

O DIREITO DE AUTOR CONSTITUCIONALIZADO E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Arthur Felipe Gressler¹
Miguel Genildo Greiner²
Grace Kellen de Freitas Pellegrini³
Jorge Renato dos Reis⁴

RESUMO

A constitucionalização do direito é um fenômeno recente no mundo jurídico, tendo seu marco inicial na Alemanha em meados do século XX e desde então adentrando na cultura jurídica dos países ocidentais. A Constituição inverteu pólos com o Código Civil e tornou-se o centro do ordenamento jurídico, ocupando o lugar deste. A Constituição, diferentemente das demais normas jurídicas, possui um emaranhado de normas com valores éticos, morais e sociais, dos quais, com o efeito da constitucionalização do direito, irradia estes valores para todo o ordenamento jurídico, devendo todas as normas infraconstitucionais ser interpretadas à luz destes valores e preceitos constitucionais. Neste trabalho, se tratará acerca dos efeitos que a constitucionalização do direito ocasionou ao direito de autor, em que primeiramente, ao se fazer uma interpretação gramatical desta lei, percebe-se um condão altamente patrimonialista do direito de autor, à qual se auferem uma rígida proteção dos direitos de autor, e, em contrapartida, ocasiona uma dilação do desenvolvimento de diversos setores do Estado, como o cultural, o social, o educacional, dentre outros.

Palavras-chave: Autor. Constitucionalização. Constituição. Direito. Função Social.

ABSTRACT

The constitutionalization of the law is a recent phenomenon in the legal world. It had its initial mark in Germany in the mid-twentieth century and has since entered the legal culture of

¹ Graduando em Direito penal Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de estudos de Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo e participante do grupo de estudos de Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado, ambos coordenados pelo Prof. Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. Integrante e pesquisador do projeto “O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”, com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, CNPq. <arthurfg@yahoo.com.br>

² Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista CNPQ. Integrante do grupo de estudos de Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado e participante do grupo de estudos de Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo, ambos coordenados pelo Prof. Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. Integrante e pesquisador do projeto “O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”, com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, CNPq. <miguel@rbl.adv.br>

³ Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogada. Pesquisadora e integrante do Grupo de Estudos de Direito de Autor e do Grupo de Estudos de Interseções Jurídicas entre o Público e Privado, da UNISC. Pesquisadora e integrante do Grupo de Estudos de Direitos Autorais e Informação, da UFSC. Integrante e pesquisadora do projeto “O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”, com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, CNPq. <gracef@mx2.unisc.br>

⁴ Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul. Pesquisador e Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu-Mestrado em Direito da UNISC. Professor na graduação da UNISC. Coordenador dos projetos: Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo e Interseções Jurídicas entre o Público e Privado da UNISC. Coordenador do projeto “O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”, com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, CNPq. É advogado atuante. <jreis@unisc.br>

Western countries. The Constitution exchanged its place with the Civil Law and has become the center of the legal system. The Constitution, unlike the other rules of law, has a web of ethical, moral and social standards. With the constitutionalization of the law, these values were radiated to the entire legal system and all the rules are interpreted within these values and constitutional principles. In this paper, we will be working on the effects that the constitutionalization of the law led to copyright and its laws, trying to help society reach intellectual protected works, using fundamental rights and new answers like fair use, since intellectual works receive strict protection copyright, and, in turn, cause a delay in the development of various sectors of the state, such as cultural, social, educational, among others.

Keywords: Copyright. Constitutionalization. Constitution. Right. Social Function.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho visa estabelecer uma relação entre o processo de constitucionalização do Direito Privado, efeito da inserção de valores constitucionais nas normas reguladoras das relações privadas, e a função social do direito de autor. Por tal razão, inicia-se o trabalho fazendo referência ao processo de constitucionalização do direito e os efeitos que este ocasionou, principalmente na esfera privada, em que os direitos fundamentais elencados na Constituição também terão de ser observados nas relações inter-privadas.

Na sequência, será feita uma análise do direito de autor, sendo realizados delineamentos no que concerne aos embates inter-privados, mais especificamente entre os interesses dos autores em embate com os interesses sociais. Dessa maneira, o que se quer é estabelecer a importância de alguns Direitos Fundamentais, em especial o direito de acesso à informação e à educação, em contraponto às restrições legais, presentes na atual lei de Direito Autoral brasileira.

Como método de abordagem a ser adotado no seu desenvolvimento, será utilizado o método dedutivo, que permite analisar a partir das hipóteses tecidas qual se encaixa para melhor resposta. Já o método de procedimento utilizado será o analítico e, como técnica de pesquisa, a documentação indireta, com a elaboração de fichamentos, resenhas, e revisão bibliográfica dos livros existentes no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) e na biblioteca central da Universidade de Santa Cruz do Sul.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Primeiramente, para ilustrar e proporcionar maior ciência acerca dos temas aqui tratados, cabe elucidar o sentido empregado da palavra Constituição neste texto. Constituição provém do verbo *constituere*, em latim, que significa: estabelecer definitivamente. No sentido

político-jurídico da palavra, a Constituição é o todo organizador de um Estado, estabelecendo a organização fundamental deste, conforme a vontade idealista do povo que a institui (CARVALHO, 2008, p. 261-262).

Importa na lei fundamental do Estado, pois é responsável por organizar o funcionamento deste, mas, além deste aspecto orgânico, a Constituição também tem a incumbência de reconhecer aqueles direitos que são inerentes a cada indivíduo, estes mesmos já anteriores ao próprio Estado, os quais devem ser por este respeitados (CAVALHEIRO, 2012, p. 33). Mas o Poder Público não pode manter-se inerte apenas contentando-se em não lesar aqueles direitos fundamentais que compõem a esfera jurídica dos administrados, mas, também, deve atuar positivamente, regulando e criando instituições ao objetivo de efetivar estes direitos.

No entanto, embora a rigidez das normas constitucionais seja uma característica da maioria das constituições, de modo que estas somente serão alteradas mediante um processo solene e mais dificultoso em comparação as demais normas jurídicas, é importante transcrever parte da lição de Barroso (2010, p. 123-124), sobre os meios de mutação do texto constitucional:

[...] as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos. Porque assim é, todas as Cartas Políticas prevêm mecanismos institucionais para sua própria alteração e adaptação a novas realidades. Isso não quer dizer que essa seja a única hipótese de mudança do conteúdo das normas constitucionais.

A finalidade de um procedimento mais complexo para a modificação das normas constitucionais tem-se por preservar aqueles direitos e garantias reconhecidos como fundamentais e intrínsecos ao ser humano, mantendo intacta a ordem jurídica (BULOS, 2010, p. 125). No entanto, esta rigidez pode acabar por resultar em um distanciamento entre a norma jurídica e a realidade social, sendo preciso que a lei se adapte à contemporaneidade.

Para o doutrinador Bulos (2010, p. 101), as constituições são organismos vivos, pois, já no ato de sua criação, são conferidos meios para a sua modificação, de modo que possa também abranger a fatos novos. Nesse sentido, a Constituição deve ser a soma dos fatores reais e efetivos que regem a sociedade. Correspondente à realidade social do país, ou não passaria de mera folha de papel e sucumbiria às efetivas forças reais que nele prevalecem (FERDINAND, 1863).

Para que a norma constitucional atenda às demandas sociais na contemporaneidade, é necessário que seu alcance e sentido sejam alterados, ao ponto de entrar em consonância com a realidade fática existente hoje (BARROSO, 2010, p. 126-127). Esta releitura, ou mutação,

do texto constitucional, pode acontecer por duas vias, as quais o autor supracitado, Barroso (2010), caracteriza como *mutação formal* e *mutação informal*.

Para Barroso, a alteração formal acontece pelos meios já previstos quando da promulgação da Constituição, aqueles que definem um procedimento formal para a alteração do texto constitucional. Enquanto a alteração informal ocorre por meio da mutação constitucional, a qual produz o efeito de alterar o sentido e o alcance das normas constitucionais, sem que, para tanto, haja qualquer alteração em seu texto (BARROSO, 2010, p. 124).

O que ocorre é uma releitura das normas constitucionais, modificando o alcance e o sentido da lei, ou seja, abrangendo novos elementos, os quais não podiam ser previstos quando da edição da lei por ocorrer em uma realidade diversa da contemporânea. Assim, é proporcionada uma justiça mais ética, aproximando o cidadão do ideal de justiça. Igual fenômeno também acontece com todas as demais normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico da grande maioria dos países ocidentais, fenômeno que recebe a denominação de Constitucionalização do Direito.

Alguns sentidos variados podem ser apregoados ao termo Constitucionalização do Direito, seja pelo fato de um determinado ordenamento jurídico possuir uma Constituição dotada de supremacia sobre as demais normas ou pelo fato de uma Constituição abranger em seu texto matérias relativas ao direito infraconstitucional (BARROSO, 2005). Porém, o sentido de que aqui se trata é o de irradiação do conteúdo axiológico dotado nas Constituições sobre todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, repercutindo sobre os três Poderes do Estado e, inclusive, sobre as relações entre particulares (BARROSO, 2005).

A Constitucionalização do Direito, neste sentido, teve seu marco inicial na Europa, nos países de tradição romano-germânica em meados do século XX, após o fim da Segunda Guerra Mundial, em período eminentemente caracterizado pelo positivismo. O Código Civil encontrava-se no centro do ordenamento jurídico, servindo seus conceitos altamente patrimonialistas e ausentes de qualquer carga axiológica para regular as relações entre os homens, distanciando-se da realidade social (BARROSO, 2005).

A nova era constitucional tornou possível rever os antigos institutos de direito e dirigir-lhes um novo enfoque, situando a dignidade da pessoa humana no ápice de qualquer relação jurídica e elevando a atividade jurisdicional a um patamar mais humano e menos patrimonialista (REIS; DIAS, 2011, p. 72-73). Tais valores passaram a integrar a totalidade das relações jurídicas existentes, inclusive as privadas, pois foi reconhecido à Constituição o status de norma jurídica superior, a qual se encontra no topo de todo o ordenamento jurídico

e, assim, refletindo toda a sua carga axiológica para todo o direito infraconstitucional (BARROSO, 2005).

No Brasil, pode-se afirmar que o fenômeno de Constitucionalização do Direito Privado somente se iniciou em 1988, com a entrada em vigor do atual texto constitucional, pois somente nesse momento se conseguiu estabelecer uma nova ordem jurídica no País (REIS, 2007). A intenção do texto constitucional de 1988, impregnado de valores expressados em princípios, foi “sepultar” uma visão liberal existente no sistema legislativo, presente, especialmente, nas normas civilistas. Entretanto, a norma civilista continuou sendo a mesma, ou seja, aquela que havia sido editada em 1916. Assim, a doutrina brasileira, baseada no processo italiano, aderiu à ideia de Constitucionalização do Direito Civil. Objetivou-se, com isso, permitir que os princípios previstos no corpo da Constituição pudessem ser aplicados nas relações privadas, mesmo que o texto da norma civilista seja silente ou contrário aos ditames constitucionais.

Para Nalin (2006), a aproximação entre o Direito Privado e a Constituição construiu uma visão diferenciada dos institutos civilistas, medida que se revela de suma importância, já que o texto constitucional de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico princípios novos, a partir dos quais a pessoa humana passa a assumir um papel diferenciado, tornando-se o centro do sistema jurídico. Modifica-se o centro gravitacional das normas infraconstitucionais, que passa a ser Constituição, desenvolvendo uma hermenêutica inclusiva, permitindo o abandono da visão liberal reinante no país (ADOLFO, 2008).

A doutrina encontra-se muito dividida quanto à questão de aplicação dos direitos fundamentais nas relações inter-privadas, eis que a Constituição Federal brasileira, ao contrário de outras normas fundamentais, não previu em seu texto nenhum dispositivo que tratasse da vinculação privada aos direitos fundamentais. Contudo, esta ausência de dispositivo não afasta esta vinculação, que decorre diretamente da própria norma consagrada (SARLET, 2000).

Há diversas teorias acerca do assunto, mas relevam-se as da *eficácia direta ou imediata*, construída por Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner e a teoria da *eficácia indireta ou mediata*, construída por Günter Dürig (REIS; DIAS, 2011, p. 77-79).

A teoria da eficácia indireta ou mediata implica na aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, por intermédio do Estado, seja pela elaboração de cláusulas gerais do direito, das quais servem como uma porta de entrada dos direitos fundamentais para as relações particulares, ou por meio de interpretações das normas jurídicas em conformidade com a Constituição (REIS; DIAS, 2011, p. 77-78). Já a teoria da eficácia

direta ou imediata consiste na aplicação direta dos direitos fundamentais às relações inter-privadas, independente de qualquer cláusula geral ou outro meio de integração das normas jurídicas (REIS; DIAS, 2011, p. 79).

Indiferentemente da teoria aplicada, o que se vê é que a incidência das normas constitucionais, mais precisamente dos direitos fundamentais, nas relações inter-privadas, é um fenômeno cada vez mais frequente, proporcionando que as resoluções de conflitos sejam mais justas e dignas, justamente pela irradiação dos valores constitucionais à todo o ordenamento jurídico, tendo o princípio da dignidade humana como norte das interpretações.

No próximo capítulo continuará a se tratar acerca da constitucionalização do direito, mas, mais precisamente, relacionado ao direito de autor e à utilização deste para concretizar os direitos fundamentais elencados na Constituição pelo uso do instituto da função social do direito de autor.

3 O DIREITO DE AUTOR CONSTITUCIONALIZADO: A FUNÇÃO SOCIAL

O direito privado modificou seu foco, deixando de proteger tão somente os bens do indivíduo, uma visão patrimonialista e individualista, para centrar sua atenção na pessoa. Assim, o direito privado passou por uma repersonalização, tendo colocado a tutela jurídica civil da pessoa em primeiro lugar, privilegiando os valores não patrimoniais e a dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2006).

A partir dessa nova concepção, todos os ramos do direito civil são funcionalizados, já não se admite proteger a empresa e a propriedade enquanto valores isolados, mas somente quando estiverem relacionados com valores existenciais, para a realização da justiça social. O termo direito civil resta alterado por essa nova perspectiva, deixando de se ocupar estritamente com o indivíduo e seus interesses (SARMENTO, 2006).

A Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, trouxe em seu artigo 5º, XXIII⁵, que “a propriedade atenderá a sua função social”. Carboni (2006, p. 97) define em relação ao direito autoral como se estabelece essa funcionalização:

[...] O direito de autor tem como função social a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo.

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

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

Pode-se entender que o direito autoral está configurado em uma dupla ordem de direitos. A primeira delas diz respeito aos interesses do autor, à sua intimidade com a obra, configurando-se na liberdade de expressão baseadas nas relações contratuais e obrigacionais, e a segunda ordem de direitos compreende basicamente a sociedade e o interesse coletivo junto ao acesso ao conhecimento (PIRES; BOFF, 2011, p. 109).

Reis e Dias (2011, p. 81) explicam:

[...] além dos interesses do autor a serem protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio, coexistem outros direitos fundamentais como a cultura, a educação e a informação, por exemplo, os quais precisam ser fomentados, sem para isso prejudicar a órbita criativa do autor.

O processo de constitucionalização do direito produziu efeitos sobre o direito de autor. Dessa forma, se faz necessário uma nova leitura da lei de direitos autorais a partir da Constituição, “eis que os direitos fundamentais passam a fazer parte das relações privadas” (REIS; PELLEGRINI, 2011, p. 16).

O direito de autor hoje é regulado pela lei 9.610/98, porém a simples leitura da lei não é o suficiente eis que “o princípio constitucional da função social não deve se restringir às limitações previstas nessa lei, que são insuficientes para atender às finalidades sociais da utilização da propriedade intelectual” (PIRES; BOFF, 2011, p. 109).

Essa visão coletiva e social do direito de autor não foi sempre a mais aceita. Pires e Boff (2011, p. 99) comentam:

[...] já se foi a época em que se pensava que as funções cultural, econômica e até mesmo social do direito de autor eram alcançadas através do maior grau possível de proteção dada ao autor com o conseqüente monopólio sobre a utilização de suas obras.

Hoje se entende que esse conceito, “frente à importância que o conhecimento e até mesmo a informação representam para sociedade, não há como se admitir a análise de um direito de autor com esta visão unitária”, onde ao criador da obra intelectual é dada exclusividade absoluta sobre sua produção (PIRES; BOFF, 2011, p. 99). Contudo, o que se percebe atualmente é que “nos casos que envolvem o direito autoral é uma forte intenção de aplicar a lei de direitos autorais de um modo positivista, ou seja, sem a devida leitura da Constituição Federal” (TEIXEIRA; BRANDT, 2011, p. 132).

A aplicação estrita da Lei n. 9610/98 nos casos que envolvem o direito de autor limita e dificulta atos simples da vida social, como cópias reprográficas de livros e o uso de aparelhos com capacidade para armazenamento de músicas, como os *iPods*, pois essa lei possui, em seu artigo 46, uma série de limitações em relação à reprodução de obras. Apesar de

essas limitações possuírem objetivos sociais e culturais, tentando manter equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público, é exatamente nessa área que ocorrem os maiores conflitos (CABRAL, 2003, p. 70). Enquanto que a lei de direitos autorais anterior, lei 5988/73, permitia em seu artigo 49, item II⁶, a reprodução integral de uma obra, a nova lei, em seu artigo 46, item II⁷, reduziu a reprodução para apenas pequenos trechos. Essa mudança causou consequências, colocando estudantes e pessoas comuns na situação de ilegalidade toda vez ao fazer uma cópia de alguma obra para uso próprio.

A lei não se importa com motivos. Há vários exemplos em que uma cópia poderia ser usada sem prejudicar o autor, porém a lei sempre colocará a pessoa numa situação de ilegalidade. Um exemplo é quando a cópia é usada para fins educacionais ou pesquisa. Outro é o caso de obras raras, onde não se tem a possibilidade de adquiri-la, como única opção sendo a sua cópia. No caso da “reprodução de pequenos trechos”, não há uma definição certa para qual o tamanho exato do trecho, apenas opiniões diversas. Cabral (2003, p. 72) entende que:

[...] não se pode copiar o livro inteiro, nem a metade, nem sua parte substancial, onde estão, por exemplo, os exercícios básicos da matéria. O bom senso indica que “pequeno trecho” é uma parcela mínima do objeto copiado.

Em relação à reprodução de uma obra completa para fins educacionais, didáticos ou de pesquisa, Reis e Dias (2011, p. 88) comentam:

[...] ainda acerca das críticas ao comportamento adotado em relação ao direito autoral, aponta-se a ausência de dispositivos que assegurassem a reprodução de obras para questões educacionais, visto que se precisa fomentar a aprendizagem e o acesso ao conhecimento para impulsionar o crescimento social. Vedando esse acesso, o Estado freia o seu desenvolvimento e não consegue a efetivação dos direitos à educação, à cultura e à informação, visto que não é somente incentivando a produção e a criação por parte dos autores que se ascende a um grau mais elevado no desenvolvimento estrutural desses direitos fundamentais.

É compreensível que nenhuma lei seja capaz de contemplar todos os fenômenos sociais. Visto que se está em período de mudanças, principalmente em relação à *internet*, será pela interpretação da legislação frente à realidade que se vai buscar o sopesamento entre os interesses do autor e da sociedade (CABRAL, 2003, p. 12).

O paradoxo existente na Sociedade Informacional reside na liberdade de informação e educação a todos, de um lado, e nos direitos exclusivos dos titulares dos direitos autorais, de outro. Para se dirimir a colisão de direitos fundamentais existente, deve-se recorrer ao

⁶ Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor: II - A reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro.

⁷ Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

princípio da proporcionalidade, a partir da ideia do uso justo e do princípio do uso ilícito, permitindo-se, desse modo, alcançar o equilíbrio entre os direitos autorais e o direito de acesso à informação (WACHOWICZ, 2004).

A Lei n. 9610/98, pelo tempo que ela permaneceu no parlamento, perdeu bastante a atualidade esperada. Teria sido importante que o novo diploma legal contemplasse, de forma mais clara, questões em relação às novas tecnologias, principalmente a internet, que afeta o direito de autor (CABRAL, 2003, p. 12).

Carboni (2006, p. 32), ao tratar de novas tecnologias, comenta:

[...] ocasionalmente, as novas tecnologias tendem a democratizar o acesso e o uso da informação, como é o caso da internet. No entanto, as instituições comerciais e o próprio governo, valendo-se de determinadas ferramentas (dentre as quais, o direito de autor), acabam por impedir esse processo.

Junto com novas tecnologias vieram novas alternativas à função social do direito de autor, como o *Fair Use* e o *Creative Commons*. São licenças públicas, “instrumentos jurídicos que permitem maior acesso e difusão à cultura e ao conhecimento” (TOLOTTI, 2011, p. 171).

O *Creative Commons*, usado no Brasil, é um modelo de licenciamento que permite que o autor, em vez de manter todos os direitos sobre a obra, abra mão de alguns, objetivando permitir o uso de sua obra por toda a sociedade, dentro dos termos das licenças públicas por ele adotadas (TOLOTTI, 2011, p.171). A *Creative Commons Corporation* é uma organização sem fins lucrativos, criada pelo americano *Lawrence Lessig* no ano de 2001, que elaborou o projeto *Creative Commons* (TRIDENTE, 2009), com o fito de se criar licenças cujos símbolos fossem universais e que permitissem o compartilhamento de dados através de licenças concedidas pelo autor (LEMOS, 2005).

Há várias licenças diferentes, cada uma tendo características importantes. Cada licença ajuda os criadores, chamados de licenciadores, “a manter seus direitos autorais, e, ao mesmo tempo, permitir que outros copiem, distribuam e façam alguns usos da sua obra, pelo menos não comercialmente” (CREATIVE COMMONS, 2013, s.p.).

No caso do *Fair Use*, é diferente. Enquanto o *Creative Commons* atribui licenças para o uso de suas obras, o *fair use* é uma exceção ao acusado de violações aos direitos autorais, um meio de flexibilizar o uso exclusivo do autor sobre sua criação intelectual (NIGRI, 2006), sendo utilizada como cláusula geral pelos tribunais americanos desde 1976, data em que passou a constar no título 17 do *United States Code*⁸ (BRANCO JÚNIOR, 2007). Como referido anteriormente, a lei não se importa com motivos.

⁸ “United States Copyright Act de 1976, que foi seguido por diplomas posteriores, como o *Digital Millenium Copyright Act*.”

Para caracterizar *Fair Use* deve-se analisar a natureza do uso, ou seja, quais são os fins, educativos ou lucrativos. A natureza da obra, o âmbito de sua utilização. Além disso, também se deve destacar a análise da quantidade e qualidade em relação à obra global, bem como a incidência de sua utilização quanto ao mercado e o potencial da obra (PEREIRA, 2008). O *Fair Use* seria uma boa opção para aqueles que fazem cópias e reproduções de obras sem intuito de lucro ou de prejudicar o autor, como estudantes, professores que usam as obras para fins educacionais e de pesquisa.

Independente do mecanismo usado para que se atinja o objetivo, entendemos que se precisa ir além da legislação, buscando alternativas nas novas tecnologias, na Constituição. Pires e Boff (2011, p. 106) concluem:

[...] para que se atinja a função social do direito de autor, é necessário que se vá além das limitações impostas pela lei de direitos autorais, já que são insuficientes para a realização de tal fim [...] Com isso, na falta de uma lei apropriada, é imperioso que se recorra aos preceitos constitucionais, principalmente no que tange aos direitos fundamentais de acesso à informação, cultura e educação, além, é claro, da aplicação da função social do direito privado como um todo.

No final, pode-se entender a “importância da proteção do direito autoral como um direito fundamental”. A legislação atual está numa situação adequada em relação à proteção dos direitos do autor, porém se precisa harmonizar essa proteção com o interesse coletivo, buscar um sopesamento entre o autor e a sociedade (REIS; DIAS, 2011, p. 90).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do direito permitiu que este projetasse uma nova visão, principalmente na esfera privada, a qual sempre foi território extremamente patrimonialista, onde se primava o patrimônio em detrimento do próprio homem e do bem estar coletivo. Seus efeitos proporcionaram um período de mudança ocasionando uma releitura dos institutos do direito. Neste trabalho, em específico, tratou-se do direito de autor e da sua alta proteção patrimonialista. Realizando uma releitura da lei 9610/98 à luz do texto constitucional percebe-se a dissonância entre o conteúdo da lei e o ideal que a constituição busca alcançar.

A Constituição estabelece os princípios de acesso ao desenvolvimento, à cultura, à educação e à informação, estes que podem ser concretizados por meio do direito de autor quando agindo em conformidade com a sua função social. As novas tecnologias podem servir como um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais encontrados no texto constitucional. No entanto, enquanto a lei de direito de autor não for reformulada, ou ao

menos interpretada de forma diferente, continuará a ser um empecilho ao desenvolvimento intelectual da sociedade.

Logo, deve-se fazer uma releitura da lei, a partir dos princípios constitucionais de acesso à cultura, à educação e ao desenvolvimento, pois somente assim se poderá atingir os fins que regem o ordenamento jurídico brasileiro, a funcionalização da propriedade e a socialização do direito, objetivando o preceito basilar de todo o ordenamento: a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direito autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao>. Acesso em: 26 de jan. 2013.

BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 18 de jan. 2013.

CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006.

CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais: comentários*. 4 ed. São Paulo: Harbra, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*. 14 ed. São Paulo: Del Rey, 2008.

CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. *A Incidência dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: Breves Considerações acerca do Fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado*. In: REIS, Jorge Renato dos (Org.); CERQUEIRA, Katia Leão (Org.). *Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado: uma Abordagem Princioplógica Constitucional*. Salvador: EDUFBA, 2012.

CERQUEIRA, Katia Leão (Orgs.). *Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado*. Salvador: EDUFBA, 2012.

CREATIVE COMMONS. Disponível em <<http://creativecommons.org/licenses/>>. Acesso em: 22 de jan. de 2013

FERDINAND, Lassalle. *Que és uma Constitucion*. Berlín, 1863.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NIGRI, Deborah Fisch. In: OLIVEIRA, Mauricio Lopes (Coord.). *Cadernos de Direito da Internet: direito autoral e a convergência de mídias*. . Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, vol. 2.

PIRES, Eduardo; BOFF, Salete Oro. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; BOFF, Salete Oro; DIAS, Felipe da Veiga; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas; TOLOTTI, Stella Monson. *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. A constitucionalização do direito privado brasileiro: A perspectiva do direito autoral. In: REIS, Jorge Renato dos; BOFF, Salete Oro; DIAS, Felipe da Veiga; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas; TOLOTTI, Stella Monson. *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

REIS, Jorge Renato dos; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. O Direito de autor no sistema legislativo brasileiro: Ponderações acerca das novas tecnologias. In: BOFF, Salete Oro; REIS, Jorge Renato; REDIN, Giuliana (Orgs). *O direito na era digital: as novas tecnologias de informação e de comunicação*. Passo Fundo: IMED, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEIXEIRA, Adam Hasselmann; BRANDT, Fernanda. O direito de autor e o acesso à cultura: conciliando interesses públicos e privados numa perspectiva civil-constitucional. In: BOFF, Salete Oro; REIS, Jorge Renato; REDIN, Giuliana (Orgs). *O direito na era digital: as novas tecnologias de informação e de comunicação*. Passo Fundo: IMED, 2011.

TOLOTTI, Stella Monson. O princípio do “uso justo” como alternativa às restrições legais. In: REIS, Jorge Renato dos; BOFF, Salete Oro; DIAS, Felipe da Veiga; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas; TOLOTTI, Stella Monson. *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software e Revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2004.