



**DIREITO, CRIAÇÃO  
E TECNOLOGIA  
DA INFORMAÇÃO**

2ª edição

• Ângela Kretschmann

Escola  
**Politécnica**

COLEÇÃO  
**EAD**  
EDITORA UNISINOS

# DIREITO, CRIAÇÃO E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

ÂNGELA KRETSCHMANN

2ª edição

Editora Unisinos, 2015

# SUMÁRIO

Apresentação

Capítulo 1 – Direito e informática

Capítulo 2 – Ética, direito e tecnologia

Capítulo 3 – O mundo jurídico

Capítulo 4 – A divisão do direito

Capítulo 5 – Direito do consumidor

Capítulo 6 – Comércio eletrônico e direito contratual

Capítulo 7 – Direito da propriedade intelectual

Capítulo 8 – Crimes digitais

Considerações finais

Referências

Sobre a autora

Informações técnicas

# APRESENTAÇÃO

Esta segunda edição do livro “Direito, Criação e Tecnologia da Informação” aborda os temas fundamentais da disciplina *Direito e Tecnologia da Informação*, com a atualização relativa a inúmeras leis que surgiram desde sua primeira edição, em 2012, em especial a questão do Marco Civil (2014), do Decreto sobre Comércio Eletrônico (2013) e a Lei Carolina Dieckman, além das atualizações jurisprudenciais em decorrência das novas leis e mesmo da ampliação da interpretação dos crimes digitais pelo Judiciário.

Esta nova edição tem, portanto, a intenção de auxiliar na compreensão das relações estabelecidas com o Direito pelos profissionais da área tecnológica no seu dia a dia de atividades, de modo que possam agir com segurança na sua vida profissional. O que é natural, considerando que entende-se que é a Tecnologia da Informação que é a responsável pelo desenvolvimento da internet – cabendo ao Direito dar suporte às novas relações que surgem a partir dessa nova base de comunicação, envolvendo transferência de dados e bens.

Os mais diversos trabalhadores da atualidade são cidadãos da era digital, e com a utilização inevitável de novas mídias e internet, seja no sentido privado do Direito, seja no sentido público, precisam conhecer as implicações jurídicas de seus atos. A regra básica é que o que a tecnologia possibilita, não implica em permissibilidade do Direito. O tecnólogo, portanto, precisa conhecer o Direito para movimentar-se na sua profissão e no seu dia a dia, conhecendo seus direitos e deveres básicos.

Existe um diálogo muito produtivo entre os profissionais da área jurídica e os da tecnológica, que promove contínuo aperfeiçoamento dos dois campos. Assim como o gestor precisa conhecer o Direito para decidir e agir com maior segurança, também o jurista não pode viver alheio à realidade social, pois o Direito deixa de ter sentido quando distante da realidade, o que obriga o jurista a envolver-se com os novos desafios jurídicos que a evolução tecnológica traz.

Nesse sentido, o livro aborda uma noção geral que envolve o estudo do Direito e da tecnologia, os principais pontos polêmicos que instigam a análise jurídica e o desenvolvimento do Direito para a solução de conflitos típicos da Era Digital. Um enfoque especial é dado, após um apanhado geral do Direito, às áreas do direito, em especial os direitos dos usuários com o Marco Civil, o direito do consumidor, o comércio eletrônico, o direito de imagem, os delitos informáticos e, no direito da propriedade intelectual, aspectos específicos do Direito Autoral e do Direito Marcário.

# CAPÍTULO 1

## DIREITO E INFORMÁTICA

Do conjunto de ordens normativas que orientam as ações humanas, importa destacar e diferenciar as ordens da técnica, da ética, da moral e da própria ordem da lei. Inicialmente, portanto, serão analisadas as diferenças entre o Direito, a ética e a técnica, para que se possa enfrentar os temas jurídicos com maior segurança. Assim será possível ingressar nos aspectos fundamentais do Direito, que o diferenciam da questão ética e moral, tudo a partir da análise teórica e prática de áreas específicas que tocam diretamente à tecnologia (uso de imagem, direito de autor, crimes digitais, marcas, patentes, *softwares* etc.).

### 1.1 As liberdades na Era Tecnológica

Uma introdução ao estudo do Direito, para alunos de outro campo do conhecimento que não o jurídico, merece uma citação esclarecedora, que ensina muito sobre o objeto do Direito e o amplo campo de estudo que se abre: “o jurista trabalha com a questão da liberdade humana, sempre, de modo que podemos dizer que se trata de uma questão atualizada permanentemente pelo avanço tecnológico” (RADBRUCH, 1979).

Essa afirmação se intensifica na nossa época, a da sociedade da informação. O ser humano, como ser histórico, cada dia aproxima-se mais de condições de exercício de liberdades que sequer eram pensadas em outros tempos. O homem sempre discutiu sobre sua liberdade. As condições reais da vida nem sempre se aproximavam do discurso teórico, pelo contrário, fato que fez surgir as noções distintas de liberdade, como, por exemplo, liberdade negativa e positiva. Isso quer dizer que na sua historicidade o ser humano sempre procurou alcançar o máximo de liberdade em meio a várias restrições, liberdades que em países com formas de governo baseadas na democracia sempre foram mais fáceis de alcançar. Como exemplo, pode-se citar as restrições norte-coreanas e chinesas.

Antes do avanço tão acelerado da informática, ou seja, antes da chamada “Era do Acesso”, ou do que hoje é conhecido como “paradigma tecnológico”, o ser humano lutava por sua liberdade. Porém, nem sempre tinha condições de exercer a própria liberdade a que tinha direito. Ele poderia expressar livremente suas opiniões, mas ninguém ouviria, a não ser que ele tivesse muito dinheiro ou apoio para torná-las públicas por meio de órgãos de publicidade privados.

O que causa espanto com relação ao desenvolvimento tecnológico é que ele torna imediatamente possível o exercício de liberdades de expressão e publicação que nunca tinham sido possíveis, imaginadas e praticadas. Páginas envolvendo comunidades, como o *Facebook*, significam novas formas de exercício da liberdade de expressão, que trazem a questão sobre o fato em si, pela sua concretização e/ou pela sua possibilidade de tornar-se real, pode levar imediatamente à conclusão de sua licitude.

Algo semelhante já acontecera, nos séculos anteriores, com a invenção da fotografia e da máquina de reprografia, ou, como ficou conhecida, o *xerox*, além dos serviços de correio eletrônico. Se a fotografia tornou possível fixar imagens, surgiu logo o

problema de controle das imagens fixadas e o problema daqueles que passavam a ter uma imagem vinculada e fixada sem que tivessem autorizado o ato. Grandes debates jurídicos surgiram em torno do tema e, por vezes, o fato do sujeito sair sorrindo na fotografia levava a crer que tivesse autorizado a fixação, quando na realidade ainda deveria ser realizada a distinção entre sorrir para fixar a imagem em foto e sorrir quando essa fosse veiculada em jornais e revistas; circulando com uma publicidade não imaginada no momento do sorriso.

Com a questão da invenção da cópia reprográfica, aconteceu algo similar, e que confunde as pessoas até hoje. O fato da máquina que reproduz fotocópias tornar possível a cópia não significa que isso é lícito. Entretanto, muitas pessoas pensam, erroneamente, que aquilo que a tecnologia permite é lícito. É sobre isso que devemos refletir.

Finalmente, em relação aos serviços de correio eletrônico, o *e-mail*, a confusão pode pairar sobre onde está a originalidade do *e-mail* enviado ou recebido: se no arquivo armazenado no serviço de *e-mail* ou na reprodução do *e-mail* através da impressão. Da mesma forma, pode-se avaliar esse assunto com a questão contratual (contrato eletrônico), onde um aceite do negócio pode ser efetivado não por uma assinatura, mas por um “ok” através do *e-mail*, ou por um click de uma tecla do seu computador, mouse ou smartphone (ou alguma nova mídia a ser inventada), gerando, a partir daí, responsabilidades.<sup>1</sup>

Neste ponto, novamente a questão da liberdade entra em debate. As novas tecnologias, pelo fato de possibilitarem o acesso de um número cada vez maior a um território comum a todos (nem tantos assim, mas isso é discutível em teoria política) também levam as pessoas a pensar automaticamente que aquilo que é possível é consequentemente lícito. Portanto, se é possível escrever qualquer coisa em redes sociais, como *Orkut* ou *Facebook*, em *blogs*, *videologs*, *fotologs*, etc., como tantos fazem, é lícito. Mas não é assim.

Se tanto se discute acerca da liberdade do ser humano e sua fundamental importância para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades criadoras, tudo isso, por outro lado, colocou em choque também a necessidade de se pensar novos institutos jurídicos e de se repensar antigos institutos que pudessem dar respostas aos novos problemas. Afinal, assim como a tecnologia trouxe muitas soluções, trouxe também novos problemas.

Assim surge a questão do Direito e da comunicação, ainda mais generalizada por meio das novas formas de tecnologia e principalmente difusão em rede virtual. A partir de questões vinculadas a todas as novas formas criadas, e ainda por serem criadas, a título de ampliação da rede de comunicação entre as pessoas, instituições e governos, o Direito passa a ser pensado a partir de uma nova área, o Direito Cibernético, ou *Cyber Law*.

## 1.2 Os debates que se estabelecem

As perguntas que dirigirão nossas aulas envolvem, pois, as consequências das novas tecnologias de comunicação em massa, levando em consideração o conhecimento

leigo dos usuários em assuntos jurídicos, e outras, envolvendo direito autoral (o qual, em função do contexto de *cybercultura* do século XXI, pode estar fadado ao desaparecimento), e ainda sobre o direito de imagem, à privacidade e à intimidade e o Direito de Propriedade Intelectual. Podemos (ou devemos) discutir a questão de que possibilidade não pode ser confundida com liberdade?

Com base em várias questões que surgem em decorrência do vínculo entre autor e criação, criador e criatura, bem como as novas formas de comunicação desenvolvidas pelo ser humano. É importante discutir as legislações e decisões dos tribunais em relação a assuntos muitas vezes pouco abordados, pois são bastante novos em nosso cenário jurídico.

Em geral, questões antigas do Direito estarão presentes, como: “O que podemos preferir? Segurança jurídica ou justiça? Como compatibilizar a segurança de normas rígidas e a justiça de um caso concreto, específico, para o qual a regra jurídica muitas vezes não tem adequação? Aplica-se a lei a qualquer custo, inclusive ao custo da Justiça? Que rumo deve tomar a legislação? Entre as questões práticas que podem levar tais discussões a níveis filosóficos estão os próprios limites e barreiras de inserção e acesso a conteúdos da internet: devemos impor limites ao conteúdo da internet? O ciberespaço deve ser tratado como uma “terra de ninguém” e por isso livre? Nos termos da Constituição Federal (CF), devemos dar maior valor ao princípio da liberdade de expressão ou a imagem e dignidade humana?

Podemos acrescentar ao debate algumas questões pontuais, a fim de coordenar a teoria que desenvolvemos com algumas questões práticas fundamentais e que merecem destaque para que se compreenda a dimensão do estudo que relaciona o Direito à gestão da tecnologia da informação (TI):

1. Segurança da informação e comércio eletrônico - o controle das empresas sobre o conteúdo de informações dos empregados. Abuso de poder ou exercício de um direito?
2. *Software* livre - uma realidade em expansão ou em implosão? A quem interessa esse *software*?
3. Marcas e nomes de domínio – as hipóteses jurídicas e os cuidados nos desenvolvimentos dos sinais distintivos.
4. Obras protegidas pelo direito autoral e sua disseminação na internet - o que é mais adequado, garantir o direito ao autor, nos termos da legislação autoral, ou possibilitar o acesso livre dos usuários, em função da nova realidade paradigmática trazida pela era tecnológica?
5. O uso da tecnologia da informação na prática de crimes - por que razão e quais os riscos de praticar crimes a que estão sujeitos os profissionais que desenvolvem a TI?
6. Lei de acesso à informação – qual informação está livre, e para quem?
7. O que significa “Marco Civil”, e qual a sua importância para todos os usuários da internet?

### 1.3 Breve esclarecimento sobre as fontes legislativas

Na seara da gestão tecnológica, a segurança jurídica é buscada a partir da análise de vários institutos legais. As alterações legislativas têm seu vagar próprio para ocorrer em face da burocracia e da técnica legislativa que exigem formas para a promulgação de leis.

Em várias ocasiões, o poder público já mostrou grande interesse em estabelecer um diálogo com o público sobre as futuras leis, em especial as que dizem respeito à tecnologia. Nesse sentido, tivemos a consulta pública sobre o Marco Civil,<sup>2</sup> assim como a consulta pública sobre a nova Lei de Direitos de Autor.

Mas por que a importância de um “Marco Civil”? Na realidade, a incerteza jurídica é o grande problema. Assim como existem direitos fundamentais, como direito de imagem, direito de autor, direito à privacidade, à honra, à intimidade etc., também existe direito à liberdade de expressão, de acesso à cultura e educação. Como compatibilizar interesses que podem eventualmente estar em conflito? É necessário criar condições legais de uso da internet, para que empresas possam prestar serviços e investir com segurança, pois se não há legislação que trate do assunto, a insegurança inibe os investimentos em novos empreendimentos e inovação.

O projeto para criação de um Marco Civil na internet no Brasil foi uma iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO RIO). O lançamento foi em 29 de outubro de 2009, e teve por escopo a criação de um ambiente digital visando evitar a tendência de se estabelecer restrições e proibições no uso da internet. Para isso, precisa determinar os direitos e deveres que se estabelecem no uso dos meios digitais e internet. O seu escopo inicial era estabelecer uma legislação que garantisse direitos sem restrições à liberdade. Entretanto, as críticas ao projeto na sua versão final são imensas, com acusações de que o marco serviu exatamente para o contrário do que se propunha.

A iniciativa, entretanto, é muito bem-vinda, pois foi escolhido um formato que, tomando o próprio meio digital como instrumento, possibilita amplo debate democrático sobre a futura lei que os cidadãos podem desejar para si. Seu formato foi construído para estimular a participação de todos, integrando as opiniões no projeto. Tornou-se uma consulta aberta, saudável para o processo de democratização contínua do Brasil, assim como um exemplo de ferramenta que pode ser aplicado no futuro para criação de outras legislações. O resultado, entretanto, ainda não foi finalizado. As questões polêmicas, como a identidade de quem acessa ou seu anonimato, bloqueiam o andamento da aprovação do projeto. As questões polêmicas, na realidade, envolvem tanto a responsabilidade dos provedores sobre o conteúdo exposto, como a neutralidade da rede (aí envolvendo também os limites da privacidade para investigação criminal). Essa temática, junto com outras de legislações já em vigor no país, serão tema dos capítulos seguintes. Em agosto de 2011, o Governo Federal encaminhou o PL 2126/2011, resultado da consulta pública, para o Congresso Nacional. Veja-se, por exemplo, a importância que o projeto assume no futuro de todos:

Muitas pessoas não percebem que o provedor de acesso tem um poder brutal de determinar por quais rios o usuário vai navegar. Imagine por exemplo que o seu provedor torne a velocidade na qual você navega no *facebook* muito mais lenta do que a velocidade na qual você navega no *orkut*. Imagine que você possa criar pacotes de internet que dão acesso a apenas alguns sites, cobrando mais para quem utiliza o resto da internet. Estaria se transformando a internet em algo parecido com a TV a cabo. Este espaço democrático que a internet se tornou estaria fadado ao fracasso. As pessoas não mais escolheriam livremente seus passeios pela rede, mas estes seriam determinados pelas empresas que disponibilizam o acesso à internet. Por isso que é tão fundamental um princípio previsto no texto do PL 2126/11 que é o princípio da neutralidade. Por este princípio não pode haver distinção de velocidade por conteúdos ou sites acessados.<sup>3</sup>

A consulta pública também foi adotada para a futura lei de direitos autorais. Infelizmente, com a mudança de governo, entretanto, a consulta pública foi alterada, e não há mais a transparência inicial que existia. Antes, os participantes enviavam seus comentários e todos tinham condições de acompanhar a opinião, divergir, concordar e enviar novas opiniões. Agora, a exigência é de envio de um documento em formato específico, que não permite o acesso de todos no debate. Esvaziou-se, na realidade, toda intenção de democratização do debate público em torno da futura lei de direitos autorais. A atual Lei de Direitos Autorais vigente é a Lei 9.610/98, que deverá sofrer, portanto, para breve uma alteração. Outras legislações também fazem parte da análise de tópicos que dizem respeito direto ao tema da Gestão Tecnológica:

- a. Constituição Federal: princípios fundamentais, vinculados à liberdade de informação, de expressão, ao direito de imagem, ao direito de autor etc., relacionados no artigo 5º e 170º. Também o artigo 62, que levou à criação da Medida Provisória 2.200, de junho de 2001. O problema do princípio da legalidade, para a questão da criminalidade e novas espécies de delitos (art. 1º do CP, art. 5º, II e XXXIX da CF). Depois, veio a legislação específica;
- b. Vejam-se os artigos 20 e 21 (direitos da personalidade), 107 (validade do negócio jurídico), 219 (presunção das declarações assinadas), 927 (obrigação de reparar o dano por ato ilícito), 932 (responsáveis pela reparação civil, dentre os quais os pais e os empregadores), 1.011 (cuidados e diligências na administração do negócio) e, finalmente, 1.016 (responsabilidade solidária dos administradores). Em suma, avaliação quanto à responsabilização da empresa por atos de funcionários que acessam a internet que ela, empresa, disponibilizou, cometendo delitos e/ou causando danos a terceiros;
- c. Código de Defesa do Consumidor: art. 6º (direitos do consumidor), 7º (responsabilidade, inclusive solidária), e 12 a 14 (Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço);
- d. Lei 9.296, de 25 de julho de 1996 (interceptação telefônica e telemática): alargando o conceito de comunicações;
- e. Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações), estabelecendo a internet como serviço de valor adicionado (agregado) à telefonia;
- f. Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997: estabelecendo o *habeas data*, acesso à

informação;

- g. Lei 9.609, de 19 de fevereiro 1998: dispendo sobre a proteção do *software* e a forma de exploração dos direitos relativos a ele;
- h. Lei 9.610, de 19 de fevereiro 1998: dispendo sobre o direito de autor e conexos;
- i. Decreto 3.505, de 13 de junho de 2000, instituindo a Política de Segurança de Informação nos órgãos da Administração Pública Federal;
- j. Medida Provisória 2.200, de 24 de agosto de 2001, estabelecendo no âmbito privado o uso de sistema de segurança baseado em criptografia assimétrica, instituído pela ICP – Brasil (Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Brasil);
- k. Decreto 7.962, de 15 de março de 2013: determina uma série de medidas que devem ser cumpridas por empresas que vendem produtos ou serviços pela internet com o objetivo de proteger o consumidor de fraudes;
- l. Projeto de Lei 4.906, de 2001, cuidando da assinatura digital e certificação eletrônica, tratando de forma mais abrangente as relações e responsabilidades envolvendo comércio eletrônico;<sup>4</sup>
- m. Código Penal, artigos 153 e 154 (crimes contra a inviolabilidade dos segredos) e os seguintes, sobre crimes de propriedade intelectual;
- n. Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012: denominada socialmente de “Lei Carolina Dieckmann”, inseriu artigos no Código Penal, referente à invasão de dispositivo informático e outros temas;
- o. Lei 12.853, de 14 de agosto de 2013: modificou a Lei 9.610/98 e definiu as condições de cobrança, arrecadação e distribuição dos direitos autorais sobre obras musicais.

---

<sup>1</sup> Sobre validade das provas colhidas na Internet ver WENDT, Emerson; BARRETO, Alesandro Gonçalves. **Inteligência Digital**. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

<sup>2</sup> “Dentre os temas a serem abordados na discussão do Marco Civil, incluem-se regras de responsabilidade civil de provedores e usuários sobre o conteúdo postado na internet e medidas para preservar e regulamentar direitos fundamentais do internauta, como a liberdade de expressão e a privacidade. Também poderão ser abordados princípios e diretrizes que visem a garantir algumas das premissas de funcionamento e operacionalidade da rede, como a neutralidade da internet. A discussão não abrangerá de forma aprofundada temas que vêm sendo discutidos em outros foros e/ou que extrapolam a questão da internet, como direitos autorais, crimes virtuais, comunicação eletrônica de massa e regulamentação de telecomunicações, dentre outros.”. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/debate/>>.

<sup>3</sup> ABRAMOVAY, Pedro. PL 2126/11 – *Do AI-5 digital à internet cidadã*. Disponível em: <<http://www.observadorpolitico.org.br/2011/09/pl-212611-do-ai-5-digital-a-internet-cidada/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

<sup>4</sup> PL ainda em andamento. Acompanhamento atual em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=29955>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

# CAPÍTULO 2

## ÉTICA, DIREITO E TECNOLOGIA

Neste capítulo será aprofundada a análise da ordem jurídico-legal, apresentando as diferenças entre diversas ordens normativas que orientam nosso agir, como a ordem técnica, a ordem jurídica e a ordem ética. É fundamental compreender as características e funções de cada uma delas em nossa vida, bem como os limites que são impostos a cada uma delas por ordens normativas distintas.

### 2.1 As ordens da Ética, do Direito e da Tecnologia

Através da democratização do acesso a bens culturais, como música, artes visuais e informações sobre economia, política e ciência, entre outras, é possível falar em um grande avanço na concretização dos ideais iluministas dos enciclopedistas franceses, que defendiam a socialização massiva do conhecimento. Porém, apesar do incremento na utilização da internet, no Brasil, “podemos verificar que tal tecnologia ainda configura-se apenas como uma possibilidade na democratização das relações entre o Estado e os cidadãos.”<sup>5</sup> Nesse sentido, como assevera Capellari, a proposta de uma democracia participativa, como recurso diante da crise da tradicional democracia representativa, poderia ser efetivada através dos mecanismos eletrônicos de consulta direta à população, através das formas como plebiscito ou *referendum*.

De fato, se um dos grandes obstáculos à concretização dos ideais democráticos é a existência de um poder invisível, de grupos organizados que buscam fazer valer seus interesses particulares sem o devido debate de suas pretensões na esfera pública (e o autor lembra com muita propriedade a obra de Norberto Bobbio, *O futuro da democracia*, Editora Paz e Terra, 1992), a internet é uma resposta possível a tais problemas, pois pode publicar radicalmente as relações entre Estado e as pretensões de grupos particulares, servindo de suporte material para o exercício dos institutos previstos no artigo 14, I, II e III da Constituição Federal de 1988, ou seja, para o controle e fiscalização da administração pública através da divulgação de dados e informações sobre receitas e despesas públicas.<sup>6</sup>

Isso significa que enquanto alguns direitos representam conquistas políticas importantes do cidadão, como o direito à intimidade, à privacidade, à livre associação e expressão, à esfera ilimitada da ação técnica propicia, por sua vez, uma ameaça a tais exercícios. O direito à privacidade é uma garantia constitucional dos brasileiros, assim como o próprio direito à livre expressão do pensamento, e assim, ambos restaram protegidos na edição da Lei do Marco Civil, Lei 12.965, de 2014, através do artigo 30., inciso II

Antes do avanço tão acelerado da informática, ou seja, antes do que hoje é conhecido como “paradigma tecnológico”, “Era Digital”, “Era da civilização tecnológica”, “Era do Acesso” ou da “sociedade da informação” (talvez o melhor fosse “comunicação”), o ser humano lutava por sua liberdade. Ele lutava, mas nem sempre tinha condições de

exercer a própria liberdade a que tinha direito. Ele poderia expressar livremente suas opiniões, mas não era ouvido como pode ser hoje. Se tivesse muito dinheiro ou apoio político, poderia ter condições de tornar públicas suas opiniões, através da imprensa privada; do contrário, ninguém o ouviria. O ponto que vincula todo esse assunto com o Direito e a tecnologia está na afirmação de alguns direitos que representam conquistas políticas importantes do cidadão, como o direito à intimidade, à privacidade, à livre associação e o direito à expressão. Entende-se que tais direitos, conquistados com muita luta, estariam ameaçados pelo próprio avanço tecnológico.

## 2.2 A questão ética

A situação atual impõe uma ética diferente, como diz Manfredo Araújo de Oliveira, distinta das éticas tradicionais, bem como das morais historicamente hegemônicas, porque estão vinculadas às relações privadas ou comunidades políticas nacionais, e, por isso, são incapazes de pensar os problemas surgidos da interdependência das nações “no contexto de uma mesma civilização tecnológica, de uma civilização planetária”. Está em jogo a corresponsabilidade planetária, que “seja capaz de produzir uma consciência cosmopolita de solidariedade e de recuperar a primazia do político no contexto de um mundo globalizado e ameaçado por um colapso ecológico e social.”<sup>7</sup>

O que pode significar “recuperar a primazia do político” nesse contexto? Importa esclarecer, então, o que significa o ser político, o que é a política, ou, ao menos, definir o que pretendemos dizer quando nos referimos à Política. Uma pequena reflexão acerca da formação da ética tradicional é conveniente. Remontar, assim, à antiguidade, para mais tarde ingressar nas éticas contemporâneas, ajuda muito.

Diferentemente de Platão, Aristóteles faz ingressar no campo da ciência as substâncias materiais do mundo sensível e, com isso, inicia a sistematização do conhecimento através da fundação de várias ciências, ordenando tudo o que existe sob princípios unitários - tal sistematização levará ao que atualmente chamamos de “Ciência”.<sup>8</sup> Isso é possível através de sua classificação do conhecimento, ou da Filosofia<sup>9</sup> em “ciência teórica” (*episteme*, ou especulativa, englobando a Física, a Matemática e a Metafísica), como “ciência poiética” (ou *poiesis*, seu objetivo é criar, produzir um objeto, é a “técnica”) e “ciência prática” (ou *phronesis*, o saber é orientado para o aperfeiçoamento moral).

Assim, a Ética foi fundada por Aristóteles como disciplina autônoma frente à Metafísica, devido à influência da ideia de “bem” do intelectualismo socrático-platônico. Com Aristóteles, o saber ético do homem passa a ser a *orexis* – o esforço e sua elaboração até uma atitude firme (*hexis*), de modo que o conceito de ética já traz a relação da *arete*, da educação das virtudes, no exercício do *ethos*, na vida da cidade. A moralidade se distingue da natureza porque nela não atuam somente capacidades ou forças, “mas porque o homem só se converte em homem através do que faz e como se comporta”<sup>10</sup>. Essa ciência pressupõe a capacidade tanto de conhecer como de agir, e o bem é específico da natureza humana – e essa só pode ser conhecida na medida em que

se atualiza na pólis, assim, “o fundamento da ciência prática é a própria vida política do homem, e porque tem a ver com o fim supremo do homem, é a mais nobre de todas as ciências”<sup>11</sup>.

Enfim, recuperar a primazia do político significa recuperar a ética nessa noção, com a preocupação da construção de uma ação prática na cidade, incluindo, agora, num novo local, conhecido como ciberespaço. Para poder, entretanto, definir o que pode constituir ou não uma ação ética, é necessário o conhecimento, segundo Aristóteles, contemplativo, ou teórico, porque através dele é que o ser poderá colocar-se as questões adequadas acerca de sua existência e sua relação com os demais. É assim que poderá educar seus desejos, suas vontades e estabelecer uma ação equilibrada diante de sempre novas possibilidades técnicas que imprimem novos desejos ao ser.

### **2.3 A questão dos limites das ordens técnica e jurídica**

É fundamental que se faça a distinção entre os limites que a ética impõe e os limites técnicos. Enquanto a técnica não se preocupa com o estabelecimento de limites, e nem deveria, a ação ética deve refletir sobre os usos da técnica. No mesmo sentido, várias outras questões fogem do alcance da questão moral e ética, como o capitalismo, por exemplo. Não é o capital que é moral ou imoral, assim como a técnica e os inventos não são morais ou imorais. É o uso que se faz de tudo isso, o “como se usa” que é moral ou imoral. Com tudo isso, a existência de uma moral numa sociedade do capital e do hiperliberalismo só pode vir de outra esfera, que não será da economia, nem da técnica, pois como diz Sponville, “não contem com o mercado para ser moral no lugar de vocês!”<sup>12</sup>. Da mesma forma, é possível, portanto, concluir que não se pode contar com a tecnologia para ser moral no nosso lugar. O importante, então, é discutir profundamente os temas e os limites que a ética pode e deve impor às esferas que por si só não podem estabelecer limites. A técnica não possui limites, nem o capital, a sociedade é que deve discuti-los e estabelecê-los, através da esfera ou ordem jurídica.

Nesse sentido, são muito importantes as ideias de Comte-Sponville, esclarecendo quatro distintas ordens que orientam nosso agir (não que outras não possam existir, apenas é a visão do autor): a ordem tecnocientífica, a ordem jurídico-política, a ordem moral e a ordem ética.

A primeira se refere àquilo que é “tecnicamente possível” e diz “como fazer”, mas não se “devemos fazer”. A ordem científica não tem limites, por princípio. O limite de hoje será superado por um novo desenvolvimento tecnológico amanhã. Diz respeito, portanto, às coisas possíveis de se realizar e impossíveis (que podem bem ser temporariamente impossíveis). Os desenvolvimentos científicos podem se voltar contra a humanidade, de modo que um desenvolvimento tecnológico, assim como uma invenção, por exemplo, não é má ou boa por si mesma, dependendo antes do uso que se faz dela. Ou seja, não há uma técnica ou tecnologia moral ou imoral: o que pode ser imoral ou moral é o uso que se faz dela.<sup>13</sup> Por isso, o autor mostra que é necessário impor limites a essa ordem, limites que

vêm de fora dela, uma vez que ela mesma não conhece limites. Enfim, nem tudo o que a técnica nos possibilita fazer deve ser autorizado, pois isso pode representar a destruição da sociedade.

A ordem técnico-científica, portanto, precisa do limite da legislação. Mas a legalidade e a ilegalidade são conceitos jurídicos, determinados por forças políticas, ou seja, numa democracia, são determinados pelo papel representado pelos parlamentares. A ordem legal, portanto, também apresenta problemas, pois mesmo com as leis, em uma democracia, o povo soberano pode adotar leis que podem se revelar cruéis; um ótimo exemplo disso seria o massacre promovido pelo nazismo.<sup>14</sup> Isso significa que seguir leis nem sempre significa agir de modo correto ou ético, sendo necessária uma nova ordem para limitar a ordem jurídico-política.

A ordem jurídico-política, portanto, diz respeito à democracia, às leis de um Estado. Aqui pode surgir o chamando “canalha legalista”, que segue estritamente a lei, a qual, porém, pode não ser ética. Deve existir uma crítica à lei e um limite à lei, pois a lei nem sempre é justa e nem sempre é ética. Assim, alguém que respeite as leis nem sempre é honesto, podendo ser mesmo mentiroso e cruel. Devemos ter em mente esse significado da lei, produzida por seres humanos, nem sempre atrelada a princípios de justiça, antes, pelo contrário, muitas vezes vinculada aos interesses privados e, hoje em dia, aos interesses de grandes corporações.

Nessa mesma linha de raciocínio, deve-se observar que, se o povo possui todos os direitos, tem também os direitos de massacrar uma minoria. O povo, portanto, não pode ter “todos os direitos”, pois isso é perigoso. Com esse poder, atos bárbaros podem ser executados, e sob a chancela legal, o que é um absurdo. Considerando o atual estado das coisas, vinculado à sociedade informacional, ao nível de conexões aumentando exponencialmente, pode-se colocar uma questão ética que decorre da implantação da tecnologia prevista no Ipv6, que se refere à nova “onda” da internet. Através dessa nova revolução, os próprios objetos poderão interagir entre si, de modo que uma geladeira poderá comunicar-se com um fornecedor e pedir reposição de produtos.<sup>15</sup>

Como destaca Iso Scherkerkewitz, o próprio Google comprou a empresa Nest no início de 2014 pelo valor de 3.2 bilhões de dólares, porque tal empresa iniciou o domínio sobre tais mecanismos. A questão ética que se coloca é sobre a forma como cada indivíduo pretende autorizar ou não que toda sua vida esteja ainda mais exposta do que já está. E aí talvez se rediscuta todos os fundamentos de uma privacidade e de um direito a ela que parece estar sendo mitigado pela própria ação dos internautas – mas não de todos. Deve-se admitir, entretanto, uma grande parte de internautas faz questão de exposição de sua privacidade para o mundo, sem a menor preocupação com ela. Novas tecnologias só virão, certamente, facilitar tal exposição, que é adorada por alguns, e odiada por outros.

Tanto quanto a ordem tecnocientífica, a ordem jurídico-política não é capaz de limitar a si mesma, para que não aconteça de legalizarmos atos bárbaros, a própria lei precisa de limites. Esses limites só podem vir de outra ordem, da ordem moral, segundo Sponville, ou da ordem ética, segundo outros autores.

A ordem moral diz respeito àquilo que se impõe incondicionalmente, para uma

consciência. É um conjunto de normas que criamos com o objetivo de controlar nosso comportamento e tem vínculo com as ideias de certo e errado. A moral, diferentemente das duas primeiras ordens, não precisa ser limitada, apenas completada pela quarta ordem, que é a ética ou ordem do amor, para a concepção de Sponville. A ordem moral é considerada, portanto, limitadora das ordens anteriores, vinculada à noção de verdade, que não manda nem obedece, apenas é a verdade. Também é vista como a oposição entre o bem e o mal e entre o dever e a proibição. É uma ordem que tem base no conjunto de nossos deveres, que são as obrigações ou oposições que impomos a nós mesmos. Ela não precisa ser limitada, mas completada, e o que a complementa é a ordem ética. A ordem ética é para Sponville a oposição entre a alegria e a tristeza. Estrutura-se no próprio desejo e evoca os três amores: o amor à verdade, à liberdade e ao próximo.

É importante destacar, que existem várias formas de concepção ética, como dito no início do texto, e, para Sponville, a ordem ética é a que pode orientar as demais, referindo-se àquilo que se faz por amor, o qual não deve ser limitado.

Tradicionalmente, “ética” procede do grego *ethos* e se refere aos costumes, conduta da vida e regras de comportamento. A “moral” procede do latim *mos, moris*, e teria o mesmo significado de “ética”. Contudo, em geral, as normas morais são colocadas como uma espécie das normas éticas, entendendo-se que a palavra moral pode ser empregada em duas acepções distintas:<sup>16</sup>

- a. no sentido amplo - abrangendo todas as ciências normativas do agir humano, a ética seria reservada para este plano;
- b. no sentido estrito - disciplina dos atos humanos fundada na consciência, ou conjunto de normas inspiradas por valores de um certo grupo, os quais tendem a formar o homem e elevá-lo à perfeição.

As relações entre Moral e Direito, de certa forma, não são simples de ser analisadas. Muitas teorias foram inventadas para demonstrar pontos distintivos entre o que pertence ao campo da Moral e o que pertence ao campo do Direito. De outro lado, quanto mais se tentava colocar em relevo suas distinções, diz Miguel Reale,<sup>17</sup> mais se tornavam manifestas as semelhanças, impondo-se a análise dessas, ligando Moral e Direito *nas raízes mesmas do espírito*. Tanto o Direito quanto a Moral são notas distintivas da experiência ética, pois é através da apreciação compreensiva, fundada no processo histórico concreto, que poderemos chegar a um esclarecimento.

Em princípio, segundo Miguel Reale, o Direito não tem por fim um valor específico que determine por si mesmo a ação humana, sem implicar a vigência conseqüente de outros valores. Assim, por exemplo, a Moral tem por razão a plenitude do ser pessoal, enquanto na estética o artista vive em razão da beleza. O Direito tem por fim realizar a Justiça, não em si e por si, mas como condição de realização de outros valores – ficando excluída assim também qualquer concepção formal de Justiça, afinal o *jurídico* é uma experiência feliz ou não de justiça.<sup>18</sup>

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *Um novo conceito de democracia direta*. IN Teoria do Estado. São Paulo, Malheiros, 1995, p. 352, apud CAPELLARI, Eduardo. *Tecnologias de informação e possibilidades do século XXI: por uma nova relação do Estado com a cidadania*. IN ROVER, José Aires, org. *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. Coleção Boiteux, p. 39-40.

<sup>6</sup> Para o autor, a internet tem potencializado uma real difusão de informações acerca da administração pública e dos assuntos de Estado, “e, se tal fato não tem tido a abrangência devida, deve-se antes à cultura oligárquica, patrimonialista e antidemocrática que caracteriza as nossas esferas de governo, do que propriamente pela falta de interesse dos cidadãos; e por outro, tem se constituído, em nossa opinião, na própria estrutura material que possibilitaria a participação direta dos cidadãos nas decisões – problema já ressaltado por Jean-Jacques Rousseau em 1762 – através da utilização dos terminais de computadores disponíveis em escolas, universidades, empresas e repartições públicas” (CAPELLARI, Eduardo. *Tecnologias de informação e possibilidades do século XXI: por uma nova relação do Estado com a cidadania*. IN ROVER, José Aires, org. *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. Coleção Boiteux, p. 39-40 IN ROVER, José Aires, org. *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. Coleção Boiteux, p. 41-42).

<sup>7</sup> Fica estabelecida uma relação interpessoal com base na cooperação, não no domínio e na violência, de modo que a política é o esforço de efetivar a razão comunicativa na esfera da solução dos problemas coletivos. Seu sentido é o de instaurar uma comunidade baseada na razão, entendida discursivamente, com rejeição do arbítrio: “todo poder e toda norma devem ser sustentados pelo consenso livre dos cidadãos” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Desafios éticos da globalização*. Paulinas: São Paulo, 2001. p. 176, 190-191).

<sup>8</sup> WELLS, Herbert George. *A short history of the world*. London: Penguin Books, 1991. p. 93.

<sup>9</sup> O conhecer científico exige saber com certeza como é e porque é uma coisa, o que leva às suas causas necessárias, e não prováveis, procedendo às premissas verdadeiras imediatas, anteriores, causa das conclusões: “En efecto, el que opina, comparado con el que sabe científicamente, no se halla saludablemente dispuesto en orden a la verdad” (ARISTÓTELES. *Metafísica*. Cit., IV, 4-30, p. 187).

<sup>10</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*, V.I, cit., p. 383 e 647. Sobre os desenvolvimentos dos parágrafos nesse tópico, ver em KRETSCHMANN, Ângela. *História crítica do sistema jurídico: da prudência antiga à ciência moderna*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>11</sup> Cfe. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e sociabilidade*, cit., p. 56 e 57, 63 e 71.

<sup>12</sup> Uma excelente análise apresentada por COMTE-SPONVILLE, André. *O capitalismo é moral?* São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Eduardo Brandão, 223p.

<sup>13</sup> Dentro de um contexto de aplicações na web também se pode verificar isso, o bom e o mau uso: o Wireshark, um aplicativo, programa que analisa o tráfego de rede, e o organiza por protocolos e, com ele, é possível controlar o tráfego de uma rede e saber tudo o que *entra* e *sai* do computador, em diferentes protocolos ou, também, da rede à qual o computador está ligado. Então, ele pode ser utilizado como uma espécie de auditoria nos sistemas, mas também pode ser utilizado para realizar interceptação ilegal de conteúdo na rede. (Sobre os aspectos do uso ilegal do Wireshark ver WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinícius Nogueira. **Crimes Cibernéticos**. Ameaças e Procedimentos de Investigação. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Brasport, 2013).

<sup>14</sup> No nacional-socialismo nazista os standards legais (conceitos e referenciais normativos abertos) foram interpretados pelos dirigentes do Estado a seu favor, restringindo direitos e garantias e, inclusive, infligindo a pena de morte aos “traidores” da causa nazista. Sobre o tema, ver RODRIGUEZ, José Rodrigo. FRANZ NEUMANN. O direito liberal para além de si mesmo. In Marcos Nobre. (Org.). Curso Livre de Teoria Crítica. 2008, v., p. 97-116.

<sup>15</sup> SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 22-23.

<sup>16</sup> Cfe. BETIOLI, *Introdução ao estudo do direito*. p. 48.

<sup>17</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 711.

<sup>18</sup> REALE, cit. p. 713.

# CAPÍTULO 3

## O MUNDO JURÍDICO

Neste capítulo será abordada a historicidade do Direito ao lado da necessária atualização do sistema jurídico em decorrência da evolução tecnológica. Um apanhado histórico visará demonstrar o quanto o Direito é histórico, assim como é histórica a sociabilidade humana e o próprio ser humano.

### 3.1 O mundo jurídico: sistema jurídico e a tecnologia da informação

Tradicionalmente, o Direito, dizem alguns, tem a mesma idade do ser humano, de modo que onde exista o ser humano em convivência em sociedade, ali já deveria existir o Direito (*Ubi societas, ibi ius*). Entretanto, essa questão é bastante polêmica e o desentendimento acerca do surgimento do Direito, historicamente, já levou a várias concepções distintas acerca de sua relação com o ser humano e com a sociedade.<sup>19</sup> O que cabe destacar aqui é que, desde que surgiu, o Direito tem se adaptado às necessidades sociais, ou seja, está em geral a reboque, tentando disciplinar assuntos que são trazidos pela sociedade em geral. O Direito não costuma se antecipar, mas regular a partir das necessidades humanas as novas situações.

Importa ressaltar que, no Brasil, herdamos uma tradição romano-canônica, e depois, em função dos desenvolvimentos científicos e da “ciência moderna”, o próprio ímpeto a codificação geral do Direito. Isso levou muitos juristas a desejarem a sistematização do Direito em um corpo fechado de normas, com vistas a alcançar e fornecer a máxima segurança possível de um ordenamento jurídico, o que acabou resultando – como sempre, pecando pelo excesso – em um enclausuramento do Direito em função inclusive dos efeitos do positivismo jurídico, então em voga. É, em resumo, o dogma da completude do ordenamento jurídico, que depois de tantas críticas, virou um mito - ou melhor, esclareceu-se como mito.

Isso é destacado aqui para que se compreendam inclusive as dificuldades sentidas pelos juristas para adequarem-se a novas situações e, principalmente, para repensar institutos jurídicos ou mesmo criar novas áreas do Direito. Por muito tempo se teve a convicção de que o Direito poderia ser completamente previsível em um corpo de leis, e tamanha ordenação iria gerar a paz social. Ocorre que não se pensou então que a natureza humana é potencialmente criadora, e, nesse sentido, criadora inclusive de novas formas de cometimento de crimes, que muitas vezes fogem da previsão legal. Além disso, não se pensou na capacidade humana para criar novas formas de expressão criativas, que podem estar amparadas por lei.<sup>20</sup>

Tudo isso é necessário para que se compreenda que os efeitos dos desenvolvimentos da tecnologia, principalmente aqueles envolvendo a informática, são tratados com uma lentidão que talvez não ocorresse se não tivéssemos o passado do ímpeto codificador, e, sobretudo, a tradição metodológica herdada pelas ciências da natureza de visar uma cientificidade para o Direito que acabou tolhendo-o em suas

possibilidades de tratar de maneira adequada questões que mereceriam um olhar mais flexível.

Com isso, desenvolveu-se a ideia de plenitude do ordenamento jurídico, como se fosse possível codificar o Direito e inseri-lo em uma ordem de leis completa, de modo que a legislação pudesse ser capaz de responder todos os problemas trazidos até ela. Cabe, claro, lembrar a diferença entre Lei e Direito, porque apesar da lei ser específica, muitas vezes, prevê princípios gerais, e o Direito pode ter em si soluções ao jurista, que lançará mão inclusive de doutrina, jurisprudência e mesmo dos costumes. Agora, como falar em costumes em relação ao ciberespaço? Como falar em ações éticas quando elas estão tão frágeis e completamente sem direção moral, uma vez que nada existe na experiência humana que pudesse nortear de forma clara as decisões nesse campo? É necessária a reflexão para que se possa concluir acerca do que é uma ação ética e o que não é, o que pode ser considerado um abuso de direito e o que pode ser considerado um direito quando usamos as novas tecnologias vinculadas à informação.

No caso da informática, a história é mais recente, mas o desenvolvimento hiperacelerado dos temas acabou levando – até agora, pelo menos – não tanto ao surgimento de inúmeras legislações, mas à abertura de verdadeiras lacunas na ordem jurídica existente, e didaticamente tentaremos discorrer acerca delas, no plano geral da nossa ordem jurídica, para uma visão geral dos temas.

O que mais chama atenção, nessa área, é a constante necessidade de nova adequação legal e, ainda mais do que isso, a necessidade que os juristas têm de estudar um novo campo, com uma linguagem bastante específica, para poder compreender onde situar as matérias e os objetos de proteção que devem ser submetidos ao Direito.

Isso é constante em informática e na sua relação com o Direito. Tome-se como exemplo a questão de *softwares* inteligentes, capazes de produzir – não simplesmente reproduzir - obras intelectuais. Será isso realmente possível? Será possível que exista uma “inteligência artificial” capaz de criar obras sem a intervenção criativa humana? Nesse caso, cabe proteção à obra criada? Se cabe proteção, quem é o autor? O computador, ou melhor, o *software*? O criador do *software*? Ou aquele que tornou possível o uso do *software* em uma determinada situação que levou ao resultado protegido como obra intelectual nova?

O que é, afinal, Direito Cibernético?

*Direito Cibernético é o próprio Direito aplicado e adaptado às novas condições do meio digital, capaz de absorver as características próprias do meio digital, capaz de absorver as características próprias dessa outra dimensão em que o espaço físico, delimitado e disciplinado pelos Estados Nacionais, detentores da soberania territorial, deixou de ser o único espaço para a formação da cidadania e o exercício dos direitos pelos cidadãos.*<sup>21</sup>

Nesse campo pretendemos ingressar na medida em que já enfrentamos algumas questões que são de fundamento e precedentes, como a questão da Ética, que precede o Direito, que pode fundamentar a própria condução de nossas decisões como partícipes de uma comunidade comunicacional que influencia, através do debate, do discurso e do consenso, a própria direção que a normatividade jurídica poderá tomar.

## 3.2 Origens do Direito

É comum a referência à História do Direito como a época em que estão relacionadas as descobertas dos primeiros documentos escritos. Afinal, tradicionalmente, a história é conhecida pelo conhecimento da escrita, pertencendo à pré-história a época da inexistência da escrita. A partir desse marco, portanto, costuma-se distinguir entre pré-história e História do Direito. Entretanto, com relação ao Direito há uma antiga expressão *ubi societas, ibi ius* (onde há sociedade, há direito) que já levou muitos autores ao extremo de realmente concluir pela literalidade do termo, entendendo que desde sempre, desde as primeiras relações sociais, havia alguma forma de “direito”. O problema é justamente chegarmos a algum consenso sobre que “direito” seria esse. Afinal, o poder de um chefe guerreiro pode ser considerado um “direito” semelhante ao poder que hoje possuímos de exigir o respeito a questões fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade?

Sem fazermos a tradicional divisão da história em períodos mais ou menos estanques, como nossos livros de história costumam fazer (Idade Antiga, Idade Média e Idade Moderna, por exemplo), mas observando o globo terrestre inteiro como formado de uma família apenas de seres humanos, podemos entender que não pode existir um marco para o início da História do Direito que não seja arbitrário, pois o início da fixação por escrito varia no tempo de civilização para civilização. Assim, podemos dizer que no Egito remonta ao 3o. Milênio a.C., que na Índia remonta ao século IV a.C., apesar da visão de mundo hindu deliberadamente desinteressar-se pela fixação da história em escritos. Em Roma, o início teria ocorrido por volta de meados do século V, com a Lei das XII Tábuas. Na Grécia, existem as legislações lendárias, mas a legislação de Drácon constitui um marco da fixação da escrita jurídica e publicidade das leis – evitando, assim, o privilégio do conhecimento sobre elas apenas a uma determinada classe e sacerdotes. Por conseguinte, é preferível responder a pergunta sobre “quando” surgiu a História do Direito com outra pergunta: a História de quem? De qual povo?

Além disso, é importante lembrar, como refere Ost, que o Direito “não se contenta em defender posições ‘instituídas’, mas exerce igualmente funções ‘instituintes’ – o que supõe criação imaginária de significações sociais-históricas novas e desconstrução das significações instituídas que a elas se opõem”. A literatura, inclusive - e principalmente - a jurídica, atua não apenas sobre o imaginário instituinte, mas também sobre suas formas instituídas.<sup>22</sup>

Estudando História, na atualidade, somos mais atentos à crítica. Também prestamos atenção em quem é o autor daquela História; para quem ele escreveu; se havia interesse no desdobramento dos fatos; enfim, se a escrita é a habilidade considerada fundamental como marco para a História, deveríamos perguntar onde está a História dos que não podem, por eles próprios, escrevê-la: “onde está a História dos escravos, dos servos, dos operários? Quem escreveu por eles escreveu para eles?”<sup>23</sup>

O *Homo sapiens* surgiu há cerca de 25 mil anos. É o chamado “homem moderno” em comparação com seus antepassados: já fazia ferramentas de marfim, ossos e pedras e já utilizava o arco e a flecha, pescavam com anzol e linha. Antes dele, outras formas de

vida humana foram registradas pela Paleontologia, como o *Australopithecus* (teria vivido há 500 ou 600 mil anos). Outras descobertas alertam para a existência de homínídeos na Terra que podem remontar a 3 ou 4 milhões de anos. Entretanto, as descobertas também indicam que a escrita teria surgido há apenas seis mil anos,<sup>24</sup> a invenção da roda surge em cerca de 3.000 a.C., e a domesticação de alguns animais também, sem esquecer que os primeiros sinais em formas de desenhos datam de cerca de 20 mil anos antes de nossa era, descobertos há pouco tempo numa caverna em Lascaux (França). Até então, poderíamos dizer, o ser humano percorria um longo caminho de sua evolução no sentido de adaptação de suas condições biológicas às da natureza, até que começou a ter condições de dominá-la, sobressaindo-se em meio às demais espécies. Como refere Lévêque, “desde os seus inícios, a história do homem é, assim, a história das suas faculdades de adaptação”.<sup>25</sup> A invenção da escrita, todavia, foi de tamanha importância que a partir dela ocorreu um surto enorme de desenvolvimento das sociedades: contratos, trocas, leis, tudo passou a ser colocado por escrito. Isso tornou possível o crescimento dos Estados num âmbito jamais imaginado – e tornou possível a consciência histórica de forma contínua.<sup>26</sup>

Uma divisão radical entre História e Pré-História do Direito poderá causar vários problemas: primeiro porque não é certo considerar que no período denominado “Pré-História” não existisse Direito, pois as sociedades, apesar de não dominarem a escrita, passaram longo tempo desenvolvendo-se e, assim, desenvolvendo institutos jurídicos que basicamente foram colocados por escrito em um dado momento; segundo porque fazer isso significa partir de um conceito pronto e acabado de Direito que acaba excluindo civilizações que possuíam um Direito muito desenvolvido, apesar de não escrito. Além disso, existem muitas civilizações vivendo ainda hoje em situação arcaica, mas nem por isso “pré-histórica”. Vivem sem um Direito escrito, mas que não é, necessariamente, rudimentar, primitivo ou passível de ser classificado como menos “evoluído”. A questão de a legislação estar escrita não corresponde à questão da evolução do Direito. Povos sem escrita podem possuir um Direito muito evoluído, como veremos. Mais ainda: a qualquer momento podem ser descobertos documentos mais antigos, pela arqueologia, que poderão retroceder nosso conhecimento da História do Direito.

Dessa forma, fica muito difícil delimitarmos com precisão uma época em relação à outra. Precisamos entender, pois, que as origens do Direito remontam a época conhecida como pré-história, e que sobre ela é muito difícil desfazer algumas “nuvens espessas” que insistem em cobrir o nosso passado.

### **3.3 Conceito e historicidade do Direito**

Do que foi visto, já é possível observar que o Direito é histórico, e um dos grandes marcos dessa historicidade é o que denominamos hoje de *direitos humanos*. Esses nasceram a partir de eventos históricos trágicos, mais especificamente após a tragédia do nazismo, destacando-se como uma necessidade de os povos concordarem que existem

determinados direitos que não podem ser violados em hipótese alguma. Observando antigas legislações, antes citadas, como a legislação romana, a Lei das XII tábuas, que proibia o casamento entre plebeus e patrícios, e os direitos humanos na atualidade, é possível compreender o que se quer dizer com a afirmação de que não apenas o ser humano é histórico, como são históricos os direitos e os direitos humanos.

Em relação, entretanto, ao conceito do Direito, é fundamental destacar que esse pode ser visto sob vários ângulos, o que em geral confunde o estudante desavisado. Há de início uma dificuldade teórica no conceito de Direito, ligado à significação linguística do termo. Assim, o termo “Direito” pode apresentar diversas significações:<sup>27</sup>

- a. Norma - ele pode estar vinculado à ideia de norma, lei, regra social obrigatória. Por ex.: o Direito não permite o duelo; não permite a venda de um órgão do corpo etc.;
- b. Faculdade - poderá significar a faculdade, o poder, a prerrogativa que o Estado tem de criar leis. Por ex.: o Estado tem o direito de legislar; cada pessoa possui direito de imagem;
- c. Justo - poderá significar o que é devido por Justiça. Por ex.: a educação é direito da criança;
- d. Ciência - poderá significar ciência do Direito; nesse caso, estaremos examinando seu lugar no conjunto das ciências e a natureza de seu objeto. Por ex.: cabe ao Direito estudar a criminalidade;
- e. Fato Social - o Direito poderá significar fenômeno da vida coletiva, ao lado dos fatos econômicos, artísticos, culturais, esportivos etc. Por ex.: o Direito constitui um setor da vida social.

Temos de entender, então, que quando nos colocamos perguntas sobre o direito *in genere* estamos fazendo Filosofia do Direito. Por quê?

O Direito *in genere* é, como diz Del Vecchio, “fenômeno comum a todos os povos e em todos os tempos – nesse caso o Direito é produto da necessidade humana, existindo fatores gerais e comuns a todos os povos que levaram à formação da lei ou costume”. E isso não pode ser descoberto pela ciência jurídica *stricto sensu*, que tem por objeto um campo particular, dela escapando as causas genéricas e universais que só podem ser abrangidas pela Filosofia do Direito – que envolve a chamada investigação meta-histórica do Direito.<sup>28</sup>

Aqui surge a pergunta fundamental desta lição: Será o Direito influenciado pela História ou será a História influenciada pelo Direito? O Direito se inventa ou é produto lento da natureza, evolução histórica? Será que a vida não seria melhor sem o Direito, uma vez que não é raro ele restringir a liberdade? Observe-se a questão da necessidade de novas leis para regular a internet: será que a regulação da internet não vai eliminar a liberdade que possuímos?

Segundo Radbruch, podemos colocar a questão em dois aspectos:

- a. Até que ponto a História serviu à realização das ideias jurídicas?
- b. De que forma as ideias jurídicas influem sobre as realidades históricas?

Trazendo a questão prática para perto da questão teórica, a regulação dos espaços é necessária, pois de todo modo ela será regulada, ou por forças escusas, ou por poder econômico, ou por grandes organizações criminosas, ou pela lei do mais forte. Por essa razão, surge na história da humanidade, a importância da lei e da regulação dos espaços públicos e privados.

Se for consciente, a ideia do Direito sempre evoluiu através de uma linha progressiva, do inconsciente para o consciente. É uma força que na História se torna sempre cada vez mais consciente, tendendo a obedecer a representações finalistas.<sup>29</sup> Entretanto, ainda segundo Radbruch, os fins conscientes dos homens e que progressivamente vêm a ocupar o lugar dos institutos nem sempre correspondem a ideias absolutas puras, podendo ser simplesmente arbitrários e egoístas. Seria o que Hegel chamou de “astúcia da razão”.

De tudo o que foi visto, é natural a conclusão no sentido de que o ser humano possui uma natureza propensa à sociabilidade. Não pensa em viver isolado, salvo exceções. A regra é a sua natureza política, social. A sociedade é o resultado dessa própria natureza, sendo o Direito o fundamento da sociabilidade humana, o que a torna possível, daí a importância da valorização do Estado Democrático de Direito, estabelecido hoje, e garantido pela nossa Constituição Federal. A seguir, analisaremos as legislações e o papel da Constituição Federal em um país.

### **3.4 Os distintos sistemas de resolução de conflitos**

Historicamente, também é necessário compreender que o ser humano não inventaria apenas uma forma de solucionar conflitos que seria adotada no mundo todo. Os povos, cada um a sua maneira, foram desenvolvendo leis próprias e o desenvolvimento de grandes sistemas jurídicos envolvendo grandes civilizações se formou aos poucos.

Após a tradição da filosofia grega, em grande parte absorvida pelo direito romano, e esse, por sua vez, recuperado pelo direito canônico, surgiu na Europa continental o processo com modelo inquisitorial. Nesse modelo, o acusador era um membro do tribunal, que irá originar o promotor de justiça, e esse mesmo modelo irá influenciar o processo civil, ou ao menos a máquina judiciária, como diz José Reinaldo. Nesse sistema inquisitório o debate era predominantemente escrito, com as relações entre as partes mediadas pelo juiz. Com tal mediação (as partes dirigem-se ao juiz e não diretamente uma a outra), foram crescendo os oficiais, notários, tabeliães, meirinhos, cumprindo ordens diversas. A diversidade das questões trouxe também a definição das competências, e o pluralismo típico do medievo desenvolveu tribunais especiais.<sup>30</sup>

Já no modelo proveniente da Inglaterra, considerado de característica mais oral, as

partes debatiam diante do juiz (que praticamente organizava um *duelo* direto), modelo que foi adotado em todos os países colonizados pela Inglaterra, entre eles os Estados Unidos e a Índia. O modelo da *common law*, desse modo, será vinculado mais aos costumes e decisões dos precedentes, enquanto o modelo do Direito Continental, baseado no Direito Romano, privilegiará o formalismo escrito e a lei.

Na família do Direito romano-germânico, a ideia de que a sociedade deve ser regida pelo Direito se impôs, com o desenvolvimento de um processo racional e abolição dos antigos ordálios<sup>31</sup> (provas irracionais admitidas pelos tribunais medievais).<sup>32</sup> O renascimento do Direito Romano nas universidades teve um papel fundamental, mas corria o risco de ficar limitado ao mundo acadêmico. Uma solução seria desenvolver um novo Direito com base no vigor do Direito Romano ou, ainda, desenvolver um Direito com base nos costumes existentes, ou na falta deles, baseado na jurisprudência. A proposta das universidades vingou nos países do continente, enquanto a segunda solução edificará um novo sistema, o da *common law*.

Nesse ritmo, surge ainda o ideal de sistematização do Direito, que se iniciou a partir da doutrina, surgindo o contraste entre ela e a legislação, comprometida com interesses particulares e técnicas rotineiras. Sobreveio, então, o Código Civil Napoleônico, no interesse de, completando a obra da Revolução Francesa, proclamar, através da primeira codificação, a igualdade de todos os homens através de uma lei geral para todos.<sup>33</sup>

A oposição entre os direitos continentais, referida à família “romano-germânica” e aos sistemas do *common law*, se expressa num Direito tradicionalmente mais legalista no continente e mais jurisprudencial no *common law*. Essa tradicional dicotomia atualmente está enfraquecida, já tendo sido possível, ao parlamento europeu, a propositura de um modelo unificado, que recorreu ao antigo *ius commune* que uniu uma parte da Europa.

De todo modo, segundo a teoria do precedente, a decisão de uma corte sobre um ponto do Direito constitui uma autoridade que deve ser seguida por outras cortes inferiores. Seja qual for a opinião de um juiz, ele deve seguir a decisão da corte reconhecida como competente para declarar o direito. O sistema dos precedentes tem sido um poderoso fator do desenvolvimento do *common law* em outros países, como a Índia. Algumas reservas, contudo, têm sido feitas em relação a seu caráter estático, de modo a desenvolver-se a ideia de que as cortes devem aplicar os precedentes de forma criativa, e não mecânica.<sup>34</sup>

Destaca-se, entretanto, que o sistema do *common law* e o sistema românico-germânico não são os únicos que se pode contrapor. Conforme René Davi, em muitos países orientais, como a Índia, o Direito conserva grande parte de seu caráter inorgânico, fragmentário e instável, sendo comum o sentimento público ver nos costumes, e não nas leis, o verdadeiro Direito. Por tudo isso, o autor incluiu tanto o Direito hindu quanto o sistema chinês, entre outros, em seus estudos sobre os grandes sistemas contemporâneos do Direito.<sup>35</sup> O sistema dos países que abraçaram o socialismo, por outro lado, é outro sistema que se encontra em franca decadência.

O historiador do Direito Gilissen também destaca que existem na Ásia e na África diversos sistemas de Direito fundamentalmente diferentes daqueles encontrados na Europa, nos quais a noção de Direito é muito diversa daquela que se conhece do mundo

romano e da Europa medieval e moderna, em especial por se caracterizar pelo fundamento religioso. Para os ocidentais, é difícil compreender tais sistemas, uma vez que estão habituados às regras e lógicas dos sistemas romanistas.<sup>36</sup> No momento, vários países islâmicos estão buscando a separação entre a religião e a política, visto que a religião tem sido erroneamente usada para justificar atos violentos, ficando cada dia mais claro que a política e a diplomacia devem reger os países e as relações entre os Estados, deixando-se a liberdade de crença para a esfera pessoal de respeito e liberdade de cada indivíduo.

As diferenciações que foram postas revelam, por outro lado, que enquanto o sistema do *common law*, baseado em usos, costumes e precedentes jurisprudenciais é mais flexível, o sistema do *Civil Law* é mais rígido, e por isso, destaca Liliana Minardi Paesani, “é compreensível que os EUA, país de *Common Law*, dotado de recursos econômicos e tecnológicos imensos, tenha sido o pioneiro a difundir o computador na vida econômica e social.”<sup>37</sup>

Por isso, também, não se deve estranhar a imensa influência que o direito americano exerce nas legislações de outros países, principalmente quando se trata de temas como comércio eletrônico, por exemplo.

---

<sup>19</sup> Ver em especial: CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido – uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2002. Trad. de Gresliana Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade.

<sup>20</sup> Aqui, em especial a aproximação teórica de Castor Ruiz, com a definição do “sem fundo” humano (RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. *As encruzilhadas do humanismo: a subjetividade e a alteridade ante os dilemas do poder ético*. Vozes: Petrópolis, 2006).

<sup>21</sup> VALLE, Regina Ribeiro. *Direito Cibernético é uma realidade?* In E-Dicas: O Direito na sociedade da Informação. VALLE, Regina Ribeiro do (org.). Usina do Livro: São Paulo, 2005. p. 29.

<sup>22</sup> OST, François. *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2005. Coleção Diké, Trad. Paulo Neves, p. 19.

<sup>23</sup> AQUINO, Rubim Santos Leão de, et alii. *História das sociedades: das comunidades primitivas às sociedades medievais*. Livro Técnico: Rio de Janeiro, 1980. p. 20.

<sup>24</sup> JEAN, Georges. *A escrita – memória dos homens*. Objetiva: Rio de Janeiro, 2002. Descobertas Gallimard Arqueologia. Trad. Lídia da Mota Amaral, p.11.

<sup>25</sup> LÉVÉQUE, Pierre. *As primeiras civilizações – Os impérios do Bronze*. Edições 70: Lisboa, 1998. Trad. António José Pinto Ribeiro, v. I, p. 10.

<sup>26</sup> WELLS, H. G. *A short history of the world*. London: Penguin Books: 1991. p. 57.

<sup>27</sup> Cfe. MONTORO, Franco, p. 34.

<sup>28</sup> VECHIO, Giorgio Del. *Filosofia do direito*, p. 306.

<sup>29</sup> RADBRUCH, Gustav, cit. p. 191.

<sup>30</sup> [...] “as disputas entre comerciantes (e por extensão aquelas típicas de suas atividades, como as sociedades, a bancarrota, os títulos de crédito, etc.) eram decididas pelas respectivas corporações (os ‘consulados’, por exemplo); as disputas entre os clérigos, nos tribunais eclesiásticos; as disputas entre senhores eram decididas em cortes. Desse ambiente, como já referido, nasceram as regras de competência. Os tribunais especiais continuavam a existir [...]. No século XX surgiram os tribunais ou agências de solução de controvérsias entre patrões e empregados. Os tribunais militares julgavam especialmente os crimes cometidos por militares no desempenho de suas funções, e, assim, poderiam ser citados outros exemplos. Julgando casos e categorias específicas de pessoas, os tribunais especiais tendiam a desenvolver regras particulares: tanto no que diz respeito ao processo propriamente dito (provas admissíveis, por exemplo)

quanto ao direito em geral (regras sobre contratos, interpretação do silêncio, presunção de responsabilidade, repartição de custos, etc.). No entanto, eram considerados seções ou órgãos especializados de um só e mesmo poder soberano” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Uma introdução à história social e política do processo*. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 261-2).

<sup>31</sup> DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed., 3. tir. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 38-9.

<sup>32</sup> Pode ser citado como exemplo: amarrava-se o acusado em um saco que era jogado ao rio; caso o acusado conseguisse sobreviver, estava provado que era inocente. Trata-se de uma prova irracional e desumana, pois, mesmo supondo que conseguisse sobreviver, isso em nada *provaria* sua inocência!).

<sup>33</sup> Cfe. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 412-4.

<sup>34</sup> JAIN, M. P. *Outlines of indian legal history*. 5. ed. New Delhi: Wadhwa & Company Nagpur, 2000, p. 652.

<sup>35</sup> DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed., 3. tir. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 23.

<sup>36</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 101.

<sup>37</sup> 10. PAESANI, Liliana Minardi. et al. *O Direito na Sociedade da Informação II*. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 21.

# CAPÍTULO 4

## A DIVISÃO DO DIREITO

Neste capítulo será apresentada uma visão geral do Direito, enquanto lei, bem como do funcionamento do sistema jurídico, enquanto dinâmica. Na compreensão da lei, importa distinguir as diversas áreas do Direito, como civil e penal, trabalhista, comercial e família, e destacar a importância da Carta Maior, ou seja, da Constituição Federal e dos princípios fundamentais. Com essa base teórica, será abordada a efetividade ou concretude dos direitos inscritos na Constituição Federal, enquanto direitos fundamentais, observando o funcionamento do Judiciário na prática dos julgamentos.

### 4.1 Áreas do Direito

Considerando, agora, que nosso sistema jurídico pertence à tradição romano-germânica, a primeira divisão que se concebe do Direito se dá em dois campos distintos: o do Direito Público e o do Direito Privado. Essa divisão é usada atualmente mais para fins didáticos, pois se encontra bastante desgastada, tendo em vista que o próprio Direito tem por objeto as relações sociais e a ordenação da vida social, sendo seu caráter público (a função social do Direito) indissociável do caráter privado, vinculado às relações privadas dos cidadãos.

De todo modo, há de ser compreendido que por um lado existem, na sociedade, relações dos sujeitos, dos indivíduos, entre si, e, por outro, existem as relações dos indivíduos com o Estado. Assim, o Direito Público cuida da organização e atividade do Estado compreendendo a si mesmo em suas relações com os indivíduos que o compõem, e considerando a si mesmo nas suas relações com outros Estados.<sup>38</sup> Já o campo do Direito Privado, que cuida das relações entre os indivíduos entre si mesmos, também envolve a relação de tais indivíduos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, com instituições ou entidades particulares.

Um bom exemplo da superação dessa dicotomia entre “público” e “privado” é visto nas normas relativas ao consumo. Não obstante se referirem a sujeitos privados, são consideradas normas de ordem pública, sendo fundamental a intervenção do Estado e do Judiciário em qualquer grau no qual exista abuso de direito ou de posição envolvendo a relação de consumo. Outro bom exemplo refere-se justamente à área do direito concorrencial, com expedição de normas específicas de disciplinamento das atividades empresariais. Após a Lei 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, também foram promulgadas a Lei 9.137/90, que estabelece os crimes contra abuso de poder econômico e as relações de consumo; a Lei 8.158/91, com normas para defesa da concorrência; e a Lei 8884/94, que veio fortalecer órgãos públicos de poder de polícia no mercado, como o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), transformado então em autarquia federal.

Entre os diversos ramos em que se divide o Direito, então, superando-se a dicotomia “público-privado”, é possível constatar vários campos (sempre em aberto, considerando a evolução histórica e o constante surgimento de novas áreas do Direito): o constitucional, fixando as próprias bases e fundamentos do Estado; o administrativo,

regulando a atividade do poder executivo; o tributário, que regula as finanças públicas e tributos; o penal, que estabelece o que constitui crime e as penalidades; e o civil, que regula as relações entre particulares de forma mais abrangente, tratando do direito das pessoas, suas relações de família e patrimoniais (incluindo, a partir do novo Código Civil de 2002, também o Direito Comercial). Há, ainda, o ramo do Direito Internacional, que também vai se dividir em privado (regulando as relações entre pessoas de diferentes países) e público (regula as relações entre Estados e organizações internacionais), seguindo as mesmas características das divisões antes indicadas.

Entre os campos novos do Direito, é possível mencionar o do consumidor, o ambiental, e o da propriedade intelectual. Sem adentrarmos em cada campo específico aqui mencionado, convém, entretanto, analisar os aspectos de base de todos os demais para os indivíduos, e aqui estamos falando da base legal maior, de cada país, em especial os que possuem a origem do direito romano, como o Brasil, ou seja, a Constituição Federal e os direitos fundamentais que ela estabelece. Bem assim, importante ainda é analisar o significado de Direitos Humanos, no contexto do citado Direito Internacional. É o que se fará a seguir.

## **4.2 Direitos humanos e Direitos fundamentais**

Para saber o que são os “direitos fundamentais”, é necessário ter em mente, primeiro, o significado da Constituição Federal. Essa, considerada a lei maior, a lei fundamental de um país, formou-se historicamente a partir do século XVIII, diz respeito à ordenação estrutural de um Estado, por um lado, e aos direitos dos cidadãos, por outro. Nesse sentido, ela traz tanto aspectos da funcionalidade e estrutura dos poderes, no caso do Brasil, legislativo, executivo e judiciário, como o rol dos direitos considerados fundamentais. Por outro lado, para entender como os direitos fundamentais foram parar nas Constituições dos países, também é necessário conhecer antes como se deu o processo de constitucionalização dos direitos humanos, pois são eles que trarão essa força normativa para dentro das constituições. Ainda, é bom que se diga, o fundamento dos direitos fundamentais, assim como dos direitos humanos, é único: a dignidade da pessoa humana.

Na verdade, os direitos humanos constituem um processo histórico, não nasceram simplesmente com o horror da Segunda Guerra Mundial, ainda que a partir dela ações mais concretas tenham sido implementadas para sua maior efetividade e universalização. Esse processo histórico de formação dos direitos humanos remontaria pelo menos às revoluções liberais, à luta por liberdade dos indivíduos frente à opressão do Estado, a Magna Carta na Inglaterra, em 1215, reconhecendo direitos de liberdade religiosa, o devido processo legal e a instituição de processo legal para crimes contra a vida, por exemplo (mas a escravidão ainda existia, e tais direitos não se aplicavam a escravos). Já anos depois, em 1628, surge a *Petition of Rights*, através da qual o parlamento inglês pleiteia o cumprimento dos direitos previstos na Magna Carta de 1215, ao Rei,

reafirmando-se a importância daqueles direitos. Tudo se encaminha para a Revolução Gloriosa de 1688, que levou à *Bill of Rights*, na Inglaterra, com a formação então de uma monarquia constitucional.

A seguir, tivemos a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, na América do Norte, em 1777, que fundou a própria Independência dos Estados Unidos, em 1791. Só depois vem a influência da Revolução Francesa, de 1789, que com força incontornável derrubou o *ancien regime*, o antigo regime (feudal), com a proclamação da República, na França.

Um diferencial que costuma aparecer na doutrina envolve os direitos fundamentais e os direitos humanos. Ou seja, é comum aparecer uma diferenciação entre esses dois direitos. Assim, a construção dos direitos fundamentais está ligada aos direitos efetivamente consagrados nas cartas constitucionais dos países, e sua diferença básica em relação aos direitos humanos é que enquanto aqueles dizem respeito a uma determinada constituição estatal, os direitos humanos possuem pretensão à universalidade, não obstante o debate acerca de seu fundamento ser variado, muitas vezes vinculado à própria natureza humana, ainda que frequentemente não estejam consagrados nas leis fundamentais. De uma perspectiva a outra, ou seja, dependendo do desenvolvimento teórico a partir da consideração dos direitos humanos, ou dos direitos fundamentais, é possível caracterizar, por exemplo, diferenças de conteúdo nos aportes filosóficos.<sup>39</sup>

Entretanto, o grande avanço dos direitos humanos, em nível internacional, foi sem dúvida a partir da Segunda Guerra Mundial, em função dos crimes cometidos contra a humanidade pelo nazismo e pelo fascismo. Surge, ainda, a organização para proteção de tais direitos básicos do ser humano, que culminaria, em 1948, na Declaração Universal dos direitos do homem. O século XX transformará o debate sobre os direitos humanos. Eles se estabeleceram como uma concepção nacional e internacional para muitas nações, mas há uma concordância geral de que a força do respeito aos direitos humanos e a extensão da proteção e sua realização dependem particularmente das instituições estatais, e, nesse caso, dos documentos de base ou Cartas Magnas, fundamentais para sua interiorização. Os Estados são identificados, como aponta Henkin, por ideologias distintas, e, assim, por diferentes concepções e responsabilidades em relação aos direitos humanos, que irão se refletir em larga medida nas constituições nacionais.<sup>40</sup>

O constitucionalismo moderno iniciou-se com os Estados Unidos no final do século XVIII, mas a sua Constituição não continha uma “declaração de direitos”. Somente depois as dez emendas suprimiram o vazio normativo, ainda que a tradição das colônias inglesas fosse tomada como implícita. A partir daí, as Constituições escritas passaram a proteger os direitos civis, conhecidos depois como direitos de primeira geração, ou liberdades civis, vistos, assim, como direitos do ser humano frente ao Estado.<sup>41</sup> Em geral, os direitos humanos, hoje, são vistos em diferentes dimensões, e não mais “gerações” de direitos, sendo considerados, por isso mesmo, indivisíveis e universais, ainda que possuam desenvolvimento histórico diferenciado.

Entre os direitos de primeira dimensão estão os direitos civis e políticos, que compreendem as liberdades clássicas (liberdade, propriedade, vida, segurança). São direitos do indivíduo perante o Estado, em geral nominados na doutrina de direitos

negativos, ou seja, dever de não fazer por parte do Estado. São direitos surgidos especialmente contra o excesso de intervenção do Estado na liberdade das pessoas. São direitos que o cidadão possui e contra os quais o Estado não pode estabelecer oposição. Já os direitos de segunda dimensão cobram do Estado uma prestação positiva, um agir em benefício do cidadão. São os direitos econômicos, culturais e sociais. Como exemplos, podem ser citados o direito à saúde, ao trabalho, à assistência social, à educação, à liberdade de sindicalização, ao direito de greve, ao direito a férias, ao repouso semanal etc. O artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988 traz em seus mais de 70 incisos os direitos e garantias individuais e coletivos.

Os direitos de terceira dimensão são os chamados direitos coletivos. São relacionados ao meio ambiente, à qualidade de vida saudável, à autodeterminação dos povos e à defesa do consumidor, da infância e da juventude. São direitos de titularidade difusa e coletiva, como paz, autodeterminação dos povos, desenvolvimento, qualidade do meio ambiente e conservação do patrimônio histórico e cultural.

Entre os direitos de terceira dimensão encontra-se o acesso digital, ou seja, o acesso à informação, daí a obrigação estatal de prover mecanismos para que tal direito esteja ao alcance de todos, uma vez que direitos de terceira geração impõe uma obrigação ao ente estatal, e não uma omissão, como no caso dos direitos de primeira geração (porque o Estado deve abster-se de qualquer ação para garantir a liberdade do cidadão perante o próprio Estado).

Os direitos de quarta dimensão são aqueles chamados direitos sociais, cuja importância transcende a esfera individual do seu detentor e abrange um número vasto ou conjunto determinado de indivíduos. Como exemplo, temos o direito à democracia e ao pluralismo, no mesmo sentido, eles também sujeitam o Estado a políticas públicas para a concretização e universalização desses direitos.

#### **4.3 Alguns direitos fundamentais em análise**

Para auxiliar na compreensão teórica, ingressamos na análise específica de alguns direitos fundamentais, como o direito de imagem. Também serão apresentados os princípios básicos que regem o direito do consumidor e sua inserção no dentro do amplo campo do Direito. Um olhar específico sobre os casos relativos a direito do consumidor relacionados a *software* e *software* livre diante do Código de Defesa do Consumidor servirá para aprofundar o tema, adiante, com o estudo do direito de autor, no campo da propriedade intelectual. Aqui, apenas serão apresentadas algumas noções básicas sobre o direito à informação, o direito de imagem, o direito à privacidade. Adiante, serão abordadas de modo mais específico algumas questões fundamentais para o gestor de tecnologia: o direito de propriedade intelectual, o direito do consumidor e os crimes digitais.

Uma das maiores garantias de uma democracia é a liberdade de expressão. Essa liberdade, conforme já destacado no capítulo anterior, tem relação com as conquistas libertárias da reação liberal contra o sistema feudal, e as primeiras declarações

destacaram a expressão livre de censura como uma garantia que não poderia ser reprimida pelo Estado. Passou a ser exigida uma ação negativa do Estado, no sentido de não interferir. Por outro lado, na medida em que a pessoa humana foi sendo protegida a partir da dignidade, também outras garantias foram previstas na Constituição Federal, em especial direitos que servem como defesa a excessos que podem ser cometidos em nome de outras liberdades, como o direito de imagem, à privacidade e à honra.

No caso escolhido, abaixo, o Tribunal de Justiça entendeu que a liberdade de expressão deveria prevalecer. Lembre-se que quando ocorrer o que se chama de aparente conflito de direitos fundamentais, o caso concreto é analisado, e o critério de ponderação, aplicado:

[...]

A liberdade de expressão, assim como a honra, possuem proteção constitucional, no art. 220 e art. 5º, X, respectivamente. A honra possui como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, desdobrando-se nas dimensões subjetiva e objetiva. Não se constituindo em direito absoluto, é importante determinar em relação o seu âmbito normativo a partir da proteção constitucional de outros direitos fundamentais. A liberdade de expressão é característica do Estado Democrático de Direito, constituindo-se na expressão de pensamentos, ideias e opiniões.

[...]

A liberdade de expressão possui um âmbito maior de proteção, relativamente à liberdade de informação. A publicação da charge em jornal local constituiu-se no exercício da liberdade de expressão, retratando crime de abigeato do qual o autor foi vítima. Não caracterizado o abuso de direito. Ausência de excesso manifesto imposto pelas finalidades da liberdade de expressão. A charge, no âmbito do jornalismo, constitui-se em desenho humorístico, cujo tema é acontecimento atual e que comporta crítica. Publicação de charge como instrumento de crítica social à falta de segurança dos agricultores da localidade e às consequências a que estão expostos. Análise dos limites externos. Critério da *preferred position* para a liberdade de expressão. Assunto que se tornou público pela concessão de entrevista pela parte autora. Ponderação dos direitos em jogo para abarcar a complexidade do sistema jurídico. Inexistência de violação dos direitos da personalidade no caso concreto. A charge publicada não foi direcionada para atacar o autor, mas possui dimensão pública de crítica social. Ausência do dever de indenizar.<sup>42</sup>

Em outra situação, entretanto, também com aplicação do princípio da proporcionalidade e ponderação, ficou decidido que a acusação de prática de trabalho escravo, por parte de sindicato, extrapolou os limites do direito de informar. Nesse caso, denegrir a imagem da empresa implicou em indenizá-la. O caso serve, ainda, como exemplo para destacar que não apenas a pessoa física tem a imagem protegida, mas também as pessoas jurídicas:

[...]

4. Pleito indenizatório em que a parte autora busca reparação de danos morais supostamente suportados em virtude da divulgação de entrevista de conteúdo ofensivo em que se atribuía a prática de “trabalho escravo” à empresa autora.

5. Devem-se sopesar as garantias constitucionais do direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX e 220, §§ 1º e 2º da CF) e da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CF).

6. Vislumbra-se que o sindicato demandado excedeu os limites do direito de informar, com uma crítica contundente, insinuando que o proceder da empresa autora era arbitrário, a ponto de praticar “trabalho escravo”, divulgando uma imagem negativa, de que a empresa era truculenta com seus funcionários.

7. Restou evidenciado no feito que o sindicato demandado não fez qualquer menção na entrevista concedida de que a relação trabalhista reputada como “trabalho escravo” se referia às lojas instaladas no *shopping* administrado pela postulante e não à esta, preferindo adotar alegações genéricas, acabando por insinuar que tal prática era adotada pela empresa autora.<sup>43</sup>

Também não se pode confundir direitos fundamentais com direitos de personalidade. Ainda que os direitos de personalidade estejam elencados no rol dos direitos fundamentais, esses não se restringem aos direitos de personalidade. Assim, por exemplo, a tutela da imagem consagrada constitucionalmente veio prevista e confirmada, a partir de 2002 no Código Civil, e o direito de imagem passou a integrar de forma clara o rol dos direitos vinculados à personalidade. O próprio Código Civil passou a privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, enquanto a lei anterior (o Código Civil anterior era do ano de 1916) privilegiava mais a proteção patrimonial (ainda que já trouxesse a proteção aos direitos de personalidade, entre eles, os direitos a honra, imagem, privacidade etc.). É possível dizer, assim, que alguns direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas os direitos fundamentais vão além dos direitos de personalidade.

Outros direitos de personalidade são os direitos à vida, o direito à intimidade, à integridade física e psíquica, à honra e ao nome. Todos têm como características serem gerais (pertencem a todas as pessoas, independentemente de cor, religião, ideologia, sexo), extrapatrimoniais (não são passíveis de valoração econômica, não possuem um “preço”), indisponíveis (o titular não pode abdicar deles, renunciar a eles, nem vendê-los), imprescritíveis (o titular não perde o direito pelo não uso, que não se confunde com a prescrição do direito de ação, que é regulada distintamente) e inexpropriáveis (ninguém poderá retirar do titular).

Em relação à intimidade, é questão recorrente a fiscalização ou “invasão” do empregador nos *e-mails* de seus empregados. Questiona-se, então, se há violação ao direito à intimidade do empregado. Em geral, os tribunais têm entendido que o empregador pode acessar e conferir os *e-mails* corporativos ou da empresa, enquanto o acesso a *e-mails* particulares constitui uma violação à privacidade do mesmo. Em caso de violação de correspondência endereçada ao empregado, como extrato de FGTS, por exemplo, viola-se a intimidade do indivíduo, sendo declarado ato de ingerência indevida na vida privada do empregado.<sup>44</sup> É de ser destacado que a violação da privacidade na internet pode ocorrer quando “informações pessoais do usuário ou publicidade de sua vida íntima passa a ser de conhecimento de pessoas não autorizadas”.<sup>45</sup>

Em relação ao caráter comumente dito “absoluto”, existem várias críticas doutrinárias, entendendo-se que não existem direitos absolutos (oponíveis a todos, *erga omnes*, tendo em vista a razoável preponderância do interesse público em alguns casos, frente ao direito individual) no nosso atual ordenamento jurídico. Isso quer dizer que o direito de imagem pode ser limitado se entrar em confronto com outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, ou quando estiver frente a um interesse coletivo tutelado, como a ordem pública e a administração da justiça. O fato de não serem aferíveis economicamente não impede que o seu titular, que teve violado o direito de personalidade, venha a receber reparação monetária, que não tem por objeto pagar a dor,

mas amenizá-la, além de representar uma forma de punição ao ofensor.

Um bom exemplo de que os direitos de imagem não são absolutos foi dado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como pode ser observado pela ementa abaixo. Para compreender quando a imagem de uma pessoa é protegida e enseja direito subjetivo à indenização, é necessário observar o objeto em si de uma fotografia, ou seja, se o objeto é a pessoa, um local ou um evento, enfim, se é a imagem pessoal de alguém ou se ela apenas faz parte de um contexto, não sendo o objeto da foto:

O direito à imagem, como direito fundamental que é, não é absoluto. Uma das exceções que comporta é a publicação de fotografia em obra destinada a fins culturais. No caso, registrou-se a imagem do autor tomando chimarrão em conhecido parque de Porto Alegre e inseriu-se tal fotografia em livro de imagens intitulado “Cenas da Vida Gaúcha”, editado com a finalidade de divulgar a cultura do Rio Grande do Sul. Ausência, para mais disso, de violação à honra, à respeitabilidade e à boa fama do demandante, requisitos previstos no *caput* do art. 20 do CC/2002 para o deferimento de indenização por reprodução da imagem sem o consentimento do titular.<sup>46</sup>

O direito de imagem também pode ser compreendido de duas formas distintas, uma no sentido de qualidades da pessoa, ou seja, uma “imagem boa” ou “má” do indivíduo, no sentido de suas virtudes, e outra forma no sentido de uma fotografia, de um retrato, uma representação visual exclusiva do físico da pessoa. Entende-se que o “direito de imagem” previsto constitucionalmente envolve a forma mais ampla, no sentido de a imagem estar vinculada não apenas à representação visual de alguém, mas também à forma de apresentação da pessoa como tal, perante os demais. Isso quer dizer que a violação à imagem independe de sua representação visual ter sido realizada, pois se pode ofender a imagem de alguém sem que exista a reprodução visual, plástica ou ótica de sua imagem.

Também não se pode confundir o direito de imagem com o direito à honra, por mais que o Código Civil não tenha conseguido apresentar de modo claro as distinções. De uma leitura parcial do instituto, a partir do Código Civil, pode-se ter a impressão que o direito de imagem só existe quando violado outro direito, como a honra ou a boa fama, ou se tiver uso comercial. Porém, não é isso que a Constituição Federal estabelece, uma vez que garantiu o direito de imagem sem o estabelecimento de condições. Se não o fez, não pode lei inferior limitar direito posto de modo claro e amplo pela Constituição Federal. Além disso, considera-se que a honra pode ser tanto objetiva quanto subjetiva, ou seja, o seu conteúdo pode ser observado tanto a partir da dignidade da pessoa humana refletida na consideração dos outros quanto a partir da dignidade da pessoa refletida no sentimento que ela própria tem de si.<sup>47</sup>

Naturalmente, com o advento da internet e o advento da sociedade da informação, caracterizada pelo desaparecimento de limites temporais e espaciais, e o uso de novas tecnologias de comunicação, os direitos fundamentais, assim como os direitos de personalidade, muitos erigidos constitucionalmente aos direitos fundamentais, devido à proteção constitucional do artigo 5o., têm sido violados também no ambiente virtual, especialmente através da internet.

Nesse sentido, todo cidadão, na atualidade, para *exercer sua cidadania, acaba ficando refém (no bom sentido) da internet* (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 13) – sendo necessário dominar os rudimentos da informática, e ao mesmo tempo conhecer os direitos

aplicáveis também a ela, não apenas para evitar ser um analfabeto virtual, mas também para efetivamente exercer sua cidadania.

Daí, também, a importância da análise específica do significado do Marco Civil da Internet, que possui íntima relação com os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, em especial de terceira dimensão.

#### 4.4 O Marco Civil da Internet

O Marco Civil veio estabelecer princípios, direitos e deveres para usuários, aí incluídos provedores. Entende-se que havia uma carência legislativa envolvendo as relações estabelecidas em rede, de modo que a nova legislação veio auxiliar os juízes a fundamentarem suas decisões. E a natureza da nova lei é eminentemente constitucional,<sup>48</sup> no sentido de que busca garantir direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

A lei relativa ao que restou conhecido como "Marco Civil na Internet" foi publicada no Diário Oficial da União em 24/04/2014, com o número 12.965. Conforme fica claro de seu artigo 1º, ela estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet " no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria."

Já o artigo segundo especifica que a disciplina - que a própria lei estabelece - tem como "fundamento o respeito à liberdade de expressão, e também:

- i. o reconhecimento da escala mundial da rede;
- ii. os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- iii. a pluralidade e a diversidade;
- iv. a abertura e a colaboração;
- v. a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- vi. a finalidade social da rede.

Antes de tudo ressalta-se que o "marco civil na internet" refere-se a uma regulamentação legal que visa intervir na liberdade da internet. Ou talvez, melhor seria referir, é uma lei que visa garantir a liberdade, uma vez que corporações podem estar tomando conta dos espaços aparentemente infinitos e buscando enclausurar informações.

Como já tivemos oportunidade de estudar, o direito é chamado para regular as situações necessárias, e nesse caso não é diferente. Há a irritabilidade do sistema social que demanda novas fórmulas jurídicas, novas leis, que tenham condições de ordenar, equilibrar jogos de interesses, na medida do possível. Mas afinal, será que uma lei que vem impor determinada regra pode pautar e defender a liberdade? Alguns podem dizer que não, que qualquer regulação fere o princípio da liberdade.

Porém, já sabemos que um estado liberal, no sentido clássico, apaga todos os

direitos de minorias que não têm como lutar contra o poder de grandes corporações e mesmo contra o poder do Estado. Daí a própria necessidade de um estado social, ainda mais no nosso, que possui uma Constituição Federal programática. Uma lei que venha garantir a igualdade, como a proposta de neutralidade, se efetivamente der certo, merece aplausos. Ela deve representar um código de princípios, que merecem estar claros em futuras regulamentações, e caberá a outras legislações (como o Código de Defesa do Consumidor) e mesmo à Constituição Federal garantir que tais princípios não sejam em hipótese alguma relativizados. Afinal, a lei não veio para estabelecer simplesmente "princípios", mas para com base em princípios que já estão consagrados na Constituição Federal, reforçá-los, especificá-los e ainda determinar direitos e obrigações - em especial para usuários e internautas e para servidores e provedores.

No caso do "marco civil da internet" os interesses em jogo são muito evidentes e díspares, e a luta pela aprovação da lei não foi fácil - ainda que ao final, ao que tudo indica, uma pressão extra advinda do efeito "espionagem americana", tenha levado a presidente Dilma Rousseff a "acordar" um antigo projeto que estava adormecido na Câmara dos Deputados e que assim, chegou a ter aprovação em 25 de março de 2014, com o curto prazo de 60 dias para entrar em vigor.

Manifestações de todos os tipos têm repercutido em publicações acadêmicas, e chama atenção o estudo de Segurado, Lima e Ameni (2014)<sup>49</sup> que comparam Espanha e França (países que regulamentaram aspectos de acesso à internet, ainda que sem um marco exclusivo) e Estados Unidos (pela importância histórica e econômica) e Brasil e Chile, porque são países latino-americanos que aprovaram legislações "com caráter mais democrático em relação ao uso da rede". Como destacam os autores, sendo a internet uma rede aberta para o desenvolvimento de práticas colaborativas e não proprietárias é necessário levar em conta que existem interesses de empresas de telecomunicações no sentido de monitorar fluxos de dados a partir do controle da infraestrutura de conexão - o que implica claramente em cerceamento de liberdade de expressão, comunicação e criação.

Nesse sentido, vem bem o artigo 3o., da nova Lei 12.965/2014, determinando que a disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- i. garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- ii. proteção da privacidade;
- iii. proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
- iv. preservação e garantia da neutralidade de rede;
- v. preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
- vi. responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
- vii. preservação da natureza participativa da rede;
- viii. liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não

conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Diferentemente de “regras”, que são normas que se concentram em determinada conduta e imprimem uma sanção a ela (consequências positivas ou negativas para os envolvidos), os princípios trazem como referência “valores” – que ao fim e ao cabo servem para fundamentar as próprias regras.

Nas regras, portanto, a sanção pode recair sobre o patrimônio da parte envolvida (como pagamento de indenização ou perdas e danos), ou sobre a própria pessoa (quando a conduta é mais grave e amparada pelo direito penal, resultando em penas como prisão e multa).

O que causa estranheza em relação ao Marco Civil, é que o legislador decidiu aprovar primeiro a legislação relativa aos delitos digitais, tratando, assim, das regras efetivas, e suas sanções (que ficou conhecida com Lei Carolina Dieckmann, aprovada em 2013), para só depois aprovar os “fundamentos” que estão expressos na Lei do Marco Civil (de 2014).<sup>50</sup>

De todo modo, lembra-se que o Marco Civil ou a “Constituição da Internet” foi precedida de grande debate público e sua regulamentação ainda está em discussão. Além disso, a Lei dos delitos informáticos teve andamento urgente devido à sensibilização pública causada pela violação à privacidade da atriz, caso que acabou designando a própria Lei.

#### 4.4.1 Histórico da Lei 12.965/14

O início pode ser indicado como agosto de 2011, quando o Projeto de Lei n. 2126 foi apresentado, e teve como relator o Deputado Alessandro Molon. Para surpresa geral, o Governo Federal inaugurou o sistema de consultas públicas (que depois também foi adotado com o debate para uma futura lei de direitos autorais), mas infelizmente a mudança de governo apagou todos os rastros desse debate. De todo modo, a discussão ocorreu, e teria sofrido tantas alterações que em nada se parecia com o original.

#### 4.4.2 Por que controlar o que tecnicamente é regido na base do "controle"

Juridicamente a questão da regulação de um espaço que tecnicamente parece esbanjar liberdade parece estranha. Entretanto, como destaca Galloway (2009),<sup>51</sup> a internet é regulada ou é regulação independente de lei, pois tecnicamente ela também se operacionaliza através de um tipo de "regra" ou regulamento. Como diz o autor, o "C" no "TCP/IP" significa "Control". As redes, explica, nunca estão fora de controle, e por isso é importante questionar de onde vem esse controle, se é de algum governo ou de

corporações. Daí a importância da discussão social sobre o tipo de regulamentação que define os protocolos da internet, como ressaltam os já citados autores Segurado, Lima e Ameni (2014).<sup>52</sup>

O que se quer dizer, enfim, é que ao deixar simplesmente para a "lógica do mercado", a liberdade que está disponível, como no caso das relações de consumo, pode levar a abusos daqueles que são fornecedores, em desvantagens para o consumidor, hipossuficiente. Nesse sentido, pode-se destacar que a Lei do Marco Civil na Internet tem por objetivo justamente evitar que a navegação na internet fique submissa às regras de mercado, que podem ser de extrema perversidade e controle, mas que a navegação, ao contrário, tenha garantias de limitação para o bem de uma liberdade real de navegação. Aqui sobressaem os temas principais como descritos no artigo 4º da Lei, que destaca que o uso da internet no Brasil tem por objetivo e promoção: I - o direito de acesso à internet de todos; II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

#### 4.4.3 Polêmicas: neutralidade, privacidade

As polêmicas que envolvem a lei do Marco Civil na Internet podem ser percebidas pelo que já foi dito acima: a questão da privacidade dos internautas, desde logo vinculada à questão da vigilância e segurança da navegação, a questão da neutralidade. Há ainda debates envolvendo a aplicação de direitos autorais, principalmente no que diz respeito à necessidade do envolvimento do Estado em questões de disciplina da internet. É o que se chama de "governança" na internet, o governo brasileiro mostrou que entende necessário intervir justamente a fim de proteger o usuário, tendo em vista que grandes corporações tendem a usar poder econômico e o poder sobre tecnologia para benefício de seus próprios interesses. Nesse sentido, a intervenção é bem-vinda.

##### 4.4.3.1 A neutralidade

Entre as maiores discussões que precederam a aprovação legal está a questão da neutralidade. Ela consta na legislação, mas foi excluída a obrigatoriedade de os servidores terem instalação no território brasileiro, ou seja, o controle efetivo sobre a neutralidade ficou enfraquecido.

O artigo 9º determina que o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação. E ainda, no caso

de discriminação ou degradação do tráfego, o responsável deverá:

- i. abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;
- ii. agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;
- iii. informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e
- iv. oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

Finalmente, na oferta de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo (parágrafo 3º).

O que importa destacar é que com essa previsão os provedores ficam impedidos de ofertar e vender pacotes de internet diferenciados conforme o tipo de uso. Pior ainda, determinar quais endereços seriam mais facilmente acessíveis ao usuário, praticamente dirigindo sua vontade de conexão e acesso. É como um pedágio invisível, mas bastante danoso e malicioso.

Não demorou muito no Brasil essa neutralidade já foi questionada na prática, envolvendo a oferta de acesso a Facebook especial, oferecido pelas empresas de telecomunicações. Ela oferece conexão gratuita ao serviço, estimulando a aplicação específica do Facebook - em detrimento de outras, assim um conteúdo de uma aplicação resta privilegiado. Como destaca Ramos (2014),<sup>53</sup> "não há dúvidas de que caso a interpretação do estudo feito pelo Senado Federal esteja correta o maior prejudicado no final será o consumidor, que não terá mais a possibilidade de acesso a alguns serviços gratuitamente em razão das alternativas de acordos existentes entre as teles e os provedores de aplicativos (Facebook, por exemplo)."

É necessário chamar atenção, assim sendo, para o fato de que a internet não é exatamente um bem comum, "não escasso". Ocorre que na medida em que aumenta a demanda por conteúdos, e na medida em que determinadas empresas oferecem acesso a mais conteúdos, acabam gerando grande tráfego, e a gestão do tráfego torna-se absolutamente necessária. Por isso é possível perceber grandes e permanentes investimentos em infraestrutura para manutenção de conexões ágeis.

Em meio a essa discussão de neutralidade, ainda antes da aprovação da Lei veio um exemplo claro das dificuldades sobre a sua implantação, e o questionamento sobre se efetivamente serve aos propósitos a que se destina: em fevereiro de 2014 é noticiado amplamente que a Netflix realizou acordo com a Comcast para ter direito a velocidades maiores, para tanto, passa a pagar à Comcast a fim de que essa também invista nas condições de tráfego. Segundo a notícia, "a Netflix não receberá tratamento preferencial na rede".<sup>54</sup>

No mesmo sentido, destaca Gregory Sidak (2012)<sup>55</sup> que usuários e provedores de

conteúdo possuem demandas complementares por acesso, logo as operadoras já estão investindo em inovações e fazendo investimentos em conteúdos e aplicações para garantir uma rede ágil e segura. Daí a acusação da "neutralidade" como uma falácia. Fica para reflexão.

#### *4.4.3.2 A privacidade, sigilo e qualidade do serviço contratado*

Sob a perspectiva do artigo 7o da Lei 9.965, a lei do Marco Civil tem por finalidade garantir o acesso livre e seguro à internet sem eventuais incômodos que podem ser decorrentes de uma intervenção maliciosa de provedor. Assim sendo, o artigo informa que o "acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos":

- i. inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;<sup>56</sup>
- ii. inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
- iii. inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;
- iv. não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;
- v. manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;
- vi. informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;
- vii. não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;
- viii. informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:
  - a. justifiquem sua coleta;
  - b. não sejam vedadas pela legislação; e
  - c. estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;
- ix. consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;
- x. exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes,

- ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;
- xi. publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;
  - xii. acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e
  - xiii. aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

É possível perceber, pelos direitos e garantias expressos acima, que a preocupação com o usuário é extrema, mormente considerado que o acesso é fundamental para o exercício pleno da cidadania, o que implica em respeito ao princípio da dignidade humana, previsto no artigo 5º. da Carta Constitucional.

Como se não bastasse, o artigo 8º determina que não adianta aos provedores inserirem cláusulas com dispositivos contrários a essa determinação, pois "são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como: I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou que II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

O artigo 10 da Lei estabelece que a "guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas." Mesmo assim o §3º do artigo 10 dispõe que o acesso aos dados cadastrais do usuário é possível, sem ordem judicial:

§ 3º O disposto no *caput* não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

Isso quer dizer que a administração pública poderá requisitar tais dados, independentemente de autorização judicial prévia, porém, essa requisição deve vir fundamentada sendo possível ao Administrador da Rede negar o acesso inclusive recorrendo ao Judiciário.<sup>57</sup>

#### 4.4.4 A responsabilização de provedores

A lei não deixou dúvidas acerca da liberação do provedor de conexão responsabilidades por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros: "Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros." Porém, poderá ser responsabilizado caso demore em retirar determinado conteúdo quando receber ordem para tal.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o

provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Já em relação ao provedor de conteúdo, será responsabilizado quando, ainda que sem alguma ordem judicial, tenha deixado de retirar conteúdo, após comunicado do ofendido. Como a legislação não estabelece uma forma válida de comunicação, todas seriam válidas, mas recomenda-se que o usuário interessado tenha condições de apresentar prova desse comunicado.

#### 4.4.5 A questão dos direitos autorais

A questão dos direitos autorais não é uma questão pertinente e polêmica dentro do Marco Civil, uma vez que a Lei deixa bem claro que as sanções por violações a direitos autorais continuam reguladas pela lei específica, de direitos de autor, por hora, a Lei 9.610/98 (conforme artigo 31: Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2o do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei). Entretanto, sabendo-se, pois, da existência de lei específica, é de estranhar que a lei mencione que "A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5o da Constituição Federal." Ora, já existe lei que responsabiliza por danos decorrentes de conteúdo, não há necessidade, a princípio, de retocar isso, a não ser que aqui exista alguma pressão de algum interesse específico ainda não identificado, e pode ter interesse em reforçar ainda mais o poder da lei autoral, ou em diminuí-lo.

---

<sup>38</sup> São campos tradicionalmente típicos da área do Direito Público as áreas que tratam das relações jurídicas em que o Estado toma parte, como os Direitos Administrativo, Tributário, Constitucional, do Trabalho, Penal, Processual, Civil e Penal. O Direito Privado é tradicionalmente dividido em Civil e Empresarial. No Civil, tem-se a preocupação com as pessoas físicas e jurídicas e seus direitos, as obrigações, os contratos, Direito de Família, das Sucessões, o Direito sobre as coisas (propriedade, posse). No Empresarial, encontram-se as questões sobre as sociedades e estabelecimentos comerciais, títulos de crédito, falências e recuperações. É possível observar, entretanto, que a linha divisória entre Direito Público e Privado tende a ser eliminada, pois a constituição atual do Estado exige que ele interfira nas relações privadas para auxiliar no equilíbrio entre as relações, como ocorre com a Lei de Direito do Consumidor.

<sup>39</sup> Para ler mais sobre, ver David Sánchez Rubio (SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**. De emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.)

<sup>40</sup> HENKIN, Louis. *The rights of man today*. London: Stevens & Sons, 1979. p. 30.

- 41 Em um primeiro momento ocorreu isto: a constitucionalização de garantias civis que refletiam a características de estados abstencionistas. Em um segundo momento, entretanto, ocorreu um constitucionalismo pendente para o social, com a inscrição de direitos de cunho econômicos, sociais e culturais, exigindo uma ação do Estado na sua implementação. Temos, assim, a Constituição do México, de 1917, e a alemã, de Weimar, de 1919 (Cfe. CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 2006. 1ª. Reimp., p. 329-330).
- 42 Apelação Cível nº 70041494345, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Editora Jornalística o Diário Ltda., Apelante; José Antonio Kuhn, Apelado. Des. Leonel Pires Olhweiler, relator, em 10/08/2011.
- 43 Apelação Cível nº 70029465234, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Estação 713 Ltda., Apelante; Waldemar Francisquetti e Sindicato dos Empregados no Comércio de Farrroupilha, Apelados. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 30/09/2009.
- 44 “[...] A responsabilização por dano moral, na hipótese dos autos, opera-se por força da simples violação de correspondência (*in re ipsa*), independentemente de prova da lesão. - A informação consignada em todos os modelos de extratos do FGTS encontra-se amparada pelo dever de sigilo previsto no art. 1º da Lei Complementar 105/01. - Ao utilizar o documento violado para sustentação de seus argumentos nos autos de reclamação trabalhista ajuizada pelo recorrente, a recorrida conferiu indevida publicidade ao conteúdo da correspondência violada, o que representa ingerência na vida privada do recorrente. Recurso Especial conhecido e provido.” (Recurso Especial n. 2008/0010959-2, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma do STJ, julgado em 27/04/2010, publicado em 13.05.2010.)
- 45 PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito à intimidade em ambiente da internet*. IN Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes. Edipro: São Paulo, p. 160.
- 46 Apelação Cível nº 70019733898, Zero Hora Editora Jornalística Ltda., Apelante; Fabiano Lagni, Apelado. Sexta Câmara Cível de Porto Alegre, 20/11/2008, Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Silveira, relator.
- 47 “É dizer, no sentido objetivo, a honra é a reputação que a pessoa desfruta no meio social em que está situada; no sentido subjetivo, a honra é a estimacão que a pessoa realiza de sua própria dignidade moral”. FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996, p. 109).
- 48 GUERRAFILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. Metodologia jurídica político-constitucional e o marco civil da internet: contribuição ao direito digital. IN MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORENCIO, Marco Aurélio Filho. *Marco Civil da Internet*. lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 15.
- 49 SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina Silva Mandú de; AMENI, Cauê S.. Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França. **Hist. cienc. saude-Manguinhos**, Rio de Janeiro, 2014 . Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702014005000015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702014005000015&lng=en&nrm=iso)>. Access on 08 Mar. 2015. Epub Aug 13, 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59702014005000015>.
- 50 FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no marco civil da internet. IN MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORENCIO, Marco Aurélio Filho. *Marco Civil da Internet*. lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 28.
- 51 GALLOWAY, Alexander. Rede é regulação e nada mais. Entrevista com Alexander Galloway. Disponível em: <<http://culturadigital.br/blog/2009/10/30/entrevista-com-alexander-galloway/>>. Acesso em: 7 mar. 2010. 2009, apud SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina Silva Mandú de; AMENI, Cauê S.; op. cit.
- 52 SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina Silva Mandú de; AMENI, Cauê S.; op. cit..
- 53 RAMOS, Raul Nero Perius. Marco Civil da Internet – Estudo do Senado Entende que Serviço de Conexão Gratuita ao Facebook Viola a Neutralidade de Rede. Disponível em: <<http://raulnero.com/2014/05/07/marco-civil-da-internet-estudo-do-senado-entende-que-servicos-de-conexao-gratuita-ao-facebook-viola-a-neutralidade-de-rede/>>. Publicado em: 07 maio 2014. Acesso em: 09 mar. 2015.
- 54 REuters Brasil. Netflix pagará Comcast por velocidades maiores. 24/02/2014. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/internetNews/idBRSPEA1N02T20140224>>. Acesso em: 09 mar. 2015.
- 55 SIDAK, J. Gregory. The fallacy of "equal treatment" in Brazil's bill of rights for internet users. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, Dec. 2012. Available from: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000200011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200011&lng=en&nrm=iso)>. Access on: 09 Mar. 2015. <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000200011>>.
- 56 Para aprofundamento sobre o direito à intimidade, sugere-se a obra LIMBERGER, Têmis. *O Direito à intimidade na era da informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- 57 O autor complementa: “A fundamentação dos atos administrativos, que é uma norma constitucional, deverá ser

sopesada pelo administrador da Rede, sendo que, caso não haja a devida fundamentação, ou caso essa fundamentação esteja incompatível com a verdade (de forma cristalina), caberá ao administrador da Rede se opor a essa demanda administrativa, inclusive se utilizando do Judiciário para não violar o sigilo do cidadão (SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 53).

# CAPÍTULO 5

## DIREITO DO CONSUMIDOR

Neste capítulo serão abordados aspectos do direito do consumidor na arena digital, em especial o teor de suas normas, de natureza tanto penal quanto cível, e, ainda, situações de abuso contratual, com as consequências jurídicas aplicáveis, e os institutos jurídicos existentes para coibir tais abusos.

### 5.1 O direito individual e coletivo do consumidor

Qualquer troca de dinheiro por produto ou serviço estabelecido entre consumidor e fornecedor é considerada uma relação de consumo.<sup>58</sup> A partir a Constituição Federal de 1988, restou consagrado, entre os direitos e garantias individuais, também a obrigação do Estado de promover a proteção ao consumidor. Pela Constituição, ficou decidido que o Estado iria promover, na forma de uma lei que deveria ser promulgada, a proteção do consumidor.

Temos, assim, o direito do consumidor garantido como direito fundamental. Adiante, ainda no texto constitucional, encontra-se no artigo 170 a previsão de que a defesa do consumidor constitui um dos princípios que devem ser observados no exercício de qualquer atividade econômica, com o objetivo de garantir a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos mediante a implementação de uma política de nacional de consumo. Ainda, com a previsão do artigo 48 do *Ato das disposições constitucionais transitórias*, restou determinado que um Código de Defesa do Consumidor deveria ser aprovado em 120 dias. O Código só chegou a ser aprovado dois anos depois, quando surge, em 11 de setembro de 1990, a lei nº 8.078, conhecida como CDC.

### 5.2 Internet e consumidor

O advento da internet transformou radicalmente as relações privadas, com reflexo direto sentido especialmente no comércio eletrônico. A rapidez nos negócios também aumentou tanto o número de ofertas de produtos e serviços quanto de problemas a eles relacionados. Nesse sentido, vemos um descontrole no *marketing*, envio de *spams* e muitas propostas agressivas, obscuras ou mesmo enganadoras.

O que se observa é um público consumidor cada vez mais vulnerável a grandes empresas e conglomerados nacionais e internacionais. Várias são as formas pelas quais o Estado começou a intervir nas relações privadas, basicamente em função da própria evolução do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito (e com grandes dificuldades tentando implantar o Estado Social): a) pela intervenção através da regulamentação das relações de consumo, mediante o estabelecimento de limites aos contratos, impostos pelo Código de defesa do Consumidor; b) com a intervenção cada vez

maior nas relações trabalhistas; c) através da intervenção nas relações privadas que envolvem a concorrência e abuso de poder econômico (às vezes com instituições públicas e privadas que regulam atos de comércio, cuidando da formação de monopólios, como com o CADE); e, muitas vezes, d) com a interferência diretamente no controle da economia através do Banco Central.

As distorções que se estabeleceram foram em razão dos excessos permitidos pelo Estado Liberal, em virtude da liberdade demasiada, e não foi apenas através do Código de Defesa do Consumidor que o Estado buscou regular as atividades empresariais. Após o CDC, tivemos ainda a lei 9.147/90, estabelecendo os crimes contra as relações de consumo; em 1991, tivemos a lei 8.158, de defesa da concorrência; e em 1994, a lei 8.884, que fortaleceu os órgãos públicos de poder de polícia no mercado, como o CADE, que foi transformado em autarquia federal. O CADE, assim, passa a ser visto como um importante instrumento de defesa, tanto da concorrência (da boa concorrência) quanto do consumidor.

Se a relação estabelecida entre consumidores e fornecedores já era bastante controversa e díspar em função do desequilíbrio das partes contratantes, o advento da internet passou a tornar ainda mais urgente as medidas de proteção aos consumidores, evidenciada sua posição de hipossuficiência diante do poder econômico do produtor ou fornecedor, a parte hiper suficiente (ou mais forte) de produto ou serviço.

Uma das maiores dificuldades da era digital é encontrar o ofensor no caso de violação de direitos. A vítima, muitas vezes, não sabe a quem direcionar sua acusação e seu pedido de indenização. Nesse sentido, não são poucos os casos, por exemplo, em que o provedor tem sido condenado por servir como instrumento para causar um dano a alguém. As situações concretas são muito variáveis, e nem sempre o provedor é condenado por simplesmente ter servido como instrumento para causar um mal. Um bom exemplo é a publicação de fotos sem consentimento. A tendência de absolvição do provedor, desde que ele elimine os dados assim que notificado, tem se mostrado coerente e recorrente.<sup>59</sup>

O Código de Defesa do Consumidor veio justamente tentar restabelecer, por força de lei, o equilíbrio nas relações, regulando obrigações e direitos das partes. Não há como existir equilíbrio e liberdade de contratar se uma das partes tem poder de impor as regras que desejar. Há, portanto, necessidade de intervenção pública com a promulgação de legislação que iniba atos abusivos por parte de quem detém maior poder econômico em detrimento de quem só consegue submeter-se a tais regras.

### **5.3 Natureza das normas do direito do consumidor**

O Código de Defesa do Consumidor possui normas de diversas naturezas, tanto de direito penal, como civil, constitucional, processuais e administrativas, sendo enfatizado em seu ordenamento questões de cobranças abusivas e produtos danificados - sem esquecer que seu texto deixa margem para outras discussões, como erro médico e compras pela

internet, as quais se proliferam de modo cada vez mais veemente.

Entre os direitos básicos previstos para o consumidor estão o direito à vida, segurança e saúde, de modo que produtos que tragam riscos devem ser sempre esclarecidos (artigo 6º). Há, ainda, o direito à escolha, ou seja, o consumidor tem o direito de escolher produtos, considerando a qualidade e preços competitivos. Nesse sentido, o consumidor tem o direito de refletir sobre as condições do contrato, e, inclusive, devolver o produto e desistir da compra, se concluir que não a deseja (se não foi feita no estabelecimento).<sup>60</sup> Deve-se considerar, ainda, que a sonegação de informações é proibida, sendo obrigatória a transparência delas.<sup>61</sup> Assim, é direito do consumidor, em relação a qualquer propaganda sobre o produto ou serviço, que esta traga informações verdadeiras, sendo proibida a publicidade abusiva e enganosa (artigo 37).<sup>62</sup>

Segue o exemplo de um caso julgado vinculado a consumo pode envolver várias irregularidades:

Consumidor. Curso de informática. Rescisão contratual sem ônus. Devolução de valores já quitados. Preliminar de sentença *extra petita* afastada. Valor da multa que suplanta a soma já paga. Captação de alunos por meio de propaganda enganosa. Oferta de descontos, que não são efetutados. Venda casada do curso com livros superfaturados. Ausência de comprovação de parceria com empresa americana de *software* (“*microsoft*”). Inúmeras reclamações contra a empresa ré via *internet*, a reforçar a verossimilhança das alegações iniciais. Improcedência do pedido contraposto. Recurso improvido.<sup>63</sup>

Se o consumidor é enganado, resta a previsão de indenização, a reparação econômica por danos materiais ou morais causados em função do produto ou serviço adquirido. Assim, não adianta o ilícito estar autorizado por meio de cláusulas contratuais, pois também as cláusulas contratuais são reguladas pelo CDC, de maneira que não podem ser abusivas.

Por fim, cabe ainda ressaltar um exemplo de norma do Código de Defesa do Consumidor, muitas vezes não aplicado por desconhecimento da legislação: existem produtos que podem aparentemente não conter defeitos, mas existem os chamados *vícios ocultos*, nos quais o defeito não é observado facilmente ou a “olho nu”, o que juridicamente é chamado de *vício redibitório*. Em caso de aquisição de produto com vício redibitório, o consumidor tem o direito de fazer a troca do produto, devendo apenas para isso fazer um pedido por escrito à empresa, com a apresentação da cópia da nota fiscal. Nesse caso, o prazo da empresa é de 30 dias, seja para substituir o produto por outro igual, sem o vício, naturalmente, ou para devolução do valor pago ou abatimento do preço. No caso de descumprimento, sempre cabe recurso ao judiciário ou ao PROCON.

A Justiça oferece vários exemplos de casos nos quais é aplicado o Código de Defesa do Consumidor para o caso de vício de produto não aparente, como pode ser visto pela ementa abaixo:

Restando incontroverso nos autos o vício redibitório apresentado no veículo zero quilômetro adquirido pelo autor junto à concessionária demandada, e não sendo sanado o problema no prazo de trinta dias, faz jus o consumidor à substituição do bem por outro de iguais características, em perfeitas condições de uso, sendo direito potestativo franqueado pelo art. 18, § 1º, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Danos morais devidos, na medida em que a situação pela qual passou o autor supera um mero aborrecimento e atinge a esfera de sua personalidade, frustrando sua justa expectativa com a aquisição de seu veículo zero quilômetro, que naturalmente pressupõe maior durabilidade e desperta maior confiança no consumidor. Cuida-se de dano *in re ipsa*.

Para a fixação do valor da indenização o julgador deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como atentar para a natureza jurídica da indenização. Manutenção do *quantum* estabelecido pela sentença que se impõe, pois fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como observada a natureza jurídica da condenação e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.<sup>64</sup>

## 5.4 Cláusulas abusivas

O CDC ainda esclarece o que são cláusulas abusivas, citando-se, entre uma longa lista, apenas algumas: cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos; subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; transfiram responsabilidades a terceiros; estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; determinem a utilização compulsória de arbitragem; imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor (art. 51).

O PROCON foi criado em 1997, pela lei 10.913, sendo um órgão estadual que coordena e executa a política das relações de consumo, orientando, analisando e encaminhando reclamações e denúncias, trabalhando preventivamente os direitos do consumidor, e até mesmo aplicando sanções, se forem necessárias. Com esse poder, é possível e recomendável recorrer aos PROCONs dos Estados, sempre que forem verificadas violações ao consumidor, como, por exemplo, validade dos produtos; venda casada, preços diferentes para o mesmo produto no mesmo estabelecimento, propaganda enganosa, ausência de manual em português e, ainda, oferta de garantia inferior à estabelecida legalmente, exposição e ofensa à imagem do consumidor (o consumidor, por exemplo, na cobrança de dívidas não pode ser submetido a vexame ou ameaça, artigo 42), entre outras.

Deve ser lembrado que o direito do consumidor é tanto um direito individual quanto coletivo, e, no caso de um produto ou serviço causar danos coletivos ou sociais, pode ser acionado o Ministério Público, encarregado de acionar o judiciário nesses casos. Além disso, foi criado o Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor, o SINDEC<sup>65</sup>, que é órgão federal que oferece um banco de dados nacional sobre empresas reclamadas, ações que tramitam na justiça, condutas e práticas do consumidor e do

fornecedor.

## 5.5 *Software* livre, direito do consumidor e direito autoral

Em 1991, o finlandês Linus Torvalds criou um Kernel (parte vital de um sistema operacional) que levou o nome de Linux. O Linux juntou-se ao GNU (sistema operacional de código aberto, sem restrição de uso, criado por Richard Stallman), ainda nos finais da década de 1980. Assim, surge o sistema GNU/Linux.

Não cabe neste capítulo repetir a história do surgimento do *software* livre, basta lembrar que em função de uma série de dificuldades ou bloqueios levantados para a atividade criativa é que surge a criação, resultado de uma luta contra a prisão da proteção a o *software* proprietário, de uma nova condição legal para a liberdade de uso do programa, através da licença GPL (General Public License), assim como o conceito de *copyleft*, um derivado do *copyright*, com fim oposto a esse: garantir a livre distribuição, o livre uso e a modificação.

As garantias principais da licença envolvem a autorização para que o licenciado tenha os direitos de usar, copiar, alterar e redistribuir sua obra. Além disso, é estabelecida a regra da reciprocidade: toda obra derivada do original também deve ser distribuída pelos termos da mesma licença.

Na realidade, o autor do *software* não abre mão, ou renuncia aos direitos de autor que possui em decorrência da previsão legal ou ele apenas estabelece uma cessão não exclusiva dos direitos de usar, copiar, alterar e redistribuir a obra. Na realidade, não há aqui sequer ofensa à lei de direitos autorais, que impede a renúncia à prerrogativa de paternidade da obra, ou de reconhecimento de autoria. Há, sim, uma forma de antecipação de licenciamento, para o fim de autorizar qualquer um a usar e dispor da obra, como quiser, desde que não impeça outros de também assim fazerem.

As principais premissas do *software* não proprietário envolvem a possibilidade de executar o programa para qualquer propósito de estudar seu funcionamento e modificá-lo para atender as necessidades de cada usuário; distribuir cópias como forma de ajudar cada usuário na realização de suas atividades; liberar as modificações realizadas para beneficiar a comunidade dos usuários.<sup>66</sup>

De todo modo, como já referido, todos os programas de computador, sejam proprietários ou não proprietários, são protegidos pela legislação de direitos autorais. O *software* proprietário é comercializado através de contrato de licença – e, no caso de inexistência, o documento fiscal servirá para a comprovação da regularidade do uso. Isso pode levar à conclusão de que o usuário de um *software* proprietário, na realidade, é usuário, não proprietário, pois ele apenas adquiriu uma licença de uso, e esta se limita às condições previstas na sua licença. Ele apenas tem o direito de usar.

Em relação ao *software* livre, isso não acontece, pois o direito de uso é muito mais amplo. O proprietário de um *software* livre simplesmente estabeleceu menos condições para o uso de sua criação.

Existe conflito entre a licença GPL e o direito autoral?

Se a lei 9.609 prevê a proteção dos direitos de autor ao criador de programa de computador, estabelecendo como prerrogativa moral que o autor pode se opor a quaisquer alterações que prejudiquem sua honra ou reputação, desde que não autorizadas, estaria a licença GPL em contradição com a legislação autoral?

A licença GPL também possui suas cláusulas básicas, entre elas o autor do programa autoriza o licenciado a modificar sua cópia, ou cópias, do programa, ou qualquer parte dele, de modo a gerar uma derivação. Para que tal alteração tenha validade, entretanto, há a condição de que os arquivos modificados contenham avisos informativos do autor da alteração e a data em que foi efetivada. Na realidade, a intenção da lei 9.609 é a reputação do autor do programa, aliás, do mesmo modo que a seção 2 da licença GPL.

No geral, o *software* livre pode ser visto como uma espécie de *software* não proprietário. Além disso, tendo por objeto ser livre, o código fonte deve estar liberado, assim como deve haver liberdade na distribuição. Entretanto, apesar da gratuidade ser uma condição, isso não significa que o *software* livre seja necessariamente gratuito.

Já em relação às garantias para quem adquire um *software* livre, cabe questionar se ali também se aplicam as normas do CDC.

A princípio, esse tipo de *software* não tem qualquer garantia. Entretanto, vale destacar que a redação da lei do CDC é clara no sentido da definição de consumidor, e, por tal definição, mesmo o adquirente de um *software* livre é enquadrado nela. Existe a preocupação quanto ao sentido do texto legal, que, se aplicado ao *software* livre, entra em franca oposição à própria natureza de seu objeto.

O artigo 2º do CDC define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Já o artigo 3º define fornecedor como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Os parágrafos de tal artigo definem ainda produto como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Além disso, definem serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive a de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Isso significa que o CDC inclui os produtos fornecidos de modo gracioso no âmbito de sua proteção, excluindo, por outro lado, expressamente, os serviços prestados de forma não remunerada.

Como consequências jurídicas dessa previsão legal, não se pode deixar de aventar a responsabilidade sobre a oferta de tal produto, ainda que gratuito: afinal, salvo as prestações de serviços realizadas por profissionais liberais, o CDC adotou a responsabilidade objetiva, ou seja, o fornecedor de serviços responde, pela simples colocação do produto no mercado, pelos vícios ou defeitos do produto.

Nesse caso, se for percebido um defeito apresentado por um *software*, e existindo uma relação de causalidade entre esse defeito e um dano sofrido por um usuário-

consumidor, o fornecedor poderá vir a ser demandado a reparar o dano. Além disso, é importante lembrar que é nula qualquer cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza do produto ou serviço.

Nem mesmo o consumidor pode dispor ou renunciar, contratualmente, a esse mandamento legal em razão das normas consumeristas serem de ordem pública e interesse social.

Além disso, a lei 9.609, artigo 8º, também obriga a quem comercializar programas de computador, a prestação de serviços que garantam seu adequado funcionamento, dentro do prazo de validade técnica da versão, ainda que não defina o significado da expressão “validade técnica”. Para completar, o próprio Código Civil (artigo 186) de 2002 determina que quem, culposamente, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (ainda que nesse caso seja necessário averiguar se o causador do dano agiu com negligência, imperícia ou imprudência).

Em virtude da natureza do *software*, é difícil a caracterização da culpa de seu fornecedor, porque, apesar dos grandes avanços da engenharia de *software*, algumas falhas que se apresentam escapam da possibilidade de previsão. Com isso, seria possível enquadrar os possíveis danos causados aos usuários do *software* como resultantes de caso fortuito ou força maior. Nesses casos, o artigo 393 do Código Civil exime o devedor de arcar com os prejuízos.

De todo modo, é importante, em se tratando de suporte, serviços ou produtos envolvendo *software* livre, que se tomem algumas precauções, como evitar o envio de *software* livre sem que tenha sido requisitado, informar adequadamente sobre todos os aspectos e possíveis falhas que o sistema possa causar, não vincular sua oferta com a venda e uso de outro *software* comercial e guardar os registros de criação, a fim de evitar responsabilização sobre a parte que foi de autoria de terceiros.

---

<sup>58</sup> Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se o consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

<sup>59</sup> Nesse sentido, a definição de provedor, por Newton de Lucca: “é aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço da Internet, seja armazenando e disponibilizando o site para a rede, seja prestando e coletando informações etc. É designado, tecnicamente, de Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI), sendo a entidade que presta o serviço de conexão à Internet (SCI). Este, por seu turno, é o nome genérico que designa o Serviço de Valor Adicionado, que possibilita o acesso, à Internet, de Usuários e Provedores de Serviços de Informações” (LUCCA, Newton de. *Provedor* INDireito e Internet: aspectos jurídicos relevantes -Títulos e Contratos Eletrônicos. Edipro: São Paulo, 2000, p. 60). Como ressalta Gabriel Inellas, “a prática comum, de incluir cláusulas contratuais isentando os prestadores de serviços de responsabilidade perante o usuário ou consumidor, nada valem, já que são proibidas pelo Código do Consumidor” (INELLAS, Gabriel Cesas Zaccaria de. *Crimes na internet*. Juarez de Oliveira, 2ª. Ed., 2009, p. 23)

<sup>60</sup> Art. 49 - O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

<sup>61</sup> Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- [...]

<sup>62</sup> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

§ 4º (Vetado).

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

<sup>63</sup> Apelação Cível nº 71002256188, Segunda Turma Recursal Cível, Porto Alegre Comércio de Livros Ltda. (Microcamp), Apelante; Roseni Cunha Dutra, Apelada, em 27/01/2010, Dra. Fernanda Carravetta Vilande, relatora.

<sup>64</sup> Apelação Cível nº 70043061258, Superauto Comércio de Veículos Ltda., Apelante; Danilo Erni Scheibler, Apelado. Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Des. Tasso Caubi Soares Delabary, relator, em 24 de agosto de 2011.

<sup>65</sup> Endereço eletrônico: <[www.sidec.org.br](http://www.sidec.org.br)>.

<sup>66</sup> Segundo a FSF - Free Software Foundation / Richard Stallman. Disponível em: <<http://stallman.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

# CAPÍTULO 6

## COMÉRCIO ELETRÔNICO E DIREITO CONTRATUAL

Após restar clara a relação mútua que atualmente é estabelecida entre ramos tradicionais do Direito, como o Direito Público e o Direito Privado, em especial após 1988, com a constitucionalização do Direito Civil, tendo no Código de Defesa do Consumidor o exemplo claro da intervenção (necessária) na autonomia privada, agora vamos analisar algumas características de uma área importante do Direito Civil: o Direito Contratual. É preciso compreender alguns fundamentos contratuais até mesmo para entender, mais adiante, as características das relações de consumo. Neste capítulo pretende-se introduzir noções de comércio eletrônico (decorrentes do Decreto 7.962, de 2013, e abordar a teoria dos contratos, atentando para os critérios de validade de um contrato, os princípios norteadores e as espécies contratuais mais comuns). A seguir, também será apresentada a contratualidade juscibernética, ou seja, as relações jurídicas contratuais que envolvem o comércio eletrônico e suas diferenças com as relações contratuais típicas que lhe são anteriores e ao mesmo tempo contemporâneas.

### 6.1 Do comércio eletrônico

No início de 2013 foi aprovada Lei regulamentando o comércio eletrônico, o chamado Decreto 7.962, de 15/03/2013, que veio especialmente regulamentar o Código de Defesa do Consumidor, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos:

- i. informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor;
- ii. atendimento facilitado ao consumidor; e
- iii. respeito ao direito de arrependimento.

“Comércio eletrônico” é um termo que pode ser utilizado para “expressar toda e qualquer forma de transação comercial em que as partes interagem eletronicamente, em vez de estabelecer um contrato físico direto e simultâneo.”<sup>67</sup> O comércio eletrônico inicialmente era restrito a plataformas empresariais, privadas, onde o melhor exemplo são as transações bancárias. Com a facilitação de acesso à internet, esse instrumento passou a difundir-se largamente entre empresas e indivíduos, ou em palavras mais técnicas, o que antes era uma relação de B2B, ou seja, *business to business* passou a ser B2C, ou seja, *Business to Consumers* – com consequências totalmente distintas para as partes envolvidas.<sup>68</sup>

Como destaca Maria Eugênia Finkelstein,<sup>69</sup> o comércio eletrônico possui forte influência norte-americana, e difundiu-se no mundo a partir de 1993, justamente quando ocorreu a difusão comercial da própria internet. E como a tecnologia da informação está em permanente evolução, afeta diretamente a evolução do comércio eletrônico.

O comércio eletrônico pode ser definido como uma “troca de dados por computadores”. Dependendo do conceito de comércio de determinada legislação, a troca poderá envolver ou não envolver, pagamento. No caso do nosso Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, o conceito de “produto” não está vinculado ao pagamento de um

preço, pois pode ser ofertado gratuitamente, e mesmo assim, ingressa nas regras legais, com as consequências legais.<sup>70</sup>

Além de o comércio eletrônico envolver, como diz a própria expressão, uma transação comercial, também traz consigo o desenvolvimento de marketing, expondo na internet a oferta de bens e serviços, as propostas de contrato, ou seja, formalização de pedidos de compra, bem como faturamentos, pagamentos etc.

É natural, por outro lado, que se de um lado a tecnologia da informação gera permanentemente novas facilidades para o comércio eletrônico, também é verdade que necessita do Direito a fim de que as relações possam refletir segurança, daí a importância de leis que regulem o comércio, como o Decreto 7.962, de 15/03/2013, que será abordado adiante. Antes disso, porém, necessário é compreender como os contratos realizados no meio digital são inseridos dentro da teoria geral dos contratos.

### 6.1.1 Classificação do comércio eletrônico

As relações envolvendo comércio eletrônico podem ser vistas de modo direto ou indireto, ou seja, no comércio eletrônico direto o bem ou serviço está intrinsecamente vinculado ao negócio realizado no meio digital, pois se trata de um bem intangível, incorpóreo (usual com produtos bancários, aquisição ou locação de *software*, e *download* de outras obras intelectuais, como músicas e livros).

Já no comércio eletrônico indireto a transação pode iniciar no meio digital, mas terá continuidade com a entrega do bem, com o “uso de canais de distribuição tradicionais, já que os bens ofertados são tangíveis e necessitam de transporte”.<sup>71</sup>

### 6.1.2 Legislação e princípios do comércio eletrônico

Os princípios que o Decreto 7.962/13 deixou expressos não são estranhos aos demais atos de comércio, porém, veio deixar claro que no plano digital o fornecedor de produto ou serviço não tem amenizada sua responsabilidade só porque a comercialização é realizada através do meio digital.

Nesse sentido, como destaca Irma Macieira, “pelo princípio da equivalência funcional o suporte eletrônico cumpre as mesmas funções que o papel, uma vez que atende às mesmas funções dos contratos impressos”,<sup>72</sup> ou seja, apenas o modo digital não representa impedimento para que os princípios do comércio sejam aplicados ao comércio eletrônico. Os principais merecem ser destacados: boa-fé objetiva (artigo 4o., III, e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor);<sup>73</sup> a probidade (compreendida como “integridade, retidão”, conforme previsto no artigo 422 do Código Civil);<sup>74</sup> autonomia da vontade (conforme artigo 104 a 107 do Código Civil).<sup>75</sup> Além desses, Macieira também

inclui os princípios da confiança, da transparência e da informação.<sup>76</sup>

Merece ser destacado que a legislação tornou obrigatórias determinadas informações que muitas vezes os internautas não encontram nos sítios eletrônicos, porém, são já obrigatórias em virtude de disposição expressa da lei, ou seja, não há necessidade de nenhuma “ginástica legal interpretativa” para concluir-se acerca da obrigatoriedade do empresário de fornecer informações claras sobre o produto e serviço ofertado, além do respeito ao arrependimento do comprador, conforme já indicado no inciso III, do artigo 1o., que vem justamente consubstanciar o princípio da confiança de proteção do hipossuficiente (ou parte mais vulnerável, na relação que se estabelece).

Além disso, muitas vezes não encontramos informações concretas do fornecedor, e o artigo 2o deixa explícito que “os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

- i. nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;
- ii. endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;
- iii. características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;
- iv. discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;
- v. condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e
- vi. informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.”

Sobre capacidade e incapacidade das partes para o comércio e contratação é recomendável que os fornecedores, a fim de evitar maiores riscos em relação a uma parte contratante incapaz (menor de idade), é deixar de modo bem claro no sítio eletrônico um formulário com perguntas sobre a idade do consumidor, assim como um aviso expresso no sentido de que não são celebrados contratos com menores.<sup>77</sup>

Também é importante chamar atenção para o fato de que nas atividades comerciais através da rede não se encontram exclusivamente empresas conhecidas por seus sítios eletrônicos, pois existem empresas que utilizam a internet, com propaganda, e como forma complementar das suas transações comerciais, que também são envolvidas pela temática. Por isso, o “comércio eletrônico” possui uma definição mais ampla do que apenas um comércio realizado na internet, como ressalta Carlos Alberto Rohrmann,<sup>78</sup> pois abrange atos comerciais da mídia, uso de cartões com chip, por exemplo, mas se devem excluir do âmbito do comércio eletrônico atividades realizadas por pessoas físicas, de natureza não

eventual e mediante subordinação, pois se encontram na relação de emprego,<sup>79</sup> regidas pelo direito do trabalho ou teletrabalho.

## 6.2 Da teoria dos contratos em geral

O conhecimento de questões básicas que dão validade e geram direitos e obrigações torna-se muito útil para auxiliar nos cuidados que se deve ter ao assinar um compromisso contratual. Nosso dia a dia é envolto de relações contratuais, desde o momento em que se vai ao supermercado até o retorno para casa, passando pelo posto de gasolina ou pagando uma passagem de ônibus. Na realidade, é necessário muito cuidado já com a proposta de contrato, pois algumas vezes a proposta já tende a obrigar, enquanto em outras ela poderá obrigar apenas a partir do aceite da outra parte.<sup>80</sup> Além disso, é possível identificar falhas e problemas de redação que podem ser eliminados, antes que um conflito entre os contratantes se estabeleça e acabe tendo que ser resolvido no Judiciário.

É muito recomendável que as partes, ao realizarem um contrato, deixem de modo bastante claro seu desejo de contratar, especificando o objeto do contrato e definindo-o cuidadosamente, a fim de que ninguém seja surpreendido mais tarde com efeitos da relação contratual que não planejara. Muitos dos problemas envolvendo revisões contratuais poderiam ser evitados se as partes antes de contratar tivessem manifestado de modo mais claro a extensão pretendida e a real vontade de contratar em relação a certos detalhes importantes, como modo de pagamento, entrega do objeto contratado, penalidades por descumprimento etc.

É elogiável a mudança operada em relação ao Código Civil de 1916, pois o antigo artigo 85, que fazia referência à interpretação dos contratos, dispunha que “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”. Agora, fica patente através do artigo 112, exatamente o oposto, pois “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Antes disso, porém, há ainda a limitação da própria liberdade de contratar, que a partir de agora deve seguir a função social, outra novidade. É através do artigo 421 que fica ressaltada a função social do contrato: o Código Civil de 2002 destacou que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Essa questão faz parte dos princípios que serão analisados adiante.

### 6.2.1 Conceito e requisitos

Contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que, para ter validade e gerar obrigações, necessita preencher certos requisitos. Existem requisitos básicos de todo e qualquer contrato: a manifestação livre da vontade de contratar (ausência de coação), a

licitude (não ser contrário à lei) e respeito às formalidades (quando exigidas por lei).

Os requisitos são sempre avaliados em uma relação contratual, podendo ser classificados em requisito subjetivo, objetivo e formal. O requisito subjetivo é relativo à análise da capacidade das pessoas contratantes, ou seja, o agente deve ser capaz (capacidade legal que é definida também em lei, para ter condições de manifestar sua vontade de forma livre), e essa também envolve capacidade genérica das partes para contratar. É simplesmente uma aptidão específica e consentimento das partes.

O requisito objetivo envolve a licitude do próprio contrato e seu objeto, ou seja, o objeto do contrato não deve ser contrário à lei, e também não pode ser contrário à moral e aos bons costumes. O contrato precisa, enfim, ter objeto lícito, possível, determinável e suscetível de valoração econômica. Nesse sentido, um o artigo 426 do Código Civil serve de exemplo, ao dispor que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. Assim, se alguém fizer um contrato contrariando o dispositivo legal, ele é nulo de pleno direito.

Existe, ainda, o requisito formal: se a lei prevê uma forma específica, ela precisa ser seguida, sob pena de sua invalidade.

## 6.2.2 Princípios dos contratos em geral

Entre os princípios que regulam o Direito Contratual, estão os da boa-fé (objetiva e subjetiva), da autonomia da vontade, do consensualismo, da igualdade, da equidade, da obrigatoriedade, da conservação dos contratos, da relatividade dos efeitos, da vedação do enriquecimento sem causa e do abuso de direito.

Como já esclarecido, a função social situa-se, agora, tanto na Constituição Federal, regendo a propriedade, como no Direito Contratual, regendo a própria liberdade de contratar (artigo 421 do Código Civil). A função social, conseqüentemente, é um princípio básico geral que atinge toda a ordem jurídica desde a nossa carta constitucional. Esse princípio foi estabelecido porque a força vinculante dos contratos, ao contrário do que tradicionalmente se pensava, acaba atingindo terceiros, pois gera repercussões na vida, também, de outras pessoas, e não apenas daquelas que assinaram o contrato. É o que se chama forma difusa de geração de efeitos.

O Código Civil também estabeleceu que os contratantes são obrigados a cuidar, tanto na conclusão do contrato quanto na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (artigo 442 do Código Civil). Nesse caso, entende-se que a boa-fé é esperada dos contratantes, e não o contrário: não se espera má-fé das pessoas ao assinarem o contrato, e, por isso, a boa-fé é presumida, enquanto a má-fé, contrária, poderá de todo modo ser provada. Na dúvida em relação ao conteúdo das cláusulas, se forem ambíguas ou contraditórias, em especial no que diz respeito a contratos de adesão, a interpretação para elucidar seu conteúdo será aquela que for mais favorável ao aderente, e não a quem redigiu o contrato (artigo 424 do Código Civil). Ainda nessa linha, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do

negócio (artigo 424 do Código Civil).

Outro princípio importante é o da autonomia da vontade, que nada mais é do que o livre-arbítrio do sujeito constituindo sua vontade livre de manifestar seu interesse no contrato. Ele manifesta seu desejo através da declaração de vontade, que é válida quando ausente coação, erro ou vício na manifestação.

Pelo princípio do consensualismo, entende-se que, se a lei não determina uma forma exata para a realização do contrato, a regra é que ele pode ser informal, e, assim, havendo acordo de vontade, é válida qualquer forma contratual, seja ela firmada por *e-mail*, telefone ou de forma verbal, até mesmo por mímica ou silêncio (salvo nos casos em que a lei impõe uma forma expressa).

A partir do momento em que é celebrado, o contrato torna-se obrigatório entre as partes, e daí decorre o princípio da obrigatoriedade da convenção. Assim, as partes não podem voltar atrás, desistir; isso se vincula ao antigo princípio *pacta sunt servanda*. O princípio da relatividade dos efeitos, ainda, vem informar que os efeitos atingem apenas as partes contratantes, e não terceiros não incluídos na relação. A revisão judicial do contrato, entretanto, também é possível, especialmente quando acontece alguma condição que leve a ela, como onerosidade excessiva ou desigualdade, também se aplicando a teoria da imprevisão.

### 6.2.3 Espécies dos contratos em geral

**São diversas as classificações dos contratos, e eles podem ser diferenciados e caracterizados em três grandes grupos.**

#### 6.2.3.1 Classificação quanto à forma

**Existem os contratos principais e os acessórios; os contratos solenes ou formais (dependem de forma prescrita em lei) e os contratos informais; os contratos preliminares e os definitivos; os contratos consensuais e os contratos reais (necessitam da entrega da coisa para que se perfectibilizem).**

**Em relação à solenidade dos contratos, deve-se atentar para os requisitos mínimos de validade de um negócio jurídico, previsto no artigo 104 do Código Civil:** a validade do negócio jurídico requer agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei. Ou seja, se determinado contrato exigir uma forma específica por lei, essa deverá ser cumprida, sob pena de invalidade do próprio negócio jurídico. Exemplo de contrato solene é o da compra de um apartamento, um sítio, uma casa: toda compra e venda de imóvel tem exigência de forma escrita pela lei e, ainda, que seja por escritura pública. Se as partes não cumprem essa formalidade, então o contrato não tem validade e não pode ser exigido por nenhuma das partes. Isso

não ocorre com uma compra e venda de coisa móvel, por exemplo, pois a lei não exige nenhuma forma para que ele se perfectibilize. Podemos vender bens móveis sem contrato formal.

### *6.2.3.2 Classificação quanto à natureza*

**Em relação à natureza: podem ser unilaterais ou bilaterais (como uma doação); onerosos (locação) ou gratuitos (doação); comutativos (prestações simultâneas) ou aleatórios (prestações deferidas para o futuro, como no seguro); contratos paritários ou por adesão.**

### *6.2.3.3 Classificação do Código Civil*

São inúmeros os tipos de contratos que vêm definidos e regulados no Código Civil. Aqui serão citados os principais. É interessante observar que o Código Civil de 2002, em substituição àquele que vigorava desde 1916, incluiu novas formas contratuais, como o agenciamento, a comissão e o contrato de distribuição.

Primeiramente, o mais tradicional de todos é o contrato de compra e venda (artigo 481 do Código Civil). O Código Civil ainda destaca as modalidades como a compra e venda pode ocorrer no Art. 481. Por esse contrato, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. O contrato de compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Nesse último caso, ficará sem efeito o contrato se essa não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório.

No caso da compra e venda, a fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa. Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar (artigos 485 e 46 do Código Civil). Entretanto, o contrato é nulo quando fica ao arbítrio exclusivo de uma das partes fixar o preço (art. 489 do CC). As despesas em geral ficam a cargo do comprador, como de escritura, a teor do artigo 490 do Código Civil.

Outro tipo comum de contrato é o de troca ou permuta, e a ele aplicam-se as disposições relativas à compra e venda. Ao contrário deste, entretanto, o contrato de troca ou permuta tem por objeto mercadorias em vez de dinheiro. A permuta terá duas exceções em relação às cláusulas da compra e venda: salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade das despesas com o instrumento da troca; e é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante (artigo 553 do Código Civil).

Já o contrato de doação (art. 538) é o contrato no qual uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. A doação pode ser pura (quando ocorre por liberalidade), remuneratória (quando se pretende retribuir um serviço ou favor prestado gratuitamente), com encargo (o doador impõe encargo ao donatário) ou condicional (quando a eficácia depende de situações que deverão ocorrer no futuro). No entanto, uma doação será nula se envolver todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador, e também será nula quanto à parte que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento (artigos 548 e 549 do Código Civil).

As doações podem, todavia, sofrer revogação, dentro de certo prazo, de um ano, a contar da sua realização, mas apenas se ocorrer ingratidão do donatário ou ainda por inexecução do encargo. Essa possibilidade de revogação da doação não poderá ser ela própria objeto antecipado de renúncia, nos termos do artigo 556 do Código Civil.

### **6.3 Do comércio e dos contratos na era tecnológica**

As relações contratuais tradicionais sofreram enorme aperfeiçoamento com o desenvolvimento tecnológico dos últimos anos, em especial com o advento da internet. As demandas aumentaram e se tornaram mais urgentes. A questão agora é saber se a urgência exigida pelo mercado é amparada e garantida pelo Direito.

As pessoas têm pressa, e a tecnologia dá suporte a essa pressa. No mesmo sentido, é possível dizer que também a legislação sofreu alterações, mas em inúmeros casos, a alteração não foi necessária, ou apenas foi necessário aplicar a situações virtuais as mesmas leis que eram até então aplicadas às situações reais. É o que aconteceu, em grande parte, com os contratos, pois em relação a eles, as leis praticamente se adequaram aos contratos cibernéticos e ao *e-commerce*.

#### **6.3.1 Conceito de contratos eletrônicos**

Entende-se por contrato eletrônico toda manifestação de vontade celebrada à distância, entre duas ou mais pessoas, com objetivo de constituir, modificar ou extinguir direitos, em especial de natureza patrimonial, realizado através de mídia eletrônica ou digital. Na atualidade, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor são aplicados conjuntamente, e com isso o equilíbrio<sup>81</sup> nas relações jurídicas é mais bem garantido.

Observa-se que o que identifica de modo imediato o contrato digital ou de *e-commerce* é a presença das partes contratantes. Em geral tem-se que o contrato de *e-commerce* é realizado entre ausentes, ao contrário do contrato tradicional. Já foram expostas as características e os princípios dos contratos em geral, justamente porque o Código Civil não faz nenhuma alteração em relação a contratos eletrônicos, em especial o

contrato de compra e venda ou *e-commerce*. Não parece muito complexo simplesmente aplicar as normas já existentes para o meio digital. Não poderia ser diferente, pois as exigências de boa-fé, de objeto lícito, de capacidade das partes etc. são fundamentais para qualquer contrato, seja na forma tradicional, realizado entre presentes, seja no meio digital. Detalhes importantes, todavia, serão vistos a seguir.

O Direito, através de leis, procura trazer segurança jurídica às relações entre as partes, sendo que a liberdade de contratar, muitas vezes, esbarra em limitações legais. É importante, por isso, observar atentamente os princípios que dão força de validade aos contratos, ao mesmo tempo em que, se desrespeitados, podem torná-lo nulo ou anulável. Dependendo da situação, o contrato inteiro pode ser declarado nulo, não apenas uma ou algumas de suas cláusulas.

No caso de contratos eletrônicos, a preocupação com a segurança aumenta, não apenas em relação às relações jurídicas, amparadas pelo direito, mas também com relação à segurança na própria transmissão das informações, pois, afinal de contas, a validade do contrato será a mesma, seja a contratação operada de modo eletrônico ou digital, seja operada através de uma forma escrita, tradicional.<sup>82</sup> O Direito precisa exercer o papel social de garantir a segurança e a veracidade nas transações e informações transmitidas através da internet.

### 6.3.2 Princípios dos contratos eletrônicos

Os princípios que já orientam os contratos também são aplicados aos contratos eletrônicos. Nesse sentido, novamente os artigos 421 a 426 vão orientar as atividades contratuais: a liberdade de contratar está limitada aos princípios do ordenamento jurídico, em especial a função social (artigo 421). Além da função social do contrato,<sup>83</sup> base da relação jurídica, também devem ser observados os princípios de probidade (ou seja: honradez, integridade, honestidade) e boa-fé (artigo 422 do Código Civil). Tudo isso é destinado ao intérprete do contrato, que vai aplicá-lo ou revisá-lo.

Os mesmos princípios observados antes são, também aqui, aplicáveis: além da função social, da probidade, boa-fé e licitude, também o princípio da autonomia da vontade (as partes estipulam cláusulas conforme entenderem que lhes convêm); princípio *pacta sunt servanda*, ou da obrigação de cumprir o contratado (sem desconsiderar que existem casos fortuitos ou de força maior, ou mesmo se as próprias partes resolverem alterar o contrato, ou, ainda, por força de revisão judicial). Não é demais lembrar que o princípio da autonomia de vontade leva justamente ao princípio da obrigação entre as partes, ou ao velho ditado “pactos devem ser respeitados” (*pacta sunt servanda*), como, aliás, leciona com muita clareza Washington de Barros Monteiro:

A regra nos contratos, insista-se, é a autonomia da vontade dos estipulantes e que deve ser sempre respeitada, não obstante as restrições que lhe foram impostas. O natural limite, que fixa o campo da atividade individual, é estabelecido pelo segundo princípio, da supremacia da ordem pública que proíbe estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, que não podem ser

derrogados pelas partes. [...] Finalmente, em virtude do terceiro princípio, aquilo que as partes, de comum acordo, estipularam e aceitaram, deverá ser fielmente cumprido (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o devedor inadimplente. [...] Fora dele, o princípio da intangibilidade ou da imutabilidade contratual há de ser mantido (*quod antea este voluntatis postea este necessitatis*).<sup>84</sup>

Também merecem menção o princípio da relatividade dos efeitos do contrato (lembrando que através dele os efeitos do contrato só atingem os contratantes) e o princípio do consensualismo. Também por isso, é importante que a vontade das partes seja sempre claramente identificável através de suas cláusulas.

Destaca-se que o próprio princípio de boa-fé e de probidade vai espelhar adiante, no Código de Defesa do Consumidor, o dever de informar, de prestar as informações suficientes e, evidentemente, corretas sobre o objeto de compra e venda, por exemplo.

De todo modo, é inegável que outros princípios podem ser deduzidos das contratações nos meios digitais: o princípio da equivalência funcional entre os atos jurídicos (não se pode diferenciar os contratos tradicionais dos contratos celebrados através do meio digital) e da validade do modo de contratar digitalmente, aplicados no caso relacionado abaixo, em que um correntista afirma que o banco realizou, “automaticamente” e sem seu consentimento, a renovação dos seus empréstimos, quando ele estava prestes a quitar as parcelas:

Consta que o autor é correntista do banco-réu e com este celebrou 3 empréstimos no valor de R\$ 1.000,00 (fls. 12/13), R\$ 400,00 (fls. 14/15) e R\$ 900,00 (fls. 16/17), no entanto, afirma que seus contratos foram refinanciados por meio de terminais eletrônicos sem sua autorização. O autor em interrogatório esclarece que vinha pagando regularmente o empréstimo, eis que recebeu uma carta de cobrança informando alteração na data de pagamento. Diz que procurou a agência e essa informou que o autor havia feito o refinanciamento. Entretanto, o autor nunca celebrou o contrato de refinanciamento no valor de R\$ 2.603,42 (fls. 27), até porque a soma dos 3 contratos de empréstimo monta praticamente no valor do refinanciamento, ressaltando-se ainda que os empréstimos anteriores estavam prestes a ser quitados e o novo refinanciamento elevaria o término do contrato para 2013. Aduz a ré que o refinanciamento foi feito por meio eletrônico, porém disso não há nenhum indício ou prova nos autos, até porque, conforme esclarece o autor em interrogatório, não sabe mexer em computador. Nos termos do art. 20 do CDC, o fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade.<sup>85</sup>

Em todo caso, como pode ser observado pela prática jurídica acima, a prova da contratação é necessária no meio eletrônico ou digital tanto quanto é exigida no modo tradicional. É o que ocorreu no caso citado. Outro exemplo: uma funcionária de determinada empresa recebeu uma correspondência. Quando a abriu, percebeu tratar-se de um contrato de propaganda, acompanhado de seis boletos de cobrança, com instrução para envio a protesto em caso de inadimplemento. O dono da empresa entrou em contato com a empresa para cancelamento da publicidade mencionada, bem como dos boletos, uma vez que não solicitara nenhum serviço, mas não foi atendido, o que o obrigou a ajuizar uma ação de declaração de inexistência de relação jurídica. O juízo de primeiro grau, ao conferir o contrato social da empresa, entendeu que a funcionária que recebeu o documento não detinha poder de representação do gerente. Verifica-se, então, a irregularidade e a abusividade praticada pela empresa, que, usando de práticas não

condizentes com a boa-fé objetiva, eivou de nulidade o suposto contrato. Aplicam-se, no caso, os artigos 1.169 e 1.172 do Código Civil, afastando-se a teoria da aparência.<sup>86</sup>

### 6.3.3 Espécies dos contratos eletrônicos

Existe uma classificação bastante útil e que já tem sido adotada muitas vezes pela doutrina e jurisprudência. A classificação trazida por Cesar Viterbo Matos Santolim<sup>87</sup> e por Erica Brandini Barbagalo<sup>88</sup> divide as espécies de contratos eletrônicos em três categorias distintas, levando em consideração o modo de utilização do computador para a formação do contrato. Assim, eles podem ser divididos em intersistêmicos, interpessoais e interativos. Diante de contratos interativos estaríamos tratando com contratos *online*, e quando não interativos, seriam contratos *offline*.

Nos contratos intersistêmicos, o computador é utilizado apenas para aproximar as vontades das partes que já existiam, de modo que ele serve como instrumento utilitário na formação e manifestação de vontade das partes contratantes (o computador nem é ligado à rede e, por isso, não interfere no momento da formação das vontades).<sup>89</sup>

Nos contratos eletrônicos interpessoais, o computador interfere na formação da vontade das partes, constituindo o próprio lugar de formação e declaração das vontades e dividindo-se, ainda, em “simultâneos” (como *chats* ou videoconferências, ou mesmo ligações via *skype*), se as partes estão conectadas em rede, ou “não simultâneos” (que ocorrem via *e-mail*), quando existe um lapso de tempo entre a declaração de vontade e a recepção de sua manifestação.<sup>90</sup> Tem relação com os contratos realizados por carta ou telefone, conforme disposto no artigo 428, inciso I, do Código Civil: “*considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante*”.

Os contratos são denominados “interativos” quando realizados entre uma pessoa e um sistema eletrônico de informações, em que a pessoa interessada na oferta manifesta sua vontade a um sistema de processamento eletrônico colocado à disposição pela outra parte, sem que essa última esteja conectada ao mesmo tempo ou tenha ciência imediata da formação do contrato<sup>91</sup>. Exemplos desse tipo de contratos são os de empresas com páginas na internet oferecendo produtos que podem ser adquiridos com um “clique aqui”, “ok” ou “realizar compra”. Portanto, o contrato se estabelece entre uma mídia eletrônica e o aceite do comprador. Têm sido tratados como contratos de adesão.

Veja-se o caso seguinte como exemplo de contrato eletrônico interativo:

[...] os autores realizaram a compra de uma máquina fotográfica digital 3.1 MP, marca CONCORD, em janeiro de 2005, por meio do “Portal Terra”, a fim de utilizarem-na em viagem de férias do casal às Cidades de Natal e Rio de Janeiro, iniciada em 21/01/2005. [...] Entretanto, a máquina fotográfica adquirida não funcionou, não sendo registrada nenhuma foto. Frustrados, em razão de não obterem qualquer registro fotográfico da viagem, ao retornarem, contataram a demandada por meio eletrônico com o intuito de solucionar o problema, mediante o conserto da máquina, adquirida com vício oculto, a substituição por outra ou a devolução do valor despendido, sem obterem êxito. [...] A ré, na qualidade de mantenedora do ambiente cibernético em que se consumou o contrato de compra e venda, deve responder pelos termos da avença, mormente, no presente caso, em que

figura como fornecedora do produto, consoante se verifica na nota fiscal acostada aos autos (fls. 12/14). O art. 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. [...] De outra banda, a ré é detentora de um dos maiores portais da Internet no País, de notório poderio econômico. Ponderados tais critérios objetivos, entendo que o valor de R\$ 8.750,00 (oito mil, setecentos e cinquenta reais) – equivalente a 25 (vinte e cinco) salários-mínimos na data da sentença – é suficiente para atenuar as consequências causadas à honra dos ofendidos, não significando um enriquecimento sem causa, punindo a responsável e dissuadindo-a da prática de novo atentado.<sup>92</sup>

Como pode ser observado, a identificação de um contrato como sendo “interativo” ou “não interativo” (*offline*) envolve a comunicação contínua entre as partes, em tempo real. E nesse caso, as consequências jurídicas são distintas. No caso de um contrato interativo estaremos diante da tradicional concepção de “contrato entre presentes” (que trata da instantaneidade da comunicação).<sup>93</sup>

Por isso é possível concluir que com o tempo e o avanço tecnológico estaremos cada vez mais próximos de contratos eletrônicos “entre presentes”, não obstante a distância física dos contratantes. Normalmente o contrato que ocorre por meio digital é ofertado com regras determinadas previamente pelo ofertante, que realiza contratos massivos. O aceite do contrato é o que conclui o contrato, o que com certeza será analisado nos tribunais, no caso de discussão da validade do contrato ou de alguma de suas cláusulas será a forma como foi realizada a oferta, e se ocorreu consentimento imediato ou não, além, é claro, da validade de suas cláusulas, em geral de adesão. Um exemplo de contrato de adesão é o “contrato *clickwrap*”, contrato escrito em um *site*, onde o internauta aceita os termos apenas utilizando o “click”.<sup>94</sup>

## 6.4 O local da realização dos contratos

No caso de resolução de problemas envolvendo contratos eletrônicos, uma questão sempre é preocupante: qual o local adequado para reclamar uma ação judicial? A princípio, o local da formação do consentimento indicará o local onde a obrigação deve ser cumprida, e ali ficará fixada a lei que vigorará para o contrato e sua jurisdição.

Nesse sentido, o artigo 435 determina que o local de celebração do contrato é considerado o local em que ocorreu a proposta, que pode não ser o local do pagamento. Porém, se o local é virtual, a proposta ocorreu no local em que foi dado o aceite, ou seja, o domicílio do consumidor. O consumidor, porém, tem no próprio Código de Defesa do Consumidor a opção por ajuizar a ação no domicílio do vendedor, mas trata-se apenas de uma opção, pois a regra é que a ação corra no domicílio do consumidor.

Como destaca SCHERKERKEWITZ há pelo menos três endereços possíveis para o ofertante: “o local em que está o domicílio ou a residência do ofertante; o local onde está o computador do ofertante e o local em que se encontra o servidor ou o computador no qual se arquiva e processa a oferta”.<sup>95</sup> Também pode ocorrer com o consumidor, que pode possuir um domicílio físico, um domicílio informático e ainda o domicílio de seu próprio

servidor.

Finalmente, em caso de danos, há também os termos do artigo 53, III, do atual CPC: III - do lugar:

- a) onde está a sede, para a ação em que for ré pessoa jurídica;
- b) onde se acha agência ou sucursal, quanto às obrigações que a pessoa jurídica contraiu;
- c) onde exerce suas atividades, para a ação em que for ré sociedade ou associação sem personalidade jurídica;
- d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento;
- e) de residência do idoso, para a causa que verse sobre direito previsto no respectivo estatuto;
- f) da sede da serventia notarial ou de registro, para a ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício.

IV - do lugar do ato ou fato para a ação:

- a) de reparação de dano;
- b) em que for réu administrador ou gestor de negócios alheios.

V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves.

A regra nova praticamente repete o antigo artigo 100 do Código de Processo Civil anterior, indicando que é competente o foro do local do ato causador do dano. Se o dano ocorreu na rede, discute-se a possibilidade de identificação do lugar onde ocorreu o dano, uma vez que ele irá definir o local de ajuizamento da ação. A tendência é de que o local seja justamente onde está a vítima, pois foi ali que sucedeu o evento danoso. Se a vítima encontra-se no Brasil, então mesmo que o *site* ou provedor seja, por exemplo, norte-americano, o foro adequado para a ação será o brasileiro, o do domicílio da vítima.

## 6.5 Os danos e a responsabilidade civil de reparar

Finalmente, convém referir que no plano civil os danos causados devem ser reparados, temática pertinente à teoria da responsabilidade civil, que pode ser contratual ou extracontratual. A responsabilidade civil contratual decorre do contrato firmado, de um inadimplemento em relação ao contrato firmado.<sup>96</sup> Já a responsabilidade extracontratual (também chamada de “aquiliana” decorre de violação legal que gera ao infrator o dever de reparar o dano (conforme artigo 927 e seguintes do Código Civil, que trata da responsabilidade subjetiva – deve ser comprovada a culpa para gerar o dever de indenizar).<sup>97</sup>

No plano civil, portanto, a prática de um ato ilícito gera o dever de indenizar, por violação a direito por ação ou omissão voluntária (dolosa), negligência ou imprudência (culposa), conforme prevê o artigo 186 do Código Civil.<sup>98</sup> Há aqui uma responsabilidade civil independente de culpa, com dever de reparar o dano, apenas pelo nexo causal existente

entre o dano e a ação ou omissão do agente. Como refere Tarcísio Teixeira,<sup>99</sup> essa teoria “reconhece uma presunção de culpa”, e surgiu “por uma razão de ordem prática e de ordem social, tendo em vista o risco exacerbado desenvolvido por algumas atividades (teoria do risco do empreendimento)”. O Código de Defesa do Consumidor também já tinha vindo disciplinar a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (artigos 12 e 14 do CDC).<sup>100</sup>

---

<sup>67</sup> KLEE, Antonia Espínola Longoni. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 71

<sup>68</sup> SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 57.

<sup>69</sup> FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito do Comércio Eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2011. p. 7 e 27.

<sup>70</sup> Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

<sup>71</sup> SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 58.

<sup>72</sup> MACEIRA, Irma Pereira. *A Responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico*. São Paulo: RCS Editora, 2007.p. 113.

<sup>73</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:  
II - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

<sup>74</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

<sup>75</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Art. 105. A incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos co-interessados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum.

Art. 106. A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado.

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

<sup>76</sup> MACIEIRA, cit., p. 153-163.

<sup>77</sup> Para maior aprofundamento, Ana Paula Gambogi apresenta estudo comparativo entre o direito alemão e o direito brasileiro envolvendo a autonomia da vontade: CARVALHO, Ana Paula Gambogi. *Contratos Via Internet*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 105.

<sup>78</sup> ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de Direito Virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 50.

<sup>79</sup> Para aprofundamento sobre as relações de trabalho na era digital, e em especial o direito da desconexão do trabalhador, ver: ALMEIDA, Almiro Eduardo; SEVERO, Valdete Souto. *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

<sup>80</sup> Como exemplo, pode ser citada a oferta publicitária, que obriga o proponente mesmo que o público não tenha manifestado aceite (Código de Defesa do Consumidor, artigo 30).

- <sup>81</sup> Além disso, destaca-se que “a própria sociedade digital, que vem delineando seus aspectos mais importantes como seus próprios mecanismos de mudanças dinâmicas, exige que hoje se insiram nso contratos cláusulas de equilíbrio econômico-financeiro: (PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 209-310).
- <sup>82</sup> “[...] são considerados meios eletrônicos, a Internet, os terminais de autoatendimento, o telefone e outros meios de comunicação a distância tornados disponíveis pelo banco que, mediante análise de crédito e cadastro, disponibilizou à ora ré um empréstimo para utilização de montante a ser depositado em conta corrente. A contratação do empréstimo se efetivou e o montante contratado foi disponibilizado na conta corrente da requerida, conforme atesta o documentos acostado a folhas 06 dos autos com as condições específicas da contratação, restando que as contratações realizadas através de meios eletrônicos das quais se puder verificar a autoria, tais como ordens telefônicas, mediante positivação, aposição de senha e/ou a assinatura eletrônica têm, para todos os fins e efeitos de direito, a mesma validade de uma ordem escrita equivalente” (Sentença no Processo nº 0262602-28.2009.8.26.0002, Banco Santander S/A, Requerente; Claudia Alves dos Santos, Requerida. São Paulo, 08 de junho de 2011. Juíza Dra. Regina de Oliveira Marques).
- <sup>83</sup> A função social da propriedade está prevista como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: artigo 5º, inciso XXIII – a propriedade atenderá sua função social.
- <sup>84</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito das obrigações*, 2ª parte, 25ª Edição, Saraiva, p. 9 e 10.
- <sup>85</sup> Sentença judicial em Processo nº 0003823-75.2011.8.26.0008, Terceira Vara Cível, Foro Regional VIII de Tatuapé, São Paulo. José Manoel dos Santos, Requerente; Banco Santander S/A, Requerido. Juiz de Direito prolator da sentença: Dr. Luis Fernando Nardelli, em 04/08/2011.
- <sup>86</sup> Conforme relatório da sentença no Processo nº:0006514-62.2011.8.26.0008, Segunda Vara Cível do Foro Regional do Tatuapé, Jose Maria Rafael, Requerente; Edtesp, Clanesp & Lista Fácil Editora Nacional de Guias e Listas Ltda., Requerente, em 16 de agosto de 2011, Juiz de Direito Juiz Cláudio Pereira França, em 17/08/2011.
- <sup>87</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 24 e 26.
- <sup>88</sup> BARGALO, Erica Brandini; *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 48-58.
- <sup>89</sup> BARGALO, Erica Brandini; *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. Cit., p. 48-50.
- <sup>90</sup> SANTOLIM, cit., 1995, p. 25; BARBAGALO, cit., p. 54.
- <sup>91</sup> BARBAGALO, cit., p. 55.
- <sup>92</sup> Apelação Cível nº 70016785453, Tribunal de Justiça do RS, Terra Networks do Brasil SA, Apelante; Angela Daniela dos Santos e Rogério Degani Gonçalves, Apelados. Des. Odone Sanguiné, relator, em 28/12/2006.
- <sup>93</sup> SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 74-75.
- <sup>94</sup> Como destaca Maria Eugênia Finkelstein, “sua principal função é demonstrar que o usuário conhece as regras do uso do *site*, bem como as isenções de responsabilidade do fornecedor (*disclaimers*). A autora lembra que “os contratos de “clicwrap”, como contratos de adesão que são, não podem ser usados para a concretização de transações complexas” (FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito do Comércio Eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2011. p. 207)
- <sup>95</sup> SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 76-77.
- <sup>96</sup> Para aprofundamento do tema, ver obra que trata de modo específico da responsabilidade dos provedores, responsabilidade pela utilização de ferramentas de hiperconexão e de busca, responsabilidade por vícios de bens informáticos, responsabilidade civil do veículo de comunicação por atos impróprios e por atos de terceiros: SILVA, Regina Beatriz Tavares; Manoe J. Pereira dos SANTOS, coord. *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- <sup>97</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.
- <sup>98</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
- <sup>99</sup> TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito Eletrônico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p.160.
- <sup>100</sup> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto,

fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

# CAPÍTULO 7

## DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

O objeto do presente capítulo é compreender a extensão da proteção aos bens intelectuais. Nunca essa área do Direito esteve tão viva e afetando tantas pessoas ao mesmo tempo. A evolução tecnológica trouxe a possibilidade de uso em larga escala de bens protegidos pela legislação, incorpóreos, conhecidos como obras artísticas, literárias ou científicas; invenções; aperfeiçoamentos; *designs* ou marcas. A tecnologia facilitou o acesso e o uso de tais obras; entretanto, a lei não dá a mesma liberdade. A legislação relativa aos bens intelectuais está intacta, desde 1998, e é considerada uma das mais restritivas do mundo. Debates estão sendo promovidos para sua revisão, a fim de que alguns limites aos direitos de titulares de obras intelectuais sejam impostos, autorizando, assim, um número mais amplo de usos sem a necessidade de autorização dos titulares dos direitos ou autores. Enquanto isso não acontece, contudo, deve-se estar bem consciente antes de fazer uso de uma obra intelectual protegida por leis de propriedade intelectual. O objetivo do presente capítulo é justamente esclarecer tais questões.

### 7.1 Direitos do autor sobre obras intelectuais

Os direitos de autor atualmente são protegidos pela Lei 9.610 de 1998. Ela regula os direitos de autor, que aqui vêm no plural porque envolve tanto obras literárias e artísticas<sup>101</sup> como as obras protegidas pelo que se conhece por “direitos conexos” ao direito de autor, ou direitos vizinhos, parentes, semelhantes. São os direitos dos artistas, intérpretes e executantes, os direitos das empresas de radiodifusão e, ainda, das gravadoras.

Alguns conceitos básicos para compreensão da matéria são importantes, e vêm todos definidos no artigo 5º da Lei 9.610/98:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei considera-se:

I - publicação - o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo;

II - transmissão ou emissão - a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético;

III - retransmissão - a emissão simultânea da transmissão de uma empresa por outra;

IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse;

V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;

VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido;

VII - contrafação - a reprodução não autorizada;

VIII - obra:

a) em coautoria - quando é criada em comum, por dois ou mais autores;

b) anônima - quando não se indica o nome do autor, por sua vontade ou por ser desconhecido;

c) pseudônima - quando o autor se oculta sob nome suposto;

d) inédita - a que não haja sido objeto de publicação;

e) póstuma - a que se publique após a morte do autor;

f) originária - a criação primígena;

- g) derivada - a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária;
- h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;
- i) audiovisual - a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação;
- IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;
- X - editor - a pessoa física ou jurídica à qual se atribui o direito exclusivo de reprodução da obra e o dever de divulgá-la, nos limites previstos no contrato de edição;
- XI - produtor - a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;
- XII - radiodifusão - a transmissão sem fio, inclusive por satélites, de sons ou imagens e sons ou das representações desses, para recepção ao público e a transmissão de sinais codificados, quando os meios de decodificação sejam oferecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com seu consentimento;
- XIII - artistas intérpretes ou executantes - todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore.

Os conceitos indicados acima são fundamentais para a compreensão da legislação pertinente, pois definem pontos cruciais que vinculam toda a lei. Nesse sentido, se o direito de autor envolve a prerrogativa de publicação, e alguém publica uma obra, por exemplo, na internet, sem autorização, isso pode ser considerado uma publicação? A Lei, conforme indicado acima, explica o que é publicação, quando ela ocorre e o que significa contrafação. Por isso, a leitura e compreensão de tais termos é muito importante para a sequência da compreensão da matéria.

### 7.1.1 Autoria, formalidades, obra produzida por empregado

Uma das dúvidas ainda persistentes no Direito Autoral tem relação com a forma de aquisição dos direitos. O direito de autor não exige formalidades, não é necessário nenhum registro da obra para que exista direito autoral. O único requisito que se pode dizer que existe é o da própria criação da obra e sua exteriorização. Essa exteriorização da obra intelectual não precisa ser em nenhum suporte material: mesmo que seja apenas oral, a obra já estará sob o amparo da lei. Nesse sentido, o artigo 7º destaca que são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. Para completar, a redação do artigo 18 não deixa dúvidas: “a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”.

A pergunta que surge, então, é: como se prova a autoria? Bem, a questão não é tão problemática com relação à prova, mas, sim, com relação à dificuldade de proteção e até injustiças que poderiam acontecer se o registro fosse constitutivo de direito, ou seja, se o

direito dependesse de alguma espécie de formalidade para que pudesse existir. Sabe-se que os artistas costumam não se preocupar com formalidades, de modo que, se o registro fosse obrigatório, naturalmente muitos artistas estariam desprotegidos pela própria lei que teria por escopo protegê-los. Por isso, o registro não passa de mais um meio de prova, que pode inclusive ser contestado. Ele é uma possibilidade, para facilitar a prova no caso de necessidade, mas o autor de uma obra intelectual, artística ou literária, não deixará de possuir o direito caso não faça o registro.

Mas quem pode ser considerado autor?

Autor sempre será a pessoa física criadora da obra intelectual. Nesse sentido, não se considera coautor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio (conforme artigo 15, §1º.).

Quando a contribuição do coautor puder ser utilizada separadamente, ele terá asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, mas não poderá utilizar se o modo escolhido acarrete prejuízo à exploração da obra comum (artigo 15, § 2º). Porém, quando a obra, feita em coautoria, não for divisível, nenhum dos coautores, sob pena de responder por perdas e danos, poderá publicá-la ou autorizar-lhe a publicação, salvo na coleção de suas obras completas (conforme artigo 32 da Lei 9.610/98).

Ainda, caso divergirem os coautores, a decisão caberá à maioria. No caso de discordância, ao dissidente é assegurado o direito de não contribuir com as despesas de publicação, assim como poderão renunciar a sua parte nos lucros, além de poder impedir que se indique seu nome na obra.

Já na situação do autor que é contratado, ou seja, empregado de empresa que produz bens intelectuais, a quem cabe o exercício dos direitos? Tem-se que pelas disposições legais, ao autor, pessoa física, cabem as prerrogativas morais, até porque são inalienáveis e irrenunciáveis. Entretanto, em relação às prerrogativas pecuniárias, se as atividades realizadas pelo empregado são decorrentes do próprio contrato, então a contraprestação por sua realização é vinculada ao próprio salário. Nesse sentido, decisão do TRT, Tribunal Regional Do Trabalho, da Quarta Região:

Também não são devidos direitos autorais – sejam materiais ou morais – nos termos da Lei nº 9.610/98, uma vez que as atividades realizadas pela autora são produto do próprio contrato de trabalho, cujo objeto é a produção jornalística.<sup>102</sup>

A questão relativa aos direitos autorais de autor empregado costuma ser bastante complexa, em parte porque a lei autoral não traz nenhuma disposição a respeito. A princípio, a tendência foi compreender que todos os direitos pertencem ao autor, seja ele empregado ou não, mas com o tempo foi sendo percebido que não há, praticamente, diferença entre obra produzida por cumprimento a dever funcional e obra produzida por autor empregado. A diferença está apenas no vínculo. Com isso, tratando-se de obra sob encomenda ou produzida por dever funcional, tem-se que as prerrogativas patrimoniais pertencem à empresa encomendante, pois foi ela que proveu as condições necessárias para o surgimento da obra e investiu na criação.

Por outro lado, existem exceções, em especial no que diz respeito ao desenvolvimento de *software*. Nesse caso, a obra igualmente tende a pertencer ao empregador, mas com as distinções da lei específica do *software*, a Lei 9.609/98:

Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

§ 1º Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado.

§ 2º Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público.

§ 3º O tratamento previsto neste artigo será aplicado nos casos em que o programa de computador for desenvolvido por bolsistas, estagiários e assemelhados.

Nesse sentido, o salário pago ao desenvolvedor deve ser compatível com a função exercida, e, havendo desvio de função, essa questão pode ser provada judicialmente, de modo que a autoria pode, eventualmente, ser reconhecida com exclusividade para o empregado, conforme pode ser visto na decisão abaixo:

[...]

Vê-se, do contexto probatório dos autos, que as funções para as quais o autor foi contratado não compreendiam a criação ou desenvolvimento de programas, *softwares*, sistemas ou aplicativos de computador. Percebe-se que a natureza das atividades realizadas pelo reclamante, no computador em que trabalhava, era de cunho eminentemente administrativo, relacionadas ao controle dos registros horários dos empregados e à folha de pagamento. [...]

Assim, é devida a indenização arbitrada pela sentença de 1o grau, diante da previsão legal do direito ao reclamante, na condição de autor intelectual dos programas de computador Remates, Gerenciador Banco de dados FARSUL/SENAR e CCT 04/0-2007 (Convênio de Cooperação FARSUL/SENAR), utilizados pela reclamada. <sup>103</sup>

### 7.1.2 Objeto dos direitos de autor

O objeto do direito de autor não é fácil de ser apontado. A princípio, toda obra intelectual exteriorizada, com forma original, e não incluída nas proibições legais, estará protegida. Mas é possível observar que, apesar da lei não fazer referência a um registro, alguns requisitos são passíveis de serem apontados, do que se conclui do artigo abaixo:

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

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

- III - as obras dramáticas e dramático-musicais;
  - IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
  - V - as composições musicais, tenham ou não letra;
  - VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
  - VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
  - VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
  - IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
  - X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
  - XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
  - XII - os programas de computador;
  - XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.
- § 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.
- § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.
- § 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

Observa-se que a lei não faz distinção ou especifica critérios especiais, apenas indica que são obras protegidas quaisquer criações intelectuais – desde que expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. Essa redação da lei permite que a evolução tecnológica traga novos modos de exteriorizar criações intelectuais que acabam por estar inclusos no rol exemplificativo do artigo 7.

Um novo modo de expressar uma criação, e que não consta no rol do artigo 7º, por exemplo, é a criação de um *blog*. O *blog* não consta no rol do artigo, mas como é meramente exemplificativo, cabe à hermenêutica jurídica analisar e concluir acerca de sua inserção entre as obras protegidas pelo direito de autor. Sendo o *blog* uma expressão criativa, está também protegido pela lei.

Por outro lado, algumas obras a lei expressamente exclui da proteção, não porque não constituam criação intelectual, mas por razões ideológicas ou porque estão previstas em outras legislações. Nesse sentido, vem o rol do artigo 8º, indicando que não estão protegidas, por exemplo, as simples ideias e também as decisões judiciais, podendo ser objeto de livre reprodução:

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

- I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;
- II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;
- III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;
- IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;
- V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;
- VI - os nomes e títulos isolados;

Para compreender bem a intenção da lei, é importante ter em mente que a legislação não protege o conteúdo da obra como tal: ele é livre, como é livre o acesso à cultura e educação e à informação. Entretanto, está protegida a forma com o conteúdo é apresentado. Por essa razão é que um livro didático, por exemplo, de química, está protegido pelo direito de autor, pela forma como apresenta seu conteúdo; seu conteúdo em si, porém, ou a ideia que ele segue, é o mesmo de outro livro de química, não estando protegido por fazer parte do acervo livre que todos podem acessar.

Em relação às criações não protegidas pelo direito autoral, é necessário referir que o direito tem por objeto apenas a forma original que é dada a uma ideia, e não a ideia em si. Além disso, exige-se que essa forma original seja exteriorizada, como são exemplos as obras já indicadas no artigo 7º. Outras obras não protegidas pelo Direito são os textos de leis, assim como as sentenças judiciais. É óbvio que constituem criações intelectuais, mas, por questões de interesse público, não são amparadas pelos direitos conferidos pela legislação de direitos autorais.

É importante compreender a importância de exclusão da proteção de certas criações intelectuais, pois, caso estivessem protegidas, poderiam seus autores ou titulares fazer exigências de acordo com as prerrogativas que passariam a possuir em função da lei, e essas prerrogativas são bastante extensas, como será analisado a seguir.

### 7.1.3 Direitos morais e patrimoniais

A partir do momento que são conhecidas as obras protegidas pelo direito de autor, pode-se agora analisar a extensão dos direitos de autor. Afinal, se alguém cria um *blog*, que direitos possui? Ou se você trabalha numa empresa que cria *sites*, que direito possui? O tema agora é compreender o que pode um autor fazer a partir do momento em que cria obra protegida pelo direito de autor.

A primeira observação que deve ser sempre lembrada é que os direitos de autor são muito extensos. A lei brasileira é considerada uma das mais restritivas do mundo e isso quer dizer, em outras palavras, que ela concede muitas garantias ao autor e pouca liberdade ao cidadão que quer acessar a obra. A regra geral diz que para qualquer uso da obra intelectual, uma autorização prévia é necessária.

Para compreender melhor os direitos de autor, cumpre dividi-los em duas ordens distintas: os de natureza moral, do artigo 24 a 27, e os de natureza patrimonial ou pecuniária (dos artigos 28 a 40).

Os direitos de natureza moral, previstos no artigo 24 da Lei Autoral, envolvem:

- a. a prerrogativa moral de paternidade, ou seja, o reconhecimento da autoria;
- b. o direito à nomeação, ou seja, de ter o nome indicado em cada utilização;
- c. o direito de manter a obra inédita (o autor não é obrigado a publicá-la);

- d. o direito de manter a integridade da obra;
- e. o direito de modificar a obra, antes e depois de publicada;
- f. o direito de retirar a obra de circulação, ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;
- g. o direito de acesso, ou seja, o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Como é possível observar, sua natureza moral é intrínseca ao objeto. Tais prerrogativas que o autor possui em decorrência da criação são, na realidade, direitos de impossível redução a um valor econômico. A legislação, ainda, prevê que tais direitos não podem ser transferidos, ou seja, são inalienáveis e irrenunciáveis.

Caso um contrato venha contemplar algum desses direitos, será nulo, pois a própria lei prevê que eles não podem ser objeto de alienação. No caso de falecimento do autor, apenas os direitos morais, previstos do inciso I a IV, são transmitidos aos sucessores.<sup>105</sup>

Já as prerrogativas patrimoniais, que podem ser transferidas, vendidas, cedidas, enfim, que podem ser objeto de um contrato de transferência ou concessão de uso com terceiros, vêm previstas a partir do artigo 28 da lei 9.610/98, e são aquelas que não possuem cunho moral ou de vinculação personalíssima com seu autor.

Entre as prerrogativas que podem ser objeto de contratação, podem ser citadas: a reprodução parcial ou integral; a edição; a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; a tradução para qualquer idioma; a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda; e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário.

Ainda, dependerá de autorização prévia ou expressa do autor ou titular, o uso, direto ou indireto, da obra literária, artística ou científica, mediante: representação, recitação ou declamação; execução musical; emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; radiodifusão sonora ou televisiva; captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; sonorização ambiental; a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; emprego de satélites artificiais; emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; exposição de obras de artes plásticas e figurativas; a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero.

A lei autoral, como pode ser observada, procura contemplar todo e qualquer uso de

obra intelectual, sendo irrelevante se tal uso tem ou não fins lucrativos. O uso pode ser direto ou indireto, assim como o lucro também. Independentemente disso, entretanto, seja o lucro direto ou não, e mesmo que o uso não tenha qualquer fim lucrativo, a lei determina que a autorização é necessária. Daí porque o uso de obras que estejam disponibilizadas na internet é perigoso sob o olhar legal, uma vez que a disponibilização da obra na internet não autoriza automaticamente seu uso (é preciso que tal uso tenha sido autorizado).

Nesse sentido, basta observar o conteúdo do inciso X, do artigo 29, que determina, como se não bastassem as severas e detalhadas prescrições dos incisos anteriores, que também depende de autorização prévia e expressa “quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas”. Ou seja, não se tem a menor ideia do uso que poderá ser inventado no futuro, mas de todo modo, a lei proíbe esse uso ainda não inventado, salvo com autorização do autor ou titular dos direitos de autor.

Bem, tanta severidade não escapou a maledicências, e a própria sociedade civil se organizou e começou a difundir críticas ao sistema. Além disso, formas de licenciamento foram desenvolvidas a fim de possibilitar que o autor interessado em permitir o uso pudesse deixar sua obra livre para ser utilizada. É o caso do *creative commons* (CC), que na esteira dos desenvolvimentos de Richard Stallman em relação ao *software* livre, trouxe a ideia de desenvolver uma série de licenças que o autor pode utilizar para autorizar um uso mais livre de sua obra.

Como diz no próprio *site* do CC<sup>106</sup>, ele não veio para ir contra as regras do direito autoral, mas para complementá-las. De fato, também críticas existem ao CC, mas não se pode negar que é um bom instrumento para troca de obras intelectuais com maior tranquilidade, em especial uma boa forma desenvolvida para que usos sem fins comerciais pudessem ser realizados, afinal, a lei proíbe o uso sem autorização inclusive para fins não comerciais, salvo nas raras limitações ao direito de autor, que serão apreciadas a seguir.

#### 7.1.4 A duração do direito

Conhecido o conteúdo do direito de autor, que é formado de prerrogativas morais e patrimoniais (art. 23 a 41), resta compreender a duração do direito (ver artigos 42 a 45, bem como artigo 96), para, em seguida, analisar os limites ao direito de autor.

A duração do direito de autor obedece a uma regra geral e um critério básico: a regra geral é de 70 anos, e o critério básico é o da morte do autor. Assim, os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil (artigo 41 da lei 9.610/98).

Outros critérios existem, por exemplo, a contagem do prazo pode iniciar a partir da primeira publicação da obra (para obras audiovisuais e fotográficas) ou então a partir da primeira divulgação (para obras anônimas e pseudônimas – a não ser que o autor se der a conhecer antes de esgotado esse prazo). O prazo de setenta anos para os direitos conexos começa a contar a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os

fonogramas; à transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão; e à execução e representação pública, para os demais casos (conforme artigo 96 da lei 9.610/98).

Já para o *software*, o prazo é de 50 anos, contados de primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua publicação, ou, ausente esta, da sua conclusão (conforme §2º, do artigo 2º, a lei 9.609/98).

### 7.1.5 A liberdade no uso de obras protegidas

Limitar o direito de autor significa impor certas utilizações lícitas independentemente de autorização do autor. Afinal, o que podemos fazer com obras publicadas sem pedir autorização do autor? Além disso, existe um momento específico que possibilita a incidência das limitações. Que momento é esse? Em alguns casos, o autor não tem direito de impedir o uso livre de sua obra, mas tais situações, conhecidas como limitações intrínsecas ao direito de autor, são expressamente arroladas na lei.

O que pode servir de guia no presente caso são, portanto, duas questões:

- a. a partir de que momentos passam a incidir as limitações ao direito do autor?
- b. quais são as situações de limitações ao direito de autor?

Finalmente, os limites intrínsecos são aqueles específicos da lei autoral, enquanto as limitações extrínsecas encontram-se fora da lei, segundo pontual doutrina de José de Oliveira Ascensão.<sup>107</sup>

Nesse sentido, Pablo Ortellado e Jorge Machado levantam o problema do "choque inevitável entre Direito de Autor e as necessidades de informação por parte dos utilizadores", acrescido do aumento da produção científica e literária, aliados às novas tecnologias. Os autores trazem a seguinte afirmação: "A situação atual da propriedade intelectual no ambiente digital é paradoxalmente má para todos: autores, editores, bibliotecas e utilizadores/consumidores".<sup>108</sup>

Uma resposta ao dilema é oferecida por Jean Michel<sup>109</sup>, que descreve a temática das novas tecnologias de produção, processamento, difusão e exploração da informação digital. Segundo o autor, as novas tecnologias tendem a modificar as tradicionais práticas sobre o uso e a indústria da informação, contexto novo da era informacional ou da civilização digital que exige que a situação do direito do autor seja pensada em conjunto com o direito do usuário ou consumidor, o qual possui direito à informação, ao conhecimento e à cultura. O autor explora temas como o desenvolvimento de um novo direito *sui generis*, que visaria proteger produtos e serviços de informação, como base de dados, buscando construir um direito que protegesse o investimento econômico, sem ter apoio no tradicional direito de autor. Surge, assim, maior debate sobre o instituto do "uso legal", ou *fair use*, existente nos países de sistema da *common law*, e o uso privado do

copista, que utiliza obras protegidas no ambiente digital. O autor propõe, enfim, o necessário equilíbrio que deve existir entre os "direitos dos atores e dos espectadores da informação para o desenvolvimento do conhecimento e da democracia".

A lei autoral apresenta as limitações ao direito de autor do artigo 46 ao 48. É interessante comparar os artigos que tratam dos direitos patrimoniais, que traz disposições praticamente infinitas sobre as necessidades de autorizações, com os artigos que tratam dos limites ao direito de autor, que trazem disposições bem explícitas e limitadas. Em outras palavras, fora das disposições legais previstas, não existe limitações ao direito autoral; ou, fora das previsões, não há possibilidade de uso de obra intelectual sem autorização.

Entretanto, a doutrina tem desenvolvido as chamadas limitações extrínsecas ao direito de autor, entendendo que outras disposições legais podem servir como limite aos direitos dos autores, autorizando o uso público sem a correspondente contraprestação ou autorização prévia. Isso pode ser pensado em relação aos direitos fundamentais de acesso à informação, à educação e à cultura. Por outro lado, também as convenções internacionais, e em especial a Convenção de Berna, ratificada pelo Brasil inicialmente em 1922, traz outras limitações ao direito de autor, que poderiam ser aplicadas no Brasil em casos concretos.

De todo modo, o que a lei autoral limita, ou que pode ser utilizado sem necessária autorização prévia, não constituindo ofensa aos direitos autorais, pode ser:

- a. a reprodução de notícias ou de artigo informativo, na imprensa, desde que mencionado o nome do autor caso venham assinados, e a fonte de sua transcrição;
- b. discursos pronunciados em reuniões públicas;
- c. a reprodução de retratos encomendados, se realizados pelo proprietário que o encomendou (desde que a pessoa retratada não se oponha, ou seus herdeiros);
- d. também podem ser reproduzidas obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários.

Em relação à cópia privada, a legislação praticamente proíbe a reprodução, uma vez que o artigo 46, II, que trata do assunto, traz a possibilidade de reprodução, "em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro". Uma leitura rápida poderia sugerir que a cópia privada estaria autorizada, todavia, o próprio inciso indica os requisitos para a cópia sem autorização: é necessário que seja apenas uma cópia (um só exemplar); que seja apenas um pequeno trecho (o percentual não é indicado por lei); a cópia do pequeno trecho deve ser realizada pelo próprio copista ou interessado na cópia (não pode ser uma empresa que faz cópias, como na faculdade); e, finalmente, não pode haver intuito lucrativo (sendo que a empresa que faz cópias sempre tem o intuito lucrativo). Em função de tamanha restrição, muitas editoras têm buscado judicialmente ações para coibir as empresas que realizam cópias nas

Universidades, causando grande espanto aos estudantes e professores, uma vez que, a princípio, a cópia para fins de estudo seria inerente ao bom senso, e vinculada ao direito fundamental de acesso à educação e cultura, considerando a grande dificuldade dos alunos conseguirem acesso a livros no Brasil. Essa, porém, é outra discussão. Fato é que os debates em torno da nova lei de direitos autorais são acalorados, uma vez que grande parte da sociedade deseja maior acesso a obras, com a possibilidade de cópia de pelo menos uma parte de um livro, por exemplo.

Do modo como a redação do artigo relativo à cópia privada está na lei, nem mesmo o *download* de uma música é permitido. Cada vez que alguém baixa uma música pela internet está, obviamente, cometendo ato ilícito, uma vez que não se consegue fazer o *download* de parte de uma música, como exige o inciso II, do artigo 46. Adiante, será tratado com mais cuidado a crítica necessária a essa questão, no item 6.1.7.

Ainda entre a liberdade de ação dos interessados em acessar obras intelectuais, sem a necessidade de autorização prévia do autor, encontramos a possibilidade (bastante óbvia, aliás) de “a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra” (inciso III, do artigo 46).

Também é permitido, como não poderia deixar de ser, o “apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou”. Ridículo seria, efetivamente, se o aluno que assiste a uma aula não pudesse fazer suas anotações. Esse é mais um exemplo que comprova o quanto a lei é restritiva.

A lei autoriza, pelo menos, a “a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização”. Isso significa que lojas que vendem aparelhos, CDs ou quaisquer suportes nos quais uma música possa ser fixada podem reproduzir a obra, para fins de demonstração à clientela do funcionamento do produto. Como pode ser observado, não se trata exatamente de uma concessão ou limitação ao direito, mas uma obviedade que faz sentido inclusive com respeito ao direito do consumidor. Também constitui uma obviedade, e em respeito ao interesse público e da boa administração da Justiça, “utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa” (inciso VII do artigo 46).

Pode-se considerar, contudo, que as disposições dos incisos VI e VIII efetivamente representam uma limitação ao direito de autor. Nesse sentido, é autorizada “a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro” (inciso VI, do artigo 46). Também é autorizada a “reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a

exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores” (inciso VIII, do artigo 46). Nesse caso, costuma-se explicar que o uso da obra no contexto da obra maior não pode ser o objetivo principal da publicação.

Também são livres, finalmente, as “paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito” (artigo 47 da lei 9.610/98). Nesse caso, entretanto, a paródia no Brasil fica bastante limitada, pois quem faz uma paródia nunca tem a segurança suficiente de que efetivamente a transformação realizada será aceita como tal, uma vez que a legislação coloca como requisito que essa transformação criativa não constitua descrédito para a obra original, quando, tradicionalmente, a paródia já é uma recriação cômica, que visa, como crítica livre, tornar engraçada a representação, ou ainda, constituir uma recriação cômica.

Além disso, costuma ser muito aplicado em nossos tribunais o artigo 48, que autoriza a reprodução de obras “situadas permanentemente em logradouros públicos”. Nesse caso, elas podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

#### 7.1.6 Sanções cíveis para violações a direitos autorais

Aqui serão apresentadas apenas as sanções cíveis, uma vez que as sanções penais são tratadas adiante, no capítulo referente aos crimes digitais. As sanções cíveis são aquelas que implicam a obrigação de pagar alguma indenização ou multa ou envolvem uma obrigação de fazer ou deixar de fazer algo.

Nesse sentido, se a obra for “fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada”, o autor ou titular dos direitos poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (artigo 102 da lei 9.610/96).<sup>110</sup>

Além disso, quem “editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.” Se não for conhecido o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, o transgressor pagará o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos (conforme artigo 103 e seu parágrafo único).

Prática de venda, exposição à venda, ocultação, aquisição, distribuição ou, ainda, manutenção em depósito para fins de venda, obtenção de ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem serão condenados de modo solidário com o contrafator. No mesmo sentido, também o importador e o distribuidor responderão como contrafatores em caso de reprodução no exterior (artigo 104 da lei 9.610/98).

Tem se tornado cada vez mais comuns casos em que *sites* reproduzem sem autorização imagens ou fotografias protegidas pelo direito de autor. Conforme decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

1. DANO MATERIAL. QUANTUM DEVIDO. Sendo conhecido o número de fotografias

indevidamente utilizadas no *site* da ré e estando demonstrado, por meio dos orçamentos juntados, o valor correspondente ao uso indevido de cada uma das imagens, mostra-se dispensável a aplicação do art. 103, parágrafo único, da Lei 9.610/98. *Quantum* indenizatório majorado para R\$ 7.006,16 (sete mil e seis reais e dezesseis centavos). Apelo da autora provido.

2. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Incontroversa a supressão do nome da autora da fotografia, em nítida ofensa às disposições da lei de direitos autorais, resta caracterizado o dano moral *in re ipsa*. Precedentes jurisprudenciais. Sentença reformada, no tópico.

3. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar *quantum* que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, conduz à fixação do montante indenizatório em R\$ 9.000,00 (nove mil reais), corrigidos monetariamente, pelo IGP-M, a contar da data desta sessão até o efetivo pagamento, e acrescidos de juros legais, a partir do evento danoso. Súmula 54 do STJ.<sup>111</sup>

Também poderão ser determinadas judicialmente a suspensão ou interrupção de transmissões ou retransmissões, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público, de obras artísticas, literárias e científicas, ou de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares. Ainda nos termos do artigo 105, da lei 9.610/98, essa interrupção ou suspensão poderá ocorrer sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis. A multa poderá ser aplicada em dobro caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos.

Nos Estados Unidos foi aprovada a *Digital Millenium Copyright Act*, em 1988, visando justamente possibilitar aos titulares de um direito autoral violado proceder à notificação formal do provedor de serviços da internet sobre o problema, e uma vez notificado, o provedor deve retirar o conteúdo a fim de não ser responsabilizado. No Brasil, esse tema é tratado pela Lei do Marco Civil, que aqui foi desenvolvido no capítulo 4 (e sobre a responsabilização dos provedores, no item 4.4.4).

Outros dispositivos se dirigem a atos que tentem subornar o acesso a obras, em especial a quem tentar eliminar dispositivos tecnológicos que impeçam a cópia de uma obra. Nesse sentido, poderá ocorrer responsabilização por perdas e danos, nunca inferior ao valor que resultaria da aplicação do disposto no artigo 103 da lei autoral, quem “alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia”.<sup>112</sup>

Nos casos em que a violação consista na omissão do nome ou pseudônimo do autor e do intérprete, a decisão condenará, além de perdas e danos, também a divulgação da identidade do autor. Se quem omitiu o nome for empresa de radiodifusão, terá que fazer a divulgação no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos; se for o caso de uma publicação gráfica ou fonográfica, deverá ocorrer a inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor. Finalmente, se ocorrer a ofensa através de outra forma de utilização, a comunicação do nome do autor deverá ocorrer através da imprensa, na forma anterior.

Tem ocorrido sistematicamente pedidos judiciais do ECAD (Escritório Central de

Arrecadação e Distribuição)<sup>113</sup> de cobrança por música sonorizada em ambientes de circulação coletiva. O ECAD ingressa na Justiça buscando o pagamento pela transmissão da música que não teve pagamento antecipado. Quando isso acontece, a legislação o autoriza a pedir a aplicação de uma multa altíssima, referente a vinte vezes o valor que deveria ter sido originalmente pago. Algumas decisões têm corajosamente se negado a aplicar essa multa (prevista no artigo 99 da lei 9.610/98), obviamente excessiva.<sup>114</sup> Com a nova legislação aprovada em 2013, a Lei 12.853/13, o ECAD teve limitada sua atuação. Pelo menos, a lei criou novas regras para a cobrança, arrecadação e distribuição de recursos pagos por direitos autorais na produção musical, e mereceu apoio de artistas e produtores musicais. Algumas mudanças envolvem o percentual pago aos titulares de direitos (destina 85% da arrecadação para os titulares dos direitos, como compositores e intérpretes, que antes recebiam 75,5%). O ECAD agora deve ficar com 17,5%, e as associações que o integram, que ficam com 7,5%. O mais importante, no entanto, do texto legal, é a busca de transparência para a gestão dos valores pagos pela execução de obras protegidas por direitos autorais, inclusive produções audiovisuais.<sup>115</sup>

Importante, finalmente, destacar que, havendo violação de direitos autorais, em especial em espetáculos e audições públicas, seus proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários respondem solidariamente com os organizadores dos espetáculos.

### 7.1.7 Críticas à atual proteção

A seguinte entrevista publicada pelo Instituto Humanitas, da Unisinos, que bem espelha a situação atual de crítica popular à atual lei de direitos autorais brasileira, considerada uma das mais restritivas do mundo.<sup>116</sup>

A retirada do selo da licença Creative Commons (CC) de propriedade intelectual do sítio do Ministério da Cultura (MinC) gerou uma grande polêmica em torno da presença de Ana de Hollanda no cargo de ministra desse setor. Em 60 dias, além do debate que a retirada do CC gerou sobre o futuro das ações do Ministério da Cultura, Hollanda esteve envolvida em torno de mais duas polêmicas: a demissão do antigo diretor de Propriedade Intelectual, Marcos Souza a não nomeação de Emir Sader, sociólogo e cientista político que participou da campanha presidencial e chamou a ministra de "meio autista". Seria essa uma crise na cultura do governo Dilma? Há poucos dias, a IHU On-Line tratou desse tema com o estrategista de redes sociais para a campanha de Dilma Rousseff à presidência, Marcelo Branco, e com o professor na Universidade Federal do ABC (UFABC), Sérgio Amadeu.

Na entrevista à IHU On-Line, concedida por *e-mail*, a professora da Unisinos Ângela Kretschmann dá a sua opinião sobre o tema e analisa os problemas em torno do debate sobre o direito autoral na internet. "Aqui no Brasil, no momento, com a atual Lei de Direito Autoral, já está tudo protegido no ambiente da internet, mas poucas pessoas sabem disso. Então também existe uma incrível, digamos, desobediência coletiva, hilária para alguns,

trágica para outros. Complicado é entender que a lei não consegue efetividade. As pessoas tendem a confundir a possibilidade do acesso a conteúdos com a possibilidade ou liberdade no uso dos conteúdos”, explica ela.

**IHU On-Line** – Qual sua reação diante do posicionamento da ministra da cultura, Ana de Hollanda, no início do ano, em relação à retirada do selo do CC do sítio do ministério? Qual é o valor simbólico deste ato?

**Ângela Kretschmann** – Minha pesquisa de pós-doutoramento tem relação direta com o tema do *Open Access* e *Universal Access* e, de alguma forma, os tópicos tem relação estreita com o CC. De todo modo posso adiantar que não é normal a qualquer governo indicar o selo em sítio oficiais. Minha pesquisa ocorre na Alemanha, e as comparações com nosso sistema são inevitáveis. A polêmica iniciou enquanto eu ainda estava na Alemanha, e a discussão chegou a ser comentada em um evento em que participei, envolvendo especialistas japoneses e alemães. Alguns dizem que a retirada implica na mudança total de postura do governo. A princípio não vi a retirada do selo do CC como um sinal de total mudança de postura do governo frente ao amplo debate público que havia se estabelecido no governo anterior, para aprovação de nova Lei de Direito Autoral no Brasil.

A total mudança de postura da pasta da Cultura, creio – como muitos podem afirmar existir –, deve ser observada com mais calma, pois fica difícil concluir que a retirada do selo poderia significar uma séria de outras mudanças radicais em relação ao trabalho que vinha sendo desenvolvido no Ministério da Cultura. Minha reação pode ser um pouco estranha, mas creio que compreendendo um pouco mais o significado do CC a retirada é plenamente justificada. A reação exagerada à retirada do selo é que me pareceu estranha. Talvez também isso fosse evitado se o governo explicasse melhor por que retirou o selo, e talvez a reação pública não fosse tão forte. De todo modo, uma atitude dessas pareceu a muitos um sinal de total mudança de postura entre um governo e outro, e isso sem dúvida não era esperado, uma vez que, a princípio, o mesmo partido estaria no governo.

"O CC é um movimento de cunho privado que deve permanecer no âmbito privado e no âmbito das liberdades democráticas". Creio que falta algum conhecimento sobre o significado do CC para condenar a atitude do Ministério da Cultura. O selo do CC indica que o conteúdo está liberado de acordo com uma das licenças oferecidas pelo CC, um movimento que tem em vista facilitar o acesso a obras intelectuais protegidas, ou seja, antes de o interessado solicitar licença para utilizar o material, o titular dos direitos já autorizou, por meio de uma licença CC. Isso não significa que o conteúdo não possa ser liberado de outra forma, sem o uso de um sinal que tem forte origem americana. O CC é um facilitador, mas tem também suas ligações com certos interesses legítimos da sociedade, o que não significa que represente todos os interesses da sociedade, merecendo cuidado de qualquer governo no seu uso. Sou a favor do CC, mas o CC é um movimento de cunho privado que deve permanecer no âmbito privado e no âmbito das liberdades democráticas. O

vínculo do governo ao CC poderia muito bem gerar o mesmo nível de reação de setores que entendem que o direito autoral está ameaçado com a disseminação de uma filosofia de acesso universal. O CC deixa claro que não veio para servir de instrumento contra o direito autoral, mas para auxiliar. Entretanto, o verdadeiro princípio que está por trás do CC é a liberalização do conteúdo, é o acesso livre.

Creio que o governo faz bem, nesse aspecto do CC, ao adotar uma postura mais equilibrada, nem contra nem a favor do CC, nem contra nem a favor do direito autoral, mas em busca de um equilíbrio entre interesses divergentes, entre os que desejam acessar conteúdos e entre os produtores e titulares de conteúdos. Tenho restrições, sim, e todas, à redução dos bens intelectuais a simples bens de consumo. Se essa é a intenção do novo governo, isso é altamente perigoso e danoso às liberdades democráticas, pois em minha opinião isso pode nos levar a uma nova, radical e silenciosa forma de escravização do ser humano.

**IHU On-Line** – É bastante difícil enquadrar a internet, pois todas as pessoas têm a liberdade de postar conteúdos. Alguns defendem o enquadramento da rede e outros são favoráveis ao ambiente livre. Em sua opinião, alguma lei poderia ser condizente com a dinâmica da internet? Em que sentido?

**Ângela Kretschmann** – Essa é uma questão difícil. Precisamos de enquadramentos, no sentido de legislação para crimes cibernéticos. Nosso Judiciário está se vendo em dificuldades em função do atraso brasileiro na aprovação de leis para o mundo virtual. Alguns são da opinião que não precisamos de novas leis. Outros pensam o contrário. Claro que já possuímos leis que podem ser aplicadas e são aplicadas para os crimes digitais, mas existem situações típicas para as quais não existe forma de aplicar as leis penais. Cito só um exemplo que me parece claro: se você está em sua casa e alguém entra nela só porque você deixou a porta aberta, isso pode ser invasão de domicílio. Mas se você deixa a rede aberta, e alguém entra, é invasão? Precisamos discutir muitas coisas que parecem estranhas em relação à internet. As respostas não são tão claras e merecem debate.

"Precisamos discutir muitas coisas que parecem estranhas em relação à internet". Já em relação ao direito autoral, creio que devemos primeiro nos perguntar de que lado estamos. Afinal, somos criadores de conteúdo, somos consumidores, somos autores? Somos titulares de conteúdo? Ou somos empresas que precisam do conteúdo para vender seu serviço e ganhar através do *marketing*? Somos tudo isso? Quem é a favor do conteúdo livre? Quem é contra? Creio que seria bom apontarmos com o dedo indicador quem quer o quê e, depois disso, nos questionarmos sobre nosso papel numa disputa envolvendo grandes indústrias, as indústrias de conteúdo e as indústrias tecnológicas. E o que eu e você temos com isso? O que existe hoje é uma imensa estrada que é razoavelmente livre. Há o interesse em que se pague pedágio para andar nela. Por que pagaremos pedágio se já pagamos pelo acesso? Já pagamos pedágio para entrar na estrada, com exceção dos poucos pontos de acesso livre à internet existentes no país. Pois bem, além de pagarmos para entrar na estrada, deveremos pagar pelos conteúdos

acessados, sendo que existem as empresas que ganham por possibilitar o acesso, como provedores (que desejam o conteúdo livre) e as empresas de conteúdo (que desejam vendê-lo). São as indústrias da cultura e as indústrias tecnológicas, que disputam entre si, e cobram dos usuários o preço da disputa. Em outras palavras, podemos também dizer que grandes indústrias estão brigando entre si e querem que pessoas comuns paguem a conta dessa briga. Pessoas que possuem direitos humanos e fundamentais, de acesso à cultura, informação e educação, que paguem a conta dessa briga.

**IHU On-Line** – Qual é o maior problema da Lei do Direito Autoral no cenário da internet?

**Ângela Kretschmann** – Vai depender novamente do interesse em jogo. Para alguns será a dificuldade de controlar e cobrar pelo uso de conteúdos inseridos na internet. Para outros será o próprio acesso a obras que estão protegidas. Como pesquisadora, vejo que o maior problema é essa disputa de interesses. Os interesses parecem legítimos, quando não extrapolam. Um autor deve ter direito de cobrar pelo conteúdo criativo que desenvolve, mas condenar uma mulher a pagar mais de um milhão de dólares porque baixou umas 20 músicas da internet é ridículo, como aconteceu nos Estados Unidos (e quando os familiares de vítimas de um acidente aéreo receberam infinitamente menos). Pior ainda é a televisão brasileira anunciar o caso sem nenhum comentário crítico, como que desejando causar pânico nos usuários. Talvez uma notícia paga... infelizmente. Observo que estamos cheios de notícias pagas por grupos de interesses e que detêm poder econômico.

Corremos o risco de viver uma nova escravidão: a dos ignorantes.

O noticiário tira todos por idiotas quando anuncia sem comentários críticos. Pior ainda é a polícia ir até a faculdade de serviço social, se não me engano em outubro do ano passado, e prender o funcionário que operava a máquina de copiar (xerox) da faculdade. Imagine, viaturas da polícia com policiais fortemente armados prendendo alguém que copiava um livro! A lei brasileira permite isso. E fez bem o governo anterior em colocar a lei inteira para discussão junto à sociedade. O maior medo no momento é que essa política de debate público tenha terminado. E que todo o debate tenha sido em vão. Vamos continuar podendo sofrer prisão porque copiamos um livro para uso pessoal? Isso é uma barbaridade! Terão que prender os professores, então. E eu também em primeiro lugar!

**IHU On-Line** – Legalmente, é possível preservar o direito do autor no ambiente da internet?

**Ângela Kretschmann** – Em outros países há maior consciência da proteção autoral, o que permite maior efetividade também. Aqui no Brasil, no momento, com a atual lei de direitos autorais, já está tudo protegido no ambiente da internet, mas poucas pessoas sabem disso. Então também existe uma incrível, digamos, “desobediência” coletiva, hilária para alguns, trágica para outros. Complicado é entender que a lei não consegue efetividade. As pessoas tendem a confundir a

possibilidade do acesso a conteúdos com a possibilidade ou liberdade no uso dos conteúdos. Isso não deve ser confundido. O que a tecnologia permite não significa que a lei permite. Você pode possuir instrumentos tecnológicos para fazer certas coisas, mas isso não significa que a legislação o autorize a isso.

Recortar e colar, por exemplo, em geral leva a um plágio, e isso não é ensinado nas escolas, nem nas faculdades. E algumas ainda ensinam a recortar e colar como se fosse a coisa mais maravilhosa do mundo. Recortar e colar conteúdos protegidos (e praticamente tudo é protegido – é difícil saber quando um conteúdo é de domínio público, e por isso o CC é muito útil) é altamente perigoso, e o pior é que a ingenuidade (ou não) de alguns leva a recortes e colas em teses e dissertações, daí os recentes escândalos ocorridos na mesma época no Brasil (USP) e Alemanha (Caso Gutenberg). Vejo a internet como um instrumento precioso de desenvolvimento humano, mas uma faca de dois gumes. Vejo milhares de pessoas “emburrecendo” com a internet, pois no lugar de criarem, de pensarem por conta própria, pensam que recortar e colar é algum trabalho que merece reconhecimento.

Esse é um dos grandes perigos de nossa civilização digital. Eu diria que os conteúdos deveriam ser todos livres para uso privado, mas sempre que houvesse algum interesse econômico, direto ou indireto, então o pagamento ao autor ou titular é devido. No momento o uso privado também é condenado no Brasil, pela legislação, de modo que há evidente desequilíbrio entre o direito de acesso a conteúdos (que implica no direito fundamental previsto na Constituição Federal, de acesso à cultura, educação e informação) e o direito autoral (também previsto na Constituição Federal como direito fundamental).

**IHU On-Line** – Como vê o debate sobre a reforma da Lei do Direito Autoral no Brasil?

**Ângela Kretschmann** – Sempre desconfiei desse debate. Porque não acho que somos tão livres quanto possa parecer. Nós fizemos e participamos de um maravilhoso debate público tornado possível frente a uma ferramenta preciosa utilizada pelo governo Lula para permitir que todos os interesses conflitantes formulassem sugestões para a nova lei autoral brasileira (o debate público *on-line* propiciado pelo MinC para o Direito Autoral). E para quê? Eu só pensava o seguinte: nós elegemos os Deputados que irão aprovar a lei. Será que nosso debate será mais poderoso do que os *lobbies* que existem e que muitas vezes corrompem nossos Deputados? Não acredito. Creio que, de certa forma, participamos de uma grande palhaçada. Mas fomos conscientes disso. Porque a esperança do brasileiro é contagiante. Mas somos partícipes do debate, somos autores do debate, somos debatedores. Não “aprovadores”.

Nossos deputados vão aprovar a lei, ou quem pagar mais pela lei. Nossa última lei autoral, a atual, já foi aprovada com base em pressões americanas. A necessidade de exportarmos nossas laranjas foi o que nos levou a aprovar uma lei que privilegiou interesses americanos. E agora, será diferente? Eu não tenho mais idade para acreditar em contos de fada. Mas creio que falar sobre isso pode auxiliar no processo

de mudança da estrutura política brasileira. De todo modo, fica um pouco mais complicado aprovar uma lei totalmente contrária ao amplo resultado do debate público que foi realizado. Esse debate faz parte de nossa história. Ninguém pode apagar isso. Fica mais difícil, mas não impossível que ele não seja levado em conta.

**IHU On-Line** – Em que consistiria, hoje, uma reforma na Lei de Direito Autoral, considerando o avanço da internet, da cultura e da revolução tecnológica?

**Ângela Kretschmann** – Ora, para alguns setores, a lei pode ficar como está, pois ela protege os interesses deles. Creio que devemos reformar a lei autoral para não deixar mais a polícia nessa situação constrangedora de ter que cumprir uma lei prendendo um estudante que tira cópias de um livro como se ele fosse um “pirata”. Há uma forte mídia – paga – vinculada a interesses de titulares de conteúdo, ou indústrias da cultura, que desejam disseminar a ideia totalmente errada de que todos que copiam são piratas. Pirataria deve ser enquadrada e vinculada a atos de comércio de produtos, e não a pessoas que desejam acessar conteúdos para uso pessoal, para conseguirem se sentir parte de uma civilização que se comunica e dialoga em uma linguagem que, se não for acessível, significa exclusão. É a respeito dessa nova escravidão que devemos falar e mencionar para tratar de uma reforma da lei autoral. Uma escravidão horrorosa, pois teremos uma legião de escravos que nem sabem o quanto são escravos.

**IHU On-Line** – Como a pirataria se contrapõe à questão da propriedade intelectual?

**Ângela Kretschmann** – Como referi, pirataria deve ser vinculada a questões de comércio de bens intelectuais, e não confundida com atos de pessoas sem intenção comercial. Na minha pesquisa na Alemanha, percebi, em contato com outros pesquisadores, que existe um *marketing* vinculando inclusive “comunistas” a piratas, de modo que, se você copia, baixa conteúdos da internet, por exemplo, ou é “comunista”, ou seja, pirata, ou é “capitalista”, ou “do bem”. Isso não faz muito sentido aqui, mas, em países que escaparam do regime da antiga União Soviética, ser chamado de comunista é horrível. E vincular a ideia de pirata a comunista leva muitos a defenderem a “propriedade” intelectual a qualquer preço. Falta a noção de justiça aristotélica, de equilíbrio, de *aequitas*, equidade, na noção de propriedade e de direito de acesso. Há um grande perigo na redução de bens intelectuais a bens de consumo.

**IHU On-Line** – Em que medida o avanço da internet suscita um debate acerca de mudanças no conceito de propriedade intelectual?

**Ângela Kretschmann** – Lembra quando surgiu a imprensa, quando Gutenberg criou os caracteres tipográficos, no século XVI (por acaso o mesmo sobrenome do ministro alemão que esta semana perdeu o cargo e o título de doutor devido ao escandaloso plágio)? Uma revolução. Depois, quando surgiu a máquina que reproduz músicas, os gravadores e fitas cassetes. Depois a máquina de copiar, vulgarmente conhecida pela famosa marca Xerox. E agora a internet. Não vejo nada de diferente. Pessoas morrem e pessoas nascem e brigam de novo pelas mesmas coisas, que

parecem bem diferentes. Pessoas veem sempre possibilidade de lucrar muito. Veem negócios em tudo. Veem possibilidade de progresso econômico em tudo. Mas a custa de quê? Ora, não estamos discutindo hoje a própria ideia de progresso?

"Essa é a grande questão que vem da ecologia. E que nos atinge diretamente. E que deve ser transposta para todos os demais setores". Então, para que transformar tudo em bens proprietários? O avanço da internet realmente nos leva a repensar a noção de propriedade e de propriedade intelectual, pois se tudo for reduzido a bens proprietários tendemos a considerar os bens intelectuais excessivamente apenas do ponto de vista da análise econômica, e isso é altamente danoso para a liberdade e acesso ao conhecimento. E desse acesso depende nossa própria condição para a participação política e diálogo. Já existe uma grande legião de excluídos porque, mesmo falando a mesma linguagem, não conseguem compreender o que é dito. Essa redução é perigosa, pois apesar dos apelos ao crescimento econômico e proteção do autor, também se corre o risco de criar uma legião de pessoas sem condições de diálogo. Teremos os senhores da civilização digital e a grande massa de excluídos. A exclusão não se dará apenas por aqueles que não têm acesso tecnológico à internet, mas acesso aos conteúdos.

**IHU On-Line** – Seria possível incluir o CC na Lei de Direito Autoral?

**Ângela Kretschmann** – Tudo é possível. Não é recomendado, porque, como eu expliquei, o CC é um instrumento para a liberdade, não há necessidade de colocá-lo na lei como se fosse uma obrigatoriedade. Ele pertence ao espaço de liberdade privada que podemos utilizar sem interferência da legislação (desde que a própria licença CC se mantenha dentro dos limites que a legislação impõe, pois também não pode criar situações que são ilegais). A legislação surge muitas vezes como limitadora da liberdade privada. Ou seja, somos livres, mas nem tanto, pois somos livres para contratar dentro dos limites legais. Isso é bastante compreensível quando pensamos nas normas de direito do consumidor.

Foi necessária a intervenção do Estado nas relações privadas buscando equilibrar interesses distintos, regular relações entre pessoas jurídicas muito fortes e as muito fracas. Foi necessário. O mesmo deve ocorrer agora, pois interesses econômicos muito fortes estão dominando a questão e deixando pouco espaço para a liberdade privada e de interessados pouco capazes economicamente.

**IHU On-Line** – É possível comparar a Lei de Direitos Autorais no Brasil com a de outros países do mundo?

**Ângela Kretschmann** – É claro que sim. Na Alemanha, por exemplo, eu posso tirar cópia de um livro para uso privado. A lei permite isso, e os tribunais já decidiram que, inclusive, mais de uma cópia é permitida. Aqui no Brasil o artigo 46, II, da Lei 9.610 só permite que você tire "partes de uma obra" (sem mencionar o que são pequenos trechos), para uso privado, desde que a cópia seja feita por você (não pode ser numa loja de cópias), e sem intuito de lucro, o que é a mesma coisa que dizer que não pode. É até tragicômico, pois essa impossibilidade fica localizada na lei

justamente no capítulo que deveria dispor sobre as “possibilidades” de acesso, e, no entanto, o que é disposto é de uma forma muito sutil um reforço à propriedade, e não um limite a ela.

Não devemos esquecer que a propriedade intelectual desde muito tempo teve enorme facilidade de internacionalização, sendo que o primeiro tratado internacional multilateral, a Convenção de Paris, de 1883, regula a propriedade industrial, marcas e patentes, enquanto a Convenção de Berna, de 1886, regula o direito autoral. As leis nacionais devem se pautar pelas convenções ratificadas, portanto, nosso limite de liberdade também é dado dessa forma. Mas nossa lei é mais rigorosa, pois prevê, por exemplo, o prazo de 70 anos de proteção, após a morte do autor, enquanto a Convenção de Berna indica pelo menos 50 anos. Poderíamos diminuir, portanto, a duração do direito, já que está muito extensa. Além disso, não possuímos limitações extrínsecas explícitas, o que caracteriza o forte desequilíbrio entre direito de acesso à cultura e o direito autoral.

**IHU On-Line** – Desde o surgimento da internet, a legislação avançou, acompanhando as mudanças ou ainda não dá conta deste novo cenário?

**Ângela Kretschmann** – O Brasil está completamente deficitário. Avançamos na questão do debate público, discutindo o marco civil da internet (proposta do Ministério da Justiça), e depois a lei de direitos autorais (proposta pelo Ministério da Cultura). Falta a lei dos crimes cibernéticos. Então falta tudo. Aqui o Brasil serviu de exemplo para o mundo. Mas agora temos receio de uma regressão. Se no final o resultado for que o debate não serviu para nada, será que tudo foi uma grande palhaçada? Um golpe de popularidade? Somos todos palhaços? Vamos ver. Vamos ver quem é palhaço nessa história. Talvez, como diz o professor Thomas Hoeren,<sup>117</sup> do ITM, na Alemanha, seja o caso de deixar que as grandes empresas fortaleçam a Lei de Direito Autoral ao máximo, pois então o sistema vai implodir e destruir todos, principalmente quem desejou tanta proteção.

## 7.2 Objeto de proteção do Direito Marcário

O modo como o direito de propriedade intelectual protege as criações envolve várias leis distintas, basicamente tendo em vista a distinção dos objetos protegidos. Nesse sentido, obras artísticas e literárias têm proteção garantida pela lei de direitos autorais. No caso das marcas, contudo, a proteção vai ocorrer através da lei de propriedade industrial, que também tem como objeto de proteção as invenções, os modelos de utilidade e o desenho industrial. A proteção às marcas é o que mais pode interessar a gestores em geral, seja de negócios culturais, de tecnologia ou de serviços diversos, uma vez que a marca será o sinal através do qual haverá o reconhecimento de um produto ou serviço ofertado por uma empresa.

## 7.2.1 O que é marca?

Marca é o sinal visualmente perceptível que serve para identificar produto ou serviço e distingui-lo de outro idêntico ou semelhante que tenha outra origem. Um caso muito antigo envolvendo marcas no Brasil, aliás, o primeiro caso que surgiu em nosso país, serve desde então como bom esclarecimento dos motivos pelos quais a existência de proteção às marcas é fundamental. Ali se encontra estampado o princípio da especialidade, tão importante para o sistema de proteção marcaria.

O caso envolveu um famoso produto na época, o *rapé*, e acabou levando a um pedido de proteção legal à *marca*: o caso ocorreu em 1875, quando a marca *arêa preta* foi imitada e reproduzida por concorrentes, usando a marca, também para rapé, *arêa parda*. A comissão parlamentar da época, convocada para se manifestar, concluiu que não havia norma que pudesse ser utilizada para condenar quem utilizasse marca semelhante. Era necessário garantir o uso exclusivo de signos distintivos, e o caso fez surgir a primeira lei de marcas brasileira, a lei 2.682, de 23/10/1875.

Para a legislação, marca de produto ou serviço é aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa. As marcas podem ser nominativas, figurativas ou mistas, mas a lei também faz referência à marca coletiva, de certificação e à marca tridimensional.

A marca nominativa é constituída por uma ou mais palavras no sentido amplo do alfabeto romano, compreendendo, também, os neologismos e as combinações de letras e/ou algarismos romanos e/ou arábicos.

Já a marca figurativa é aquela constituída por desenho, figura ou qualquer forma estilizada de letra e número, ou qualquer forma estilizada de letra e número, isoladamente. A marca mista é o sinal que reúne caracteres do alfabeto romano com desenhos ou figuras ou, ainda, letras estilizadas com desenhos ou figuras.

A legislação brasileira explica que, no caso da marca tridimensional, a proteção concedida refere-se à forma plástica do produto ou de embalagem que tenha um diferencial, desde que seja dissociada de qualquer tipo de efeito técnico. A forma comum ou necessária não pode receber tal proteção. São exemplos concedidos de marcas tridimensionais a garrafa da Coca-Cola, o formato da caneta Bic e a forma do chocolate Toblerone.

A marca possui proteção na classe para a qual for requerida, seja de produto ou de serviço. Entretanto, há possibilidade de declaração de alto renome de uma marca, caso em que a marca registrada no país terá proteção em todas as classes de produtos e serviços. É o que aconteceu com os registros de Visa, Dacota, McDonalds, Omo etc.

Também existe a proteção especial concedida à marca notoriamente conhecida, que é aquela que, apesar de não ter registro no Brasil, tem proteção em função da Convenção de Paris, de modo que, nos termos do artigo 126 da lei 9.279/96, “a marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º *bis* (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil”.

## 7.2.2 O que não pode ser registrado como marca

A lei de propriedade industrial n. 9.279/96 não indica quais são os sinais registráveis. Já o artigo 124 indica os sinais que não poderão ser objeto de proteção marcaria:

- i. brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação;
- ii. letra, algarismo e data, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;
- iii. expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou ideia e sentimento dignos de respeito e veneração;
- iv. designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público;
- v. reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos;
- vi. sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;
- vii. sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda;
- viii. cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo;
- ix. indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica;
- x. sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina;
- xi. reprodução ou imitação de cunho oficial, regularmente adotada para garantia de padrão de qualquer gênero ou natureza;
- xii. reprodução ou imitação de sinal que tenha sido registrado como marca coletiva ou de certificação por terceiro, observado o disposto no art. 154;
- xiii. nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento;
- xiv. reprodução ou imitação de título, apólice, moeda e cédula da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios ou de país;

- xv. nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;
- xvi. pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos, nome artístico singular ou coletivo, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;
- xvii. obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular;
- xviii. termo técnico usado na indústria, na ciência e na arte, que tenha relação com o produto ou serviço a distinguir;
- xix. reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia;
- xx. dualidade de marcas de um só titular para o mesmo produto ou serviço, salvo quando, no caso de marcas de mesma natureza, se revestirem de suficiente forma distintiva;
- xxi. a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico;
- xxii. objeto que estiver protegido por registro de desenho industrial de terceiro;
- xxiii. sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia.

### 7.2.3 O sistema de proteção marcário

Ao contrário da proteção a obras artísticas e literárias, que não precisam de registro para receber proteção, para a proteção de uma marca é imprescindível o registro. Dessa forma, pode-se afirmar que o sistema de proteção é atributivo. Ao contrário disso, o sistema declaratório prevê que o direito ao uso exclusivo adquire-se pelo primeiro uso, ou seja, o registro apenas implica presunção do direito.

Discussões sobre os sistemas algumas vezes trazem a possibilidade de o Brasil contemplar o sistema misto, através do qual a propriedade da marca adquire-se pelo registro, mas se há um usuário anterior ele poderá requerer, num tempo determinado por lei, o direito de obter preferência na concessão do registro. Ora, se o usuário anterior tem preferência na concessão do registro é porque só vai adquirir a propriedade se providenciar tal registro. Portanto, as discussões sobre o sistema são inúteis, uma vez que claramente só se adquire a propriedade pelo registro.

A proteção da marca tem o prazo de dez anos, sempre prorrogáveis, mas o registro

pode extinguir-se por caducidade, nos seguintes casos: se ela não for utilizada nos cinco anos seguintes de sua expedição; se o uso for interrompido por cinco anos consecutivos; ou a marca for usada por esse período de tempo com modificação que implique alteração de seu caráter distintivo original (contra o que foi determinado pelo certificado de registro).

#### 7.2.4 Sanções às violações de direitos sobre marcas

As sanções, tanto cíveis quanto penais, no caso das marcas, estão previstas na lei 9.279/96, sendo que o artigo 189 prevê que comete crime contra registro de marca quem reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada; ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado. No caso está prevista a pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Também comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem. Nesse caso, a pena prevista é a detenção de 1 (um) a 3 (três) meses ou multa.

---

<sup>101</sup> A lei também fala em obras “científicas”, mas o uso da palavra é equivocado, uma vez que obras científicas podem estar protegidas pela propriedade industrial, além do que o que a lei autoral protege é a expressão literária das obras científicas. Para um estudo acerca dos direitos de autor como “direitos fundamentais”, ver SARLET, INGO WOLFGANG; KRETSCHMANN, ANGELA. 1. DIREITOS DO AUTOR COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS? **REVISTA JURÍDICA DO CESUCA - ISSN 2317-9554**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 10 a 19, mai. 2013. ISSN 23179554. Disponível em: <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/363>>. Acesso em: 30 Mar. 2015. doi: <http://dx.doi.org/10.17793/rjc.v1i1.363>.

<sup>102</sup> Recurso Ordinário n. 0035300-15.2009.5.04.0020, Des. Ricardo Tavares Gehling, relator, em 07/07/2011, 20ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, TRF 4ª. Região.

<sup>103</sup> Recurso Ordinário n. 0029700-35.2008.5.04.0024, sendo redator Des. FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL, julgado em 26/05/2011, tendo com origem a 24ª Vara do Trabalho de Porto Alegre.

<sup>104</sup> Nesse caso, a questão poderá estar protegida antes pela propriedade industrial: “Crime contra a propriedade industrial – Desenho – Aproveitamento industrial ou comercial de ideias contidas em obra sem a autorização dos titulares desse direito – Utilização que não pode ser tida como violação de direito autoral – Enquadramento nas condutas típicas descritas na Lei Federal 9.279/96 – Culpabilidade do crime apurável através de ação privada – Error in procedendo incoerente – Pedido de correção indeferido.” (TJSP – JTJ 227/350.)

<sup>105</sup> Detalhes polêmicos e casos concretos podem ser vistos em KRETSCHMANN, Angela. *Dignidade humana e direitos intelectuais: re(visitando) o direito autoral na era digital*. Conceito, Florianópolis, 2008.

<sup>106</sup> Ver em: <[www.creativecommons.org.br](http://www.creativecommons.org.br)>.

<sup>107</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Cit.

<sup>108</sup> ORTELLADO, Pablo e MACHADO, Jorge. *Direitos autorais e o acesso às publicações científicas*. Revista ADUSP, agosto/06, p.6-15. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br/revista/37/r37a01.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2011.

109 MICHEL, Jean. *Direito de autor, direito de cópia e direito à informação: o ponto de vista e a ação das associações de profissionais da informação e da documentação*. Trad. De Helio Kuramoto. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v26n2/v26n2-4.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

110 Os casos de pirataria podem levar a condenação cível, mas também a condenação penal, como adiante será visto, nos crimes digitais. Aqui, um exemplo, de todo modo, de aplicação de pena de prisão por ofensa a direitos autorais. A decisão tratou de crime de violação de direito autoral, com reprodução de CDs, e DVDs falsos. No caso, o réu foi condenado pela prática do delito previsto no artigo 184, § 2º, do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e multa. Segundo a ementa (resumo do acórdão), “não deve ser reconhecido o erro de proibição, quando verificado que é perfeitamente possível ter a consciência da ilicitude da conduta, através de divulgação na mídia sobre a falsificação de CDs e DVDs e as campanhas de combate à pirataria. (Apelação Crime n.º 70040586539, Quarta Câmara Criminal, TJRS, Des. Gaspar Marques Batista, relator, julgado em 31/03/2011.)

111 Apelação Cível n. 70020870218, Décima Câmara Cível, TJRS, Des. Paulo Roberto Lessa Franz, relator, julgado em 25/08/2008. O mesmo acórdão faz as seguintes indicações de casos similares e precedentes: DIREITO AUTORAL. FOTOGRAFIA. OBRA INTELECTUAL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DE UTILIZAÇÃO POR PORTE DO CRIADOR DA OBRA. UTILIZAÇÃO EM *BANNER*. DANO MORAL E DANO MATERIAL. COMPENSAÇÃO. *QUANTUM*. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. Ação em que a parte busca a reparação por dano moral e por dano material, decorrente da utilização de obra intelectual “fotografia” sem a autorização explícita. Dano moral configurado. Necessidade de retribuição material pelo uso da obra. Montante da compensação pelo dano moral que deve ser fixado segundo o princípio da razoabilidade, analisadas as circunstâncias do caso concreto. Montante majorado para R\$ 6.000,00, a fim de tornar-se consentâneo com a realidade dos fatos, bem como com os parâmetros adotados pela Câmara. Dano material. Retribuição fixada em R\$ 2.000,00. Apelo provido. (Apelação Cível Nº 70023790702, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 24/07/2008).

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. DIREITO AUTORAL. FOTOGRAFIA. PUBLICAÇÃO COM SUPRESSÃO DOS CRÉDITOS. AUTORIA. COMPROVAÇÃO. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. *QUANTUM*. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. 1 Ação que visa a reparação do dano moral e patrimonial decorrente da publicação de fotografia, cuja autoria restou suprimida nos créditos. A prova carreada nos autos denota que a elaboração do trabalho fotográfico deu-se por obra do autor. Afronta aos direitos autorais do autor da obra. Hipótese que dá azo à aplicação da Lei nº 9.610/98. Nexo causal configurado a ensejar a reparação do dano. 2 - Do julgamento *ultra petita*. Arbitramento em montante superior ao postulado na inicial. Malferimento do princípio da vinculação. CPC art. 460. Adequação da sentença. Circunstância que não impregna de nula a decisão. Apelo da ré parcialmente provido, apelo do autor improvido. (Apelação Cível Nº 70017176835, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 24/05/2007).

112 Também na mesma penalidade incorrerá quem “alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia; suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos; distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização” – tudo nos termos do artigo 107 da Lei 9.610/98.

113 Ver em [www.ecad.org.br](http://www.ecad.org.br).

114 As decisões judiciais muitas vezes aplicam várias sanções. Nesse sentido, um acórdão definiu indenização por plágio de um projeto de pesquisa. A acusação indicou que o contrafator utilizou-se do texto da apelada e não citou a fonte, configurando o plágio. A condenação foi de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, incidência de correção monetária pelo IGP-M e juros moratórios de 12% ao ano, a partir da data do julgamento. Ainda, condenou o réu a publicar errata, por três vezes consecutivas, em revista de expressão no meio pedagógico, identificando a autoria dos trechos copiados e ao pagamento integral das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor atualizado da condenação (Apelação Cível nº 70034204941, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, relator, julgado em 28/04/2011).

115 Maiores detalhes a partir do artigo 97 da Lei 9.610/98. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2015.

116 Disponível em: <[http://www.ihu.unisinos.br/index.php?option=com\\_noticias&Itemid=18&task=detalhe&id=41306](http://www.ihu.unisinos.br/index.php?option=com_noticias&Itemid=18&task=detalhe&id=41306)>. Acesso em: 20 nov. 2011.

117 A respeito em: <<http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/organisation/prof-dr-thomas-hoeren>>.

# CAPÍTULO 8

## CRIMES DIGITAIS

Este capítulo ingressa no campo dos delitos informáticos. Compreendendo que uma violação a direito pode gerar um direito à indenização na área cível, é importante entender também quando existem ações consideradas delitos e esses que podem ser praticados através da internet. Assim, também serão analisadas as ações que envolvem desde os crimes típicos, como estelionato, fraudes em geral, furto (de senhas, por exemplo), calúnia, difamação, pedofilia, entre outros, até os não típicos, que estão demandando uma evolução do direito com a aprovação de normas específicas.

### 8.1 Introdução aos delitos informáticos

A chegada da rede mundial de computadores é recente no Brasil, considerando o rápido desenvolvimento e construção de novas formas de acesso e comunicação que por sua vez gerou. Multiplicaram-se de maneira inusitada e inovadora as novas formas de negócios, de transações e de trocas, as relações entre as pessoas e aquilo que diz respeito ao mundo jurídico, o que se costuma referir como relações jurídicas, sofreram um grande impulso com o uso do computador e da internet.

Como aponta Cunha Neto, a “realidade que estamos vivendo é a de que estamos nos informatizando em velocidade acima do que até se pode notar”, apresentando um conceito geral para o Direito Penal na Informática:

O que denominamos de Direito Penal na Informática seria o conjunto de normas destinadas a regular a prevenção, a repressão e a punição relativamente aos fatos que atentem contra o uso, exploração, segurança, transmissão e sigilo de dados armazenados e de sistemas manipulados por estes equipamentos, os computadores. <sup>118</sup>

Esse conceito precisa ser esclarecido. Antes disso, porém, é importante notar que a função da lei na sociedade sempre foi tornar possível a segurança jurídica e a pacificação dos conflitos. Visa também a prevenção de atos considerados danosos a uma vida comunitária. Em função das novidades trazidas pela tecnologia, o debate acerca do que é considerado lícito e ilícito nem sempre é tranquilo, pelo contrário, pois na medida em que a rede envolve grande potencial de produção de riqueza, há disputas por sua posse. Como aponta Gustavo Testa Correa, “atualmente, tirando raras exceções, existem leis, tanto no Brasil como em outros países, suficientes para coibir os crimes praticados com o auxílio do computador. Porém, serão criados ‘crimes’ cada vez menos ‘óbvios’, e as leis existentes não preencherão tais lacunas de maneira eficaz.” O autor ainda aponta três categorias básicas de leis ou regulamentações relevantes para o estudo:

- a. a existência de leis já promulgadas, que podem ser utilizadas para tipificar os “crimes” na Era da Informação, como o furto de circuito integrado de computador (e se o objetivo é obter informação nele gravada pode ser enquadrado na lei 9.279, da propriedade industrial);

- b. as leis existentes poderiam ser aplicadas de plano, sem mudanças, com a adição de novas, para atingir maior resultado em seus objetivos;
- c. a criação de leis novas, em especial em razão do avanço tecnológico ser rápido demais, o que, por outro lado, poderá demandar leis específicas como os crimes praticados por *hackers* e, na sua pressa, gerar uma promulgação lacunosa e desviante.<sup>119</sup>

Os casos mais sensíveis são, por exemplo, a criação de um vírus (tipificado pelo §1º do art. 154-A, inserido no Código Penal pela Lei 12.737/12), formas diversas de vandalismo digital (no caso de sites e serviços públicos, houve a inserção do § 1º do art. 266 no Código Penal, também pela Lei 12.737/12)<sup>120</sup>, que culminam na disseminação de outros crimes, como pornografia infantil (a partir de 2008, com legislação inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90), calúnia e difamação etc. Além disso, a questão do anonimato dificulta o encontro do agente, mas também, da própria vítima, uma vez que grandes empresas vítimas temem que, se vier a público a quebra de sua segurança, outras perdas inestimáveis poderão advir, como resultado posterior da própria prática do ato criminoso.

As referências na internet, por outro lado, envolvendo obras protegidas, igualmente merecem uma observação especial:

1. Quanto às hiperconexões e as liberdades das referências:

Hipernexos (*hyperlinks*) - a partir da noção de hipertexto – um texto além daquele pelo o qual o usuário navega – trata da questão da integração de música ou material protegido;

Caixas (*frames*) - referência a outros *sites* ou outras páginas, só havendo problema com a incorporação de página alheia.

2. A metainformação:

Descritores (*metatags*) – ou “palavras-chave”, próprios de buscas, pode haver disputas quanto ao monopólio de palavras ou descritores;

Descritores enganosos – geram confusão e resultam em concorrência desleal (p. ex., *sites* de pornografia usando nomes comuns).

A utilização de material alheio se fará quando e, se for acionado um hipernexo. Mas será que isso causa alguma violação de direito autoral? Seria necessário pedir autorização ao titular da obra? Em princípio não, mas, se ferir o direito pessoal ou moral à integridade da obra (parte da obra apenas); se houver omissão do nome do autor; ou se houver aproveitamento comercial de um elemento não comercial – um terceiro não pode aproveitar-se gratuitamente da obra que outro lançou livremente -, sim.<sup>121</sup>

O Brasil esteve aguardando a promulgação da primeira Lei de Crimes de Informática, que trazia como escopo justamente aqueles crimes considerados não “óbvios”, até pela ausência de uma necessária tipificação (previsão legal exata) específica, nos Códigos Penais. Esperava-se a avaliação de três projetos de lei três projetos de lei (76 e

137, de 2000, e PLC 89/2003). Essa nova legislação acabou sendo aprovada em 2012, de forma muito rápida, após fato ocorrido com a atriz Carolina Dieckmann, com violação a sua privacidade. A lei leva o número 12.737/12

Enquanto a lei não era aprovada, muitas empresas procuraram defender-se estrategicamente através de medidas regulamentadoras que protegem o patrimônio usando tecnologia vinculada à segurança da informação, gerando legitimidade à política e segurança adotadas. Fala-se aqui do Regulamento Interno de Segurança da Informação (RISI), que objetiva atribuir responsabilidades, obrigações e penalizar no caso de danos ocorridos, bem como garantir direitos aos usuários. De outro lado, há o Termo de Uso dos Sistemas da Informação (TISI), que constitui um instrumento aplicado aos usuários ou pessoas contratadas pela empresa, através do qual a própria atividade realizada é regulamentada, impondo limites éticos ao seu uso.

Em geral, há certo consenso quanto às principais formas usadas para o cometimento de crimes na internet:

- a. a difusão ilegal de material protegido;<sup>122</sup>
- b. a navegação tida como invasão porque visa destruir sistemas digitais ou furtar dados sigilosos e serviços;
- c. os negócios envolvendo transações comerciais fraudulentas;
- d. relacionados ao conteúdo, quando diga respeito à questões privadas e/ou íntimas.

Quanto ao aspecto conceitual, a literatura e a doutrina da área usam vários conceitos distintos, alguns deles apenas para uma finalidade mais comercial<sup>123</sup>. Delitos informáticos é um conceito mais abrangente, pois que a informática é usada para o processamento, tratamento de dados e informações, seja em rede (pública ou privada) ou não, podendo o delito ocorrer em qualquer uma das instâncias. Agregado a isso, a junção da informática com as telecomunicações abrangeu o conceito de telemática, mas não exclui a essência dos conceitos geradores e, conseqüentemente, os aspectos penais relacionados.

Os “crimes cibernéticos”, assim, seriam os que ocorrem em rede, através das aplicações da Web na Internet, o que, assim, restringe o seu campo de ocorrência. Os delitos informáticos, portanto, teriam uma incidência maior sobre o ciberespaço, incluindo as conexões eletrônicas, onde o computador ou é meio ou é alvo da ação criminosa.<sup>124</sup>

## **8.2 Espécies de delitos informáticos**

Cabe, agora, a identificação, na prática, dos principais delitos (crimes e contravenções) e o tratamento jurídico que vem recebendo, principalmente após a edição da Lei Carolina Dieckmann, Lei 12.737/12. Na verdade, os delitos informáticos são

basicamente crimes de meio, ou seja, um crime praticado por meio, através do computador, em geral com o uso da Internet. Nesse caso, crimes comuns e já bem conhecidos são os mesmos, aplicando-se as mesmas penalidades, com a única diferença que são praticados no meio cibernético. Outras ações prejudiciais, entretanto, podem ainda não ter previsão como tipo penal, o que tem levado a uma preocupação com uma legislação pertinente e adequada para a área, que abranja também as demais formas de atos ilícitos e que não podem ser facilmente enquadrados na legislação penal atual, mesmo após a edição da lei referida, como é o caso do envio de *phishing scam*.

## 8.2.1 Crimes contra a pessoa

### 8.2.1.1 Injúria

A injúria consiste em atribuir a alguém qualidade negativa, que ofenda sua dignidade (artigo 140, do Código Penal). Isso pode acontecer quando alguém chama uma pessoa de ladrão, por exemplo, e pode ocorrer mesmo se a acusação é feita apenas contra a pessoa, privadamente, não necessitando tornar-se pública. No caso, pode ser atingida tanto a honra no sentido objetivo (o que as pessoas pensam da vítima) quanto à honra no sentido subjetivo (o que a vítima pensa de si mesma). O que se requer é a vontade livre e consciente do ofensor ao praticar a ofensa, atingindo a honra de outra pessoa. A acusação implica sofrimento íntimo da vítima, angústia, sentimento de ter sido ofendido, sentimento de vergonha.

Se a injúria envolver, ainda, violência nos meios empregados, a pena será detenção de três meses a um ano e multa, além da pena aplicada à espécie de violação utilizada. No caso de utilização de elementos vinculando cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, a pena será de reclusão de um a três anos e multa. O juiz, entretanto, ao analisar o caso, poderá deixar de aplicar a pena, caso o ofendido tenha dado causa à acusação.

No caso da Internet e seus aplicativos, os fatos mais comuns envolvem a criação de perfis falsos ou “comunidades virtuais” com o intuito de injuriar pessoas, atribuindo-as algo pejorativo e/ou ofensivo a sua honra. Também, são comuns os casos de injúria racial, quando a ofensa vai além e agrega elementos de cor e etnia, principalmente.<sup>125</sup>

### 8.2.1.2 Calúnia

No caso de calúnia (artigo 138, do Código Penal), a ofensa envolve uma afirmação falsa e desonrosa sobre uma pessoa, ou ainda, a atribuição falsa a alguém de responsabilidade pela prática de um fato criminoso. A diferença com a injúria é que, neste

caso, estará definido de maneira mais clara o fato que o ofensor acusa a vítima de calúnia de ter cometido (p. ex., que “Tristeu furtou o casaco de Penélope”). No caso visto anteriormente, de injúria, a acusação é mais genérica (“Ele é um ladrão!”), já aqui, o fato específico é indicado. A calúnia pode ocorrer oralmente ou de forma escrita, inclusive por internet. A penalidade prevista é de detenção, de seis meses a dois anos, e multa. Também poderá sofrer as mesmas sanções ou penalidades aquele que propaga ou divulga as falsas acusações, sendo levada em conta a calúnia contra os mortos.

### 8.2.1.3 Difamação

Já a difamação (artigo 139 do Código Penal) envolve a acusação de um fato ofensivo à reputação de alguém. Como exemplo, cita-se caso em que funcionária pública ofereceu queixa-crime contra ofensor que sugeriu que ela estaria beneficiando, com seu trabalho em uma prefeitura do interior gaúcho, as empresas de sua família, para que não pagassem impostos. O ofensor foi condenado a pena de seis meses de detenção em regime aberto e 15 (quinze) dias-multa, fixada a unidade em 1/6 do salário mínimo, por incurso nas sanções do artigo 139, *caput*, c/c o artigo 141, incisos II e III, ambos do Código Penal.<sup>126</sup>

Em muitas situações, a defesa levanta o argumento constitucional de liberdade de expressão, também direito fundamental. Ocorre que, analisados os casos, poderá haver restrições ao exercício da liberdade de expressão, mormente devendo se observar o exercício dos direitos à personalidade, à honra, ao nome, à boa fama e à intimidade. Quando vários direitos fundamentais parecem conflitar, aplica-se o critério de harmonização através da ponderação deles, utilizando-se princípios os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Para tanto, cada caso é avaliado, individualmente, dentro do contexto geral das normas e princípios aplicáveis.

### 8.2.1.4 Homicídio e incitação ao suicídio

A calúnia, a injúria e a difamação são crimes contra a pessoa, mas também outros crimes são assim classificados, como o próprio homicídio e a lesão corporal. Nesse sentido, se alguém causar, através do meio digital, a morte de alguém, poderá responder também por homicídio (com uma pena que pode ir de 6 a 20 anos de reclusão). Se, por exemplo, alguém invadir a rede de informações de um aeroporto, alterando os voos e causando uma pane e morte de passageiros de avião, o causador da pane pode ser condenado por homicídio doloso. Um crime incomum, mas que também tem ocorrido, é a indução ao suicídio, especialmente pelo meio digital, e a pena prevista está no artigo 122 do Código Penal, podendo ser de dois a seis anos (a pena pode ser duplicada dependendo da existência de agravantes).

### 8.2.1.5 Racismo e xenofobia

Tanto o racismo quanto a xenofobia, envolvendo a difusão de imagens, ideias ou teorias que preconizam ou incentivem o ódio, a discriminação ou a violência contra uma pessoa ou contra um grupo de pessoas, em razão da raça, religião, cor, ascendência, origem nacional ou étnica estão previstos como prática ou incitação ao ilícito do racismo, reprimido pelo artigo 20, *caput* e § 2º, da lei 7.716/89.

### 8.2.1.6 Pedofilia

Ainda é necessário citar outros crimes que têm se tornado comuns e demandaram a promulgação de legislação mais severa, como no caso da pedofilia. Na pedofilia, entendida como crime contra os costumes, há crime contra crianças e pré-adolescentes, independentemente da realização do ato sexual e podendo ter caráter homossexual ou heterossexual.

A OMS, Organização Mundial da Saúde, define pedofilia como uma doença, transtorno mental e desvio sexual simultaneamente. Para esse crime, aplica-se a lei 10.764/03, que prevê, através do artigo 241, a pena de reclusão de dois a seis anos e multa para quem “apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar, ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente”. A pena é aumentada, para três a oito anos de reclusão se o agente comete o crime prevalecendo-se do exercício de cargo ou função, ou se o agente comete o crime com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial.

## 8.2.2 Crimes contra o patrimônio

### 8.2.2.1 Furto e roubo

Os crimes contra o patrimônio fazem referência àqueles bens que possuem um valor econômico para a pessoa, aferível economicamente. Entre os mais comuns está o crime de furto, “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel; pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. Nesse caso, o que distingue o roubo do furto é a ausência de violência no caso de furto. A subtração de coisa alheia pode acontecer não apenas por meio eletrônico, mas também através de animais e instrumentos. Por isso, em geral, crimes praticados pelo meio digital têm aplicação do tipo penal do furto, como o furto de senhas.

Discute-se, entretanto, se faz sentido, no caso de furto de senhas e valores envolvendo altíssimas somas, se a penalidade prevista para tal tipo penal é efetivamente suficiente e adequada para tal ação praticada no meio digital. Tudo está a indicar que não, que a pena deveria ser maior, a fim de que o agente não seja rapidamente liberado e continue praticando os crimes, em geral, já na condição de milionário, podendo facilitar fugas, promover novos crimes, contratar bons advogados etc.

No caso do artigo 157 § 3º do Código Penal Brasileiro também há previsão de roubo qualificado quando “da violência resulta lesão corporal de natureza grave, fixando-se a pena num patamar superior ao fixado anteriormente, aqui reclusão de 5 (cinco) à 15 (quinze) anos, além da multa”. Se a vítima vem a falecer, o tipo penal aplicável é de latrocínio, com pena de reclusão de 20 a 30 anos se resulta a morte, sendo ainda aplicáveis as possíveis qualificações da pena.

### 8.2.2.2 Dano

O crime de dano está previsto no artigo 163 do Código Penal, e apesar de não haver menção explícita à informática é muitas vezes também aplicado. É o caso, por exemplo, do *cracker*, que dependendo do que faz com sua ação pode estar incurso no crime de dano, descrito no art. 163 do Código Penal.

### 8.2.2.3 Estelionato

Entre os tipos criminais mais comuns, entretanto, aplicados pelo uso da internet, contra o patrimônio, está o estelionato. É o caso de compras realizadas por meio da internet com a utilização de cartões e dados de terceiros. A diferença para o furto está no fato de que a vítima é ludibriada, em geral induzida a crer que está fazendo algo lícito. Já no furto, a vítima não tem conhecimento do fato. Ainda que exista uma fraude, ela serve para enganar a vigilância da vítima, enquanto no estelionato a fraude costuma envolver o consentimento viciado da vítima (uma vontade livre, mas viciada, pois há o engano da mesma ao manifestar sua vontade).

Em muitos casos, o tipo penal do estelionato está sendo aplicado para o que ficou conhecido como *phishing* ou *pharming*, pois trata-se de um modo de fraudar e iludir a vítima, aplicando-se então o artigo 171 do Código Penal, que dispõe que é crime “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento”. Muitos casos já foram julgados, em geral envolvendo o desvio de valores de contas bancárias, através de construção de páginas falsas, ou envio de mensagem que contenha elementos capazes de furto a senha da vítima. Muitas vezes, dessa forma, as decisões também indicam que há crime de furto qualificado, aplicando-se então o artigo 155, § 4º, II, do Código Penal.

Nesse caso, o projeto que está tramitando no Congresso Nacional, sobre crimes digitais (PLC 89-2003 no Senado, PL 84/99 na Câmara), foi incluído um tipo chamado de “falsidade informática”, por meio do acréscimo do art. 154-C ao Código Penal. Já em substitutivo que foi apresentado, posteriormente, no âmbito da Comissão de Educação do Senado, a mesma conduta recebe o nome de “fraude eletrônica”. Embora com redações diferentes, ambas as propostas pretendem tipificar as condutas de fraudes na internet, tais como *phishing* ou *scan*.

#### 8.2.2.4 Crimes contra a propriedade intelectual

Os crimes contra a propriedade intelectual envolvem desde violação de direito de autor, como plágio e pirataria, até a violação de propriedade industrial (marcas, patentes, desenho industrial), concorrência desleal e propaganda enganosa. Nesses casos, estamos falando de violações a direitos sobre bens intelectuais, que podem ser obras artísticas ou literárias (com objeto e sanções cíveis previstas na lei 9610/98, e sanções penais no artigo 184 do Código Penal), mas também objetos criativos protegidos pela propriedade industrial (lei 9.279/96, com previsão penal na mesma legislação, além dos artigos 183 e seguintes).

A violação de direito autoral envolve a “reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente” (artigo 184, do Código Penal, com redação dada pela lei nº 10.695, de 1º de julho de 2003). Nesse caso, a pena prevista é a reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

Para que se configure a hipótese desse parágrafo, necessário se torna, conforme expresso, que o sujeito pratique a conduta descrita para fins de comércio, de modo que, se a reprodução se realizar e o agente não tiver o intuito de lucro, o fato é atípico. Já o § 2º do artigo prevê que incorre na mesma pena quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem, em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, quem aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

A pena será, entretanto, de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma ou de quem os represente.

Já o parágrafo quarto do artigo 184, também introduzido pela lei nº 10.695/03, traz uma exceção bastante criticada: não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao

direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto. Parece que o legislador estava prestando atenção na legislação de 1973, lei 5.988, que autorizava a reprodução de um exemplar para fins privados. Entretanto, a lei atual não tem essa previsão, pois seu artigo 46, II, apenas autoriza a reprodução de “pequenos trechos”. Com isso, o próprio parágrafo ficou bastante deslocado, uma vez que já seria óbvio que tal não seria aplicável se resultado de exceção já prevista em lei, ao mesmo tempo em que faz previsão distinta da lei civil, que não permite a cópia de um exemplar para fins privados. Isso significa que, se alguém faz o *download* de uma música inteira para fins privados, não incorre em ilícito penal. Entretanto, o ilícito civil permanece, uma vez que o critério para liberar o uso sem autorização é bastante restrito, exigindo que seja apenas “um trecho” da obra, sem fins lucrativos.

Já em relação aos crimes contra patentes de invenção e modelo de utilidade, a previsão está no artigo 183 da lei 9.279/96: comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade sem autorização do titular; ou usa meio ou processo que seja objeto de patente de invenção sem autorização do titular. A pena prevista é detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa. O artigo 186 cuida de destacar que os crimes caracterizam-se ainda que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente.

Também comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado; ou quem importa produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento. A pena será de detenção de um a três meses ou multa.

Também constitui crime a ação de fornecer componente de um produto patenteado, ou material ou equipamento para realizar um processo patenteado, desde que a aplicação final do componente material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente. Nesse caso, a pena prevista também é detenção de um a três meses ou multa.

No caso de desenhos industriais, constitui crime, segundo o artigo 187, fabricar, sem autorização do titular, produto que incorpore desenho industrial registrado ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão. A pena prevista é a detenção de três meses a um ano ou multa. Também incorre em crime aquele que exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, objeto que incorpore ilicitamente desenho industrial registrado ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão; ou, ainda, importa produto que incorpore desenho industrial registrado no País ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no

mercado extremo diretamente pelo titular ou com seu consentimento. A pena prevista é de detenção, de um a três meses, ou multa.

O uso não autorizado de sinais registráveis, conhecidos como marcas ou sinais distintivos, também pode configurar crime, no caso, contra registro de marca, sendo aplicável também uma pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa, a quem reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou, ainda, altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado.

Poderá também constituir crime contra registro de marca, com a mesma penalidade, quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.

---

<sup>118</sup> CUNHA NETO, Marcilio José da. *Manual de informática jurídica*. Rio de Janeiro: Destaque, 2002. p. 200.

<sup>119</sup> CORREA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da internet*. São Paulo: Saraiva, 2002. 2ª. ed., p. 59

<sup>120</sup> Sobre a Lei 12.737/12, sugere-se WENDT, Emerson. **A Internet, a Cultura do Medo e a Criminalidade Cibernética: Aspectos de Produção e Interpretação do Direito Penal Contemporâneo** (No Prelo).

<sup>121</sup> A respeito desse tópico ver em ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e sociedade e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>122</sup> Os jornais de outubro de 2006 noticiaram pela primeira vez os processos movidos contra usuários no Brasil. As informações foram prestadas pela Federação Internacional da Indústria Fonográfica que anunciou que dos oito mil processos por compartilhamento de música de forma ilegal na internet, 20 serão contra brasileiros, sendo a primeira vez que o Brasil entra em processos da federação, iniciado em 2004 (e agora já atinge 17 países).

<sup>123</sup> Ver mais em CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>124</sup> WENDT, Emerson. **A Internet, a Cultura do Medo e a Criminalidade Cibernética: Aspectos de Produção e Interpretação do Direito Penal Contemporâneo** (No Prelo).

<sup>125</sup> WENDT, Emerson. Crimes Cibernéticos x Tipificações Penais. Disponível em: <[http://prezi.com/cot3nfcacao9j/?utm\\_campaign=share&utm\\_medium=copy&rc=ex0share](http://prezi.com/cot3nfcacao9j/?utm_campaign=share&utm_medium=copy&rc=ex0share)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

<sup>126</sup> Recurso Crime n. 71003112711, Turma Recursal Criminal do TJRS, Dr. Edson Jorge Cechet, relator, julgado em 04/07/2011.

# CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de uma trajetória de análise jurídica, é necessário destacar que alguns aspectos gerais do Direito foram analisados, trazendo para o campo jurídico situações específicas da tecnologia da informação, da gestão da informação. Por isso, além de analisar o modo como o Direito influencia a nossa vida, aqui foi fundamental percorrer os aspectos mais específicos que dizem respeito à gestão da informação, como os direitos de imagem, privacidade, direitos de autor, e a proteção ao *software*.

Um dos principais aspectos é o do direito do consumidor, mas como entendê-lo, sem compreender antes as condições válidas de contrato, os requisitos fundamentais, as espécies. Outras análises não poderiam ficar de fora, em especial a questão dos crimes digitais. Nada disso seria possível sem antes compreender as liberdades fundamentais, os direitos e garantias dos cidadãos, conforme previsto na Constituição Federal, mais ainda em um momento em que o Brasil procura harmonizar-se internacionalmente com leis que assegurem a todos os internautas neutralidade na rede, liberdade de expressão e proteção à privacidade (Marco Civil, de 2014).

O estudo do Direito do Autor serve como um bom exemplo de que a legislação está sempre necessitando de reformas. Não é possível um direito estanque, que privilegie indefinidamente uma aspiração de segurança jurídica, quando as relações jurídicas se alteram de modo cada vez mais rápido, exigindo, por outro lado, novas considerações de equilíbrio e justiça, que nem sempre estão de acordo com o que foi estabelecido como justo para um tempo que vigorava antes da era digital – da chegada da comunicação digital e internet. Por isso, é fundamental que o gestor tenha consciência do modo como se busca o Judiciário no Brasil, e do modo como a Justiça e a Lei são aplicadas nos tribunais. Situações concretas mereceram análise e elas tendem a se tornar com o tempo, inócuas para os tempos que se seguirão. Isso é do Direito, é da vida, é da Vida do Direito.

O que importa é que o gestor tenha consciência de que pode evitar muitos transtornos para sua vida, e também, que pode buscar a Justiça, desde que conheça a extensão de seus direitos, e os limites de seus direitos, assim como suas obrigações, que perceba que a Justiça, e todas as instituições que têm por fim a realização da Justiça são instrumentos do cidadão, para proteção de sua dignidade e exercício da cidadania. E é por isso que se privilegiou a análise sobre o direito de autor, sobre os direitos fundamentais, sobre os crimes digitais. Para que todos possam saber os limites jurídicos de suas ações. E mesmo que tais limites não sejam impostos, que não se esqueçam jamais que existem sempre os limites éticos, nem sempre tornados jurídicos, mas ainda assim, que devem ser respeitados.

# REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Pedro. *PL 2126/11 – Do AI-5 digital à internet cidadã*. Disponível em: <<http://www.observadorpolitico.org.br/2011/09/pl-212611-do-ai-5-digital-a-internet-cidada/>>. Acesso em: 20 set. 2011.
- ALMEIDA, Almiro Eduardo; SEVERO, Valdete Souto. *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.
- AQUINO, Rubim Santos Leão de, *et alii*. *História das sociedades: das comunidades primitivas às sociedades medievais*. Livro Técnico: Rio de Janeiro, 1980.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Cit., IV, 4-30, p. 187.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e sociedade e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BARGALO, Erica Brandini, *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao estudo do direito*. 11<sup>a</sup>. Ed., Saraiva: São Paulo, 2011.
- CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 2006. 1<sup>a</sup>. Reimp.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido – uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2002. Trad. de Gresielia Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade.
- CAPELLARI, Eduardo. *Tecnologias de informação e possibilidades do século XXI: por uma nova relação do estado com a cidadania*. IN ROVER, José Aires, org. *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. Coleção Boiteux, p. 39-40.
- CARVALHO, Ana Paula Gambogi. *Contratos Via Internet*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- COMTE-SPONVILLE, André. *O capitalismo é moral?* São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Eduardo Brandão, 223p.
- CORREA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da internet*. São Paulo: Saraiva, 2002. 2<sup>a</sup>. ed.

CUNHA NETO, Marcilio José da. *Manual de informática jurídica*. Rio de Janeiro: Destaque, 2002.

DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed., 3. tir. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito do Comércio Eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. V.I. Salamanca.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. Metodologia jurídica político-constitucional e o marco civil da internet: contribuição ao direito digital. IN MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO, Marco Aurélio Filho. *Marco Civil da Internet: lei 12.965/2014*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

HENKIN, Louis. *The rights of man today*. London: Stevens & Sons, 1979.

INELLAS, Gabriel Cesas Zaccaria de. *Crimes na internet*. Juarez de Oliveira, 2<sup>a</sup>. Ed., 2009, 208p.

JEAN, Georges. *A escrita – memória dos homens*. Objetiva: Rio de Janeiro, 2002. Descobertas Gallimard Arqueologia. Trad. Lídia da Mota Amaral.

KLEE, Antonia Espínola Longoni. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KRETSCHMANN, Ângela. *História crítica do sistema jurídico: da prudência antiga à ciência moderna*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KRETSCHMANN, Ângela. *Dignidade humana e direitos intelectuais: re(visitando) o direito autoral na era digital*. Conceito, Florianópolis, 2008.

LÉVÉQUE, Pierre. *As primeiras civilizações – os impérios do bronze*. Edições 70: Lisboa, 1998. Trad. António José Pinto Ribeiro, v. I.

LIMBERGER, Têmis. *O Direito à intimidade na era da informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- MACEIRA, Irma Pereira. *A Responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico*. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORENCIO, Marco Aurélio Filho. *Marco Civil da Internet: lei 12.965/2014*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MONTORO, Franco. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo, 2006.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Desafios éticos da globalização*. Paulinas: São Paulo, 2001.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Cabral de Moncada. Armênio Amado: Coimbra, 1979.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito das obrigações*. 2ª parte, 25ª Edição, Saraiva, 2009.
- MICHEL, Jean. *Direito de autor, direito de cópia e direito à informação: o ponto de vista e a ação das associações de profissionais da informação e da documentação*. Trad. De Helio Kuramoto. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v26n2/v26n2-4.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2011.
- ORTELLADO, Pablo e MACHADO, Jorge. *Direitos autorais e o acesso às publicações científicas*. Revista ADUSP, agosto/06, p.6-15. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br/revista/37/r37a01.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2011.
- OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2005. Coleção Diké, Trad. Paulo Neves.
- PAESANI, Liliana Minardi. et al. *O Direito na Sociedade da Informação II*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito à intimidade em ambiente da internet* INDireito e internet: aspectos jurídicos relevantes. Edipro: São Paulo.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. FRANZ NEUMANN. O direito liberal para além de si mesmo. In Marcos Nobre. (Org.). Curso Livre de Teoria Crítica. 2008.
- ROHROMANN, Carlos Alberto. *Curso de Direito Virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos*. De emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora,

2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; KRETSCHMANN, Ângela. DIREITOS DO AUTOR COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS? *REVISTA JURÍDICA DO CESUCA - ISSN 2317-9554*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 10 a 19, mai. 2013. ISSN 23179554. Disponível em: <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/363>>. Acesso em: 30 Mar. 2015. doi: <<http://dx.doi.org/10.17793/rjc.v1i1.363>>.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Regina Beatriz Tavares; Manoe J. Pereira dos SANTOS, coord. *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito Eletrônico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

VALLE, Regina Ribeiro. *Direito cibernético é uma realidade?* In *E-Dicas: O direito na sociedade da informação*. VALLE, Regina Ribeiro do, org., Usina do Livro: São Paulo, 2005.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. *As encruzilhadas do humanismo: a subjetividade e a alteridade ante os dilemas do poder ético*. Vozes: Petrópolis, 2006.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. *Crimes Cibernéticos: Ameaças e procedimentos de investigação*. Rio de Janeiro: Brasport, 2012.

WENDT, Emerson; BARRETO, Alesandro Gonçalves. *Inteligência Digital*. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

WENDT, Emerson. *A Internet, a Cultura do Medo e a Criminalidade Cibernética: Aspectos de Produção e Interpretação do Direito Penal Contemporâneo (No Prelo)*.

WELLS, Herbert George. *A short history of the world*. London: Penguin Books, 1991.

## ÂNGELA KRETSCHMANN

Pós-Doutora pela Universidade de Münster, Alemanha, na área do *Open Access* (2012), possui doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (2006) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS (1999). É professora de Direito da Propriedade Intelectual na Unisinos desde 1992. Diretora de Pesquisa na Faculdade Inedi – CESUCA. É advogada e sócia de Kretschmann Advogados Associados ([www.kre.com.br](http://www.kre.com.br)). Integra a Comissão de Propriedade Intelectual (CEPI) da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RS). Membro da Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial – ABAPI – ([www.abapi.org.br](http://www.abapi.org.br)), e da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual – ABPI – ([www.abpi.org.br](http://www.abpi.org.br)). Realiza perícias judiciais na área da Propriedade Intelectual. É organizadora dos livros: KRETSCHMANN, Â. (Org.); BRUM, E. H. M. (Org.). *Fazendo a coisa certa - Diálogos entre juristas e psicólogos a partir de Michael Sandel*, pela Editora Conceito, Florianópolis, 2014; *Cine-Fórum da Educação Superior: olhares das áreas específicas*. Ed. Conceito Editorial e Cesuca, 2013; *Formação Jurídica I*, pela Editora Verbo Jurídico, 2013, e *Formação Jurídica: II*, pela Editora Conceito, Florianópolis: Conceito, 2014. 466p. Autora dos livros: *Cultura, Direitos Humanos e Emancipação Latino-americana* (IMED Publisher/Concept, Florianópolis, 2013), *Dignidade humana e direitos intelectuais: re(visitando) o direito autoral na era digital* (Ed. Conceito, 2008); *Universalidade dos direitos humanos e diálogo* (Ed. Juruá, 2008); e *História crítica do sistema jurídico: da prudência antiga à ciência moderna* (Ed. Renovar, 2006).

Reitor: Pe. Marcelo Fernandes de Aquino, SJ

Vice-reitor: Pe. José Ivo Follmann, SJ

Diretor da Editora Unisinos: Pe. Pedro Gilberto Gomes



Editora Unisinos

Avenida Unisinos, 950, 93022-000, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

[editora@unisinos.br](mailto:editora@unisinos.br)

[www.edunisinos.com.br](http://www.edunisinos.com.br)

© dos autores, 2015

2015 Direitos de publicação da versão eletrônica (em e-book) deste livro exclusivos da Editora Unisinos.

K92d Kretschmann, Ângela  
Direito, criação e tecnologia da informação / Ângela Kretschmann – 2. ed.  
– São Leopoldo : Ed. UNISINOS, 2015.  
1 recurso online – (EaD)

ISBN ???-??-????-????-?

1. Tecnologia e Direito. 2. Tecnologia da informação – Legislação. 3.  
Propriedade intelectual I. Título. II. Série.

CDD 344.095  
CDU 347.77

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Bibliotecária: Mariana Dornelles Vargas – CRB 10/2145)

Coleção EAD

Editor: Carlos Alberto Gianotti

Acompanhamento editorial: Jaqueline Fagundes Freitas

Revisão: Eliane Tres Crespo  
Editoração: Guilherme Hockmüller

A reprodução, ainda que parcial, por qualquer meio, das páginas que compõem este livro, para uso não individual, mesmo para fins didáticos, sem autorização escrita do editor, é ilícita e constitui uma contrafação danosa à cultura. Foi feito depósito legal.

A coleção EaD, de que faz parte este livro, é uma produção da Universidade do Vale do Rio dos Sinos para apoiar os processos de ensino e aprendizagem dos seus cursos de graduação a distância. Entretanto, o uso dessa obra não fica restrito apenas a essa modalidade de ensino, uma vez que pode servir como orientador no estudo de qualquer acadêmico. Os exemplares foram elaborados a partir da experiência de professores de reconhecido mérito acadêmico da Universidade, e traduzem a excelência dos cursos de graduação ofertados na modalidade presencial e a distância da Instituição.



COLEÇÃO  
**EAD**  
EDITORA UNISINOS

  
UNISINOS