

**O MUNDO NO ESPAÇO
CIBERNÉTICO
E SEUS VALORES
A RELAÇÃO ENTRE ÉTICA
E DIREITO**

por Silvia Regina Dain Gandelman

RESUMO

O início de século XXI testemunha uma profunda transformação nos meios de comunicação, que afetou os métodos de negócios, os meios de aprendizado, as relações de trabalho, os sistemas de armazenamento e circulação da informação e, principalmente, as relações interpessoais e suas conseqüências. Num primeiro momento, há a sensação de que todos os valores éticos e doutrinas jurídicas construídos ao longo dos séculos e incorporados na cultura dos povos não são suficientes ou válidos para regular este novo ambiente virtual, sem regras, fronteiras ou barreiras, sem caráter e sem lei. A comunicação entre computadores, através de redes locais e internacionais, existe entre nós há pouco mais de 20 anos. No Brasil, entretanto, devido ao grande atraso na informatização da sociedade e das tecnologias relacionadas às telecomunicações, somente se tornou disponível comercialmente desde 1997. Atualmente, cerca de 30% dos brasileiros têm acesso à Internet, e o governo do país relaciona a inclusão digital como meta para a aquisição da cidadania plena. Este artigo procura examinar as providências que têm sido tomadas para a regulação desse processo e a conseqüente criação de códigos de conduta que tornem a "auto-estrada da informação" um veículo confiável e equânime em termos de implemento das relações pessoais, intelectuais e de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Internet, ética, direito, legislação, telecomunicações.

ABSTRACT

THE WORLD IN CYBERNETIC SPACE AND ITS VALUES - THE RELATIONSHIP OF ETHICS AND RIGHTS

The beginning of the 21st century lived a profound transformation in the means of communication that effected business methods, learning tools, work relations, information storage and circulation systems and principally interpersonal relations and their consequences. At first glance, it seems that all the ethical values and judicial doctrines constructed over centuries and incorporated into the culture of populations are not enough or valid to regulate this new virtual environment, without rules, borders or barriers, without character and without law. The communication between computers by means of local and international networks exists among us for a little over 20 years. However, in Brazil due to the long delay in the informatization of the society and technologies related to telecommunications. The Internet only became commercially available in 1997. Currently around 30% of Brazilians have access to the Internet and the country's government cites that digital inclusion is one of the goals in citizen's basic rights. This article examines the measures taken and the consequential creation of rules of conduct that make "the information superhighway" a reliable and equanimous vehicle in terms of personal, intellectual and work relations ips.

KEYWORDS: Internet, ethics, rights, legislation, telecommunications.

O MUNDO NO ESPAÇO CIBERNÉTICO E SEUS VALORES A RELAÇÃO ENTRE ÉTICA E DIREITO

Silvia Gandelman*

Alguns qualificam o espaço cibernético como um novo mundo, um mundo virtual, mas não podemos nos equivocar. Não há dois mundos diferentes, um real e outro virtual, mas apenas um, no qual se devem aplicar e respeitar os mesmos valores de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa.

Jacques Chirac (Primeiro-ministro da França).

A comunicação entre computadores, através, inicialmente de redes locais e, posteriormente, internacionais, com a ajuda das telecomunicações via satélite, existe entre nós há pouco mais de vinte anos. No Brasil, entretanto, devido ao grande atraso na informatização da sociedade e das tecnologias relacionadas às telecomunicações, somente se tornou disponível comercialmente desde 1997. Em menos de dez anos, cerca de 30% da população brasileira passou a ter acesso à Internet em sua residência ou local de trabalho, e hoje o governo brasileiro relaciona a inclusão digital como meta para a aquisição da cidadania plena.

Estamos assistindo, neste início de século XXI, a uma profunda transformação nos meios de comunicação, que afetou os métodos de negócios, os meios de aprendizado, as relações de trabalho, os sistemas de armazenamento e circulação da informação e, principalmente, as relações interpessoais e suas conseqüências. Num primeiro momento, há a sensação de que todos os valores éticos e doutrinas jurídicas construídos ao longo dos séculos e incorporados na cultura dos povos não são suficientes ou válidos para regular este novo ambiente virtual, sem regras, fronteiras ou barreiras, sem caráter e sem lei.

No entanto, passado o impacto inicial, que comparou a “auto-estrada da informação” da Internet aos “mares nunca dantes navegados” da era dos Descobrimentos, em que os piratas e os sem-lei ditavam as regras dos transportes marítimos e o Papa traçava uma linha imaginária, dividindo o mundo novo entre Portugal e Espanha (do que não tomaram conhecimento franceses, ingleses e holandeses, dentre outros), chegou-se ao entendimento de que a Internet nada mais era do que uma forma moderna de comunicação, sujeita às leis,

*Especialista em direitos autorais e membro da Associação Brasileira de Direito de Informática

aos acordos e aos tratados internacionais já estabelecidos, com um código de ética próprio, conhecido como *netiquette*.

A proteção da expressão do pensamento e da cultura sempre se deu, nos últimos 300 anos, por meio do direito do autor. Desde a Revolução Francesa, incensada pelas teorias iluministas e posteriormente multiplicada pela Revolução Industrial, a propriedade intelectual, representada pela criação original e pela manifestação do intelecto humano sob qualquer formato, gozou de tutela jurídica. Esta tutela ganhou status internacional na União de Berna, de 1886, e hoje percorre a totalidade das legislações do mundo desenvolvido. O direito de autor, nos países cuja estrutura legal segue o direito codificado, faz parte do elenco dos direitos individuais e da personalidade protegidos pelas constituições, tamanha a sua relevância nas modernas democracias. No Brasil, que aderiu à União de Berna em 1889, o direito de autor sempre fez parte das constituições republicanas, foi codificado pela primeira vez no Código Civil de 1916 e ganhou lei especial em 1973, por meio da Lei 5.988/73, que, por sua vez, recebeu versão atualizada e modificada em 1998, com a publicação da Lei 9.610/98, atualmente em vigor.

Entretanto, apesar de tão antigo, o direito de autor ganhou imenso destaque nos últimos anos, com a valorização do conhecimento como fonte maior do desenvolvimento, a revolução da informática e o fantástico crescimento dos meios de comunicação, culminando com a Internet.

Desde meados da década de 1990, diversos países se reuniram para tratar de assuntos relacionados à utilização da Internet, propondo uniformização de tratamento comercial e jurídico para as transações e negócios que se utilizam desta via. Inicialmente foram estabelecidas as diretivas da Comunidade Econômica Européia, regulando assuntos como propriedade intelectual, direitos individuais, direitos do consumidor, validade dos documentos digitais e telecomunicações, dentre outros. Os abusos passaram ser contidos pelos tribunais, aconteceram condenações civis e até criminais. Por outro lado, a *netiquette* tornou-se obrigatória entre os provedores de acesso, que têm direito de desconectar qualquer usuário que seja pego descumprindo as regras do bom comportamento na rede.

AS QUESTÕES RELEVANTES NO BRASIL E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

No Brasil o assunto vem sendo discutido com igual fervor, estando circunscrito, atualmente, a quatro pontos principais: *comércio eletrônico* (direitos do consumidor e responsabilidade dos vendedores), *crimes cibernéticos* (invasão de contas, roubos de senha, vírus, pornografia infantil), *violação da propriedade intelectual* (pirataria) e *invasão da privacidade* (vendas de cadastro, circulação de fotos e imagens etc.). A legislação brasileira já é adequada, atualmente, para coibir a utilização da Internet para finalidades danosas. Examinaremos, a seguir, cada um dos pontos mencionados.

COMÉRCIO ELETRÔNICO

As normas relativas a vendas à distância, que existem no direito brasileiro desde o Código Civil de 1916, ganharam relevância após a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990). De maneira semelhante à que já ocorre em outros países, o consumidor brasileiro tem direito de arrependimento, garantia quanto ao funcionamento e ao perfeito estado da mercadoria e à devolução do valor pago. O comércio eletrônico vem tendo enorme crescimento no país, principalmente diante da facilidade de concluir transações com pagamentos através de cartões de crédito. As questões que preocupam são o número cada vez maior de fraudes na utilização dos cartões de crédito, muitos dos quais já oferecem seguro aos seus usuários. Os *sites* de vendas, por outro lado, utilizam-se de barreiras físicas para garantir a segurança nas vendas.

Breves comentários sobre o Código do Consumidor

Voltando aos dois pilares que regem a ordem jurídica moderna, verificamos que as leis têm como objetivos principais fazer justiça e trazer a segurança social. Muitas vezes o princípio da justiça é sacrificado em benefício da segurança social, o objetivo maior. Dentro do conceito de segurança social desenvolveu-se o princípio da culpa objetiva, que nem sempre equipara-se ao conceito de culpa do cidadão comum. Se, para a configuração do ilícito penal, é necessária a comprovação da culpa *stricto sensu* — ou seja, dolo ou imperícia, imprudência ou negligência — para a configuração do ilícito civil basta a comprovação do nexo de causalidade, quando o dano decorre, por exemplo, do ramo de atividade da empresa, de acordo com a teoria do risco. O que por vezes não é justo, restaura a segurança social, devendo aqueles que assumem o risco da atividade (transporte, por exemplo), indenizar pelos danos causados ao indivíduo ou ao grupo social.

Os direitos coletivos são o resultado da evolução legislativa em quase todos os países do mundo, tendo assumido grande relevo com a preocupação ambiental. No direito pátrio, o mandado de segurança coletivo e a ação popular são formas processuais muito adiantadas do seu exercício, cujo conceito já está cristalizado em nossos diversos diplomas legais.

Da proteção do consumidor anterior à Lei 8.078/90

Diversas leis, visando segmentos específicos de mercado, contêm normas de proteção ao consumidor. Somente a título exemplificativo, podemos citar: Lei 1.521/51 (crimes contra a economia popular), Lei Delegada nº 4/62 (dispõe sobre a intervenção no domínio econômico) e Decreto nº 51.644/62, a Lei 4.137/62 que visava atingir o abuso do poder econômico e criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) a Lei de Informática (Lei 7.232/84), a Lei do Software (Lei 7.646/87), a Lei 7.347/85 (disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, sem prejuízo da ação popular) e ainda centenas de outras leis, decretos, portarias, regulamentos e normas regulamentadoras de âmbito federal, estadual e municipal. Em nível estadual, funcionam os Procons, serviços de proteção ao consumidor que recebem as reclamações e procuram solucioná-las amigavelmente, chamando as partes envolvidas a uma conciliação. Em alguns estados ainda vêm sendo instalados com sucesso os juizados de pequenas causas, mais informais do que a Justiça tradicional, onde as partes pessoalmente compõem litígios de pequena monta.

O Código do Consumidor: origem e características principais

A necessidade da edição da Lei 8.078, de 11.09.90 nasce do artigo 5º item XXXII¹ e artigo 170 inciso V², da Constituição Federal e do artigo 48³, de suas disposições transitórias.

Trata-se, na realidade, da consolidação dos diversos diplomas legais dispersos sobre o assunto, trazendo alguns aspectos extremamente avançados no campo doutrinário do Direito e criando uma Política Nacional de Relações de Consumo. O Código tem natureza

¹ Art. 5º, item XXXII: o estado promoverá, na forma da lei a defesa do consumidor. (Cf. VIEIRA, J.L. Constituição Federal de 1988: até Emenda Constitucional nº 52, de 8.3.2006. São Paulo: Edipro, 15ª ed., 2006).

² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor. (Cf. VIEIRA, J.L. Constituição Federal ... op cit.).

substantiva e adjetiva, na medida em que estabelece sanções de natureza civil, administrativa e penal para as violações de seus preceitos. Na esfera administrativa, como grande novidade: multas muito altas. É a primeira vez no Brasil que penas pecuniárias a título de multa são fixadas em lei em valores tão elevados. Os critérios para sua fixação são: gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor.

No campo doutrinário, as novidades ficam por conta da aplicação da teoria da culpa objetiva em todas as hipóteses; a criação, ao lado dos direitos coletivos, dos direitos difusos, quando não puderem ser identificados os seus titulares, e da faculdade dada ao juiz, a seu critério, de inverter do ônus da prova. Importante também é a possibilidade do juiz de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, quando este fato, de alguma forma, criar obstáculos ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Da estrutura jurídico-administrativa

Para a harmonização das relações de consumo, o Código do Consumidor prevê alguns instrumentos com que poderá contar o poder público (art. 5º, I, II, III, IV, V, §§ 1º e 2º).⁴

Além disto, integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor, sendo o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico/Ministério da Justiça, o organismo de coordenação da política do SNDC.⁵

³ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias de promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. (Cf. VIEIRA, J.L. Constituição Federal ... op cit.).

⁴ Art. 5º - Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o Poder Público com os seguintes instrumentos, entre outros:

I - manutenção de assistência jurídica integral e gratuita para o consumidor carente;

II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;

III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;

IV - criação de Juizados Especiais Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;

V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

§ 1º - (vetado)

§ 2º - (vetado)

⁵ Ver item 3 do texto

Das normas que afetam diretamente a publicidade

A nova Política Nacional de Relações de Consumo baseia-se no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Trata-se, portanto, o Código do Consumidor de uma legislação paternalista, criada para proteger o consumidor em todas as etapas que intermediam seu contato com o fornecedor. Nesta cadeia, ressalta-se a importância da publicidade e dos contatos agência-cliente e agência-consumidor.

Encontramos, já no art. 6º item IV⁶, da Lei 8.078/90, a primeira referência à publicidade enganosa e abusiva.

Em seguida, a partir do artigo 36, encontramos as regras específicas sobre a publicidade, sendo que no art. 37⁷ estão as definições de publicidade enganosa ou abusiva.

Cumpramos ressaltar, por oportuno, que desde 1980 vigora o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, cujo Capítulo II (Princípios Gerais) contempla de forma ainda mais abrangente do que o Código do Consumidor as questões éticas da publicidade. Ocorre que o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (Conar) tem caráter punitivo apenas no seio das agências de publicidade, não sendo suas decisões capazes de gerar penas pecuniárias, civis ou administrativas e não podendo ser as mesmas impostas aos anunciantes.

Já o Código do Consumidor, no capítulo das infrações penais, classifica certas questões relativas à publicidade como crime (arts. 66, 67, 68 e 69)⁸.

⁶ Art. 6º - São direitos básicos do consumidor (...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;(...). (Cf. SAAD, Ana Maria Castello Branco, SAAD, Eduardo Gabriel, SAAD, José Eduardo Duarte. Código de Defesa... Op. cit.)

⁷ Art.37 (..)

§ 1º - É enganosa qualquer modalidade de informação de 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, qualidades, quantidades, 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 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. (Cf. Idem, ibidem)

⁸Art. 66 - Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: (...)

Direitos básicos do consumidor

Nota-se a enorme preocupação do legislador com inúmeras regras visando a proteção a saúde, a segurança, a informação clara e o acesso rápido e fácil ao Poder Judiciário. Há também uma aproximação entre o consumidor e o responsável pelo dano a ele causado, uma vez que podem ser responsabilizados o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciante. O último elo da cadeia de consumo, ou seja, aquele que mantém contato com o consumidor, deverá zelar pelas condições de uso dos produtos expostos para venda.

A nocividade e o perigo à saúde ou à segurança, ainda que potenciais, deverão ser anunciados de forma ostensiva. Ainda que ignorados inicialmente, tão logo seja do conhecimento do fornecedor e periculosidade de um produto, o fato deverá ser comunicado imediatamente às autoridades competentes, dando-se ainda ao mesmo a mais ampla publicidade.

Nota-se ainda nesta nova legislação uma preocupação em coibir o abuso do poder econômico, por meio da imposição de condições leoninas ao consumidor (art. 39). São rigorosas as sanções penais impostas aos fornecedores de bens e serviços (arts. 61 a 80), tipificando como criminosas ações que antes estavam sujeitas unicamente a penalidade de caráter administrativo.

Para os usuários (e consumidores de um modo geral), foi criada uma ampla estrutura jurídica e administrativa, que deverá permitir um acesso mais eficaz às autoridades competentes e aos tribunais. Desburocratizou-se a Justiça, que é o domicílio do consumidor; as regras sobre o rito processual tornaram-se flexíveis e permitiu-se às associações legalmente constituídas demandar em juízo nome de seus associados. Cláusulas contratuais leoninas passam a ser proibidas, os contratos de adesão terão o aval dos segmentos interessados e as informações prestadas ao consumidor devem ser claras e precisas, sendo-lhes facultado o direito de arrependimento.

Art. 67 - Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber enganosa ou abusiva: (...)

Art. 68 - Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: (...)

Art. 69 - Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: (...)
(Cf. Idem, ibidem)

Para os fornecedores de bens e serviços de informática, as regras de fabricação, comercialização e prestação de serviços tornaram-se mais rígidas. Às sanções civis e administrativas já previstas na legislação específica foram acrescentadas multas de valor elevadíssimo e sanções penais, bem como permitida a descaracterização da personalidade jurídica das empresas. A teoria da culpa presumida faz com que o fornecedor prove que seu produto ou serviço atende os requisitos de qualidade, cabendo ao usuário provar apenas o dano e o nexo de causalidade.

Preocupações com a correção das informações prestadas ao consumidor, dados da embalagem, manuais, normas técnicas, escolha de revendedores passam a ocupar o dia dos empresários. Cuidados com cláusulas contratuais, multas superiores ao limite legalmente permitido (10% do valor do débito ou da parcela vencida) e, principalmente, a abertura de um canal direto de comunicação com o consumidor, para prevenir conflitos, tornam-se essenciais.

É importante ressaltar ainda que, pelo novo Código, o importador é igualmente responsável pelos produtos que coloca no mercado, podendo o consumidor agir contra qualquer dos participantes da cadeia de consumo. A assistência técnica aos produtos importados torna-se assim, na área de bens de informática, meta prioritária.

Os contratos de compra e venda à distância, que hoje representam 2% do mercado em geral, atualmente conhecidos por comércio eletrônico, porque completados via Internet, além da proteção já enfatizada em relação à publicidade enganosa, dos contratos leoninos e de tudo o que já foi mencionado, gozam da proteção especial outorgada pelo artigo 49 e seu § único.⁹

CRIMES CIBERNÉTICOS

⁹ Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato do 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.

§ único: Se o consumidor exercer o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados. (Cf. Idem, *ibidem*)

Muitos dos crimes cometidos na rede não são exclusivos do espaço virtual, como a falsificação e clonagem de cartões de crédito, a invasão de contas bancárias por meio de roubo das senhas eletrônicas nos caixas automáticos, a pornografia e a pedofilia. No entanto, estes crimes são facilitados pelo aparente anonimato que a rede permite. Na realidade, os atos praticados via Internet sempre deixam rastro; os criminosos são localizáveis por meio dos provedores de acesso. Há crimes, no entanto, que são específicos dos ambientes informatizados, como a disseminação de vírus, a colocação de *spywares*¹⁰, enfim, toda uma gama de situações novas criadas na rede.

Existe hoje um esforço conjugado de componentes do Ministério Público Federal, do Poder Judiciário e de associações civis para tentar alterar a legislação penal, incluindo esses novos tipos, a partir do uso de normas penais pré-existentes combinadas para punir os infratores, estabelecendo também a responsabilidade civil e penal dos provedores, hospedeiros dos *sites* criminosos, que não desconectarem os infratores quando notificados. Grandes redes de fraudadores têm sido desbaratadas pela polícia recentemente, sempre antecedidas de longas investigações seguindo rastros deixados na Internet.

VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ainda que não seja um crime cuja concretização necessite dos recursos da rede, a realidade é que, com a sua utilização, a violação de direitos de propriedade intelectual multiplicou-se de maneira muito expressiva, passando a causar danos inimagináveis há até uma década para as indústrias fonográfica e cinematográfica, para os fabricantes de *software* e para os fotógrafos, autores, jornalistas, artistas plásticos, entre outros.

Em relação ao *software*, passamos a relatar o histórico da proteção jurídica e sua situação atual. Em certa medida, ela justifica a impressão inicial passada à sociedade de que esta violação seria um crime menor, quase justificável diante do alto preço dos produtos.

Precisamos, inicialmente, retroceder ao ano de 1978, quando diversos países, dentre os quais o Brasil, firmaram tratado aprovando, no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Ompi), o que se chamou de “Resoluções-tipo”, para a proteção jurídica do *software*. Estas resoluções consistiam de oito artigos, que, incorporados à

¹⁰ Spywares são programas que coletam informações sobre os hábitos dos internautas e os repassam para uma empresa ou terceiros sem o consentimento dos mesmos (N. da R.)

legislação autoral dos países signatários, total ou parcialmente, descreviam o novo bem intelectual protegido e o colocavam sob o manto da lei e da doutrina pré-existentes, concedendo-lhe proteção de direito de autor, por um prazo não inferior a 25 anos.

O primeiro país a emendar sua lei para incluir o *software* na proteção autoral foram os Estados Unidos, com uma legislação que entrou em vigor em 1980. Em seguida a França e cerca de mais de quarenta países modificaram sua legislação autoral e/ou confirmaram os dispositivos das resoluções-tipo por meio dos julgados nos tribunais, num curto período de cinco anos. Exatamente em 1985, durante um seminário organizado pelo Itamaraty, em Brasília e no Rio de Janeiro, começaram as discussões sobre a natureza jurídica do *software* no Brasil, sob enorme pressão dos EUA.

A situação no país era totalmente caótica, o nível de pirataria atingia os 90% e o governo, ancorado na reserva de mercado para a informática, iniciada em 1984 e prevista para durar dez anos, preferia não discutir o assunto, por considerar o segmento de informática como indústria estratégica dentro da esfera de controle da segurança nacional. O comportamento explicava-se pelos governos militares, que havia vinte anos revezavam-se no poder no Brasil. Além disso, havia sido criada a primeira fábrica de computadores do país, a Cobra, cujo objetivo era equipar os submarinos da Marinha brasileira. Havia também sido criada, em 1979, a SEI (Secretaria Especial de Informática), órgão de assessoramento ligado à Presidência da República, totalmente contrária à importação de bens de informática, sob o pretexto de que o Brasil precisava ser auto-suficiente no setor. Como consequência, e fortalecida pela reserva de mercado já mencionada (Lei 7.232/84), a indústria nacional de *hardware* e de *software* era ineficiente, cobrava preços caríssimos por seus produtos e atrasou em quase dez anos a informatização da sociedade brasileira. Devido à escassez de produtos, o contrabando se encarregava de suprir o mercado com computadores e programas de boa qualidade, a preços mais competitivos, ainda que muito elevados. Os programas assim internados no país eram reproduzidos aos milhares, sendo vendidos sem os respectivos manuais ou quaisquer garantias, prejudicando os usuários, que acabaram por se unir numa poderosa associação nacional (Sucusu) para defesa dos consumidores.

O contencioso Brasil versus os Estados Unidos: as leis de comércio

Não demorou muito para que os países produtores de computadores e de programas, principalmente os EUA, percebessem o que estava ocorrendo por trás da reserva de

mercado e o prejuízo que a pirataria representava para a balança comercial americana. Gestões ocorreram por intermédio do Itamaraty para que o Brasil legislasse sobre a proteção autoral do *software*, pondo fim ao território sem lei onde grassava a pirataria desenfreada. O Brasil foi seriamente ameaçado de retaliações com base nos tratados comerciais entre os dois países sendo acionada, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), a Super 303, lei do comércio americano que propunha sobretaxar produtos do Brasil, como suco de laranja, soja e calçados no seu ingresso nos EUA, tornando inviável a exportação deles.

A Lei do Software (Lei 7.646/87)

Após dois anos de discussões acaloradas, viagens de ministros e de embaixadores, o Brasil cedeu aprovando a Lei 7.646/87, de iniciativa da Presidência da República, publicada em dezembro de 1987, no encerramento do ano legislativo. A referida lei, respondendo aos anseios do governo norte-americano e cumprindo o tratado de 1978 da Ompi, protegia o programa de computador pelo regime do direito autoral. No entanto, coerente com a política protecionista da reserva de mercado, criava uma reserva para o software: só poderiam ingressar no país programas que, submetidos ao exame de similaridade, não tinham equivalentes nacionais ou cujos titulares concordassem em firmar com empresas brasileiras contratos de transferência de tecnologia. Os exames de similaridade eram realizados no âmbito da SEI e os contratos de transferência de tecnologia deviam ser aprovados junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi). Os registros para garantia da titularidade do autor também seriam realizados no Inpi. A referida lei foi regulamentada em 1988, com o Decreto nº 96.036, ainda mais restritivo do que a própria Lei. Os EUA voltaram a protestar contra a pouca eficácia da lei, que, ainda assim, vigorou por mais de dez anos, até 1998. Entretanto, em 1991, o então Presidente Fernando Collor, empenhado na abertura da economia brasileira, acabou com a reserva de mercado para a informática, revogando a Lei 7.232/84 e tornando obsoleta a Lei 7.646/87.

A Lei 9.609/98: o *fair use*, a doutrina e a jurisprudência

Entre 1987 e 1998 houve uma pequena tendência de queda na pirataria de *software* no Brasil. Ficou provado, entretanto, que a simples existência da lei, sem políticas públicas e mobilização da sociedade, não teria sua aplicabilidade garantida. A partir da edição da Lei 9.609/98, descomplicada e simples, despida do ranço da reserva de mercado, de alterações no artigo 184 do Código Penal e de providências na área administrativa e policial, além de

campanha anti-pirataria organizada e financiada pelos produtores de *software* estabelecidos no Brasil, a pirataria começa a diminuir lentamente.

Processos judiciais foram ajuizados, de maneira coletiva, pelos sócios da Associação Brasileira de Empresas de Software (Abes), ou de forma individualizada, caso a caso. Os usuários perceberam o perigo que corriam quando as primeiras condenações usaram os subsídios da lei autoral geral, na parte de obra literária e musical, estipulando as indenizações com base em 3.000 exemplares. Acontece que, enquanto o preço do livro ou do CD gira em torno dos R\$40,00, o do programa *Microsoft Windows XP*, por exemplo, é de no mínimo R\$500,00, tornando a indenização milionária. Alertados sobre o risco, os empresários trataram de regularizar suas cópias, implantando também uma política interna anti-pirataria, para que seus funcionários não levassem às empresas ou baixassem programas ilegais, o que acontecia com frequência.

É claro que existem situações em que a cópia é permitida e a semelhança entre os produtos diversos torna-se inevitável. Estes casos, chamados na jurisprudência mundial de *fair use*, ou uso honrado, encontram-se definidos na Lei 9.609/98, em seu artigo 6º, de caráter taxativo.¹¹

Outras mídias

Em relação á pirataria de obras musicais, o estrago causado pela Internet foi tão grande que o faturamento da indústria fonográfica caiu, nos últimos cinco anos, para menos da metade do que era em 1999. *Sites* de trocas de música, como o *Napster* e o *Glokster*, foram retirados do ar, enquanto prosseguem os processos contra o *Kaaza*, que já foi obrigado a pagar pesadas indenizações.

¹¹ Art. 6º Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador:

I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;

II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;

III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;

IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu. (Cf. PRICE-WATERHOUSE, Coopers. lei do Software e seu regulamento. São Paulo: Atlas, 1999)

No âmbito das obras audiovisuais, recentes decisões judiciais condenaram o *site* norte-americano *YouTube* por colocar à disposição dos usuários vídeos e videoclipes não autorizados, permitindo *downloads* de materiais e filmes de terceiros. Aos poucos, o mercado vai sendo regulado, de modo a permitir a livre circulação dos bens culturais pela Internet, garantindo aos titulares de direitos uma justa remuneração. A comercialização de obras musicais para *download* através da Internet, os toques telefônicos e clipes audiovisuais vêm garantindo excelente e crescente receita aos autores. Resta à sociedade, num movimento ético, dizer não à pirataria.

INTIMIDADE E PRIVACIDADE

A Internet é, ainda, um veículo no qual pouco se faz em favor do respeito à intimidade e à privacidade das pessoas; há uma flagrante e constante violação aos direitos protegidos constitucionalmente na legislação brasileira. Para melhor conhecer a situação mundial e a evolução no Brasil relacionada a estes direitos individuais, passamos a fazer um breve relato sobre eles.

Direitos coletivos e direitos individuais: sigilo, informação e privacidade

Com a constituição dos Estados – nação e o desenvolvimento das democracias nos diversos países, a partir da independência norte-americana (1776) e da Revolução Francesa (1789), os acervos dos arquivos, as bibliotecas e os museus nacionais foram considerados bens públicos e colocados à disposição dos cidadãos. A centralização dos arquivos nas instituições culturais destinadas à guarda dos documentos, aliada às novas tecnologias que permitem a reprodução e a preservação de documentos frágeis, foi fortalecida por novas leis que garantiram ao público o acesso a esses documentos, impulsionando as pesquisas históricas. Paralelamente, no campo dos direitos coletivos, surge o direito à informação, enquanto na esfera privada conceituava-se como um dos direitos da personalidade o direito à privacidade. De acordo com Dotti,

A legitimidade e a universalidade do direito à informação não impedem que ele sofra restrições de outros direitos igualmente importantes para o indivíduo e para a sociedade, como por exemplo o respeito à vida privada e a garantia da soberania do país (um dos aspectos do segredo de Estado). O direito ao respeito à vida privada é o limite nº um à liberdade de informação. Integra o conjunto de “direitos da personalidade” considerados intransmissíveis e irrenunciáveis, e que englobam o direito à vida e à integridade física, o direito ao nome, à honra e à

imagem, à liberdade de ir e vir e à inviolabilidade do domicílio , além dos direitos autorais.¹²

A legislação internacional e a jurisprudência nos diversos países foram consagrando o direito à informação como um dos pilares da democracia, associado à liberdade de expressão e de imprensa. A evolução tecnológica que vem ocorrendo desde o início do século XX tornou ainda mais vulnerável o direito individual à privacidade.

A partir das incessantes inovações tecnológicas acirradas com a invenção dos meios de fixação das criações do espírito e apreensão da imagem, sobretudo a fotografia, a necessidade de formular mecanismos de proteção ao indivíduo tornou-se sobremaneira relevante.¹³

Em todo o mundo, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a legislação civil e penal e respectiva jurisprudência dos tribunais evoluíram no sentido de preservar a intimidade, a honra e a privacidade dos indivíduos, garantindo ainda os direitos coletivos de liberdade de expressão e de informação.

No Brasil, onde momentos de democracia foram alternados com longos períodos de regimes autoritários, a Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, conhecida como Lei de Imprensa, foi a primeira a criar penalidades para as violações dos direitos da personalidade (nome, imagem, honra, intimidade e privacidade) com o abuso da liberdade de expressão. Em 1973, com a edição da Lei 5.988/73 (Lei dos Direitos Autorais), começava a se formar, em plena ditadura militar, o suporte jurisprudencial para a proteção dos direitos de imagem e privacidade, em oposição aos direitos fotográficos e cinematográficos dos autores. Ainda na esfera das comunicações, em 1978, o setor publicitário, para escapar da censura prévia às suas criações, elaborou um código de ética (código de auto-regulamentação) e um conselho disciplinar (o Conar), consagrado através do III Congresso Brasileiro de Propaganda (1978) e que continha restrições às violações de direitos da personalidade, de direitos de propriedade intelectual e outros, aplicáveis às agências, aos anunciantes e aos veículos. Aos poucos, a legislação e a jurisprudência consagravam na esfera privada direitos que ganharam status constitucional, pela primeira vez, nos diversos itens do art. 5º

¹² DOTTI, Rene Ariel apud COSTA, Célia Leite. Intimidade versus interesse público: a problemática dos arquivos. Estudos Históricos (v.11, n.21, 1998). Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 193.

da Constituição Federal de 1988, quando foram restabelecidas, no âmbito legal, as liberdades democráticas no Brasil. Alçados às garantias constitucionais, os direitos da personalidade obtiveram finalmente no país o tratamento digno de sua relevância, fazendo-se necessário também legislar sobre o assunto.

Entretanto, como alerta Dotti¹⁴ “é extremamente difícil precisar a fronteira oscilante entre o interesse público à informação e o domínio particular”. A própria Constituição brasileira colocou os direitos da personalidade e o direito à informação no mesmo nível, ao consagrar o último em seu artigo 5º, item XIV. Verificamos, então, que não existem, quanto a este assunto, direitos absolutos: ao direito à informação contida nos arquivos públicos, sobrepõe-se o interesse do Estado e o sigilo; o direito individual de privacidade encontra-se limitado pelo interesse público e pela liberdade de expressão.

Ainda que, em termos conceituais, o pensamento no Brasil tenha acompanhado, embora com atraso, o resto do mundo, na prática os fatos sempre demonstraram que a situação era diferente. Segundo Costa¹⁵, durante o Império, o Arquivo Público, criado em 1838, só liberava seus documentos para uso do governo ou para pessoas da inteira confiança do imperador, o que fez com que essa instituição tenha se tornado “guardiã do segredo de Estado, constituindo-se na antítese dos arquivos nacionais europeus, engajados na construção da consciência histórica, característica do século XIX”.

Durante o período republicano, alternamos momentos mais democráticos com ditaduras, para as quais a censura se justificava em nome da segurança nacional, ignorando conseqüentemente constituições liberais e os tratados internacionais sobre o tema. Todas as constituições republicanas regularam os direitos e garantias individuais, bem como o direito da sociedade à informação, apesar da ausência de leis ordinárias regulamentando o exercício de tais direitos e respectivas sanções no caso do descumprimento. Durante quase todo o século XX, não houve por parte do Estado brasileiro a preocupação em legislar no sentido de garantir o acesso à informação. O sigilo, ao contrário, sempre foi uma preocupação dos governantes, desde o tempo do Império e durante toda República. Aliás,

¹³ JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento de privacidade. In: MARTINS FILHO, Ives Granda, MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (coords.). Aparecida/São Paulo: Idéias & Letras/Centro de Extensão Universitária, 2005, p.85

¹⁴ DOTTI, Rene Ariel apud COSTA, Célia Leite. Intimidade... op. cit, p.134

¹⁵ COSTA, Célia Leite. Intimidade... op. cit, p.193.

até o advento da Lei nº 8.159, de 1991 (a Lei de Arquivos), não havia uma política de arquivos em âmbito nacional estabelecendo prazos para recolhimento dos documentos públicos às instituições arquivísticas, bem como normas para a preservação e o acesso a esses documentos.

Somente na Constituição Federal de 1946 houve o reconhecimento do valor dos documentos, entre os bens culturais da nação (artigo 175, já mencionado no capítulo sobre patrimônio). Este diploma legal, imbuído do mesmo espírito elitista que norteou a política cultural do Estado Novo, não menciona o direito à informação ou a utilização dos documentos como prova, destacando apenas o "valor histórico e artístico" dos mesmos.

A chamada "Constituição-cidadã", de 1988, é apontada por juristas e tratadistas do direito, como o primeiro texto legal brasileiro a incluir, em seu artigo 5º, entre os direitos individuais, o de respeito à privacidade, à honra e à imagem do cidadão. A legislação especial já mencionada (Lei de Imprensa, Direitos Autorais, Código de Publicidade) permitira anteriormente alguns avanços de caráter doutrinário e privado, porém dificilmente repercutia na imprensa, silenciada pela censura, nos tribunais, mutilados pelas cassações, ou no Legislativo, que funcionava unicamente para convalidar os atos da ditadura. Ainda assim, por força de compromissos firmados em tratados internacionais, com exigências de reciprocidade, a proteção à propriedade intelectual ganhou relevância com a edição quase simultânea da Lei Autoral (1973) e do Código de Propriedade Industrial (1975).

A lei autoral brasileira, ao estabelecer os limites dos direitos de autor relacionados à fotografia e à obra audiovisual, preservou a privacidade, a imagem e a honra das pessoas assim retratadas, além de reservar ao autor das cartas o direito de permitir sua divulgação (art. 33)¹⁶. Segundo seu art. 49 (das limitações aos direitos do autor), item f¹⁷, a pessoa retratada ou seus herdeiros podem se opor à divulgação da fotografia ou de retratos

¹⁶ Art. 33. As cartas missivas não podem ser publicadas sem permissão do autor, mas podem ser juntadas como documento, em autos oficiais.

¹⁷ Não constitui ofensa aos direitos do autor. (...) f) de retratos, ou de outra forma de representação da efígie, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros.

pintados; o art. 82¹⁸ repete as restrições à exposição, à reprodução e à venda de retratos; os arts. 90¹⁹ e 91²⁰ vedam a divulgação de fotos e filmes sobre operações cirúrgicas sem autorização do cirurgião, da pessoa operada e de seus herdeiros.

Até a publicação da Constituição Federal de 1988, portanto, toda a jurisprudência brasileira sobre aspectos relacionados à privacidade baseava-se na lei autoral e, em um grau menor, na Lei de Imprensa para os casos de calúnia, difamação e invasão de intimidade. No entender de Milton Fernandes²¹, comentando a referida lei,

Ao fixar a responsabilidade civil emergente da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, o art. 49 introduziu duas novidades substanciais no nosso sistema: a reparação do dano moral, de que cuidaremos em seguida, e a proteção da vida privada. Manda o §1º do citado artigo que nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público. É esta a primeira referência, em um texto legal brasileiro, à intimidade como um todo. Embora verdadeiro o fato, se é relativo à vida privada, a *exceptio* não exclui a reparação civil. Proclama o parágrafo, em outros termos, que, embora exato o acontecimento, sua divulgação é ilícita se mostra a vida íntima do interessado, sem razão de interesse público. Foi feliz a solução ao fixar o interesse público como limite da privacidade, bem como ao impor as perdas e danos ainda na hipótese de autenticidade do evento. Esta não importa, desde que tenha implicado invasão da reserva.

A Constituição Federal de 1988 consolidou os direitos da personalidade, dentre os quais o de privacidade e intimidade, de acordo com os princípios formulados pela legislação que a antecedeu e pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, dando-lhes peso de *norma pétrea* e estabelecendo de forma definitiva a indenização cabível pela violação de tais direitos, sob a forma de danos morais. Pacificou, conseqüentemente, a doutrina vacilante quanto ao *pretium doloris*, ou seja, o preço da dor, que não seria mensurável e indenizável.

¹⁸ Art. 82. O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la, difundi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra reproduzida, se de artes figurativas.

¹⁹ Art. 90. A exposição, difusão ou exibição de fotografias ou filmes de operações cirúrgicas dependem da autorização do cirurgião e da pessoa operada. Se esta for falecida, da de seu cônjuge ou herdeiros.

²⁰ Art. 91. As disposições deste CAPÍTULO são aplicáveis às obras produzidas por qualquer processo análogo à cinematografia.

²¹ FERNANDES, Milton. *Proteção Civil da Intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 269-270

Resta ainda resolver os conflitos que ocorrem quando o direito à informação encontra como barreira um dos direitos da personalidade e vice versa. Recentemente, o artista João Gilberto notificou os produtores do documentário *Coisa mais linda*, que versa sobre o surgimento da bossa nova no Rio de Janeiro, de 1958 a 1962, por uso indevido de sua imagem. O documentário se encerra com o famoso show de músicos e intérpretes brasileiros no *Carnegie Hall*, em Nova York, do qual o referido artista foi destaque, mudando a história da música brasileira no exterior. João Gilberto, que atualmente vive enclausurado, alega que não autorizou o uso de sua imagem e de sua interpretação na obra e deseja que a mesma seja retirada do filme. Os produtores respondem ser impossível narrar a história da bossa nova para as novas gerações sem mostrar, ainda que por breves minutos, João Gilberto e sua batida inconfundível, sob pena de serem considerados omissos. Tanto o cantor quanto os produtores do documentário encontram amparo na Constituição Federal de 1988: o primeiro, no direito de imagem, relacionado aos direitos de personalidade; os segundos, no direito à informação e à livre expressão, ambos direitos que dizem respeito à coletividade. Como decidir e em favor de quem? Acreditamos que deva prevalecer o direito do público de receber a informação correta em veículo audiovisual, no caso o documentário, porém cabe ao Poder Judiciário a decisão.

Esta questão, controvertida no Brasil e nos demais países que adotam o regime do Código Civil, como a França e a Itália, é resolvida nos EUA e na Inglaterra de maneira mais categórica. Nos dois países, a liberdade de expressão é *norma pétrea* constitucional e nenhuma restrição se admite à liberdade de expressão. Nos EUA, a lei denominada *Telecommunications Act*, votada e aprovada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República em 1996, teve seu Capítulo V, relativo à Proteção da Criança, vetado pelo Supremo Tribunal porque restringia a liberdade de expressão, ao condenar o uso de palavras obscenas e de significado sexual na circulação pela Internet. Nos Estados Unidos, nem mesmo questões julgadas de “interesse público” podem afastar direitos e garantias constitucionais.

CONCLUSÃO

O fornecimento indiscriminado dos dados cadastrais de qualquer pessoa que se utilize, por exemplo, do comércio eletrônico; o envio indiscriminado de *spams*; a existência de programas desenhados para roubar informações sobre hábitos e características pessoais dos

usuários; a disposição de fatos e informações de terceiros nas comunidades do Orkut, que proporciona troca de mensagens pessoais; tudo isto significa que a privacidade acabou, a não ser que você não se comunique através da rede. E, mesmo assim, se possuir um número de telefone, será bombardeado pelo telemarketing, tão invasivo quanto o *spam*. Devemos aceitar como realidade o fato de que, neste início de século XXI, grande parte da população do mundo abriu mão de sua privacidade em favor de seu direito à informação.

Em compensação, as informações chegam, em tempo real, através de Internet, aos quatro cantos do planeta. Nada mais interessa, fazemos qualquer coisa para recebê-las no menor espaço de tempo possível, assinando jornais virtuais, comprando canais de notícias nos telefones celulares, deixando o computador ligado na Internet por quase 18 horas, diariamente, de acordo com as estatísticas mais recentes.

Assim, se o direito pode resolver questões relacionadas ao comércio eletrônico, aos *cibercrimes* e à pirataria, nada pode fazer contra a invasão da privacidade, para a qual o usuário da Internet é o maior colaborador. Existem no mercado barreiras físicas possíveis, *softwares antispam* com filtros, porém o melhor filtro é o comportamento individual, evitando assinaturas *on line*, cadastros, compras, participação em enquetes, redes de piadas, correntes e outros. Quanto menor a troca de mensagens na Internet, maior é a chance da humanidade recuperar a paz perdida.

Quanto à *netiquette*, esta vem sendo praticada formalmente por meio dos contratos entre provedores e usuários, avisos legais e notícia de *copyrights* que constam em todos os *sites* legalmente criados. Ocorrem também quanto a esse aspecto inúmeras violações, em geral causadas por pessoas pouco éticas em seus negócios e na sua vida. Não existem leis ou códigos de comportamento que possam modificar a natureza humana, com ou sem Internet.