V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

THAMI COVATTI PIAIA

BEATRIZ BUGALLO MONTAÑO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Beatriz Bugallo Montaño, Thami Covatti Piaia – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-252-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito. 3. Inovação. 4. Propriedade intelectual. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

As considerações trazidas nessa introdução são oriundas dos debates que aconteceram durante a apresentação dos artigos científicos no Grupo de Trabalho "Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência", no V Encontro Internacional do CONPEDI, que ocorreu em Montevidéu, entre os dias 08 a 10 de setembro de 2016.

Na ocasião, foram trazidas diversas perspetivas sobre os temas relacionados ao Grupo de Trabalho, tendo como resultado, um produtivo debate entre os participantes, o que nos faz acreditar na capacidade dos nossos pesquisadores, assim como, na importância dos encontros organizados pelo CONPEDI, seja no âmbito nacional como no internacional.

Para tanto, tendo em vista o bom andamento do Grupo de Trabalho e pensando nos debates posteriormente existentes ao fim de cada bloco, dividimos as apresentações, abaixo elencadas, de acordo com as temáticas inter-relacionadas: primeira parte: patentes, segunda parte: indicações geográficas e direito da concorrência, terceira parte: direitos do autor.

Primeira parte: patentes.

A CONCEPÇÃO DE INTERESSE NO PENSAMENTO DE RUDOLF VON JHERING: UMA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DAS PATENTES E A NECESSIDADE DE UMA REFLEXÃO SOCIOAMBIENTAL, de Nathalia Bastos do Vale Brito.

A ponencia del bloque de patentes plantea una visión esclarecedora de las patentes y su justificación recurriendo al modelo analítico de Ihering y la Jurisprudencia de valores.La articulación reflexiva del trabajo consistió en plantear, por un lado, en qué consisten las patentes y luego circunscribir el problema a si la legitimidad de las patentes se puede sustentar en perspectiva socioambiental.

Se destaca de sus conclusiones la importancia del estudio de la Historia tomando al Derecho en su faceta tuteladora de intereses relevantes. En este contexto, encuentra que las patentes

son un bien relevante para tutelar. No obstante, hay intereses contrapuestos: por un lado el inventor que busca remunerar su trabajo, por otro lado la sociedad que quiere aprovechar lo más ventajosamente posible tales beneficios.

El equilibrio es más complicado, reviste áreas de sensibilidad en cuanto se trata de patentes de medicamentos. Algunas posiciones se plantean al respecto que las patentes pueden estar perjudicando a la sociedad. Sin embargo, analizado este punto desde la teoría de Ihering no se puede decir cuál interes es más importante, no existe una jerarquía.Finalmente, destaca que la temática social hace necesaria la valoración del tema desde un análisis socioambiental.

O ACORDO SOBRE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO E A PREVISÃO PATENTÁRIA COMO UMA FORMA DE DIFUNDIR A INOVAÇÃO NO ÂMBITO DA SAÚDE, de Nathalie Kuczura Nedel e Sandra Regina Martini.

A ponencia comienza por analizar el TRIPs y el régimen de las patentes, desde la perspectiva de sus efectos en el ámbito de la salud, referidas necesariamente a patentes farmacéuticas.En esta visión de investigación desde el efecto económico concluyen que sí, que en el ámbito de la salud proporciona un impulso a las innovaciones, permitiendo centrarse en la propiedad inmaterial.

Asimismo, seguidamente explican el problema de fondo planteándose si los conocimientos tradicionales pueden ser apropiados como medicamentos. Se explayan sobre la preocupación respect de que los conocimientos especificamente de un país sean patentados y no puedan ser utilizados, ni siquiera en su dimensión ya conocida, en el propio país de origen.

PROPRIEDADE INTELECTUAL E OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO NO ÂMBITO DA OMC: ÍNDIA, BRASIL E PATENTES FARMACÊUTICAS PÓS-TRIPS, de Alice Gravelle Vieira e Larissa Thomaz Coelho.

La tercera ponencia, de alguna manera plantea una visión complementaria de la anterior. Las reflexiones sobre el Derecho de patentes lleva a sus autoras a analizar las diferencias que existieron entre Brasil e India al tiempo de aplicar la normativa TRIPs.Ambos paises, Brasil e India, parten de una posición común al momento de la negociación y debates de la Propiedad Intelectual en la Ronda Uruguay. En ambos casos se trató de países en desarrollo, fuertes, integrando el mismo grupo de países negociador.No obstante, una vez aprobado el Tratado de Marrakesh, mientras Brasil dinámicamente lo implementó y puso enpráctica, India demoró casi tres veces más, tomando las decisiones en el último momento posible.Concluyen

que eso se debe a las necesidades de afirmación de perfil de país, desde la perspectiva de la Política Exterior de Brasil e Indica, respectivamente. Brasil, con la pronta adopción del Tratado de la OMC, y consecuentemente del TRIPs, cumplió con mostrar su capacidad de implementación, responder a la industria interna del medicamente y se insertó prontamente en el mundo de los Estados cumplidores. La opción reticente de India siguió otros objetivos, acaso especificos debido a la situación socioeconómica de decenas de millones de su población, tanto como a reclamos económicos de su industria interna, totalmente distintos a Brasil.

Segunda parte: indicações geográficas e direito da concorrência.

SISTEMAS DE GOVERNANÇA TERRITORIAL EM EXPERIÊNCIAS DE INDICAÇÃO GEOGRÁFICA: ANÁLISES E PROSPECÇÕES, de Cilmara Correa de Lima Fante.

La ponencia referida a Indicaciones Geográficas aboga por una mejor regulación o gobernanza de las entidades que gestionan y administran las Indicaciones Geográficas. Destaca que estos institutos tienen una relevancia fundamental desde distintas perspectivas. No solamente facilitan al consumidor el acceso de manera informada y verídica a sus necesidades, sino también favorecen el desarrollo económico y comercial de los productores, ampliando el efecto de prosperidad a las localizaciones geográficas donde se emplazan (como manifestación de tradición, como lucimiento a efectos turísticos).

Asimismo, procura destacar como caso de eventual desarrollo a la yerba mate, en paralelo a otros productos que ya existen protegidos en el sistema de Brasil. Las tres ponencias sobre Derecho de la Competencia o Concurrencia reflejan cuestiones derivadas de las tecnologías modernas.

CUSTOS NÃO-FINANCEIROS DE TROCA E TOMADA DE DECISÃO DO CONSUMIDOR – ANÁLISE DA “CONCORRÊNCIA A UM CLIQUE DE DISTÂNCIA” EM SERVIÇOS GRATUITOS NA INTERNET, de Fabiano Teodoro de Rezende Lara e Andre Costa Ferreira de Belfort Teixeira.

A ponencia se centraliza en el análisis de los costos de transacción como un factor relevante para la diferencia entre el mercado tradicional y el mercado de Internet. Claro que la relevancia se encontraría dada en la medida en que operara la masificación de los operadores. En este sentido el expositor dice que si bien en general los costos de transacción son altos, en Internet el intercambio es mucho másbarato para el consumidor, aunque el costo cognitivo puede ser muy alto para tomar las decisiones.

De todas formas, concluye, se trata de una lectura muy distinta desde la Economía tradicional, la visión del costo cero es distinta.

INSTITUIÇÕES, LIVRE CONCORRÊNCIA E O CADE: INSPIRAÇÃO AO DESENVOLVIMENTO NA AMÉRICA LATINA, de Juliana Oliveira Domingues e Eduardo Molan Gaban.

A ponencia presentada en materia de Derecho de la Competencia destaca por el análisis especializado en el funcionamiento y resultados de CADE, autoridad de aplicación en la materia cuyo desarrollo en Brasil es el más destacado en el contexto de los paises del Mercosur, tomando como referencia común a todos la Declaración del Protocolo de Fortaleza.

La ponencia reflexiona muy agudamente sobre las acciones que fueron tomadas en CADE. Antes, compara, había más controles de estructura y menos investigaciones del área económica que ahora. La reforma normativa incorporó, sobre la base de su experiencia internacional, “mejores prácticas” en el funcionamiento de CADE y en la gestión en general. Se desarrollan actualmente investigaciones de casos de cartel, siguiendo con la tendencia internacional.

Asimismo se desarrolló un nuevo procedimiento de “enforcement”, determinando en mayor celeridad y eficiencia de los procedimientos. De todas formas, la existencia de numerosas investigaciones (crecimiento que muestra con evidencia gráfica de 2010 a 2015) no implica la efectiva concreción de los trámites, pues concluirlos sigue siendo difícil. La prueba efectiva es compleja.

Sin embardo, concluye aunque las reglas ahora son más claras falta que la sociedad entienda que las reglas existen y tienen una fuerza real. En definitiva en CADE, en estos diez años de implementación, queda claro que es necesario más difusión para que el empresario conozca la temática y tenga conciencia de ello.

O DIREITO DA CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO FRENTE ÀS CRISES ECONÔMICAS E FINANCEIRAS, de Everton Das Neves Gonçalves e Márcia Luisa da Silva.

A ponencia presenta un enfoque integral de aspectos de Derecho de la Competencia, particularmente de la Defensa de la Competencia, destaca que su aplicación, como reflejo de las interpretaciones a que conducen las diferentses y adaptables Políticas Públicas de

Competencia, pueden consistir – en su contexto necesario – en un real instrumento de desarrollo para el caso de crisis económicas y financieras.

Partiendo de que las normas de competencia encierras principios o guías de análisis de un mercado relevante concreto, se concluye con toda lógica, que al análisis material de las situaciones puede derivar en la aplicación de la mencionada función legal.Llevan a cabo esta investigación aplicando la metodología del Análisis Económico del Derecho, tema cuyo estudio permite comprender y justificar decisiones.En defintiva, concluyen que la política de libre competencia constituye una verdadera Política de desarrollo económico. Corresponde valorar este sector desde la perspectiva de constituir una legislación estricta o flexible. Precisamente, para superar una crisis económica será cuestión de manejar lo estricto o flexible del análisis.

Terceira parte: direitos do autor.

DIREITOS AUTORAIS, ACESSO À CULTURA E O TRATADO DE MARRAQUECHE, de Allan Rocha De Souza e Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks.

A ponencia analiza las consecuencias de marco jurídico, en torno de la aprobación y aplicación de un tratado, como el de Marrakech en el totum del Derecho Brasileño.En primer lugar, destacan dos características de la incorporación del Tratado al derecho brasilero:1 reglamenta aspectos sobre derechos fundamentales; 2 consolida función social de la propiedad intelectual.La óptica des estudio se presenta desde la consideración general de la función social que atribuyen a la Propiedad Intelectual. En este sentido, afirman que esta función queda en evidencia al analizar la transición del estado liberal a estado social y democrático de derecho. De manera que la reglamentación de la propiedad intelectual deberá, necesariamente, atender la función social que cumple como tal, inserta en la normativa. Concretamente, en cuanto a los efectos de la incorporación del Tratado de Marrakech y su proyección, concluyen que:1 determina la consolidación de la función social de la propiedad intelectual;2 implica que las limitaciones de derechos autorales deben ser consideradas extensivamente;3 y sobre el Derecho de los contratos aurgen, a su vez, dos efectos:i consagra la presunción de una cláusula permisiva de poner su obra en formato accesible;ii en contrapartida, consagra también una prohibición de las clausulas contractuales que prohíban que circule y se acceda a su obra en formato accesible.El fundamento real de todo ello es la inclusión cultural.

DIREITOS AUTORAIS MUSICAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: USOS ALTERNATIVOS E SUA FUNÇÃO SOCIAL, de Geraldo Magela Freitas Tenório Filho e Querino Mallmann.

A ponencia sobre Derecho de Autor propone un estudio que en verdad complementa y aplica la temática de la ponencia precedente. Hace referencia específica a las creaciones musicales que circulan como archivos en el mundo digital y ofrecen la posibilidad de ser compartidas. Por un lado, parten del análisis del Derecho autoral y su naturaleza, frente al derecho privado y publico: se fue viendo que no alcanzaba el enfoque privado para la interpretación y aplicación del derecho autoral, en cuanto a su función social, yendo al manejo también de derecho público.

Por otro lado, hacen referencia a las prácticas de compartir archivos musicales en Internet y sus aspectos juridicos.Finalmente, proponen la armonización de normas para legitimizar los aactos de compartir archivos musicales en el ambiente virtual.

STREAMING E OS DIREITOS AUTORAIS: ASPECTOS TECNOLÓGICOS, ECONÔMICOS E REGULATÓRIOS, de Thiago Guimaraes Moraes.

El ponente analiza diversos aspectos normativos del streaming, desde la perspectiva de Brasil contrastada con los demás países de américa Latina.Previo el planteo explicativo de las distintas modalidades de streaming, explica respecto de cada una aspectos de la existencia y el ejercicio de los derechos de autor.

La discusión se plantea en distintos niveles. No solamente si se debe pagar por concepto de derechos de autor, sino también a quién corresponde que se pague, según la modalidad que se trate.Realiza de esta manera una muy prolija presentación de los distintos escenarios respecto del ejercicio de los derechos de autor.

Es creciente el tráfico global que viene abarcando el streaming y la problemática a su respecto lleva también al análisis de los archivos compartidos, incorporando la perspectiva del consumidor. Al concluir destaca que existen varias acciones sobre el tema y la importancia de la justicia civil para tratar esta problemática.

Por fim, após essa breve apresentação, com a esperança de termos semeado o precioso gosto pelo conhecimento e pela pesquisa, desejamos a todos uma excelente e produtiva leitura!

Profa. Beatriz Bugallo – UDELAR – Uruguai

Profa. Thami Covatti Piaia – URI – Santo Ângelo – Brasil

DIREITOS AUTORAIS MUSICAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: USOS ALTERNATIVOS E SUA FUNÇÃO SOCIAL

MUSICALS AUTHOR'S RIGHTS ON INFORMATION SOCIETY: ALTERNATIVE USES AND HIS SOCIAL FUNCTION

Geraldo Magela Freitas Tenório Filho [1]
Querino Mallmann [2]

Resumo

Este artigo aborda os reflexos das novas tecnologias, em especial, a Internet, sobre os direitos autorais musicais, em razão das práticas de compartilhamento de músicas no ambiente virtual. O caráter restritivo da legislação autoral brasileira deve se adequar a Constituição do Brasil, à luz da constitucionalização do direito autoral. A partir destas considerações, vislumbram-se instrumentos jurídicos que harmonizem os direitos autorais musicais e o acesso à cultura, direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. No plano metodológico, a pesquisa é descritiva e bibliográfica. Constata-se que as soluções apresentadas legitimam os usos alternativos das obras musicais na Internet, funcionalizando seus direitos autorais.

Palavras-chave: Direitos autorais musicais, Função social, Acesso à cultura

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents some reflections about new technologies, in especial, the internet, concerning muscials author's rights, because of music sharing in virtual environment. The restrictive character of the Brazilian Authorial Legislation must adapt of the Brazilian Constitution, in light of author's rights constitutionalising. From this considerations, to see juridical instruments to harmonize the musicals author's rights and the culture access, constitutional fundamental rights. In methodological plan, the research is descriptive and bibliographic. We can see which solutions proposed legitimate the alternative uses of musical works on the Internet, functionalized his author's rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Musicals author's rights, Social function, Culture access

[1] Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL (2015-2017). Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/8907755287709770. E-mail: geraldomftf@gmail.com.

[2] Doutor em Direito pela UNISINOS, Rio Grande do Sul. Professor de Direito na Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/2702091606416581. E-mail: qmallmann@hotmail.com.

Introdução

O presente estudo aborda os reflexos provocados pelas novas tecnologias, em especial, a *Internet*, sobre os direitos autorais musicais, o que tem se agravado nos últimos anos com a possibilidade do compartilhamento das criações intelectuais, de modo especial, das obras musicais na rede mundial de computadores. Esta é uma realidade cada vez mais presente e da qual o direito não pode ficar alheio.

As relações privadas, que já acontecem no mundo real, também ocorrem no meio digital, provocando muitas vezes conflitos entre o direito da propriedade intelectual e o direito de acesso à cultura, o que, *per si*, demanda soluções jurídicas no sentido de se buscar uma melhor harmonização entre os direitos suscitados, pois ambos são direitos fundamentais, consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), em seus artigos 5º, XXVII; 215 e 216.

A legislação brasileira que dispõe sobre os Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), assim como o Código Civil, se estrutura, à luz de uma lógica patrimonialista, já consagrada ao longo dos anos. No entanto, o fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado ressalta o protagonismo da Constituição Brasileira, como um complexo de normas jurídicas (principiológicas) tuteladores de direitos e garantias fundamentais. Daí resulta a importância de uma (re)leitura dos diplomas infraconstitucionais e sua efetivação, sob a égide do diploma constitucional.

Com fulcro nos aspectos evidenciados neste construto surge à problemática: Como harmonizar os direitos autorais musicais com o acesso à cultura, insculpidos na Constituição do Brasil, diante das práticas de compartilhamento de músicas na *Internet*, em fomento a sua função social?

A fim de oferecer possíveis soluções para o problema suscitado, o presente trabalho tem como objetivos: explicitar a constitucionalização do direito autoral e sua repersonalização; demonstrar como as práticas socioculturais, voltadas a obtenção de obras musicais na *Internet*, são consideradas juridicamente quando da harmonização entre os direitos autorais musicais e o direito de acesso à cultura; apresentar contribuições jurídicas legitimadores dos usos alternativos das músicas na *Internet*, resguardando os interesses do autor e da coletividade.

No tocante aos aspectos metodológicos, é utilizado o método dedutivo. Ademais, se realiza uma pesquisa descritiva, quanto aos objetivos e, bibliográfica, em relação aos

procedimentos empregados. Para tanto, são analisadas doutrinas nacionais; artigos científicos e periódicos pertinentes à temática em comento.

Em suma, os direitos autorais musicais, em razão da sua fundamentalidade, devem convergir com outras garantias constitucionais, dentre as quais, o acesso à cultura. Deste modo, são apresentadas soluções jurídicas aos usos alternativos das criações musicais na *Internet*, fomentando a sua função social resguardada constitucionalmente.

1 A Constitucionalização do Direito Autoral e sua Repersonalização

Partindo de uma perspectiva tradicional, a ordem jurídica privada foi construída historicamente à luz da dicotomia envolvendo Direito Público *versus* Direito Privado. O movimento pela codificação influenciado pelos ideários da Revolução Francesa, de caráter estritamente positivista, reverberou a ideia de que a completude do Direito seria atingida a partir da atuação do Legislador.

Nesse contexto, o Direito Autoral também fora analisado, em atenção à lógica patrimonialista prevalente no curso evolutivo deste ramo jurídico. Este foi vislumbrado como um privilégio salvaguardado aos criadores da obra (BITTAR, 2003, p. 10). Logo, o caráter patrimonialista suscitado perdurou durante anos e fez com que a tutela normativa das criações intelectuais se apresentasse em uma perspectiva cada vez mais limitadora (RÊGO, 2010, p. 14).

Durante um longo período operava-se uma privatização das informações a um número restrito de pessoas, como forma de acúmulo de poder, erigindo, deste modo, uma sistemática autoralista voltada à tutela do “ter” e não do “ser”, enquanto criador da obra intelectual (RÊGO, 2010, p. 14). Não vislumbrávamos uma perspectiva mais humanista sobre os direitos autorais, deixando de resguardar os demais interesses coletivos que permeiam as produções imateriais.

As regras privadas demonstraram sua insuficiência em disciplinar os novos conflitos provenientes das relações socioculturais surgidas, conduzindo à evolução do direito público e, por conseguinte, a busca pela efetivação de direitos e garantias aos cidadãos. A Constituição deixou de figurar como uma mera Carta Política passando a atuar no centro da sistemática jurídica vigente, ou seja, como instrumento disciplinador da atuação estatal, assim como da sociedade de maneira geral (SILVA, 2005, p. 42). Fato este que resultou, sem prejuízo de outros aspectos, no fenômeno da constitucionalização do Direito Privado.

O fenômeno da Constitucionalização do Direito, cujo fim precípuo é “a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito” (SILVA, 2005, p. 38), trouxe expressivas modificações na perspectiva civilista, em diversos de seus institutos. Por sua vez, as legislações autorais, não obstante pautadas na maior proteção aos aspectos patrimoniais do direito autoral, passaram a reconhecer o ser, enquanto criador intelectual, dotado de prerrogativas de cunho moral.

Operou-se “a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, a qual é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais” (LÔBO, 1999, p. 103). Não mais se concebe a patrimonialização das relações jurídicas vislumbradas na ordem cível ao passo que valores como a dignidade da pessoa (art. 1º, III, da CRFB/88) se tornaram essenciais à repersonalização dos institutos do Direito Privado. Novos interesses e condutas dos sujeitos demandam novas regulamentações e compreensão destes como seres coletivos, em uma ruptura substancial dos padrões jurídicos outrora presentes (FACHIN, 2003, p. 224).

O Direito Autoral, a partir da sua repersonalização, passou a ser vislumbrado como um instrumento de tutela jurídica do ser, enquanto sujeitos criadores e receptores das obras intelectuais. O que ocorre à luz de uma visão antropocentrista, a qual considera a pessoa humana no centro do plano jurídico (MORAES, 2008, p. 50).

Dentre os diversos fatores que ensejaram esta reformulação da sistemática autoral vigente, podemos destacar as novas relações socioculturais difundidas no cerne da sociedade da informação, por intermédio das quais os indivíduos se veem livres para contribuírem mutuamente com a introdução de práticas arraigadas em raízes democráticas.

O Direito Autoral, hodiernamente, deve resguardar o homem como ponto central, considerando seus respectivos interesses, isto é, adotando-se uma visão antropocêntrica, o criador da obra intelectual deve ser vislumbrado como pessoa humana merecedora de proteção jurídica (MORAES, 2008, p. 34). A partir do momento em que os aspectos relativos aos direitos do autor são reanalisados juntamente com as perspectivas direcionadas à tutela do ser enquanto criador da obra intelectual e receptor da mesma, sobre aqueles passa a incidir o caráter social atribuído aos direitos autorais.

1.1 A dicotomia entre Direito Público *versus* Direito Privado: uma análise à luz do Direito Autoral

Esta dualidade histórica envolvendo o Direito Público e Privado merece destaque no presente construto a fim de se demonstrar que, assim como a lógica patrimonialista percorreu tradicionalmente o Direito Civil, o Direito Autoral perpassou por esta sistemática de prevalência do ter sobre o ser – o autor. Para tanto, a historicidade se faz relevante a fim de se demonstrar os reflexos da reformulação do Direito Privado no plano autoral.

O movimento pela codificação, de raízes positivistas, foi impulsionado em diversas sociedades e contextos. Assim, sua construção foi pautada em dois alicerces – de um lado, a propriedade privada e a autonomia de vontade das partes; em sentido contrário, as Constituições essencialmente políticas, voltada ao estabelecimento de normas de condutas impostas ao Estado para consecução dos fins públicos (RÊGO, 2010, p. 90).

Na Alemanha, o movimento predecessor do positivismo jurídico foi a Escola Histórica do Direito[1], a qual buscou desconstituir o caráter sagrado atribuído ao direito natural, ocasionando o rompimento com as perspectivas da filosofia *jusnaturalista*. Em seguida, o positivismo jurídico, fulcrado no dogma da onipotência do legislador e corroborado por grandes codificações surgidas entre os séculos XVIII e XIX, foi influenciado por pensadores iluministas os quais, ao criticarem o direito consuetudinário, corroboravam com a necessidade de substituição do conjunto de normas consuetudinárias por um direito fundado em normas jurídicas organizadas de forma sistemática (BOBBIO, 2006, p. 45-55).

Na França, a codificação foi influenciada pelo pensamento iluminista oriundo da segunda metade do séc. XVIII e séc. XIX. Ademais, se materializou, sobretudo, pelos Códigos – *Corpus Juris Civilis* e *Digesto* (Justiniano) e pelo Código Napoleônico. Houve inspiração em concepções jurídico-filosóficas pertinentes ao iluminismo, as quais foram difundidas e corroboradas pela Revolução Francesa. Com isso, a Escola da Exegese[2] se voltou à interpretação passiva e mecânica do Diploma de Napoleão, também influenciada pela prevalência da vontade do legislador, extraída diretamente da norma jurídica, limitando-se o operador do Direito a aplica-la ao caso concreto, em um procedimento meramente subsuntivo (BOBBIO, 2006, p. 63-89).

Toda esta tradição e apego pela codificação condicionou a estruturação do Direito Privado, em nosso País, incialmente representado pelo Código Civil de 1916, fundado em um conjunto de regras disciplinadoras das relações entre particulares. Estas se desenvolviam

[1] Este movimento, oriundo da escola histórica do direito, foi difundido na Alemanha, entre o fim do séc. XVIII e início do séc. XIX, tendo como principal expoente Friedrich Karl von Savigny.

[2] Surgida na França, no século XIX, se pautou na interpretação mecanicista do Código Napoleônico, em contraponto à Escola Científica, direcionada à autonomia dos conceitos jurídicos, extraídos autonomamente do Diploma suscitado.

autonomamente, ou seja, com fulcro na autonomia de vontade das partes, sem levar em consideração outros elementos axiológicos (MARTINS-COSTA, 2002, p. 13). Tais perspectivas, difundidas nos países de tradição romano-germânica, permaneciam pautadas no caráter absoluto da lei como expressão literal da vontade do legislador.

No entanto, esta diferenciação entre o aspecto público e privado do Direito já não se demonstrava mais adequada, tendo em vista as dificuldades em delimitar o que estaria no âmbito das liberdades e interesses particulares daquilo apresentado como interesse público. Na sociedade hodierna, tais contornos não são facilmente vislumbrados de forma isolada, visto que os liames entre o público o privado interagem cada vez mais (PERLINGIERI, 2002, p. 52-53). A preocupação atual com a tutela dos interesses coletivos conduziu o Estado a considerar valores socioculturais que demandaram a interferência deste, em contraponto a sistemática oitocentista, a qual perdurou por um longo período.

Anteriormente ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, a ser explicitada em momento oportuno, ocorreu a publicização deste ramo jurídico. Esta é pautada pela atuação do Estado, incidente sobre o Poder Legislativo, principalmente a partir do advento do Estado Social (século XX) ou Providencial, voltada a efetivação das prestações sociais, por meio da atividade legiferante. A preocupação com a autonomia privada foi reduzida a partir da proteção conferida aos fins públicos. A atuação do legislador se destinou a atribuir caráter público a matérias outrora disciplinadas exclusivamente pelo Código Civil (LÔBO, 1999, p. 100).

Vale ressaltar que a submissão dos institutos privados à sistemática do Direito Público, no cerne do Estado Social – *welfare state*, se limitou a permitir uma ruptura com a distinção tradicionalmente elencada, havendo, em algumas situações, a simbiose entre os interesses públicos e privados. Este é caracterizado pela simples intervenção do legislador infraconstitucional no cerne das relações privadas, publicizando-as. No entanto, esta atuação não atribui natureza de Direito Público a tais âmbitos (LÔBO, 1999, p. 101). A efetiva submissão destes a sistemática constitucional, nos moldes como compreendemos hodiernamente, ocorreu somente com o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado.

Diante disso, não há uniformidade, por parte dos doutrinadores, em considerar superada a dicotomia apresentada. Alguns corroboram por sua relativização, outros, advogam pela superação desta histórica distinção (ADOLFO, 2008, p. 34). Há estudiosos que atestam uma convergência entre os dois ramos supracitados, sendo o Direito Civil arraigado no cerne social e integrante de um único ordenamento (PERLINGIERI, 2002, p. 55). Em sentido

contrário, pode ser sustentada a distinção entre tais âmbitos, sem, contudo, radicalizar em prol de eventual dicotomia ou uniformização (LUDWIG, 2002, p. 106).

1.2 A Constitucionalização do Direito Privado e seus reflexos no campo do Direito Autoral

Com o surgimento de nossa Carta Magna foram efetivamente consagrados inúmeros dispositivos tuteladores de direitos e garantias fundamentais, não obstante a referência de alguns destes em Constituições anteriores. A partir de então, coube à observância aos efeitos horizontais produzidos pelos direitos fundamentais quando das relações entre particulares, não apenas levando em consideração a incidência direta destes, como também analisando as disposições infraconstitucionais, no caso, a Lei de Direitos Autorais (MIZUKAMI, 2007, p. 405-406). Houve a necessidade de adaptação de todo o ordenamento infraconstitucional ao novo modelo instituído pelas normas constitucionais, dotadas de superioridade hierárquica (ADOLFO, 2008, p. 54-55).

A Constitucionalização dos Direitos faz com que a harmonia de nosso sistema jurídico seja corroborada por força da adequação dos dispositivos normativos aos fundamentos insculpidos na Constituição Federal. Desta forma, a Lei Maior atua como "o referencial ético e valorativo reconhecido por toda nação. Os demais instrumentos devem estar de acordo com o texto constitucional" (VITALIS, 2006, p. 177).

Não se concebe hodiernamente um distanciamento entre as disposições infraconstitucionais e a Lei Maior, na medida em que esta passa a figurar, a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, no centro do sistema jurídico, fazendo-se necessária a coadunância e consecução das disposições constitucionais por todos os ramos jurídicos, inclusive o Direito Autoral.

Embora existam autores que discordem desta adjetivação atribuída ao Direito Civil, visto que não obstante se busque a manutenção da autonomia dogmática e conceitual deste ramo jurídico, a expressão é inadequada. Seria desnecessário conferir este adjetivo, na medida em que a alteração incide sobre o âmbito civilista, modificando-o completamente e não somente acrescendo-lhes outros elementos (TEPEDINO, 2004, p. 22).

Sem prejuízo de tais objeções, em atenção ao fenômeno ora analisado, a dogmática privada é (re)estruturada a partir do surgimento dos Diplomas Constitucionais pós-Segunda Guerra Mundial, destacando-se, na realidade jurídica brasileira, a Carta Magna de 1988. Esta passa a figurar como o parâmetro hermenêutico essencial a compreensão dos demais ramos

jurídicos, conduzindo a uma verdadeira filtragem constitucional de forma que "[...] toda ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados" (BARROSO, 2001, p. 34).

Há o reconhecimento da supremacia da Constituição, na qual são tutelados os valores e interesses sociais. O Estado, em outro momento, liberal e inerte, passa a cumprir os comandos constitucionais que pugnam pela efetivação das prestações sociais salvaguardadas aos cidadãos. Os direitos sociais, de cunho prestacional, demandam a atuação estatal, por meio, sobretudo, da atividade legiferante, no sentido de salvaguardá-los.

A constitucionalização do direito privado fez com que as normas constitucionais deixassem de ser meramente organizacionais, de cunho político, efetivando instrumentos de realização da justiça social. Na Constituição Brasileira de 1988 se inserem normas constitucionais norteadoras do Estado Democrático de Direito, bem como disposições de direito privado (RÊGO, 2010, p. 92). Altera-se o paradigma dogmático jurídico, com fulcro na positivação de elementos axiológicos que reconhecem a dignidade da pessoa humana como valor estruturante da ordem jurídica, materializado no artigo 1º, III, da Constituição Federal, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A repersonalização do direito privado (re)conduz o indivíduo ao centro da sistemática jurídica de tutelada constitucionalmente (REIS, 2008, p. 154). O caráter patrimonialista cede espaço, nos dias atuais, a um direito de autor em total consonância com a Constituição Brasileira e a função social salvaguardada em seu âmbito (SILVA; RUE, 2014, p. 293). A repersonalização do Direito Autoral é essencial no sentido de fazer com que o autor seja recolocado no centro da esfera protetiva, em atenção, também, a coletividade.

No constitucionalismo contemporâneo, o Direito de Autor apresenta particularidades que o identificam com o instituto da propriedade, sendo relevantes os aspectos que corroboram com a sua funcionalidade (REIS, 2008, p. 151). Assim, "com o desfazimento da moldura individualista, a concepção de propriedade vem apanhando feição normativa com ares coletivos sendo expressamente recepcionada pela Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º" (OLIVEIRA; ADOLFO, 2009, p. 57). A supremacia das normas constitucionais passa a ser concebida como o caminho necessário a tutela dos interesses coletivos, visto que não há razão para existência de um Estado insculpido em ideários democráticos, sem considerar a sociedade em todas as suas particularidades.

O Direito Autoral, cujo viés patrimonialista perdurou ao longo da história, direciona-se a tutela valorativa – axiológica. O indivíduo retorna ao plano central de proteção do Direito, assumindo uma postura antropocêntrica, por meio da qual a dignidade é colocada em

relevo frente ao patrimônio (MORAES, 2008, p. 47). Isto pode ser constatado, dentre outros fatores, a partir das novas práticas socioculturais de aquisição e propagação de bens intelectuais vislumbrados na sociedade da informação.

2 O Direito Autoral Musical na Sociedade da Informação

Com o passar do tempo, pôde-se constatar um expressivo desenvolvimento sociocultural proporcionado pelo advento de inúmeros recursos tecnológicos, sobretudo, relacionados ao compartilhamento digital de informações (CASTELLS, 2007, p. 68). Sendo assim, a obtenção de um maior número de informações, bem como a respectiva transmissão destas, têm se tornado uma realidade, da qual o Direito não pode se dissociar.

A aquisição do conhecimento resultante da facilidade de criação e difusão de conteúdo na *Internet* ocasionou mudanças significativas na maneira como os indivíduos se relacionam. Deste modo, "[...] operou-se a transformação de nossa 'cultura material' pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da tecnologia da informação" (CASTELLS, 2007, p. 67).

É indubitável que a tecnologia atua como um elemento primordial da sociedade atual, nas mais diversas áreas de aquisição do conhecimento. O avanço tecnológico, sobretudo a partir da *Internet*, permitiu o acesso amplo e eficaz das criações intelectuais, de diversos gêneros (ADOLFO, 2008, p. 225-227). Dentre tais obras se destacam as musicais, escopo do presente estudo.

A cada instante são acessados diversos *sites* voltados ao *download* de arquivos musicais na rede. O fenômeno da globalização tecnológica salvaguardou a possibilidade de disponibilização simultânea das informações em esfera planetária com o auxílio da rede mundial de computadores, sendo necessário, juridicamente, indagar acerca do caráter lícito ou ilícito de tais condutas (MALLMANN, 2012, p. 303).

Estes progressos técnicos repercutem exponencialmente sobre o Direito Autoral, o qual não deve se adequar a realidade surgida no *ciberespaço*, no qual "a forma técnica da cultura contemporânea é produto de uma sinergia entre o tecnológico e o social" (LEMOS, 2013, p. 15). Assim, faz-se precípua a adoção de novos mecanismos tuteladores dos direitos presentes na realidade virtual.

Muitos doutrinadores se dedicaram à análise da natureza jurídica pertinente ao Direito Autoral, a qual é compreendida como "*sui generis*", ao passo que é dotado de prerrogativas morais e patrimoniais. Em razão desta natureza dúplice, muitos o compreendem

como um direito personalíssimo; outros advogam por sua caracterização como um direito real; sem prejuízo dos que pugnam pela convergência entre aspectos reais e patrimoniais (MALLMANN, 2015, p. 279).

Ao se compreender que o Direito Autoral não pode ser exclusivamente um direito pessoal ou real (HAMMES, 2002, p. 48), a essência deste ramo jurídico é vislumbrada. Não obstante, durante um longo período a sua natureza patrimonialista tenha prevalecido, aquele atua como um ramo autônomo, no qual estão salvaguardados os direitos intelectuais (BITTAR, 2003, p. 10).

Os direitos morais, insculpidos no artigo 24, da Lei nº 9.610/98, tutelam o autor em suas "[...] relações pessoais e ideais (de espírito) com a obra" (HAMMES, 2002, p. 70). Ou seja, resguardam as ideias materializadas nas obras, a paternidade do autor sobre a criação. Enquanto que os direitos patrimoniais acautelam seus titulares no tocante ao aproveitamento econômico da obra, nos termos do artigo 29 da Lei de Direitos Autorais – 9.610/98, em rol meramente exemplificativo (BRANCO, 2013, p. 18). Sem prejuízo dos demais aspectos que permeiam a natureza especial atribuída ao Direito Autoral, os quais não configuram o escopo do presente estudo.

O Direito Autoral é vislumbrado a partir de uma acepção ampla, responsável por englobar, além dos Direitos de Autor – àqueles sobre as criações intelectuais artísticas e literárias; os Direitos Conexos, ou seja, os que embora não relacionados diretamente a elaboração da obra, convergem com a mesma, quais sejam: os direitos dos intérpretes, músicos, produtores musicais, dentre outros (ASCENSÃO, 1980, p. 06).

É nesse contexto que analisamos os Direitos Autorais Musicais, sendo relevante tecer algumas considerações. A própria autoria assume um conceito amplo ao abranger outros agentes responsáveis pela produção no cerne da indústria cultural (GANDELMAN, 2007, p. 43). Sobre os direitos conexos pairam determinadas correntes: o intérprete vislumbrado como responsável pela criação de uma obra nova, sendo titular de um direito conexo; a obra por ele interpretada seja considerada extensão de sua personalidade; o intérprete cria a obra de seu íntimo (personalíssimo); se distancia da obra, respeitando sua originalidade (GUEIROS JÚNIOR, 2000, p. 53-54).

Esta última abordagem suscitada é corroborada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, o direito do intérprete/executante é compreendido de forma dissociada ao direito do autor, responsável pela criação original. O intérprete é caracterizado pela interpretação, comum em diversos planos artísticos, v. g. – nas peças teatrais. Em sentido diverso, a execução pressupõe a utilização de instrumentos mecânicos ou de certo aparelhamento para

"reprodução e transmissão de obras intelectuais, pelo rádio, pela televisão" (GUEIROS JÚNIOR, 2000, p. 63).

No tocante à execução musical, sua disciplina se encontra no artigo 68, da Lei 9.610/98. Ademais, conforme o disposto no artigo 99, do referido Diploma Legal, a arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras fonográficas é realizada por organizações de gestão coletiva. Nesse sentido, o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição)[3] realiza estas funções, entidade associativa privada, sem fins lucrativos, na qual figuram várias associações, sendo o escritório central responsável por repassar ao músico os valores relativos à execução pública de suas músicas (GUEIROS JÚNIOR, 2000, p. 129-131).

Diante do exposto, não se pode olvidar que os avanços tecnológicos provocaram inúmeras mudanças na sistemática jurídico-autoral, cabendo ao Direito adequar-se a tais transformações (GUEIROS JÚNIOR, 2000, p. 33). Com isso, os Direitos Autorais Musicais são (re)pensados à luz de uma realidade que transcende o mundo físico, fazendo-se necessário analisar os aspectos fáticos e jurídicos modificações no plano autoral.

2.1 Violações aos Direitos Autorais Musicais: a polêmica dos *downloads* ilegais

A priori, faz-se necessário demonstrar o impacto ocasionado pela tecnologia no âmbito musical e sua repercussão na esfera dos Direitos Autorais Musicais. A música era restrita, juntamente com as demais criações intelectuais (livros, obras de arte, dentre outras), a um número limitado de pessoas, representado, na maioria das vezes, pela camada social dominante – aristocrata (FRANÇA, 1990, p. 59-60).

Somente quando de vislumbrou a possibilidade de reprodução das obras fonográficas com o auxílio de aparelhos e equipamentos, e o aproveitamento econômico de tais criações, surgiram determinadas mudanças jurídico-sociais. A representação mecânica dos fonogramas foi sendo colocada em pauta por estudiosos e inventores (BANDEIRA, 2012, p. 52). As tecnologias da informação começaram a ser dinamizadas, a partir de inventos como o fonógrafo e o gramofone (SILVA, 2011, p. 31). A materialização da criação musical para posterior reprodução se tornava uma realidade.

[3] O ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) é um órgão brasileiro privado, fundado em 1976, com função primordial a arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas, devendo estes valores ser repassados aos seus artistas titulares.

No entanto, mesmo com a evolução pela qual perpassava as tecnologias no âmbito musical, os Direitos Autorais Musicais se inseriam em contextos de crise. Isto porque o modelo de negócios surgido gerou certa insegurança aos compositores, artistas, quanto à fixação e reprodução dos fonogramas, na medida em que se inseriam neste cenário outros sujeitos – os produtores musicais, os investidores, os fabricantes, dentre outros. Os autores e intérpretes, muitas vezes, eram ameaçados em razão de contratos com cláusulas abusivas, prevendo, inclusive, a cessão total de seus direitos (LOSSO, 2008, p. 38).

Além disso, destacam-se outros progressos da indústria fonográfica – desenvolvimento da radiofusão; surgimento dos LP's (*long players* ou discos de vinil); as fitas cassetes; os CD's (*compact disks*); conforme preceitua Losso (2008, p. 45-50). Não obstante o aperfeiçoamento da qualidade sonora, os CD's trouxeram excessivos ônus para os artistas e compositores vinculados a gravadores e editoras musicais, as quais realizavam o repasse dos custos para transformação dos LP's em CD's aos responsáveis efetivamente pela criação musical, estando inclusos em tais custos – percentual de perdas dos discos no processo de fabricação; desconto em razão da capa do disco; etc. (GUEIROS JÚNIOR, 2000). A "indústria cultural" detinha o maior lucro, maculando os interesses dos verdadeiros criadores.

Com o advento da *Internet*, as obras musicais assumiram contextos ainda mais amplos, visto que havia possibilidade de disseminação destes a um público conectado virtualmente. As músicas assumiam o formato mp3, sendo disseminadas em uma velocidade imensurável na rede mundial de computadores e em custos menores. No entanto, as violações aos Direitos Autorais Musicais também se ampliaram, a partir da atuação dos *hackers* (WITT, 2015, p. 82-83).

Com isso, houve a popularização das músicas em formato mp3, sobretudo quando da criação de aplicativos que permitiam o *download* destas, v. g. o *Napster*. Este se vale da tecnologia *peer-to-peer* ou PSP, a qual permitiu uma nova maneira de se realizar trocas de arquivos diretamente entre os usuários conectados à rede mundial de computadores (MORAES, 2006, p. 309). A tecnologia suscitada salvaguarda a conexão direta entre computadores ligados à *Internet*, facilitando a troca de obras intelectuais, dentre as quais se destacam as músicas e filmes, ainda que estejam protegidas (SANTOS, 2009, p. 115).

Havia a disseminação dos *downloads* ilegais, os quais suscitaram inúmeros debates judiciais envolvendo diversas gravadoras (v. g. SONY, EMI, etc.) e as redes de compartilhamento *peer-to-peer*, dentre as quais se destaca o *Napster*. No âmbito destes corroborou-se pela ilegalidade dos *downloads* realizados em programas como o suscitado (BANDEIRA, 2012, p. 118).

Diversos programas que permitiam *downloads* dos arquivos musicais foram desenvolvidos, repercutindo consideravelmente sobre os interesses econômicos das indústrias fonográficas e cinematográficas, embora também estimulem a aquisição de músicas pela *Internet* (MORAES, 2006, p. 310). A produção e disseminação das obras musicais deixam de ser realizadas unilateralmente pelas produtoras e gravadoras a partir da tecnologia digital. Assim, os usuários interligados à rede passam a atuar como ativamente na disseminação destas criações (MORAES, 2006, p. 311).

Diante disso, surge o debate sobre o caráter ilegal dos *downloads*. No âmbito do *copyright* norte-americano, o sujeito responsável pelo armazenamento do arquivo digital em seu computador, realiza uma cópia da obra, sendo necessária autorização expressa do seu titular. No cenário brasileiro, à luz do artigo 5º, VI c/c artigo 7º, da Lei nº 9.610/98, a reprodução é caracterizada pela cópia de um ou vários exemplares de obras, dentre as quais se desta o fonograma, inclusive em caso de armazenamento destas em meios eletrônicos, caso em que se necessita da autorização do titular, a qual, na maioria das vezes, não é obtida.

Tendo em vista à sistemática autoralista brasileira, de cunho restritivo, indaga-se sobre os contornos de eventual "reprodução" no ambiente digital, no qual milhares de *downloads* são realizados a cada instante. A adequação dos instrumentos jurídicos protetivos dos Direitos Autorais Musicais a esta nova realidade trazida a partir das novas tecnologias é colocada em pauta.

Existem doutrinadores que corroboram por uma compreensão restrita sobre o que seria caracterizado como reprodução (apenas a criação de cópia), desconsiderando o simples armazenamento de músicas na memória do computador, sem produção de cópias (ASCENSÃO, 2002, p. 105-106). Outros corroboram no mesmo sentido, ao definir os *downloads* como mera distribuição de obras e não sua reprodução pública, nos termos do artigo 5º, IV, da Lei nº 9.610/98 (GUEIROS JÚNIOR, 2007, p. 01).

Longe de ser pacífica a temática em comento, não se pode olvidar que a popularização da *Internet* fez surgir novas práticas de aquisição e propagação das obras intelectuais, sobretudo musicais. Diante disso, operou-se a necessidade de convergência entre os interesses da coletividade, dentre os quais se destaca o Direito de Acesso à Cultura, salvaguardado no artigo 215, da Carta Magna, os Direitos Autorais Musicais. Nesse contexto, são apresentados usos alternativos das criações fonográficas, analisados em momento oportuno.

2.2 A Harmonização dos Direitos Autorais Musicais com o Direito de Acesso à Cultura na Constituição Federal de 1988

Os Direitos Autorais estão salvaguardados na Constituição Brasileira, no capítulo "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", artigo 5º, XXVII. Este tutela aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução das criações intelectuais. Ademais, o Acesso à Cultura, não obstante sua fundamentalidade, possui respaldo nos artigos 215 e 216, do mesmo diploma legal supracitado, o qual preceitua sobre a necessidade de atuação estatal no sentido de salvaguardar o aquisição e propagação de bens culturais, dentre os quais se incluem as obras musicais.

Os Direitos Culturais transitam no cerne da segunda geração dos direitos fundamentais, arraigados ao princípio da igualdade, do qual não há razão em dissociá-los (BONAVIDES, 2005, p. 564). Deste modo, "caracterizam-se por serem verdadeiros *pouvoirs d'exiger* que conferem aos seus titulares a possibilidade de exigir do Estado prestações relativas ao bem estar do indivíduo e da sociedade" (SARMENTO, 2011, p. 31).

As normas constitucionais que salvaguardam o acesso à cultura possuem eficácia limitada, ou seja, se faz necessária a concretização de seus efeitos posteriormente a partir da edição de legislação infraconstitucional. No entanto, sua eficácia não está limitada a edição de legislação posterior, isto quando compreendida sua proteção de maneira ampla, por meio da internacionalização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o direito fundamental supracitado encontra esteio na Declaração Universal dos Direitos do Homem; bem como na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (SILVA, 2001, p. 50).

O desenvolvimento dos aparatos tecnológicos, impulsionados com a Internet, influenciou fortemente a compreensão dos Direitos Autorais Musicais. Os diversos meios (LP's, CD's, MP3's, etc.) de exteriorização das produções fonográficas permitiram questionamentos sobre a proteção destes direitos. Deste modo, a Constitucionalização do Direito Autoral permitiu a interpretação da Lei nº 9.610/98, de caráter restritivo, à luz das novas práticas voltadas a propagação cultural.

A Lei nº 9.610/98, responsável pela proteção infraconstitucional das criações intelectuais, inclusive as musicais, em razão de sua natureza restritiva, apresenta problemas de validade ou efetividade social, quando analisada à luz do Fato Jurídico. No entanto, não se trata de ineficácia da Lei de Direitos Autorais, ao passo que a eficácia, à luz da Teoria

Ponteana do Fato Jurídico[4], consiste naquilo que é produzido no âmbito jurídico como proveniente dos fatos jurídicos (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 50). Desta forma, havendo a incidência da norma autoral sobre os elementos que integram seu suporte fático, esta produzirá seus efeitos, ainda que no ambiente virtual.

Todavia, em relação à efetividade da norma jurídica, no caso em tela, autoral, não se vislumbra a concretização desta, visto que no meio digital são constatadas diversas condutas que revelam a desobediência dos indivíduos no que tange as preceituações legais (RÊGO, 2010, p. 42). Isto ocorre em razão de inúmeros fatores, dentre os quais, o excessivo rigor da legislação autoral no tocante aliado à facilidade de acesso e distribuição das criações intelectuais.

As músicas, outrora monopolizadas pelas gravadoras e produtoras, encontraram na *Internet* a liberdade de disseminação, não se demonstrando eficazes os mecanismos legais no sentido de coibir o compartilhamento de arquivos musicais na rede mundial de computadores. Com isso, foram repensadas novas alternativas de proteção às prerrogativas patrimoniais pertinentes aos Direitos Autorais, sem deixar de resguardar o acesso à cultura, como direito fundamental inerente a toda coletividade.

3 Perspectivas sobre a Funcionalização dos Direitos Autorais Musicais

Os Direitos Autorais, em especial, àqueles que tutelam as criações musicais, objeto do presente estudo, em convergência com os preceitos fundamentais norteadores de nosso Estado Democrático de Direito, devem cumprir a função social para a qual se destinam.

A funcionalização dos Direitos Autorais é caracterizada há convergência entre os anseios sociais e a tutela dos interesses legítimos resguardados ao criador da obra imaterial. Isto porque, a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Autoral, a Lei Maior atua como "o referencial ético e valorativo reconhecido por toda a nação" (VITALIS, 2006, p. 177). Sendo assim, cabe à Lei nº 9.610/98 possuir como parâmetro hermenêutico o texto constitucional o qual "orienta a fixação de limitações a direitos autorais" (MIZUKAMI, 2007, p. 419).

Não obstante a proteção conferida aos autores na Carta Magna – artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, a utilização de veículos como a *internet* proporcionou o surgimento de

[4] Teoria desenvolvida pelo jurista alagoano Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, nascido em Maceió, Estado de Alagoas, Brasil, na qual este analisa o fato jurídico à luz de três planos por este analisado, a saber: plano da existência, validade e eficácia. Ademais, esta doutrina foi revisitada pelo também jurista do referido Estado, em obras, divididas em três volumes, intituladas "Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência, Validade e Eficácia".

instrumentos jurídicos que melhor harmonizam o Direito de Acesso à Cultura (artigos 215 e 216, da CRFB/88), fulcrado no fundamento da igualdade, e os Direitos Autorais. Busca-se a ponderação entre os interesses elencados com o auxílio de meios alternativos direcionados à tutela da função social (artigo 5º, XXIII, da CRFB/88) das obras intelectuais, sobretudo das músicas, as quais, uma vez propagadas na rede, impulsionam a cultura, sem macular os interesses dos seus criadores.

3.1 Os Usos Alternativos das Obras Autorais Musicais na *Internet*: possíveis soluções

Diante das transformações sociais nas formas de aquisição das obras musicais na *Internet*, o Direito, como fato social, não poderia ficar inerte, ao passo que regulamenta as relações firmadas entre os indivíduos no âmbito da comunidade na qual figuram. Diante disso, é inegável que, atualmente, o homem assume um papel de veículo propulsor da informação, sobretudo, com o auxílio das tecnologias da informação e comunicação (TIC), fazendo-se necessário apresentar alguns instrumentos jurídicos apresentados doutrinariamente como soluções aos usos das obras intelectuais.

A priori, temos as licenças *creative commons*. Estas são enquadradas como instrumentos contratuais atípicos, resguardados pelo fundamento principiológico da liberdade atribuída às partes para firmarem contratos em coadunância com seus interesses, desde que em respeito à boa-fé na formação dos contratos e que a ilicitude não verse para o objeto contratual (LEMOS; BRANCO JÚNIOR, 2009, p. 21). Ademais, são oriundas do Projeto com a mesma denominação, cuja finalidade precípua consiste em permitir que o conhecimento seja utilizado e compartilhado com o auxílio de licenças jurídicas públicas.

Estes instrumentos suscitados salvaguardam aos autores das criações intelectuais se utilizarem do licenciamento público com vistas ao gerenciamento dos próprios direitos que lhes são tutelados. Assim, a coletividade é autorizada a determinados usos sobre a criação intelectual, sem prejuízo das vedações a outras condutas, quando da maculação aos interesses do autor (LEMOS, 2012, p. 283).

A democratização do acesso à cultura filia-se hodiernamente a um modelo de inclusão digital proporcionado pelo advento da rede mundial de computadores. Outro exemplo prático de tal preceituação, o movimento *software livre* se baseia “[...] no princípio do compartilhamento do conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva conectada na rede mundial de computadores” (SILVEIRA, 2002, p. 36).

Ademais, entre as possíveis soluções se destacam os serviços de *streaming* de músicas, os quais, sem prejuízo das inúmeras críticas, permitem o acesso às músicas no ambiente digital, havendo o pagamento de *royalties*, contribuindo para redução do número de *downloads* ilegais. No entanto, o percentual resguardado aos músicos é reduzido, ficando estes muitas vezes desamparados (PEREIRA, 2016, p. 78).

Não se pretendendo esgotar a temática em comento, temos que estas foram algumas das soluções apresentadas a difusão das criações intelectuais musicais na *Internet*. Estas, por sua vez, embora não solucionem efetivamente as problemáticas em torno dos Direitos Autorais Musicais, se apresentam como alternativas que melhor flexibilizam o acesso à cultura e, por conseguinte, à efetivação da função social constitucionalmente resguardada a tais direitos.

Considerações Finais

Diante do exposto, podemos concluir que o caráter patrimonialista foi prevalente na história, refletindo-se profundamente na elaboração da legislação autoral do Brasil, representada pela Lei nº 9.610/98.

No entanto, o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado ressaltou o protagonismo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesta, são tutelados direitos e garantias fundamentais, cujos efeitos se irradiam por todos os diplomas legais de nosso País, inclusive sobre a Legislação Autoral Brasileira supramencionada.

A partir disso, se reestabeleceu a primazia da pessoa humana na sistemática jurídica vigente no Brasil, consagrando valores como: a dignidade (elencada no artigo 1º, III, da Constituição Brasileira) e a (re)personalização do Direito Autoral, a partir de uma perspectiva antropocêntrica, resguardando conjuntamente os interesses dos autores e da coletividade, do acesso à cultura.

O avanço tecnológico trazido com a *Internet* permitiu uma maior facilidade na aquisição e disseminação das criações intelectuais, com destaque as obras musicais. Isto demandou questionamentos jurídicos sobre a licitude ou não destas condutas, em especial dos *downloads* dos arquivos musicais (*mp3*) e seus reflexos sobre os Direitos Autorais Musicais, visto que tais condutas são rotineiramente praticadas na sociedade da informação.

Conclui-se também que existe uma maior necessidade de adequação da proteção conferida aos direitos da propriedade intelectual, de modo específico, sobre as criações musicais, à luz desta realidade explicitada e na busca de uma melhor harmonização dos

Direitos Autorais Musicais com o Direito de Acesso à Cultura, contribuindo, assim, para sua efetivação e reconhecimento da função social que lhes é inerente.

Por fim, conclui-se que haverá convergência entre tais "direitos" e interesses, quando forem adotadas soluções plausíveis que, não obstante demandem adequação à realidade jurídica brasileira, efetivem os interesses coletivos sem macular os Direitos Autorais Musicais. Como exemplo, destacamos as licenças *creative commons*, as quais permitem que os autores das músicas elenquem contratualmente os eventuais usos e restrições sobre suas criações, antes de liberá-las na rede, disponibilizando-as para *download*.

Referências Bibliográficas

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

_____; OLIVEIRA, Paula Cristina Koerig de. Pra não dizer que não falamos de espinhos: a constitucionalização do direito civil e a difícil concretização da ideia de repersonalização em ações de direitos reais nos tribunais brasileiros. In: **Revista de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul**, nº 32, jul./dez. 2009. Santa Cruz do Sul: Ed. UNISC, 2009. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/1187/887>. Acesso em: 04 jun. 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BANDEIRA, Messias Guimarães. **Construindo a Audioesfera**: as tecnologias da informação e da comunicação e a nova arquitetura da cadeia de produção musical. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2012. Disponível em:< https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/6059?mode=full>. Acesso em: 06 jun. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In**: Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 225, jul./set. 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4. ed., rev e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRANCO, Sérgio. A Natureza Jurídica dos Direitos Autorais. In: **Civilistica.com**, a. 2, n. 2, 2013. Disponível em:<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Branco-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 564.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Paz e Terra. 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRANÇA, Eurico Nogueira. **A arte da música através dos tempos**: ensaios históricos-críticos sobre a música no Ocidente. Rio de Janeiro: Atheneu-Cultura, 1990.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à *Internet***: direitos autorais na era digital. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GUEIROS JÚNIOR, Nehemias. **O Direito Autoral no Show Business** – Volume I: A música. 2 ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2000.

_____. **Download digital não pode ser considerado execução pública**. Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2007-ago-01/baixar_musica_internet_nao_execucao_publica>. Acesso em: 05 jun. 2016.

GRISARD FILHO, Waldyr. A função social da propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade). In: **Direito Civil- Constitucional: situações patrimoniais**. Carmen Lúcia Silveira Ramos (org.). Curitiba: Juruá, 2002.

HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

LEMOS, André. **Cibercultura**: tecnologia e vida social na cultura contemporânea. 6. ed. Porto Alegre: Sulina, 2013.

LEMOS, Ronaldo; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. ***Copyleft , Software Livre e Creative Commons***: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas. Disponível em:< http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/Copyleft_Software_Livre_e_CC_A_Nova%20Feicao_dos_Direitos_Autorais_e_as_Obras_Colaborativas.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 jun. 2016.

LEMOS, Ronaldo. **Futuros possíveis**: mídia, cultura, sociedade, direitos. Porto Alegre: Sulina, 2012.

LOSSO, Fabio Malina. **Os Direitos Autorais no Mercado da Música**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em:< http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28092009-082901/pt-br.php>. Acesso em: 05 jun. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999. Disponível em:< http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/constitucionalizacao_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016.

_____. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: EHRHARDT JR. Marcos et ali (Org.) **Direito Civil Constitucional**: a ressignificação dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Ed. Conceito, 2014.

MALLMMAN, Querino. Os direitos morais do autor no mundo informático, mercado editorial e globalizado pelo mundo digital. In: **Revista de Propriedade Intelectual** – Direito Contemporâneo e Constituição, Aracaju, Ano IV, Edição Nº 08/2015, fev. 2015. Disponível em:< http://pidcc.com.br/artigos/082015/11082015.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

_____. O direito do autor sobre a exploração econômica da obra. In: **Revista de Propriedade Intelectual** – Direito Contemporâneo e Constituição, Aracaju, Ano I, Edição Nº 01/2012, out./dez. 2012. Disponível em:< http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/40-o-direito-do-autor-sobre-a-exploracao-economica-da-obra>. Acesso em: 05 jun. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIZUKAMI, Pedro Nicoleti. **Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007. Disponível em:<http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5101>. Acesso em: 04 jun. 2016.

MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: **Direito Autoral**. Coleção Cadernos de Políticas Culturais, v. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

_____. **Direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em:<http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads/Os_Direitos_Morais_do_Autor__Rodrigo_Moraes.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2016.

PEREIRA, Laryssa Custódio de França. **O Impacto do Avanço Tecnológico na Esfera dos Direitos Autorais Musicais e a Necessidade de Harmonização com Direito de Acesso á Cultura**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Alagoas (UFAL), 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Tomo I (Parte Geral). Campinas: Bookseller, 2000.

REIS, Jorge Renato dos. O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: Considerações Acerca de sua Função Social. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coord.) **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

RÊGO, Sidney da Silva. **Do patrimonialismo à repersonalização do direito autoral:** harmonização dos direitos fundamentais à informação, cultura e educação e o uso alternativo

das obras protegidas. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Maceió, 2010.

SANTOS, Manuella. **Direito Autoral na Era Digital**: impacto, controvérsias e possíveis soluções. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em:<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016. p. 31.

SILVA, Guilherme Coutinho. **Acesso às Obras Fonográficas na Sociedade Informacional**: as relações com o Sistema Internacional de Direito Autoral. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2011. Disponível em:< https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/95296>. Acesso em: 05 jun. 2016.

SILVA, Rosane Leal da; RUE, Letícia Almeida de La. A constitucionalização do direito de autor e as potencialidades da internet para a difusão da cultura. In: **Revista de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza**, v. 19, Fortaleza, 2014. Disponível em:<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2445/pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **A constitucionalização do Direito** – os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. Malheiros: 2001.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica**. Disponível em:<http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo_02>. Acesso em: 05 jun. 2016.

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

WITT, Stephen. **Como a música ficou grátis**: o fim de uma indústria, a virada do século e o paciente zero da pirataria. Tradução: Andrea Gottlieb de Castro Neves. Rio de Janeiro: Intríseca, 2015.

VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade da informação. In: **Direito Autoral**. Coleção Cadernos de Políticas Culturais, v. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.