanto do poder político como da sociedade civil. (...) Nessa perspectiva, não há mais limites precisos que separam direito constitucional e direito privado, não sendo possível concebê-los como ‘comportamentos estanques’, como mundos separados, impermeáveis, governados por lógicas diferentes.

É muito importante compreender os limites da interseção entre o direito público e o direito privado, na perspectiva civil-constitucional, para que haja uma correta compreensão de seus efeitos. São conclusivas as palavras de Tepedino (2004, p. 21):

A intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, por outro lado, não significam um agigantamento do direito público em detrimento do direito civil que, dessa forma, perderia espaço, como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos dele defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.

Os direitos fundamentais encontram-se disciplinados no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no Título II da nossa Constituição Federal. É certo que alguns desses direitos destinam-se especificamente ao Estado, como aquele recém-incluído no art. 5º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional 45/2004, que determina que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade da sua tramitação.

De fato, é lícito afirmar-se que o Estado é o principal destinatário das normas de direito fundamental. Dessa forma, a Constituição funciona como limitador ao poder de agir do Estado, além de representar garantia significativa dos

particulares contra arbitrariedades do poder público que venham a violar os direitos fundamentais. Assim, resta inquestionável que o Estado deve observar os direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, os desdobramentos históricos, originados pelas crises sociais e econômicas do século XX, tornaram evidente que não se poderia mais relegar o Estado ao simples papel de vilão dos direitos individuais. Percebeu-se que aos poderes públicos se destinava a tarefa de preservar a sociedade civil dos perigos de deterioração nela própria existentes. Deu-se conta de que o Estado deveria atuar no seio da sociedade civil para nela predispor as condições de efetiva liberdade para todos. Afinal, tornou-se claro que outras forças sociais, como grupos econômicos ou políticos de peso, poderiam, da mesma forma, trazer para o indivíduo vários dos constrangimentos que se buscavam prevenir contra o Estado.

Ganhou alento, simultaneamente, a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si. Ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a idéia de que esses direitos, na verdade, consagram valores básicos da ordem jurídica e da sociedade — valores esses que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil.

É claro que não se discute a incidência dos direitos fundamentais quando estes estão evidentemente concebidos para serem exercidos em face de particulares. Diversos direitos sociais, em especial os relacionados ao Direito do Trabalho, têm eficácia direta contra empregadores privados — veja-se, a propósito, o inciso XVII, do art. 7º, que assegura o gozo de férias anuais remuneradas, com pelo menos um terço a mais do que o salário normal, e o inciso XXX, do mesmo dispositivo, que proíbe aos empregadores estabelecer diferenças de salários e de critérios de admissão, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Mesmo no art. 5º, veja-se o inciso V, que assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo — direito esse que haverá de ter por sujeito passivo o órgão de imprensa, particular, em que a ofensa foi cometida.

Fora dessas hipóteses, há outros direitos — direitos de defesa —, em que se põe a questão de saber se, e em que medida, alcançam as relações privadas.

Há quem se posicione contrariamente à invocação de direitos fundamentais

em casos assim, lembrando que, historicamente, estes direitos foram concebidos como proteção contra o Estado, acrescentando, ainda, que a intromissão de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas resultaria em detrimento de outro princípio básico das sociedades democráticas — o da autonomia individual, em especial no que tange à liberdade de contratar.

Embora o princípio da autonomia da vontade não conste literalmente na Constituição, é possível encontrar no Texto Magno a proteção a seus aspectos essenciais. A Carta de 1988 assegura uma liberdade geral no caput do seu art. 5º. O próprio reconhecimento do valor da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III, CF) — dignidade que não se concebe sem referência ao poder de autodeterminação — confirma o status constitucional do princípio da autonomia individual.

Duas outras teorias reconhecem a incidência dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares, diferenciando-se no grau da interferência que seria de se lhes reconhecer em tais hipóteses. São elas a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais e a teoria da eficácia indireta ou mediata desses direitos.

A teoria da eficácia direta ou imediata sustenta que os direitos fundamentais devem ter pronta aplicação em face de entidades privadas que desfrutem de considerável poder social, ou em face de indivíduos que estejam, em relação a outros, numa situação de supremacia de fato ou de direito. Há, nesta corrente, entendimento de que princípios como o de que não deve haver punição sem prévia norma que defina o comportamento como censurável e o princípio do contraditório haveriam de ser aplicáveis nas relações disciplinares de um agrupamento privado.

Os direitos fundamentais — pelo menos alguns — deveriam, para os seguidores dessa teoria, ser diretamente aplicáveis nas relações entre os particulares, gerando direitos subjetivos oponíveis a entes privados. Lembra-se, em apoio à tese, que em diversas ordens constitucionais (no Brasil, a CF, art. 5º, § 1º) proclama-se a aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais.

Vieira de Andrade, apud Branco, ilustra as conseqüências da adoção dessa teoria, dizendo que, para ela, os direitos fundamentais tornariam inválidas:

quaisquer cláusulas negociais que implicassem o dever de agir ou de não agir em situações que têm de ser de decisão totalmente livre. Por exemplo, a obrigação de casar ou não-casar, de abraçar ou deixar certa religião, segundo a vontade de outrem, a obrigação assumida pelo marido de nunca

viajar sozinho etc...

A preocupação maior, contudo, informa Vieira de Andrade, é com as situações em que os indivíduos se encontram numa relação jurídica em posição de subordinação fática ou jurídica.

Essa teoria não é alheia às dificuldades oferecidas pelo princípio da igualdade no âmbito das relações privadas. O princípio da igualdade traduz-se, em boa medida, como um comando proibitivo de decisões arbitrárias, um imperativo de racionalidade de conduta. Exigir que na vida das relações o indivíduo aja sempre em função de critérios racionais é desconhecer a natureza humana. O homem também age movido por emoção e sentimentos, que conduzem a ações não necessariamente racionais. A teoria sustenta, então, que, nesses casos, haveria de prevalecer o princípio da autonomia. O princípio da autonomia predomina em se tratando de atos que expressam liberalidades puras. Assim, não haveria, em princípio, impedimento a que o pai deixasse em herança os bens da quota disponível apenas para um dos seus filhos.

Já a teoria da eficácia indireta ou mediata, pretendendo maior resguardo do princípio da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade, recusa a incidência direta dos direitos fundamentais na esfera privada, alertando que uma tal latitude dos direitos fundamentais redundaria num incremento do poder do Estado, que ganharia espaço para uma crescente ingerência na vida privada do indivíduo, a fim de fiscalizar o cumprimento dos deveres resultantes da incidência dos direitos fundamentais sobre as relações particulares.

Atribui-se aos direitos fundamentais a natureza primária de direitos de defesa da liberdade contra o poder do Estado e se sustenta que submeter a atividade dos indivíduos às mesmas contenções impostas ao Estado significaria inverter direitos em deveres.

Reconhece-se que o Estado está obrigado a proteger os direitos fundamentais em todas as relações mantidas no âmbito do ordenamento jurídico, o que inclui o dever de protegê-los, também, contra entidades privadas. Atenua-se, porém, a intensidade da aplicação desses direitos.

Entende-se que certo direito fundamental pode incidir no domínio das relações privadas, mas indiretamente. Admite-se que normas legais imperativas venham a limitar a autonomia dos indivíduos, em função da necessidade de se impor, nas relações privadas, um valor protegido como direito fundamental. Acolhe-

se a função de vetor interpretativo dos direitos fundamentais, na tarefa de fixar a compreensão das normas de direito civil. Os direitos fundamentais, por fim, incidiriam sobre as relações privadas pelos filtros das chamadas cláusulas gerais do direito civil, tais como as expressões abertas “ordem pública” ou “bons costumes”.

Ambas as teorias — a primeira com o seu cuidado com a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a outra com o seu desvelo pela autonomia individual e a segurança jurídica — baseiam-se em valores encarecidos pela ordem constitucional. As preocupações, que as fomentam, apontam para a necessidade de se coordenarem os valores que estão na base de cada qual, para que se alcancem resultados justos nos casos concretos.

Com efeito, se a liberdade inclui a autonomia privada, não consiste apenas nela. Não é dado que, em nome da autonomia privada, se venha a destruir a liberdade e a dignidade dos outros. É de se admitir, em princípio, que os direitos fundamentais sejam aplicáveis nas relações privadas, quando uma das partes conta com posição de supremacia - mesmo fática - sobre outrem.

No âmbito das relações entre particulares em relativa igualdade de condições o problema se torna mais complexo. Haverá de se proceder a uma ponderação entre os valores envolvidos, com vistas a se alcançar uma harmonização, no caso concreto, entre eles (concordância prática). Há que se buscar não sacrificar completamente um direito fundamental nem o cerne da autonomia da vontade.

Para se atingir uma tal concordância, não se pode desprezar o fato de que a liberdade também corresponde à possibilidade de se vincular, o que importa aceitar, limitação do âmbito protetor dos direitos fundamentais. Por outro lado, a possibilidade dessa limitação pressupõe efetiva liberdade contratual. Na medida em que as partes se revelem desiguais de fato, o exame da legitimidade da restrição consensual dos direitos fundamentais haverá de ser objeto de exame mais rigoroso.

O que não se pode perder de vista é que a autonomia privada e, em especial, a liberdade contratual, na lição de Hesse, “encontram o seu fundamento e os seus limites na idéia da configuração responsável da própria vida e da própria personalidade”. A autonomia privada, com os seus aspectos de autodeterminação e de responsabilidade individual, “compreende também a possibilidade de contrair, por livre deliberação, obrigações que os poderes públicos não poderiam impor ao cidadão”.

Hesse adverte que o princípio da autonomia privada correria perigo “se as pessoas, nas suas relações recíprocas, não pudessem renunciar às normas de direitos fundamentais que são indisponíveis para a ação estatal”. No entanto, advoga que o pressuposto da liberdade contratual é a situação jurídica e fática aproximadamente igual das partes. Desaparecendo essa situação igualitária, estaria ultrapassada a razão de ser das limitações que a liberdade de contratar exerce sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Há, então, que se realizar uma ponderação entre o princípio da autonomia e os valores protegidos como direitos fundamentais, tendo como parâmetro que a idéia do homem, assumida pela Constituição democrática, pressupõe liberdade e responsabilidade — o que, necessariamente, envolve a faculdade de limitação voluntária dos direitos fundamentais no comércio das relações sociais, mas que também pressupõe liberdade de fato e de direito nas decisões sobre tais limitações.

É indubitável que se está, aqui, em área dominada pela subjetividade. Diferenças culturais podem ensejar soluções diferentes para problemas análogos, conforme o país ou o momento histórico considerado.

K. Hesse, apud Branco, noticia que a jurisprudência alemã vem-se orientando no sentido de considerar que os direitos fundamentais ingressam no domínio das relações entre indivíduos por meio indireto, por intermédio dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais do direito privado.

No Brasil, os direitos fundamentais são protegidos nas relações entre particulares por meios variados. Eles o são por via de intervenções legislativas — basta notar a pleora de normas legislativas assegurando a formação livre da vontade dos economicamente mais fracos e prevenindo a discriminação, no âmbito das relações civis, em especial de consumo e também nas relações de trabalho.

Há casos, igualmente, de proteção de direitos fundamentais por meio de interpretação e aplicação de cláusulas gerais de direito privado. Dê-se, como exemplo disso, certa jurisprudência formada em torno de contratos de adesão. Entende-se que a eleição de foro inserida nesses contratos pode ser considerada abusiva (eis a cláusula geral), e por isso ilegal (art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor), se dela resultar a inviabilidade ou uma especial dificuldade de acesso ao Judiciário (eis o direito fundamental protegido). Preserva-se o direito fundamental de acesso ao Judiciário, nas relações entre particulares, de modo indireto, com o auxílio de conceitos amplos, consagrados na ordem privada.

Quanto à possibilidade de o direito fundamental ser suscitado diretamente como razão para resolver pendência entre particulares, há precedentes do Supremo Tribunal Federal admitindo o expediente.

No RE 161.243 (DJ 19.12.97, relator o Ministro Carlos Velloso), o STF não aceitou que a invocação do princípio da autonomia legitimasse discriminação, por conta da nacionalidade do trabalhador, no tocante à distribuição de benefícios criados no estatuto de pessoal de certa empresa. Afirmou o relator, apud Branco:

Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput.

A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

Em outro caso paradigmático, o RE 158.215-4/RS (DJ 7/6/96), a Suprema Corte também admitiu a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares. Um indivíduo expulso de uma cooperativa obteve da Suprema Corte a anulação desse ato, por não lhe ter sido assegurada a garantia da ampla defesa e do contraditório. Mencionando a intangibilidade do preceito constitucional que consagra o devido processo legal, o relator, Ministro Marco Aurélio, apud Branco, afirmou: “Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa (...)”.

No RE 160.222 (DJ 1.9.95), rel. o Min. Sepúlveda Pertence, punha-se em questão saber se cometia crime de constrangimento ilegal o gerente que exigia das empregadas de certa indústria de manufatura de peças de lingerie o cumprimento de cláusula por elas aceitas no contrato de trabalho. A cláusula previa a submissão das empregadas a revistas íntimas, sob ameaça de dispensa. O relator assinalou que o problema dizia com a garantia do direito fundamental à intimidade e a sua repercussão no âmbito das relações privadas, envolvendo a qualificação da renúncia aposta no contrato de trabalho (aceita no tribunal a quo como válida). O problema não pôde ser discutido, entretanto, porque se operara a prescrição.

Destes precedentes é possível extrair que a jurisprudência do STF não se mostra arredia, em princípio, à possibilidade da incidência dos direitos fundamentais

nas relações privadas, consideradas as peculiaridades de cada caso. A Corte não assume compromisso com qualquer das teorias que admite a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada.

Assim, a percepção clara da força vinculante e da eficácia imediata dos direitos fundamentais e da sua posição no topo da hierarquia das normas jurídicas favoreceu a percepção de que os princípios que informam os direitos fundamentais não poderiam deixar de ter aplicação em toda a ordem jurídica, inclusive no setor do direito privado.

Tudo isso contribuiu para a doutrina de que também as pessoas privadas pudessem estar submetidas aos direitos fundamentais. Essa incidência das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas passou a ser conhecida, sobretudo a partir dos anos 50, como o efeito externo ou a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (a *drittwirkung* do direito alemão).

Portanto, além do Estado, devem também os particulares estar vinculados à aplicação dos direitos fundamentais em suas relações privadas. Do contrário, vários seriam os problemas práticos caso fosse adotada a teoria de não aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Assim se manifesta Jane Reais, apud Branco Jr. (2007, p. 128), a respeito da questão:

É certo que, como já se enfatizou, uma abordagem puramente lógica do problema conduziria, facilmente, à conclusão de que os direitos fundamentais são também aplicáveis às relações privadas. Afinal, como observou Jean Rivero, em passagem sempre lembrada, seria contraditório defender a existência de 'duas éticas diferentes', para reger as relações públicas e as privadas, como se pudessem conviver em uma mesma sociedade 'duas concepções opostas ao homem'.

A autora cita, ainda, diversas situações fáticas envolvendo potenciais lesões a direitos fundamentais na esfera privada, cuja análise é, no mínimo, instigante. Embora a lista não seja exaustiva, vale citar, dentre as hipóteses citadas pela autora, as seguintes: (i) se ou até que ponto as liberdades (religiosas, de residência, de associação, por exemplo) ou bens pessoais (integridade física e moral, intimidade, imagem) podem ser limitados por contrato, com o acordo ou o consentimento do titular; (ii) se uma empresa pode celebrar contratos de trabalho com cláusulas pelas quais os trabalhadores renunciem a exercer atividades partidárias ou a sindicalizar-se, etc.

Ousa-se inserir outra hipótese, consentânea com o presente trabalho: até que ponto os direitos de liberdade de expressão e de acesso à informação,

previstos, respectivamente, nos incisos IX e XIV do art. 5º da Constituição, bem como o direito de acesso à cultura, previsto no Título VIII, devem ser limitados em favor do direito de propriedade, previsto no inciso XXII do mesmo artigo?

Assim, parece evidente que não é apenas o Estado que pode pôr em risco direitos fundamentais dos particulares, de modo que, diante da ameaça potencial por parte dos próprios particulares, constata-se a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

É evidente que a cultura e a informação exercem um papel social. Aproximam-se, portanto, da esfera pública no sentido de que atua na sociedade instruindo, educando, informando e criando conceitos, modismos e, evidentemente, formando opinião.

Por este motivo, acredita-se que o direito de propriedade intelectual, previsto constitucionalmente, não poderá ser aplicado isolada e arbitrariamente. Será sempre necessário fazer o sopesamento com o direito de acesso à informação da outra parte, pois que este é, também, direito fundamental garantido constitucionalmente.

Por isso, torna-se indispensável levar em consideração os direitos de acesso à informação, acesso à cultura e liberdade de expressão, garantidos pelo texto constitucional, bem como o exercício do direito de propriedade sobre obra intelectual de acordo com sua função social.

4.2. Conflitos entre direitos fundamentais

De acordo com o princípio da unidade hierárquico-normativa, todas as normas contidas numa Constituição formal têm igual dignidade, o que significa que não há hierarquia de normas na Constituição e somente o legislador constituinte tem competência para estabelecer exceções à unidade hierárquico-normativa dos preceitos constitucionais.

Como decorrência do princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, José Joaquim Gomes Canotilho explica que devem ser rejeitadas duas teses: (a) a tese das antinomias normativas; e (b) a tese das normas constitucionais inconstitucionais. E acrescenta que pelo fato de a Constituição ser uma estrutura de tensão e não poder transformar uma lei constitucional em “código” exaustivo da vida política, o princípio da unidade da Constituição é igualmente um princípio de interpretação, pois (a) exige tarefa de concordância prática entre normas aparentemente em conflito ou em tensão; e (b) exige tarefa de interpretação conforme a constituição das leis que aplicam ou concretizam normas constitucionais.

No entanto, diz Canotilho, o princípio da unidade hierárquico-normativa não implica uma uniformização da estrutura normativa. Muito pelo contrário: à riqueza de formas da Constituição corresponde a multifuncionalidade das normas constitucionais, razão pela qual é necessária uma clarificação tipológica da estrutura normativa constitucional, especialmente no que diz respeito à distinção entre normas (ou regras) e princípios. E a Constituição Federal brasileira também não optou por um modelo estrutural único para as normas de direitos fundamentais. Suzana de Toledo Barros diz que os direitos fundamentais, na Constituição Federal brasileira, estão dispostos tanto na forma de princípios, como em forma de regras.

Observa-se que, em determinadas situações, os direitos fundamentais encontram-se em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Nesses casos, diz Canotilho, impõe-se a necessidade de restringir o seu âmbito de proteção para que se obtenha uma concordância prática com os outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos.

Continua Canotilho ressaltando que, para se chegar à conclusão de que existe uma autêntica restrição de direitos, deve-se desenvolver um procedimento metódico, com base nas seguintes questões: (a) trata-se de efetiva restrição do âmbito de proteção de norma consagradora de um direito, liberdade ou garantia?; (b) existe uma autorização constitucional para esta restrição?; (c) corresponde a restrição à necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos?; e (d) a lei restritiva observou os requisitos

expressamente estabelecidos pela Constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstração, não retroatividade e garantia do núcleo essencial)?

Dessa série de interrogações, continua Canotilho, deduzem-se as instâncias ou graus constitutivos do procedimento de interpretação e aplicação de restrição de direitos, liberdades e garantias: (a) 1ª instância – delimitação do âmbito de proteção da norma; (b) 2ª instância – averiguação do tipo, natureza e finalidade da restrição; e (c) 3ª instância – controle da observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (que ele chama de “limites de limites”).

Só se deve, então, segundo Canotilho, falar de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de conhecermos o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras desses direitos. Portanto, a primeira tarefa metódica deve ser a análise da estrutura da norma coconstitucional garantidora de um direito, a fim de se (i) determinar os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção (âmbito de proteção da norma); e (ii) verificar-se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia sofrem qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria Constituição (restrição constitucional expressa); ou se a Constituição autoriza a lei a restringir esse âmbito de proteção (reserva de lei restritiva).

Uma vez concluída a operação metódica de delimitação do âmbito de proteção da norma constitucional, passe-se à averiguação do tipo, natureza e finalidades da medida legal restritiva. Para Canotilho, existe uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de proteção de um direito fundado numa norma constitucional é direta ou indiretamente limitado por meio de uma lei. A problemática das restrições de direitos, liberdades e garantias exige uma “sistemática de limites”, isto é, a análise dos eventuais tipos de restrição que seria possível identificar, quais sejam: (i) limites constitucionais diretos ou imediatos (estabelecidos pela própria Constituição); (ii) limites estabelecidos por lei, mediante autorização expressa da Constituição; e (iii) limites imanentes ou implícitos (limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou bens constitucionalmente garantidos). Estes últimos dizem respeito, justamente, ao conflito entre direitos fundamentais.

Determinado o âmbito de proteção e averiguada a existência de uma autêntica restrição por meio de uma lei, cumpre verificar se a lei restritiva preenche os requisitos formais e materiais, positivados na Constituição, no que diz respeito às leis restritivas de direitos, liberdades e garantias. Esses requisitos podem estar

contidos na Constituição na forma de normas ou princípios. Enquanto os requisitos formais atuam como uma “zona de proteção formal”, postulando exigências a um ato legislativo restritivo de direitos, os requisitos materiais pretendem assegurar a conformidade substancial da lei restritiva com os princípios e normas da Constituição (dentre os quais, destacam-se o princípio da proporcionalidade e o princípio de salvaguarda do núcleo essencial).

Finalmente, cabe abordar mais especificamente o fenômeno da colisão entre direitos fundamentais.

4.3. Critérios para solução dos conflitos

Os conflitos de direitos fundamentais reconduzem-se a um conflito de princípios. Estes, por sua vez, possuem um elemento essencial: o caráter *prima*

facie. Isto significa que o conhecimento da total abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores.

Para Robert Alexy, apud Carboni (2006, p.191), quando dois princípios entram em colisão, não significa que se deva desprezar ou tornar inválido um deles, mas buscar a realização de ambos, sendo que os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto os conflitos entre princípios, na dimensão do peso.

Conforme explica Suzana de Toledo Barros, apud Carboni (2006, p.191), se é certo que em geral os direitos fundamentais possuem um modelo jurídico especial de proteção, é também verdadeiro que tal modelo não é o mesmo quando se trata de direitos, liberdades e garantias fundamentais ou de direitos econômicos, sociais e culturais.

Considerando que a Constituição Federal é um sistema e não um amontoado de princípios e regras desconexas, os conflitos envolvendo interesses públicos e privados devem ser resolvidos de acordo com a regra da proporcionalidade.

Na concepção de Canotilho, há colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Ele aponta a seguinte tipologia de conflitos envolvendo direitos constitucionais: (a) grupo 1 – colisão de direitos entre vários titulares de direitos fundamentais; (b) grupo 2 – colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade; e (c) grupo 3 – colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos do Estado.

Com relação ao primeiro grupo, o autor diz que a estipulação dos respectivos créditos de solução não é tarefa fácil, uma vez que se pode recorrer aos mais variados princípios, dentre os quais, destacam-se o da proporcionalidade e, também, a teoria do abuso de direito fundamental.

No que diz respeito ao segundo grupo, pode-se citar como bens jurídicos comunitários, dentre outros, a saúde pública, a liberdade de expressão, a cultura. Canotilho diz que os bens jurídicos de valor comunitário não são todos e quaisquer bens que o legislador declara como bens da comunidade, mas apenas aqueles aos quais foi constitucionalmente conferido o caráter de “bens da comunidade”.

Quanto aos bens jurídicos do Estado que podem entrar em colisão com os direitos fundamentais, vale ressaltar a “defesa nacional” e a “integridade territorial”, entre outros.

Assim, à título de exemplo, o direito à privacidade, *prima facie*, impede que se divulguem dados não autorizados acerca de uma pessoa a terceiros. Esse direito, porém, pode ceder, em certas ocasiões, a um valor, como a liberdade de expressão, que, no caso concreto, se revele preponderante, segundo um juízo de ponderação.

O importante é perceber que essa prevalência somente é possível de ser determinada em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. No máximo, pode-se colher de um precedente uma regra de solução de conflitos, que consistirá em afirmar que, diante das mesmas condições de fato, num caso futuro, um direito haverá de prevalecer sobre o outro.

Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial. Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados.

Há situações que, embora semanticamente incluídas na norma de direito fundamental, não acham nela proteção. Daí a necessidade do estudo dos comportamentos e das realidades da vida que estão abrangidas no direito fundamental, tarefa que nem sempre se mostra simples, já que as normas de direitos fundamentais podem apresentar indeterminações semânticas e não ter o seu próprio suposto de fato bem delineado. Os problemas daí advindos podem ser ilustrados com questões cotidianas, como a de saber se o curandeirismo se inclui no âmbito da liberdade religiosa ou de culto ou se o discurso de ódio racial é protegido pela liberdade de expressão.

Os critérios para resolver essas indeterminações são vários, nada obstando a que sejam combinados entre si. Para se compreender que bens jurídicos são protegidos e que ações estão alcançadas pelo direito, pode-se recorrer à teoria liberal dos direitos fundamentais, que assinala nesses direitos a feição essencialmente de defesa do indivíduo contra os poderes públicos. Pode-se recorrer à teoria dos valores, que postula que os direitos fundamentais possuem caráter objetivo, orientando-se para a realização dos valores protegidos pela norma constitucional. Em outros casos, ainda, a limitação intrínseca da norma de direito fundamental encontrará embasamento na consideração da função social que o direito proclamado exerce, em especial tendo em vista o seu significado para o regime político.

Concluimos, assim, que não é fácil precisar os contornos de um direito fundamental. O que se exige, entretanto, do operador jurídico, é que se mantenha fiel aos valores predominantes na sua sociedade, na busca de soluções justas, técnicas e com respaldo social.

4.3.1. O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade possui suas raízes fincadas no *due process of law* do direito anglo-saxão. A sede deste princípio tem sido apontada, na Constituição brasileira vigente, em locais diversos: na cláusula do devido processo legal (art. 5º, LVI), na instituição do Estado Democrático de Direito (art. 1º), no princípio da isonomia (art. 5º) e no princípio da legalidade (art. 5º, II).

Suzana Toledo de Barros cita Konrad Hesse, para quem a aparição do princípio da proporcionalidade se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.

Corroborando com este entendimento, o direito alemão esmiúça o princípio da proporcionalidade justamente nestes três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Pelo primeiro a medida há de ser apta aos fins colimados; pelo segundo dever ser a menos gravosa possível; e pelo terceiro os benefícios devem superar os gravames.

Constitui um fortíssimo argumento, tanto para a força teórica quanto prática da teoria do princípio da proporcionalidade, que seus três subprincípios decorram logicamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais e estas da própria idéia de proporcionalidade.

Para Alexy, a ponderação entre interesses conflitantes, através do uso do princípio da proporcionalidade, realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma “lei de ponderação” segundo a qual, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção”.

O subprincípio da adequação exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. Pieroth e Schlink, apud Mendes, ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade

revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.

De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos (proporcionalidade em sentido estrito). É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schlink advertem, porém, que, nem sempre, a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz.

Tendo em vista esses riscos, procura-se solver a questão com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da necessidade. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, papel preponderante, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

De todo jeito, esse juízo de ponderação entre os bens em confronto pode, e deve, ser feito tanto pelo juiz, para resolver um caso concreto, quanto pelo legislador, determinando que, em dadas condições de fato, um direito há de prevalecer sobre o outro. O último caso ocorre, por exemplo, quando o legislador define que atividades devem ser consideradas como essenciais e, por isso, insuscetíveis de greve, realizando uma ponderação entre o próprio direito de greve e valores outros, como a saúde ou a segurança pública. Assim, o Poder Público, de acordo com o princípio da proporcionalidade, deverá agir sempre com adequação e de forma proporcional aos objetivos que pretende atingir. É o ajuste dos meios aos fins.

O Tribunal alemão reconhece que o estabelecimento de objetivos e a definição dos meios adequados pressupõem uma decisão de índole política, econômica, social, ou político-jurídica. Esse juízo inerente à atividade política parece ter determinado uma postura cautelosa do Tribunal no exame relativo à adequação das medidas legislativas. A inconstitucionalidade de uma providência legal por objetiva desconformidade ou inadequação aos fins somente pode ser constatada em casos raros e especiais. Embora reflita a delicadeza da aplicação desse princípio no juízo de constitucionalidade, tal orientação não parece traduzir uma atitude

demissionária quanto ao controle da adequação das medidas legislativas aos fins constitucionalmente perseguidos.

No Direito português, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo foi erigido à dignidade de princípio constitucional, consagrando-se, no art. 18, 2, do Texto Magno Português, que

A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição, mas também sobre a compatibilidade desta com o princípio da proporcionalidade.

É interessante notar que a primeira referência (no ano de 1953) de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal -- tanto quanto é possível identificar -- está intimamente relacionada com a proteção ao direito de propriedade. No RE nº 18.331, da relatoria do eminente Ministro Orozimbo Nonato, apud Mendes, deixou-se assente, verbis:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do "détournement de pouvoir". Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado

Ressalte-se que, continuando a lição de Mendes, o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais. Em uma das decisões sobre a obrigatoriedade de submissão ao exame de DNA, em ação de paternidade, anotou o Ministro Sepúlveda Pertence, verbis:

Cuida-se aqui, como visto, de hipótese atípica, em que o processo tem por objeto a pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente, que assim tem por si a presunção legal da paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação.

Não discuto aqui a questão civil da admissibilidade da demanda.

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.

É de sublinhar que efetivamente se cuidaria de simples **prova de reforço** de um fato que, de outro modo, se pode comprovar.

Com efeito. A revolução, na área da investigação da paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sangüíneos dos envolvidos, está em que o resultado deste, se prestava apenas e eventualmente à exclusão da filiação questionada, ao passo que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza.

Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão da sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (é expressivo, aliás, que os autos já contenham laudo particular de análise do DNA do autor, do menor e de sua mãe – v. 4/f.853).

Tem-se aqui, notoriamente, a utilização da proporcionalidade como “regra de ponderação” entre os direitos em conflito, acentuando-se a existência de outros meios de prova igualmente idôneos e menos invasivos ou constrangedores.

4.3.2. O princípio da dignidade da pessoa humana

Não há, nos povos antigos, o conceito de pessoa tal como o conhecemos hoje. O homem para a filosofia grega, era um animal político ou social, como em Aristóteles, cujo ser era a cidadania, o fato de pertencer ao Estado, que estava em íntima conexão com o Cosmos, com a natureza. Filósofos chegam a afirmar que "na filosofia antiga falta até mesmo o termo para exprimir a personalidade", já que o termo "persona" deriva do latim.

O conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em conseqüência, é

possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui dignidade, surge com o Cristianismo, com a chamada filosofia patrística, sendo depois desenvolvida pelos escolásticos.

A proclamação do valor distinto da pessoa humana terá como conseqüência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem, o reconhecimento de que, na vida social, ele, homem, não se confunde com a vida do Estado, além de provocar um "deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade".

Para Immanuel Kant, na sua investigação sobre o verdadeiro núcleo da teoria do conhecimento, o sujeito torna-se o elemento decisivo na elaboração do conhecimento. Propôs ele, assim, uma mudança de método no ato de conhecer, que ele mesmo denomina "revolução copernicana". Ou seja, em vez de o sujeito cognoscente girar em torno dos objetos, são estes que giram em redor daquele. Não se trata mais, portanto, de que o nosso conhecimento deve amoldar-se aos objetos, mas que estes devem ajustar-se ao nosso conhecimento. Trata-se, como comenta Georges Pascal, de uma substituição, em teoria de conhecimento, de uma hipótese idealista à hipótese realista.

Porém, o sujeito kantiano, o sujeito transcendental, a consciência enquanto tal, a razão universal, é "uma estrutura vazia", que, separada da sensibilidade, nada pode conhecer. O pensamento humano é, pois, dependente da sensibilidade. "Neste sentido - diz Manfredo A. de Oliveira -, pode-se dizer que a teoria é, para Kant, a dimensão da autoalienação da razão".

Só através da práxis, a razão se libertará da autoalienação na teoria, porquanto, no domínio da prática, a razão está a serviço de si mesma. O que significa não procurar as normas do agir humano na experiência, pois isso significaria submeter o homem a outro homem. E o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial, é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo.

Para Kant, pois, a razão prática possui primazia sobre a razão teórica. A moralidade significa a libertação do homem, e o constitui como ser livre. Pertencemos, assim, pela práxis, ao reino dos fins, que faz da pessoa um ser de dignidade própria, em que tudo o mais tem significação relativa. "Só o homem não existe em função de outro e por isso pode levantar a pretensão de ser respeitado como algo que tem sentido em si mesmo".

Para Kant, pois, o homem é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo, e, justamente por isso tem dignidade, é pessoa.

Utilizando-nos da terminologia empregada por Miguel Reale, constatamos, historicamente, a existência de, basicamente, três concepções da dignidade da pessoa humana: individualismo, transpersonalismo e personalismo.

Caracteriza-se o individualismo pelo entendimento de que cada homem, cuidando dos seus interesses, protege e realiza, indiretamente, os interesses coletivos. Seu ponto de partida é, portanto, o indivíduo.

Tal juízo da dignidade da pessoa humana, por demais limitado, característico do liberalismo ou do "individualismo-burguês", "dista de ser uma respeitável relíquia de la arqueologia cultural", compreende um modo de entender-se os direitos fundamentais.

Estes serão, antes de tudo, direitos inatos e anteriores ao Estado, e impostos como limites à atividade estatal, que deve, pois, se abster, o quanto possível, de se intrometer na vida social. São direitos contra o Estado, "como esferas de autonomia a preservar da intervenção do Estado". Denominam-se-lhes, por isso, direitos de autonomia e direitos de defesa.

Redunda, ainda, num balizamento da compreensão e interpretação do Direito e, a fortiori, da Constituição. Assim, interpretar-se-á a lei com o fim de salvaguardar a autonomia do indivíduo, preservando-o das interferências do Poder Público. Ademais, num conflito indivíduo versus Estado, privilegia-se aquele.

Já com o transpersonalismo, temos o contrário: é realizando o bem coletivo, o bem do todo, que se salvaguardam os interesses individuais; inexistindo harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do todo, devem preponderar, sempre, os valores coletivos. Nega-se, portanto, a pessoa humana como valor supremo. Enfim, a dignidade da pessoa humana realiza-se no coletivo.

Conseqüências desta corrente serão as concepções socialista ou coletivista, do qual a mais representativa será, sem dúvida, a marxista. Com efeito, para Marx, os direitos do homem apregoados pelo liberalismo não ultrapassam "o egoísmo do homem, do homem como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociado da comunidade". Distinguindo os direitos dos homens dos direitos do cidadão, aqueles nada mais são que os direitos do homem separado do homem e da comunidade.

Conseqüência lógica será uma tendência na interpretação do Direito que limita a liberdade em favor da igualdade, que tende a identificar os interesses individuais com os da sociedade, que privilegia estes em detrimento daqueles.

A terceira corrente, que ora se denomina personalismo, rejeita quer a concepção individualista, quer a coletivista; nega seja a existência da harmonia espontânea entre indivíduo e sociedade, resultando, como vimos, numa preponderância do indivíduo sobre a sociedade, seja a subordinação daquele aos interesses da coletividade.

Marcante nesta teoria, em que se busca, principalmente, a compatibilização, a interrelação entre os valores individuais e valores coletivos, é a distinção entre indivíduo e pessoa. Se ali, exalta-se o individualismo, o homem abstrato, típico do liberalismo-burguês, aqui, destaca-se que ele "não é apenas uma parte. Como uma pedra-de-edifício no todo, ele é, não obstante, uma forma do mais alto gênero, uma pessoa, em sentido amplo - o que uma unidade coletiva jamais pode ser", como sintetiza Nicolai Hartmann, citado por Mata-Machado.

Assim, enquanto o indivíduo é uma "*unità chiusa in se stessa*", a pessoa é uma "*unità aperta*". Em conseqüência, não há que se falar, aprioristicamente, num predomínio do indivíduo ou no predomínio do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias; solução que pode ser a compatibilização entre os mencionados valores, "fruto de uma ponderação na qual se avaliará o que toca ao indivíduo e o que cabe ao todo", mas que pode, igualmente, ser a preeminência de um ou de outro valor.

Porém, se se defende que não há no mundo valor que supere ao da pessoa humana, a primazia pelo valor coletivo não pode, nunca, sacrificar, ferir o valor da pessoa. A pessoa é, assim, um *minimun*, ao qual o Estado, ou qualquer outra instituição, ser, valor não pode ultrapassar.

Neste sentido, defende-se que a pessoa humana, enquanto valor, e o princípio correspondente, de que aqui se trata, é absoluto, e há de prevalecer, sempre, sobre qualquer outro valor ou princípio.

Se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e "um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro".

No entanto, tomar o homem como fim em si mesmo e que o Estado existe em função dele, não nos conduz a uma concepção individualista da dignidade da pessoa humana. Ou seja, que num conflito indivíduo versus Estado, privilegie-se sempre aquele. Com efeito, a concepção que aqui se adota, denominada personalista, busca a compatibilização, a interrelação entre os valores individuais e coletivos; inexistente, portanto, aprioristicamente, um predomínio do indivíduo ou o predomínio do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias, solução que pode ser tanto a compatibilização, como, também, a preeminência de um ou outro valor.

Saliente-se, ainda, que, pelo caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana, na elaboração de seu significado parte-se da situação básica do homem em sua relação com os demais, isto é, da situação do ser com os outros, em lugar de fazê-lo em função do homem singular encerrado em sua esfera individual. O que, ressaltamos nós, tem particular importância na fixação, em caso de colisão entre direitos fundamentais de dois indivíduos, do *minimun* invulnerável, além de contribuir no estabelecimento dos limites e alcance dos direitos fundamentais.

Neste sentido, ou seja, que a pessoa é um *minimun* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, dissemos que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto; porquanto, repetimos, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa.

Impõe-se, por conseguinte, a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade; a libertação da "angústia da existência" da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas.

Vimos que a proclamação do valor distinto da pessoa humana teve como conseqüência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem. A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos

fundamentais, a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais, o valor que atrai a realização dos direitos fundamentais.

Daí falar-se, em conseqüência, na centralidade dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, que eles apresentam não apenas um caráter subjetivo mas também cumprem funções estruturais, são condições necessárias à existência de um Estado constitucional democrático.

Outrossim, a fundamentalidade destes direitos, tanto formal como material. Ou seja, as normas de direito fundamental ocupam o grau superior da ordem jurídica; estão submetidas a processos dificultosos de revisão; constituem limites materiais da própria revisão; vinculam imediatamente os poderes públicos; significam a abertura a outros direitos fundamentais.

Dessa maneira, a interpretação dos demais preceitos constitucionais e legais há de fazer-se à luz daquelas normas constitucionais que proclamam e consagram direitos fundamentais, as normas de direito fundamental. Com razão, false que a interpretação da Constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais.

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão do princípio da dignidade da pessoa humana (inviolabilidade pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade).

Fica evidente aqui que, no direito brasileiro, o princípio da dignidade humana assume relevo ímpar na decisão do processo de ponderação entre as posições em conflito. É certo, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal está a se utilizar, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como “lei de ponderação”, rejeitando a intervenção que impõe ônus intolerável ao atingido ou um ônus desproporcional.

4.4. A restrição ao direito de propriedade

Especificamente sobre o direito de propriedade pode-se afirmar que eventual redução legal das faculdades a ele inerentes pode ser vista sob dupla perspectiva: para o futuro, cuida-se de uma nova definição do direito de propriedade; em relação ao direito fundado no passado, tem-se uma nítida restrição.

Embora, teoricamente, não se possa caracterizar toda e qualquer disciplina normativa desses institutos como restrição, não há como deixar de reconhecer que o legislador pode, no uso de seu poder de conformação, redesenhar determinado instituto, com sérias e, não raras vezes, gravosas conseqüências para o titular do direito.

Caberia indagar se, nesses casos, seria possível falar, propriamente, de conformação ou concretização ou se se tem, efetivamente, uma restrição que poderá revelar-se legítima, se adequada para garantir a função social da propriedade, ou ilegítima, se desproporcional, desarrazoada, ou incompatível com o núcleo essencial desse direito.

A garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos. Garante-se, outrossim, a propriedade enquanto instituto jurídico, obrigando o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito

Inexiste, todavia, um conceito constitucional fixo, estático, de propriedade, afigurando-se, fundamentalmente, legítimas não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social. É que, embora não aberto, o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico.

Nesse passo, deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um processo de relativização, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária. As disposições legais relativas ao conteúdo têm, portanto, inconfundível caráter constitutivo. Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos. A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade enquanto garantia institucional. Ademais, as limitações impostas ou as novas conformações conferidas ao direito de propriedade não de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.

Continuando com a lição de Mendes, a faculdade confiada ao legislador de regular o direito de propriedade obriga-o a compatibilizar o espaço de liberdade do indivíduo no âmbito da ordem de propriedade com o interesse da comunidade. Essa necessidade de ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade é, todavia, comum a todos os direitos fundamentais, não sendo uma especificidade do direito de propriedade.

A afirmação sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de determinada alteração no regime de propriedade há de decorrer, pois, de uma cuidadosa ponderação sobre os bens e valores em questão. Nesse sentido, afigura-se digna de registro manifestação da Corte alemã, apud Mendes, a propósito, verbis:

A propriedade privada caracteriza-se, na sua dimensão jurídica, pela utilidade privada e, fundamentalmente, pela possibilidade de disposição (BVerfGE 31, 229 (240)); seu uso deve servir, igualmente, ao interesse social. Pressupõe-se aqui que o objeto da propriedade tenha uma função social. (...) Compete ao legislador concretizar esse postulado também no âmbito do Direito Privado. Ele deve, portanto, considerar a

liberdade individual constitucionalmente garantida e o princípio de uma ordem de propriedade socialmente justa - elementos que se encontram em relação dialética na Lei Fundamental - para o fim de, mediante adequada ponderação, consolidar relações equilibradas e justas.

É notória a dificuldade para compatibilizar esses valores e interesses diferenciados. Daí enfatizar a Corte alemã que o poder de conformação do legislador é tanto menor quanto maior for o significado da propriedade como elemento de preservação da liberdade individual. Ao contrário, "a faculdade do legislador para definir o conteúdo e impor restrições ao direito de propriedade há de ser tanto mais ampla quanto mais intensa for a inserção do objeto do direito de propriedade no contexto social".

Vê-se, pois, que o legislador dispõe de relativa liberdade na definição do conteúdo da propriedade e na imposição de restrições. Ele deve preservar, porém, o núcleo essencial do direito, constituído pela utilidade privada e, fundamentalmente, pelo poder de disposição. A vinculação social da propriedade, que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade.

Por outro lado, as considerações expendidas sobre a natureza eminentemente jurídica do âmbito de proteção do direito de propriedade estão a realçar a dificuldade de distinguir, precisamente, a concretização ou conformação do direito de propriedade da imposição de restrições ou de limitações a esse direito. Nesse sentido, convém registrar o magistério de Papier, apud Mendes:

Da reserva legal constante do art. 14, parágrafo 2, da Lei Fundamental resulta que "apenas a propriedade definida em lei" constitui objeto da garantia da propriedade, gozando, portanto, da proteção constitucionalmente assegurada. (...) Podem-se distinguir conceitualmente as disposições de caráter conformativo do direito de propriedade (Inhaltsbestimmungen) daquelas de índole estritamente restritiva (Schrankenbestimmungen). Essa diferenciação não tem, todavia, qualquer relevância do prisma estritamente dogmático ou objetivo. A decisão do legislador de emprestar, originariamente, um conteúdo restritivo a determinadas faculdades inerentes ao direito de propriedade ou de estabelecer restrições ao conteúdo de direito concebido, inicialmente, de forma ampla é quase obra do acaso. O legislador está obrigado a constituir a ordem jurídica da propriedade, considerando, para isso, tanto os interesses privados como as exigências de cunho social. Normalmente, o interesse individual é assegurado pelas normas de Direito Privado; a função social é garantida por disposições de Direito Público. Esses dois complexos normativos contribuem, igualmente, para a constituição do direito de propriedade, inexistindo qualquer relação de hierarquia ou de precedência entre eles.

Tem-se, pois, que a distinção entre disposições de caráter conformativo ou de cunho restritivo cede lugar, no âmbito do direito de propriedade, para uma outra diferenciação, indubitavelmente mais relevante. Trata-se da distinção entre as medidas de índole conformativa ou restritiva, de um lado, e aquelas providências de inequívoca natureza expropriatória, de outro. Enquanto as primeiras são dotadas de abstração, generalidade e impõem apenas restrições às posições jurídicas individuais, considera-se que as providências expropriatórias têm conteúdo concreto, individual, e importam na retirada total ou parcial do objeto da esfera de domínio privado.

Assinale-se, contudo, que, não raras vezes, a imposição de limitação importa a quase supressão de determinada faculdade inerente ao direito de propriedade. Não obstante, a jurisprudência considera tais medidas como disposições de conteúdo meramente conformativo ou restritivo. Assim, considera-se, na jurisprudência da Corte alemã, que a supressão do direito de rescisão do contrato de arrendamento das pequenas propriedades há de ser entendida como providência de caráter conformativo ou restritivo. Da mesma forma, a proibição de elevação dos aluguéis acima de certo limite (30%) configuraria medida de caráter restritivo e conformativo.

Como se vê, essas disposições de caráter restritivo e conformativo podem reduzir de forma significativa alguns poderes ou faculdades reconhecidos originariamente ao proprietário, conferindo mesmo nova conformação a determinado instituto – e, por conseguinte – a determinado direito. Essa nova definição apresenta-se, inevitavelmente, em relação ao passado, como uma restrição ou limitação.

Ressalte-se, porém, que essa possibilidade de mudança é inerente ao caráter institucional e ao conteúdo marcadamente normativo do âmbito de proteção do direito de propriedade. Por seu turno, a função social da propriedade impõe ao legislador um dever de atualização das disposições disciplinadoras do direito de propriedade, tornando, muitas vezes, inevitável uma mudança do próprio conteúdo. Ao contrário das providências de índole expropriatória, essas medidas de conteúdo restritivo e conformativo não legitimam, em princípio, qualquer pretensão indenizatória.

A dimensão conformativa das alterações legislativas afetas ao direito de propriedade tem sido enfatizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, reconheceu o Supremo Tribunal a legitimidade do resgate das enfiteuses instituídas antes do advento do Código Civil de 1916 e gravadas com cláusula de perpetuidade. Embora a questão relativa ao direito de propriedade não tenha sido discutida expressamente, não deve subsistir dúvida de que, ao proclamar a lisura constitucional da alteração, houve por bem a Excelsa Corte reconhecer, igualmente, a inequívoca legitimidade da mudança de regime jurídico do direito de propriedade ou de outro direito real, não obstante eventuais reflexos sobre as posições individuais.

Finalmente, vale lembrar que a legitimidade de mudança do regime de direito de propriedade foi contemplada no Recurso Extraordinário nº 94.020, de 4 de novembro de 1981. No referido recurso, da relatoria do eminente Ministro Moreira Alves, relativo à alegada inconstitucionalidade do art. 125 do Código de Propriedade Industrial – que sujeitava o titular de privilégio, antes regulado pela obrigação constante do art. 116, constituir e manter procurador domiciliado no Brasil, sob pena de caducidade – sustentava-se que, configurando o registro anterior um direito adquirido, não poderia a lei nova impor ao seu titular uma obrigação antes inexistente.

Consagrando a orientação esposada pelo eminente Ministro Relator, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto - como é o da propriedade, seja ela de coisa móvel, ou imóvel ou de marca -, essa modificação se aplica de imediato.

Todos esses precedentes estão a corroborar a idéia de que o caráter normativo do âmbito de proteção do direito de propriedade e, por conseguinte, o conteúdo normativo de seu âmbito de proteção permitem e legitimam a alteração do regime jurídico da propriedade, a despeito dos possíveis reflexos sobre as posições jurídicas individuais.

Embora essas disposições de conteúdo conformativo possam provocar uma diminuição ou redução no patrimônio do titular do direito, não há como deixar de reconhecer que tal redução ou diminuição resulta das próprias limitações impostas pela constituinte à garantia da propriedade.

A pretexto de dar nova conformação ao direito de propriedade, não pode o legislador suprimir a utilidade privada do bem para o seu titular (respeito ao núcleo essencial). Por outro lado, com o propósito de disciplinar a forma de existência ou exercício do direito de propriedade, não pode o legislador tornar impossível a aquisição ou o exercício desse direito.

Consoante a firme jurisprudência da Corte alemã, a definição do conteúdo e a imposição de limitações ao direito de propriedade há de observar o princípio da proporcionalidade. Segundo esse entendimento, o legislador está obrigado a concretizar um modelo social fundado, de um lado, no reconhecimento da propriedade privada e, de outro, no princípio da função social. É ilustrativa, a propósito, a decisão na qual a Corte Constitucional deixou assente que, "no âmbito da regulação da ordem privada, nos termos do art. 14, parágrafo 2, da Lei Fundamental, deve o legislador contemplar, igualmente, os dois elementos que estão numa relação dialética - a liberdade constitucionalmente assegurada e o princípio da função social da propriedade -, cumprindo-lhe a tarefa de assegurar uma relação equilibrada entre esses dois elementos dentro da ordem jurídica".

Entende, portanto, o Tribunal máximo alemão que a Constituição autoriza o legislador a concretizar o princípio da função social. Ele não deve restringir a liberdade além do estritamente necessário; não deve, todavia, descurar-se também da concretização da função social da propriedade. Como as novas disposições de índole conformativa-restritiva incidem normalmente sobre situações já constituídas e reguladas, faz-se mister que o legislador leve em conta as estruturas jurídicas preexistentes.

A Corte alemã considera que o legislador dispõe de poder de conformação relativamente amplo na matéria. Não obstante, o Tribunal procura sistematizar a aplicação do princípio da proporcionalidade, enunciando as seguintes condições que não de ser observadas:

a) o legislador deve considerar as peculiaridades do bem ou valor patrimonial, objeto da proteção constitucional;

b) o legislador deve considerar o significado do bem para o proprietário;

c) o legislador deve assegurar uma compensação financeira ao proprietário em caso de grave restrição à própria substância do direito de propriedade. Embora não se tenha uma expropriação propriamente dita, a observância do princípio da proporcionalidade recomenda que se assegure ao proprietário que sofreu graves prejuízos com a implementação de providência legislativa uma compensação financeira;

d) se possível, deve o legislador atenuar o impacto decorrente da mudança de sistemas mediante a utilização de disposições transitórias, evitando as situações traumáticas de difícil superação.

4.5. Direito do criador intelectual e liberdade de expressão

A liberdade de expressão é assegurada pelo art. 5º, IX, da Constituição Federal, que dispõe: “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Desta forma, pode-se dizer que, em certo aspecto, o direito do criador intelectual (direito autoral) configura-se como uma restrição ao pleno exercício da liberdade de expressão. À medida que aumenta o grau de proteção do direito do criador, 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 em caráter de exceção.

Os tratados internacionais e as legislações em matéria de propriedade intelectual distinguem as idéias (que, em princípio, não são passíveis de proteção) das expressões (estas, sim, protegidas). Dessa forma, o direito do criador não limitaria as idéias que circulam na sociedade, mas apenas algumas formas particulares de expressão dessas idéias, pelo fato de já terem sido anteriormente criadas por uma outra pessoa.

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

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

O problema é que a liberdade de expressão, se entendida de maneira mais ampla, não compreenderia apenas a liberdade de se expressar sobre o conteúdo do que já foi dito (idéia), mas também sobre a forma como algo foi dito (expressão).

No entanto, o direito do criador não permite que alguém possa livremente se expressar sobre a forma de uma determinada idéia, sem a devida autorização do seu criador, ainda que a intenção seja oferecer uma nova leitura ou interpretação da mesma. É por essa razão que a criação de obra derivada depende da expressa anuência do autor da obra primígena, o que acarreta uma redução de possibilidades de releituras ou de novas interpretações da obra original. Se, por exemplo, um cineasta tem uma visão particular sobre uma determinada obra literária e pretende criar um filme nela baseado, o autor do livro pode impedir tal criação, caso não atenda às exigências por ele impostas.

Apesar do conflito filosófico existente, não há, do ponto de vista jurídico, uma real colisão entre o direito do criador e a liberdade de expressão. Como a Constituição Federal brasileira positivou tanto o direito do criador como a liberdade de expressão, enquanto direitos fundamentais, ambos devem coexistir, apesar das diferenças, pois a própria concepção do direito do criador já remete à idéia de uma limitação à liberdade de expressão.

4.6. Direito do criador intelectual e livre acesso à informação e à cultura

O direito de livre acesso à informação e à cultura está previsto nos artigos 5º, XIV, e 215, da Constituição Federal, que dispõem:

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

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.

A leitura destes dispositivos permite constatar que tais direitos são informados pelo princípio da universalidade, isto é, são direitos garantidos a todos.

No caso dos direitos culturais, a sua positivação na Constituição Federal se deu na forma de normas programáticas, pois o legislador não regulou imediatamente o seu objeto, estabelecendo apenas um programa de ação com relação ao mesmo.

José Afonso da Silva preleciona que devem ser considerados os seguintes direitos culturais na Constituição Federal: (a) direito de criação intelectual, que compreende as criações científicas, artísticas e tecnológicas; (b) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (c) direito de difusão da cultura; (d) liberdade de formas de expressão cultural; (e) liberdade de manifestações culturais; e (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura, que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público.

Para o mesmo autor, alguns direitos culturais guardariam uma íntima relação com a liberdade de expressão. Pode-se dizer, portanto, que o Estado garante a todos os indivíduos, não apenas a liberdade de expressão, mas também um direito cultural de criação intelectual que, contudo, sofre as limitações impostas pela proteção ao criador de obra intelectual.

O direito de acesso à informação e à cultura é, sem dúvida, o que possui uma maior possibilidade de conflito com o direito do criador (direito autoral), principalmente na sociedade de informação, que tem a internet como um dos principais instrumentos de divulgação do conhecimento e do saber.

Com o advento da internet, a possibilidade de acesso à informação e à cultura ampliou-se exponencialmente. Consequentemente, o direito do criador também teve o seu âmbito de proteção ampliado, em virtude da divulgação das obras intelectuais nesse novo meio. O desafio que se impõe é justamente o de equilibrar o direito do criador com o direito social de acesso à informação e à cultura, de forma que a esfera pública volte a ser um espaço destinado à livre formação da opinião pública.

Como exemplo de um conflito concreto entre o direito do criador e o direito de acesso à informação e à cultura, pode-se mencionar o projeto de digitalização do acervo de algumas discotecas municipais, com o intuito de proteger as obras musicais da deterioração dos discos. O intuito de tais projetos é evidentemente social, isto é, o de garantir o direito da população de continuar ouvindo as músicas contidas no referido acervo.

No entanto, é muito provável que haja argumentos no sentido de que essa digitalização não poderia ser permitida sem a expressa anuência dos titulares dos direitos autorais sobre as músicas, pois tal processo envolve uma reprodução integral das obras em um outro suporte físico (do disco de vinil – suporte primário – para o CD – suporte secundário), o que, em tese, violaria os arts. 5º, VI, 29, I, 31 e 46,II, todos da Lei 9.610/98, principalmente porque o artigo 4º da referida lei estabelece que os negócios jurídicos envolvendo direitos autorais devem ser interpretados restritivamente, ou seja, para cada novo suporte deve haver um contrato específico.

Na Lei 9.610/98, não há qualquer previsão de que a reprodução integral de uma obra intelectual deva ser permitida em determinadas situações, a serem definidas com base na finalidade da reprodução e no seu impacto mercadológico. Acredita-se, entretanto, que, não obstante essa ausência de previsão, se, no exame

da sua finalidade, verificar-se que o interesse público deve prevalecer, o direito autoral sobre a obra deveria sofrer uma justa limitação.

No exemplo acima, fica claro que o interesse público de acesso da população ao acervo da discoteca – que somente poderia ser assegurado, em longo prazo, através da conservação deste acervo, realizada mediante a digitalização dos discos – deve prevalecer sobre os direitos autorais e conexos dos compositores e das gravadoras sobre as músicas que fazem parte do seu acervo. Portanto, apesar de ter sido previsto de forma genérica na Constituição Federal brasileira, o direito de acesso à informação e à cultura deve ser invocado para garantir o acesso da população ao acervo da discoteca, apesar de a Lei 9.610/98 não ter incluído esta possibilidade nos seus artigos 46 a 48, que tratam das limitações ao direito do autor.

Como fundamento do que se está a sustentar temos a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; a Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, de dezembro de 2003; e o Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento, da Organização Mundial do Comércio (OMC), de setembro de 2002.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrou como direitos humanos tanto o direito à cultura como o direito do criado sobre sua obra, o que significa que deve haver um equilíbrio (apesar do aparente conflito) entre esses dois direitos.

A Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, de 2003, no capítulo sobre “acesso à informação e ao conhecimento” (Capítulo 3), estabelece, em linhas gerais, que todos devem ter acesso à informação, às idéias e ao conhecimento e contribuir para fomentá-los; a eliminação de barreiras que impedem o acesso equitativo à informação para realizar atividades sociais, econômicas, políticas e culturais, entre outras; a facilitação de acesso à informação de domínio público rico e à proteção da informação contra toda apropriação indevida; o acesso universal e equitativo ao conhecimento científico. Dispõe, ainda, no capítulo sobre “diversidade e identidade culturais, diversidade lingüística e conteúdo local” (Capítulo 8), que é essencial promover a produção de conteúdos e acessibilidade aos mesmos, independentemente de propósitos educativos, científicos, culturais ou recreativos, em diferentes idiomas e formatos.

Verifica-se que a tendência apontada pela Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação é no sentido da prevalência do

direito de acesso à informação e à cultura sobre o direito do criador, em determinadas circunstâncias, principalmente quando estiverem em jogo interesses sociais, econômicos e culturais de um povo.

O Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento da OMC foi bem claro quanto à necessidade de cada país (especialmente aqueles em desenvolvimento) produzir políticas próprias de direitos de propriedade intelectual, de acordo com as suas necessidades, a serem elaboradas com a participação de representantes do governo, do setor privado e de Organizações Não-Governamentais.

Dentre as diversas soluções que o referido relatório propõe para os problemas relativos à aplicação dos direitos de propriedade intelectual (especialmente os de autor, software e internet) de forma idêntica nos países desenvolvidos e em desenvolvimento, cabe destacar a recomendação de que os países em desenvolvimento deveriam ter permissão para manter ou adotar exceções abrangentes para usos em educação, pesquisa e bibliotecas em suas leis de direitos autorais. Daí a preocupação internacional redobrada com o acesso à informação e à cultura por parte dos países em desenvolvimento, como o Brasil.

Outra perspectiva importante dos direitos culturais diz respeito ao direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e proteção dos bens de cultura, como forma de propriedade de interesse público.

De acordo com o artigo 216 da Constituição Federal brasileira

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O § 1º deste artigo dispõe que

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.

Dessa forma, se faz necessário avaliar se, ao proteger o patrimônio cultural, seja através do registro, tombamento ou mesmo desapropriação, o Estado poderia interferir nas obras protegidas pelo direito do criador sobre sua obra.

De acordo com o supracitado § 1º, o Estado pode, e deve, interferir nas obras protegidas pelo direito autoral do criador, até na forma de desapropriação, visando ao cumprimento do seu dever de zelar pela proteção do patrimônio cultural. Portanto, esta interferência deve ter como fundamento e limite a proteção do patrimônio da cultura nacional e, conseqüentemente, eventuais excessos não deverão ser permitidos, pois – aí sim – haveria violação dos direitos do criador.

Exemplo interessante para ilustrar esse conflito foi o caso envolvendo a estátua do Cristo Redentor, no Rio de Janeiro. No primeiro semestre de 2004, os jornais divulgaram que os herdeiros do escultor do Cristo estariam pleiteando que as pessoas não mais comercializassem camisetas e *souvenirs* contendo a imagem do Cristo, pois, estando vivos, seriam os detentores dos direitos autorais sobre a escultura.

A proprietária da estátua é a Arquidiocese do Rio de Janeiro, que arrecadou contribuições para que o monumento fosse erguido e cuidou da sua construção. Por se tratar de uma escultura colocada em local público, ninguém (nem a própria Arquidiocese) pode impedir a sua livre representação por parte de outras pessoas, pois o art. 48 da Lei 9.610/98 estabelece que “as obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais”.

Não cabe aqui entrar na discussão envolvendo a titularidade dos direitos autorais sobre o Cristo Redentor por parte dos herdeiros do criador (escultor). No entanto, ainda que se parta do pressuposto de que os herdeiros são os detentores dos direitos autorais, e considerando que, à época da construção do Cristo, ainda não havia o artigo de lei supracitado (ou qualquer dispositivo legal semelhante), os herdeiros do escultor não podem fazer jus a um rendimento pela utilização da imagem do Cristo – ainda que para fins comerciais – uma vez que o mesmo tornou-se não apenas um patrimônio cultural, mas um símbolo da cidade do Rio de Janeiro e do Brasil.

Atualmente, exemplos como este podem ser facilmente resolvidos com base no referido art. 48 da Lei 9.610/98, que privilegia o interesse social de livre representação de obras que, pelo fato de estarem localizadas em logradouros públicos, pertencem ao patrimônio cultural da localidade. Nesse caso, portanto, o

art. 216 da Constituição, com base no princípio da proporcionalidade, deve sobrepor-se ao direito do criador, não havendo que se falar em pagamento de *royalties* aos herdeiros do escultor, já que se trata de um importante patrimônio cultural brasileiro.

Em suma, não obstante o fato de o direito de acesso à informação e à cultura ter sido positivado como norma programática em nossa Constituição e de a Lei 9.610/98 não estabelecer a possibilidade de sua limitação na forma de um princípio geral em situações em que deva prevalecer, esse direito deverá ser invocado em determinadas situações concretas (como as descritas nos exemplos acima citados), com base no princípio da proporcionalidade, sempre que o interesse público tiver de prevalecer sobre o interesse particular do autor ou criador.

4.7. Direito do criador intelectual e direito ao desenvolvimento tecnológico

Os artigos 170, III, 218 e 219 da Constituição Federal estabelecem as diretrizes da política científica e tecnológica do país. Vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III – função social da propriedade; (...)

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. (...)

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal.

Isabel Vaz, citando Nuno Tomaz Pires de Carvalho, menciona que, com base nas modalidades contemporâneas de produção de tecnologia, verifica-se a superação das iniciativas individuais ou isoladas de inventores, o que as insere num contexto mais amplo, em que o Estado, por meio de medidas de política econômica, ocuparia um espaço considerável, posição essa institucionalizada pelos arts. 218 e 219 da Constituição Federal e que deveria contribuir para o redimensionamento dos direitos de propriedade intelectual na legislação ordinária. Para a autora, os direitos do criador intelectual estariam subordinados às diretrizes da política científica e tecnológica estabelecida pelos arts. 218 e 219 da Constituição Federal, pois todas as formas de propriedade estariam vinculadas ao princípio da função social.

Como exemplo de conflito entre o direito do criador e o direito ao desenvolvimento tecnológico, pode-se citar o famoso caso norte-americano envolvendo, de um lado, a Universal City Studios e a Walt Disney Production e, de outro, a Sony Corporation (fabricante de videocassetes Betamax) e algumas lojas que comercializam os videocassetes no varejo. Em 1976, as primeiras ingressaram

com uma ação em face das segundas, na Califórnia, alegando que algumas pessoas tinham usado videocassetes Betamax, produzidos pela Sony, para gravar programas de televisão. O caso foi examinado exclusivamente sob a ótica do uso privado, uma vez que não houve comercialização ou execução pública dessas gravações.

A Corte Distrital concluiu que a gravação de programas de televisão para uso privado, sem comercialização ou reprodução pública não configuraria infração aos direitos autorais da Universal Studios e da Walt Disney. Entendeu, ainda, que as gravações não ocasionavam um impacto econômico negativo para as autoras, razão pela qual deveriam ser permitidas, desde que para uso exclusivamente privado.

Outro importante exemplo de conflito concerne às atuais discussões envolvendo a tecnologia *peer-to-peer*, que é uma forma de distribuição de obras intelectuais na internet, que tem como base a troca, ou ainda, o compartilhamento de arquivos entre as pessoas, sem que haja uma empresa ou entidade centralizadora, para o fornecimento desse conteúdo, que ocorre, portanto, de forma descentralizada.

Para proteger suas criações intelectuais da chamada “pirataria digital”, a indústria do entretenimento, através da Recording Industry Association of América (RIAA) tem travado uma verdadeira batalha contra os usuários da tecnologia *peer-to-peer* nos Estados Unidos, incluindo medidas drásticas, como a propositura de ações judiciais contra diversos usuários que, na sua grande maioria, são universitários que têm como hábito a troca de músicas e filmes por meio da internet.

O que se pode constatar é que as medidas judiciais que vêm sendo tomadas contra estes usuários refletem a tentativa de se manter o atual modelo de distribuição de músicas, que tem como base a comercialização de um suporte físico (no caso, o CD), sem considerar que a internet não apenas questiona esse modelo (pelo fato de que, nela, a distribuição de obras se dá com base na cópia), mas também pode representar um novo meio para o criador ter a sua obra divulgada.

O próprio Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento, da OMC dispõe:

O advento da era digital oferece aos países em desenvolvimento grandes oportunidades de acesso à informações e conhecimentos. A criação de bibliotecas e arquivos digitais, o aprendizado à distância via internet e a capacidade de cientistas e pesquisadores para acessar, em tempo real, sofisticadas bases de dados de informação técnica on-line são apenas alguns exemplos. Mas o advento da era digital também trouxe

ameaças novas e sérias ao acesso ao conhecimento e sua difusão. Em particular, existe o risco real de que o potencial da internet no mundo em desenvolvimento venha a ser perdido, à medida que os detentores de direitos autorais apliquem tecnologia para impedir o acesso público por intermédio de sistemas pay-to-view.

Constata-se que as mudanças ocasionadas pela tecnologia digital demandam uma nova interpretação dos conflitos envolvendo o direito do criador sobre sua obra e as novas tecnologias que visam ampliar e dinamizar as formas de expressão cultural e artística, bem como a distribuição das obras intelectuais.

Dessa forma, o desenvolvimento tecnológico não pode ser coibido pelo direito do criador intelectual. Em caso de conflito, o direito deste deve ser adaptado à nova realidade tecnológica e não o contrário, pois ele é apenas um instrumento para o desenvolvimento tecnológico.

TENDÊNCIAS MODERNAS DE EQUILÍBRIO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO NA PROPRIEDADE INTELECTUAL

5.1. Internet

Muito já foi dito sobre a globalização. Muitos de seus efeitos, positivos e negativos, já foram devidamente analisados e revirados conceitualmente. Não cabe fazer o mesmo aqui. De qualquer forma, a globalização teve como uma de suas conseqüências a possibilidade de acesso à cultura como nunca antes fora possível.

Apesar dos efeitos colaterais – alguns verdadeiramente negativos -, é inegável ver como benefício a possibilidade de entrar em contato com a literatura escandinava, a música hondurenha, o artesanato indiano ou o cinema nigeriano. Tudo ao alcance da mão – tudo a partir de alguns botões de computador.

No entanto, a vida no mundo globalizado e capitalista não permite que o acesso à cultura seja sempre gratuito. Tudo parece ter dono, e tudo parece ter preço. Foram sábias as palavras de Oscar Wilde, no século XIX, quando disse que, já naquele tempo, todos sabiam o preço de tudo mas ninguém sabia o valor de nada. Não evoluímos muito desde então. Parece que, hoje em dia, o valor das coisas está intrinsecamente ligado ao preço que podem ter.

As leis de propriedade intelectual não visam mais proteger o poeta boêmio, o músico romântico, o pintor solitário – se é que alguma vez essa intenção existiu. Hoje, não restam dúvidas, as leis de proteção da propriedade intelectual cada vez mais se preocupam com as grandes corporações, com a indústria do entretenimento. E se são hoje os norte-americanos que governam o mundo, será a voz deles que ecoará nos diplomas legais forjados nos quatro cantos do planeta.

É natural que Hollywood queira proteção para suas obras. É evidente que as grandes editoras precisam da proteção legal para garantia que continuem funcionando. É desejo universal que o cinema, a editoração de livros e a gravação

de músicas continuem viáveis, e que a cultura esteja cada vez mais acessível a todos.

Embora há muito as grandes empresas de entretenimento tenham passado a ditar as regras que valem para todos, independentemente da vontade dos criadores intelectuais, com o surgimento da rede mundial de computadores, a história mudou. E não há nisso qualquer exagero. A história mudou tanto neste particular, nos últimos anos, quanto mudou, com relação à matéria, na Revolução Industrial. O problema principal é que os pilares sobre os quais se funda a propriedade intelectual no mundo contemporâneo são os mesmos que foram erigidos mais de cem anos atrás.

O que hoje conhecemos como Internet é uma rede mundial de redes informáticas e provedores de acesso conectados entre si mediante um protocolo comum de comunicação, o denominado TCP/IP, que permite a comunicação e a troca de informação entre usuários situados em lugares distantes, por meio de uma máquina.

O que caracteriza a Internet e serve para diferenciá-la de outras redes de comunicação é: em primeiro lugar, sua descentralização. Esta é inerente à sua natureza. Internet não se controla por nenhuma instituição ou governo, nem em seus conteúdos, nem em seu modo de funcionamento. Se existe algum tipo de comprovação, esta se deve ao modo mediante o qual o usuário acessa a Internet. Ainda que se quisesse, não seria possível, tecnicamente, exercer uma supervisão e controle da Rede, tal como hoje a conhecemos, já que não há um centro de controle de armazenamento da informação, nem um canal único de telecomunicações.

Em segundo lugar, a Internet é uma rede interativa. Permite que todo usuário seja, ao mesmo tempo, emissor e receptor de informações. Isto já ocorre em alguma das atuais redes de telecomunicações, como a telefônica, mas, sem dúvida, sem as possibilidades que a Internet proporciona, tanto qualitativa, quanto quantitativamente. A divisão tradicional entre produtores e consumidores de informação, bens e serviços torna-se radicalmente alterada na Rede. Os usuários buscam diretamente as fontes de informação e se convertem, eles mesmos, em produtores. O papel dos intermediários na cadeia comercial é, portanto, menor. No campo da propriedade intelectual, isso significa que os criadores podem ter um acesso mais rápido e direto ao público e que as obras podem se tornar acessíveis em um espaço de tempo bastante reduzido desde a sua criação.

Em terceiro lugar a Internet é internacional. Neste sentido, não tem um país de origem, já que se constitui por elementos físicos situados em países diferentes. Ainda que isso não seja um fenômeno novo, o certo é que na Internet o caráter internacional é mais percebido, já que vem condicionado pelo sistema de transmissão da informação, que exige quase de maneira imperativa, na imensa maioria dos casos, o jogo de elementos físicos e relações jurídicas de caráter transnacional. As fronteiras se diluem de tal forma, que tendem a não ter relevância, do ponto de vista prático.

Em quarto lugar, a Internet é uma rede com um alcance de banda limitado. O alcance da banda descreve a capacidade máxima que tem um dispositivo para transmitir informação por unidade de tempo. Com a tecnologia atual, as limitações no alcance de banda disponíveis determinam a maneira mediante a qual se acessa a Internet e, sobretudo, a que velocidade podem ser transmitidas as obras intelectuais.

Por último, o formato sob o qual se transmite a informação. A Internet é uma rede digital. A informação que nela se introduz através de um dispositivo específico é convertida num código binário, em zeros e uns, e transmitida através da rede de telecomunicação. Isto faz com que seja possível que texto, sons e imagens convirjam em um mesmo meio de transmissão, dando lugar ao fenômeno denominado multimídia.

Do ponto de vista da propriedade intelectual, dos direitos do criador intelectual, a digitalização implica seis conseqüências que convertem a Internet em um meio especialmente problemático. Primeira, a facilidade para elaborar reproduções. A tecnologia digital permite realizar uma reprodução com um mínimo esforço de tempo e dinheiro. Segunda, a facilidade na distribuição dessas reproduções. Uma cópia pirata de uma obra protegida pode estar, através de uma rede digital como a Internet, à disposição de milhões de usuários em questão de segundos. Terceira, a qualidade das reproduções. A cópia nº 1.000.000 de uma obra fixada em formato digital é tão perfeita como a primeira e pode servir de base para posteriores reproduções sem qualquer perda de qualidade. Quarta, a equivalência das obras em formato digital. Uma vez que a obra se faça fixada neste formato, as clássicas diferenças entre obras literárias, musicais, audiovisuais, etc., deixam de existir, já que estas podem combinar-se entre si ao estar em um mesmo meio de transmissão. Quinto, a maleabilidade das obras fixadas em formato digital, que podem ser modificadas, transformadas e novamente transmitidas de uma maneira

fácil e cômoda para qualquer usuário com mínimos conhecimentos técnicos, sendo as alterações difíceis de detectar. Por último, ao contrário do que ocorre se as obras estivessem fixadas num suporte material, a digitalização possibilita transmitir tais obras a outras pessoas, além de possibilitar que obtenham uma cópia idêntica à original, sem que para isso o transmissor tenha que se desfazer do seu exemplar da obra.

Para uma melhor compreensão do fenômeno da propriedade intelectual nas redes digitais, é necessário conhecer que capacidade técnica tem essas redes para pôr à disposição do usuário obras protegidas. Por ser esta uma questão intimamente relacionada como avanço tecnológico, a volatilidade do que aqui se escreve é elevada. Não obstante, e à margem de considerações técnicas, os atos juridicamente relevantes têm permanecido praticamente inalterados desde o surgimento da Internet, e é provável que siga sendo assim a partir de agora. A única diferença relevante será em relação à velocidade de transmissão das informações veiculadas na Internet, já que o alcance das bandas das redes segue aumentando, cada vez mais.

Em primeiro lugar, através da Internet se podem transmitir tanto emissões de rádio como obras musicais, assim como todo tipo de fragmento sonoro. Os formatos mediante os quais estes tipos de arquivo viajam pelas redes são diversos, mas todos eles tem em comum o fato de estarem fixados em formato digital, para que possam ser reproduzidos por um computador. Utilizando a compressão e o fluxo de áudio, os arquivos com formatos como o Mp3, que contém obras musicais completas, circulam pela Rede de maneira habitual. Com a ajuda de um programa especialmente criado para isso, podem ser armazenados no disco rígido do computador, reproduzidos e transmitidos a outros usuários – por exemplo, por e-mail – tantas vezes quanto se queira.

Também é possível a transmissão de arquivos de vídeo, que podem conter obras audiovisuais completas ou fragmentos das mesmas, ou receber radiodifusão televisiva mediante o uso da Internet. Para tanto, o sinal deve ser digitalizado, e se contarmos com a velocidade necessária na banda, se faz possível a recepção de um número de canais praticamente ilimitado. Em termos gerais, pela Internet é possível copiar de maneira quase instantânea no disco rígido do computador incontáveis quantidades de textos, imagens, softwares, obras multimídia, páginas web e bases de dados. Como conclusão pode se dizer que, através de técnicas diversas, toda

obra suscetível de fixar-se em formato digital pode ser transmitida através da Internet, com máxima qualidade.

Contemporaneamente, o que causa as mais diversas controvérsias é o que se pode extrair economicamente das obras intelectuais.

A política legislativa, no que tange à matéria, sempre se viu diante do dilema de ponderar: (i) os interesses dos criadores, que precisam a rigor da proteção de suas obras para serem remunerados e, assim, terem o incentivo de continuar a produzir, e (ii) os interesses da sociedade, que precisa do acesso à cultura para seu consumo, bem como do acesso ao repositório de idéias de que a cultura se auto-alimenta, para a criação de novas obras.

Durante muitos séculos, a escolha foi simples porque o estado da arte ao longo da história servia de subsídio fundamental aos legisladores: como as técnicas de reprodução eram caras e as cópias não-autorizadas normalmente possuíam qualidade visivelmente inferior ao original, a opção do legislador tendia à proteção dos direitos dos criadores, na escala que julgasse conveniente.

A opção se consolidava porque a contrafação era feita em escala reduzida, sendo mais fácil a identificação dos contrafatores, além do desinteresse natural por parte da sociedade quanto às obras ilegitimamente reproduzidas, em razão de sua natural falta de qualidade. Por tais motivos, os criadores experimentavam prejuízo normalmente diminuto em razão da reprodução não autorizada de suas obras.

A legislação brasileira costuma ser bastante rígida quanto à possibilidade de cópia de obras intelectuais. O art. 46 da Lei de Direitos Autorais (9.610/98), em seu inciso II, prevê explicitamente a autorização de reprodução apenas de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este e sem intuito de lucro. Assim, a lei é clara em permitir tão-somente a cópia de pequenos trechos e não da íntegra da obra.

Vê-se que nesse particular a lei 9.610/98 preferiu privilegiar o direito do autor em detrimento do acesso à cultura (para o usuário como consumidor lato sensu) e da liberdade de expressão (para o usuário que se valha da obra alheia como matéria-prima para criação de sua própria obra).

Ocorre que a opção legislativa esbarrou em entraves de natureza prática que não podem ser olvidados.

Mesmo antes do advento da Internet, já se tornara prática corriqueira e adotada em larga escala a cópia de obras alheias, para uso privado do copista. Quando surgiu entretanto a Lei 9.610/98, no alvorecer da era da Internet, a lei

decidiu caminhar na contramão dos fatos e proibiu, como visto, tanto a cópia privada como a citação integral.

Por curiosa casualidade, foi justo no momento do surgimento da Lei 9.610/98 a regular o direito autoral no Brasil que a cultura digital se disseminou rapidamente, o que acentuou de modo abissal o descompasso existente entre lei e fatos.

O que se vê é que a eficácia desta lei restou comprometida, já que o que antes precisava de aparatos técnicos caros e volumosos para ser feito pode ser feito hoje tendo-se apenas acesso a um computador, e assim milhares de usuários da Internet descumprem diariamente o disposto na Lei 9.610, se interpretada em sua literalidade.

Bem se vê que os parâmetros tecnológicos mudaram, que as necessidades das pessoas mudaram, que as possibilidades de acesso à cultura mudaram também. Mas a lei continua presa aos princípios forjados no final do século XIX. A idéia de conectividade e interatividade veio para ficar. Por isso, os problemas decorrentes do acesso e uso de obras intelectuais por meio de sistemas interligados precisam ser enfrentados o quanto antes.

Nesse sentido, é evidente que a vontade do criador intelectual deve se fazer respeitar, desde que também o criador observe os mesmos princípios legais a que estão sujeitos os usuários de sua obra. A propriedade não pode mais ser concebida por meio dos conceitos oitocentistas e por isso não deve ser encarada como um direito absoluto. Assim, deverá ser exercida em conformidade com a função social que exerce.

Sumariamente, podem-se identificar áreas onde surgem dificuldades quando se confrontam o direito dos criadores no âmbito das redes digitais.

Em primeiro lugar, encontra-se o âmbito de aplicação objetiva – conceito de obra protegida – do direito de propriedade intelectual na Internet. Há de ser abordado o regime jurídico das obras protegidas em sua seara.

Um segundo problema relevante é o da lei aplicável às transmissões digitais. As redes digitais são, por sua própria natureza, de caráter mundial e isto faz com que sejam múltiplos os ordenamentos jurídicos internacionais que podem entrar em jogo no curso da transmissão de uma obra protegida através da Internet.

Em terceiro lugar encontram-se as dificuldades de adaptação dos direitos de propriedade intelectual às transmissões digitais, em especial aquele relativo à modalidade de transmissão e à extensão do conceito de reprodução em um mundo

como o da Internet, onde a cópia não é só um produto da rede, mas o modus operandi da mesma.

Como um quarto e, por enquanto, último assunto relevante há que se citar a necessidade de equilibrar a extensão dos limites aos direitos de propriedade intelectual, que tem tido um papel preeminente no debate em torno da adequação do direito de propriedade intelectual ao novo entorno, em especial no referente ao tratamento da reprodução digital para uso privado e o acesso em linha a ficheiros digitais depositados em bibliotecas.

Uma primeira alternativa para se suprir o descompasso hoje existente entre a previsão legal e efetivo uso das obras alheias seria uma reinterpretação da Lei 9.610/98 a partir do filtro constitucional. A reinterpretação constitucionalizada desta lei conta com as vantagens de produzir efeitos imediatos, além de não depender de qualquer outro ato, quer por parte do legislador, quer por parte do detentor dos direitos de propriedade intelectual, e abarcar situações muito além dos bits e bytes do mundo da Internet. Evidentemente, as obras digitais também seriam beneficiárias dessa reinterpretação legal.

Naturalmente, há várias outras possibilidades de contornar as dificuldades impostas pela lei. É possível modificar a lei de modo a torná-la mais condizente com as necessidades sociais. Além disso, há juristas que estão trabalhando em pesquisas para o uso de obras alheias independentemente da autorização dos autores, exclusivamente através da reinterpretação da lei.

A bem da verdade o tema é inesgotável. Os tempos contemporâneos e a sociedade globalizada são cruéis com o pesquisador. Por mais ampla que seja a pesquisa, e a despeito da diferença de leis e de interpretação das diversas leis nacionais, sempre haverá uma nova decisão na Islândia, na Suécia ou no Chile que poderiam apontar alternativas e servir de fundamento a decisões brasileiras. As fronteiras estão se tornando mais tênues. Na Internet, praticamente já não existem mais.

5.2. Fair use

Falando a respeito de limitações aos direitos de propriedade intelectual, é importante mencionar que o direito norte-americano prevê a figura do *fair use*.

O *fair use* é uma exceção ao direito do criador. Consiste numa tentativa de tornar legítimo o uso de obras literárias através da Internet, desde que sem intuito lucrativo, bastando que certos requisitos sejam observados. O fundamento para esta prática se encontra no princípio de que a veiculação corresponderia a uma finalidade social, e não uma violação dos direitos autorais. Importante frisar que este instituto não foi recepcionado pela legislação brasileira, constituindo apenas uma questão de discussões jurídicas e outras pertinentes. Não obstante o *fair use* não esteja previsto em lei brasileira, o STJ já se pronunciou no sentido de que os shows oferecidos pelos municípios, em que não são cobrados os ingressos, não violam os direitos autorais dos artistas, o que poderíamos chamar de um atípico *fair use* brasileiro.

De acordo com os critérios consagrados na seção 107 do título 17 do US Code, na determinação do uso da obra para caracterização do *fair use* são levados em consideração:

a) o propósito e natureza do uso, nomeadamente se é comercial ou para fins educativos e não lucrativos: mas repare-se que este aforamento não é taxativo, porque entram em conta outras ponderações e nenhum critério tem vigor de aplicação automática. De todo modo, a natureza comercial do uso é um indicador negativo, uma vez que o direito do criador se cifra economicamente num exclusivo de exploração da obra;

b) a natureza da obra: é de se supor que nas obras mais fáticas o âmbito da utilização *fair* seja maior que nas obras mais imaginativas;

c) a quantidade e qualidade da utilização relativamente à obra global: por exemplo, até as citações podem ser postas em causa, se forem de tal modo longas e repetidas que acabem por representar praticamente uma apropriação do conjunto da obra;

d) a incidência da utilização sobre o mercado atual ou potencial da obra: este é apresentado por alguns como o mais relevante de todos os critérios.

Observa-se que o sistema norte-americano de previsão do *fair use* em muito se diferencia do sistema europeu. No primeiro são estabelecidos critérios segundo os quais, de acordo com o uso concreto da obra alheia, afere-se se tal uso viola ou não direitos autorais. Já no sistema europeu (que é seguido no Brasil), as limitações são previstas em rol de condutas que a doutrina entende ser taxativa. Ou seja, caso

a conduta do agente não se coadune com as permissões expressamente previstas em lei, o uso da obra alheia não será admitido.

José de Oliveira Ascensão, apud Branco Jr. (2007, p. 72), aponta as principais distinções entre o sistema norte-americano e o europeu ao dizer que:

O sistema norte-americano é maleável, enquanto o sistema europeu é preciso. Mas, visto pela negativa, o sistema norte-americano é impreciso, enquanto o sistema europeu é rígido. O sistema norte-americano não dá segurança prévia sobre o que pode ou não ser considerado *fair use*. O sistema europeu, pelo contrário, mostra falta de capacidade de adaptação.

Mas, sopesando méritos e deméritos, permitimo-nos concluir pela superioridade do sistema norte-americano. Além de não ser contraditório como o europeu, mantém a capacidade de adaptação a novas circunstâncias, em tempo de tão rápida evolução. Pelo contrário, os sistemas europeus tornaram-se organismos mortos. Os Estados perderam a capacidade de criar novos limites, e com isso de se adaptar aos desafios emergentes; já dissemos que os limites são constitutivos do conteúdo dos direitos.

Eduardo Vieira Manso, apud Branco Jr. (2007, p. 73), ao tratar do *fair use* antes mesmo do advento da Internet, tece algumas considerações que se aplicam com perfeição à era da rede mundial de computadores:

A teoria do *fair use* funda-se no mesmo texto contitucional que é toda fonte do direito autoral norte-americano, o qual autoriza o Congresso “to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inevntors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”. Com base no princípio de que a cultura não há que ser privilégio de ninguém, mas um direitos de todos, e tendo em conta que a exclusividade absoluta, em favor dos autores, causaria um atraso no desenvolvimento do próprio homem, a Justiça norte-americana concluiu que certas circunstâncias autorizariam o uso da obra alheia, independentemente de prévia, nem posterior licença do titular do copyright.

5.3. Software Livre

Segundo Sérgio Amadeu, apud Branco Jr. (2007, p. 155) ex-diretor presidente do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI,

O movimento de software livre é a maior expressão da imaginação dissidente de uma sociedade que busca mais do que a sua mercantilização. Trata-se de um movimento baseado no princípio do compartilhamento do conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva conectada na rede mundial de computadores.

Continua o autor, comentando as razões que levaram ao surgimento do software livre:

Foi a partir da indignação ativa de um então integrante do MIT, Richard Stallman, contra a proibição de se acessar o código fonte de um software, certamente desenvolvido a partir do conhecimento acumulado de tantos outros programadores, que em 1985 foi criada a Free Software Foundation. O movimento de software livre começou pequeno. Reunia e distribuía programas e ferramentas livres, com o código-fonte aberto. Assim, todas as pessoas poderiam ter acesso não só aos programas mas também aos códigos em que foram escritos. A idéia era produzir um sistema operacional livre que tivesse a lógica do sistema Unix que era proprietário, ou seja, pertencia a uma empresa. Por isso, os vários esforços de programação eram reunidos em torno do nome GNU (Gnu Is Not Unix).

Para evitar que os esforços do movimento fossem apropriados indevidamente e patenteados por algum empreendedor oportunista, novamente bloqueando o desenvolvimento compartilhado, a Free Software Foundation inventou a Licença Pública Geral, GPL em inglês, conhecida como copyleft, em contraposição ao copyright. Ela é a garantia que os esforços coletivos não serão indevidamente considerados propriedade de alguém. O GPL é aplicável em todas as frentes em que os direitos autorais são utilizados: livros, imagens, músicas e softwares.

As questões envolvendo software livre não se centram em peculiaridades técnicas relacionadas ao software, mas sim peculiaridades jurídicas. Há que ficar claro que um software livre não se distingue dos demais em virtude de mecanismos técnicos. Nem tampouco há que se confundir software livre com software gratuito.

O grande passo dado por Richard Stallman foi na verdade manter o código-fonte do software aberto. Dessa maneira, qualquer pessoa poderá ter acesso a ele para estudá-lo e modificá-lo, adaptando-o a suas necessidades. São as chamadas quatro liberdades fundamentais do software livre: (i) A liberdade de executar o programa, para qualquer propósito; (ii) A liberdade de estudar como o programa funciona e adaptá-lo para as suas necessidades; (iii) A liberdade de redistribuir cópias de modo que se possa ajudar outras pessoas e; (iv) A liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade se beneficie.

Observação deve ser feita no sentido de que o autor ou criador do software não está abrindo mão de seus direitos. Na verdade, o titular está se valendo, no dizer de Joaquim Falcão, apud Branco Jr. (2007, p. 157):

Dos seus direitos de autor para, através de uma licença, condicionar a fruição desses direitos por parte de terceiros, impondo o dever de respeitar as quatro liberdades fundamentais acima descritas. O software livre, portanto, é produto direto do direito de propriedade do autor sobre o software e consiste em uma modalidade de exercício desse direito, através de uma licença jurídica.

Para garantir a manutenção do software exatamente como “livre”, o instrumento é um contrato jurídico chamado de GNU GPL (GNU – General Public License ou Licença Pública Geral). O uso da GNU GPL enseja a formação de redes de contratos, ou de contratos de licenciamento em rede. Aquele que se vale da licença precisa necessariamente permitir o uso de seus eventuais aperfeiçoamentos e modificações. Novamente com a palavra, Joaquim Falcão:

O exercício das quatro liberdades que constituem o contrato de licenciamento em rede – usar, adaptar, distribuir e aperfeiçoar – tem duplo significado. Para o autor, licenciante, a cláusula de compartilhamento obrigatório é um voluntário limite que se impõe, uma obrigação que ele mesmo estabelece para seu direito de autor. Nesse sentido, exerce a autonomia da vontade da teoria contratual liberal clássica. O resultado desta autolimitação é que, para os futuros indeterminados usuários, os licenciados, estas liberdades convertem-se em direitos. Por sua vez, a contraprestação pela aquisição destes direitos é a obrigação de repassar a futuros usuários indeterminados não só os aperfeiçoamentos e modificações que porventura o próprio usuário venha a fazer no software original, como também a permissão de uso.

Por isso, diz-se tratar-se de um contrato em rede, já que o licenciado de hoje pode ser o licenciante de amanhã. Dessa forma, alega-se o efeito viral a esse tipo de contrato, na medida em que a cláusula do compartilhamento obrigatório inocula-se em todos os contratos, fazendo-os partícipes de uma mesma situação.

Dessa forma, o software livre tornou-se o primeiro grande projeto desenvolvido de maneira colaborativa. Hoje, conta com a adesão de milhares de voluntários que aperfeiçoam seus sistemas e aplicativos. Foi a partir desse conceito que surgiram os demais projetos colaborativos, dos quais o Creative Commons é um dos exemplos mais relevantes.

5.4. Copyleft

O *copyleft* teve sua origem ainda em meados da década de 80 do século passado, com o surgimento do software livre.

Historicamente falando, desde que obras e patentes passaram a ser registradas, os direitos sobre elas passaram a ser violados. Uma parte dessa

violação dos direitos é, sem dúvida, mero crime. No entanto, à parte a violação marginal e clandestina dos direitos de propriedade intelectual (que pode ser muito grande, até mesmo dominante), sempre houve um fenômeno diferente de desobediência civil das leis que instauravam esses direitos. A desobediência civil, como se sabe, é muito diferente do crime. O crime é uma violação de lei clandestina, feita às escondidas e com o entendimento de que a lei que se viola é legítima. A desobediência civil, por sua vez, é uma violação pública das leis motivada por seu caráter ilegítimo. A desobediência civil se faz abertamente e ela não reconhece que a lei que está sendo infringida seja justa.

Desde que os direitos de propriedade intelectual foram instaurados, houve uma resistência aberta à sua aplicação no setor privado e comunitário. A enorme dificuldade de fiscalização fez com que essa desobediência civil tivesse um caráter passivo, que não se engajava na contestação das leis de propriedade intelectual, mas simplesmente as ignorava. As pessoas sabiam que os direitos existiam e deviam ser respeitados e simplesmente passavam por cima deles porque achavam que eram absurdos. Evidentemente não se está referindo à pirataria comercial que era, sem exagero, apenas crime. A indústria pirata reconhecia a legislação vigente e fugia dela de forma clandestina, sem contestá-la. Aliás, todo industrial pirata não podia aspirar a coisa maior do que transformar sua indústria pirata numa indústria legal e passar a utilizar assim os direitos autorais a seu favor.

Mas algo muito diferente eram os usuários que reproduziam a obra para fins não comerciais – "para a sua instrução mútua e a melhoria das condições", como dizia Jefferson. Quando aparelhos de reprodução se popularizaram (o mimeógrafo, a fita cassete, a copiadora e em seguida a reprodução digital por computador), as pessoas automaticamente começaram a reproduzir livros, canções, fotos e vídeos, para si e seus amigos, sem pagar os devidos direitos, assim como, antes, já encenavam peças nas escolas e nos bairros e cantavam e tocavam canções para os amigos e para a comunidade também sem pagar os direitos. Por mais que a campanha "cívica" promovida pela indústria e pelo governo lembrasse a todos a importância de "pagar os direitos", as pessoas desconfiavam, frequentemente de forma intuitiva, que aquele pagamento não fazia sentido pois quem apenas usufruía desse bem coletivo que é a cultura humana não podia estar roubando nada de ninguém. Como Benjamin Franklin havia escrito na sua autobiografia, na produção da cultura (e do saber e da tecnologia), nada pode ser feito sem que se tenha antes aprendido com a imensa comunidade dos outros produtores contemporâneos e dos

que nos precederam. E da mesma forma que usufruímos e aprendemos gratuitamente com todos eles – de maneira tão ampla que sequer podemos nomeá-los individualmente – devemos disponibilizar nossa contribuição para a formação das novas gerações.

O interesse crescente das grandes empresas na manutenção e ampliação dos direitos autorais se deve à forma específica como eles foram estabelecidos. Quando a propriedade intelectual foi concebida no final do século XVIII, sua finalidade era conceder ao autor um monopólio sobre a exploração comercial da obra, de forma que quem quisesse ler o livro que tinha escrito ou escutar a música que tinha composto, teria que pagar a ele. Ele poderia exigir esse pagamento porque tinha o direito exclusivo de comercializar a obra, sem concorrência. Mas é óbvio que os autores não podiam fazer isso. A não ser que o autor de um livro se tornasse também editor, ele não poderia diretamente explorar a obra. Ele teria que recorrer a um editor, a um capitalista, que iria explorar a obra por ele e tirar parte dos rendimentos para si próprio, como compensação pelo investimento. Dessa forma, o autor cedia ao capitalista o direito de exploração exclusiva, sem concorrência, que tinha recebido do estado e dividia com ele os dividendos da criação. Mas, nessa relação, o elo fraco era o autor. A distribuição de livros, discos e outros produtos sempre foi relativamente cara e havia muitos autores para poucas empresas interessadas em lançá-los. Isso fez com que as empresas tivessem um poder muito grande de determinar as condições dos contratos e conseguissem assim uma grande participação nos dividendos advindos da exploração comercial da obra. Era evidente que se o objetivo era estimular o autor e não beneficiar as grandes empresas, não havia porque o monopólio de exploração comercial ser cedido à empresa. A melhor forma de beneficiar o autor teria sido ele manter para si o monopólio de exploração e ceder para diferentes empresas concorrentes o direito não exclusivo de publicação da obra. Assim, com a concorrência entre as empresas, a obra seria barateada e melhor difundida e os dividendos se concentrariam com os autores que poderiam disputar licenças de exploração mais vantajosas. Com o monopólio de exploração comercial oferecido pelos direitos autorais sendo cedido integralmente para as empresas, não eram mais os autores que se beneficiavam primariamente, mas as grandes empresas da indústria cultural.

À medida que o poder da indústria cultural crescia, também cresciam as campanhas contra as violações dos direitos autorais. Essa pressão fez, de certa forma, com que aquela desobediência civil passiva que aparecia quando as pessoas

simplesmente ignoravam as leis, se tornasse mais consciente e, assim, movimentos de oposição declarada aos direitos autorais começassem a surgir. Enquanto pequenos grupos de *hackers* radicais começaram campanhas de violação deliberada dos direitos autorais, distribuindo música, vídeos, textos e programas de graça na internet sob o lema "a informação quer ser livre", grandes movimentos espontâneos menos conscientes e menos radicais tomavam conta de um público mais amplo. Entre esses movimentos, o de maior impacto, sem dúvida, foi a formação da comunidade Napster.

O Napster era um programa "*peer to peer*" desenvolvido em 1999 pelo estudante Shawn Fanning que buscava superar a dificuldade de encontrar música em formato MP3 na internet. Até então, as músicas em formato MP3 eram disponibilizadas principalmente por meio de servidores FTP que, em geral, ficavam no ar apenas até uma grande gravadora encontrar o servidor e enviar uma mensagem ameaçando deflagrar um processo judicial. Para superar essa dificuldade, Fanning projetou um sistema *peer to peer*, ou ponto a ponto, em que usuários poderiam acessar arquivos em pastas compartilhadas em computadores de outros usuários através de *links* recolhidos por um servidor. Assim, suprimia-se a mediação dos servidores que armazenavam os arquivos. Os arquivos de música ficavam no computador de cada usuário e o servidor do Napster apenas disponibilizava os *links* de acesso a eles. O Napster trazia uma concepção inteligente que descentralizava o armazenamento dos arquivos. Com isso, criava uma situação legal ambígua. Não se tratava mais de um grande servidor distribuindo música, mas de uma rede de usuários trocando generosamente arquivos de música entre si. De certa forma, nada distinguia a troca de arquivos na rede Napster do hábito que as pessoas sempre tiveram de gravar fitas cassetes para os amigos. A diferença era que isso era feito numa rede de cinco milhões de usuários – e foi com base nessa grande dimensão que a RIAA, a associação das gravadoras americanas, sustentou um processo contra o Napster.

O fenômeno Napster deflagrou grandes discussões públicas sobre os direitos autorais entre 1999 e 2001, quando o Napster perdeu o processo na justiça. Por um lado, essa discussão evidenciou o caráter de desobediência civil que envolvia a utilização do programa. Embora o estatuto legal do Napster estivesse em julgamento, na grande imprensa e na opinião pública formada por ela, a mensagem uníssona era a das grandes gravadoras e dos grandes artistas que condenavam o Napster e acusavam-no de roubo, pirataria e de tirar o sustento de milhares de

artistas esforçados. Apesar dessa massiva campanha de propaganda dos órgãos de imprensa (muitos dos quais ligados a grupos empresariais que também controlam grandes gravadoras), as pessoas não paravam de aderir à rede Napster numa demonstração aberta de que não consideravam legítima uma lei que impedia a livre troca dos bens culturais.

A discussão sobre o Napster, por outro lado, gerou um debate sobre a remuneração dos artistas e sobre as dificuldades de se compatibilizar a livre troca de informações com o sustento de uma classe de criadores profissionais remunerados. Não apenas as grandes gravadoras se opuseram ao Napster, mas uma série de artistas estabelecidos, do Metallica a Lou Reed], argumentaram que a livre troca de música sem o pagamento dos direitos autorais retirava sua fonte de sustento. Embora esse debate tenha sido muito desequilibrado – porque sempre estava ausente um verdadeiro opositor dos direitos autorais – ele teve o mérito de pôr em evidência o objetivo primário da instituição dos direitos de autor.

Enquanto o copyright é visto pelos mentores originais do *copyleft* como uma maneira de restringir os direitos de fazer e distribuir cópias de determinada obra intelectual, uma licença de *copyleft* usa a lei do copyright de forma a garantir que todos que recebam uma versão da obra possam usar, modificar e também distribuir tanto a obra quanto suas versões derivadas. Assim, de maneira leiga, pode-se dizer que *copyleft* é o oposto de *copyright*.

Resumidamente, as licenças *copyleft* licenciam os direitos do copyright, mas obrigam todos os licenciados a fazer referência ao autor da obra e a utilizarem o mesmo modelo de licenciamento nas redistribuições do mesmo original, de cópias ou de versões derivadas.

Entende-se, assim, que o *copyleft* representa um mecanismo jurídico para se garantir que detentores de direitos de propriedade intelectual possam licenciar o uso de suas obras além dos limites da lei, ainda que amparados por esta. Por meio das licenças inspiradas no *copyleft*, aos licenciados seria garantido, de maneira genérica, valer-se das obras de terceiros nos termos da licença pública outorgada.

É como qualquer licenciamento clássico em que o autor permite apenas o uso de sua obra, mas no *copyleft* há o licenciamento de outros direitos de forma não-onerosa. Assim como outros contratos atípicos de origem estrangeira, como *factoring* ou *franchising*, o contrato *copyleft* deverá, com o uso e a prática, ser admitido pela doutrina e pelos tribunais pátrios sem maiores problemas.

5.5. Creative Commons

A partir do uso do sistema *Creative Commons*, é possível a autores de obras intelectuais (quer sejam textos, fotos, músicas, filmes, etc.) licenciarem tais obras por meio de licenças públicas, autorizando, assim, a coletividade a usar suas obras dentro dos limites das licenças.

Por meio do site www.creativecommons.org, é possível ao autor e a outros titulares de direito autoral autorizarem o *download* de um filme, sua exibição pública e mesmo o “sampleamento” da obra (que significa modificação e recriação sobre o original). No âmbito do *website*, é celebrado um contrato entre o titular do direito e aqueles que solicitam autorização.

Pode-se afirmar, no dizer de Sílvio Crespo, apud Branco Jr. (2007, p. 160), que:

A adesão a esse sistema cresce diariamente e já inclui nomes como o dos músicos Gilberto Gil, David Byrne e as bandas Beastie Boys e Matmos (da cantora Björk). No campo científico, o Massachusetts Institute of Technology (MIT) registrou trabalhos pelo Creative Commons para promover a difusão da produção acadêmica.

A difusão do *Creative Commons* permite que, em vez de o autor se valer de “todos os direitos reservados”, possa se valer de “alguns direitos reservados”, autorizando-se, assim, toda a sociedade a usar a sua obra dentro dos termos das licenças públicas por ele adotadas.

Essa solução protege os direitos do criador, que os tem respeitados, ao mesmo tempo que permite, através de instrumento juridicamente válido, o acesso à cultura e o exercício da criatividade dos interessados em usarem a obra licenciada.

O *Creative Commons* busca efetivar a vontade de disseminação dos trabalhos dos mais diversos tipos de artistas, criadores e detentores de direitos. Por esse motivo, um determinado autor pode optar por licenciar seu trabalho sob uma licença específica, que atenda melhor a seus interesses, podendo escolher entre as diversas opções existentes.

De fato, as licenças do *Creative Commons* podem ser utilizadas para quaisquer obras, tais como música, filme, texto, foto, *blog*, banco de dados, compilação, software ou qualquer obra passível de proteção pela propriedade intelectual.

As principais licenças são:

a) **Atribuição:** quando a obra é licenciada nos termos desta licença, significa que o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra. Observa-se que, assim, contorna-se o problema do disposto no art. 46, II da Lei 9.610/98, referente à cópia integral da obra, já que há autorização expressa do autor no sentido de se permitir cópia integral da obra. Além disso, autoriza-se, também, a elaboração de obras derivadas, eliminando-se a necessidade de licença nos termos do art. 29 da Lei 9.610/98. O autor exige, no entanto, que a obra seja sempre atribuída ao autor original, fazendo-se sempre referência ao nome do autor.

b) **Não a obras derivativas:** nos termos desta licença, o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra, também de modo a se evitar a proibição

constante do art. 46, II da Lei 9.610/98. Diferentemente da licença anterior, entretanto, o autor não autoriza o uso de sua obra para a elaboração de obras derivadas. Por isso, a obra licenciada não poderá ser alterada ou reeditada sem a autorização expressa do autor. É esta licença, portanto, menos ampla do que a anterior, já que o autor não autoriza modificação de sua obra.

c) Vedados Usos comerciais: pelos termos desta licença, o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra, no que se assemelha à primeira licença analisada. Por outro lado, o autor proíbe o uso da obra com fins comerciais. Dessa forma, as pessoas que tenham tido acesso à obra poderão utilizá-la, nesse particular, apenas em consonância com o já disposto na Lei 9.610/98, que tem por parâmetro o uso de obras sem qualquer intenção de lucro. Permite-se, outrossim, a cópia privada para si e sua distribuição a terceiros, bem como o uso da obra original na elaboração de obras derivadas.

d) Compartilhamento pela mesma licença: Esta talvez seja a licença que mais amplamente impõe o espírito do *Creative Commons*. Pelos seus termos, o autor autoriza a cópia, distribuição e utilização da obra, como ocorre nos casos das licenças “atribuição” e “vedados os usos comerciais”. No entanto, o autor impõe a condição de que, caso a obra seja utilizada para a criação de obras derivadas, como, por exemplo, foto incluída em *blog* ou texto adaptado em filme, a obra derivada será necessariamente compartilhada pela mesma licença. Ou seja, uma obra licenciada pela modalidade “compartilhamento pela mesma licença” só pode ser utilizada em outras obras se estas também forem licenciadas sob a licença *Creative Commons*.

e) Recombinação (*Sampling*): por esta licença, o autor pode ou não autorizar a livre cópia, distribuição e utilização da obra. De qualquer forma, autoriza sempre a utilização parcial ou recombinação de boa-fé da obra por meio do emprego de técnicas como “sampleamento”, “mesclagem”, “colagem” ou qualquer outra técnica artística, desde que haja transformação significativa do original, levando à criação de uma nova obra. A distribuição das obras derivadas fica automaticamente autorizada para o autor que recriou a obra do autor original.

f) CC-GPL e CC-LGPL: assim como a licença anterior, estas duas licenças tiveram origem no Brasil, sendo destinadas ao licenciamento de software. As licenças foram desenvolvidas para atender necessidades específicas do governo brasileiro no que tange ao incentivo à adoção do software livre no país. Essas licenças consistem nas tradicionais GPL e LGPL do GNU, isto é, a *General Public*

License e a *Lesser General Public License*, internacionalmente adotadas para o licenciamento de software livre, mas com a diferença de serem estruturadas a partir dos preceitos do *Creative Commons*.

Juridicamente, as licenças públicas classificam-se como contratos atípicos, cuja celebração é autorizada por nosso Código Civil, nos termos de seu artigo 425. podem ser classificadas também como contratos unilaterais, já que não há remuneração pelo licenciado e os deveres assumidos por este não poderão constituir-se em sinalagma, sendo apenas deveres acessórios que não maculam a unilateralidade do contrato.

Sendo contratos atípicos, ainda assim sobre eles devem incidir todos os princípios contratuais, como a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e o respeito à sua função social, sendo-lhes atribuídas as características dos contratos unilaterais. Também é fácil observar sua submissão às regras da Lei 9.610/98, no sentido de que apenas as faculdades livre e explicitamente licenciadas pelo detentor dos direitos sobre a obra poderão ser aproveitadas por terceiros nos termos da licença. Aqui, também, observa-se com nitidez a causa da licença e o exercício de sua função social na medida em que o licenciado se valha da obra nos exatos termos em que foi autorizado pelo autor.

Por isso, verifica-se que as licenças públicas não são um mecanismo de escape aos princípios erigidos por nosso ordenamento jurídico. Pelo contrário. Sua estrita observância é necessária para não se incorrer em ato ilícito por não ter havido autorização expressa por parte do autor. A Lei 9.610/98 continua eficaz em meio ao *Creative Commons*. O que se tem, no entanto, é a garantia de se poder usar a obra alheia dentro das autorizações concedidas.

Pelos exemplos dados, vê-se que as licenças públicas são instrumentos jurídicos que podem ajudar a difundir a cultura e permitir a expressão nos mais diversos campos sem contudo ferir os direitos dos criadores intelectuais. E nem cabe a argumentação de que os autores estariam abrindo mão de seus direitos. As obras livres não gerariam lucros diretos a partir de seu licenciamento (uma das formas clássicas de remuneração dos autores), mas nem por isso deve-se acreditar que por isso não seriam bem aceitas.

É natural que os direitos dos criadores devam ser preservados. Há autores que dependem da remuneração pelos seus trabalhos para que possam continuar a produzir. O que não se quer é um sistema impositivo em que os autores estejam

obrigados a exercer direitos dos quais poderiam, em maior ou menos extensão, abrir mão em nome de um bem maior (a culturalização da sociedade).

Por isso, iniciativas como o *Creative Commons* incentivam o desenvolvimento de modelos cooperativos, dentro da lei brasileira, para que autores possam permitir a utilização, divulgação, transformação de sua obra, por terceiros, a fim de contribuir para a ampliação do patrimônio cultural comum e, por conseguinte, para a disseminação da cultura e do conhecimento.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho buscou-se trazer à lume a importância que deve ser dada ao equilíbrio entre o direito do criador sobre sua obra e o acesso democrático a esta obra por parte da coletividade. Nisso consiste a função social da propriedade intelectual. Não se pode privilegiar o autor ou inventor em detrimento da sociedade e vice-versa. A coexistência entre os interesses de ambas as partes deve reinar absoluta, e de forma pacífica. Desta forma estar-se-á privilegiando um bem maior, e por isso garantido constitucionalmente, que é o acesso a cultura.

Mas não basta a beleza teórica contida na expressão “acesso à cultura”. Se não forem tomadas medidas aptas a implementá-la concretamente, de nada adiantará a sua presença no texto constitucional. Será apenas mais um enfeite, para o deleite dos críticos de plantão que caracterizam a nossa Constituição como uma Constituição “de papel”. Cabe a nós enquanto cidadãos e operadores jurídicos buscar a implementação deste acesso à cultura.

Para tanto, demonstrou-se ser necessária a mudança de mentalidade de uma minoria mesquinha que fatura em cima da maioria, a qual continua desprivilegiada de acesso aos bens e obras intelectuais, tão necessários a um desenvolvimento humano sadio e eficaz. Outra mudança extremamente necessária diz respeito às leis hoje vigentes. Não mais se concebe, e a sociedade demonstra isso através de atitudes de total rechaço, e não por simples ignorância, às práticas contidas em tais normas, que ao criador da obra seja albergada uma proteção excessiva, que praticamente retira da sociedade o acesso às mais variadas formas de obras intelectuais.

Entretanto, através de exemplos já praticados hoje em dia, evidenciou-se que as pessoas não precisam esperar pela boa vontade do legislador. A presença, entre nós, dos contratos de licenciamento público, tal como o Creative Commons, revelam que medidas aptas à implementação do acesso à cultura podem ser tomadas com base no ordenamento jurídico hoje vigente no Brasil e no mundo. Além destes contratos, a perspicácia da jurisprudência também tem muito a oferecer em prol da relativização da rigidez contida em determinadas normas que protegem excessivamente os direitos do criador. Uma interpretação à luz da Constituição, conforme esta, portanto, se faz imprescindível para uma implementação real e eficaz do direito de acesso à cultura, o qual se dá, inevitavelmente, pela fruição das obras intelectuais existentes e que venham a ser criadas. A presença das chamadas cláusulas abertas convocam os julgadores a envidarem esforços interpretativos à luz do caso concreto, da Constituição Federal e de seus princípios, que se irradiam ao longo de todo o ordenamento jurídico. O Código Civil, por exemplo, que antes da sua reforma e da presença das cláusulas abertas, se constituiu, por tantos anos, como exemplo vivo de uma tradição retrógrada da sociedade brasileira, mas que hoje reflete os novos pensamentos e anseios que povoam a mentalidade social.

O advento das novas tecnologias não pode ser ignorado. São as leis que têm que se adequar aos fatos e não o contrário. A Internet já faz parte da vida das pessoas, embora muitas ainda não tenham acesso a esta verdadeira revolução tecnológica. As leis hoje existentes, em sua imensa maioria, foram concebidas numa época onde ainda não havia a Internet. No que tange à velocidade das informações e à troca das mesmas entre usuários das mais diversas partes do planeta, não há exagero algum em se afirmar que o surgimento desta tecnologia representou um divisor de águas: agora o mundo se divide entre o antes e o depois da Internet.

Dessa forma, a maior amplitude das leis criadas no passado, mas ainda vigentes, seu escopo e seu período de proteção, durante os últimos 30 anos, resultou em um regime de propriedade intelectual que é radicalmente incompatível com as tendências tecnológicas, econômicas e sociais do mundo moderno. Isso ameaça a cadeia de criatividade e inovação dos quais a nossa e as futuras gerações dependem.

É necessária uma mobilização dos governos e da comunidade internacional no sentido de adotarem princípios como os abaixo relacionados:

1. As leis regulando a propriedade intelectual devem servir como meios para atingir fins criativos, sociais, e econômicos, e não como fins em si mesmas.
2. Estas leis e regulamentos devem servir, e nunca subjugar, os direitos humanos fundamentais à saúde, à educação, ao emprego e à vida cultural.
3. O interesse público requer um equilíbrio entre domínio público e direitos privados. Ele demanda ainda um equilíbrio entre a livre competição, que é essencial para a vitalidade econômica, e os direitos monopolísticos concedidos pelas leis de propriedade intelectual.
4. A proteção da propriedade intelectual não deve se estender a idéias, fatos ou dados abstratos.
5. Patentes não devem se estender a modelos matemáticos, teorias científicas, códigos de computador, metodologias de ensino, métodos de fazer negócios, procedimentos de diagnóstico médico, terapêutico ou cirúrgico.
6. Direitos autorais e patentes devem se limitar temporalmente, e seu período de proteção não deve avançar além do que for proporcional e necessário.
7. Os governos devem facilitar um amplo leque de políticas para estimular acesso e inovação, incluindo modelos não-proprietários como licenciamento de software livre e de código aberto e o acesso livre à literatura científica.
8. As leis de propriedade intelectual devem levar em conta as circunstâncias sociais e econômicas dos países em desenvolvimento.
9. Ao tomar decisões sobre leis de propriedade intelectual, os governos devem obedecer as seguintes regras:

*Deve existir uma presunção automática contra a criação de novas áreas de proteção por propriedade intelectual, a extensão de privilégios já existentes ou do período de duração de direitos.

*O ônus da prova nesses casos deve recair sobre os defensores das mudanças.

*Tais mudanças devem ser autorizadas apenas se uma análise rigorosa demonstrar claramente que elas promoverão os direitos fundamentais das pessoas e o bem-estar econômico e social.

*Em todos esses processos, deve haver ampla consulta popular e uma exposição abrangente, objetiva e transparente dos benefícios e malefícios públicos envolvidos.

Por fim, sobre o equilíbrio entre o direito à propriedade intelectual e o direito à cultura, e funcionando como uma brilhante síntese ao presente trabalho, o compositor, músico e Ministro da Cultura, Gilberto Gil, assim se expressou em seu discurso no 1º Congresso Internacional da Propriedade Intelectual, realizado em São Paulo, no dia 31.03.2003:

É evidente que os interesses econômicos neste ramo de direito são consideráveis. No entanto, é importante salientar que os direitos de propriedade intelectual sempre se pautaram pela busca de um equilíbrio entre os direitos do criador, que deve receber uma justa compensação pelo seu esforço criador, e o conjunto da sociedade, que deve ter garantido o seu direito de acesso à informação, à tecnologia ao patrimônio cultural comum. Tenho afirmado que não cabe ao Estado fazer cultura, mas, sim, proporcionar condições necessárias para a criação e a produção de bens culturais, sejam eles artefatos ou mentefatos. O acesso à cultura é um direito básico de cidadania, assim como o direito à educação, à saúde, à vida num ambiente saudável. Neste sentido, reveste-se da maior importância – no âmbito dos direitos autorais – a busca de uma legislação equilibrada e que tenha como objeto principal a efetiva proteção dos criadores nacionais.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Direito da Propriedade Intelectual*. Curitiba: Juruá, 2006.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2003.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Proteção judicial do direito de autor*. São Paulo: LTr, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOSA, Ruy. *Obras completas de Ruy Barbosa*. Rio de Janeiro, 1949. 29v. tomo I: Parecer sobre a redação do Código Civil.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito do autor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Direito de Autor*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. *Código Civil*. Organização de Silvio Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: LTr, 1995.

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

FALCÃO, Joaquim. A indústria fonográfica e o marketing do medo. *Jornal Correio Braziliense*. Brasília, 19/10/2006, p. 29.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERNÁNDEZ-DIEX, Ignacio Garrote. *El derecho de autor em internet*. 2. ed. Granada: Comares, 2003.

FHC assina lei concedendo maior incentivo ao cinema. *Jornal A Tarde*. Salvador, 14/05/2002, p. 16.

GUEIROS JR., Nehemias. *O direito autoral no show business : tudo o que você precisa saber, volume I: A música*. 2 ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2000.

MAGGIO, Sérgio. Batidão Autoral. *Jornal Correio Braziliense*. Brasília, p. 5, 10/09/2006.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, parte especial, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. 7v.

_____. *Tratado de direito privado*, parte especial. Campinas: Bookseller, 2002. 16v.

NAVARRO, Luciana; GROSSMANN, Luis Osvaldo. Brasília lidera consumo de pirata. *Jornal Correio Braziliense*. Brasília, p. 12, 07/04/2007.

NAVARRO, Luciana. Piratas a toda. *Jornal Correio Braziliense*. Brasília, p.13, 08/09/2006.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Cleidiana. Adesão da população estimula as fraudes. *Jornal A Tarde*, Salvador, p.19, 19/05/2002.

_____. Pirataria no Brasil está na mira dos EUA. *Jornal A Tarde*, Salvador, p. 20, 19/05/2002.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 13, jan./mar. 2003.

_____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.