



IODA

INSTITUTO ORGANIZADOR
DO DIREITO AUTORAL

RIAPI
REDE IBERO-AMERICANA
DE PROPRIEDADE
INTELLECTUAL



GEDAI

RRDDIS

Revista **Rede** **de Direito Digital,** **Intelectual & Sociedade**

v.1

n.2

2021

ISSN 2763-7204

e-ISSN 2763-7220





Revista **Rede** **de Direito Digital,** **Intelectual & Sociedade**

Periodicidade semestral | julho/dezembro 2021

A RRDDIS foi criada com o propósito de divulgação da produção científica no âmbito da Ciência Jurídica, visando também a interdisciplinaridade com áreas afins que tratam das novas tecnologias na Sociedade Informacional. Tem como missão difundir a pesquisa e o conhecimento científico desenvolvido pela comunidade brasileira e internacional, formando uma rede de pesquisadores e especialistas.



IODA - INSTITUTO OBSERVATÓRIO DO DIREITO AUTORAL

R. XV de Novembro - n. 556 - cj 1308 - andar 13 - Cond. Lustoza

CEP: 80.020-310 - Curitiba - PR

Telefone: 55 (41) 99975-7250

E-mail: contato@ioda.org.br

<https://ioda.org.br/>

Capa e Ilustrações:

Marcelle Cortiano

Projeto gráfico e diagramação:

Sônia Maria Borba

Revisão:

Luciana Reusing, Pedro de Perdigão Lana, Bibiana Biscaia Virtuoso,
Alice de Perdigão Lana, Heloísa G. Medeiros, Marcelle Cortiano e Lukas Ruthes Gonçalves

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

R454 RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade -

Curitiba: Instituto Observatório do Direito Autoral – IODA, 2021-

v.1, n.2, 2021 (jul./dez. 2021)

Semestral

ISSN: 2763-7204 (versão impressa)

e-ISSN 2763-7220 (versão eletrônica)

1. Propriedade intelectual – Periódicos. 2. Direito autoral – Periódicos. 3. Sociedade da informação - Periódicos.

CDD 346.048 (22.ed)

CDU 347.77

A RRDDIS permite a distribuição e reprodução gratuita total ou parcial adotando a Licença Creative Commons — Atribuição 4.0 Brasil — CC BY 4.0 BR, que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e da publicação.

Creative Commons 4.0

(CC BY 4.0)



EDITOR

Marcos Wachowicz – UFPR

EDITORES EXECUTIVOS

Sérgio Said Staut Jr. – UFPR

José Augusto Fontoura Costa – USP

ASSISTENTE EDITORIAL

MARCELLE CORTIANO

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Libório Dias Pereira – Universidade de Coimbra/Portugal

Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRRJ

Angela Kretschmann – PUC-RS/UFPR

Antônio Carlos Morato – USP

Beatriz Bugallo – Universidad de La República/Uruguai

Carla Eugenia Caldas Barros – UFS

Carlos Affonso P. de Souza – ITS/Rio

Carlos Alberto Ferreyros Soto – Université de Montpellier/França

Carlos Maria Correa – University of Buenos Aires/Argentina

Claudia Sandei – Università Degli Studi di Padova/Itália

Dário Moura Vicente – Univ. Lisboa/Portugal

Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor

Gonzalo Nazar de la Vega – Instituto Max Planck/Argentina

Guillermo Palao Moreno – Univ. Valência/Espanha

Heloísa Gomes Medeiros – UFMA/UEMA

Javier Freire Núñez – Universidad Central del Ecuador/Equador

João Paulo F. Remédio Marques – Univ. Coimbra/Port.

José Augusto Fontoura Costa – USP

José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal

Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha

Letícia Canut – Centro Universitário Estácio

Liz Beatriz Sass – UFSC

Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF

Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra

Manuel David Masseno – Instituto Politécnico de Beja/Portugal

Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Marcos Wachowicz – UFPR
Maria Sol Terlizzi – Universidad de Buenos Aires/Argentina
Pedro Henrique Batista – Instituto Max Planck/Alemanha
Pedro Marcos Nunes Barbosa – PUC/Rio
Reto Hilty - Max Planck/Alemanha
Rodrigo Moraes – UFBA
Rodrigo Otávio Cruz e Silva – UNOESC
Rodrigo Vieira Costa – UFERSA
Ryan Abbott – University of Surrey/Reino Unido
Sean Flynn - Universidade de Washington/EUA
Sergio Branco - ITS/Rio
Sérgio Said Staut Jr. – UFPR
Silmara Chinelato – USP
Thomas Hoeren - ITM/Alemanha
Valentina Delich – Flacso/Argentina
Victor Gameiro Drummond – UniFG/BA

CONSELHO DE REDAÇÃO

Alexandre Ricardo Pessler
Bibiana Biscaia Virtuoso
Guilherme Coutinho Silva
Lukas Ruthes Gonçalves
Marcelle Cortiano
Oscar Carlos Cidri Neto
Pedro de Perdigão Lana
Rangel Oliveira Trindade

PARECERISTAS

Dr. Alexandre Ricardo Pessler
Dra. Angela Kretschmann
Dr. Guilherme Coutinho Silva
Dra. Heloísa Gomes Medeiros
Dr. José Augusto Fontoura Costa
Dra. Karin Grau-Kuntz
Dra. Letícia Canut
Dr. Rodrigo Otávio Cruz e Silva
Dr. Rodrigo Vieira Costa
Dr. Sérgio Said Staut Jr.

LINHA EDITORIAL (POLÍTICA EDITORIAL)

A **RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual e Sociedade**, publica artigos de divulgação científica, estudos de caso e revisões bibliográficas referentes à área do Direito da Propriedade Intelectual, Direito Digital e Sociedade Informacional, assim como, eventualmente, resumos de pesquisas científicas premiadas, pareceres e arrazoados jurídicos de destaque no cenário jurídico, tradução de textos de domínio público e, ainda, resenhas de obras.

A publicação da **RRDDIS** tem periodicidade semestral, de acesso livre e irrestrito, direcionada aos pesquisadores, profissionais, acadêmicos, egressos e docentes da área do Direito, tendo o objetivo primordial fomentar a produção científica em Rede de especialistas, de grupos de pesquisadores e de docentes, com o intuito de provocar a atividade de pesquisa no corpo discente de pós-graduação, bem como socializar o conhecimento e retroalimentar as atividades de ensino, extensão e prática-profissional, mantendo o forte vínculo entre ensino-pesquisa-extensão-prática profissional.

A **RRDDIS** está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares, artigos e estudos nas diversas áreas, **dentro das seguintes linhas de pesquisa:**

- (i) Propriedade Intelectual, Inovação e Conhecimento;
- (ii) Direito Autoral, Direitos Fundamentais e Diversidade Cultural;
- (iii) Economia Criativa: Propriedade Intelectual e Desenvolvimento;
- (iv) Regime Internacional de Propriedade Intelectual: Tratados e Organizações Internacionais;
- (v) Sociedade da Informação: Democracia e Inclusão Tecnológica;
- (vi) Direitos das Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's), e;
- (vii) Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial.

A **RRDDIS** foi criada com o propósito de divulgação científica no âmbito da Ciência Jurídica, visando também a interdisciplinaridade com áreas afins que tratam das novas tecnologias na Sociedade Informacional. Tem como missão difundir a pesquisa e conhecimento científico desenvolvido pela comunidade brasileira e internacional.

Os artigos publicados são originais e inéditos de lavra de seus autores, os quais podem não necessariamente expressar as opiniões da **RRDDIS** e/ou de seus responsáveis, sendo reservado ao Conselho Editorial o direito de arbitrar como refere e/ou de solicitar parecer de pesquisadores externos para esse julgamento. A revista adota a avaliação duplo-cega (*double-blind peer review*), é coordenada por um membro do Corpo Editorial Científico da área de submissão do artigo, e consiste na interação entre os autores e dois pareceristas especialistas que, ao avaliar os trabalhos, fazem comentários e oferecem sugestões de melhoria.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....11

Marcos Wachowicz

PARTE I

DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE INFORMACIONAL

DIREITOS AUTORAIS, ATUAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELLECTUAL E IMPACTOS GEOPOLÍTICOS.....15

Copyright, performance of the World Intellectual Property Organization and geopolitical impacts

Carolina Raquel Leite Diniz Panzolini

O HISTÓRICO LEGISLATIVO DOS DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL51

The legislative history of Copyright in Brazil

Eduardo Salles Pimenta

MEMES E DIREITOS AUTORAIS: reflexões preliminares81

Memes and copyright: preliminary reflections

João Paulo Capelotti

PARTE II

AS NOVAS FRONTEIRAS DOS DIREITOS INTELECTUAIS

DIREITO DE AUTOR, ACESSO AO CONHECIMENTO E À INFORMAÇÃO E OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) NO ÂMBITO DE BIBLIOTECAS E ARQUIVOS PÚBLICOS.....99

Copyright, access to knowledge and information and Sustainable Development Goals (SDGs) within the scope of public libraries and archives

Guilherme Carboni

AÇÕES E OMISSÕES NA POLÍTICA NACIONAL DE CULTURA (2019-2021): um estado de coisas inconstitucional? 135

Actions and omissions in the national culture policy (2019-2021): an Unconstitutional State of Things?

Cláudio Lins de Vasconcelos

MERCADO DEL ARTE Y DERECHO DE AUTOR: algunos desafíos y perspectivas 157

Art Market and Copyright: some challenges and perspectives

Isabel Espín Alba

PARTE III
INOVAÇÃO, DIREITO DIGITAL E TECNOLOGIA

ABUSO DO DIREITO NA PROPRIEDADE INTELECTUAL 189

Abuse of Intellectual Property Law

Walter Godoy dos Santos Junior | Ericksson Gavazza Marques | Eduardo Barreto Cezar

**UM FANTASMA ASSOMBRA A CIÊNCIA, O FANTASMA DA PIRATARIA:
análise do uso e das representações de meios ilegais de acesso à literatura
científica na CONICET (Argentina) 213**

*A spectre is haunting science, the spectre of piracy: Analysis of the use and representations
of the illegal ways of access to scientific literature in CONICET (Argentina)*

Mariano Zukerfeld | Santiago Liaudat | María Sol Terlizzi |

Carolina Monti | Carolina Unzurrunzaga

**LA “OBRA” CREADA POR UN SISTEMA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL
AUTÓNOMO: Reflexiones desde el pos-antropocentrismo para el Derecho
español de la Propiedad Intelectual 257**

*The “work” created by an autonomous artificial intelligence system: Reflections from
post-anthropocentrism for Spanish Intellectual Property Law*

Susana Navas Navarro

PARTE IV
ESTUDOS DE CASO, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

**A OBRA AUDIOVISUAL ‘GOLIATH’: um diálogo sobre a ética na Advocacia e
nos Pareceres em Propriedade Intelectual 303**

*The audiovisual work ‘Goliath’: a dialogue on ethics in Advocacy and in Intellectual
Property Opinions*

Pedro Marcos Nunes Barbosa

PARTE V
RESENHAS E OUTROS ESTUDOS

**PARECER SOBRE DIREITOS AUTORAIS E COAUTORIA EM OBRA ACADÊMICA
OU CIENTÍFICA COM O ORIENTADOR DE TRABALHO CIENTÍFICO 325**

*Opinion on copyright and co-authorship in academic or scientific work with the
scientific work advisor*

Victor Gameiro Drummond

**A TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL: um estudo de direito
comparado 355**

*Book review: “The legal protection of intangible cultural heritage:
a study of comparative law”*

Francisco Humberto Cunha Filho

REGRAS DE SUBMISSÃO E DIRETRIZES PARA AUTORES 361

EDITORIAL

Nestas últimas décadas, no Brasil se estabeleceu um cenário de profícuos debates e pesquisas na área do Direito Digital e Intelectual na Sociedade Informacional, além de surgirem importantes redes nacionais e internacionais de pesquisadores, cujo diálogo e colaboração acadêmica, se inaugurou por meio da realização de seminários e eventos acadêmicos.

Nomeia-se então aqui, os congressos sobre Direito de Autor e Interesse Público (CODAIP), realizados pelo Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI) vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Paraná (UFPR) que se tornou referência para juristas e operadores do direito, e que agora contempla o nascimento da revista Rede de Direito Digital, Intelectual e Sociedade (RRDDIS).

A RRDDIS, surge com um reforço para ampliar o debate sobre os direitos digitais e intelectuais, com qualidade acadêmica, qual também se estabelece, através do impulso dado pelo Instituto Observatório do Direito Autoral – IODA, que é uma associação científica sem fins lucrativos, inserido na área do Direito da Propriedade Intelectual no Brasil, que conta com o apoio internacional da Rede Ibero Americana de Propriedade Intelectual – RIAPI.

O estudo dos Direitos Intelectuais na Sociedade Informacional é um dos temas mais relevantes e atuais na virada do milênio. Embora o regime jurídico e a criação do sistema internacional de tutela da proprie-

dade intelectual remontem às Convenções de Paris (1883) e de Berna (1886), ela se estabelece como disciplina acadêmica nos cursos jurídicos há pouco mais de vinte anos.

A área de estudos do Direito da Propriedade Intelectual no ambiente Digital estava carecedora de uma revista acadêmica, e agora com a RRDDIS se estabelece um novo tempo, cujas publicações serão referências para a área, pelo rigor acadêmico que possui e por contemplar os padrões de excelência nacional e internacional.

A Revista que agora se publica em formato digital, é a concretização de anos de muito trabalho e obstinação por publicações com qualidade acadêmica, e de vigor nessa área de estudos, que busca uma formação de massa crítica entre os diversos centros de pesquisas nacionais e estrangeiras, sendo um catalizador de pessoas e um indutor de novos debates, fluxo de ideias, reflexões e da formação de redes de compartilhamento no âmbito do Direito Digital e Intelectual.

A RRDDIS, nasce com vocação própria, em prol das redes de relações acadêmicas de excelência, as quais motivaram e propiciaram sua materialização, além de constituir-se num instrumento aberto de divulgação do pensamento jurídico voltado às questões emergentes da Sociedade Informacional.

Seu lançamento é pautado na responsabilidade de alavancar o desenvolvimento da área, de consolidar os esforços anteriores, de prezar pelo diálogo e pela qualidade, de acender e reforçar a necessidade de compreensão adequada da Sociedade Informacional, objetivando erigir novas teses jurídica, e se constituir em um espaço privilegiado de aglutinação e circulação da produção científica nacional e internacional, bem como, a divulgação de obras recentes e relevantes.

A RRDDIS foi estruturada para uma melhor sistematização em cinco partes que dialogam e interagem entre si, quais sejam: (i) **Direito Autoral e Sociedade Informacional**; (ii) **As Novas Fronteiras dos Direitos Intelectuais**; (iii) **Inovação, Direito e Tecnologia**; (iv) **Estudos de Caso, Jurisprudência e Legislação**, e; (v) **Resenhas e Outros Estudos**. Neste primeiro número da Revista, desde logo se

percebe sua inserção internacional, recepcionando textos publicados em diversos idiomas, ampliando vozes nacionais e estrangeiras, dos maiores centros de estudos e pesquisa da Europa e da América com uma qualidade e profundidade impares.

Na primeira parte sobre a temática do Direito Autoral e Sociedade Informacional a revista conta com os artigos de **Carolina Raquel Leite Diniz Panzolini**, sob o título *Direitos Autorais, Atuação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual e Impactos Geopolíticos*, além do artigo de **Eduardo Salles Pimenta** sob o título *O Histórico Legislativo dos Direitos Autorais no Brasil* e do artigo de **João Paulo Capelotti** sob o título *Memes e Direitos Autorais: reflexões preliminares*.

Na segunda parte abordando o tema das Novas Fronteiras dos Direitos Intelectuais a revista aglutina os trabalhos de **Guilherme Carboni** com uma análise do *Direito de Autor, Acesso ao Conhecimento e à informação no âmbito de bibliotecas e arquivos públicos*, além do artigo de **Cláudio Lins de Vasconcelos** sob o título *Ações e Omissões na Política Nacional de Cultura (2019-2021)*, e de **Isabel Espín Alba** em seu artigo sob o título *Mercado del Arte Y Derecho de Autor: algunos desafios y perspectivas*.

Na terceira parte sobre a temática da Inovação, Direito Digital e Tecnologia a revista recebeu a contribuição de **Walter Godoy dos Santos**, **Ericksson Gavazza Marques** e **Eduardo Barreto Cezar** no artigo sob o título *Abuso do Direito na Propriedade Intelectual*, e também dos pesquisadores da Flacso, Argentina, **Mariano Zukerfeld**, **Santiago Liaudat**, **Maria Sol Terlizzi**, **Carolina Monti** e **Carolina Unzurrunzanga** no artigo sob o título *Um Fantasma Assombra a Ciência, o Fantasma da Pirataria*, e por fim o trabalho da pesquisadora espanhola **Susana Navas Navarro** sob o título *La Obra creada por un sistema de Inteligencia Artificial Autónomo*.

Na quarta parte, encontra-se a o estudo de **Pedro Marcos Nunes Barbosa** com o título a *Obra Audiovisual “Goliath”: um diálogo sobre a ética na advocacia e nos pareceres em Propriedade Intelectual*.

Na quinta e última parte, encontra-se a o parecer de **Victor Gameiro Drummond** sobre *Direitos Autorais e Coautoria em Obra Acadêmica ou Científica com o orientador de trabalho científico*, e por fim, o trabalho de

Francisco Humberto Cunha Filho sob o título *A Tutela Jurídica do Patrimônio Cultural Imaterial: um estudo de direito comparado*.

Diante da riqueza de reflexões e concepções jurídicas acicatadas nesta edição, temos certeza que a leitura e consulta será de grande valia a todos os estudiosos do direito, como a toda comunidade que se interessa pelos temas emergentes na Sociedade Informacional, almejando que sirva de estímulo para difusão de ideias e elaboração de novos trabalhos.

Marcos Wachowicz

Editor



DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE INFORMACIONAL

PARTE I

RRDDIS

DIREITOS AUTORAIS, ATUAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E IMPACTOS GEOPOLÍTICOS

Copyright, performance of the World Intellectual Property Organization and geopolitical impacts

Carolina Raquel Leite Diniz Panzolini¹

RESUMO:

Os ativos relacionados à Propriedade Intelectual têm como matéria-prima o insumo intelectual, de natureza imaterial (intangível), que se relacionam estreitamente com os novos modelos de negócios praticados no ambiente digital. Em termos geopolíticos, a Propriedade Intelectual ganha espaço por ser utilizada como instrumento de avanço no cenário mundial, como um mecanismo de proteção da inteligência e de uso estratégico de transferência de inovação e tecnologia. Todos esses elementos despertam interesse ofensivo dos países, porque os ganhos políticos (capital político alcançado) se somam ao poder econômico, numa ciranda que se retroalimenta e que viabiliza o elemento fundamental do

ABSTRACT:

Assets related to Intellectual Property have intellectual inputs as raw material, of an immaterial (intangible) nature, which are closely related to the new business models practiced in the digital environment. In geopolitical terms, Intellectual Property gains space as it is used as an instrument of progress on the world stage, as a mechanism for the protection of intelligence and for the strategic use of innovation and technology transfer. All these elements arouse the countries' offensive interest because political gains (political capital achieved) are added to economic power, in a feedback loop that enables the fundamental element of control, of a slice of the geopolitical scenario. Thus, the existence of minimum limits of rights and duties is fundamental, as countries need to be

¹ Consultora da ONU - Organização Mundial da Propriedade Intelectual em Direitos Autorais. Tutora da ONU - Organização Mundial da Propriedade Intelectual em Direitos Autorais na WIPO Academy. Doutoranda em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Autónoma de Lisboa. Mestre em Propriedade Intelectual pela Universidade de Brasília (2017/2018). Especialista em Propriedade Intelectual pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (ONU) e Universidade George Mason (Arlington – Virgínia/EUA). Especialista em Política Regulatória pela Universidade de George Washington, School of Business, em Washington- EUA (2011). Foi Diretora de Política Regulatória de Direitos Autorais, do Governo Federal (2016 a 2019), servidora pública federal concursada desde 2010, atualmente licenciada do Governo Federal do Brasil. Professora de Direitos Autorais.

controle, de uma fatia do cenário geopolítico. Assim, a existência de balizas mínimas de direitos e deveres é fundamental, na medida em que os países precisam ser diretrizes, em nível global, para estabelecer ditames regulatórios mínimos de ética e justiça. Portanto, no plano ideal, o cenário geopolítico disputado no âmbito da Organização Mundial de Propriedade Intelectual deve ser pautado por valores de equilíbrio, de respeito à soberania dos países, de *accountability* (transparência, responsabilidade e prestação de contas) e de ética. Do contrário, caso se perca no horizonte os valores relevantes de atuação das agências especializadas da Organização das Nações Unidas, pode-se comprometer os elementos fundamentais de segurança institucional que devem balizar a atuação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual.

Palavras-chave: propriedade intelectual; direitos autorais; internacional.

guidelines, at a global level, to establish minimum regulatory dictates of ethics and justice. Therefore, ideally, the geopolitical scenario disputed within the World Intellectual Property Organization should be guided by values of balance, respect for the sovereignty of countries, accountability (transparency and responsibility) and ethics. Otherwise, if the relevant values of the performance of the specialized agencies of the United Nations are lost on the horizon, the fundamental elements of institutional security that should guide the performance of the World Intellectual Property Organization may be compromised.

Keywords: Intellectual property; copyright; international.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; **1. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL;** **2. PROPRIEDADE INTELECTUAL: GEOPOLÍTICA E SEGURANÇA INTERNACIONAL;** **3. ATUAÇÃO E AGENDA DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL;** **4. CASO CONCRETO DO IMPACTO DA GEOPOLÍTICA E DA SEGURANÇA INTERNACIONAL REGULATÓRIA;** **5. PROPRIEDADE INTELECTUAL E IMPACTOS NA GEOPOLÍTICA E SEGURANÇA INTERNACIONAL;** CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio abordará a perspectiva da geopolítica e da segurança internacional, sob o enfoque da Propriedade Intelectual, a partir da

atuação institucional da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, na qualidade de Agência especializada da Organização das Nações Unidas, para fins de criação de um ambiente regulatório equilibrado, em nível global, de maneira a colaborar para o fomento do desenvolvimento da inovação, da criatividade e da transferência da tecnologia nos países que fazem parte do sistema ONU.

A intenção é aprofundar a análise da dinâmica estabelecida pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual, a partir dos temas que são desenvolvidos e dos resultados obtidos, sob a perspectiva de quatro eixos de análises na área dos Direitos Autorais:

1. Atuação e agenda da Organização Mundial de Propriedade Intelectual;
2. Análise da eficácia do resultado dos debates técnicos para a elaboração de Tratados Internacionais e consequente adesão pelos países membros da Organização Mundial de Propriedade Intelectual;
3. Análise da eficácia da missão institucional da Organização Mundial de Propriedade Intelectual e sua capacidade de colaborar para a construção de marcos internacionais, respeitando-se as soberanias nacionais, com vistas a estabelecer harmonia regulatório-jurídica internacional;
4. Análise da incorporação dos tratados internacionais como um vetor de desenvolvimento da inovação e criatividade dos países do sistema ONU, na área da Propriedade Intelectual.

A Metodologia a ser desenvolvida e aplicada no presente Ensaio será a Dedutiva: a partir da análise da missão institucional da Organização das Nações Unidas e Organização Mundial de Propriedade Intelectual e dos efeitos práticos quanto à adesão e impactos dos tratados internacionais, resultantes dos debates no sistema multilateral, pelos países membros. Os valores a serem considerados serão o equilíbrio e a segurança jurídico-regulatória obtida pelos países membros do sistema multilateral das Nações Unidas.

A Organização das Nações Unidas – ONU desenvolve sua missão institucional, por meio de atividades específicas e discriminadas em áreas de atuações especializadas para cada Agência integrante do sistema da ONU. Em pesquisa ao site oficial da Organização Mundial de Propriedade Intelectual,² é possível depreender a missão da Agência da ONU, nos termos que se seguem:

What is WIPO?

WIPO is the global forum for intellectual property (IP) services, policy, information and cooperation. We are a self-funding agency of the United Nations, with 193 member states.

Our mission is to lead the development of a balanced and effective international IP system that enables innovation and creativity for the benefit of all. Our mandate, governing bodies and procedures are set out in the WIPO Convention, which established WIPO in 1967.

Nesses termos, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual constitui-se em um foro mundial de debate especializado em Propriedade Intelectual, que congrega 193 (dados atuais) países membros³, sob valores colaborativos e com o propósito de gerar desenvolvimento em inovação, em criatividade e fomentar a transferência de tecnologia.

Para se tornar um país membro da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, o país candidato deve depositar um instrumento de ratificação ou adesão na Direção Geral dessa Agência. A Convenção da Organização Mundial de Propriedade Intelectual aceita a inserção de países que façam parte ou tenham aderido a tratados internacionais na área de Propriedade Intelectual, como União de Paris (Propriedade Industrial), União de Berna (proteção literária e artística de obras intelectuais), dentre outros pré-requisitos:

To become a member, a state must deposit an instrument of ratification or accession with the Director General. The WIPO Convention provides that membership is open to any state that is:

² Disponível em: <https://www.wipo.int/about-wipo/en/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

³ Disponível em: <https://www.wipo.int/members/en/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

- *a member of the Paris Union for the Protection of Industrial Property, or member of the Berne Union for the Protection of Literary and Artistic Works; or*
- *a member of the United Nations, or of any of the United Nations' Specialized Agencies, or of the International Atomic Energy Agency, or that is a party to the Statute of the International Court of Justice; or*
- *invited by the WIPO General Assembly to become a member state of the Organization.*

A atuação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual é estruturada em agendas que abarcam temas propostos pelos próprios países membros e que envolvem a realizações de comitês permanentes com periodicidade pré-determinada. Essas reuniões devem produzir debates, em alto nível com a participação das delegações dos países representados. Com frequência, também surgem estudos especializados, em decorrência da realização desses comitês permanentes.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual tem sede em Genebra e atuação em todas as áreas constantes do segmento de conhecimento da Propriedade Intelectual, tais como Direitos Autorais (Direito do Autor e Direitos Conexos), Patentes, Marcas e Indicação Geográfica.

Antes de adentrar as atividades da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, é importante esclarecer o que compõe o vasto ramo da Propriedade Intelectual. Trata-se de uma área da ciência jurídica que abarca uma série de conhecimentos diferentes, mas complementares e que devem ser analisadas de forma sistêmica. A gestão da Propriedade Intelectual deve ser feita de forma estratégica, sob uma perspectiva holística, uma vez que uma mesma criação intelectual pode receber proteções diferenciadas simultaneamente.

Nesse sentido, compõe o ramo da Propriedade Intelectual os segmentos abaixo:

Histórico: origem e evolução do Direito Autoral



- Direitos Autorais: constituem a área da ciência jurídica que protege a criação literária, artística e científica, uma vez constatados elementos de originalidade e elementos mínimos de criatividade, com aspectos estéticos preponderantes, em tecnologia que se conheça ou que se venha a conhecer. No Brasil, os Direitos Autorais estão previstos preponderantemente na legislação brasileira Lei 9610/98⁴ e na Lei especializada em Portugal⁵.
- Marcas: protege os símbolos visuais, ortográficos, sonoros e até olfativos que agregam caráter distintivo a um determinado produto ou serviço, com características próprias e originais, de maneira a preservar a reputação (*good will*) e agregar valores mínimos de respeito à concorrência sadia, em detrimento da concorrência desleal;
- Patentes: trata-se de área jurídica que protege os modelos de utilidade ou os modelos de invenção, ou seja, as criações intelectuais com elementos preponderantes de funcionalidade, com características de inventividade, ineditismo e distintividade;
- Indicação Geográfica: trata-se de um tipo de proteção mais específica, porque protege a criação coletiva sobre um determinado

⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

⁵ Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34475475/view>. Acesso em: 03 dez. 2021.

produto ou serviço. Portanto, diferentemente das proteções de criadores individuais, como no caso das patentes e direitos autorais, a indicação geográfica confere prerrogativas de exclusividade de proteção de uma determina criação ou serviço a uma comunidade, de maneira que a retribuição pecuniária obtida a partir da respectiva exploração econômica deverá reverter para aquela comunidade específica que criou ou identificou os modos de fazer. Ainda estão inseridos no vasto ramo da Propriedade Intelectual, alguns direitos *sui generis* que têm enorme relevância no desenvolvimento da criatividade, inovação e transferência de tecnologia, mas que serão aprofundados oportunamente. Dentre eles, pode-se mencionar:

- Cultivares: trata-se de um direito correlacionado às variedades cultivadas de plantas, à respectiva linhagem e os componentes híbridos, bem como ao tratamento das sementes, de um modo geral. Portanto, trata-se de um ramo da Propriedade Intelectual estratégico para todos os países do Globo, na medida em que agrega elementos jurídicos ao debate da sustentabilidade e da preservação da raça humana;
- Conhecimentos e Expressões Culturais Tradicionais, que podem ser ou não associados a recursos genéticos: são relevantes e normalmente agregados a serviços de turismo e de cultura. Conforme mencionado, também pode ser aplicado a recursos genéticos, em que há ampla exploração na área de patentes, em Propriedade Industrial.
- Programa de Computador: ramo da Propriedade Intelectual que trata da proteção da inteligência relacionada aos softwares e à tecnologia de forma mais estreita e que, embora esteja sob o manto dos Direitos Autorais, no Brasil há uma divisão legislativa e a Lei 9609/98⁶ se incumbe do tema.

A Propriedade Intelectual também estabelece uma correlação estreita com a área da concorrência desleal. Sem dúvida, a sociedade é livre e o

⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm. Acesso em: 05 dez. 2021.

mercado atua de forma mais ampliada, em que a criatividade e a inovação são valores fundamentais, para os mais diversos modelos de negócios. Não obstante, o processo de captação de clientes, deve ser um processo regulamentado com base na ética, transparência e na honestidade, conforme preceituam diversos doutrinadores⁷ especializados sobre o tema:

Não obstante vivermos numa economia de mercado aberta, em que a livre concorrência é considerada salutar ao desenvolvimento e progresso econômico e social, as condutas dos agentes econômicos, que visam a captação de clientela, devem ser objeto de regulamentação. Com efeito, as escolhas dos consumidores devem ocorrer livremente sem ter por base artifícios desleais construídos por quem oferece produtos e presta serviços

A questão da concorrência desleal merece destaque especialmente quanto ao fato de serem atos suscetíveis de criar confusão, em nível global, com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio entregue, inclusive por vias transversais, conforme depreende-se do Código de Propriedade Industrial anotado, Professor Antônio Campos e Luís Couto Gonçalves (Almedina, 2^o, Edl, 2015, p. 499):

... nem sempre os atos concorrenciais têm como objetivo direto e imediato o desvio da clientela, ao afirmar que a concorrência pode procurar não a conquista directa da clientela, mas ter como objetivo primordial a disputa de fornecedores, distribuidores, vendedores ou dos próprios trabalhadores. Esses actos continuam a ser actos de concorrência, porque através deles o que se procura é o melhor apetrechamento da empresa para a conquista de posições vantajosas para o mercado.

Trata-se, portanto, de ciências que se correlacionam de forma profundamente estreita, com impactos globais, a partir de elementos geoe-

⁷ ROBALO, André; ALBUQUERQUE, Carla; LOPES, Inês Vieira; MARCELINO, João; RAMOS, Maria João; GUSMÃO, Miguel; VILELA, Telmo. *In*: CAMPINOS, Antônio (Coord. Geral); GONÇALVES, Luís Couto (Coord. Científica). **Código de Propriedade de Industrial Anotado**, Almedina, 2010, pág. 550.

conômicos e geopolíticos muito específicos. Nesse sentido, em razão de tratar-se de um campo de conhecimento muito vasto, é fundamental delimitar o espectro de abrangência que será utilizado para a análise da reflexão proposta no presente Ensaio, a partir de quais direitos serão analisadas a conduta da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e a sua capacidade em alcançar algum nível de harmonização e segurança regulatória mundial.

Por este motivo, o presente Ensaio se concentrará nas seguintes perspectivas:

- Perspectiva geopolítica e de segurança regulatória dos Direitos Autorais, a partir da agenda estruturada na Organização Mundial de Propriedade Intelectual para discussão desta temática, os principais tratados internacionais sobre a matéria, a respectiva adesão dos países membros e integrantes do sistema ONU a esses compromissos internacionais e o impacto no fomento da inovação e da criatividade no plano global.

1 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Conforme já mencionado, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual constitui-se uma Agência especializada na Organização das Nações Unidas e congrega a reunião de países, mediante a atuação das representações diplomáticas nas agendas de debates.

Uma das funções precípuas da Organização Mundial da Propriedade Intelectual é a estruturação de um sistema multilateral para debates que gerarão marcos legais internacionais sobre diversos aspectos dos Direitos Autorais, que é o tema que será utilizado como instrumento de análise neste ensaio.

Nesse sentido, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual estrutura agendas de comitês permanentes e de desenvolvimento de estudos técnicos específicos, de maneira que cada país membro possa exercer seu poder soberano de votação e de participação em assuntos que lhes sejam estrategicamente importantes.

É imperioso destacar que para os Direitos Autorais, a existência de tratados internacionais sobre determinadas aspectos desta temática é fundamental, porque esta área da ciência jurídica protege criações intelectuais que têm como matéria prima a criatividade, a originalidade, ou seja, o insumo intelectual.

Em tempos de avanço da internet e de migração dos modelos de negócios para o ambiente digital, os Direitos Autorais necessitam de marcos regulatórios internacionais, com direitos e deveres mínimos, de maneira que exista um sistema idealmente harmônico, já que a característica determinante dessa configuração mundial é a ausência de fronteiras para o fluxo de bens intangíveis.

Os tratados internacionais têm a missão de servir, portanto, como compromissos em nível global para os países membros do sistema ONU, que deverão espelhar em suas legislações nacionais o *standard* mínimo previsto no marco regulatório internacional. Um exemplo atual sobre um padrão regulatório mínimo na área dos Direitos Autorais é o prazo de proteção previsto na Convenção de Berna (principal tratado internacional sobre o tema), que é de 50 anos. Desta forma, todos os países signatários da Convenção de Berna, devem respeitar o prazo mínimo de proteção de 50 anos das obras intelectuais, podendo variar para mais tempo de proteção. A Organização Mundial de Propriedade Intelectual mantém a atualização, em tempo real, dos países signatários à Convenção de Berna⁸

Os Direitos Autorais são uma área da ciência jurídica que remonta raízes no plano internacional, portanto há tratados internacionais de grande importância que estabelecem balizas internacionais sobre o tema e que produzem efeitos na legislação nacional para aqueles países que aderem a esses instrumentos globais.

Atualmente, no âmbito dos Direitos Autorais, há alguns tratados e convenções internacionais que estão vigentes e são verdadeiros paradigmas internacionais para a maioria dos países:

⁸ Disponível em: https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15. Acesso em: 12 dez. 2021.

- Convenção de Berna⁹:

Trata-se do primeiro tratado internacional sobre Direitos Autorais e teve sua primeira versão em 1886, tendo sido atualizada em anos seguintes. Esse instrumento internacional confere proteção ao autor e ao titular das obras intelectuais artísticas, científicas e literárias. Em seu texto, há previsões fundamentais a todo o sistema de Direitos Autorais como o tempo de proteção das obras intelectuais, quais as obras intelectuais sujeitas à proteção dos Direitos Autorais, os tipos de modalidades de uso e exploração das obras intelectuais, os direitos morais, os direitos patrimoniais, as limitações e exceções à incidência da proteção dos Direitos Autorais, dentre inúmeros outros dispositivos atuais.

O Brasil aderiu à Convenção de Berna em 6 de fevereiro de 1922 e Portugal aderiu ao referido Tratado em 9 de março de 1911, sendo que um dos últimos países que aderiram à Convenção de Berna foram os Estados Unidos e a China, em razão da dificuldade de adequação dos preceitos contidos nesse instrumento internacional, na legislação doméstica.

- Convenção de Roma¹⁰: trata-se de um instrumento internacional em Direitos Autorais, datado de 1961, direcionado aos artistas intérpretes (atores), produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, os denominados Direitos Conexos. A maior parte dos países democráticos já aderiu à presente Convenção. O seu texto traz previsões importantes quanto aos Direitos Conexos e aos Direitos Autorais, sejam relacionados ao prazo de proteção de Direitos Autorais aos Direitos Conexos, às modalidades de explorações econômicas, às limitações e exceções, dentre outros.

- Trips (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) - Acordo TRIPS (em inglês: *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, em português: *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*), trata-se de um instrumento internacional celebrado em 1994, que marcou o encerramento de uma série de acordos assinados no ano de 1994 e que também

⁹ Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

¹⁰ Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

encerrou a denominada Rodada Uruguai, além de criar a Organização Mundial do Comércio.

Em que pese tratar-se de um instrumento internacional com forte ingerência da Organização Mundial de Comércio, traz em seu bojo dispositivos de Propriedade Intelectual com impacto nas relações comerciais e, por conseguinte, está presente no cenário mundial e nas atividades desenvolvidas pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual. A importância do Acordo TRIPS deve-se ao fato de ter introduzido pela primeira vez a temática da Propriedade Intelectual no sistema multilateral com relevante impacto econômico em vários segmentos na área de inovação e criativa, mundo afora.

O Acordo Trips abarca todos os institutos da Propriedade Intelectual como Direitos Autorais, Patentes, Indicação Geográfica e Desenho Industrial, além de inovar no aspecto do *enforcement* e apresentar dispositivos que efetivamente capacitam os países membros a exigirem o cumprimento da legislação vigente e da proteção da Propriedade Intelectual, com previsão de penalidades para as pessoas físicas e jurídicas que infringirem as regras estabelecidas.

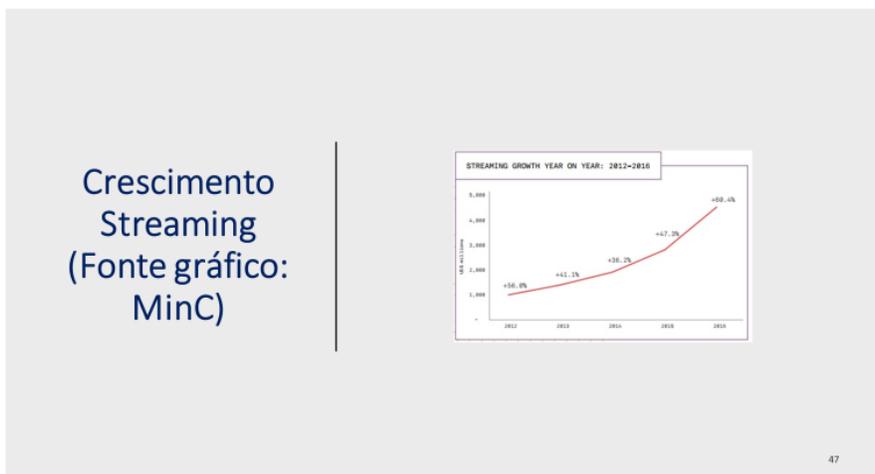
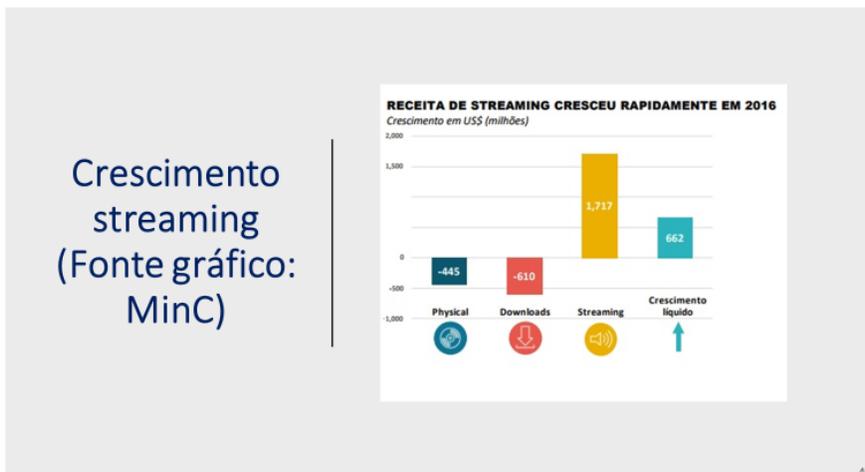
- Os Tratados da internet ¹¹denominados WCT (Wipo Copyright Treaty) e WPPT *WIPO Copyright Treaty e Wipo Performances and Phonogram Treaty*, respectivamente), ambos datados de 1996, também sob a gestão da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, inovam ao apresentar direitos exclusivos para os autores e titulares de direitos autorais no ambiente digital. Esses instrumentos internacionais apresentam novas modalidades de exploração de direitos autorais, relacionados aos atuais modelos de negócios oriundos do ambiente digital, especialmente aos conteúdos veiculados em plataformas de *streaming*, com acessos *on demand*.

Trata-se de um novo momento em que a circulação e a exploração de conteúdos intelectuais ocorrem de forma preponderante no ambiente digital, razão pela era necessária a existência de um marco regulatório

¹¹ Disponível em: https://www.wipo.int/copyright/en/activities/internet_treaties.html. Acesso em: 12 dez. 2021.

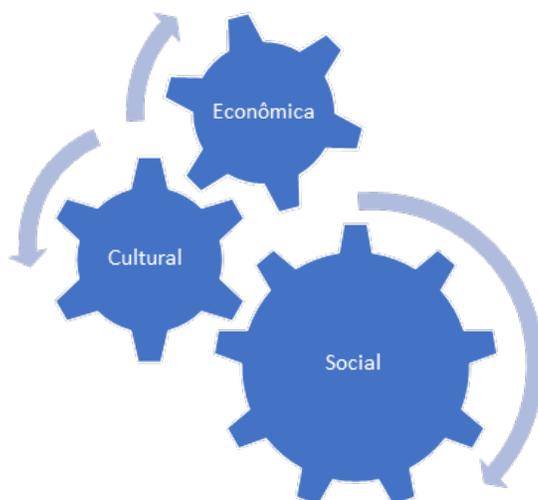
internacional sobre o tema, principalmente ao considerar que a internet é um ambiente sem fronteiras.

O gráfico abaixo demonstra o crescimento recente das cadeias econômicas relacionadas aos serviços de *streaming*, o que corrobora a importância de marcos legais sobre o tema:



2 PROPRIEDADE INTELECTUAL: GEOPOLÍTICA E SEGURANÇA INTERNACIONAL

Todos os tratados mencionados na área de Propriedade Intelectual desempenham um papel crucial para os países integrantes do sistema das Nações Unidas, porque a Propriedade Intelectual utiliza como insumo primordial o ativo intelectual e desempenha um relevante papel para o desenvolvimento da criatividade humano, para o fomento da inovação e para a transferência da tecnologia, sob várias perspectivas diferentes e abrangentes, destes aspectos econômicos, culturais e sociais.



Em regra, os países preveem suas diretrizes políticas em Propriedade Intelectual, mediante princípios e dispositivos em suas respectivas Constituições Federais, ou seja, em suas Cartas Magnas como uma maneira de sinalizar (nacional e internacionalmente) como o País dever implementar e executar estrategicamente suas políticas públicas sobre o tema.

O período de proteção (prazo) dos Direitos Autorais varia de acordo com cada país, mas regra geral, se estabelece quando o direito patrimonial da obra intelectual termina e pode oscilar entre 50 e 100 anos, após a morte do autor. Em seguida a esse período o trabalho ingressa em do-

mínio público. Para os países que seguem a Convenção de Berna, esse período deve ser de, pelo menos, 50 anos após a morte do autor.

O prazo de proteção de uma obra intelectual, determinado por um país, está diretamente relacionado às políticas públicas adotadas por essa nação e essa diretriz tem elementos geopolíticos e geoeconômicos muito estratégicos. Outro aspecto que merece destaque é o contexto histórico em que os direitos autorais desses países são encontrados: *droit d'auteur*, *copyright*, *civil law* ou *common law*. Essa identificação determinará a relevância dos aspectos patrimoniais ou morais dos direitos autorais e a estratégia do tempo de proteção para obras intelectuais nacionais.

No Brasil, as diretrizes políticas e legais da Propriedade Intelectual estão previstas na Constituição Federal de 1988¹², no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, conforme depreende-se, *verbis*:

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

As Constituições Federais indicam a estratégia geopolítica de um determinado País, no âmbito da Propriedade Intelectual, que reflete os aspectos prioritários nacionais, estratégicos de inteligência, inovação e tecnologia, além de elementos de segurança institucional.

¹² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

A maneira como um país desenvolve e implementa suas políticas na área da Propriedade Intelectual, Inovação e Transferência de Tecnologia é fundamental para o seu desenvolvimento e é responsável, em grande medida, por seu Produto Interno Bruto. Em título de exemplo, o Brasil divulgou no ano de 2018, por meio do então Ministério da Cultura, que 2,6% do Produto Interno Bruto brasileiro era atribuído ao impacto da economia das indústrias criativas no País, sem computar nesse percentual os postos de trabalhos indiretos, conforme se depreende no gráfico abaixo:



INDÚSTRIAS CRIATIVAS ABASTECEM A ECONOMIA



2,250 billion \$US
Global CCI Revenue

3% of the world's GDP

Exceed Telecom services revenues (US\$1,570bn)



29.5 million jobs
Global CCI Employment

1% of the world's active population

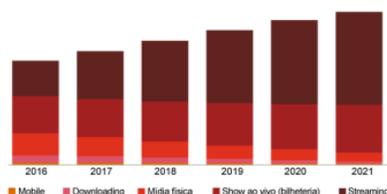
Surpass combined jobs of Automotive industry in Europe, Japan, and US (25 million)

CISAC: "Cultural Times - The First Global Map of Cultural and Creative Industries" publicado pela EY (<http://www.worldcreative.org/>)

Os Direitos Autorais colaboram para criar um ambiente regulatório equilibrado, ético e transparente para diversas cadeias econômicas relevantes para a economia dos países, especialmente a área cultural do Brasil que é bastante relevante, no cenário internacional:

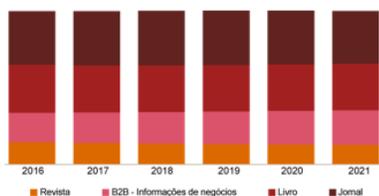
DADOS E TENDÊNCIAS SOBRE O CONSUMO DE MÚSICA NO BRASIL

Gastos do consumidor para ouvir música no Brasil 2017 – 2021 (US\$ Milhões).
Fonte: PSW



DADOS E TENDÊNCIAS SOBRE CONSUMO DE OBRAS LITERÁRIAS NO BRASIL

• Gastos do consumidor para ler no Brasil 2017 – 2021 (US\$ Milhões)
Fonte: PWC



E razão da importância do tema, o Brasil tem desenvolvido um Plano Nacional de Estratégia em Propriedade Intelectual¹³, no âmbito do Governo Federal, com a participação de diversos órgãos da Administração Pública Federal brasileira, com o propósito de alinhar e consolidar uma posição estratégica coesa para o posicionamento do Brasil em PI, no plano nacional e internacional.

O panorama geopolítico internacional na área de Propriedade Intelectual é resultado de um sistema político/regulatório nacional e internacional que se retroalimenta. Nesse complexo tabuleiro mundial, o valor da segurança e do equilíbrio tem sido valores prioritários nos sistemas multilaterais das Nações Unidas.

Em nível global, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual implementou nos últimos anos uma agenda para o desenvolvimento¹⁴ que visa desenvolver e implementar uma série de políticas, ações e temas especialmente direcionados para aqueles países considerados em desenvolvimento, com o propósito de conferir equilíbrio ao panorama mundial da Propriedade Intelectual, entre o acesso e a proteção às criações intelectuais, ao mesmo tempo em que visa propor o fomento da inovação e a distribuição da transferência tecnológica de forma estratégica.

3 ATUAÇÃO E AGENDA DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Conforme já restou informado, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual é uma Agência especializada em Propriedade Intelectual, integrante do sistema das Organizações das Nações Unidas. Assim, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual constitui-se um foro global de debate¹⁵, com participação soberana, equilibrada e equânime de

¹³ Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/politica-industrial/estrategia-de-propriedade-intelectual-no-Brasil-2020/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

¹⁴ Disponível em: <https://ww.wipo.int/ip-development/en/agenda/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

¹⁵ Disponível em: <https://www.wipo.int/about-wipo/en/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

todos os países membros, a partir do respeito de suas respectivas soberanias, independentemente da sua capacidade econômica ou, geopolítica.

Atualmente, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual conta com 193 membros, dentre eles, podemos mencionar alguns exemplos: Portugal ingressou à OMPI em 1975¹⁶, Brasil ingressou à OMPI em 1975¹⁷, Estados Unidos ingressaram à OMPI em 1970¹⁸ e a China ingressou à OMPI em 1980¹⁹.

Dentre suas atribuições da Organização Mundial de Propriedade Intelectual incluem-se a atuação como foro altamente qualificado de debate, a produção de estudos específicos, a implementação e a execução de núcleo de mediação e arbitragem e a gestão de tratados internacionais sobre Propriedade Intelectual.

A lógica dos trabalhos da Organização Mundial de Propriedade Intelectual é desenvolvida a partir da preservação da autonomia e soberania dos países membros que deverão sinalizar e orientar as diretrizes, as demandas e as ações que deverão ser adotadas, principalmente nas assembleias gerais (governança) e nos comitês técnicos especializados²⁰, que são os principais foros de decisão políticas da Agência.

Nesse sentido, a racionalidade dos trabalhos parte da iniciativa e do movimento dos países membros para a Organização Mundial de Propriedade Intelectual, que executará e fará a gestão das políticas e ações que serão desenvolvidas.

Dentre os principais foros de decisões e diretrizes políticas da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, podemos mencionar:

¹⁶ Disponível em: https://www.wipo.int/members/en/details.jsp?country_id=142. Acesso em: 12 dez. 2021.

¹⁷ Disponível em: https://www.wipo.int/members/en/details.jsp?country_id=23. Acesso em: 12 dez. 2021.

¹⁸ Disponível em: https://www.wipo.int/members/en/details.jsp?country_id=179. Acesso em: 12 dez. 2021.

¹⁹ Disponível em: https://www.wipo.int/members/en/details.jsp?country_id=38. Acesso em: 12 dez. 2021.

²⁰ Disponível em: <https://www.wipo.int/about-wipo/en/assemblies/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

1. Assembleia Geral²¹: as reuniões normalmente ocorrem no segundo semestre de cada ano, dentre os meses de setembro e outubro, e tem como principal escopo tratar de assuntos relacionados à governança da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, ou seja, questões orçamentárias, administrativas, de transparência, de responsabilidade e de prestação de contas (*accountability*).
2. Comitês especializados: trata-se de foro de discussão especializado em cada área da Propriedade Intelectual que delibera questões específicas acerca do tema proposto. Os debates podem envolver propostas e análises de estudos técnicos, sugestões de temas para a agenda permanente e provisória, além de textos de tratados internacionais e gestão de tratados internacionais. Na área dos Direitos Autorais, há o Comitê Permanente de Direitos Autorais (*Standing Committee Copyright and Related Rights*²²) que acontece duas vezes ao ano (uma vez a cada semestre) e delibera sobre uma série de temas relevantes distribuídos em sua agenda.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual também tem por missão a gestão da elaboração de textos de tratados internacionais, sua implementação e a observância/enforcement do seu cumprimento. Os temas desenvolvidos nas agendas permanentes dos comitês especializados podem evoluir para o debate de um tratado internacional e os países, por meio de suas representações diplomáticas, formalizarão suas manifestações.

O resultado desses debates pode dar ensejo a um texto de tratado internacional que para entrar em vigência deve prever um quantitativo mínimo de quórum de países (normalmente é de 20 países), cuja formalização deverá ser depositada no âmbito da Organização Mundial de Propriedade Intelectual.

Após a elaboração, implementação e entrada em vigor de um determinado tratado internacional, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual faz a gestão desses instrumentos internacionais e acompanha

²¹ Disponível em: https://www.wipo.int/about-wipo/en/assemblies/2020/a_61/index.html. Acesso em: 12 dez. 2021.

²² Disponível em: <https://www.wipo.int/policy/en/sccr/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

sua internalização/adesão pelos países membros, assim como a respectiva observância, provendo, inclusive, suporte tecnológico e jurídico, caso necessário.

Esse foi o recente movimento do Tratado de Marraqueche²³, que é um instrumento internacional com relevantes elementos de segurança internacional, porque tem por escopo o intercâmbio transfronteiriço de obras intelectuais, além de forte impacto no mercado editorial e um viés preponderantemente social, com aspectos geopolíticos direcionados aos países em desenvolvimento.

Atualmente, a Organização Mundial de Proteção Intelectual faz a gestão dos seguintes tratados internacionais, na área dos Direitos Autorais, conforme pode-se depreender do site institucional da Agência²⁴:

“Copyright-related treaties administered by WIPO

- *Beijing Treaty on Audiovisual Performances*
- *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*
- *Brussels Convention Relating to the Distribution of Program-Carrying Signals Transmitted by Satellite*
- *Geneva Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of Their Phonograms*
- *Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled*
- *Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations*
- *WIPO Copyright Treaty (WCT)*
- *WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)*”

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual também permite que observadores²⁵ participem dos trabalhos da Assembleia Geral e

²³ Disponível em: https://www.wipo.int/marrakesh_treaty/en/. Acesso em: 12 dez. 2021.

²⁴ Disponível em: <https://www.wipo.int/policy/en/sccr/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

²⁵ Disponível em: <https://www.wipo.int/about-wipo/en/observers/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

dos comitês especializados em Propriedade Intelectual. Referidos observadores integram titulares de direitos de diferentes segmentos, desde as comunidades que defendem a proteção do direito exclusivo de proteção da Propriedade Intelectual, bem como segmentos da sociedade mundial que defendem a flexibilização dos direitos exclusivos e a ampliação das liberdades e exceções.

Para participar na qualidade de observador, a entidade deve fazer sua inscrição na própria Organização Mundial de Propriedade Intelectual, mediante alguns critérios previamente estabelecidos. A partir dos observadores é fundamental para estabelecer o equilíbrio e a democracia da participação, além de preservar aspectos geopolíticos, já que viabiliza a não concentração dos debates em setores e países mais desenvolvidos ou mais influentes em determinados assuntos.

Nesse sentido, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual acolhe a participação de titulares de direitos de diferentes segmentos, cadeias econômicas e indústrias da propriedade intelectual, além de organizações não governamentais, instituições filantrópicas ou sem fins lucrativos, em todos os casos, os observadores são oriundos de diferentes países do mundo. Os observadores não podem votar, porque somente os países o fazem, por meio do seu poder soberano, mas podem obter apoio de países para os seus pleitos e, ainda, podem agregar valor positivo aos debates, porque contribuem com dados, estudos e informações do mercado.

Análise da eficácia do resultado dos debates técnicos para a elaboração de Tratados Internacionais e consequente adesão pelos países membros da Organização Mundial de Propriedade Intelectual;

4 CASO CONCRETO DO IMPACTO DA GEOPOLÍTICA E DA SEGURANÇA INTERNACIONAL REGULATÓRIA

Para o avanço da análise do impacto geopolítico e de segurança regulatória internacional, sob o espectro da Propriedade Intelectual, faz-se necessário compreender o conceito de tratado internacional e qual é a

sua função no escopo mundial. Domingos Pereira de Sousa, em sua obra *Direito da União Europeia*, (2018, pág. 84) dispõe:

Os Tratados, fonte primária ou originária de direito europeu, são convenções internacionais de tipo clássico, produto exclusivo da vontade soberana dos Estados contraentes, que foram concluídos em conformidade com as regras de direito internacional e no respeito das respectivas normas constitucionais nacionais.

Na mesma obra (pág. 85), o autor mencionado ressalta a natureza constitucional dos tratados e a possibilidade de se localizar o que pode ser denominado por “bloco de constitucionalidade”, ou seja, são as normas ou dispositivos ordenadores que não podem ser postos em causa por qualquer norma estabelecida pela União Europeia ou pelos seus órgãos competentes.

Domingos Pereira de Sousa ainda esclarece (pág. 85/86):

Embora não se trate de uma verdadeira constituição política, em sentido próprio, os Tratados (TUE e TFUE) ocupam, juntamente com as constituições dos Estados membros, o lugar do topo na hierarquia do direito vigente na ordem jurídica europeia e as suas disposições prevalecem sobre todos os atos e normas de direito derivado e sobre os ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados membros.

Ainda como bem pontuou Domingos Pereira de Sousa em sua obra *Direito da União Europeia* (2018), pág. 85:

Estes Tratados estabelecem os objetivos fundamentais da União Europeia, a estrutura institucional e respectivas económicas, definem as bases essenciais de direito económico, financeiro e social da União e bem assim as disposições relativas à salvaguarda da ordem jurídica europeia instituída.

Os tratados internacionais estabelecem um paralelo com as diretivas europeias. Em leitura à obra de Domingos Pereira de Sousa (Direito da União Europeia, 2018), é possível depreender algumas (dentre inúmeras) características das Diretivas Europeias, dentre elas: 1. São um instrumento de harmonização legislativa; 2. Tratam-se de um método de legislação por etapas, vinculam os Estados membros quanto ao resultado; 3. As Diretivas vinculam os Estados destinatários; 4. Os Estados membros têm liberdade para escolher o ato jurídico da transposição da diretiva; 5. As Diretivas gozam da prerrogativa da aplicabilidade imediata, salvo previsão expressa em contrário.

No caso da Convenção de Berna, sua aplicabilidade estende-se para todos os países que sejam seus signatários²⁶, para além dos países da União Europeia. Esse Tratado pode ser considerado a principal referência internacional, na área dos Direitos Autorais, e estabelece balizas importantes com relevante impacto em diversas cadeias econômicas em nível global. Ademais, a Convenção de Berna ainda exerce um papel fundamental como vetor de direção e de dispositivos que deverão ser espelhados nas legislações nacionais, dos países que sejam signatários daquele instrumento internacional.

A Convenção de Berna teve sua primeira versão constituída em 1886 e depois foi submetida a algumas versões, mundo afora. Nos dias atuais, esse tratado ainda se constitui um importante paradigma regulatório para os países signatários, como pode-se observar por exemplo a partir do prazo mínimo de proteção das obras literárias e científicas, no Artigo 7, 1) da Convenção de Berna²⁷ nos termos discriminados abaixo: *“ARTIGO 7 1) A duração da protecção concedida pela presente Convenção compreende a vida do autor e cinquenta anos após a sua morte.”*

O dispositivo 7 1) da Convenção de Berna que trata sobre o tempo de proteção das obras intelectuais é um excelente exemplo para se com-

²⁶ Disponível em: https://www.wipo.int/treaties/en/ActResults.jsp?act_id=26. Acesso em: 12 dez. 2021.

²⁷ Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec73-1978.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2021.

preender os impactos da perspectiva geopolítica e segurança regulatória internacional

Trata-se de um dispositivo de importância estratégica para todos os países signatários da Convenção de Berna, porque impõe limites ao tempo de proteção das obras intelectuais. Portanto, para todo aquele que aderir a esse Tratado é imperioso que estabeleça a previsão, na sua legislação nacional, do prazo de proteção mínimo de 50 anos, que pode ter variações para sua extensão.

Em termos práticos, isso significa que os países signatários da convenção de Berna não podem prever em suas legislações domésticas o prazo de proteção inferior a 50 anos. Referida exigência provoca uma harmonização regulatória mínima no cenário mundial, na medida em que prevê um lapso temporal de proteção as obras intelectuais, em nível global.

A Convenção de Berna tem por missão ser um instrumento de harmonização regulatória internacional e vincula os Estados membros quanto aos seus dispositivos nacionais. Os países signatários de Berna têm liberdade para escolher o caminho regulatório doméstico para acolher a determinação internacional, ou seja, para fazer a transposição do Tratado. Nesse sentido, embora a Convenção de Berna tenha vigência imediata para todos aqueles que a aderirem, seu processo de internalização será gradual, na medida em que os países têm a prerrogativa da adequação regulatória, conforme atender melhor os seus interesses, enquanto ente soberano.

5 PROPRIEDADE INTELECTUAL E IMPACTOS NA GEOPOLÍTICA E SEGURANÇA INTERNACIONAL

O prazo mínimo de proteção das obras intelectuais gera impactos globais diferentes nas seguintes dimensões:

1. Segurança Internacional: esse é um valor almejado por tratados internacionais, na medida em que visa estabelecer uma harmonização regulatória, em nível global, para que os países tenham balizas mínimas de deveres e direitos, obrigações e limites. Dessa forma, a segurança inter-

nacional é obtida quando se evita ou se procura corrigir assimetrias entre os países, gerando um cenário internacional mais equilibrado e fluido.

A segurança internacional também pode ser ressaltada no âmbito da Propriedade Intelectual uma vez que os tratados internacionais submetidos à gestão da OMPI agregam valores de respeito à soberania de cada país, independentemente da sua condição ou dimensão econômica ou política no contexto internacional.

2. Geopolítica: a dimensão geopolítica está evidenciada na agenda permanente da Organização Mundial de Propriedade Intelectual seja por vias diretas ou indiretas.

Sob o viés direto do impacto geopolítico, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual desenvolve programas específicos para países em desenvolvimento, com o propósito de estabelecer um equilíbrio no panorama mundial entre os países membros do sistema²⁸. Por exemplo, a Agenda de Desenvolvimento da OMPI garante que as metas de desenvolvimento façam parte integrante do trabalho da OMPI. A implementação efetiva da Agenda de Desenvolvimento, incluindo a incorporação de suas recomendações em nossos programas substantivos, é uma prioridade fundamental. A adoção da Agenda de Desenvolvimento foi um marco importante para a OMPI.

A Agenda foi formalmente estabelecida pelos Estados membros da OMPI em 2007, em uma decisão que incluiu a adoção de 45 recomendações da Agenda de Desenvolvimento, agrupadas em seis grupos, e o estabelecimento de um Comitê de Desenvolvimento e Propriedade Intelectual (CDIP).

Portanto, a Agenda de Desenvolvimento da Organização Mundial de Propriedade Intelectual é uma política da OMPI que agrega uma série de ações voltadas para os países menos favorecidos economicamente, com o propósito de estabelecer um equilíbrio no cenário global, na área da Propriedade Intelectual e por conseguinte buscar a correção de algumas assimetrias geopolíticas e geoeconômicas.

²⁸ Disponível em: <https://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual também desenvolve um trabalho na área de cooperação entre países²⁹ por meio da assistência governamental e individual no uso e exploração da Propriedade Intelectual para o desenvolvimento econômico, para a construção de parceria público-privada para enfrentar desafios mundiais e, por fim, cooperação com Estados membros para desenvolver uma estrutura global de respeito à Propriedade Intelectual.

Este trabalho, em especial, tem propósitos claramente geopolíticos, na medida em que prevê o desenvolvimento de ações como:

- Assistência governamental e individual no uso de Propriedade Intelectual para o desenvolvimento econômico;
- Construção e elaboração de parcerias público-privadas para o enfrentamento dos desafios globais; e
- Cooperação entre Estados membros no desenvolvimento de estruturas globais em respeito à Propriedade Intelectual.

Nessas ações, as perguntas padrões normalmente feitas são:

What key sectors have been identified as the country's main economic and social pillars? Which of these sectors have policies and strategies in place? What visions, missions and key objectives have been identified for each of these sectors? d. Which of these objectives and action plans can be addressed through the promotion of IP rights?

Os trabalhos são desenvolvidos sob os pilares abaixo:

1. IP creation:
2. IP commercialization:
3. IP legal framework:
4. IP administration:
5. IP enforcement:

Entende-se que uma estratégia nacional de Propriedade Intelectual fortalece a capacidade de um país de gerar ativos de PI economicamente valiosos. Todos os países têm riquezas na forma de capital humano; obras

²⁹ Disponível em: <https://www.wipo.int/cooperation/en/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

literárias e artísticas; artesanato e folclore; e ativos genéticos e biológicos. Uma estratégia de Propriedade Intelectual ajuda as nações a desbloquear esses ativos de maneira planejada, eficiente e sustentável.

Nesse sentido, estratégia nacional de propriedade intelectual (PI) é um conjunto de medidas formuladas e implementadas por um governo para incentivar e facilitar a criação, desenvolvimento, gerenciamento e proteção eficazes da PI em nível nacional. Uma estratégia de PI também pode ser definida como um documento nacional abrangente que descreve como todos os desenvolvimentos de políticas relacionadas à PI e a implementação desses desenvolvimentos devem ocorrer de maneira coordenada dentro de uma estrutura nacional.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual também desenvolve estudos técnicos especializados e análises de mercados, que auxiliam os países a implementarem suas ações e políticas públicas.

Para aqueles países com desafios econômicos, políticos e regulatórios consideráveis, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual disponibiliza subsídios que envolvem expertise técnica humana e tecnológica, como é o caso de Cabo Verde, durante todo o processo recente de aprimoramento e implementação do sistema de gestão coletiva (arrecadação e distribuição de Direitos Autorais), em que a OMPI atuou de forma colaborativa.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual utiliza dessa estratégia para intercambiar expertise e capacidade técnica e tecnológica de países mais estruturados economicamente com um vetor de equilíbrio no cenário geopolítico da Propriedade Intelectual.

Mas, há questionamentos sobre a agenda da Organização Mundial de Propriedade Intelectual e como a atuação dessa Agência ocorre de forma efetivamente neutra, sem beneficiar unilateralmente alguns países, ou blocos econômicos.

A lógica da atuação da OMPI ocorre exatamente a partir das demandas dos próprios países membros, ou seja, são esses países por meio de suas delegações e da sua capacidade soberana de atuação que apresentam itens na agenda da Organização Mundial de Propriedade Intelectual.

Portanto, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual, idealmente, atua em interesse dos interesses equilibrados, legítimos e da maioria dos países membros, respeitando-se a soberania econômica e política de todos, dos menos aos mais desenvolvidos.

A Geopolítica também é uma realidade retratada na rotina da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, uma vez que é inegável a pujança econômica de alguns países e blocos econômicos e sua capacidade de articulação na Organização Mundial de Propriedade Intelectual. Outro aspecto geopolítico evidenciado nesta Agência é a própria atuação dos lobbies profundamente estruturados e influentes, uma vez que estabelecem estreita relação com a atuação regulatória dos países e com a prática local (caso da Suíça, que sedia a Organização Mundial de Propriedade Intelectual).

Portanto, até que ponto a atuação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual é neutra? Até que ponto a atuação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual atende a interesses geopolíticos e econômicos nacionais, regionais e internacionais?

Trata-se de uma questão com frequência enfrentada e apresentada, por alguns países e entes, como crítica à atuação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual que poderia, aos olhos de alguns críticos, ser tendenciosa aos interesses de alguns países e blocos econômicos.

Por exemplo, no debate sobre o Tratado de Radiodifusão³⁰ que incorpora interesses vultosos de Organizações de Radiodifusão, o avanço do texto tem agradado mais aos interesses da União Europeia, por estar em alinhamento com a legislação regional. Trata-se de uma discussão que se estende por mais de 20 anos, na Organização Mundial de Propriedade Intelectual e já polarizou interesses de gigantes no cenário mundial como os Estados Unidos e o bloco econômico da União Europeia.

É importante esclarecer que a agenda da Organização Mundial de Propriedade Intelectual relacionada ao Tratado de Radiodifusão durante muitos anos não avançou, em razão de oposição institucional de algumas

³⁰ Disponível em: https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=272250. Acesso em: 12 dez. 2021.

delegações diplomáticas, sendo que nos últimos anos (desde 2017) houve um avanço na discussão sobre o Tratado, inclusive com a sinalização de uma Convenção Diplomática³¹, que é o ápice do debate na Organização Mundial de Propriedade Intelectual e quando se desenha um texto mínimo para votação em plenário entre os países membros.

Portanto, o Tratado de Radiodifusão é um exemplo de avanço nos debates da Organização Mundial de Propriedade Intelectual a partir de *inputs* geopolíticos de países que foram determinantes para o desbloqueio dessa agenda com a perspectiva da construção de um marco legal internacional no segmento dos Organismos de Radiodifusão, com imenso impacto econômico. Nesse contexto, é possível mencionar como países estratégicos para esse avanço o próprio Brasil, Estados Unidos, Japão e o Bloco Econômico da União Europeia.

A dimensão geopolítica é evidenciada de diferentes formas e em diferentes arenas. Na Organização Mundial de Propriedade Intelectual os interesses defendidos representam protagonismo de poder, na área de Propriedade Intelectual, o que determina a proteção ou o acesso a insu- mos intelectuais, inovação, transferência de tecnologia, dados e inteligência, sob diferentes modelos de negócios e cadeias econômicas.

Nos últimos meses, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual foi palco de importante disputa de espaço geopolítico, que engloba inúmeros interesses diretos de países relevantes no cenário mundial e dos seus aliados. Essa disputa aconteceu para cargo de Diretor da Organização Mundial de Propriedade Intelectual e começou com muitos candidatos, mas ao final, acabou pela polarização entre dois fortes candidatos: uma representante da China e outro representante de Singapura, cujo aliado mais forte era os Estados Unidos[29].

Trata-se de uma batalha por uma parcela de poder muito relevante no âmbito das Nações Unidas, com desdobramentos geopolíticos concretos. Apesar de todos os esforços da China em avançar e obter êxito perante a direção da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, o

³¹ Disponível em: https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=405458. Acesso em: 12 dez. 2021.

candidato representante da Singapura ganhou e sua vitória representou o desejo de uma série de países aliados, como já mencionado os Estados Unidos.

A queda de braço entre China e Singapura também representou a polarização geopolítica entre duas linhas de pensamentos, no âmbito da Propriedade Intelectual, diametralmente opostas. A China, inclusive, é considerada um País campeão em pirataria, ou seja, na utilização, reprodução e exploração econômica de produtos intelectuais não autorizados. Nessa linha de conduta e, apesar da sinalização do interesse em respeitar regulações internacionais, a China vem avançando sem a prática efetiva de respeito às regras estabelecidas pela comunidade internacional.

A questão inevitável de análise desse recente cenário é: até que ponto a segurança institucional da Propriedade Intelectual, no âmbito mundial, estaria preservada, caso a China tivesse obtido êxito na eleição para a direção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual? Trata-se de um País que historicamente não se coaduna às regras internacionais de Propriedade Intelectual.

Nesse contexto de disputa geopolítica, a China se destaca de forma contundente, mas somente há pouco tempo tem se submetido e se inserido no cenário regulatório mundial de Propriedade Intelectual. Uma evidência é a recente adesão da China à Convenção de Berna, que se constitui um dos principais marcos legais internacionais sobre o tema e, mesmo assim, o referido País foi um dos últimos a formalizar sua adesão, porque isso lhe geraria uma série de obrigações de *compliance* ao texto proposto.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente Ensaio, resta evidente a relação estratégica entre o ramo da Propriedade Intelectual e o cenário geopolítico e de segurança institucional no plano global.

Os ativos relacionados à Propriedade Intelectual têm como matéria-prima o insumo intelectual, de natureza imaterial (intangível), que se

relacionam estreitamente com os novos modelos de negócios praticados no ambiente digital.

A Propriedade Intelectual também agrega aspectos de inovação e de inteligência tanto de empresas, quanto de estruturas governamentais e sua gestão eficaz (ou ineficaz) pode impactar de forma considerável a sobrevivência corporativa ou estatal.

Em termos geopolíticos, a Propriedade Intelectual ganha espaço por ser utilizada como instrumento de avanço no cenário mundial, como um mecanismo de proteção da inteligência e de uso estratégico de transferência de inovação e tecnologia. Todos esses elementos despertam interesse ofensivo dos países, porque os ganhos políticos (capital político alcançado) se somam ao poder econômico, numa ciranda que se retroalimenta e que viabiliza o elemento fundamental do controle, de uma fatia do cenário geopolítico.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual pode ser considerada uma grande Agência regulatória internacional, na medida em que atua como gestora de tratados internacionais, viabiliza a elaboração de marcos estratégicos regulatórios locais e subsidia tecnicamente os países soberanos. Essa atuação é relevante e fundamental no cenário internacional, especialmente nos dias atuais, em que os modelos de negócios migraram maciçamente para a internet e, por conseguinte, os insumos intelectuais, matérias primas utilizadas, nas transferências de direitos patrimoniais e de tecnologia, mundo afora não encontra barreiras e alcançou uma escala que revolucionou as relações humanas, nas últimas décadas.

Nesse sentido, regulações nacionais, que esgotam as demandas o plano nacional e limitadas às soberanias locais, não atendem ao esperado no momento, o que justifica a atuação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, com o propósito de tornar o ambiente regulatório internacional mais equilibrado, transparente e ético.

Nesse contexto de intensa fruição de direitos intelectuais no cenário internacional e no ambiente digital, não há que se falar em fronteiras e os conceitos de tempo e espaço ficam mais fluidos. Portanto, a existên-

cia de balizas mínimas de direitos e deveres é fundamental, na medida em que os países precisam ser diretrizes, em nível global, para estabelecer ditames regulatórios mínimos de ética e justiça.

Por outro lado, não há como negar o intenso jogo de interesses dos países e das indústrias por trás das negociações no âmbito da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, trata-se de espaço geopolítico, com impactos econômicos evidentes, além da segurança institucional das nações envolvidas.

Portanto, no plano ideal, o cenário geopolítico disputado no âmbito da Organização Mundial de Propriedade Intelectual deve ser pautado por valores de equilíbrio, de respeito à soberania dos países, de *accountability* (transparência, responsabilidade e prestação de contas) e de ética. Do contrário, caso se perca no horizonte os valores relevantes de atuação das agências especializadas da Organização das Nações Unidas, pode-se comprometer os elementos fundamentais de segurança institucional que devem balizar a atuação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo, Editora do Brasil, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro (RJ), Ed. Lumen Juris: 2003.

AFONSO, Otávio. **Direito Autoral, conceitos essenciais**. Instituto Pensarte, 2009.

AVANCINI, Helenara Braga. **O Paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites aos Direitos de Autor**. Porto Alegre (RS), Brasil, 2004

AMORIM, J. A.; MISKULIN, R.G.S.. Multimídia para Educação e Formação de Professores em Tecnologia Digital. **Revista de Educação PUC - Campinas**

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 1268 p.

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 328 p.

BASSO, Maristela. **Propriedade intelectual na era pós-OMC**: especial referência aos países latino-americanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 120 p.

BEVILAQUA, Clovis. **Senado Federal, Conselho Editorial**. Data de publicação: 2003. Coleção história do direito brasileiro. Direito civil ; 3

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da concorrência desleal**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. 98 p. Reeditado por: Carlos Alberto Bittar Filho.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda**. São Paulo, Ed. RT, 1977.

CABRAL, Plínio. **Direito Autoral**: dúvidas e controvérsias. São Paulo: Harbra, 2000.

CASELLI, Piola. In: **Trattati del diritto de autore e del contrato di edizione**, 1927.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948.

FERNANDES, Milton, 2001, **Proteção da Intimidade**, São Paulo, Saraiva.

FICSOR, Mihály. **La Gestión Colectiva del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos**. Genebra (Suíça), OMPI, 2002.

GANDELMAN, Heinrich. **Guia Básico dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro, Ed. Globo, 1982.

G. M. RAZI. **Le droit sur les nouvelles**, Paris, 1952.

M. Kretschmer; E. Derclaye; M. Favale; R. Watt. **The Relationship between Copyright and Contract Law**: A Review commissioned by the UK Strategic Advisory Board for Intellectual Property Policy (SABIP), 2010

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de Autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

MANSO, Eduardo Vieira. **A Informática e os direitos intelectuais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**, FGV, Editora, Rio, 2008.

PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais**. São Paulo (SP). Livraria e Editora Lúmen Júris Ltda, 2004.

PIMENTA, Eduardo S. **Dos Crimes contra a Propriedade Intelectual**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.

PLÍNIO, Cabral. **Direito Autoral: dúvidas e controvérsias**. São Paulo, Rideel, 2009.

Robalo, André. **Código de Propriedade Industrial Anotado**, Coord. Geral de Antônio Campinos e Coord. Científica de Luís Couto Gonçalves, 2010, Almedina.

ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo, Ed. Irmãos Vitale, 2001.

ROSE, Lance. **NetLaw: Your Rights in the Online World** Paperback – Import, 1995, Amazon.

SANTIAGO, Vanisa, 1995. **Gestão Coletiva dos Direitos de Autor e Conexos. Associações de Titulares e o ECAD. Arrecadação e Distribuição de Direitos no Exterior**. II Seminário Internacional da OMPI sobre Propriedade Intelectual. Belo Horizonte

SOUSA, Domingos Pereira. **Direito da União Europeia**. Quid Juris, Sociedade Editora, 2018.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias. **Direito Autoral**. 2ª Edição Revista – 2003. Brasília Jurídica.

SITES PESQUISADOS

Convenção de Berna – Adesões

https://www.wipo.int/treaties/en/ActResults.jsp?act_id=26. Acesso em: 12 dez. 2021.

Convenção de Roma – Adesões

https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=17. Acesso em: 12 dez. 2021.

Tratados da Internet – Adesões

WIPO Copyright Treaty

https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16. Acesso em: 12 dez. 2021.

WIPO Performances and Phonograms Treaty

<https://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

WIPO: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>. Acesso em: 12 dez. 2021.

Portal da Indústria: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/politica-industrial/estrategia-de-propriedade-intelectual-no-Brasil-2020/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

RRDDIS

O HISTÓRICO LEGISLATIVO DOS DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL

The legislative history of Copyright in Brazil

Eduardo Salles Pimenta¹

RESUMO:

O presente artigo aborda de forma crítica a evolução histórica da tutela jurídica dos Direitos Autorais no Brasil, buscando uma compreensão dos valores sociais e sua integração com outros sistemas legislativos. Analisando os antecedentes social e legislativo evolutivo da proteção dos Direitos Autorais no país, observa-se que os princípios dos Tratados Internacionais sobre Direitos Autorais estão inseridos no ordenamento jurídico, bem como os valores.

Palavras-chave: Direitos Autorais; Evolução Histórica; Tratados Internacionais.

ABSTRACT:

This article critically approaches the historical evolution of the legal protection of Copyright in Brazil, seeking an understanding of social values and their integration with other legislative systems. Analyzing the evolutionary social and legislative antecedents of the protection of Copyright in the country, it is observed that the principles of the International Treaties on Copyright are inserted in the legal system, as well as the values.

Keywords: Copyright; historical evolution; International Treaties.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; **1. A TÉCNICA LEGISLATIVA;** **2. ANTECEDENTE SOCIAL E LEGISLATIVO EVOLUTIVO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS;** **3. HISTÓRICO DOS ATOS INTERNACIONAIS;** **3.1. CONVENÇÃO DE BERNA: HISTÓRICO;** **3.2. ADESÃO DO BRASIL À CONVENÇÃO DE BERNA;** **4. PONTOS EM COMUM NOS TRATADOS SOBRE DIREITOS AUTORAIS;** **5. OS PRINCÍPIOS COMUNS DOS ATOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITO DE AUTOR (BERNA - INTERAMERICANA - UNIVERSAL - REGISTRO DE AUDIOVISUAIS - TRIP'S);** **6. OS PRINCÍPIOS COMUNS DOS ATOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS CONEXOS AOS DIREITOS DE AUTOR (ROMA – GENEVRA - TRIP'S);** CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (1986). Especializado pela Fundação Getúlio Vargas RJ (1988). Pós graduação Estacio de Sá - *Lato sensu* (1999). Foi aluno de mestrado (2007) e doutorado (2011) com concentração em Direitos Autorais da FADISP, onde concluiu os respectivos créditos. Professor Adjunto do curso de Direito na UNIP - Alphaville. Autor de livros e artigos.

INTRODUÇÃO

Compreender o evolutivo histórico da proteção dos direitos auto-raís, implica em compreender os valores sociais do país e sua integração com outros povos e países, refletido na lei positiva, e por consequência no ordenamento jurídico.

De modo que compreender os signos alfabéticos, que expressam a ideia de valores sociais, a formar a palavras, frases e períodos, e por sua vez interpreta-los é inerente ao homem médio, a quem a lei é direcionada, como pressuposto regulador da sociedade: ordem social. Daí “*A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.*” (art. 193 da CF)

Identificar os diplomas e a hierarquia, com a prevalência de diplomas nacionais e internacionais integrado no ordenamento jurídico pátrio é o nosso objetivo. Considerando a demonstração da técnica legislativa, segundo o que é fixado em lei, de forma a materializar valores agregadores a lei existente.

As fontes históricas literárias. físicas e digitais, serviram de escólio para o evolutivo desse estudo, com necessário fluxograma.

1 A TÉCNICA LEGISLATIVA

O DECRETO Nº 9.191, DE 1º DE NOVEMBRO DE 2017, determina: *Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado.*

Portanto, tona-se necessário o destaque de alguns artigos, do citado Decreto, com vistas a compreensão normativa emanada do poder legislativo a refletir os valores e princípios sociais.

Decretos

Art. 4º Os decretos terão numeração sequencial em continuidade à série iniciada em 1991.

Parágrafo único. Os decretos pessoais não serão numerados e não conterão ementa.

Objeto e assunto

Art. 7º O primeiro artigo do texto do ato normativo indicará, quando necessário, o seu objeto e o seu âmbito de aplicação.

§ 1º O âmbito de aplicação do ato normativo delimitará as hipóteses abrangidas e as relações jurídicas às quais o ato se aplica.

§ 2º O ato normativo não conterá matéria:

I - estranha ao objeto ao qual visa disciplinar; e

II - não vinculada a ele por afinidade, pertinência ou conexão.

Art. 8º Matérias idênticas não serão disciplinadas por mais de um ato normativo da mesma espécie, exceto quando um se destinar, por remissão expressa, a complementar o outro, considerado básico.

Art. 9º Ato normativo de caráter independente será evitado quando existir ato normativo em vigor que trate da mesma matéria

Parágrafo único. Na hipótese de que trata o *caput*, os novos dispositivos serão incluídos no texto do ato normativo em vigor.

2 ANTECEDENTE SOCIAL E LEGISLATIVO EVOLUTIVO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

A harmonização do ordenamento jurídico com os atos internacionais, demonstra os valores sociais importados e seu ingresso no ordenamento jurídico interno.

Contudo, constitui princípio elementar da boa hermenêutica que a lei não contém palavras inúteis, cabendo ao exegeta interpretá-la de molde à harmonização do ordenamento jurídico positivo. O Ministro CARLOS MAXIMILIANO, nesse particular, já advertia que “a letra não traduz a idéia, na sua integridade: “provoca, em alheio cérebro, o abrolhar de um produto intelectual semelhante, jamais idêntico, ao que a fórmula é chamada a

expressar. Eis porque a todos se antolha deficiente, precária, a exegese puramente verbal. Basta recordar que às vezes se escreve capítulo extenso, e até um livro, para expressar, o menos incompletamente possível, uma só idéia. Os vocábulos só designam a face principal, a propriedade mais visível de um objeto.(...) São as palavras símbolos apenas. Agrupadas, enfeixam, em reduzida síntese, um processo complexo de pensamentos. Cabe ao aplicador do direito desdobrar as idéias consubstanciadas no bloco (...)"².

Observa de J. J. CALMON DE PASSOS: “o saber jurídico é terreno extremamente perigoso, resvaladio, pantanoso, cambiante, repleto de ciladas e camuflagens. Nosso saber é todo ele feito de palavras e com nada o homem manobra mais irresponsavelmente do que com palavras. Para que o direito se revista de um mínimo de cientificidade e mereça algum respeito dos demais estudiosos das ciências humanas, cumpre a nós, que nos apelidamos de juristas, adotar um rigor técnico terminológico mais rígido, o que pede de nós sempre deixarmos bem claro que sentido damos às palavras que usamos, todas elas carregadas de equivocidade, capazes de gerar incomunicação antes que comunicação. (...) Também o direito pode ser objeto de rigor científico, mesmo sendo, como é, um saber hermenêutico”³

Na Constituição Federal vigente, tem claramente o princípio da reserva legal insculpido na letra: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” (art.5, II da CF).

Essa é lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.”⁴

² MAXMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 6ª ed., 1957, pp. 153-4.

³ J. J. CALMON DE PASSOS **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 8ª ed., 1998, VIII/17-8.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. RT, 1986, p.230.

Dentre os limites distintivos do que vem a ser princípios, o art. 60, IV da Constituição define que o capítulo dos direitos fundamentais, que compreende o art.5, são princípios, dentre eles os de direitos autorais (art.5, *caput* e os incisos IX - este inciso deve ser interpretado em consonância com o disposto no art.220, par.1- , XXVII, XXVIII e XLV) e os princípios dos tratados internacionais do qual o Brasil seja parte (art. 5, par. 2). Estes direitos fundamentais, segundo a constituição (art.5, par.1) tem aplicação imediata.

Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (*omissis*)...

§ 1^o As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

§ 2^o Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (*omissis*)...

Tem-se claro, que no ordenamento jurídico brasileiro, existem regras explícitas, que permite a harmonia do ordenamento jurídico. A Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Lei 12.376/2010) nos dá essas diretrizes de harmonia do ordenamento jurídico:

Art. 2^o Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1^o A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2^o A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Isso nos leva a compreensão simples de que, no ordenamento jurídico tem diversos regramentos e todos devem viver harmonicamente. Assim, destacamos a proteção da criação intelectual enunciada na Lei 9610/98, que:

Art. 115. Ficam revogados os arts. 649 a 673 e 1.346 a 1.362 do Código Civil e as Leis nºs 4.944, de 6 de abril de 1966; 5.988, de 14 de dezembro de 1973, **excetuando-se o** art. 17 e seus §§ 1º e 2º; 6.800, de 25 de junho de 1980; 7.123, de 12 de setembro de 1983; 9.045, de 18 de maio de 1995, **e demais disposições em contrário, mantidos em vigor as** Leis nºs 6.533, de 24 de maio de 1978 e 6.615, de 16 de dezembro de 1978.

Por certo, que os valores principiológico dado pelos tratados, em relação a lei interna brasileira, especificamente em relação aos princípios constitucionais são os valores de natureza aderente aos princípios constitucionais (art. 5 §2 da CF), ou aos princípios de direitos autorais.

A exemplo, art. 115 do Decreto 18.871/1929 - *Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana, (Código Bustamente)* extraído das páginas do site do Senado Federal:⁵

Artículo 115. La propiedad intelectual y la industrial se regirán por lo establecido en los convenios internacionales especiales ahora existentes o que en lo sucesivo se acuerden.

A falta de ellos, su obtención, registro y disfrute quedarán sometidos al derecho local que las otorgue.

Todavia, os diplomas internacionais nos dão solução para solução de conflito de valores, a maior para o autor o criador intelectual, como o retrocitado, ou como os a seguir expostos:

⁵ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/435904/publicacao/15693455>. Acesso em: 05 dez. 2021.

IV Conferência Internacional Americana - Buenos Aires - 1910 - Dec.11.588, de 19 de maio de 1915)

Art.3 - O reconhecimento do direito de propriedade obtido em um Estado, de conformidade com suas leis, surtirá de pleno direito seus efeitos em todos os demais, sem necessidade de ter nenhuma outra formalidade, sempre que sempre que apareça na obra qualquer manifestação que indique a reserva da propriedade.

Convenção de Berna - DECRETO No 75.699, DE 6 DE MAIO DE 1975

Artigo 19

As disposições da presente convenção não impedem que se reivindique a aplicação de disposições **mais amplas que venham a ser promulgadas na legislação de qualquer país unionista.**

TRIP's – DECRETO Nº 1.355, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1994⁶

ARTIGO 3

Tratamento Nacional

1. Cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual, salvo as exceções já previstas, respectivamente, na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados. No que concerne a artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organizações de radiodifusão, essa obrigação se aplica apenas aos direitos previstos neste Acordo. Todo Membro que faça uso das possibilidades previstas no Artigo 6 da Convenção de Berna e no parágrafo 1 (b) do Artigo 16 da Convenção de Roma fará uma notificação, de acordo com aquelas disposições, ao Conselho para TRIPS.

Percebe-se que a generalidade dos princípios para a proteção dos direitos autorais, em um mundo integrado pela internet, decorre dos tra-

⁶ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FEB2032D16965954FAF5D99B3318AE86.node1?codteor=500720&filenome=LegislacaoCitada+-PL+1893/2007. Acesso em: 05 dez. 2021.

tados internacionais. Enquanto, a lei ordinária caberá a positivação de valores específicos.

Veremos, os princípios de direitos autorais dado pela lei que os regula (9610/98), e a correspondência de valor enunciado nos atos multilaterais, aos quais o Brasil ratificou.

É a proteção de forma eficaz e uniforme quanto possível, os direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas. Dentro de princípios fundamentais, em condições mínimas, respeitado as condições de desenvolvimento de cada Estado membro, *mutatis mutandis*, temos princípios fundamentais:

Tratamento nacional: Consiste na equiparação de proteção legal, que é dada a uma obra criada por autores locais, às obras criadas por autores de outro Estado-Membro.

Proteção automática: A proteção não está subordinada ao cumprimento de nenhuma formalidade.

Independência da proteção: Esta proteção independe da existência da proteção no país de origem da obra.

Quanto as obras: A proteção se estende a todas as produções no âmbito literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo de expressão.

Quanto aos direitos exclusivos do autor, respeitado as reservas, limitações ou exceções: O direito de traduzir, de fazer adaptações.

No Período de Guerra: A guerra mundial de 1914-1918 entre a Alemanha, Austro-húngara e diversos membros da União de Berna, resultou na suspensão da Convenção em uma grande parte de Estados, ademais são colocados em sequestro os direitos de autor dos inimigos provocando uma pluralidade de publicações contrafeitas. Este período chegou ao fim após o Tratado de Versalhes e de Saint-Germain, reestabelecendo a situação antes da guerra: DECRETO Nº 43.956, DE 3 DE JULHO DE 1958 ⁷

⁷ DECRETO Nº 43.956, DE 3 DE JULHO DE 1958.

Promulga o Acôrd entre os Estados Unidos do Brasil e a República Federal da Alemanha sobre Restauração dos Direitos de propriedade Industrial e de Direitos Autorais atingidos pela II Guerra Mundial, firmado no Rio de Janeiro a 4 de setembro de 1953.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, havendo o Congresso Nacional aprovado, pelo Decreto Legislativo nº 39, de 15 de dezembro de 1957, o Acôrdio sôbre Restauração dos Direitos de Propriedade Industrial e dos Direitos Autorais atingidos pela II Guerra Mundial assinado no Rio de Janeiro, a 4 de setembro de 1953, entre os Estados Unidos do Brasil e República Federal da Alemanha; e havendo sido ratificado, pelo Brasil, por Carta de 22 de janeiro de 1958, e tendo sido efetuada, em Bonn, a 23 de maio de 1958, a troca dos instrumentos de ratificação:

Decreta que o mencionado Acôrdio apenas por cópia ao presente Decreto, seja executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Rio de Janeiro, em 3 de julho de 1958; 137º da Independência e 70º da República.

JUSCELINO KUBITSCHKE.

José Carlos de Macedo Soares

ACÔRDO SÔBRE RESTAURAÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E DIREITOS AUTORAIS ATINGIDOS PELA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL ENTRE OS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL E REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA.

O Govêrno dos Estados Unidos do Brasil e o Govêrno da República Federal da Alemanha, desejosos de regular nas relações entre os dois Países, a situação dos direitos da propriedade industrial e dos direitos autorais atingidos pela segunda guerra mundial, resolveram celebrar o presente Acôrdio.

Para êsse fim o Presidente dos Estados Unidos do Brasil e o Presidente da República Federal da Alemanha nomearam seus Plenipotenciários, a saber:

O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil:

Sua Excelência o Senhor Dr. Vicente Ráo, Ministro de Estado das Relações Exteriores, e

O Presidente da República Federal da Alemanha:

Sua Excelência o Senhor Dr. Fritz Oellers, Embaixador Extraordinário e Plenipotenciário da República Federal da Alemanha no Rio de Janeiro, e

Sua Excelência o Senhor Dr. Vollrath Freiherr Von Maltzan, Diretor Geral do Ministério das Relações Exteriores da República Federal da Alemanha os quais, após haverem exibido reciprocamente os seus Plenos Poderes achados em boa e devida forma no seguinte:

Artigo 1º

A partir da data de entrada em vigor do presente Acôrdio, ficarão revogadas as medidas legislativas adotadas pelo Govêrno da República dos Estados Unidos do Brasil em virtude da segunda guerra mundial e relativas aos direitos de patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, marcas de indústrias ou de comércio, títulos de estabelecimento, insígnias comerciais e frases de propaganda, existentes no Brasil em nome de súditos alemães.

Artigo 2º

I - Os direitos e depósitos de pedidos de súditos alemães que, em virtude da legislação de guerra, estejam na data da assinatura do presente Acôrdio, incorporados ao Patrimônio Nacional, serão restituídos na situação de direito em que se encontravam na data da referida incorporação, aos antigos titulares alemães desde que o requeiram perante o Departamento Nacional da Propriedade Industrial, dentro do prazo de um ano a contar da data em que entrar em vigor o presente Acôrdio e mediante o pagamento de uma taxa especial de expediente de Cr\$200,00 (duzentos cruzeiros).

II - Transcorrido o prazo acima estabelecido, serão considerados extintos os direitos e depósitos de que trata o presente artigo cuja restituição não tenha sido requerida pelos respectivos titulares.

III - Quando aos direitos de que trata o artigo 1º e que foram incorporados ao Patrimônio Nacional e posteriormente transferidos por doação, o Governo brasileiro promoverá entendimentos com os seus atuais detentores no sentido de obter a restituição dos mesmos direitos aos seus antigos titulares alemães.

Artigo 3º

Será concedido o prazo de um ano a partir da entrada em vigor do presente Acôrd aos titulares dos direitos reconhecidos pela Convenção da União de Paris, para executarem, sem sobretaxa ou penalidade, qualquer ato, preencherem qualquer formalidade, pagarem qualquer taxa e em geral satisfazerem qualquer obrigação prescrita pelas leis e regulamentos para a conservação dos direitos de propriedade industrial que tiverem sido restituídos na forma do artigo 2º do presente Acôrd, como também cujos registros expiraram, antes da data da incorporação ao Patrimônio Nacional.

Artigo 4º

Os direitos restaurados em virtude do disposto no artigo 2º não estarão sujeitos a qualquer emolumento ou taxa por ventura devidos no período em que estiverem incorporados ao Patrimônio Nacional.

Artigo 5º

Nos casos em que o Governo dos Estados Unidos do Brasil haja concedido a terceiros o uso de patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, marcas de indústria ou de comércio, títulos de estabelecimentos insignias comerciais e frases de propaganda de nacionais alemães, essa concessão expirará na data da reversão do direito ao antigo titular alemão respeitados, porém, todos os seus termos e condições os contratos de arrendamento por escritura pública em vigor.

Artigo 6º

I - No cálculo do prazo previsto para a entrada em vigor da exploração de uma patente ou de um modelo de utilidade, se uso de uma marca de fábrica ou de comércio, da exploração de um desenho ou de um modelo industrial, como também do prazo de 3 anos previsto na alínea 2 do artigo 6º bis da Convenção da União de Paris não será computado o período compreendido entre 3 de setembro de 1939 e a data da entrada, em vigor do presente Acôrd.

II - As patentes, marcas de fabricas ou de comércio, modelos de utilidade e modelos industriais ou desenhos, que a 3 de setembro de 1939 se achavam ainda em vigor não poderão ser atingidas por quaisquer das sanções previstas no artigo 5º da convenção da União de Paris, antes de decorridos dois anos contados da data da entrada em vigor do presente Acôrd.

Artigo 7º

Os prazos de prioridade previstos no artigo 4º da Convenção da União de Paris para a proteção da Propriedade Industrial, para o depósito de pedidos de patentes de invenção e modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, bem como o registro de marcas de indústria ou de comércio que não haviam expirado a 3 de setembro de 1939 e aqueles iniciados depois dessa data, mas antes do dias da assinatura do presente Acôrd, serão prorrogados por ambas as Partes Contratantes, em favor dos nacionais da outra parte, pelo prazo de um ano a contar da entrada em vigor do presente Acôrd.

Artigo 8º

Consideram-se pedidos na forma do artigo 7º todos os depósitos efetuados em qualquer país vinculado a Convenção da União de Paris, inclusive os pedidos depositados nas repartições alemãs competentes.

Artigo 9º

O prazo estabelecido pela legislação das duas Partes Contratantes para a reivindicação de prioridade não se extinguirá, para os pedidos indicados no artigo 7º supra, antes de um ano a contar da data da entrada em vigor do presente Acôrdo.

Artigo 10

Se em conseqüência dos efeitos da guerra, a repartição alemã competente estiver impedida de passar certidões comprovantes do depósito será reconhecida a prioridade reivindicada, mediante declaração da repartição alemã competente sôbre o conteúdo e a data do correspondente primeiro depósito.

Artigo 11

As pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas ou estabelecidas no território de uma das Partes e que, depois de 3 de setembro de 1939 mas antes da data da assinatura do presente Acôrdo tenham de boa fé começado a exploração de um invenção, de um modelo de utilidade de um desenho ou modelo industrial pertencente a nacionais da outra parte, cujos pedidos de proteção se venham a realizar na forma do artigo 7º poderão continuar essa exploração nas condições previstas pela legislação local vigente.

Artigo 12

Os benefícios do presente Acôrdo são aplicáveis:

I - Às pessoas físicas de nacionalidade alemã, independentemente do seu domicílio atual, bem como às pessoas jurídicas organizadas de acôrdo com as leis alemãs;

II - Às pessoas físicas de nacionalidade brasileira, independentemente do seu domicílio atual, bem como às pessoas jurídicas organizadas de acôrdo com a legislação brasileira.

Artigo 13

Os dispositivos do artigo 1º também serão aplicáveis aos direitos autorais pertencentes a súditos alemães.

Artigo 14

As disposições do presente Acôrdo serão também aplicáveis ao Estado de Berlim, se o Govêrno da República da Alemanha fornecer ao Govêrno da República dos Estados Unidos do Brasil a correspondente declaração.

Artigo 15

O presente Acôrdo é feito nas línguas portuguesa, alemã e francesa, em caso de divergência na interpretação dos textos português e alemão, prevalecerá o texto francês.

Artigo 16

O presente Acôrdo será ratificado e entrará em vigor, imediatamente, depois da troca dos instrumentos de ratificação, a qual se efetuará em Bonn.

Em fé do que, os Plenipotenciários acima nomeados firmaram o presente Acôrdo em dois exemplares e lhes apõem os seus respectivos selos.

Da lei de direitos autorais (9610/98) destaco o princípio que existe identidade correlacionada nos atos internacionais, quanto a pessoa do autor:

Art. 2º Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes.

Vimos, que os princípios dos tratados internacionais sobre direitos autorais, estão inseridos no ordenamento jurídico, bem como os valores.

3 HISTÓRICO DOS ATOS INTERNACIONAIS

O primeiro tratado internacional, pela data, 1886, a proteger os direitos autorais sobre a criação intelectual foi a Convenção de Berna, do qual o Brasil é signatário – Decreto 75.699/75.

3.1 Convenção de Berna: Histórico

Um dos tratados que caracteriza a história, visando a unificar os direitos autorais no Mundo foi a Convenção de Berna, que foi antecedida por um Congresso de Bruxelas, realizado em 1858, e alguns fatos ocorridos na França.

A história da Convenção de Berna está atrelada a história do direito de autor na França. Em 1761, pela primeira vez, foi concedido o direito

Feito na cidade do Rio de Janeiro aos quatro dias do mês de setembro de mil novecentos e cinquenta e três.

VICENTE RÁO

Fritz Oellers

Vollrath Fr. V. Maltzan

de hereditariedade aos filhos de La Fontaine para publicarem “Fables”. Em 1777, o Conselho do Rei restituiu à família de Fénelon o privilégio de contratar as edições sobre suas obras. Neste mesmo ano, por iniciativa de Beaumarchais, agrupou os escritores de teatro em conflito com os comediantes franceses. E em 30 de agosto de 1777, inspirado por Malesherbes, o Conselho do Rei, formalizou o que veio a ser o primeiro Code de la propriété intellectuelle, onde o direito de autor era tido como forma de privilégio.

Na Revolução Francesa (1789) os direitos de autor vieram a ser classificado como uma propriedade, usando os argumentos de John Locke, para a propriedade.

Já em 1837, um movimento realizado na França, por autores literários, com a iniciativa de mobilização de Victor Hugo, Alexandre Dumas, Honoré de Balzac e Meissonnier, resultou em 1851, na criação da SACEM, sociedade de gestão coletiva criada por autores, escritores e compositores musicais.

Em 1858, o Congresso de Bruxelas fez a seguinte proposta:

O Congresso reputa que o princípio do reconhecimento internacional da propriedade de obra literária e de arte em favor do autor deva estar previsto na legislação de toda população civil.

“E comunicado que este princípio deva ser admitido país por país, ainda que ausente a reciprocidade.

E comunicado que é assimilado ao autor estrangeiro ao nacional deve ser absoluta e completa.

Convém obrigar o autor estrangeiro a formalidade particular, a fim que seja meio para invocar e de conseguir o direito de propriedade, ou deve bastar a ação que ele tenha cumprido para ter esse direito, que havia atendido a formalidade exigido pela lei do seu país dele?

E desejável que todo os países adotem, para a propriedade da obra literária e de arte, uma legislação fundada sobre base uniforme.⁸

⁸ ESPERSON, Pietro. **De Diritti Di Autore sulle Opere dell' ingegno**. Torino – 1899, p.11/12.

Em 1878, a Exposição Universal de Paris reuniu um Congresso Literário e Artístico Internacional, que idealizou a criação de uma União Geral para a adoção de leis uniformes entre os países, ideia que surgiu da Associação Literária e Artística Internacional, criada, durante a Exposição, por Victor Hugo, Alexandre Dumas, Honoré de Balzac e Meissonnier.

Em 1882, esta Associação organizou outro Congresso, onde ergueu duas correntes: A latina, que defendia a adoção de uma lei-tipo; e a germânica que propunha a convenção-modelo. A corrente germânica sobrepuôs a latina, por esta implicar em diversos tratados entre os países, já a germânica visa a hegemonia dos valores para a proteção dos direitos de autor.⁹

O governo suíço ficou com o ônus de viabilizar a reunião, que ocorreu em Berna, com três reuniões: a primeira, em 1884; a segunda, em 1885, com 16 países participantes; a terceira, em 9 de setembro de 1886, formalizou a Convenção de Berna, que entrou em vigor a 5 de dezembro de 1887, composta inicialmente por dez países (Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Grã-Bretanha, Haiti, Itália, Libéria, Suíça, Tunísia) onde todos os países Unionistas comprometiam-se, especialmente no campo do direito uniforme, a proteger a obra literária, artística e científica.

Posteriormente, foi completada em Paris a 4 de maio de 1896 pelo Ato Adicional de Paris, que entrou em vigor a 9 de dezembro de 1897, estabeleceu em seu artigo 18 que a ela poderiam aderir os demais países que na sua legislação assegurassem a proteção legal dos direitos, objeto da referida convenção.

Revisada em Berlim a 13 de novembro de 1908. Esta revisão, que entrou em vigor a 9 de setembro de 1910, foi ampliada em Berna a 20 de março de 1914 pelo Protocolo Adicional de Berna, que entrou em vigor a 20 de abril de 1915. Reexaminada em Roma a 2 de junho de 1928, entrou em vigor a 1 de agosto de 1931, sendo modificada em Bruxelas a 26 de junho de 1948. Esta revisão, que entrou em vigor a 1^o de agosto de 1951, foi alterada em Estocolmo, a 14 de julho de 1967. A revisão de Estocolmo

⁹ BASSO, Maristela. **O direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. p.89.

não entrou em vigor no tocante às disposições de fundo, as quais foram alteradas pela revisão seguinte; entraram em vigor as disposições administrativas no princípio de 1970, acrescidas, em 14 de julho de 1971, pela revisão de Paris, que entrou em vigor a 10 de outubro de 1974.¹⁰

Na Revisão de Roma ficou mantida a remuneração anterior dos artigos, acrescentando “Bis” para a complementação, resultante da Revisão. Já na Revisão de Bruxelas os acréscimos em alguns artigos vieram com o indicativo de “Ter”.

O referido diploma internacional estabeleceu dois princípios centrais: o princípio da reciprocidade (regime internacional de codificação do direito que obriga os Estados signatários a concessão aos estrangeiros do tratamento igual ao nacional, e o respeito a certos direitos estabelecidos pela Convenção); e o princípio do direito mínimo (consiste no mínimo de proteção concedida pelo direito convencional).

A Convenção de Berna criou um Bureau Internacional de la Propriété Intellectuelle, colocado sobre a autoridade do governo suíço, cujo objetivo é o de centralizar todas as informações relativas à proteção do direito de autor, assim como fornecer informações, realizar estudos e fornecer serviços que visem facilitar a proteção dos direitos do autor (art. 24, parágrafos 4^o e 5^o).

3.2 Adesão do Brasil à Convenção de Berna

O Brasil aderiu a Convenção de Berna, em 09 de fevereiro de 1922, vindo a ser promulgada pelo Decreto 15.330, de 21 de junho de 1922.

Posteriormente, na quarta revisão, que foi adiada por causa da primeira Grande Guerra, realizando-se em Roma de 07 de maio a 02 de junho de 1928. Teve adesão de mais cinquenta países, sendo promulgada no Brasil, pelo Decreto 23.270, de 24 de outubro de 1933.

¹⁰ FERNANDES, Milton. Ob. cit., p. 14-15 e PORTUGAL. **Guia da Convenção de Berna** - OMPI, p. 6.

1889/1890	É realizado o I Congresso Sul Americano, no Uruguai, versando a proteção de obras literárias e artísticas. No mesmo ano de 1889, pelo decreto n. 10.353, de 14 de setembro, manda executar o ajuste entre o Brasil e Portugal sobre a Propriedade das Obras literárias e artísticas. <u>Até esse momento o Brasil não tinha no ordenamento jurídico interno uma lei que regulasse a proteção aos direitos autorais, mas já havia aderido a acordo internacional protegendo os direitos autorais.</u> Nota-se falamos em época histórica do fim do Império.
1890	Cód. Penal - Sancionada o DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890, deu proteção a obra intelectual, em seu art. 347: Art. 347. Traduzir e expor á venda qualquer escripto ou obra, sem licença do seu autor: Penas - as mesmas do artigo antecedente. Esta proibição não importa a de fazer citação parcial de qualquer escripto, com o fim de crítica, polemica, ou ensino.
1898	Sancionada a Lei n.496/98, 1ª lei a regular os Direitos Autorais
1906	Realizada a III Conferência Pan Americana, aprovado pelo Decreto n.2393, de 31 de dezembro de 1910 e promulgando a Convenção Pan-americana objeto do Decreto n. 9.191/1911
1917	Entrada em vigor da Lei n. 3.701/16 – Código Civil, regulou os Direitos Autorais, 2ª lei a regular os Direitos Autorais.
1922	Semana de Arte Moderna – Brasil adere a Convenção de Berna- Decreto n. 4.541, de 06/02/1922, aprova a Convenção Internacional consignada em Berlim em 13 de novembro de 1908, com sede em Berna, para proteção das obras literárias e artísticas.
1928	Dec.23.270 de 24/10/1933, Promulga a Convenção de Berna para proteção das obras literárias e artísticas em Revista em Roma, prevendo a proteção aos Direitos Morais.

1929	Decreto n. 18.871 – de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana - Cuba (Código Bustamente), adotada na Sexta Conferência Internacional Americana. Destaque para o art. 115. A propriedade intelectual e a industrial regular-se-ão pelo estabelecido nos convenios internacionaes especiaes, ora existentes, ou que no futuro se venham a celebrar.
1932	Código Penal - Decreto n. 22.213 – de 14 de dezembro de 1932. Aprova a Consolidação as Leis Penais -
1940	Código Penal - Decreto-lei nº 2.848 - de 07 de dezembro de 1940 -
1952	Decreto n. 48.458, de 4 de julho de 1960, promulga a Convenção Universal sobre Direito de Autor concluída em Genebra a 6 de setembro de 1952
1961	Decreto n.57.125, 19 de outubro de 1965, promulga a Convenção Interamericana para proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão.
1971	Decreto n. 76.906, de 24 de dezembro de 1975, promulga a Convenção sobre a proteção de produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada de seus fonogramas.
1973	Sancionada a Lei n.5.988/73, 3ª lei a regular os Direitos Autorais
1975	Dec. 75.541 de 31/03/1975, promulga a convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual
<u>1978</u>	Sancionada a Lei n.6.533/78, regula a profissão de artista e dá outras providências
1984	Cód. Penal - Sancionada a Lei nº 7.209 - de 11 de julho de 1984, deu nova redação ao <u>Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940</u> ,

1987	Lei n. 7646 de 18 de dezembro de 1987, Dispõe quanto à proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País e dá outras providências.
1993	Cód. Penal - Sancionada a Lei n. 8.695, deu nova redação ao art.184
1994	Decreto n.1355, de 30 de dezembro de 1994, promulga a ata final que incorpora os resultados da rodada Uruguai de negociações do GATT
1998	A Lei 9609/98 - Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências - Sancionada a Lei n.9610/98, 4ª lei a regular os Direitos Autorais.
2003	Cód. Penal - Sancionada a Lei n.10.695, deu nova redação ao art.184
2014	Marco Civil da Internet - Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

4 PONTOS EM COMUM NOS TRATADOS SOBRE DIREITOS AUTORAIS

Contudo ressaltamos a finalidade de cada um dos principais tratados sobre direitos autorais.

A **Convenção de Berna**: E proteger de forma eficaz e uniforme quanto possível os direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas. Dentro princípios fundamentais, em condições mínimas, respeitado as condições de desenvolvimento de cada Estado Membro, Mutatis Mutandis.

A **Convenção de Roma**: E proteger de forma eficaz e uniforme quanto possível os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Deixando intacta e não afetando, de qualquer modo, a proteção do direito de autor

sobre as obras literárias e artísticas. Dentro princípios fundamentais, em condições mínimas.

Sobretudo, impedir a utilização, quer por radiodifusão, ou por comunicação as execuções ou interpretações, as fixações e as reproduções sem o consentimento de quem seja titular do direito patrimonial. No caso dos produtores fonográficos, sobre os seus fonogramas quando titular, de autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta e a inclusão em outras obras.

A Convenção Universal: O objetivo é proteger os autores através de sistema menos rigoroso que a Convenção de Berna, para propiciar a adesão dos países que haviam negado aderir a Convenção de Berna. A diferença, que fez com que a Convenção Universal seja menos rigorosa e a ausência de proteção ao direito moral. Esta ausência foi uma omissão proposital para facilitar maior número de adesões de países (como os Estados Unidos) que não assinaram a Convenção de Berna por haver a previsão de proteção ao direito moral do autor.

Outra diferença é o regime de licença *obrigatória* de tradução, que deverão adequar-se as legislações nacionais. Além da *criação* de um *Comitê* Intergovernamental para estudar os problemas relativos a aplicação e funcionamento da Convenção, bem como os problemas relacionados com a proteção internacional de direitos de autor, em colaboração com os organismos internacionais e intergovernamentais (UNESCO, OEA etc).

Todavia, a Convenção Universal estabelece que as suas disposições não podem afetar os acordos anteriores (Convenção de Berna, outros acordos bilaterais e multilaterais), e se um país se retirar da Convenção de Berna não pode recorrer a presente Convenção para obter a proteção autoral. (Vide declaração anexa ao art. XVII, letra “a”)

Acordo de Trip’s é parte integrante do Acordo Constitutivo da OMC, cuja finalidade básica é a implantação dos princípios do GATT 1994, pela cooperação internacional, transparência, a interação entre tratados internacionais, interpretação evolutiva, com um fato singular TRIP’s não admite reservas.

Acordo que criou a OMPI, teve por finalidade apoiar as Uniões existentes, mantendo as atividades e destacar por suas iniciativas.

Em Berna existem princípios primeiros os quais denominamos de básicos, que são: a) o de tratamento nacional, em que os países signatários da Convenção devem dar proteção a obra intelectual originária de qualquer outro país da Convenção tal e dá a obra de seus nacionais; b) direitos mínimos, o qual os países signatários devem conceder o mínimo de proteção, segundo a proteção estipulada pela Convenção.

Podemos destacar genericamente os princípios comuns dos atos internacionais sobre direitos de autor:

5 OS PRINCÍPIOS COMUNS DOS ATOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITO DE AUTOR (BERNA - INTERAMERICANA - UNIVERSAL - REGISTRO DE AUDIOVISUAIS - TRIP'S)

Objeto de proteção:

Berna: Art.2, 1

Universal: Art.1

OMPI: Art.3

Acordo de TRIP'S (GATT): Art.1, Art.2, Art.7, inciso 2, Art.8, Art.9 e Art.10

Tratamento nacional

Berna: Art.3, 1; Art.5, Art.6

Universal: Art.II

OMPI: Art.3

Acordo de TRIP'S (GATT): Art.3

Definições

Roma: Art.3

Genebra: Art.1

Acordo de TRIP'S (GATT): Art.10

Objeto de proteção

Berna: Art.2, 1e2

Universal: Art.1

Obras derivadas

Berna: Art.8, 2, Art.11 ter e art.12

Universal Art.V

Independência do suporte material e o direito sobre criação

Berna: Art.2, 2

Objeto de proteção

Berna: Art.2,2

Acordo de Trip's: Art.9,2

Autoria

Berna: Art.3, Art.15,1

Universal: Art.III

Titularidade

Universal: Art. V e VI

Direito Moral

Berna: Art.6 bis

Universal Art.I, Art.II

Extensão dos direitos morais

Berna: Art.6 bis

Universal: Art.I e Art.II

Trip's: Art.9,I

Washington: XI

Direito Patrimonial

Berna: Art.8, 9, 11, e 12

Universal: Art.V e VI

Direito Reprodução

Berna: Art.9

Universal: Art.V, inciso I e Art.VI

Roma: Art.7, inciso 1 letra c, Art.10 letra c, Art.13, Art.19

Genebra: Art.2

Direito de Comunicação Pública

Berna: Art. 3, inciso 3 e 4, Art.11, Art.11 bis, Art.11 ter.

Universal: Art.II, Art. V, inciso 1, Art.VI

Direito de sequencia:

Berna: Art.14 ter

Prazo de Proteção

Berna: Art.7, Art.7 bis

Universal: Art.IV

Trip's: Art.12

Vigência do Prazo de Proteção

Berna: Art.7, 5 e art.7 bis

Universal: Art.IV

Trip's: Art. 12

Das Limitações

Berna: Art.10, Art.10 bis e art.13

Universal: Art.V, 2

Trip's: Art.13

Programas de Computador

Berna: Art.2, 1

Universal: Art.1

Trip's: Art.10, Art.11

Cópia de Segurança

Berna: Art.2, 1

Universal: Art.I

Trip's: Art.10 e Art.11

Autorização para reprodução de Programa de Computador

Berna: Art.2, 1

Universal: Art.I

Trip's: Art.10 e Art.11

Uso desautorizado

Berna: Art.2, 1

Universal: Art.I

Trip's: Art.10 e Art.11

Adaptação do programa de computador

Berna: Art.2, 1

Universal: Art.I

Trip's: Art.10 e Art.11

Base de dados

Berna: Art.2,5

Universal: Art.I

Trip's: Art.10, 2

Sucessão

Berna: Art.2, 6

Universal: Art.I

Disposições internas sobre a transferência de direitos autorais

Berna: Art.9, 8, Art.11, Art.11 bis, Art.11 ter, Art.12, Art.14

Universal: Art.V, 1

6 OS PRINCÍPIOS COMUNS DOS ATOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS CONEXOS AOS DIREITOS DE AUTOR (ROMA – GENEBRA - TRIP’S)

Salvaguarda dos direitos de autor ante aos direitos conexos

Roma: Art.1, Art.21, Art.22, Art.26

Direitos patrimoniais dos artistas

Roma: Art.7, Art.19

Trip’s: Art.14,1

Direitos morais dos artistas

Trip’s: Art.14, 1

Prazo de proteção dos direitos conexos dos artistas

Roma: Art.14

Trip’s: Art.14, 5

Direito dos Produtores de Fonogramas

Roma: Art.10, art.12, Art.17

Trip’s: Art.14, inciso 2

Prazo de proteção dos fonogramas:

Roma: Art.14

Trip’s: Art.14, 5

Direito dos organismos de radiodifusão

Roma: Art.13

Trip’s: Art.14, 3

Da emissão de radiodifusão

Roma: Art.3, inciso f e g

Prazo de proteção das emissões radiodifundidas

Roma:Art.14

Trip’s: art.14, 5

Dos limites aos direitos conexos

Roma: Art.16, Art.22, Art.31

Trip's: Art.14, 6

Da isenção de formalidade para a proteção autoral

Universal: Art.III

Berna: Art.2, 2 e Art.5,2

Do ato declarativo do registro

Universal: Art.III

Berna: Art.2, 2 e art.5, 2

Dos princípios processuais

Berna: Art.5,3, Art.6 bis,3, Art.16

Universal: Art.I, inciso 4 e Art.III

Roma: Art.26, 1

Genebra: Art.3

Trip's: Art.41, Art.42, Art.49

Das medidas Cautelares

Trip's: Art.50, Art.61

Proteção mais ampla

Berna: Art7, 6 e Art.19 e 20

Universal: Art.IV

Roma: Art.14, Art.21 e Art.22

Audiovisuais: Art.1

Trip's: Art.12, 5e 6, Art.14

CONCLUSÃO

Pela história do Brasil, com marco político do descobrimento em 22 de abril de 1500, podemos afirmar que a história jurídica é herdada e influenciada pela sociedade estrangeiras politicamente organizada, com

a gestão do poder executivo, a elaboração de leis pelo poder legislativo e a aplicação pelo poder judiciário.

Por certo, que em divisão de poderes é importante lembrar Montesquieu:

Quanto numa só pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder Legislativo se acha reunido no poder Executivo, não se poderá existir a liberdade, porque se poderá temer, que o mesmo monarca ou o mesmo senado, criem lei tirânicas, para executá-las tiranicamente. Não existirá também liberdade, quando o poder de julgar não se achar separado do legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz seria o legislador. E se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de opressor. Tudo então pareceria, se o mesmo homem, ou mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes, o de criar leis, o de executar as resoluções públicas, e de julgar os crimes e as questões particulares ¹²

Os direitos autorais no Brasil iniciaram com a proteção internacional, quando o Brasil aderiu a convenção do I Congresso Sul-americano, realizado no Uruguai em 1889/1890. O que influenciou à inclusão de princípios e valores legais em nosso ordenamento interno, motivando a 1 lei 496/1898 – Lei Medeiros de Albuquerque. Posteriormente as atualizações dos Tratados e Convenções Internacionais que o Brasil aderiu motivaram as alterações legais subsequentes, e por conseguinte vieram as leis: o Código Civil - Dec. 3701/1916, a lei 5.988/1973 e a lei 9610/98 todos esses diplomas protegendo os direitos autorais ao longo de 120 anos, além de leis periféricas como o Código Penal.

Com o avanço tecnológico e as diversas modalidades de utilização da obra intelectual, em formato digital ou na internet, fez com que as atualizações legais fizessem necessárias, em âmbito internacional, rever-

¹² CORREA, Plínio de Oliveira. **A legitimidade d prisão no direito brasileiro**. Porto Alegre: Ed. Da Universidade UFRGS, 1984.

berando a inclusão desses novos paradigmas nas leis internas dos países signatários. Eis uma razão pela qual entendemos, que a lei 9610/98 é permanente na atualização, vide os artigos: art. 5, art.7, *caput*, art.29, VII e X, art.30, § 1, art.68, par.2, art.90, IV, art.93,V, da lei 9610/98

Decerto que com a classificação de que a propriedade intelectual pertence ao rol dos direitos humanos, como bem assentou Heitor Miranda de Souza ¹³

No campo internacional, a propriedade intelectual é reconhecida como um direito humano, com base no art. XXVII da Declaração Universal, bem como no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, mediante a Resolução 2200 A (XXI) de 16/12/1966. De acordo com o art. 15 do citado Pacto.

E completa a reflexão: *“Tanto os conhecimentos tradicionais quanto a propriedade intelectual possuem fundamento na Declaração Universal, bem como são reconhecidos, no cenário internacional, como **direitos humanos.**”*

Assim, os diplomas internacionais de que o Brasil é signatário, se inserem no disposto n art. 5 § 3 da Constituição Federal ¹⁴, equiparando-os aos princípios constitucionais, logo superior hierarquicamente a lei ordinária.

Portanto, ante aos princípios e valores de proteção aos direitos autorais, previstos nos tratados e convenções internacionais de que o Brasil é signatário, estão integralizados no ordenamento jurídico brasileiro.

¹³ SOUZA, Heitor Miranda de. Direitos humanos, conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual. Uma análise zetética e dogmática. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2085, 17 mar. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12479>. Acesso em: 10 nov. 2021.

¹⁴ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. **(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)** (Atos aprovados na forma deste parágrafo: **DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018**)

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. RT, 1986.

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

CORREA, Plínio de Oliveira. **A legitimidade d prisão no direito brasileiro**. Porto Alegre: Ed. Da Universidade UFRGS, 1984.

ESPERSON, Pietro – **De Diritti Di Autore sulle Opere dell' ingegno** – *Torino* – 1899.

FERNANDES, Milton. Ob. cit., p. 14-15 e PORTUGAL. **Guia da Convenção de Berna** - OMPI, p. 6

J. J. CALMON DE PASSOS. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 8ª ed., 1998, VIII/17-8.

MAXMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 6ª ed., 1957.

PIMENTA, Eduardo Salles. **Código de Direitos Autorais**. 2 ed. Ed. AEION e Ed. Letras Jurídicas, 2022 - prelo

SOUZA, Heitor Miranda de. *Direitos humanos, conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual. Uma análise zetética e dogmática*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2085, 17 mar. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12479>. Acesso em: 10 nov. 2021.

Sites consultados:

<https://legis.senado.leg.br/norma/435904/publicacao/15693455>. Acesso em 05 dez. 2021.

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FEB2032D16965954FAF5D99B3318AE86.node1?codteor=500720&filenome=LegislacaoCitada+-PL+1893/2007. Acesso em: 05 dez. 2021.

RRDDIS

MEMES E DIREITOS AUTORAIS: reflexões preliminares

Memes and copyright: preliminary reflections

João Paulo Capelotti¹

RESUMO:

O artigo se propõe a explorar as relações entre memes e direitos de autor. Põe-se, num primeiro momento, a questão a respeito da possibilidade, ou não, de memes serem objetos da proteção conferida por esse ramo do direito. Posteriormente, o artigo investiga a utilização de material protegido por direitos autorais na confecção de memes – aproveitando o ensejo para também debater o influxo de direitos da personalidade e possíveis restrições oriundas dessas limitações na produção de tais manifestações humorísticas.

Palavras-chave: Memes; Direitos autorais; Proteção autoral.

ABSTRACT:

The article aims to explore the relationship between memes and copyright. At first, the question arises about the possibility, or not, of memes being objects of the protection conferred by this branch of law. Subsequently, the article investigates the use of copyrighted material in the making of memes – taking advantage of the opportunity to also discuss the influx of personality rights and possible restrictions arising from these limitations in the production of such humorous manifestations.

Keywords: Memes; copyright; copyright protection.

SUMÁRIO

1. MEMES COMO OBJETO DE PROTEÇÃO; 2. MEMES E UTILIZAÇÃO DE MATERIAL PROTEGIDO; 2.1. DIREITO BRASILEIRO; 2.2. DIREITO ANGLO-SAXÃO; 2.3. O CASO DA BEBÊ ALICE E OS PRECEDENTES A RESPEITO DE DIREITOS DE IMAGEM EM MEMES; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

¹ Doutor e mestre em direito das relações sociais pela Universidade Federal do Paraná. Membro da International Society for Humor Studies. Advogado.

1 MEMES COMO OBJETO DE PROTEÇÃO

A palavra meme origina-se de trocadilho feito pelo biólogo Richard Dawkins no livro *O gene egoísta* (1976) – é uma mistura de gene com *mimema*, palavra grega que designa “o que é imitado”. Com o neologismo, Dawkins aludia ao que é transmitido de geração em geração por intermédio da cultura, e não da genética, o que incluiria a moda, bordões e conceitos abstratos². O conceito passou a ser mais conhecido de pouco mais de uma década para cá para designar conteúdo, quase sempre com fim humorístico, de circulação rápida em meio virtual. Embora a palavra meme evoque uma de suas formas mais conhecidas, o chamado *image macro* (uma foto acompanhada de uma palavra ou conjunto de palavras), a categoria não se restringe a isso, incluindo também gifs, vídeos, áudios e uma infinidade de outros conteúdos, que se espalha em nível micro mas tem impacto num nível macro, moldando comportamentos de grupos sociais³.

Uma de suas principais características é o potencial para reutilização e reelaboração, o que Limor Shifman chama de “mimicry and remix”. Sites como o *Know Your Meme* (Conheça o Seu Meme, em tradução livre) e, no Brasil, o Museu de Memes mantido pela Universidade Federal Fluminense, exemplificam bem como produtos da cultura pop acabam sendo significados e ressignificados, muitas vezes com matizes ideológicos totalmente diferentes. Um exemplo é Pepe, o Sapo (*Pepe, The Frog*), personagem criado por Matt Furie para o gibi *Boy's Club* em 2005, que adquiriu uma aura cult e passou a ser utilizado em memes em redes como 4Chan e Reddit, atingiu o mainstream e foi tuitado por celebridades da música até ser apropriado por políticos de extrema direita, como o ex-presidente norte-americano Donald Trump.

O cartunista que criou o personagem, que se identifica com o espectro ideológico oposto e não se incomodava até então com o uso de Pepe em memes, considerou inaceitável *tweet* de Trump que endossava

² SHIFMAN, Limor. **Memes in digital culture**. Cambridge: The MIT Press, 2014. p. 9.

³ SHIFMAN, Limor. **Memes in digital culture**. Cambridge: The MIT Press, 2014. p. 18.

montagem do sapo com o famoso cabelo do político, num púlpito com a bandeira de listras e estrelas. Furie passou a processar avidamente quem utilizava seu personagem sem sua autorização, sob o argumento de violação de direitos autorais, como por exemplo por uma fabricante de bonés. Embora a maioria dos processos tenha resultado em acordo, houve um efeito dissuasório (*chilling effect*), ainda que a malversação da imagem do sapo não tenha cessado por completo⁴.

A estratégia de Furie – suprimir discurso por meio da legislação norte-americana de *copyright* – tem mesmo respaldo jurídico?

Por um lado, o meme não deixa de ser uma criação do espírito fixada em meio tangível e dotada de originalidade. É, então, criação protegida por direito autoral tanto segundo a lei brasileira⁵ como pela lei estadunidense⁶ e mesmo pelos tratados internacionais aplicáveis⁷.

⁴ A cruzada de Furie é retratada no documentário *Feels good man* (2020), dirigido por Arthur Jones, premiado no Festival de Sundance, e é objeto de análise específica à qual peço a licença de remeter o leitor: CAPELOTTI, João Paulo. A trajetória tragicômica de Pepe, o sapo – e o que ela revela sobre as tensões entre direitos de autor e liberdade de expressão. In: SALIBA, Elias Thomé; VIEIRA, Thaís Leão; ALMEIDA, Leandro Antônio de. (orgs.). **Além do riso: reflexões sobre o humor em toda parte**. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 165-180. Sobre um problema parecido (a desastrosa tentativa de utilização de mecanismos do direito de autor pelo ex-presidente Michel Temer para barrar a circulação de memes a seu respeito), veja-se também: CAPELOTTI, João Paulo. The dangers of controlling memes through copyright law. **European Journal of Humour Research**, v. 8, p. 115-136, 2020.

⁵ A lista do art. 7º da Lei 9.610/1998 é considerada, pela doutrina e pela jurisprudência, como não exaustiva, dada a redação do *caput* (“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*”).

⁶ O art. 102 (a), do Copyright Act (1976), traz definição similar à da lei brasileira e também é seguido por um rol não exaustivo de exemplos, considerando também a elucidative escolha do verbo “incluir” para introduzir a lista (“Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories”). Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#102>. Acesso em: 12 set. 2021).

⁷ Pensa-se, por exemplo, no art. 2(1) da Convenção de Berna: “(1) The expression ‘literary and artistic works’ shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings; lectures, addresses, sermons and other works of the same nature; dramatic or dramatic or musical works; choreographic works and

Contudo, um aspecto intrínseco aos memes coloca empecilhos práticos a essa conclusão: na maioria das vezes é bastante difícil precisar a autoria de uma determinada produção, do mesmo modo que ocorre com outra conhecida manifestação humorística – a piada. Com relação a piadas, aliás, há alguma litigância e discussão a respeito, sobretudo nos Estados Unidos, a respeito da possibilidade de elas serem objeto de proteção autoral⁸. Tal como ocorre com memes, há quem defenda que, por terem rastreabilidade bastante dificultada, são peças de folclore, de cultura popular, do mesmo modo que lendas e contos da carochinha, por exemplo.

Nesse sentido, cite-se artigo recente publicado no *Georgetown Law Journal Online*:

Todavia, fingir que o meme é também é obra dessa única pessoa não faz sentido: um meme, por definição, não pode vir a existir pela ação de um indivíduo. Considerando o requisito da presença de múltiplos criadores, faz sentido tratar o meme como algo próximo a uma peça de folclore, não possuído por uma única entidade e enriquecendo o domínio público. Do mesmo modo que histórias como *A Bela e a Fera* e *Rumpelstiltskin* evoluíram para suas formas atuais depois de milhares de anos de narrativas modificadas, memes podem ser vistos como os equivalentes modernos, passando pela acelerada linha do tempo do século XXI⁹.

entertainments in dumb show; musical compositions with or without words; cinematographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to cinematography; works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography; photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography; works of applied art; illustrations, maps, plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science”.

⁸ Cf., a respeito: WOODARD, Scott. Who owns a joke? Copyright law and stand up comedy. **Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law**, v. 21, n. 4, 2019, p. 1041-1090. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=jetlaw>. Acesso em: 12 set. 2021.

⁹ SMITH, Cathay Y. N.; LANTAGNE, Stacey. Copyright & Memes: The fight for **Success Kid**. **The Georgetown Law Journal Online**, v. 110, p. 160 (tradução livre). Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/glj-online/glj-online-vol-110/copyright-memes-the-fight-for-success-kid/>. Acesso em: 12 set. 2021.

As autoras citadas acima ponderam, contudo, que é preciso distinguir o meme, que para elas não poderia ser objeto de proteção, do material utilizado em sua fabricação. Assim, embora um meme circulante na internet não possa ser objeto de proteção legal, a foto utilizada em sua produção pode. (Os limites e possibilidades dessa dicotomia serão abordados no próximo item.)

Os hoje tão disseminados NFT (*non fungible tokens*) podem auxiliar a resolver o problema, trazendo “um elemento de escassez nas obras de arte digitais, que até então podiam ser copiadas indefinidamente”, fazendo com que uma imagem ou animação digitais possa “receber uma espécie de ‘assinatura’ verificável que prova sua originalidade”¹⁰.

Já há, de fato, fotografias que estamparam memes famosos, como o da “Disaster Girl” (a menina sorrindo em frente a uma casa em chamas), vendidas por somas altíssimas. Nada impede que o mesmo mecanismo utilizado para estampar esse “certificado de procedência” na matéria-prima do meme seja também utilizado para o próprio meme. A questão é: como verificar quem foi a primeira pessoa na internet que associou um determinado texto com uma determinada imagem?

Talvez num futuro próximo, em que NFTs estejam mais disseminados, torne-se usual “assinar” um meme antes de postá-lo na rede – como já fazem algumas páginas que criam memes “autorais” e os sinalizam com distintivos como marcas d’água.

2 MEMES E UTILIZAÇÃO DE MATERIAL PROTEGIDO

Para a pergunta se memes podem utilizar livremente material protegido por direitos autorais, as respostas também são divergentes.

¹⁰ BARCELLOS, Victor. 5 memes que viraram NFT. **ITS Rio**, 4 ago.2021. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/artigos/5-memes-que-viraram-nft/>. Acesso em: 12 set. 2021.

2.1 Direito brasileiro

No Brasil, os defensores da resposta afirmativa invocam, além da proteção constitucional à livre expressão (art. 5º, IV, IX e XIV), o direito de citação previsto no art. 46, VIII, da Lei 9.610/1998¹¹ e o direito à paródia (art. 47)¹².

O principal empecilho ao argumento do direito de citação é que os memes em regra não utilizam apenas um pequeno trecho da obra preexistente. *Image macros*, como são chamadas as fotografias acompanhadas de textos cômicos, utilizam, por óbvio, uma fotografia inteira. Um meme também pode alterar a percepção pública sobre uma determinada obra, que pode ter originalmente conotação séria jamais recuperada depois da associação a um propósito de fazer rir.

Por sua vez, embora a paródia esteja tradicionalmente associada a manifestações artísticas estabelecidas, como a literatura e o cinema, indicando a criação de uma obra nova com referências a uma anterior, há quem proponha hoje uma definição mais ampla: “o empréstimo, a imitação ou a apropriação de um texto, ou outro produto cultural, para o propósito de comentar, geralmente com viés humorístico, ela mesma ou outra coisa”¹³. O meme estaria claramente contemplado nessa definição como um produto cultural que empresta de criações anteriores, perfeitamente inserido no caldo cultural contemporâneo em que quase tudo tem uma referência a algo pretérito.

Mas limitações do texto da lei brasileira também surgem: o meme reproduz a obra originária, embora lhe acrescente, em regra, texto ou

¹¹ Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) VIII - 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.

¹² Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

¹³ CONDREN, Conal et al. Defining parody and satire: Australian copyright law and its new exception: Part 2 — Advancing ordinary definitions. **Media and Arts Law Review**, v. 13, p. 402 (tradução livre).

efeito (como um raio laser saindo dos olhos). Mas não se pode dizer que isso não cause descrédito ao material prévio – ainda que este requisito seja por vezes sublimado pela jurisprudência, como no precedente que discutia o periódico *Falha de S. Paulo*, paródia da *Folha*. O Min. Luis Felipe Salomão, redator do voto vencedor do acórdão, bem sintetizou, sobre o impedimento legal ao descrédito da obra primígena:

Referida condição traz consigo, no entanto, considerável carga subjetiva, dificultando demasiadamente a análise de sua presença, não havendo por parte da legislação a fixação de qualquer parâmetro para determinar o que seja descrédito. De fato, a ironia e a crítica são a essência da paródia. Quando a lei prevê e protege esse tipo de manifestação e expressão está protegendo a irreverência do conteúdo apresentado¹⁴.

Havendo, portanto, a disposição do julgador em proteger a irreverência do meme e aceitando seu enquadramento dentro desse conceito amplo de paródia, tal manifestação humorística prescindiria de autorização dos titulares dos materiais utilizados. A tese, porém, ainda aguarda acolhida ou rejeição pela jurisprudência – pesquisa realizada para este artigo não localizou precedentes que a abordassem.

2.2 Direito anglo-saxão

No direito anglo-saxão, há o argumento do “uso justo” (*fair use*), isto é, a utilização sem autorização de material protegido considerada tolerável porque imbuída de finalidade educativa ou crítica, entre outras casuisticamente definidas pela jurisprudência.

Detentores de material protegido, especialmente bancos de fotos¹⁵, contudo, pensam que não – em particular quando o meme em questão

¹⁴ STJ. 4ª Turma. **REsp 1548849/SP**. Rel. Min. Marco Buzzi, rel. para o acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julg. 20 jun.2017.

¹⁵ Veja-se, a propósito, os blogueiros alemães que tiveram de pagar mais de 700 euros em acordo com a Getty pela utilização da foto de um pinguim num meme: SIAO-SUN

está circulando em canais que fazem humor profissionalmente e, portanto, lucram com ele.

Um panorama interessante para esse debate é fornecido por um caso julgado nos Estados Unidos, envolvendo um meme conhecido na rede como *Success Kid* (Criança de sucesso, em tradução livre), que tem como base a foto de um bebê, numa praia, com os punhos cerrados e rosto com expressão de triunfo¹⁶.

A foto, postada em redes sociais, acabou viralizando e servindo de combustível para memes que querem ilustrar situações em que algo sai melhor do que o esperado. Incomodada no início com a ampla disseminação da imagem, a mãe da criança pedia inicialmente que memes com a foto fossem apagados, até o momento em que passou a obter, com o licenciamento do material, proveitos financeiros (autorizando, mediante remuneração, seu uso por duas marcas em suas propagandas) e políticos (permitindo que o governo Barack Obama a utilizasse na campanha de promoção de reformas de imigração)¹⁷.

Porém, quando Steven King, um político republicano notório por falas racistas e xenofóbicas, utilizou a foto para um meme em que pedia doações para sua campanha para as eleições legislativas, a mãe do bebê, Laney Griner, bateu às portas do Poder Judiciário. Em sua defesa, King se valeu de dois argumentos.

O primeiro deles era de que, ao demonstrar suporte à utilização da fotografia em memes e curti-los e comentá-los, Griner teria aberto

Hoon. Would you pay for a meme? Getty claims copyright licence fees for Socially Awkward Penguin. **Lexology**, 16 set.2015. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3cf12c58-370f-4846-95c2-9135762de74d>. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁶ Disponível em: <https://knowyourmeme.com/memes/success-kid-i-hate-sandcastles>. Acesso em: 13 set. 2021. A mãe do bebê disse em entrevistas que, na realidade, a foto não tem nada de sucesso: no momento do clique, a criança estava prestes a comer a areia que tinha em seus punhos.

¹⁷ SMITH, Cathay Y. N.; LANTAGNE, Stacey. Copyright & Memes: The fight for **Success Kid**. **The Georgetown Law Journal Online**, v. 110, p. 145-146. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/glj-online/glj-online-110/copyright-memes-the-fight-for-success-kid/>. Acesso em: 12 set. 2021.

mão de seus direitos autorais, colocando-a em domínio público – o que é pouco plausível, já que a renúncia aos direitos autorais é entendida pela jurisprudência como um ato formal, inconfundível com a simples ausência de policiamento ostensivo sobre a utilização do material pela rede, e a notoriedade de uma obra não retira a proteção incidente sobre ela nem o interesse do autor de que ela exista¹⁸.

O segundo argumento era de que, ao postar a foto em redes sociais, ela teria concedido uma licença implícita para toda a internet usá-la – o que também não procede, já que os termos de uso das redes sociais usualmente são expressos em manter a titularidade do material disponibilizado nos perfis com seus respectivos donos, apenas licenciando-o para as próprias plataformas (e não para o político em questão)¹⁹.

As autoras do artigo citado chegam a elencar argumentos que poderiam ter sido usados mas não foram, como, por exemplo: (i) a já referida natureza colaborativa dos memes (normalmente, fotos de bebês em praias não têm a conotação de sucesso que o meme tem; se isso ocorreu neste caso foi em razão de uma construção coletiva de sentido)²⁰; (ii) as “contribuições criativas” de King à imagem original (trocando o fundo, da praia pelo Capitólio; adicionando uma frase e dando ao meme uma conotação política que ele não detinha originalmente), o que aproximaria sua conduta do *fair use*²¹.

¹⁸ SMITH, Cathay Y. N.; LANTAGNE, Stacey. Copyright & Memes: The fight for **Success Kid**. *The Georgetown Law Journal Online*, v. 110, p. 150-151. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/glj-online/glj-online-vol-110/copyright-memes-the-fight-for-success-kid/>. Acesso em: 12 set. 2021.

¹⁹ SMITH, Cathay Y. N.; LANTAGNE, Stacey. Copyright & Memes: The fight for **Success Kid**. *The Georgetown Law Journal Online*, v. 110, p. 154-155. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/glj-online/glj-online-vol-110/copyright-memes-the-fight-for-success-kid/>. Acesso em: 12 set. 2021.

²⁰ SMITH, Cathay Y. N.; LANTAGNE, Stacey. Copyright & Memes: The fight for **Success Kid**. *The Georgetown Law Journal Online*, v. 110, p. 159. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/glj-online/glj-online-vol-110/copyright-memes-the-fight-for-success-kid/>. Acesso em: 12 set. 2021.

²¹ SMITH, Cathay Y. N.; LANTAGNE, Stacey. Copyright & Memes: The fight for **Success Kid**. *The Georgetown Law Journal Online*, v. 110, p. 161-163. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/glj-online/glj-online-vol-110/copyright-memes-the-fight-for-success-kid/>. Acesso em: 12 set. 2021.

Os memes, como fica claro diante de tantas encruzilhadas, representam um desafio ao sistema de direitos autorais, tendente à exclusividade e à transformação da obra num artigo vendável²². Precisamente por isso, as autoras citadas propõem uma cisão entre o meme e sua matéria-prima – isto é, uma análise contextual de quando uma fotografia é utilizada como tal, especialmente para fins publicitários, o que requereria normal licenciamento, e quando ela é utilizada como parte da “conversação cultural colaborativa” que é o meme²³.

2.3 O caso da bebê Alice e os precedentes a respeito de direitos de imagem em memes

O caso da *Success Kid* remete, inevitavelmente, às discussões contemporâneas no Brasil envolvendo a bebê Alice Secco, que viralizou pela ótima dicção e por conseguir falar palavras difíceis para sua pouca idade, sendo por isso contratada para estrelar grande campanha publicitária de um banco. Quando a mãe da criança, Morgana, veio a público criticar a utilização da imagem de sua filha em memes que aproveitavam frames ou trechos da propaganda, não faltou quem chamasse a atenção para dispositivos legais e constitucionais sobre proteção integral da criança e uso indevido de imagem²⁴.

Não é a primeira vez que crianças são protagonistas de comerciais famosos (pense-se por exemplo nos “mamíferos da Parmalat” duas décadas atrás, por exemplo), mas talvez seja a primeira vez que uma pro-

²² SMITH, Cathay Y. N.; LANTAGNE, Stacey. Copyright & Memes: The fight for **Success Kid**. *The Georgetown Law Journal Online*, v. 110, p. 159. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/glj-online/glj-online-vol-110/copyright-memes-the-fight-for-success-kid/>. Acesso em: 12 set. 2021.

²³ SMITH, Cathay Y. N.; LANTAGNE, Stacey. Copyright & Memes: The fight for **Success Kid**. *The Georgetown Law Journal Online*, v. 110, p. 160. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/glj-online/glj-online-vol-110/copyright-memes-the-fight-for-success-kid/>. Acesso em: 12 set. 2021.

²⁴ Comercial com bebê Alice gera debate sobre imagem de crianças na web. **Migalhas**, 10 jan. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/357521/comercial-com-bebe-alice-gera-debate-sobre-imagem-de-criancas-na-web>. Acesso em: 10 jan. 2022.

paganda estrelada por um bebê alcança tamanha repercussão na era do meme e das redes sociais. Embora o susto da mãe seja compreensível, é ingênuo imaginar que, como um produto da cultura de massa, a peça publicitária também não fosse apropriada por memes, inclusive com conotação política, o que ela desaprovou expressamente.

Não que essa proibição tenha algum efeito prático e consiga impedir a apropriação do anúncio pelo humorismo (a exemplo do que ocorre desde a invenção da publicidade, e ocorreu também com os “mamíferos da Parmalat”, por exemplo), já que ele se tornou uma referência comum que a audiência consegue identificar, se relacionar e captar as inferências feitas a partir dela.

Ainda que no caso da bebê Alice fique evidente um certo comportamento contraditório (reclamar da perda de controle, de uma faceta da superexposição patrocinada pelos próprios pais), fato é que, na verdade, na sociedade atual estamos todos sujeitos a viralizar e nos tornarmos personagens de memes por quinze minutos ou semanas a fio²⁵. Basta um incidente imprevisto – como, para ficar noutro exemplo recente, o fundo falso imitando uma biblioteca de um desembargador no Amazonas que veio abaixo no meio de sessão por videoconferência²⁶. A curta cena foi explorada à exaustão por memes dos mais diversos matizes. Havia algo que pudesse ser feito a respeito? Provavelmente não. O vídeo colocou a internet brasileira em polvorosa, é inusitado e não deixa de ser um comentário sobre o nosso tempo, em que videoconferências se tornaram regra e ter uma biblioteca ao fundo passou a ser quase obrigatório na estética das webcams.

²⁵ “Você não escolhe virar um meme, simplesmente acontece com você”, disse o “Hipster Acidental”, personagem de meme popular nos EUA, em reportagem da BBC sobre pessoas comuns que viralizaram: KALE, Sirin. Life beyond the meme: What happens after you go viral. **BBC**, 7 mar. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/bbcthree/article/e6511d6a-ea8c-4e27-aac3-728205903635>. Acesso em: 13 set. 2021.

²⁶ Desembargador do Amazonas deixa cair fundo falso que imita estante durante sessão online. **O Globo**, 3 fev. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/desembargador-do-amazonas-deixa-cair-fundo-falso-que-imita-estante-durante-sessao-online-1-25379281>. Acesso em: 3 fev. 2022.

Por mais que memes com conotação política sejam o denominador comum do desagrado da mãe de Alice, de Matt Furie (o criador do sapo Pepe) e da mãe do *Success Kid*, tentar conter todo o uso que se faz de criações protegidas por direito autoral soa utópico.

Esse controle é efetivo e possível mais em situações em que o material-base protegido por direito autoral está sendo explorado economicamente por outrem sem autorização. Era o caso do sapo Pepe, cuja imagem estava estampando banners e bonés vendidos por uma entidade, e foi o caso, no Brasil, de um senhor idoso cuja foto ilustrava um perfil de humor no Instagram e em outras redes sociais chamado sugestivamente de “Te sento a vara”.

Nele, uma foto em preto e branco do idoso de algumas décadas atrás, na qual ele aparece muito sério e de respeitável bigode e chapéu, era o epítome da “intolerância à frescura” que os donos da página buscavam transmitir. Contudo, os perfis que utilizavam sem autorização a imagem não se limitavam ao discurso. Loja online vendia de camisetas a chinelos, de canecas a chaveiros, explorando a mesma imagem que havia notabilizado o perfil. A exploração econômica da fotografia pareceu contar tanto para o juiz prolator da sentença como a ausência de autorização do fotografado – cuja imagem estava, sem sua ciência, num blog com fotos antigas de moradores de uma cidade do interior de Goiás²⁷.

O fato de a fotografia circular na internet, como frisado no caso *Success Kid*, não a torna de domínio público – daí o reconhecimento de culpa, na modalidade de falta de cautela, dos donos da página. O Tribunal de Justiça de Goiás manteve a condenação dos réus, limitando-se a reduzir o valor da indenização, de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais)²⁸.

Mas voltando ao caso da bebê Alice, fato é que a jurisprudência brasileira é ainda bastante protetiva com a imagem de crianças e adolescentes, por força de disposições da Lei 8.069/1990.

²⁷ TJGO. 2ª Vara Cível e da Fazenda Pública, Autos n. 265417-83.2017.8.09.0036, Juiz de Direito Thiago Inácio de Oliveira, julg. 17 jul. 2019

²⁸ TJGO. 1ª Câmara Cível. Apelação 0265417-83.2017.8.09.0036. Rel. Juiz de Direito Substituto em 2º Grau Reinaldo Alves Ferreira, julg. 10 ago. 2021.

Num julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, embora não se punam os criadores de memes, foram condenados os jornalistas do portal Universo On Line (UOL) que fizeram a reportagem a partir da qual se originou o meme dos “rolezeiros do Ibirapuera”, já que uma das jovens (celebrizada pela frase “e aí, vamo fechá?”) foi entrevistada sem o consentimento dos pais. O trecho do acórdão que interessa a este artigo é transcrito abaixo:

De fato, como bem pontuou a autora apelante, não bastassem as milhões de visualizações alcançadas pelos vídeos, paródias, camisetas e capas de celulares com frase dita pela autora (“E aí, vamo fecha?”), até hoje, simples pesquisa de tal frase, traz milhões de resultados e sua imagem estampada em diversos memes de conteúdos pejorativos.

Ainda, passados mais de cinco anos do ocorrido, comprovou a autora que a questão ainda lhe afeta, tendo sido surpreendida com uma matéria em um website popular com a chamada “Por onde anda a rolezeira mais famosa da internet? Veja como ela está atualmente!”, em que veiculadas fotos suas e seu nome²⁹.

Um dos votos vencidos caminhava justamente no sentido da impossibilidade de responsabilizar o UOL pelos memes realizados por terceiros³⁰ – no entanto, a estratégia da autora parece ter sido demandar a “causadora originária” do problema, não por acaso também empresa de reconhecida capacidade econômica, solvente e com endereço conhecido (ao contrário de muitos dos criadores de memes que lhe teriam causado inconvenientes).

²⁹ TJSP. 9ª Câmara de Direito Privado. Apelação 1000572-69.2019.8.26.0002. Rel. Des. Piva Rodrigues, julg. 15/12/2020.

³⁰ “Obviamente, a ré UOL não participou diretamente da produção desses ‘vídeos, paródias, camisetas e capas de celulares com a frase dita pela autora (‘É aí, vamo fecha’), e se admitido que a reportagem foi excluída, também não pode ser responsabilizada pela pesquisa de tal frase na Internet”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação de direito autoral, no Brasil e no mundo, foi criada muito antes do surgimento do fenômeno cultural dos memes. É fato que conforme novas formas de expressão vão surgindo, a legislação se amolda com maior ou menor facilidade à nova mídia. Foi assim com o cinema, com o streaming, e pode ser que será também o caso do meme. No momento, contudo, os enquadramentos legais disponíveis parecem deixar sempre uma ponta solta, revelando as limitações do regramento existente para lidar com uma forma de discurso tão subversiva.

Nesses quadrantes, as discussões propostas por este artigo podem conferir respaldo a tentativas de persecução de violadores de direitos autorais ou mesmo fornecer sugestões de defesa para os réus. Mostram também, contudo, as limitações postas pelo próprio sistema para a resolução do problema. O meme pode se considerar obra protegida, mas sua característica de diálogo com outras obras e memes prévios deixa sempre uma porta aberta quanto à autoria. Detentores de material protegido – ou cujas imagens foram violadas – podem perseguir criadores de memes exigindo-lhes as somas devidas pelo uso não autorizado, mas a litigância através das fronteiras, as exceções legais e as dificuldades processuais podem tornar as pretensões inviáveis.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Victor. 5 memes que viraram NFT. **ITS Rio**, 4 ago.2021. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/artigos/5-memes-que-viraram-nft/>. Acesso em: 12 set. 2021.

CAPELOTTI, João Paulo. A trajetória tragicômica de Pepe, o sapo – e o que ela revela sobre as tensões entre direitos de autor e liberdade de expressão. In: SALIBA, Elias Thomé; VIEIRA, Thaís Leão; ALMEIDA, Leandro Antônio de. (orgs.). **Além do riso: reflexões sobre o humor em toda parte**. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 165-180.

CAPELOTTI, João Paulo. The dangers of controlling memes through copyright law. **European Journal of Humour Research**, v. 8, p. 115-136, 2020.

Comercial com bebê Alice gera debate sobre imagem de crianças na web. **Migalhas**, 10 jan.2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/357521/comercial-com-bebe-alice-gera-debate-sobre-imagem-de-criancas-na-web>. Acesso em: 10 jan. 2022.

CONDREN, Conal et al. Defining parody and satire: Australian copyright law and its new exception: Part 2 — Advancing ordinary definitions. **Media and Arts Law Review**, v. 13, p. 401-421, 2008.

Desembargador do Amazonas deixa cair fundo falso que imita estante durante sessão online. O Globo, 3 fev.2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/desembargador-do-amazonas-deixa-cair-fundo-falso-que-imita-estante-durante-sessao-online-1-25379281>. Acesso em: 3 fev. 2022.

KALE, Sirin. Life beyond the meme: What happens after you go viral. **BBC**, 7 mar. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/bbcthree/article/e6511d6a-ea8c-4e27-aac3-728205903635>. Acesso em: 13 set. 2021.

SHIFMAN, Limor. **Memes in digital culture**. Cambridge: The MIT Press, 2014.

SIAO-SUN Hoon. Would you pay for a meme? Getty claims copyright licence fees for Socially Awkward Penguin. *Lexology*, 16 set. 2015. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3cf12c58-370f-4846-95c2-9135762de74d>. Acesso em: 13 set. 2021.

SMITH, Cathay Y. N.; LANTAGNE, Stacey. Copyright & Memes: The fight for **Success Kid**. **The Georgetown Law Journal Online**, v. 110, p. 142-167. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/glj-online/glj-online-vol-110/copyright-memes-the-fight-for-success-kid/>. Acesso em: 12 set. 2021.

WOODARD, Scott. Who owns a joke? Copyright law and stand up comedy. **Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law**, v. 21, n. 4, 2019, p. 1041-1090. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=jetlaw>. Acesso em: 12 set. 2021.

RRDDIS



AS NOVAS FRONTEIRAS DOS DIREITOS INTELECTUAIS

PARTE II

RRDDIS

DIREITO DE AUTOR, ACESSO AO CONHECIMENTO E À INFORMAÇÃO E OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) NO ÂMBITO DE BIBLIOTECAS E ARQUIVOS PÚBLICOS¹

Copyright, access to knowledge and information and Sustainable Development Goals (SDGs) within the scope of public libraries and archives

Guilherme Carboni²

RESUMO:

Objetivamos, em nosso artigo, examinar o direito de autor e o direito de acesso ao conhecimento e à informação à luz dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) das Nações Unidas no âmbito de bibliotecas e arquivos públicos.

Palavras-chave: Direitos autorais; acesso ao conhecimento e à informação; Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS); Bibliotecas; Arquivos.

ABSTRACT:

In our article, we intend to examine copyrights and the right of access to knowledge and information in the light of the United Nations Sustainable Development Goals (SDGs) for public libraries and archives.

Keywords: *Copyrights; Access to knowledge and information; Sustainable Development Goals (SDGs); Libraries; Archives.*

¹ Artigo baseado em parte da pesquisa realizada pelo autor em 2015 (e devidamente atualizada), no âmbito do Projeto 914BRZ4013 – Intersetorialidade, Descentralização e Acesso à Cultura no Brasil. Edital nº 04/2015, perfil DDI-03 da Unesco e do então Ministério da Cultura.

² Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Pós Doutor pela Escola de Comunicações e Artes (ECA) da USP. Foi pesquisador visitante em Sociologia do Direito na Universidade Estatal de Milão, Itália. Professor do FGVLaw. Advogado e Diretor Fundador do IESD – Instituto de Economias Sustentáveis e Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; **1. BIBLIOTECAS; 1.1. POLÍTICAS PÚBLICAS, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLAÇÃO; 1.2. FUNÇÃO DAS BIBLIOTECAS PÚBLICAS NO SÉCULO XXI; 2. ARQUIVOS; 2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO; 2.2. LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011 (LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO); 3. CONFLITOS ENTRE DIREITOS DE AUTOR E ACESSO AO CONHECIMENTO E À INFORMAÇÃO NO ÂMBITO DE BIBLIOTECAS E ARQUIVOS PÚBLICOS; 4. ACESSO AO CONHECIMENTO E À INFORMAÇÃO POR MEIO DE BIBLIOTECAS E ARQUIVOS PÚBLICOS E OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS); CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

INTRODUÇÃO

Iniciaremos nosso artigo, discorrendo sobre aspectos de políticas públicas, evolução histórica e legislação com relação a bibliotecas, bem como a sua função no século XXI em face do sistema de direitos autorais.

No item seguinte, abordaremos os arquivos, especialmente no que diz respeito à evolução histórica da legislação a eles aplicada, juntamente com a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), para verificarmos a situação do acesso a obras protegidas por direitos autorais.

Na sequência, trataremos dos conflitos entre o atual sistema de direitos autorais e o direito de acesso ao conhecimento e à informação no âmbito de bibliotecas e arquivos públicos.

Por fim, examinaremos de que forma o acesso ao conhecimento e à informação por meio de bibliotecas e arquivos públicos contribui para o atingimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) das Nações Unidas.

1 BIBLIOTECAS

1.1 Políticas Públicas, Evolução Histórica e Legislação

As bibliotecas públicas brasileiras, desde o período colonial, pouco contribuíram para a formação de leitores e para democratização do acesso à informação, que foram sempre definidos pelo poder aquisitivo da população (SUAIDEN, 2000). Porém, na sociedade da informação, a biblioteca pública passa a ter importância vital enquanto centro disseminador da informação, visando à diminuição das desigualdades de acesso entre pessoas com diferentes poderes aquisitivos, especialmente por meio da segmentação de seus serviços, de acordo com as necessidades informacionais de diferentes públicos (SUAIDEN, 2000).

A ideia de um sistema de informação mais abrangente e cooperativo já estava presente no relatório denominado *O problema das bibliotecas brasileiras*, publicado em 1943 por Rubens Borba de Moraes (que dirigia a biblioteca das Nações Unidas e a Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro) ao apontar para a necessidade de “um sistema de bibliotecas trabalhando em rede, uma cobrindo os vazios da outra, em cooperação” (MORAES, *apud* MIRANDA, 2004).

Segundo SUAIDEN (2000), os gastos do governo brasileiro na promoção do livro são mais ou menos recentes. Nas décadas de 1930 a 1950, o governo promovia a edição e distribuição gratuita aos alunos da rede de ensino público, o que permitia práticas desonestas na seleção dos livros a serem adotados. Por outro lado, desde o período colonial, o livro não foi considerado um instrumento valioso para disseminação da cultura (SUAIDEN, 2000).

Também são apontados como fatores que desestimularam a formação de leitores no país (a) os preços altos do livro em um país de baixo poder aquisitivo da maior parte da população; (b) os recursos humanos existentes nas poucas bibliotecas públicas terem sido voltados para o atendimento a estudantes ao invés do público em geral; e (c) os recursos governamentais terem sido aplicados, primordialmente, na aquisição de

livros didáticos e enciclopédias, o que fez com que a ideia de biblioteca pública tivesse como prioridade o processo educativo (SUAIDEN, 2000).

FREITAS e SILVA (2014) contam que a implantação do Sistema Nacional de Bibliotecas Públicas (SNBP) foi iniciada em 1977, pelo antigo Instituto Nacional do Livro (INL) com o objetivo de realizar um planejamento de bibliotecas integrado, cooperativo e racionalizado.

Segundo MIRANDA (*apud*, FREITAS e SILVA, 2014), é importante a constituição de bibliotecas em sistemas, pois desta forma “amplia-se a capacidade de seus serviços, facilitando o acesso à informação barateando os seus custos, racionalizando suas tarefas e disciplinando o seu uso para um público mais amplo”.

Cabia ao INL, como órgão coordenador, prestar a assistência técnica e financeira às bibliotecas estaduais, definir normas e procedimentos de serviço e desenvolver atividades de treinamento e aperfeiçoamento de recursos humanos, entre outras competências (FREITAS e SILVA, 2014). Às unidades federadas, cabia organizar os seus respectivos subsistemas de bibliotecas públicas, conforme as normas emitidas pelo órgão coordenador. Desse modo, o sistema trabalhava de forma colaborativa com todas as unidades reunidas em busca de um objetivo comum (FREITAS e SILVA, 2014).

O Decreto Presidencial nº 520 de 13 de maio de 1992 instituiu o SNBP em substituição ao INL, com o objetivo de fortalecimento das bibliotecas públicas do país. Atualmente, o SNBP está vinculado à Secretaria Especial da Cultura do Ministério da Cidadania, mas durante 20 anos esteve atrelado à Fundação Biblioteca Nacional (FBN) e, mais recentemente, ao Ministério da Cultura, extinto em janeiro de 2019.

A pesquisa denominada “Retratos da Leitura no Brasil”, realizada em 2001, apontou a existência de 1.173 (um mil, cento e setenta e três) municípios brasileiros sem bibliotecas públicas. A pesquisa realizada em 2001 também demonstrou que 73% dos livros estão concentrados em apenas 16% da população brasileira, sendo que 6,5 milhões de brasileiros, da camada mais pobre da população, disseram não ter qualquer condição de adquirir um livro. Segundo o então Ministério da Cultura, esse nú-

mero “é um retrato da situação da leitura e da consequente exclusão de grande parte dos brasileiros quanto ao conhecimento e sua disseminação, deixando evidente a necessidade de políticas públicas na área do livro e da leitura”³.

Em 2003, a Lei nº 10.753/2003 instituiu a Política Nacional do Livro, que é o instrumento legal que autoriza o Poder Executivo a criar projetos de incentivo à leitura e acesso ao livro. A regulamentação dessa lei permitirá a criação de instrumentos que facilitem a execução do disposto no artigo 13 da referida lei, que estabelece o seguinte (GOVERNO FEDERAL, 2014):

Art. 13. Cabe ao Poder Executivo criar e executar projetos de acesso ao livro e incentivo à leitura, ampliar os já existentes e implementar, isoladamente ou em parcerias públicas ou privadas, as seguintes ações em âmbito nacional:

I - criar parcerias, públicas ou privadas, para o desenvolvimento de programas de incentivo à leitura, com a participação de entidades públicas e privadas;

II - estimular a criação e execução de projetos voltados para o estímulo e a consolidação do hábito de leitura, mediante:

a) revisão e ampliação do processo de alfabetização e leitura de textos de literatura nas escolas;

b) introdução da hora de leitura diária nas escolas;

c) exigência pelos sistemas de ensino, para efeito de autorização de escolas, de acervo mínimo de livros para as bibliotecas escolares;

III - instituir programas, em bases regulares, para a exportação e venda de livros brasileiros em feiras e eventos internacionais;

IV - estabelecer tarifa postal preferencial, reduzida, para o livro brasileiro;

³ A informação esteve disponível em: http://www.cultura.gov.br/noticias-destaques/-/asset_publisher/OiKX3xIR9iTn/content/programa-livro-aberto-149141/11043/maximized, acesso em: 2 jun. 2016.

V - criar cursos de capacitação do trabalho editorial, gráfico e livreiro em todo o território nacional.

Para garantir o acesso dos brasileiros ao livro e à leitura, foi criado, em 2004, o “Programa Livro Aberto”, que é uma parceria entre o então Ministério da Cultura, Ministério da Educação, sob coordenação do SNBP, da Fundação Biblioteca Nacional. Esse programa teve por objetivo implantar bibliotecas públicas em todas as cidades do Brasil, destacando-se, ainda, por ações de modernização de bibliotecas, implantação de Pontos de Leitura⁴, bolsas para escritores e prêmios literários, realizados pela Fundação Biblioteca Nacional (FBN) e pela Coordenadoria Geral de Livro e Leitura (CGLL). O projeto visava, ainda, instalar bibliotecas públicas em todos os municípios que ainda não as possuíam, zerando o número de cidades sem bibliotecas no Brasil. O Programa também previa a aplicação de recursos federais para a instalação e ampliação do acervo público de livros, estabelecendo parceria com as prefeituras, responsáveis por ceder o espaço e manter as bibliotecas⁵.

Em 2011, foi instituído no Brasil, por meio do Decreto nº 7.559/2001, o chamado *Plano Nacional do Livro e Leitura* (PNLL), que consiste em uma “estratégia permanente de planejamento, apoio, articulação e referência para a execução de ações voltadas para o fomento da leitura no País” (artigo 1º). De acordo com o Caderno do PNLL (GOVERNO FEDERAL, 2014),

as diretrizes para uma política pública voltada à leitura e ao livro no Brasil (e, em particular, à biblioteca e à formação de mediadores), apresentadas neste Plano, levam em conta o papel de destaque

⁴ Pontos de Leitura são “iniciativas e projetos de incentivo à leitura em diversos locais, como bibliotecas comunitárias, Pontos de Cultura, hospitais, sindicatos, presídios, associações comunitárias, entre outros”, conforme esteve disponível no site do então Ministério da Cultura no endereço: http://www.cultura.gov.br/inscricoes-abertas/-/asset_publisher/kQxYTMokF1Jk/content/i-concurso-pontos-de-leitura-projetos-de-estimulo-a-leitura/10883, acesso em: 29 maio 2016.

⁵ A informação esteve disponível em: http://www.cultura.gov.br/noticias-destaques/-/asset_publisher/OiKX3xIR9iTn/content/programa-livro-aberto-149141/11043/maximized, acesso em: 2 jun. 2016.

que essas instâncias assumem no desenvolvimento social e da cidadania e nas transformações necessárias da sociedade para a construção de um projeto de nação com uma organização social mais justa. Elas têm por base a necessidade de formar uma sociedade leitora como condição essencial e decisiva para promover a inclusão social de milhões de brasileiros no que diz respeito a bens, serviços e cultura, garantindo-lhes uma vida digna e a estruturação de um país economicamente viável.

O Decreto nº 7.559/2011 (artigo 1, § 1º) estabelece como objetivos do PNLL “(I) a democratização do acesso ao livro; (II) a formação de mediadores para o incentivo à leitura; (III) a valorização institucional da leitura e o incremento de seu valor simbólico; e (IV) o desenvolvimento da economia do livro como estímulo à produção intelectual e ao desenvolvimento da economia nacional”.

Os debates que antecederam a elaboração do PNLL foram coordenados pelo então Ministério da Cultura e pelo Ministério da Educação e contaram com a participação de representantes da cadeia produtiva do livro (editores, livreiros, distribuidores, gráficas, fabricantes de papel, escritores, administradores, gestores públicos e outros profissionais do livro), bem como educadores, bibliotecários, universidades, especialistas em livro e leitura, organizações da sociedade, empresas públicas e privadas, governos estaduais, prefeituras e interessados em geral (GOVERNO FEDERAL, 2014).

Também contribuíram para a elaboração do PNLL, o Programa Nacional do Livro Didático (PNLD), o Programa Nacional da Biblioteca Escolar (PNBE), o Fórum da Câmara Setorial do Livro, Leitura e Literatura (instituída por Decreto Presidencial, em 2005, e da qual decorreu o atual Colegiado Setorial de Livro, Leitura e Literatura), o Projeto Fome de Livro (por iniciativa do MEC/Biblioteca Nacional), o Programa Nacional do Livro no Ensino Médio (PNLEM), o Programa de Formação do Aluno e do Professor Leitor e o Vivaleitura – Ano Ibero-americano da Leitura (2005), que é um programa desenvolvido pelo então Ministério da Cultura, pelo Ministério da Educação, organismos internacionais e entidades da socie-

dade. Há que se destacar, especialmente, a contribuição do Programa Nacional de Incentivo à Leitura (PROLER), que, com a experiência acumulada ao longo de mais de duas décadas na realização de projetos de fomento à leitura por todo o país, com a promoção de oficinas, cursos, palestras e eventos artístico-culturais das mais diferentes naturezas, pode fornecer subsídios para o debate em questão (GOVERNO FEDERAL, 2014).

Apesar das dificuldades de acesso a livros em geral, mesmo em escolas e bibliotecas, e do baixo poder aquisitivo da maioria da população, propiciando alternativas escassas para a concretização da leitura, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aponta na MUNIC (Pesquisa de Informações Básicas Municipais), de 2013, que “a biblioteca é um dos equipamentos culturais mais importantes do Brasil, presente em 97% dos municípios brasileiros” (GOVERNO FEDERAL, 2014). Nessa pesquisa, são consideradas bibliotecas, todos os espaços de leitura com acesso ao público em geral, podendo ou não ser geridas pela administração pública (GOVERNO FEDERAL, 2014).

De acordo com o Caderno do PNLL (GOVERNO FEDERAL, 2014),

o Sistema Nacional de Bibliotecas Públicas (SNBP), órgão subordinado à Diretoria do Livro, Leitura, Literatura e Bibliotecas (DLLLLB), iniciou em 2013 o Projeto Mais Bibliotecas Públicas, com o intuito de apoiar a instalação e qualificação das bibliotecas públicas no País, e zerar o número de municípios que não possuem o referido equipamento. Segundo os dados do SNBP, de 2014, o Brasil possui 6.060 bibliotecas públicas, em 5.453 municípios; sendo 512 na Região Norte, 1845 na Região Nordeste, 499 no Centro-Oeste, 1932 no Sudeste e 1272 na Região Sul.

É importante ressaltar que a UNESCO já comprovou que não se pode considerar o livro como objeto cultural isolado. O resultado de uma pesquisa por ela realizada em 2004 – denominada *Juventude, juventudes: o que une e o que separa* – demonstrou que a influência do entorno cultural é bastante relevante para o desenvolvimento do gosto pela leitura (GOVERNO FEDERAL, 2014). A UNESCO identifica três fatores qualitativos

e dois quantitativos como necessários para a existência expressiva de leitores em um país (GOVERNO FEDERAL, 2014):

Os fatores qualitativos são:

- a) o livro deve ocupar destaque no imaginário nacional, sendo dotado de forte poder simbólico e valorizado por amplas faixas da população;
- b) devem existir famílias leitoras, cujos integrantes se interessem vivamente pelos livros e compartilhem práticas de leitura, de modo que as velhas e novas gerações se influenciem mutuamente e construam representações afetivas em torno da leitura;
- c) deve haver escolas que saibam formar leitores, valendo-se de mediadores bem formados (professores, bibliotecários, mediadores de leitura) e de múltiplas estratégias e recursos para alcançar essa finalidade.

Os fatores quantitativos são:

- d) deve ser garantido o acesso ao livro, com a disponibilidade de um número suficiente de bibliotecas e livrarias, entre outros aspectos;
- e) o preço do livro deve ser acessível a grandes contingentes de potenciais leitores.

FREITAS e SILVA (2014) informam que

de acordo com o primeiro Censo Nacional das Bibliotecas Públicas Municipais, realizado no ano de 2010, pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), a pedido do Ministério da Cultura (MinC), em 2009, o país possuía 4.763 bibliotecas públicas em 4.413 municípios. Foram pesquisados todos os 5.565 municípios brasileiros, o que significa que 1.152 cidades brasileiras não dispõem de nenhuma biblioteca. Segundo a pesquisa, a região Sudeste é a que possui mais municípios com bibliotecas abertas (92%), seguida do Sul (89%), Centro-Oeste (81%), Norte (66%) e Nordeste (64%).

Segundo os autores (2014), esse censo nacional “teve por objetivo subsidiar o aperfeiçoamento de políticas públicas em todas as esferas de governo – federal, estadual e municipal – voltadas à melhoria e valorização das bibliotecas públicas brasileiras”. A pesquisa também mostra que, dentre as bibliotecas que estão em funcionamento, apenas 45% têm computadores com acesso à internet, sendo que, uma boa parte dessas bibliotecas não disponibilizam o serviço para os usuários (FREITAS e SILVA, 2014). Além disso, 88% dos estabelecimentos não têm qualquer tipo de atividade de extensão, como oficinas e rodas de leitura. Ainda segundo a pesquisa, 83% do acervo dessas instituições é constituído por doações. Os usuários frequentam a biblioteca, em média, apenas 1,9 vezes por semana e utilizam o local preferencialmente para pesquisas escolares (65%), seguido de pesquisas em geral (26%) e para o lazer (8%). Os assuntos mais pesquisados nas bibliotecas são geografia e história (82%); literatura (78%), e obras gerais – enciclopédias e dicionários (73%) (FREITAS e SILVA, 2014).

Com relação à inclusão digital, o Brasil avançou pouco. Apesar de 45% das bibliotecas públicas terem computadores com acesso à internet, apenas 29% disponibilizam o serviço para os usuários. Por essa razão, concordamos com a seguinte opinião de FREITAS e SILVA (2014):

a biblioteca pública brasileira ainda precisa se adaptar, buscando auxiliar a comunidade em enfrentar os desafios impostos pelos tempos modernos, garantindo o acesso à informação digital e proporcionando que o usuário usufrua plenamente das facilidades proporcionadas pela Internet.

Para sanar essa deficiência, governos anteriores incentivaram a instalação de Telecentros Comunitários⁶ nas dependências das bibliotecas, que foi um projeto mantido pelo Ministério das Comunicações e que

⁶ Telecentros Comunitários são espaços públicos providos de computadores conectados à Internet em banda larga, onde são realizadas atividades, por meio do uso das TICs (Tecnologias da Informação e Comunicação), com o objetivo de promover a inclusão digital e social das comunidades atendidas. (...). O objetivo principal dos Telecentros é promover o desenvolvimento social e econômico das comunidades atendidas, re-

consiste no fornecimento e manutenção de computadores conectados à Internet em banda larga e instalados em espaços públicos, onde são realizadas atividades, por meio do uso das tecnologias da informação e comunicação, com o objetivo de promover a inclusão digital e social das comunidades atendidas (GOVERNO FEDERAL, 2010).

Os Telecentros foram instalados em diversas bibliotecas públicas do país e, nelas, encontraram um ambiente favorável para o desenvolvimento de suas atividades. Além disso, a comunidade local acaba sendo beneficiada com o acesso gratuito à Internet e com a participação em cursos de capacitação que ensinam desde como lidar com os recursos básicos da informática até a produção de conteúdo no ambiente online (FREITAS e SILVA, 2014).

No entanto, é importante ressaltar que não basta montar um laboratório com vários computadores e apenas fornecer a tecnologia, sem ensinar as pessoas a utilizá-la. Além dos computadores e do acesso à internet, a biblioteca pública também deve oferecer coleções digitais e serviços eletrônicos, de forma a permitir que um maior número de usuários tenha acesso à informação de forma ampla e democrática (FREITAS e SILVA, 2014).

Após a realização dessa pesquisa, a primeira ação do então Ministério da Cultura foi a implantação (ou reinstalação) de bibliotecas públicas em 420 (quatrocentos e vinte) municípios brasileiros.

Para tentar reverter o cenário das bibliotecas públicas brasileiras, o então Ministério da Cultura, por meio do Programa Mais Cultura⁷ e

duzindo a exclusão social e criando oportunidades aos cidadãos (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, s/d).

⁷ Segundo o site do então MinC, o Programa Mais Cultura foi lançado em outubro de 2007 e representava “o reconhecimento da cultura como necessidade básica, direito de todos os brasileiros, tanto quanto a alimentação, a saúde, a moradia, a educação e o voto”. O site do então MinC dizia ainda o seguinte: “Com a criação do Programa, o Governo Federal incorpora a cultura como vetor importante para o desenvolvimento do país, incluindo-a na agenda social – com status de política estratégica de estado para atuar na redução da pobreza e a desigualdade social. Essa é, portanto, uma das mais importantes conquistas do Ministério da Cultura e de todos os brasileiros – um programa pautado na integração e inclusão de todos segmentos sociais, na valorização da diversidade e do diálogo com os múltiplos contextos da sociedade brasileira. Na

do Programa Livro Aberto, buscou fomentar a construção, implantação e modernização de bibliotecas públicas.

Entre as linhas de ação desse programa, estava o “Biblioteca Mais Cultura”, que pretendia transformar as bibliotecas em centros culturais dinâmicos e interativos, de forma a articular adequadamente a dimensão escrita da cultura com outras dimensões tradicionais, populares e com as diversidades regionais e as diversas linguagens contemporâneas (FREITAS e SILVA, 2014).

Por meio de recursos do Programa Mais Cultura e da Fundação Biblioteca Nacional, foram distribuídos *kits* com acervo de 2.000 livros, além de mobiliário e equipamentos.

Nos anos de 2009 e 2010, o governo federal apresentou alguns editais, visando investir em bibliotecas públicas. O Edital Mais Cultura de Modernização de Bibliotecas Públicas e o Edital Mais Cultura de Apoio às Bibliotecas Públicas destinaram, juntos, um total de R\$ 37,4 milhões para o setor. De 2003 a 2010, foram investidos R\$ 219,2 milhões em modernização, construção e implantação de bibliotecas (FREITAS e SILVA, 2014).

Em julho de 2018, o então presidente Michel Temer sancionou a lei que instituiu a nova política nacional de leitura a escrita (Lei 13.696/2018, chamada de “Lei Castilho”).

Por meio do Decreto 9.930/2019, o atual presidente Jair Bolsonaro alterou o PNLL, para extinguir o seu conselho consultivo, composto por membros do colegiado setorial do Conselho Nacional de Política Cultural (CNPC) na área de literatura, livro e leitura, todos representantes da sociedade civil que não recebiam remuneração para esse trabalho.

De acordo com o Plano Nacional do Livro e Leitura (GOVERNO FEDERAL, 2014), o grande desafio do governo federal no século XXI é

perspectiva de cooperação, articulação e integração, o Ministério da Cultura estabelece parceria com ministérios, bancos públicos, organismos internacionais e instituições da sociedade civil, além de assinar acordos com governos estaduais e municipais para a implementação das ações do Mais Cultura. O Programa Mais Cultura se estrutura em três dimensões articuladas entre si: Cultura e Cidadania, Cultura e Cidades e Cultura e Economia. Todas as ações do Mais Cultura buscam a ampla participação da sociedade civil e dos poderes públicos”. Esteve disponível em: <http://www.cultura.gov.br/mais-cultura>, acesso em: 18 jun. 2016.

transformar o Brasil em um país de leitores. Entretanto, são várias as dificuldades a serem vencidas. Uma delas diz respeito à criação de políticas públicas que visem assegurar e democratizar o acesso à leitura e ao livro para toda a sociedade. É nesse âmbito que a questão dos direitos autorais aparece em cena. Para que o acesso à leitura e ao livro seja assegurado para a sociedade, especialmente por meio de redes e da tecnologia digital, que é a tendência para o futuro, deve haver um equilíbrio entre a proteção autoral e as novas formas de acesso ao conhecimento.

1.2 Função das Bibliotecas Públicas no Século XXI

A biblioteca do século XXI não será completamente impressa ou digital. Na verdade, ela deverá reunir em seu acervo obras em ambos os suportes – impresso e digital (FREITAS e SILVA, 2014).

No que diz respeito ao atual papel das bibliotecas, o PNLL diz que (GOVERNO FEDERAL, 2014):

a biblioteca assume a dimensão de um dinâmico pólo difusor de informação e cultura, centro de educação continuada, núcleo de lazer e entretenimento, estimulando a criação e a fruição dos mais diversificados bens artístico-culturais.

Para isso, deve estar sintonizada com as tecnologias de informação e comunicação, suportes e linguagens, promovendo a interação máxima entre os livros e esse universo que seduz as atuais gerações.

Segundo MILANESI (2013), as bibliotecas e bibliotecários não apreenderam, de início, os impactos que o surgimento do computador viria a ocasionar no âmbito das bibliotecas, pois

os cursos de biblioteconomia olharam para o computador como, talvez, “um exercício pouco prático de catalogação”, sem uma percepção clara de seus futuros desdobramentos. (...). Entre um computador que controlava o acervo e o catálogo, não se viam grandes vantagens no cotidiano das bibliotecas.

Normalmente, são feitas comparações entre a biblioteca e a Internet, para que se possa averiguar qual desses meios é mais poderoso e mais barato para o oferecimento da informação necessária (MILANESI, 2013). Diz o autor (2013) que

um conjunto de sites é como uma imensa biblioteca para ser explorada, em parte sem dispêndio, por todos que dispõem de computador ou pelos que utilizam terminais públicos. As chamadas ferramentas de busca são similares em sua função aos antigos catálogos.

Entretanto, como na Internet não há a participação de um especialista para fazer uma seleção prévia a respeito dos termos a serem buscados sobre um determinado assunto, levanta-se muito “lixo informacional”, com a conseqüente perda de tempo e dinheiro (MILANESI, 2013). Considerando que a intermediação entre as informações e os pesquisadores é uma questão essencial, o caminho que se afigura óbvio é o da especialização, não apenas do acervo e do público, mas também do profissional que faz a intermediação entre um e outro (MILANESI, 2013).

Isso faz com que o próprio espaço das bibliotecas se transforme. Além da leitura de livros, revistas, jornais, gibis, a biblioteca deverá, também, oferecer recursos multimídia, com acesso à Internet, o que não leva, necessariamente, à diminuição do número de leitores de livros e material impresso (MILANESI, 2013). Nesse aspecto, somos da opinião de que a promoção de uma cultura digital pela biblioteca pública brasileira deve promover a inclusão das camadas excluídas (CUNHA et al, s/d).

Como a organização do acervo não é mais a razão de ser da biblioteca, surgiram serviços de informação moldados a grupos específicos. A gradual digitalização do acervo faz com que, no mundo virtual, não haja mais o livro, mas sim, o seu conteúdo armazenado em máquinas, que é utilizado ao infinito, reforçando, assim, a necessidade de alteração do próprio conceito de biblioteca (MILANESI, 2013).

Concordamos com MILANESI (2013), no sentido de que a biblioteca deve atingir o ser humano comum, ou seja, aquele que habita as grandes cidades, a periferia, as cidadezinhas, vilarejos e o campo. Entretanto,

quando esse público é indagado sobre o que quer, mudam-se as regras, pois, nas palavras de MILANESI (2013): “o que se quer nem sempre é o que se precisa, prioritariamente”. Dessa forma, haveria duas possibilidades de posicionamento: o simples atendimento do desejo do público e a criação do desejo necessário, configurando, assim, dois tipos de serviços de informação pública: o passivo (que procura atender à demanda existente) e o ativo (que se aventura pela criação de demanda, por meio de uma intensa interação com a coletividade) (MILANESI, 2013).

Para a criação de demanda – numa perspectiva de prestação ativa de serviços de informação pública –, o espaço físico das bibliotecas é de importância fundamental, pois permite, não apenas arquivar documentos, mas, principalmente, aproximar as pessoas que, ao estarem ali para conhecer determinados conteúdos, podem participar de ações coletivas (MILANESI, 2013). Tais espaços podem ser identificados como bibliotecas municipais, mas também como centros de cultura ou mesmo museus. A tendência é juntar num mesmo local não só os acervos, mas também auditórios para apresentação de peças de teatro, recitais, bem como para exibição de filmes, exposições, palestras. Pode-se, ainda, juntar esses espaços com outros para cursos, grupos de estudos, oficinas de produção artística, dentre outras atividades. Dessa forma, o local da informação pública, além dos acervos, passa a comportar outras possibilidades, especialmente com relação à discussão do conhecimento, bem como à criação de novos (MILANESI, 2013).

No que diz respeito aos procedimentos técnicos para a organização do acervo – que foi a razão da Biblioteconomia até os anos 1980 –, houve uma redução do esforço organizatório local, uma vez que os catálogos, inclusive de assunto, tendem a ser centralizados em um único endereço no país ou no planeta, por meio das redes. Abrem-se, assim, perspectivas de atividades mais ativas e interativas com a coletividade, por parte das bibliotecas (MILANESI, 2013).

Tal entendimento está em consonância com o manifesto da UNESCO de 1994, que, ao se referir às missões-chave da biblioteca pública, destaca o papel de “facilitar o desenvolvimento da capacidade de utilizar a informa-

ção e a informática, para o que recomenda, em seu funcionamento e gestão que se formule (...) uma política clara, definindo objetivos, prioridades e serviços, relacionados com as necessidades da comunidade local”.

A *International Federation of Library Associations and Institutions* (IFLA) aprovou, em 2002, o Manifesto da IFLA sobre a Internet⁸, em que declara o direito de o cidadão ter acesso à informação, o que representa a base da democracia e a essência do serviço bibliotecário, bem como o livre acesso à Internet, oferecido pelas bibliotecas e demais serviços de informação, por contribuir para que indivíduos e comunidades atinjam a liberdade, a prosperidade e o desenvolvimento. Sugere, ainda, que barreiras à informação devem ser removidas, especialmente aquelas que favoreçam a desigualdade e a pobreza.

De acordo com o PNLL, no contexto da sociedade da informação, é fundamental que a leitura “seja tratada no diálogo com as diversas tecnologias de gravação, entre as quais o livro se encontra” (GOVERNO FEDERAL, 2014). Nessa linha, o PNLL claramente propõe um diálogo fecundo com novas formas de licenciamento que, ao mesmo tempo, garantam os direitos autorais e os direitos de acesso (GOVERNO FEDERAL, 2014).

Para tanto, entendemos que é preciso que se discuta, no âmbito internacional, a elaboração de um tratado especificamente para regular a questão da disseminação de informação por bibliotecas e arquivos e que estabeleça limitações de direitos autorais para suas atividades.

2 ARQUIVOS

2.1 Evolução Histórica da Legislação

No Brasil, a Lei 8.159/91 dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados. O artigo 2º da referida lei define arquivos, genericamente falando, como “os conjuntos de documentos produzidos e

⁸ Disponível em: <http://www.ifla.org/files/assets/faife/publications/policy-documents/internet-manifesto-pt.pdf>, acesso em: 16 jun. 2016.

recebidos por órgãos públicos, instituições de caráter público e entidades privadas, em decorrência do exercício de atividades específicas, bem como por pessoa física, qualquer que seja o suporte da informação ou a natureza dos documentos”.

Segundo o artigo 1º da citada lei, “é dever do Poder Público a gestão documental e a proteção especial a documentos de arquivos, como instrumento de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico e como elementos de prova e informação”.

A definição de “arquivos públicos” encontra-se no artigo 7º da Lei 8.159/91, nos seguintes termos: “os arquivos públicos são os conjuntos de documentos produzidos e recebidos, no exercício de suas atividades, por órgãos públicos de âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal em decorrência de suas funções administrativas, legislativas e judiciárias”.

Ao Arquivo Nacional, compete “a gestão e o recolhimento dos documentos produzidos e recebidos pelo Poder Executivo Federal, bem como preservar e facultar o acesso aos documentos sob sua guarda, e acompanhar e implementar a política nacional de arquivos” (artigo 18 da Lei 8.159/91). Especificamente com relação aos arquivos do Poder Legislativo, competem “a gestão e o recolhimento dos documentos produzidos e recebidos pelo Poder Legislativo Federal no exercício das suas funções, bem como preservar e facultar o acesso aos documentos sob sua guarda” (artigo 19). E, finalmente, aos arquivos do Poder Judiciário Federal, competem “a gestão e o recolhimento dos documentos produzidos e recebidos pelo Poder Judiciário Federal no exercício de suas funções, tramitados em juízo e oriundos de cartórios e secretarias, bem como preservar e facultar o acesso aos documentos sob sua guarda” (artigo 20).

Do ponto de vista histórico, podemos mencionar o Regulamento nº 2, de 2 de janeiro de 1938, como o marco inicial da regulamentação de arquivos no Brasil, ao criar o Arquivo Público do Império, conforme previsto na Constituição de 1824, que tinha por finalidade guardar os documentos públicos. O Arquivo Público do Império estava organizado em três seções: (a) administrativa: responsável pelos documentos dos poderes Executivo

e Moderador; (b) legislativa: incumbida da guarda dos documentos produzidos pelo Poder Legislativo; e (c) histórica.

Em 1876, o Arquivo Público do Império foi reorganizado, com o compromisso de o parlamento enviar os originais dos atos legislativos e administrativos para a instituição, que passou a ter, também, competência para adquirir e conservar os documentos concernentes ao direito público, à legislação, à história e à geografia do Brasil. O Arquivo Público do Império passou a denominar-se Arquivo Público Nacional em 1893 e, em 1911, sua denominação é alterada para Arquivo Nacional.

Em 1960, o Decreto nº 48.936 criou um grupo de trabalho para estudar os problemas arquivísticos brasileiros e a transferência do Arquivo Nacional para Brasília.

O Decreto nº 82.308, de 25 de setembro de 1978, instituiu o Sistema Nacional de Arquivos – SINAR, com a finalidade de assegurar a preservação de documentos do Poder Público, tendo como órgão central o Arquivo Nacional, que, em 1983, veio a ser transformado em órgão autônomo da administração direta do Ministério da Justiça.

O artigo 26 da Lei nº 8.159/91 criou o Conselho Nacional de Arquivos – CONARQ, que é um órgão vinculado ao Arquivo Nacional e que tem por função definir a política nacional de arquivos, enquanto órgão central do SINAR, que veio a ser “recriado” pela referida lei. De acordo com o artigo 1º do Decreto nº 4.073, de 3 de janeiro de 2002, o CONARQ tem por finalidade “definir a política nacional de arquivos públicos e privados, bem como exercer orientação normativa visando à gestão documental e à proteção especial aos documentos de arquivo”.

Integram o SINAR, (a) o Arquivo Nacional; (b) os arquivos do Poder Executivo Federal; (c) os arquivos do Poder Legislativo Federal; (d) os arquivos do Poder Judiciário Federal; (e) os arquivos estaduais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; e (f) os arquivos do Distrito Federal dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; os arquivos municipais dos Poderes Executivo e Legislativo⁹.

⁹ Disponível em: <http://www.conarq.arquivonacional.gov.br/o-sistema-nacional-de-arquivos-sinar.html>, acesso em: 2 out. 2016.

Os arquivos referidos acima, exceto o Arquivo Nacional, quando organizados sistemicamente, passam a integrar o SINAR por intermédio de seus órgãos centrais.

Importante ressaltar que as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, detentoras de arquivos, podem integrar o SINAR mediante acordo ou ajuste com o órgão central.

2.2 Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação)

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação) veio regulamentar o artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal, que estabelece o seguinte:

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Além disso, o direito de acesso à informação pública está previsto em diversas convenções e tratados internacionais assinados pelo Brasil, tais como, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção¹¹, a Declaração Interamericana de

¹⁰ O artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece o seguinte:

Artigo 19

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

¹¹ Os artigos 10 e 13 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção dispõem:

Artigo 10

Informação pública

Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua

Princípios de Liberdade de Expressão¹² e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹³.

Ao regulamentar o direito de acesso à informação pública, o Brasil passa a integrar um amplo grupo de nações que reconhece que a informação sob a guarda do Estado é um bem público, fato que, conforme demonstra a experiência internacional, fortalece o sistema democrático, resultando em ganhos para todos (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2011).

*organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder. Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas: a) A instauração de procedimentos ou regulamentações que permitam ao público em geral **obter, quando proceder, informação** sobre a organização, o funcionamento e os processos de adoção de decisões de sua administração pública, com o devido respeito à proteção da intimidade e dos documentos pessoais, sobre as decisões e atos jurídicos que incumbam ao público; b) A simplificação dos procedimentos administrativos, quando proceder, a fim de facilitar o acesso do público às autoridades encarregadas da adoção de decisões; e c) **A publicação de informação**, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública. (Destacamos)*

Artigo 13

Participação da sociedade

*1. Cada Estado Parte adotará medidas adequadas, no limite de suas possibilidades e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa. Essa participação deveria esforçar-se com medidas como as seguintes: a) **Aumentar a transparência** e promover a contribuição da cidadania aos processos de adoção de decisões; b) **Garantir o acesso eficaz do público à informação**; c) **Realizar atividade de informação pública** para fomentar a intransigência à corrupção, assim como programas de educação pública, incluídos programas escolares e universitários; d) **Respeitar, promover e proteger a liberdade de buscar, receber, publicar e difundir informação** relativa à corrupção. (Destacamos).*

¹² O item 4 da Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão estabelece o seguinte:

4. O acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo. Os Estados estão obrigados a garantir o exercício desse direito. Este princípio só admite limitações excepcionais que devem estar previamente estabelecidas em lei para o caso de existência de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas.

¹³ O artigo 19, item 2, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos dispõe que: (...)

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

Exceto no que diz respeito a informações pessoais e algumas exceções previstas na Lei de Acesso à Informação, a informação produzida pelo setor público deve estar disponível para a sociedade. Daí a necessidade de regulamentação, para que se estabeleça quais informações devem ser reservadas e por quanto tempo (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2011).

Dessa forma, podemos dizer que a Lei de Acesso à Informação representa uma mudança de paradigma em matéria de transparência pública, ao dispor que o acesso é a regra e o sigilo, a exceção. O acesso a dados públicos (documentos, arquivos, estatísticas) constitui-se em um dos fundamentos para a consolidação da democracia, ao fortalecer a capacidade dos indivíduos de participar de modo efetivo da tomada de decisões que os afeta (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2011). Evidentemente, o cidadão bem informado tem melhores condições de conhecer e acessar outros direitos essenciais, como saúde, educação e benefícios sociais. É, principalmente, por essas razões, que o acesso à informação pública vem sendo, cada vez mais, reconhecido como um direito pelos principais países, a ponto de hoje, haver 90 países que possuem leis específicas que o regulamentam (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2011).

Em suma, na cultura de acesso, o fluxo de informações favorece a tomada de decisões, a boa gestão de políticas públicas e a inclusão do cidadão. Algumas pesquisas apontam que a confiança da população no serviço público aumentou em países que adotaram leis de acesso à informação (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2011).

No que diz respeito às exceções estabelecidas pela Lei de Acesso à Informação, elas se aplicam às informações classificadas pelas autoridades como sigilosas¹⁴.

¹⁴ O artigo 6º da Lei de Acesso à Informação diz que:

Art. 6º. Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

(...)

III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

Deve-se, ainda, respeitar, no tratamento das informações, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem como as liberdades e garantias individuais, nos termos do que estabelece o artigo 31 da Lei de Acesso à Informação, abaixo transcrito:

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

Questão importante diz respeito ao acesso a informação pública relativa a obra protegida por direitos autorais. Pelo fato de os direitos autorais serem considerados garantias individuais – uma vez que estão consagrados nos artigos 5º, incisos XVII e XXVII da Constituição Federal¹⁵ – o acesso a obra protegida, apesar de não ser impedido pela lei, não torna seu uso permitido, se este estiver em desacordo com a Lei 9.610/98. O descumprimento dessa regra torna o usuário da obra, responsável pelo seu uso indevido, conforme determina o § 2º do artigo 31 da Lei de Acesso à Informação, *in verbis*: “§ 2º. *Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido*”.

3 CONFLITOS ENTRE DIREITOS DE AUTOR E ACESSO AO CONHECIMENTO E À INFORMAÇÃO NO ÂMBITO DE BIBLIOTECAS E ARQUIVOS PÚBLICOS

O direito autoral é uma forma de *enclosure* ao pleno acesso ao conhecimento e à informação por estabelecer um monopólio ao autor na disponibilização de sua obra. Com o início da exploração comercial da

¹⁵ XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

internet em 1994 e o desenvolvimento da tecnologia digital, o direito de autor sofreu forte impacto, uma vez que a reprodução de obras protegidas passou a ser facilitada e a ocorrer em larga escala.

A internet e a tecnologia digital permitem novos usos de obras protegidas, facilitando o acesso ao conhecimento e à informação e potencializando formas criativas e processos autorais inovadores. Tal fenômeno tem por consequência a geração de conflitos entre o direito de autor e o direito da sociedade de acessar o conhecimento e a informação sem muitos entraves.

O Brasil é um dos protagonistas nas negociações internacionais em matéria de direito de acesso ao conhecimento e à informação no âmbito dos países em desenvolvimento. Mediante comunicação formal, datada de 26 de agosto de 2004, o Secretariado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) recebeu uma proposta formal do Brasil e da Argentina para o estabelecimento de uma agenda sobre desenvolvimento – tema que constitui um dos maiores desafios na comunidade internacional – no âmbito daquela Organização (CARBONI, 2006).

De acordo com a referida proposta, a inovação tecnológica, a ciência e a atividade criativa em geral são altamente reconhecidas como fontes de progresso material e bem-estar. No entanto, apesar dos importantes avanços científicos e tecnológicos e das promessas dos séculos XX e XXI em várias áreas, um significativo distanciamento no conhecimento e a divisão digital continuam a separar os países ricos dos pobres¹⁶.

Nesse contexto, o impacto da propriedade intelectual tem sido amplamente debatido nas duas últimas décadas. De acordo com a referida proposta, os direitos de propriedade intelectual devem ser entendidos como instrumentos de promoção da inovação tecnológica, bem como de transferência e disseminação de tecnologia, e não como fim em si mesmos. Por sua vez, a harmonização dos direitos de propriedade intelectual

¹⁶ Na versão em inglês: *Technological innovation, science and creative activity in general are rightly recognized as important sources of material progress and welfare. However, despite the important scientific and technological advances and promises of the 20th and early 21st centuries in many areas, a significant “knowledge gap”, as well as a “digital divide”, continue to separate the wealthy nations from the poor.*

tual nos diversos países também não pode levar a altos padrões de proteção independentemente de seus níveis de desenvolvimento. O papel da propriedade intelectual e seu impacto no desenvolvimento devem ser cuidadosamente avaliados no caso concreto. A proteção dos direitos de propriedade intelectual é um instrumento político que pode, dependendo do caso, produzir benefícios ou custos, variando de acordo com o nível de desenvolvimento do país. Portanto, a ação política precisa assegurar, em todos os países, que os custos não superem os benefícios¹⁷.

A proposta de agenda sobre desenvolvimento reconhece, ainda, que o acesso à informação e ao conhecimento são elementos essenciais de fomento da inovação e da criatividade na economia da informação. Por essa razão, a inclusão de novas formas de propriedade intelectual no ambiente digital poderia obstruir o livre fluxo de informação e apressar esforços para a organização de novos modelos visando a promoção da inovação e da criatividade, por meio de iniciativas como a do *creative commons*¹⁸ (que permite ao autor dispor da sua obra como bem entender, inclusive, abrindo mão de alguns de seus direitos autorais). Do mesmo modo, as atuais discussões sobre o uso de proteção tecnológica no ambiente digital também são de grande preocupação¹⁹. Nessa linha, a OMPI deveria se comprometer com atividades que visassem explorar projetos colaborativos abertos para o desenvolvimento de bens públicos, como, por exemplo,

¹⁷ Na versão em inglês: *In this context, the impact of intellectual property has been widely debated in past years. Intellectual property protection is intended as an instrument to promote technological innovation, as well as the transfer and dissemination of technology. Intellectual property protection cannot be seen as an end in itself, nor can the harmonization of intellectual property laws leading to higher protection standards in all countries, irrespective of their levels of development.*

The role of intellectual property and its impact on development must be carefully assessed on a case-by-case basis. IP protection is a policy instrument the operation of which may, in actual practice, produce benefits as well as costs, which may vary in accordance with a country's level of development. Action is therefore needed to ensure, in all countries, that the costs do not outweigh the benefits of IP protection.

¹⁸ O website do projeto *creative commons* é o <www.creativecommons.org>.

¹⁹ Na versão em inglês: *While access to information and knowledge sharing are regarded as essential elements in fostering innovation and creativity in the information economy, adding new layers of intellectual property protection to the digital environment would obstruct the free flow of information and scuttle efforts to set up new arrangements for promoting innovation and creativity, through initiatives such as the 'Creative Commons'. The ongoing controversy surrounding the use of technological protection measures in the digital environment is also of great concern.*

o projeto do genoma humano e o projeto de software com código-fonte aberto²⁰.

É nesse contexto que deve ser entendido o impacto das normas de direito de autor nas bibliotecas e arquivos públicos, os quais, na sociedade da informação, passam a ter importância fundamental enquanto centros disseminadores de informação, visando à diminuição das desigualdades de acesso entre pessoas com diferentes poderes aquisitivos, especialmente por meio da segmentação de seus serviços, de acordo com as necessidades informacionais de diferentes públicos (SUAIDEN, 2000).

Conforme menciona PEREIRA (2013), há diversas iniciativas mundiais que visam justamente digitalizar e disponibilizar o patrimônio cultural e científico²¹, tais como: a *World Digital Library*²², que interliga acervos digitais de dezenas de bibliotecas mundiais com o apoio da UNESCO e a colaboração da Biblioteca do Congresso dos EUA e de outras instituições científicas e culturais²³; o projeto *Europeana*²⁴, na Europa, financiado sobretudo pela Comissão Europeia, para acesso a milhões de livros, pinturas, filmes, objetos de museu e registros de arquivo que foram digitalizados em toda a Europa; a *Gallica* digital²⁵, da Biblioteca Nacional da França; a *Brasiliana*²⁶ no Brasil; e em Portugal, a *Biblioteca Nacional digital*²⁷ e as *bibliotecas digitais da Universidade de Coimbra*²⁸ entre outras.

²⁰ Na versão em inglês: *In this regard, WIPO should consider undertaking activities with a view to exploring the promise held by open collaborative projects to develop public goods, as exemplified by the Human Genome Project and Open Source Software.*

²¹ Para uma lista de bibliotecas digitais, ver: http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_digital_library_projects.

²² Ver: <http://www.wdl.org/pt>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²³ Ver: <http://www.loc.gov/wdl/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²⁴ Ver: <http://europeana.eu/portal/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²⁵ Ver: <http://gallica.bnf.fr/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²⁶ Ver: <http://www.brasiliana.usp.br/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²⁷ Ver: <http://purl.pt/index/geral/PT/index.html>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²⁸ Ver: http://www.uc.pt/sibuc/PesquisaGeral/Biblioteca_Digital. Acesso em: 18 ago. 2021.

Paralelamente, foram desenvolvidos outros projetos de digitalização e disponibilização de obras, como o *Projeto Gutenberg*²⁹, que se apresenta como a primeira, única e maior coleção de livros eletrônicos, fundada por Michael Hart (conhecido como quem, em 1971, inventou os *e-books*) e que pretende estimular a criação e disseminação de *e-books* com esse projeto (PEREIRA, 2013). Também merecem destaque o projeto *Internet Archive* (que veio a estabelecer uma parceria com a *Biblioteca Alexandrina digital*³⁰ e que tem um perfil mais comercial) e o *Google Books*³¹ (anteriormente conhecido como *Google Print* e *Google Book Search*) (PEREIRA, 2013).

Todas essas iniciativas tornam possível o acesso sem precedentes a obras literárias e científicas, além de promoverem ampla democratização do conhecimento e da cultura (PEREIRA, 2013).

A *International Federation of Library Associations and Institutions* (IFLA) vem, desde 2009, liderando uma campanha junto à OMPI, para a elaboração de um tratado internacional que estabeleça exceções e limitações de direitos autorais para bibliotecas e arquivos. Essa iniciativa visa atender, principalmente, as bibliotecas e arquivos dos países em desenvolvimento, garantindo o acesso ao conhecimento registrado em diferentes formatos e suportes e promovendo um equilíbrio no sistema de propriedade intelectual.

Essa proposta de tratado (denominada *Treaty Proposal on Limitations and Exceptions for Libraries and Archives*), realizada pela IFLA juntamente com o *International Council on Archives* (ICA) e com a *Electronic Information for Libraries* (EIFL), com data de dezembro de 2013, visa guiar os membros da OMPI na atualização das exceções e limitações de direitos autorais para bibliotecas em todos os países do mundo. As exceções e limitações estabelecidas por esta proposta de tratado estão baseadas em uma relação de princípios que foram desenvolvidos em 2009 por bibliotecários, especialistas em propriedade intelectual, a *World Blind Union* e representantes de organizações não governamentais. A proposta de tratado regula o uso

²⁹ Ver: <http://www.gutenberg.org>. Acesso em: 18 ago. 2021.

³⁰ Ver: <https://www.bibalex.org/en/default>. Acesso em: 18 ago. 2021.

³¹ Ver: <http://books.google.com/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

de obras protegidas por direitos autorais e de todo material protegido por direitos, de acordo com as legislações nacionais e se aplica a materiais em qualquer formato, sejam eles digitais ou não-digitais.

A proposta de tratado cobre os seguintes itens: (a) importação paralela (por exemplo, a compra de livros no exterior); (b) usos transfronteiriços de obras e materiais reproduzidos sob limitações e exceções; (c) empréstimos por bibliotecas; (d) fornecimento de documentos por bibliotecas; (e) preservação de materiais de bibliotecas e arquivos; (f) uso de obras e outros materiais protegidos por direitos para o benefício de pessoas com deficiência; (g) uso de obras para a educação, pesquisa e estudos pessoais; (h) uso de obras para propósitos pessoais e privados; (i) acesso a obras recolhidas e retiradas; e (j) obras órfãs.

Também são propostos os seguintes itens: (a) obrigação de respeitar as exceções aos direitos autorais e direitos a ele relativos; (b) obrigações no que diz respeito a medidas de proteção tecnológica; e (c) limitação de responsabilidade para bibliotecas e arquivos.

A proposta de tratado foi elaborada de forma a acomodar tanto necessidades comuns quanto necessidades diferentes, de acordo com os níveis de desenvolvimento e particularidades dos membros da OMPI. Apesar de a proposta tornar obrigatórias certas questões-chave, na maior parte dos casos, há flexibilidade na implementação, com base no padrão internacional de “prática justa” (*fair practice*), previsto na Convenção de Berna.

4 ACESSO AO CONHECIMENTO E À INFORMAÇÃO POR MEIO DE BIBLIOTECAS E ARQUIVOS PÚBLICOS E OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS)

No congresso mundial da IFLA, realizado em Lyon, em maio de 2014, foi elaborada a Declaração de Lyon, de forma a influenciar positivamente a agenda de desenvolvimento das Nações Unidas no estabelecimento dos *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*, que visam orientar os países sobre as

abordagens para melhorar a vida das pessoas e apresenta um conjunto de metas a serem alcançadas durante o período de 2016-2030.

Segundo a Declaração de Lyon, “o aumento do acesso à informação e ao conhecimento em toda a sociedade, amparada pela disponibilidade de tecnologias de informação e comunicação (TICs), apoia o desenvolvimento sustentável e melhora a qualidade de vida das pessoas”.

Ainda segundo a Declaração de Lyon (em sua versão em português),

O desenvolvimento sustentável visa garantir a longo prazo a prosperidade socioeconômica e o bem estar das pessoas em todos os lugares. A capacidade dos governos, parlamentares, autoridades locais, comunidades locais, sociedade civil, setor privado e os indivíduos a tomar decisões com base em informações essenciais para alcançar essa meta.

Neste contexto, o direito à informação seria transformacional. O acesso à informação apoia o desenvolvimento, capacitação das pessoas, especialmente dos marginalizados e os que vivem em situação de pobreza, para:

- Exercer os seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.
- Ser economicamente ativos, produtivos e inovadores.
- Aprender e aplicar novas habilidades.
- Enriquecer sua identidade e expressões culturais.
- Tomar parte na tomada de decisões e participar de uma sociedade civil ativa e engajada.
- Criar soluções baseadas na comunidade para os desafios de desenvolvimento.
- Assegurar a prestação de contas, transparência, boa governança, participação e empoderamento.
- Medir o progresso dos compromissos públicos e privados de desenvolvimento sustentável. Declaração De acordo com os resultados do Painel de Alto Nível sobre a Agenda de Desenvolvimento Pós-20.

Em dezembro de 2014, os princípios abaixo foram endossados pelas seguintes associações de bibliotecas: *American Association of Law Libraries*, *American Library Association*, *Association of Research Libraries*, *International Federation of Library Associations and Institutions*, *Medical Library Association*, and *the Special Libraries Association*. Esses princípios foram elaborados para discussão no âmbito da agenda sobre desenvolvimento da OMPI e dizem respeito ao impacto da proteção da propriedade intelectual para o desenvolvimento econômico e à importância das limitações de direitos autorais para bibliotecas, instituições de ensino e pessoas com deficiência. São eles:

Meta 1: Um robusto e crescente domínio público para proporcionar novas oportunidades para a criatividade, pesquisa e conhecimento.

1.1. Todas as obras criadas por autoridades governamentais devem ser de domínio público.

1.2. Trabalhos publicados que sejam resultado de financiamento do governo devem ser disponibilizados ao público, sem custo, dentro de um prazo razoável.

1.3. Fatos e outros materiais de domínio público, bem como trabalhos sem criatividade, não deveriam estar sujeitos a direitos de autor ou à proteção por direitos autorais

1.4. Em consonância com a Convenção de Berna, o prazo do direito autoral deveria ser a vida do autor mais 50 anos. O prazo do direito autoral não deveria ser estendido de forma retroativa.

Meta 2: Programas e serviços eficazes de biblioteca como um meio de fazer avançar o conhecimento

2.1. A biblioteca pode fazer cópias de trabalhos publicados e não publicados em seu acervo para fins de preservação ou migração do conteúdo para um novo formato.

2.2. Uma obra legalmente adquirida por uma biblioteca pode ser emprestada a terceiros, sem taxas adicionais de transação a serem pagas pela biblioteca.

2.3. Uma obra legalmente adquirida por uma biblioteca ou outra instituição de ensino pode ser disponibilizada por meio de uma rede

de apoio de ensino em sala de aula ou de ensino à distância, de uma maneira que não prejudique, de forma injustificada, o titular de direitos.

2.4. Desde que sujeita a limitações adequadas, uma biblioteca ou instituição de ensino pode fazer cópias de uma obra como suporte ao ensino em sala de aula.

2.5. A biblioteca pode converter material de um formato para outro para torná-lo acessível a pessoas com deficiência.

2.6. Como suporte à preservação, educação ou pesquisa, bibliotecas e instituições educacionais podem fazer cópias de obras ainda protegidas por direitos autorais, mas que não sejam mais objeto de exploração comercial.

Meta 3: Altos níveis de criatividade e progresso tecnológico resultam de pesquisas e estudos individuais

3.1. As leis de direitos autorais não deveriam inibir o desenvolvimento da tecnologia, nas situações em que a tecnologia em questão possui substanciais usos não-infratores.

3.2. A cópia de itens individuais para ou por usuários individuais deveria ser permitida para pesquisas e estudos individuais.

3.3. Deveria ser permitido retirar medidas de proteção tecnológica com o propósito de fazer um uso não-infrator de uma obra.

Meta 4: Harmonização dos direitos de autor

4.1. As metas e políticas estabelecidas neste documento não deveriam ser suplantadas por outros acordos bilaterais ou multilaterais.

4.2. As metas e políticas estabelecidas neste documento são importantes declarações de princípios nacionais e internacionais e não deveriam ser alteradas por contrato³².

³² Tradução livre. A versão completa em inglês é a seguinte:

Library-Related Principles for the International Development Agenda of the World Intellectual Property Organization

Goal 1: A robust and growing public domain to provide new opportunities for creativity, research, and scholarship.

1.1. All works created by governmental authorities should be in the public domain. 1.2. Published works resulting from government-funded research should be publicly available at no charge with-

Em 2 de agosto de 2015, após mais de 3 anos de negociações, os estados-membros das Nações Unidas chegaram a um acordo com relação a uma versão final da agenda do desenvolvimento pós-2015, que passou a ser conhecida como Agenda 2030.

A Agenda 2030 possui 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) com um total de 179 alvos que medem o desenvolvimento econômico, ambiental e social e que traçam um plano para todos os países participarem ativamente. Segundo DE SORDI (2015), “graças ao esforço da IFLA e de outras organizações, o acesso à informação, à alfabetização universal, à salvaguarda do patrimônio cultural e natural, bem como o acesso às tecnologias da comunicação foram fortemente representados”. A autora ainda fez a seguinte declaração à época (2015),

in a reasonable time frame. 1.3. Facts and other public domain materials, and works lacking in creativity, should not be subject to copyright or copyright-like protections. 1.4. Consistent with the Berne Convention, the term of copyright should be the life of the author plus 50 years. The term of copyright should not be extended retroactively.

Goal 2: Effective library programs and services as a means of advancing knowledge.

2.1. A library may make copies of published and unpublished works in its collection for purposes of preservation or to migrate content to a new format. 2.2. A work that has been lawfully acquired by a library may be lent to others without further transaction fees to be paid by the library. 2.3. A work that has been lawfully acquired by a library or other educational institution may be made available over a network in support of classroom teaching or distance education in a manner that does not unreasonably prejudice the rights holder. 2.4. Subject to appropriate limitations, a library or educational institution may make copies of a work in support of classroom teaching. 2.5. A library may convert material from one format to another to make it accessible to persons with disabilities. 2.6. In support of preservation, education or research, libraries and educational institutions may make copies of works still in copyright but not currently the subject of commercial exploitation.

Goal 3: High levels of creativity and technological progress resulting from individual research and study.

3.1. Copyright laws should not inhibit the development of technology where the technology in question has substantial non-infringing uses. 3.2. Copying of individual items for or by individual users should be permitted for personal research and study. 3.3. It should be permissible to circumvent a technological protection measure for the purpose of making a non-infringing use of a work.

Goal 4: Harmonization of copyright.

4.1 The goals and policies set out in this document should not be over-ridden by other bi-lateral or multi-lateral agreements. 4.2 The goals and policies set out in this document are important statements of national and international principle and should not be varied by contract.

espera-se que, com a aprovação da Agenda 2030, sejam ampliadas as possibilidades de todos terem acesso à informação. Assim sendo, é desejável que as instituições nacionais que congregam bibliotecários e outros profissionais da informação também incluam a questão dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável em sua pauta de atuação.

A partir dessa perspectiva, torna-se premente estabelecer um diálogo em torno de 3 questões fundamentais: (1) como o acesso à informação pode contribuir para o desenvolvimento sustentável?; (2) como as bibliotecas e centros de informação podem promover a adoção do acesso à informação como parte da agenda pós-2015, em especial os ODS?; e (3) o que poderia ser feito visando à sensibilização para o acesso à informação no âmbito da discussão sobre os ODS?

No Brasil, vale lembrar que o Decreto nº 7.559/2011 – denominado *Plano Nacional do Livro e Leitura* (PNLL) – propõe, em seu artigo 1º, uma “estratégia permanente de planejamento, apoio, articulação e referência para a execução de ações voltadas para o fomento da leitura no País”. De acordo com o Caderno do PNLL, é fundamental que, no contexto da sociedade da informação, a leitura “seja tratada no diálogo com as diversas tecnologias de gravação, entre as quais o livro se encontra” (GOVERNO FEDERAL, 2014, p. 17). O PNLL propõe um diálogo fecundo com novas formas de licenciamento que, ao mesmo tempo, garantam os direitos autorais e os direitos de acesso (GOVERNO FEDERAL, 2014).

Essas questões inevitavelmente permitem uma reflexão crítica a respeito da função social do sistema de direitos autorais e de seus mecanismos de proteção com relação ao papel das bibliotecas e arquivos. Na linha das regras internacionais que surgiram a partir de meados dos anos 2000, os direitos de propriedade intelectual – aqui incluídos os direitos autorais – não podem mais ser entendidos como um fim em si mesmos, mas sim como instrumentos que permitam o desenvolvimento sustentável, garantindo, ao mesmo tempo, proteção e acesso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto as operações de bibliotecas e arquivos digitais se tornam cada vez mais globais, há uma série de obstáculos impostos pelo sistema internacional de direitos autorais à sua operação. A preservação do patrimônio cultural e científico, o acesso a recursos de apoio à educação e à pesquisa, empréstimo de livros, mineração de dados e outros aspectos – que não foram objeto de investigação deste artigo –, são alguns exemplos.

Segundo o *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives*, de junho de 2015, preparado por Kenneth D. Crews para a OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual e que reúne resultados atualizados e examina a natureza e a diversidade das disposições constantes das leis de direitos autorais dos 188 países membros da OMPI, 156 desses países têm, pelo menos, uma exceção legal para bibliotecas, enquanto 32 países não possuem qualquer exceção a respeito em suas legislações nacionais de direitos autorais. Infelizmente, o Brasil encontra-se entre esses 32 países (CREWS, 2015).

O referido estudo também apontou que quase metade dos países membros da OMPI – 90 deles (48%) – não permite, explicitamente, que as bibliotecas façam cópias para fins de pesquisa ou estudo. A situação é ainda pior para os arquivos, pois dois terços dos países – 126 deles ou 67% – não permitem cópias para fins de pesquisa ou estudo. Além disso, 89 países (47% do total pesquisado) não permitem explicitamente que as bibliotecas façam cópias para fins de preservação. E 85 deles (45%) não permitem que os arquivos façam tais cópias (HACKET, 2016).

Apesar de esse quadro poder ser revertido à medida que as legislações de direitos autorais nacionais sejam atualizadas, HACKET (2016) comenta que a tendência de regulamentação com relação aos serviços digitais aponta para o sentido contrário, uma vez que mais de um terço dos países que alteraram as suas leis de direitos autorais nos últimos 5 anos, proibiram a cópia digital, até mesmo, em alguns casos, para atividades de preservação. Trata-se, portanto, a nosso ver, de um imenso retrocesso.

O estudo citado também revela que as diversas legislações nacionais variam significativamente com relação a quem poderá copiar, o que pode ser copiado, a finalidade e o formato das cópias (HACKET, 2016).

No caso das obras digitais, o acesso à informação tende a se agravar com a utilização de medidas tecnológicas de restrição de cópias e com os termos dos contratos de licenciamento firmados por titulares de direitos autorais com bibliotecas e arquivos. Isso porque as medidas tecnológicas de restrição de cópias e os termos dos contratos de licenciamento podem se sobrepor às exceções e limitações de direitos autorais presentes nas legislações dos diversos países, impedindo, assim, o acesso à informação por parte de pesquisadores e do público em geral (HACKET, 2016).

Tal fato reforça a necessidade da presença de padrões globais em matéria de limitações de direitos autorais para bibliotecas e arquivos em tratados internacionais e que sejam internalizados nas legislações nacionais dos diversos países, com expressa menção de que tais limitações não poderiam ser substituídas por medidas tecnológicas de restrição de cópias ou por termos de contratos de licenciamento de obras digitais.

Nosso entendimento é de que uma proposta de tratado internacional com essa finalidade viria reforçar o acesso à informação enquanto direito humano, além de auxiliar políticas públicas em matéria de educação, inovação e desenvolvimento sustentável, na linha dos ODS.

A partir dessa perspectiva, posicionamo-nos no sentido de que alterações legais no sistema de direitos autorais são fundamentais para que bibliotecas e arquivos públicos possam promover a adoção do acesso à informação como parte da agenda dos ODS, que devem servir de norte na determinação da função das bibliotecas para o século XXI.

REFERÊNCIAS

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

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Acesso à informação pública**: uma introdução à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília, 2011. Disponível

vel em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacessoainformacao.pdf>, acesso em: 2 out. 2016.

CREWS, Kenneth D. **Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives**, junho de 2015. Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_30/sccr_30_3.pdf, acesso em: 6 out. 2016.

CUNHA, Vanda A. da; DAMASCENO, Elane C.; SANTOS, Levi Alá N. dos; REIS, Jandira Santos dos. **Biblioteca pública, desafios, perspectivas e (des)caminhos na inclusão digital**. s/d. Disponível em: http://www.cinform-anteriores.ufba.br/vi_anais/docs/VandaElaneLeviJandira.pdf, acesso em: 15 jun. 2016.

DE SORDI, Neide Alves Dias. **O impacto do acesso à informação e às bibliotecas nos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS)**. Setembro de 2015. Disponível em: <http://www.innovagestao.com.br/2015/09/o-impacto-do-acesso-a-informacao-e-as-bibliotecas-nos-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods/>, acesso em: 22 fev. 2021.

FREITAS, Marília Augusta de; SILVA, Vanessa Barbosa da. Bibliotecas públicas brasileiras: panorama e perspectivas. In: **Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação**, vol 12, nº 1, Campinas, SP, jan/abr. 2014, p. 123-146. Disponível em: <http://www.sbu.unicamp.br/seer/ojs/index.php/rbci/article/view/3890>, acesso em: 2 jun. 2016.

GOVERNO FEDERAL. Ministério das Comunicações. **Conheça o telecentro comunitário**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.mc.gov.br/inclusao-digitalmc/telecentros/conheca-o-telecentro-comunitario/>, acesso em: 10 jun. 2016.

GOVERNO FEDERAL. **Caderno do PNLL. Edição Atualizada e Revisada em 2014**. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/documents/10883/1171222/cadernoPNLL_2014ab.pdf/df8f8f20-d613-49aa-94f5-edebf1a7a660, acesso em: 19 jun. 2016.

HACKETT, Teresa. **Uma legislação única e global de direitos autorais para Bibliotecas e Arquivos**. Tradução e adaptação de Elisabeth A. Dudziak (artigo original “*Time for a single global copyright framework for libraries and archives*”). WIPO Magazine, Dec. 2015). Jan. 2016. Disponível em: <http://www.sibi.usp.br/?p=4385>, acesso em: 6 out. 2016.

MILANESI, Luís. **Biblioteca**. 3ª edição. Cotia: Ateliê Editorial, 2013.

MIRANDA, Antonio. **Políticas e planejamento de sistemas de informação no Brasil: um caminho tortuoso**. Trabalho apresentado no IV CIFORM – Encontro Nacional da Ciência da Informação. Instituto de Ciência da Informação, Universidade Federal da Bahia, 28-30 de junho de 2004. Disponível em:

http://www.cinform-antiores.ufba.br/v_anais/palestras/antoniomiranda.pdf, acesso em: 11 jun. 2016.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **O que é um telecentro comunitário**. Disponível em: <http://www.mc.gov.br/component/content/article/21772>, acesso em: 28 maio 2016.

PEREIRA, Alexandre L. Dias. Arquivos e bibliotecas digitais: os direitos autorais e a sentença Google. *In: Revista Eletrônica do IBPI*, nº 7, 2013. Disponível em: <http://ibpibrasil.org/ojs/index.php/Revel/article/view/55>, acesso em: 19 jun. 2016.

SUAIDEN, Emir José. A biblioteca pública no contexto da sociedade da informação. *In: Ci. Inf.*, Brasília, v. 29, nº 2, p. 52-60, maio/ago. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a07v29n2.pdf>, acesso em: 15 jun. 2016.

UNESCO. **Manifesto da Unesco para bibliotecas públicas** (1994). Disponível em: <http://www.sdum.uminho.pt>, acesso em: 20 maio 2016.

AÇÕES E OMISSÕES NA POLÍTICA NACIONAL DE CULTURA (2019-2021): um estado de coisas inconstitucional?¹

Actions and omissions in the national culture policy (2019-2021): an Unconstitutional State of Things?

Cláudio Lins de Vasconcelos²

RESUMO:

As normas e políticas que regem os mecanismos de fomento, apoio e preservação da cultura no Brasil são a expressão, no nível infraconstitucional, de preceitos fundamentais lastreados na Constituição Federal e em instrumentos basilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos. São, em última análise, elementos essenciais ao pleno exercício dos direitos culturais, e mesmo da liberdade de expressão, de forma mais ampla. A recusa ou falha sistemática da Administração Pública em conferir eficácia social a esses direitos constituem, ao menos potencialmente, descumprimento de preceito fundamental, sujeito a ação de controle concentrado de constitucionalidade. Nos últimos anos, acumulam-se evidências de retrocesso na implementação dessas políticas públicas, relevadas por atos e omissões que vão da

ABSTRACT:

The norms and policies that govern the mechanisms of promotion, support and preservation of culture in Brazil are the expression, at the infra-constitutional level, of fundamental precepts based on the Federal Constitution and on basic instruments of International Human Rights Law. They are, ultimately, essential elements for the full exercise of cultural rights, and even freedom of expression, more broadly. The refusal or systematic failure of the Public Administration to grant social effectiveness to these rights constitutes, at least potentially, a breach of a fundamental precept, subject to concentrated control of constitutionality. In recent years, evidence of setbacks in the implementation of these public policies has accumulated, highlighted by acts and omissions ranging from the stoppage or drastic reduction of public investment lines to acts similar to censorship. As they reveal the prevalence of a situation of generalized viola-

¹ Este texto é a base da palestra proferida pelo autor no XV CODAIP (3 a 5 de novembro de 2021).

² Advogado. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, mestre em Direito pela Universidade de Notre Dame e bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. É professor do programa de pós-graduação em direito da propriedade intelectual da PUC-Rio e do mestrado profissional em Gestão Cultural da UFRGS, e membro do Conselho Empresarial da Indústria Criativa da FIRJAN. Foi secretário de economia da cultura do Ministério da Cultura, assessor adjunto de assuntos internacionais do Ministério da Justiça, consultor do Banco Mundial e presidente da Comissão de Direitos Autorais, Intelectuais e do Entretenimento da OAB/RJ.

paralisação ou redução drástica de linhas de investimento público aos atos análogos à censura. Por revelarem a prevalência de uma situação de violação generalizada a direito fundamental, com um número amplo e indeterminado de pessoas afetadas, cuja solução depende da atuação conjunta e coordenada dos diversos órgãos públicos, esse quadro constitui um Estado de Coisas Inconstitucional na gestão das políticas públicas de cultura, com prejuízos severos e de longo prazo para o desenvolvimento sociocultural do país.

Palavras-chave: Direitos culturais; política nacional de cultura; estado de coisas inconstitucional.

tion of a fundamental right, with a large and indeterminate number of people affected, whose solution depends on the joint and coordinated action of the various public bodies, this situation constitutes an Unconstitutional State of Things in the management of public policies of culture, with severe and long-term damage to the socio-cultural development of the country.

Keywords: Cultural rights; national culture policy; Unconstitutional State of Things.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; **1. DO APOIO À CULTURA COMO PRECEITO FUNDAMENTAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL;** **2. DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO APLICADO AO EXERCÍCIO DE DIREITOS CULTURAIS;** **3. DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELA INOBSERVÂNCIA SISTÊMICA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS COM A PRODUÇÃO DE CULTURA;** CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A implementação das políticas públicas de fomento e incentivo à cultura em âmbito federal vem sofrendo evidente retrocesso nos últimos anos, com impactos diretos sobre o fluxo de criação, produção, difusão e preservação de obras artísticas e literárias brasileiras. Essa realidade se faz sentir, com especial ênfase, sobre o segmento de produção independente – assim compreendidos os produtores que não dispõem dos próprios meios de difusão – principal responsável pela diversidade da produção nacional das últimas décadas. Atinge, ainda, órgãos técnicos como a Fundação Palmares, a Cinemateca e o Instituto do Patrimônio Histórico

e Artístico Nacional – IPHAN, essenciais para a preservação da memória coletiva e a estabilidade de políticas lastreadas na Constituição.

A questão é mais visível na gestão dos processos de seleção e aprovação de projetos propostos de acordo com a Lei 8.313/1991, a Lei Federal de Incentivo à Cultura (ou “Lei Rouanet”), mas se estende a outros mecanismos de fomento, como o Fundo Setorial do Audiovisual (“FSA”) e os programas da Fundação Nacional das Artes – FUNARTE. Entre 2019 e 2021, houve uma redução drástica no volume de projetos apoiados em todos os segmentos, além da imposição, por meio de instrumentos infralegis, de condições de acesso não previstas em lei. Em alguns casos, como no cancelamento dos editais da ANCINE sobre temática LGBTQIA+ e da reprovação da edição de 2021 do projeto do Festival de Jazz do Capão, por ser declaradamente “a favor da democracia e contra o fascismo”, chegou-se às raias da censura explícita, sob justificativas que vão do sectarismo ideológico ao fundamentalismo religioso.

Juntos, esses elementos formam um cenário alarmante, de consequências potencialmente desastrosas para o desenvolvimento econômico e sociocultural do país. Foram, por isso, objeto de recente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, que os detalha à exaustão, com o propósito específico de obrigar a Administração Pública a cumprir suas obrigações constitucionais na matéria.³

Neste breve trabalho, discutiremos até que ponto atos e omissões de agentes públicos que contrariem preceitos constitucionais atinentes à política nacional de cultura – em especial à obrigação do Estado de apoiar o setor e se abster de intervir na liberdade artística e intelectual dos criadores – justificam uma ação de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do STF. Defenderemos que, quando graves, reiteradas e generalizadas, no sentido de que são perpetradas por múltiplos agentes ao mesmo tempo, violações a preceitos fundamentais não podem ser combatidas, de forma eficaz, por meio de ações pulverizadas, destinadas

³ BRASIL. STF. **ADPF 918**. Rel. Min. Edson Fachin.

à anulação de atos específicos. É preciso tratá-las de forma integrada e forçar a conformidade constitucional na política como um todo.

Em casos como estes, a judicialização em massa não é o melhor caminho, pois ocuparia múltiplas instâncias, com resultados díspares, em prazos variáveis, o que necessariamente permitirá que muitas violações resem impunes, subsistam como prática e se repliquem, adquirindo um caráter sistêmico. O resultado é que, mesmo contrários a preceitos constitucionais, muitos desses atos acabem mantendo seu poder normativo e, assim, funcionam como bloqueios institucionais à plena realização de um direito fundamental.

Neste “estado de coisas” – complexo conceito filosófico⁴ que nas ciências sociais denota uma combinação ordenada de circunstâncias que, a partir do centro de poder, se impõem a todos (ou todo um grupo social) – o cidadão de se vê privado de seu direito, não por um ato ou norma isolados, mas pela própria máquina do Estado, que nessa hipótese age contra os próprios objetivos constitucionais. Daí a possível caracterização de um Estado de Coisas Inconstitucional (“ECI”) na gestão da política nacional de cultura. Aperfeiçoada pela Corte Constitucional da Colômbia, a técnica do ECI não é de simples aplicação, mas o STF já a reconheceu na ADPF 347, sobre violações sistêmicas no sistema penitenciário.⁵

⁴ BARBOSA, Luciano Martins. O conceito de estado de coisas como uma interpretação possível de afiguração do mundo no tractatus lógico-philosophicus. **Revista Seara Filosófica**, Número 20, Verão/2020, pp. 65-78, p. 70-71. (*“Afimial, o que é um estado de coisas? O ‘Tractatus’ nos diz no aforismo 2.01 que ‘O estado de coisas é uma ligação de objetos (coisas)’. Já no aforismo 2.031 diz que ‘No estado de coisas os objetos estão uns para os outros de uma determinada maneira’. Pois bem, como está exposto acima nos aforismos, um estado de coisas se constitui com uma combinação ordenada, articulada de objetos; isso é um princípio preponderante para configurar um estado, agora caso os objetos combinem de uma maneira caótica, desordenada, sem uma ordem, então não configuram estado de coisas nenhum”*). Grifamos. Para a obra original de Wittgenstein, cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. 3ª. Ed. São Paulo: EDUsp, 2020.

⁵ BRASIL. STF. **ADPF 347/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio.

1 DO APOIO À CULTURA COMO PRECEITO FUNDAMENTAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Cultura é um direito humano, como saúde, educação, segurança, participação política e seguridade social.⁶ Não há hierarquia entre direitos fundamentais, que são universais, indivisíveis e igualmente necessários a uma existência digna⁷. Como esclarece o preâmbulo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos”.⁸ Uma vida sem

⁶ A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que é hoje *jus cogens* (isto é, uma norma imperativa de Direito Internacional Geral contra a qual qualquer norma ou acordo conflitante são nulos já no nascedouro), estabelece em seu artigo XXVII o direito de toda pessoa à livre participação na vida cultural de sua comunidade, o que naturalmente inclui o direito de produzir e usufruir da cultura local. Ao detalhar esse princípio, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, de 1966, determina em seu artigo 15 que os Estados adotem as medidas “necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura”. Cf. ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (adotada em 10/12/1948; G.A. Res. 217A (III), U.N. GAOR, 3ª Sessão, U.N. Doc. A/810; assinada pelo Brasil na mesma data). Sobre o enquadramento da DUDH como norma *jus cogens*, vide, entre outros, PEREIRA, Antônio Celso Alves. As normas de *jus cogens* e os direitos humanos. **RID**, v. 6 n. 1 (2009): v.06 n. 1, 2009, p. 37. (“A propósito, vale lembrar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem é vista, hoje, pela melhor doutrina como fonte costumeira de *jus cogens*. Diante disso, considerando as limitações que, nos dias atuais, são impostas ao Estado pelo Direito Internacional Público para o exercício da soberania, estamos frente a uma realidade político-jurídica que se expressa no fato de que não se pode invocar direitos soberanos para justificar o descumprimento de compromissos internacionais em matéria de direitos humanos”).

⁷ Flávia Piovesan explica que “a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada”. Piovesan, Flávia. *Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil*. **Rev. Fund. Esc. Super. MPDFT**, Brasília, Ano 8, V. 15, p. 93 – 110, jan./jun. 2000, p. 94. Disponível em: http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf. Acesso em: 4 nov. 2021.

⁸ ONU. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** (adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, internalizado pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992), Preâmbulo.

liberdade para criar, fruir, celebrar e preservar manifestações artísticas e culturais é incompatível com a noção contemporânea de desenvolvimento humano.

A Constituição Federal dedica grande atenção ao tema da cultura, abordado em diversos pontos do texto. No artigo 215, o texto constitucional determina que “*o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais*”. Em outras palavras, as políticas de apoio e incentivo à produção cultural não são uma opção programática, dependente da vontade política da Administração Pública, mas um princípio estruturante que se impõe a todos os agentes do Estado, independentemente de viés político-partidário.

No artigo 216, a Constituição reconhece os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, como “patrimônio cultural brasileiro”, por serem portadoras de “*referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*”. Logo depois, no 216-A, o texto constitucional cria todo um Sistema Nacional de Cultura, regido por nada menos que 12 princípios, decorrentes da Emenda Constitucional 71/2012. São eles:

- I - diversidade das expressões culturais;
- II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais;
- III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;
- IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural;
- V - integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas;
- VI - complementaridade nos papéis dos agentes culturais;
- VII - transversalidade das políticas culturais;
- VIII - autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil;

- IX - transparência e compartilhamento das informações;
- X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social;
- XI - descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações;
- XII - ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura.

No âmbito específico do setor audiovisual, o art. 221 lista a “*promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação*” como um dos princípios da atividade, o que foi reiterado no julgamento da ADI nº 4679 (2015), que declarou constitucional a Lei 12.485/2011 (“Lei do SEAC”). Em seu voto, o Ministro Relator Luiz Fux lembrou que esses princípios se aplicam a qualquer meio de comunicação, independentemente da tecnologia utilizada:

Na espécie, o respaldo constitucional é expresso no art. 221 da Lei Maior, que estabelece diversos princípios reitores da produção e a da programação das emissoras de rádio e televisão, dentre os quais se destacam a “*promoção da cultura nacional e regional e o estímulo à produção independente que objetive sua divulgação*” (CRFB, art. 221, II). Logo em seguida, no artigo 222, §3º, incluído pela Emenda Constitucional nº 36/2002, a própria Lei Maior estabelece que “*os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais*”

Esse quadro normativo, a despeito de qualquer convicção política que se tenha sobre o assunto, fornece lastro suficiente para que o Estado brasileiro adote medidas voltadas a promover a cultura nacional e a produção independente (CRFB, art. 221, II), ainda que o veículo comunicativo de que se trate seja a TV por assinatura (CRFB,

art. 222, §3º). Foi exatamente o que pretendeu a Lei nº 12.485/11 ao criar a sistemática de cotas para conteúdo e programação [...]º

As políticas públicas de cultura realizam, no nível infraconstitucional, preceitos fundamentais previstos nos artigos 215, 216, 216-A, 221 e 222 da Constituição Federal. Esse conjunto de preceitos impõe ao Estado a obrigação de prestar apoio oficial à produção cultural brasileira, particularmente a de caráter independente. A tais preceitos poderíamos agregar outros, direta ou indiretamente relacionados com a cultura, como a soberania nacional (CF, art. 1º, I), o desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a própria liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX).

2 DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO APLICADO AO EXERCÍCIO DE DIREITOS CULTURAIS

Todo ato que obste a efetiva implementação de políticas públicas lastreadas na Constituição é, ao menos potencialmente, um ato atentatório a preceitos fundamentais. A violação de um preceito fundamental se torna ainda mais grave quando envolve direitos já regulamentados pela legislação infraconstitucional e à disposição da sociedade, em relação aos quais não é possível retroceder. Trata-se do “princípio da proibição de retrocesso”, assim definido por Luís Roberto Barroso:

por este princípio, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.¹⁰

⁹ BRASIL. **ADI nº 4679**. Voto do Ministro Relator Luiz Fux, p. 10. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4679.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2021.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

A proteção contra o retrocesso em matéria de direitos culturais decorre, ainda, do próprio PIDESC, que no art. 2º, § 1, impõe aos signatários a obrigação de:

adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

O apoio oficial à cultura é um elemento-chave para a plena realização dos direitos culturais garantidos a todos por nossa ordem constitucional e pelo direito internacional dos direitos humanos. A implementação desses direitos, como ocorre com muitos direitos econômicos, sociais e culturais, depende, em maior ou menor grau, da disponibilidade de recursos públicos. Isso não reduz sua exigibilidade jurídica e a inobservância sistemática desses direitos pode inclusive caracterizar violação ao PIDESC, como reconhecem a doutrina internacional e a jurisprudência das Nações Unidas.

A propósito, a adoção dos chamados “Princípios de Limburg”¹¹ sobre a Implementação do PIDESC é um marco definitivo na formação

¹¹ ONU. ESCOR. **The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Adotado em 8 Jan. 1987, U.N. ESCOR, Comm’n on Hum. Rts., 43d Sess., Item 8 da Agenda, U.N. Doc. E/CN.4/1987/17/Annex (1987). Disponível em: https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/UN_Limburg_Principles_1987_En.pdf. Acesso em: 4 nov. 2021. Os Princípios de Limburg foram elaborados em Maastricht, Países Baixos, em 1986, durante uma conferência organizada pela International Commission of Jurists, o Maastricht Centre for Human Rights, da Universidade de Limburg (Países Baixos) e o Urban Morgan Institute of Human Rights, da Universidade de Cincinnati (Estados Unidos). O objetivo da reunião foi o de determinar a natureza e o escopo das obrigações dos Estados Partes do PIDESC e promover uma análise técnica dos direitos e princípios constantes do Pacto. Por iniciativa do governo holandês, os Princípios de Limburg foram mais tarde alçados à categoria de documento oficial da ONU. O Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos reafirmou a importância dos Princípios de Limburg para a interpretação da natureza e escopo do PIDESC. Cf. ONU. UNHCHR, **Fact Sheet No. 16 (Rev. 1), The**

desse consenso. Pelo Princípio 72, um Estado Parte (como o Brasil) terá violado o Pacto se, “*inter alia*”:

- (a) não tomar uma medida expressamente determinada pelo Pacto;
- (b) não remover prontamente um obstáculo ao imediato gozo de um direito, quando tal remoção estiver sob sua responsabilidade;
- (c) deliberadamente deixar de atingir padrões mínimos internacionalmente aceitáveis para o gozo dos DESC, quando tal atingimento estiver ao seu alcance;
- (d) limitar um direito reconhecido pelo Pacto sem respaldo no próprio documento;
- (e) deliberadamente retardar ou suspender a realização progressiva de um direito, a menos que o faça com base em algum dispositivo do Pacto ou por ausência de recursos ou ainda em caso de força maior;
- (f) não submeter os relatórios que está obrigado a submeter em razão do Pacto.¹²

As hipóteses listadas no Princípio 72 não são exaustivas, mas reforçam as diretrizes para a interpretação do Artigo 2 do PIDESC, que trata da natureza “progressiva” das obrigações dos Estados Partes na imple-

Committee of Economic, Social and Cultural Rights. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16rev1en.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2021.

¹² ONU. ESCOR. **The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...** Op. cit. Tradução livre. No original: “72. A State party will be in violation of the Covenant, *inter alia*, if: – it fails to take a step which it is required to take by the Covenant; – it fails to remove promptly obstacles which it is under a duty to remove to permit the immediate fulfillment of a right; – it fails to implement without delay a right which it is required by the Covenant to provide immediately; – it wilfully fails to meet a generally accepted international minimum standard of achievement, which is within its powers to meet; – it applies a limitation to a right recognized in the Covenant other than in accordance with the Covenant; – it deliberately retards or halts the progressive realization of a right, unless it is acting within a limitation permitted by the Covenant or it does so due to a lack of available resources or force majeure; – it fails to submit reports as required under the Covenant”.

mentação de direitos econômicos, sociais e culturais. Na prática, isso significa: (i) usar o máximo de seus recursos disponíveis, incluindo recursos humanos e infraestrutura administrativa; (ii) garantir que os direitos ali previstos sejam exercidos sem qualquer discriminação com base em raça, cor, gênero e outras igualmente injustificáveis, esta última prevista no mesmo art. 2 do PIDESC, no parágrafo 2;¹³ e (iii) não retroceder em sua realização.

3 DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELA INOBSERVÂNCIA SISTÊMICA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS COM A PRODUÇÃO DE CULTURA

Em 1º de janeiro de 2019, primeiro dia da administração Bolsonaro, o Ministério da Cultura foi extinto, sendo substituído por uma secretaria especial no âmbito do Ministério da Cidadania. Em agosto do mesmo ano, o então secretário especial pediu exoneração do cargo em protesto contra a Portaria nº 1.576, de 20 de agosto de 2019, que ele próprio comparou à censura. A Portaria, de autoria do ministro da Cidadania, determinou a suspensão da Chamada Pública BRDE/FSA – PRODAV – TVS PÚBLICAS (“Chamada Pública”), voltada ao financiamento de obras audiovisuais com recursos do FSA. Antes disso, o próprio Presidente da República havia formulado ruidosas críticas públicas aos projetos selecionados, com base na natureza de seu conteúdo, que tratava da cultura LGBTQIA+.¹⁴

¹³ ONU. **PIDESC**, art. 2º, § 2: “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

¹⁴ Cf. RODAS, Sérgio. MPF move ação contra ministro por censura a projetos LGBT em edital da Ancine. **Consultor Jurídico** (2 out 2019). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/mpf-move-acao-ministro-censura-projetos-lgbt>. Acesso em: 4 nov. 2021. [“O Ministério Público Federal no Rio de Janeiro moveu ação civil pública contra o ministro da Cidadania, Osmar Terra, pela prática de ato de improbidade administrativa ao suspender edital da (Ancine) que premiava projetos que abordam homossexualidade e diversidade de gênero. O MPF contesta a edição da Portaria 1.576/2019, que suspendeu (...) um edital para seleção de projetos audiovisuais que seriam veiculados nas TVs públicas. Segundo a Procuradoria, a portaria foi motivada por discriminação contra projetos com temática relacionada a lésbicas,

A Portaria foi objeto de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal – MPF. Seu impacto, contudo, vai muito além dos produtores que, arbitrariamente, viram-se privados do direito à contratação pelo FSA, direito este legitimamente adquirido segundo regras previamente publicadas em edital. O público, em geral, teve negado seu direito de acesso ao resultado desse processo e grupos especialmente vulneráveis da população brasileira tiveram negado o direito de vocalizar suas questões e dar visibilidade à própria experiência cultural. Um filme, uma série ou um documentário, como qualquer obra de arte, são, antes de tudo, meios de expressão.

Quando se censura uma obra – e negar arbitrariamente financiamento a uma produção independente equivale a isso – vozes se calam, demandas tornam-se invisíveis, parte da cidadania se esvai. E há o chamado *chilling effect*. Que produtor, após essa sinalização, voltará ao tema em projeto futuro? Em pelo menos um episódio, é possível dizer que a postura do governo federal contaminou outros níveis da federação: em 2019, o então prefeito do Rio de Janeiro determinou o recolhimento de exemplares de um livro em quadrinhos que estava à venda da Bienal do Livro, porque continha o desenho de beijo entre dois homens, sem aviso na capa sobre o conteúdo “impróprio”.¹⁵

gays, bissexuais, transexuais e travestis, dentre os quais os documentários Sexo reverso, Transversais, Afronte e Religare queer, criticados pelo presidente Jair Bolsonaro (...) em vídeo publicado em 15 de agosto. A suspensão do concurso causou, segundo apurado no inquérito civil, dano ao patrimônio público federal no valor de R\$ 1.786.067,44, referente aos gastos já efetuados com sua promoção”].

¹⁵ O episódio forçou o decano do STF, Ministro Celso de Mello, a proferir a seguinte declaração: “O que está a acontecer no Rio de Janeiro constitui fato gravíssimo, pois traduz o registro preocupante de que, sob o signo do retrocesso — cuja inspiração resulta das trevas que dominam o poder do Estado —, um novo e sombrio tempo se anuncia: o tempo da intolerância, da repressão ao pensamento, da interdição ostensiva ao pluralismo de ideias e do repúdio ao princípio democrático!!!! Mentres retrógradas e cultoras do obscurantismo e apologistas de uma sociedade distópica erigem-se, por ilegítima autoproclamação, à inaceitável condição de sumos sacerdotes da ética e dos padrões morais e culturais que pretendem impor, com o apoio de seus acólitos, aos cidadãos da República!!! Uma República fundada no princípio da liberdade e estruturada sob o signo da ideia democrática não pode admitir, sob pena de ser infiel à sua própria razão de ser, que os curadores do poder subvertam valores essenciais como aquele que consagra a liberdade de manifestação do pensamento!!!!”. Cf. Consultor Jurídico. **Celso de Mello vê obscurantismo em censura no Rio de Janeiro**. 7 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.>

A esses atos, somam-se muitos outros, inclusive após a transferência da Secretaria Especial de Cultura para o Ministério do Turismo, processo que se iniciou ainda em 2019 e só se completaria formalmente em 2021, gerando incerteza sobre o setor. Ao fim e ao cabo, são esses atos que, combinados, desestruturaram políticas públicas essenciais, contrariando as diretrizes constitucionais: nomeações, para posições altamente técnicas, de pessoas sem formação e experiência compatíveis com o cargo, em instituições de referência como o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, a Fundação Palmares, a Fundação Nacional das Artes – FUNARTE, o Centro Técnico do Audiovisual – CTAv, e a própria Secretaria Especial de Cultura (que, vale lembrar, teve um secretário exonerado por proferir um discurso público de inspiração abertamente nazista).¹⁶

Houve, ainda, omissões relacionadas à cota de tela nas salas de exibição, que não foi implementada entre os anos de 2019 – quando um único filme, estrangeiro, chegou a ocupar, simultaneamente, mais de 80% dos cinemas brasileiros¹⁷ – e 2021, último ano de vigência da política. Nesse mesmo período, a política de fomento ao audiovisual foi praticamente paralisada, em especial nas linhas de investimento centradas na produção de obras independentes, reduzida a uma fração do que foi até 2018, quando a produção girava em torno de 200 longas-metragens por ano.

conjur.com.br/2019-set-07/celso-mello-ve-obscurantismo-censura-rio-janeiro. Acesso em: 4 nov. 2021.

¹⁶ O discurso original de Joseph Goebbels, ministro da propaganda da Alemanha nazista, dizia: *“A arte alemã da próxima década será heróica, será ferreamente romântica, será objetiva e livre de sentimentalismo, será nacional com grande páthos e igualmente imperativa e vinculante, ou então não será nada”*. O discurso do ex-secretário especial de cultura do Brasil dizia: *“A arte brasileira da próxima década será heroica e será nacional. Será dotada de grande capacidade de envolvimento emocional e será igualmente imperativa, posto que profundamente vinculada às aspirações urgentes de nosso povo, ou então não será nada”*. Cf. GÓES, Bruno; ARAGÃO, Helena; e SOARES, Jussara. Roberto Alvim copia discurso do nazista Joseph Goebbels e causa onda de indignação. **O Globo**, 16/1/2020.

¹⁷ NEUMANN, Isabella. Cota de tela e cota de tela suplementar: histórico, validade e “Vingadores: Ultimato”. **Tela Viva** (03/5/2019). Disponível em: <https://telaviva.com.br/03/05/2019/cota-de-tela-e-cota-de-suplementar-historico-validade-e-vingadores-ultimato/>. Acesso em: 4 nov. 2021.

Note-se, ademais, que o fomento público é uma das únicas formas viáveis para a produção de obras audiovisuais cujos direitos de propriedade intelectual permaneçam no Brasil, bem como as receitas advindas de sua exploração exclusiva no prazo de proteção. Fora do arcabouço do FSA, produtores independentes tendem a tornar-se meros prestadores de serviço e dificilmente os direitos patrimoniais sobre suas produções permanecerão no Brasil, que perde uma chance rara de produzir (e reter) capital intelectual em larga escala no país.¹⁸

Para além do setor audiovisual, outros setores da cultura vêm encontrando barreiras similares. A Comissão Nacional de Incentivo à Cultura – CNIC, responsável pela seleção dos projetos que buscam incentivo federal, está inoperante há quase um ano, o que, na prática, inviabiliza inúmeras iniciativas. Em certos casos, como no Festival de Jazz do Capão, a Administração impôs um tipo de “análise de mérito” expressamente proibido pela Lei Federal de Incentivo à Cultura, para não mencionar a própria Constituição. Em junho de 2021, a Fundação Palmares publicou Relatório Público 01 CNIRC – “Retrato do Acervo: A Dominação Marxista da Fundação Palmares 1988-2019” e excluiu de seu acervo mais de 5 mil livros considerados “de esquerda” ou ligados a um suposto “marxismo cultural”, 54% do total da biblioteca.¹⁹

Muitos outros atos, normativos ou não, poderiam ser agregados a essa lista, o que parece indicar:

- (a) a prevalência de uma situação de violação generalizada ao direito fundamental à cultura do qual o apoio e o incentivo oficial são parte indissociável, com impactos sobre a liberdade de expressão artística;

¹⁸ Para um apanhado sobre o potencial econômico das chamadas indústrias criativas, cf., entre outros, LHERMITTE, B; PERRIN B; BLANC, S. **Cultural Times: The First Global Map of Cultural and Creative Industries**. Londres: Ernst & Young, 2015, p. 5. Disponível: https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/cultural_times_the_first_global_map_of_cultural_and_creative_industries.pdf. Acesso em: 4 nov. 2021.

¹⁹ BRASIL. Ministério do Turismo. Fundação Palmares. **Relatório Público 01 CNIRC – Retrato do Acervo: A Dominação Marxista da Fundação Palmares 1988-2019**. Disponível em: <https://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2021/06/cnirc-01-gab-10-06-21.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

- (b) a existência de um número amplo e indeterminado de pessoas afetadas pelas referidas violações, pois o direito de produzir e acessar cultura livre e plenamente, objeto central das políticas públicas da área, assiste à sociedade como um todo;
- (c) a comprovada e reiterada omissão de diversos órgãos públicos no cumprimento de suas obrigações constitucionais relativas à proteção dos direitos culturais (não raro, acompanhada de declarações insultuosas a artistas, obras específicas e ao próprio setor); e
- (d) uma questão fático-jurídica cuja solução depende da atuação conjunta e coordenada dos diversos órgãos públicos, de forma a recompor a estrutura normativo-institucional determinada em lei e por preceitos constitucionais.

Essa combinação de fatores caracteriza o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”,²⁰ técnica hermenêutica aperfeiçoada pela Corte Constitucional Colombiana²¹ aplicável a casos especiais, que envolvem

²⁰ Em artigo no *Texas Law Review*, César Rodríguez Garavito, um dos autores com maior influência na adoção dessa técnica na Corte Constitucional Colombiana, assim descreve os elementos de caracterização de um “caso estrutural”, que pode refletir um estado de coisas inconstitucional: “*I characterize these [structural] cases as judicial proceedings that (1) affect a large number of people who allege a violation of their rights, either directly or through organizations that litigate the cause; (2) implicate multiple government agencies found to be responsible for pervasive public policy failures that contribute to such rights violations; and (3) involve structural injunctive remedies, i.e., enforcement orders whereby courts instruct various government agencies to take coordinated actions to protect the entire affected population and not just the specific complainants in the case*”. Cf. GARAVITO, César Rodríguez. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. **Texas Law Review**. Vol. 89:1669, p. 1671. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021. Cf., ainda., CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodium, 2019. Cf., ainda, CUNHA JUNIOR, Dirley da. *O Estado de Coisas Inconstitucional como garantia de direitos fundamentais*. **Jus Navegandi** (Março de 2016). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47193/o-estado-de-coisas-inconstitucional-como-garantia-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 4 nov. 2021.

²¹ O primeiro caso de reconhecimento de Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia data de novembro de 1997, e tratava da negativa, por parte dos municípios, de pagamento de determinado benefício previdenciário a professores. Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-559/97** (6 de novembro de 1997). Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 4 nov. 2021.

violações sistemáticas de um direito fundamental, por ação ou omissão, causadas por agentes públicos variados, com impacto generalizado em um determinado grupo social e potencial de gerar judicialização em massa. O Supremo Tribunal Federal acolheu a tese no contexto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347/DF, que tratava do sistema penitenciário brasileiro. Diz o Informe do STF:

PLENÁRIO. Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental - O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades.²²

A situação fático-jurídica do sistema nacional de cultura não tem o mesmo impacto que a do sistema penitenciário brasileiro sobre a integridade física dos cidadãos afetados pelas condutas comissivas ou omissivas do Estado. Não é, no entanto, menos inconstitucional, pois a dignidade humana vai além da mera sobrevivência ou satisfação de necessidades fisiológicas. Uma vida sem liberdade para criar e acessar cultura é uma vida esvaziada de significado. Repita-se: não há hierarquia entre direitos fundamentais.

²² BRASIL. STF. **Informativos 796 e 797**. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015.

Mais recentemente, em julho de 2020, o tema do Estado de Coisas Inconstitucional voltou ao STF por meio de decisão monocrática do Ministro Luís Roberto Barroso, que admitiu uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, recebida como ADPF.²³ A ação trata dos retrocessos observados na implementação da política ambiental no país. Em um interessante paralelo com o caso da cultura, a decisão lembra ainda que a proteção ambiental não é opção programática, mas uma obrigação constitucional que se impõe à Administração Pública. É a ementa:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO GOVERNAMENTAL EM RELAÇÃO AO FUNDO CLIMA E A OUTRAS QUESTÕES AMBIENTAIS. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DE COMPROMISSOS INTERNACIONAIS DO BRASIL. CONVOCAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA.

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão recebida como arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A mudança climática, o aquecimento da Terra e a preservação das florestas tropicais são questões que se encontram no topo da agenda global. Deficiências no tratamento dessas matérias têm atraído para o Brasil reprovação mundial.

A Constituição brasileira é textual e veemente na consagração do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ademais, impõe ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225).

Além de constituir um direito fundamental em si, o direito ao meio ambiente saudável é internacionalmente reconhecido como pressuposto para o desfrute de outros direitos que integram o mínimo existencial de todo ser humano, como a vida, a saúde, a segurança alimentar e o acesso à água.

São graves as consequências econômicas e sociais advindas de políticas ambientais que descumprem compromissos internaciona-

²³ Cf. BRASIL. STF. **ADO 60 (ADPF 708)**. Decisão de Admissão, p. 2. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5930776>. Acesso em: 4 nov. 2021.

is assumidos pelo Brasil. A União Europeia e diversos países que importam produtos ligados ao agronegócio brasileiro ameaçam denunciar acordos e deixar de adquirir produtos nacionais. Há uma percepção mundial negativa do país nessa matéria.

O quadro descrito na petição inicial, se confirmado, revela a existência de um estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental, a exigir providências de natureza estrutural. Vale reiterar: a proteção ambiental não constitui uma opção política, mas um dever constitucional.

Convocação de audiência pública para apuração dos fatos relevantes e produção, na medida do possível, de um relato oficial objetivo sobre a situação do quadro ambiental no Brasil". (Grifamos).

CONCLUSÃO

Bebida é água, comida é pasto;²⁴ e paz sem voz não é paz, é medo.²⁵ Nossa cidadania pode mais que isso. Diante do quadro de violações – graves, generalizadas e sistemáticas – no campo dos direitos culturais, notadamente dos múltiplos atos comissivos e omissivos que na prática vêm negando vigência à política cultural brasileira, nos parece perfeitamente razoável cogitar a existência um Estado de Coisas Inconstitucional na gestão da cultura, que pode e deve ser objeto de ação de controle concentrado na corte suprema, com o objetivo de restabelecer a ordem jurídica constitucional.

A eficácia das políticas de fomento à produção cultural é tema de extrema relevância não apenas para os agentes de mercado e todos que dedicam seu talento e esforços em seu desenvolvimento, mas para o país como um todo. Para além das questões econômicas e de desenvolvimento setorial, a atividade artística é, em si, uma atividade central para a afirmação de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, o direito

²⁴ ANTUNES, Arnaldo; FROMER Marcelo; BRITTO Sérgio. **Comida**. WEA., 1987.

²⁵ YUKA, Marcelo; FALCÃO, Marcelo; Xandão; LOBATO, Marcelo; FARIAS, Lauro. **Minha Alma**. Warner, 1999.

de viver livre de discriminação de qualquer espécie, o direito de participar da vida cultural do país e do mundo, enfim, o direito de celebrar, preservar e comunicar os saberes e fazeres culturais do povo brasileiro em toda a sua riqueza e diversidade.

Assim reza a Constituição Federal, de onde se extraem os princípios que devem guiar todos os atos públicos, entre eles o da legalidade, isonomia, moralidade e eficiência, que impedem o Estado ou qualquer agente em seu nome de, ainda que indiretamente, interromper arbitrariamente a implementação de uma política pública essencial. Descuidar da cultura seria lamentável para qualquer país em uma era que se autodenomina “da informação”. Para o país da Semana de Arte Moderna, do Cinema Novo, da Bossa Nova e da Tropicália, seria um atentado contra o futuro.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Arnaldo; FROMER Marcelo; BRITTO Sérgio. **Comida**. WEA., 1987.
- BARBOSA, Luciano Martins. O conceito de estado de coisas como uma interpretação possível de afiguração do mundo no tractatus lógico-philosophicus. **Revista Seara Filosófica**, Número 20, Verão/2020, pp. 65-78, p. 70-71.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.
- BRASIL. ANCINE. **Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual. Mercado Audiovisual Brasileiro**. Disponível em: <https://oca.ancine.gov.br/mercado-audiovisual-brasileiro>. Acesso em: 4 nov. 2021.
- BRASIL. Ministério do Turismo. Fundação Palmares. **Relatório Público 01 CNIRC – Retrato do Acervo: A Dominação Marxista da Fundação Palmares 1988-2019**. Disponível em: <https://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2021/06/cnirc-01-gab-10-06-21.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.
- BRASIL. STF. **ADI nº 4679**. Voto do Ministro Relator Luiz Fux, p. 10. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4679.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2021.
- BRASIL. STF. **ADO 60 (ADPF 708)**. Decisão de Admissão, p. 2. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5930776>. Acesso em: 4 nov. 2021.

BRASIL. STF. **ADPF nº 918**. Rel. Min. Edson Fachin. Petição Inicial. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/12/recibo-ADPF-cultura-3dez2021.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2021.

BRASIL. STF. **Informativos 796 e 797**. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015.

BRASIL. TCU. **Representação TC 039.487/2019-9**. Disponível em: https://telaviva.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Oficio_n_21018_2020_TCU_Seproc_anexo_1.pdf. Acesso em: 4 nov. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodium, 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-559/97** (6 de novembro de 1997). Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 4 nov. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. **European Audiovisual Observatory Yearbook: Key Trends** (2018/2019), p. 55. Disponível em: <https://rm.coe.int/yearbook-key-trends-2018-2019-en/1680938f8e>. Acesso em: 4 nov. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. **Celso de Mello vê obscurantismo em censura no Rio de Janeiro**. 7 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-07/celso-mello-ve-obscurantismo-censura-rio-janeiro>. Acesso em: 4 nov. 2021.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. O Estado de Coisas Inconstitucional como garantia de direitos fundamentais. **Jus Navegandi** (Março de 2016). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47193/o-estado-de-coisas-inconstitucional-como-garantia-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 4 nov. 2021.

GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. **Texas Law Review**. Vol. 89:1669, p. 1671. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2021.

LHERMITTE, B; PERRIN B; BLANC, S. **Cultural Times: The First Global Map of Cultural and Creative Industries**. Londres: Ernst & Young, 2015, p. 5. Disponível: https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/cultural_times_the_first_global_map_of_cultural_and_creative_industries.pdf. Acesso em: 4 nov. 2021.

NEUMANN, Isabella. Cota de tela e cota de tela suplementar: histórico, validade e “Vingadores: Ultimato”. **Tela Viva** (03/5/2019). Disponível em: <https://telaviva.com.br/03/05/2019/cota-de-tela-e-cota-de-suplementar-historico-validade-e-vingadoresultimato/>. Acesso em: 4 nov. 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (adotada em 10/12/1948; G.A. Res. 217A (III), U.N. GAOR, 3ª Sessão, U.N. Doc. A/810

ONU. ESCOR. **The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Adotado em 8 Jan. 1987, U.N. ESCOR, Comm'n on Hum. Rts., 43d Sess., Item 8 da Agenda, U.N. Doc. E/CN.4/1987/17/Annex (1987). Disponível em: https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/UN_Limburg_Principles_1987_En.pdf. Acesso em: 4 nov. 2021.

ONU. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** (adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, internalizado pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992).

PEREIRA, Antônio Celso Alves. As normas de *jus cogens* e os direitos humanos. **RID**, v. 6 n. 1 (2009): v.06 n. 1, 2009

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Rev. Fund. Esc. Super. MPDFT**, Brasília, Ano 8, V. 15, p. 93 – 110, jan./jun. 2000, p. 94. Disponível em: http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf. Acesso em: 4 nov. 2021.

RODAS, Sérgio. MPF move ação contra ministro por censura a projetos LGBT em edital da Ancine. **Consultor Jurídico** (2 out 2019). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/mpf-move-acao-ministro-censura-projetos-lgbt>. Acesso em: 4 nov. 2021.

YUKA, Marcelo; FALCÃO, Marcelo; Xandão; LOBATO, Marcelo; FARIAS, Lauro. **Minha Alma**. Warner, 1999.

RRDDIS

MERCADO DEL ARTE Y DERECHO DE AUTOR: Algunos desafíos y perspectivas¹

Art Market and Copyright: some challenges and perspective

Isabel Espín Alba²

RESUMEN:

El objeto del presente artículo es compartir algunos tópicos que se están discutiendo sobre los desafíos del mercado del arte en sus relaciones con la propiedad intelectual. De ese modo, en un contexto de reivindicación de los derechos de los artistas plásticos, se destaca la necesidad de mejorar la gestión colectiva de los derechos por medio de herramientas efectivas de rastro, recaudación y reparto de los derechos de participación en la reventa de obras de artes plásticas, así como del licenciamiento de los derechos patrimoniales en el entorno digital. Por otra parte, el trabajo señala la necesaria formación de los agentes económicos, sociales y jurídicos involucrados en la comercialización del arte digital, con vistas a, una vez determinada la titularidad de los derechos, optimizar los ingresos de los autores en concepto de derechos de propiedad intelectual, exclusivos o remuneración, así como del respeto a sus derechos morales. En esa última línea, se ha destacado que el crecimiento de la

ABSTRACT:

The aim of the present paper is to share some topics that are being discussed about the challenges of the art market in its relations with copyright. Thus, in a context of vindication of the rights of visual artists, it highlights the need to improve the collective management of rights through effective tools for tracking, gathering and distribution of participation rights in the resale of works of visual arts, as well as the licensing of patrimonial rights in the digital environment. On the other hand, it points out the necessary training of the economic agents involved in the commercialization of digital art, with a view, once the ownership of the rights has been determined, to optimize the income of the authors in terms of intellectual property rights, exclusive rights or remunerative rights, as well as the respect for their moral rights. In this last line, it has been pointed out that the growing importance of street art in the art market, due to its passage from the street to galleries, auction houses and museums, requires greater attention to issues such as authorship, the exercise of the moral right to la

¹ Estas reflexiones son resultado de la participación en el Proyecto de investigación PID-2020-112641GB-I00 “La propiedad de los bienes culturales: estudio jurídico civil para una propuesta de reforma”, IP Luis Anguita Villanueva, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y fueron presentadas en forma de ponencia invitada en el “XV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público” (CODAIP-GEDAI-2021).

² Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo e doutora em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha, onde é professora Titular de Direito Civil.

importancia del arte urbano en el mercado del arte, debido a su paso de la calle a las galerías, casas de subasta y museos, lo cual requiere una mayor atención a temas como la autoría, el ejercicio del derecho moral a la integridad o el límite de utilización de la imagen de obras ubicadas en la vía pública.

Palabras clave: mercado del arte; derecho de participación; NFTs; arte urbano.

integrity or the limit on the use of the image of works located on the public highway.

Keywords: art market; participation rights; NFTs; street art.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: OBJETO DE ESTUDIO Y PRECISIONES CONCEPTUALES; 1. MEJORA DE LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR DEL ARTISTA PLÁSTICO; 2. ESTATUTO DEL ARTISTA; 3. NFTs Y OTROS ESCENARIOS TECNOLÓGICOS: RETOS DE COMERCIALIZACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL ARTE; 4. ARTE URBANO Y DERECHO DE AUTOR; 4.1. DE LA CALLE AL MUSEO Y/O GALERÍA: UNA CURIOSA RELACIÓN CON EL INTERÉS PÚBLICO; 4.2. ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO DE AUTOR; 4.2.1. DERECHO MORAL A LA INTEGRIDAD DE LA OBRA; 4.2.2. LIBERTAD DE PANORAMA; 4.3. CASO FLOWER THROWER: EL ANONIMATO Y EL DILEMA DE BANKSY; BREVE CONCLUSIÓN; REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN: OBJETO DE ESTUDIO Y PRECISIONES CONCEPTUALES

El objeto del presente artículo es compartir con aquellos que se estén adentrando en el mundo de la investigación sobre el derecho de autor, algunos tópicos que se están discutiendo, al menos desde la doctrina española especializada, sobre los desafíos del mercado del arte en sus relaciones con la propiedad intelectual³. Sería pretencioso intentar señalar

³ Téngase en cuenta que, en la realidad normativa española, el término “propiedad intelectual” se ha venido utilizando, tradicionalmente, como sinónimo de derecho de autor. En ese sentido, rige sobre la materia el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de

todos los extremos de interés, por ello se toma como punto de partida del reto planteado el análisis de tres preocupaciones manifestadas por los principales agentes económicos, culturales y jurídicos involucrados en el mercado del arte y el derecho de autor. Todo ello con el fin de poner sobre la mesa algunas reflexiones sobre los tópicos más candentes y abrir caminos para futuras investigaciones.

Un primer nivel de desafíos apunta al desarrollo de nuevas tecnologías, del que excluimos cuestiones relativas a la titularidad de las obras plásticas creadas por la inteligencia artificial que evidentemente figuran en la agenda comunitaria y nacional⁴, pero que ya están siendo tratadas con profusión por un sector muy amplio de la doctrina⁵ y no requieren, por lo tanto, una llamada de atención como las demás aquí reseñadas.

Así las cosas, del ámbito tecnológico, se ha preferido subrayar, en primer lugar, la mejora de la gestión colectiva. De hecho, un cierto deslumbramiento por las novedades del mercado del arte digital no nos puede dejar perder la perspectiva de que el anhelo básico de una remuneración justa de los autores por sus creaciones artísticas es todavía un objetivo que no ha alcanzado la mayoría de los creadores intelectuales. Así pues, dedicamos un apartado a la mejora de uno de los derechos de remuneración de los artistas plásticos: el derecho de remuneración en la reventa de las obras de artes plásticas bien como el licenciamiento de derechos; y

abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (y sus posteriores modificaciones), en adelante LPI, que regula los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual (en ese contexto, los derechos afines al derecho de autor).

⁴ Vid. especialmente, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 21 de abril de 2021 [COM (2021) 206 final].

⁵ En ese sentido, en la doctrina española, vid. entre otros, SÁIZ GARCÍA, C. *Inteligencia artificial y derecho de autor*, in E. Ortega Burgos (dir.) **Propiedad Intelectual 2021**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 581-604; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., **La propiedad intelectual de las obras creadas por inteligencia artificial**. Thomson Reuters-Aranzadi, 2021; PALAO MORENO, G., *Inteligencia artificial y propiedad intelectual: avances en su ordenación en la Unión Europea*, S. Barona Villar (ed.) **Justicia algorítmica y neuroderecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 633-653; NAVAS, S., *Creativity of Algorithms and Copyright Law*, in M. Ebers/S. Navas (eds.) **Algorithms and Law**. Cambridge University Press, 2020, pp. 221-234.

no abandonamos ese enfoque de protección de los artistas plásticos, sin dejar constancia de la preocupación más primaria manifestada por el Parlamento Europeo por la adecuada remuneración de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes. En esa línea se encuadra la creación de un Estatuto del Artista y la propuesta de mejora también para los autores, en particular, los artistas plásticos.

Ahora bien, en un trabajo que pretende examinar desafíos del mercado del arte es obligado, en segundo lugar, dedicar un epígrafe a aquellos representados por los nuevos escenarios tecnológicos, particularmente los NFTs (*Non Fungible Tokens*). Y precisamente de las demandas más actuales de los agentes culturales y económicos surge el análisis del último reto concerniente al crecimiento de la importancia económica y social del arte urbano, remarcando algunos de los conflictos más destacados, por lo que al derecho de autor de los artistas plásticos urbanos se refiere.

De todos modos, antes de desarrollar la propuesta indicada, todavía en este plano introductorio, es menester precisar que la referencia a mercado del arte se hace en un sentido económico y artístico que comúnmente alude al conjunto de transacciones (onerosas o gratuitas) cuyo objeto sea una obra de arte plástica. En ese ecosistema, los sujetos económicos, particulares o instituciones, realizan o promueven algún tipo de explotación comercial del arte. Por ello, casas de subasta, galerías, museos, etc., actúan de una forma directa o indirecta, en los mercados primario y secundario, sobre la oferta y la demanda de esa clase de productos culturales⁶.

1 MEJORA DE LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR DEL ARTISTA PLÁSTICO

Como se había anunciado, un tema candente en la agenda de la propiedad intelectual en el mercado del arte es la mejora de la gestión

⁶ Para una aproximación a los conceptos básicos del mercado del arte, vid. DÍAZ AMUNÁRRIZ, C., **La gestión de las galerías de arte**. Madrid: AECID, 2016, especialmente pp. 21-41.

colectiva de los derechos de los artistas plásticos y su expansión a acciones tradicionalmente relacionadas con la gestión individual de derechos.

En los últimos años, el cambio en las tendencias de consumo y actividades de explotación de las obras visuales apuntan a la digitalización y puesta a disposición de contenidos, así como a la generación de contenidos propios de las tecnologías digitales y de inteligencia artificial, con un impacto directo en la gestión de derechos que requiere una adaptación y mejora de los instrumentos de gestión desarrollados por las entidades como VEGAP⁷, que en los últimos años se está enfrentando a dos grandes retos: por una parte, la mejora de la gestión del derecho de remuneración en la reventa de obras de artes plásticas (*droit de suite*) y, por otra parte, el licenciamiento de los derechos exclusivos y de remuneración del autor, especialmente en un ambiente digital.

El denominado derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas originales - también conocido como *droit de suite*⁸, derecho de seguimiento, derecho de secuencia -⁹, enmarcado en un debate más amplio que se viene formulando sobre el futuro del derecho de autor en el ámbito digital, vuelve a la agenda del derecho de autor, por el aumento significativo de las subastas de arte contemporáneo.

Una aproximación genérica a la figura se puede hacer a partir del glosario de la OMPI, según el cual es un “derecho inalienable que algunas legislaciones de derecho de autor conceden al autor y a sus herederos o después de la muerte de aquél a otras instituciones legalmente autoriza-

⁷ VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos) fue creada en 1990 y admitida como miembro de la CISAC. Gestiona los derechos de autor de pintores, escultores, fotógrafos, ilustradores, diseñadores, videoartistas, net-artistas, arquitectos, en fin, los creadores visuales. Vid. los datos más concretos, incluidas las 48 sociedades de autor de otros países con las que tiene contratos de representación, en su página web <https://www.vegap.es/>

⁸ La condición de Francia de primer país en regular un derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas en pública subasta justifica que este peculiar derecho se siga conociendo internacionalmente como *droit de suite*. De hecho, en el año 2020 se ha celebrado el centenario de su introducción en una ley de 1920.

⁹ Para conocer en profundidad este derecho patrimonial del autor de obras de artes plásticas, vid. la monografía de VICENTE DOMINGO, E., **El droit de suite de los artistas plásticos**. Madrid: Reus, 2007.

das, en virtud del cual pueden reclamar una parte de los ingresos obtenidos en cada nueva venta pública de ejemplares originales de las obras de bellas artes, dentro del término (plazo) de protección”¹⁰.

Durante muchos años, el *droit de suite* fue relegado a un plano teórico, puesto que la ausencia de una aplicación generalizada en todos los países con importantes mercados secundarios de obras de arte, la falta de transparencia de dichos mercados, la escasa tradición asociativa de los artistas plásticos, la complejidad de los sistemas implantados, entre otros muchos factores, dieron lugar a un impacto muy reducido en el sector de la reventa de obras de arte; sin embargo, en las dos últimas décadas, se ha asistido una vuelta al tema¹¹ y algunas decisiones judiciales han sacado a la luz la importancia de la materia¹².

En la realidad que nos ocupa, el asunto ha sufrido un importante vuelco¹³ con la Ley 2/2019, de 1 de marzo que modificó la vigente LPI para mejorar la técnica legislativa y asimismo introducir importantes novedades. Por un lado, la imposición de una gestión colectiva obligatoria, de modo que el derecho de participación se hace efectivo a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, es decir, el derecho se liquida a través de VEGAP, con independencia de que los titulares de este sean o no socios de la entidad de gestión. Por otro lado,

¹⁰ Artículo 14 ter del Convenio de Berna. En la Unión Europea está armonizado por la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

¹¹ Vid. por todos DÍEZ SOTO, C., Algunas cuestiones a propósito del derecho de participación del autor de una obra de arte original sobre el precio de reventa (*droit de suite*), in **Cuadernos de Derecho Transnacional**, vol. 9, 2, 2017, pp. 209-254 DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3872>. Acceso em: 06 dez. 2021.

¹² Cfr. Caso Fundación Gala-Salvador Dalí y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) contra *Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques* (ADAGP) y otros. Asunto C-518/08. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sección Tercera), de 15 de abril de 2010. ECLI: ECLI:EU:C: 2010:191.

¹³ En el caso español, está presente en nuestra legislación desde la Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987, pasando por diversos modelos hasta la regulación vigente en el artículo 24 LPI. Sobre la evolución legislativa y principales características del vigente modelo de gestión FUENTES RAMOS, J., El derecho de participación, in E. Ortega Burgos (dir.) **Propiedad Intelectual 2021**. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 133-152.

aunque se mantienen los porcentajes para calcular el importe de la participación¹⁴, se ha reducido el precio umbral a partir del cual se genera el derecho de participación que pasa de 1200 euros a 800 euros, medida aplaudida por el sector de los artistas plásticos por permitir que un mayor número de titulares de derechos puedan beneficiarse¹⁵.

Ahora bien, además de la revitalización del derecho de participación, el desarrollo de la tecnología *blockchain* y de la inteligencia artificial está dando un nuevo impulso a la gestión colectiva en un sector tradicionalmente caracterizado por la gestión individual. Ello se puede percibir en la tendencia a la comercialización online, fuera por tanto de los circuitos clásicos de las galerías de arte.

En esa línea, VEGAP está haciendo una importante campaña de captación de socios entre artistas plásticos que divulgan y comercializan sus obras por canales como Instagram, ofreciendo una asesoría especializada, de tal manera que está ampliando exponencialmente su banco de imágenes de arte contemporáneo español.

Para hacer más atractiva esa opción, VEGAP está participando activamente en el Proyecto AIR (*Automated Images Recognition*), una herramienta para la gestión de las obras en Internet utilizada por las entidades representativas de los titulares para agilizar y facilitar la gestión de los derechos de los creadores visuales. Fue creada por iniciativa del CISAC (*International Confederation of Societies of Authors and Composers*) con la colaboración de las sociedades de gestión colectiva de creadores visuales que integran el CIAGP (*International Council of Creators of Graphic, Plastic and*

¹⁴ La tabla vigente:

4 % de los primeros 50.000 euros del precio de venta;

3 % de la parte del precio de venta comprendida entre 50.000,01 euros y 200.000 euros;

1 % de la parte del precio de venta comprendida entre 200.000,01 euros y 350.000 euros;

0,5 % de la parte del precio de venta comprendida entre 350.000,01 euros y 500.000 euros;

0,25 % de la parte del precio de venta que exceda de 500.000 euros.

¹⁵ FUENTES RAMOS, J., Op.cit., p. 145.

Photographic Arts), permite el reconocimiento visual de las imágenes y es un identificador de obras protegidas por la propiedad intelectual¹⁶.

2 ESTATUTO DEL ARTISTA

Las mejoras referidas a la gestión de los derechos de los artistas plásticos deben enmarcarse en un objetivo más ambicioso de reconocimiento y garantía de su situación económica, formativa y laboral. En ese sentido, el Parlamento Europeo pide a la Comisión un “Estatuto Europeo del Artista” que fije un marco para las condiciones de trabajo y normas mínimas en todos los países de la UE. Se trata de la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2021, sobre la situación de los artistas y la recuperación cultural en la UE [[2020/2261\(INI\)](#)]¹⁷. Ruego a los Estados miembros que transpongan la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital (DDAMUD) centrándose en la protección de las obras culturales y creativas y de quienes las crean y, en particular, en la garantía de una remuneración justa, adecuada y proporcionada a los autores e intérpretes, instando a la Comisión para que siga de cerca la aplicación efectiva de estos principios fundamentales.

Gestada en tiempos de pandemia, la Resolución del Parlamento surgió, en un primer momento, como una iniciativa para los artistas intérpretes y ejecutantes como titulares de derechos conexos de autor, cuya importancia social se puso de manifiesto en los tiempos difíciles de los balcones y encierros, pero la labor de presión de entidades de gestión (como VEGAP) y otros agentes culturales y económicos ha dado a la palabra artista un sentido amplio en la declaración, como aquella persona que hace arte, incluido, por lo tanto, también a los autores¹⁸.

¹⁶ Detalles pueden ser consultados en la página web de VEGAP.

¹⁷ Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0430_ES.html. Acceso em: 06 dez. 2021.

¹⁸ En sintonía con la definición de artista de la, es decir, toda persona que crea o participa, por medio de su interpretación, en la creación o la recreación de obras de arte, que considera su creación artística como un elemento esencial de su vida y contribuye así al desarrollo del arte y de la cultura, y que es reconocido o intenta ser reconocido como

En el ámbito español se están diseñando varias propuestas transversales¹⁹, algunas incluso anteriores a la Resolución del Parlamento, como por ejemplo del documento de trabajo “Estatuto del Artista, el Autor/Creador y el trabajador de la Cultura” (2018)²⁰, que, además de una apuesta por la formación y profesionalización del sector²¹, propugna medidas fiscales, de seguridad social y también para mejorar el sistema de derechos de autor como la discutible supresión del artículo 56.2 LPI²² que regula el derecho de exposición pública de la obra fotográfica o plástica por parte del propietario del original por el mero hecho de adquisición, aunque no haya sido divulgada, al tratarse de un artículo -en palabras de los responsables de la propuesta- discriminatorio para los autores de obras plásticas y fotográficas.

artista, vinculado o no por una relación de trabajo o de asociación. (Recomendación relativa a la condición del artista, adoptada el 27 de octubre de 1980).

¹⁹ Vid. el Real Decreto 639/2021, de 27 de julio, por el que se crea y regula la Comisión Interministerial para el desarrollo del Estatuto del Artista (Boletín Oficial del Estado de 28 de julio de 2021), cuyo artículo 2 define como fines y objetivos: marcados en su artículo dos son: “el desarrollo del Estatuto del Artista se crea con el fin de abordar y coordinar las políticas públicas en esta materia, desde una perspectiva participativa y multidisciplinar, impulsando las actuaciones precisas para el desarrollo y ejecución de las medidas recogidas en el informe de la Subcomisión para la elaboración de un Estatuto del Artista, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 de septiembre de 2018”.

²⁰ Vid. el documento marco “Estatuto del Artista, el Autor/Creador y el trabajador de la Cultura: conclusiones finales y propuestas de mejora”, publicado por la Fundación SGAE. Disponible en su página web <http://www.fundacionsgae.org/en-EN/Site-Pages/Inicio.aspx>. Acceso em: 06 dez. 2021.

²¹ Las principales corrientes artísticas contemporáneas están caracterizadas por el eclecticismo, de tal manera que es cada vez es más raro encontrar un artista dedicado a una única técnica expresiva y/o utilizando a penas un canal de comercialización, por lo que se hace necesario potenciar la adquisición de habilidades y destrezas en una multiplicidad de estilos y una mayor profesionalización de todos los agentes implicados en la creación artística y su circulación en el mercado.

²² Artículo 56 LPI. Transmisión de derechos a los propietarios de ciertos soportes materiales.

1. El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última.
2. No obstante, el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional.

3 NFTS Y OTROS ESCENARIOS TECNOLÓGICOS: RETOS DE COMERCIALIZACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL ARTE

Referirse a la irrupción de los NFTs en el mercado del arte y a las dudas suscitadas sobre los precios alcanzados y su sostenibilidad no es ya una novedad.

La realidad es indiscutible: se trata de una herramienta técnica poderosa para ampliar la base del coleccionismo de las artes visuales y los datos avalan esta afirmación,

Tomando por base el último estudio de la aseguradora Hiscox, especializada en el mercado del arte²³, se estima que el mercado de arte online se ha disparado un 280% respecto a 2019, con ventas de NFTs que han generado más de 3.000 millones de euros. De igual modo, el Informe ArtPrice 2020/2021 sobre el mercado del arte contemporáneo²⁴ hace referencia al mejor año de las subastas de arte contemporáneo, tanto en una perspectiva cuantitativa de lotes vendidos como desde el punto de vista de la facturación global, en gran medida debido a ese auge de los NFTs.

La consolidación de la tecnología *blockchain* en la conformación de los NFTs ha significado un salto cualitativo en un problema básico para la comercialización y conservación del arte digital: la autenticidad del original²⁵.

²³ HISCOX, **Hiscox Online Art Trade Report 2021**, Londres, 2021, disponible en 21674a-Hiscox_online_art_trade_report2021-part_one_1.pdf. Fecha de la última consulta 4.12.2021.

²⁴ ARTPRICE, **The Contemporary Art Market Report in 2021**, Disponible en <https://www.artprice.com/artprice-reports/the-contemporary-art-market-report-2021>. Fecha de la última consulta 4.12.2021. Este informe es de especial utilidad para estudios relacionados con el derecho de autor de artistas plásticos, puesto que abarca pinturas, esculturas, dibujos, fotografías, grabados, NFT, vídeos e instalaciones de artistas contemporáneos -definidos como aquellos nacidos después de 1945- y excluye las antigüedades, los bienes culturales anónimos y el mobiliario.

²⁵ ARTPRICE, Op.cit., p. 30, hace una descripción en la que indica que Un NFT es un objeto de colección digital almacenado en una cadena de bloques. Único y no modificable, sustituye a un certificado de autenticidad (considerado inviolable) y constituye una prueba digital del origen y la propiedad. En concreto, cuando un coleccionista compra una obra. 30 NFT, compra el token que representa la obra (una imagen, un gif, un archivo de vídeo, etc.) o un título de propiedad. El propietario de la NFT es el propietario del contenido, incluso si la imagen gif o jpeg se comparta millones de veces en Internet. Para los coleccionistas, es una forma de adquirir obras de rareza probada.

Desde el auge del arte conceptual se han desarrollado contratos escritos, declaraciones y “certificados” para garantizar la autenticidad, de modo que el papel que antes cumplía la firma pasa al certificado. En el entorno digital esos certificados se encontraron inicialmente con la imposibilidad técnica de establecer distinciones entre la obra original y sus posibles copias.

El cambio significativo se produce cuando el sistema *blockchain* permite que la obra digital sea una pieza única, que puede transmitirse como un activo a través de la cadena de bloques. De ese modo, se proporciona una garantía de autenticidad como respuesta al objetivo primordial de transmisibilidad de obras artísticas digitales.

Asimismo, además de la evidente ventaja de conservar las claves más asentadas del coleccionismo clásico que aspira a lo único, desde la óptica del autor, esa técnica invita, volviendo a los temas de recaudación y reparto de derechos aquí mencionados, a una mejor y más eficaz gestión individual y colectiva de los derechos de autor de los artistas plásticos.

De todos modos, a la condición de nuevo nicho para los artistas visuales, se suman otros cambios de interés en la dinámica de creación de obras originales protegidas por el derecho de autor.

Es el caso, por ejemplo, de la tendencia reciente en el coleccionismo de NFTs que está pasando de la compra de obras de arte de artistas individuales para centrarse en la creación derivada de empresas surgidas en torno a proyectos NFT con pluralidad de creadores²⁶. Sobre esta realidad pivota todo el debate respecto de la creatividad digital y la autoría, en el que nos encontramos con situaciones muy dispares de intervención creativa. De la descripción de algunos de esos proyectos, como el exitoso CryptoPunks, proyecto de LarvaLabs, surge la necesidad de un replanteamiento de distintas categorías relacionadas con la

Para los artistas digitales o creadores de Arte efímero (artistas urbanos o performers) es una forma de dar valor a su obra.

²⁶ En más de una ocasión trabajando con obras generadas por ordenador y/o creadas por inteligencia artificial.

autoría en el derecho de autor, como es el caso del régimen de las obras colectivas ex artículo 8 LPI²⁷.

Pero los cambios en el mercado del arte no se refieren exclusivamente a la comercialización de NFTs sino que esa realidad está inserta en un ecosistema más complejo de nuevas tecnologías en el que conviven creaciones de arte digital y creaciones de obras plásticas creadas en un contexto analógico, pero comunicadas y/o comercializadas en canales digitales, a lo que se pueden añadir experiencias más complejas como realidades virtuales según los nuevos modelos de metaverso.

El potencial de negocio de las industrias creativas no para de crecer en esos nuevos escenarios tecnológicos. Por ejemplo, en la industria de la moda, altamente vinculada con el mercado del arte²⁸, se está consolidando un sector creativo digital exclusivo para la creación de contenidos, por ejemplo, en Instagram. Por otro lado, las marcas de lujo han visto un filón en el vestuario de los avatares en plataformas del metaverso como Roblox²⁹ y Zepeto o en videojuegos como Fortnite, seguidas también por algunos gigantes del *prêt-à-porter*³⁰.

La simbiosis perfecta se puede observar en iniciativas como aquella llevada a cabo por Louis Vuitton para celebrar los 200 años de empresa

²⁷ Artículo 8 LPI. Obra colectiva.

Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.

Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre.

²⁸ Pensemos en la reciente colaboración del cotizado artista plástico George Condo y la casa Dior para el lanzamiento de la colección del rapero Travis Scott, en 2021.

²⁹ Ralph Lauren, en diciembre del 2021, lanzó una colección de ropa digital, de edición, en Roblox, pero ya había probado una colección, en el mes de agosto del mismo año, en Zepeto, con vistas a acercarse a un grupo de edad más joven, potenciales futuros consumidores de sus productos en el “mundo real”.

³⁰ Zara, del grupo Inditex, también sacó al mercado, a finales de 2021, AZ (junto a la enseña Ader Error), disponible en Zepeto, lo que supuso la fundación de su primera boutique efímera dentro del metaverso.

con el videojuego “200 Anecdotes”. En el mismo, se recorre la historia de la casa de moda a través de siete pantallas en las que, además, se insertaban banners que anuncian la posible adquisición de NFTs concebidos por el artista digital Beeple³¹.

4 ARTE URBANO Y DERECHO DE AUTOR³²

El último desafío que se pretende evidenciar, en esta ocasión, está relacionado con el notable auge en el mercado -y, en consecuencia, de utilidades primarias y secundarias- de las obras de arte urbano³³ que, en la actualidad, están protagonizando un salto de las calles a las galerías de arte y museos -también en el ámbito virtual-, multiplicando los problemas relacionados con la propiedad intelectual.

Cuestiones relativas a la autoría (anonimato, seudónimos, pluralidad de autores...), al objeto (carácter efímero de la obra), a la convivencia con el titular del soporte material (derecho moral a la integridad de la obra) o límites relacionados con el interés público (libertad de panorama, entre otros), todas ellas son solo algunas de las implicaciones del aumento del valor de mercado de este tipo de creación intelectual.

4.1 De la calle al museo y/o galería: una curiosa relación con el interés público

El arte efímero como esencia del arte urbano se ha presentado en muchas ocasiones como una reacción ante el materialismo y la comer-

³¹ ARTPRICE, Op.cit., p. 27 destaca que completamente desconocido para el mercado tradicional de subastas de arte hasta fechas recientes, Beeple es hoy uno de los tres artistas vivos más caros del mundo, ya que, con la venta de sólo dos lotes, representó por sí solo el 3% de la facturación global de las subastas del mercado de arte contemporáneo del período analizado en el informe.

³² Sobre los aspectos tratados en este epígrafe, vid. con más detalle: ESPÍN ALBA, I. **Arte efímero y derecho de Autor**. Madrid: Reus, 2021, especialmente pp. 81-133.

³³ De las múltiples acepciones, se utiliza el “arte urbano” en un sentido de contenedor de todas aquellas expresiones artísticas de artes plásticas realizadas en espacios públicos de naturaleza eminentemente urbana, concretamente el grafiti y el muralismo.

cialización especulativa del mundo del arte y, desde un punto de vista estético, con un cierto abandono de la “fetichización” del objeto artístico. Aunque ese planteamiento pudo y puede estar presente en el trabajo creativo de muchos de sus autores, lo cierto es que es cada vez menos marginal el mercado de las obras de arte urbano y muy particularmente del grafiti.

Los valores alcanzados por la venta de obras de artistas urbanos en las casas de subasta pueden ser una prueba de esta percepción. El citado Informe Anual del Mercado del Arte Contemporáneo de ArtPrice (2020/2021) avanza la fascinación por el trabajo -y el consecuente éxito comercial- de autores de arte urbano. Tomando como paradigma el mercado de las subastas, pone de manifiesto que entre los artistas más vendidos del mundo hay importantes firmas de arte urbano como Jean-Michel Basquiat, Banksy, Keith Haring y Kaws o con importantes obras inspiradas en el grafiti (vgr. Yoshitomo Nara), síntoma de una fuerte tendencia entre los coleccionistas, asentando este género creativo como uno de los sectores más dinámicos del Mercado del Arte actual, debido entre otros factores a su apuesta por los NFTs³⁴.

Con todo, hay algo más básico y consiste en recorrer las calles de las principales ciudades del mundo y también algunas zonas rurales y observar el incremento de las intervenciones artísticas de arte urbano, muchas de ellas incentivadas y queridas por los poderes públicos que en el esquema de marginalidad del grafiti perseguían esas manifestaciones artísticas en aras de otros valores de interés público como la protección del medioambiente, de la propiedad privada o la represión de la criminalidad asociada -debidamente o no- a ciertas “tribus urbanas” y que, ahora, sin embargo, las promocionan³⁵.

³⁴ Aunque la tendencia ya viene de antes, pues en el Informe de ARTPRICE del 2017, esos mismos nombres copaban los 10 primeros puestos, a los que también se añadía Shepard Fairey (que ahora está en el puesto 127).

³⁵ Son muchas las iniciativas de las administraciones locales tanto en las grandes urbes como en zonas menos pobladas y rurales. En España, todas las comunidades autónomas encontramos ejemplos significativos: el Festival Desordes Creativos, en Órdenes (A Coruña); el Festival de Murales y Artes Rural Gargar, en Penelles (Lleida) municipio que presume de ser el mayor museo de muralismo al aire libre en Cataluña; el

Es curioso observar que, con motivaciones no coincidentes, unos de los factores que están influyendo en una percepción positiva del público hacia el arte urbano -y su consecuente revalorización- es la acción de las diferentes Administraciones públicas, casi siempre ayuntamientos, interesados en que el fenómeno del arte urbano, fundamentalmente en su versión de muralismo, sirva de impulso económico y social local.

Un ejemplo de las relaciones entre el creciente apoyo público que están recibiendo determinadas manifestaciones de arte urbano y el incremento de su valor en el mercado es una anécdota relativa a la herencia grafitero madrileño, el Muelle³⁶. Por noticias divulgadas en la prensa y redes sociales se da a conocer que en los últimos años (desde el 2010) se había intentado, por medio de colectivos de artistas, instar a la Administración para que incoase un procedimiento de declaración de bien de interés cultural³⁷. Estas acciones, unido a la inclusión de las firmas del artista en distintos circuitos turísticos de arte urbano, han supuesto un aumento del valor de mercado de sus creaciones, como lo demuestra el interés manifestado por algunas casas de subasta en poner a la venta obras del autor ya fallecido. Concretamente, el 28 de mayo de 2021 fueron subastados 14 bocetos que alcanzaron un valor de 78.750

“Museo de Arte Inacabado”, compuesto por obras de arte callejero en Fanzara (Castellón); Romangordo (Cáceres); Camprovín (La Rioja); entre muchos otros. Además de la intervención artística, esas iniciativas implican una actividad económica y social de fuerte impacto en el entorno, por el número de participantes que atrae cada año, artistas y otros agentes económicos, como galerías y museos.

³⁶ El *writer* Muelle (Juan Carlos Argüello, 1966-1995), a principios de los 80, en plena movida madrileña, dejó su firma en distintos puntos de Madrid y de alguna otra ciudad española. De hecho, los nombres de los artistas y de los grupos son una parte esencial de la cultura del grafiti y del arte urbano, y la mayoría de los artistas siguen utilizando sus seudónimos, incluso en los casos en que el público llegue a conocer las verdaderas identidades.

³⁷ Es previsible que con la expansión del arte urbano como un valor socialmente en alza sea cada vez más frecuente que nos encontremos con declaraciones de bienes de interés cultural a obras de ese estilo. La problemática no será muy distinta de aquellos supuestos en los que se han preservado por esa vía los murales de artistas con una manifiesta reputación. Por poner un ejemplo, en el año 2017, el Decreto 110/2017, de 26 de octubre, de la Xunta de Galicia, declaró como bien de interés cultural la obra de Urbano LUGRÍS GONZÁLEZ: Vista da Coruña 1669, un mural inicialmente situado en la pared de un bar y después trasladado a una oficina bancaria para su conservación (BOE 21 de diciembre de 2017).

euros. Uno de los titulares de prensa es revelador: “Grafitis, de la clandestinidad a las galerías de arte: obras del mítico Muelle salen a subasta esta semana”³⁸.

4.2 Algunas cuestiones de derecho de autor

Ahora bien, por lo que interesa al derecho de autor, esa valorización social y económica de las obras de arte urbano da lugar a una mayor potencialidad de conflictos acerca de la reproducción no autorizada de imágenes de creaciones artísticas. Y, por supuesto, aquellas autorizadas -incluso con el encargo de obras nuevas-, genera una nueva realidad contractual en que los artistas de arte urbano son protagonistas (publicidad, videoclips, intercambio de imágenes en redes sociales, reproducción de lugares públicos en el metaverso, etc.).

Todo ello requiere una mayor profesionalización del sector y el cuidado en las transacciones comerciales que deben estipular claramente las cuestiones relativas a la cesión de derechos.

Del universo de problemas que pueden salir a la palestra en sede de propiedad intelectual, destacamos dos: la integridad de la obra y ejercicio de la libertad de panorama. Asimismo, y por la importancia adquirida por Banksy en el mercado del arte urbano, se añade una breve reflexión sobre el anonimato y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

4.2.1 *Derecho moral a la integridad de la obra*

Por lo que al artista plástico se refiere, la integridad de la obra es la facultad moral objeto de más controversias judiciales tanto en el ámbito civil como en el contencioso administrativo.

Efectivamente, el carácter efímero de la obra en sí misma no resta la vigencia del art. 14.4 LPI, -incluso si su destrucción forma parte del discurso estético- de tal manera que el artista plástico puede exigir el respeto

³⁸ El titular del periódico **El Mundo** del pasado 23/05/2021.

a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. Aunque esa fugacidad puede acrecentar dificultades a su ejercicio si tenemos en cuenta el criterio seguido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2006³⁹ en la que se dice que “dada las características de la obra, inseparable de su soporte, aunque reproducible con base en los bocetos, su duración queda sujeta al del elemento en que se plasma, por lo que no nace con vocación de perennidad, sino con una vida efímera”.

En todo caso, el ejercicio del derecho a la integridad del artista urbano nunca será sencillo, -incluso en presencia de previsiones contractuales expresas, en intervenciones autorizadas o encargadas- por la necesidad de respetar los intereses del titular del soporte y el interés público, por la naturaleza del espacio en el que se desarrollan: calles, puentes, túneles, etc.

Así las cosas, todo se puede resumir en ponderación intereses, como queda claro con los criterios fijados, a propósito de un tema de *site specific works*, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2013⁴⁰, cuyo Fundamento de Derecho tercero se reproduce literalmente:

- a) El derecho del autor de la obra plástica, creada para ser colocada en un lugar específico, comprende el derecho a que no se modifique su ubicación.
- b) La alteración del lugar de ubicación vulnera el derecho del autor a la integridad de la obra y afecta a sus legítimos intereses, aunque se exhiba en condiciones que no supongan un perjuicio a su reputación.
- c) La integridad de la obra creada para un lugar específico no se vulnera necesariamente cuando se sitúa en otra ubicación, si la modificación del emplazamiento no interfiere en el proceso de comunicación entre el artista mediante su obra y la comunidad.

³⁹ RJ 2006\8134.

⁴⁰ RJ 2013\925.

d) El derecho del autor a la integridad de la obra puede comportar el de que no se exhiba en una ubicación distinta a aquélla para la que fue creada, pero no es absoluto.

e) El derecho del autor, al igual que el del propietario del soporte material, debe ejercitarse de buena fe, de forma no abusiva ni anómala y debe coordinarse con los del propietario del soporte material y los de la comunidad.

f) La decisión en supuesto de conflicto debe ser el resultado de la ponderación del caso concreto.

Ahora bien, a pesar de esa jurisprudencia consolidada, el previsible aumento de litigios en la materia obliga a cuidar de manera proactiva la protección de los derechos de autor y fomentar buenas prácticas respecto de la relación entre los titulares de las obras y los propietarios de edificios u otras construcciones, así como las Administraciones Públicas, como aquellos acuerdos para conservar obras ante la necesidad de intervención en los edificios⁴¹.

En ese punto, se pueden aprender muchas lecciones del emblemático caso 5Pointz por su aplicación del VARA (*Visual Artists Right Act*-Ley de Derechos de los Artistas Visuales) de 1990⁴². Por una parte, respecto de los criterios de protección de las obras efímeras, en particular del grafiti, establece parámetros para el reconocimiento de la altura creativa⁴³ y, por

⁴¹ Es el caso, por ejemplo, de la acción de retirada (2020) de los murales de Picasso en Oslo (Noruega) que pone el foco sobre la necesidad de protocolos específicos para ese tipo de intervención. Las obras en cuestión eran el mural que coronaba la fachada del edificio Y-Bock “Los Pescadores” (1970), obra de Picasso realizada con la técnica del chorro de arena en colaboración con el artista noruego Carl Nesjar, así como otro mural de los mismos autores, “La Gaviota”, una pieza de menor tamaño que decoraba el interior del edificio. De hecho, desde 1956 a 1971, Carl Nesjar y Picasso colaboraron en diferentes proyectos en los que Nesjar realizó a gran escala bocetos de Picasso. La retirada se hizo y se han trasladado las obras a unos almacenes donde se guardarán al menos hasta 2025, cuando está previsto la finalización de la construcción del bloque que las podría volver a albergar.

⁴² Incluida en el U.S. Code, Título 17 (*Copyrights*), Sección 106 A (*Rights of certain authors to attribution and integrity*).

⁴³ Criterio de naturaleza objetiva que marca la jurisprudencia española en materia de objeto del derecho de autor, en su aplicación del concepto comunitario autónomo de obra que exige la originalidad y la identificación como elementos clave. Cfr. De espe-

otro lado, en cuanto a la indemnización fijada, destaca el papel disuasorio de una cifra tan elevada.

El caso, que tuvo bastante repercusión mediática, tuvo como objeto de litigio obras creadas básicamente con la técnica de aerosoles en un complejo de edificios conocido como 5Pointz, situado cerca del puente que conecta Manhattan con Queens, en Long Island City.

Durante décadas los 21 artistas demandantes realizaron sus intervenciones artísticas con el consentimiento de Gerald Wolkoff, el dueño del conjunto de edificios industriales y almacenes —partícipe de la iniciativa, para la que puso al frente al conocido artista urbano Meres One (Jonathan Cohen)—, de modo que las obras, en su conjunto, contaban con un amplio reconocimiento público, formando parte del paisaje urbano.

En el año 2013, el propietario empieza a gestionar con el ayuntamiento la licencia para el derribo del complejo y la construcción en el mismo terreno de una promoción inmobiliaria de lujo, “comunicando” la decisión con un primer acto: la pintura en blanco de toda la fachada, preludio de la demolición que tuvo lugar en el año 2015.

En aplicación del VARA el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos, en Sentencia de 20 de febrero de 2020, confirma la decisión de primera instancia⁴⁴, estableciendo una fuerte indemnización -6.750.000,00 dólares⁴⁵- por la destrucción de las obras, en la que se tuvo en cuenta que el propietario no facilitó la retirada de estas para su conservación, en los términos exigidos por la ley.

Destaca la decisión que el carácter temporal de las obras no excluye la aplicación de las normas del VARA, puesto que pudieron cumplir el requisito de la *recognized stature*, necesario para la protección de la obra plástica, por medio de una abundante prueba pericial con opiniones de

cial interés, la polémica sobre la protección del sabor/olor en el caso *Levola Hengelo BV* contra *Smilde Foods BV* (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de noviembre de 2018. Asunto C-310/17, ECLI: ECLI:EU:C:2018:899).

⁴⁴ Se puede consultar en <https://www.thetmca.com/files/2018/02/DKT-172-Decision.pdf>. Fecha de la última consulta 4.12.2021.

⁴⁵ En la fijación del monto indemnizatorio también se tuvo en cuenta el factor disuasorio, para estimular a los propietarios de edificios a negociar de buena fe y, además de cumplir con los plazos de preaviso, facilitar la posible retirada sin destruirlas ni modificarlas.

expertos⁴⁶. Sobre este aspecto, es importante remarcar que el Juez de instancia no reconoció la altura creativa de las obras objeto de litigio por el mero hecho de pertenecer a un conjunto artístico sobradamente conocido por el público, sino que analizó los requisitos de protección de cada obra individualmente considerada, pues no todas las intervenciones artísticas del 5Pointz contaban con la suficiente *recognized stature*.

4.2.2 Libertad de panorama

El monopolio intrínseco a la atribución de derechos de propiedad intelectual requiere un delicado equilibrio entre los intereses del autor y de otros titulares de derechos, como el público u otros creadores intelectuales. En esa senda, las voces más autorizadas que propugnan reformas sustanciales en la conformación del derecho de autor entienden que su evolución normativa hizo prevalecer el interés privado de los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre el interés público, en particular, el acceso a la cultura y diseminación del conocimiento⁴⁷.

Por lo que se refiere a los intereses en juego en materia de obras plásticas situadas en vía pública, no es inocente la terminología “libertad de panorama” -importada del derecho alemán (*Panoramafreiheit* o *Straßenbildfreiheit*)-, ya que no evoca el punto de vista del autor sino a la libertad de los usuarios a la hora de utilizar ampliamente y sin ningún tipo de remuneración las imágenes de obras ubicadas en un espacio público⁴⁸.

⁴⁶ Para justificarlo, se trajo a colación otros ejemplos de arte efímero, concretamente “*The Gates*”, una instalación de Christo/Jeanne-Claude que duró dos semanas en febrero de 2005 en que estuvo expuesta en Central Park de Nueva York y la *Girl with a Balloon*, de *Banksy*, autodestruida en el momento mismo de subastarse. Esa afirmación contenida en el párrafo 30 de la sentencia abre una vía de interés, a la vista de las decisiones sobre *land art* -en particular, el citado caso *Kelley v. Chicago Park District* sobre la protección de jardines-, en la que se ha señalado cómo en Estados Unidos se exigía la fijación de la obra para su protección por el *copyright*.

⁴⁷ En la relación con los museos, es de especial interés la obra de GONÇALVES, L.H., **Arte e resistência: O museu como persona e o direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

⁴⁸ Destaca ese enfoque: DULONG DE ROSNAY, M./LANGLAIS, P., Public artworks and the freedom of panorama controversy: a case of Wikimedia influence, in **Internet Policy Review**, vol. 6 (1), 2017, p. 11. DOI: 10.14763/2017.1.447.

En efecto, la circunstancia que marca la importancia de la excepción de la libertad de panorama en el arte urbano es la localización de tales manifestaciones artísticas en la calle⁴⁹. Si, con carácter general, las obras plásticas son creadas con una vocación de exposición, en el caso del arte urbano la conexión entre creación y exposición pública es todavía más evidente, en cuanto la calle es el telón de fondo, el soporte mismo, de la creación artística y, en consecuencia, la inserción en espacios públicos no es una decisión posterior a la creación -creo una escultura que después es colocada en la vía pública- sino que la vía pública forma parte del contenido de la obra.

El anclaje normativo comunitario se encuentra en el artículo 5.3.h) de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 (en adelante, DDASI), según el cual los Estados pueden establecer excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación pública “cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos”.

Debido a los diferentes enfoques asumidos en la transposición de ese precepto por los Estados miembros resultó ser uno de los límites menos armonizados de la Unión Europea, pasando por aquellos países que decidieron inicialmente no introducirlo, pero también por la diversidad de contenido en aquellos que optaron por su inclusión (tipos de obras, alcance de los usos, carácter comercial o no de los mismo), en algunos casos desafiando la construcción de un concepto autónomo de la Unión. Por ejemplo, uno de los últimos ordenamientos jurídicos a tomar la iniciativa de introducirlo fue Francia y su legislador ha optado por subordinar esta excepción a unas condiciones suplementarias, fundamentalmente la prohibición de la utilización para fines comerciales y la aplicación única-

⁴⁹ Para un tratamiento en detalle: LAFRANCE, M., Public Art, Public Space, and the Panorama Right, in: **Wake Forest Law Review**, vol. 55, 2020, pp. 597-647 y HERNANDO COLLAZOS, I., La excepción panorama y el uso comercial de las manifestaciones secundarias de las obras de arte. Aproximación desde la Ley española de Derechos de Autor, in **RIIPAC. Revista sobre patrimonio cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial**, núm. 10, 2018, pp. 1-52.

mente a las obras de escultura y arquitectura, en principio excepcionando el arte urbano⁵⁰.

Pese a todo, esta situación de disparidad de criterios de transposición, en un primer momento, no fue motivo de excesivas controversias, pero la situación parece dar un vuelco a propósito de la elaboración de una Resolución del Parlamento europeo sobre la aplicación de la DDASI. En su tramitación, correspondió a la parlamentaria Julia REDA elaborar la Propuesta, el Informe REDA, sobre la transposición de la Directiva de la Sociedad de la Información, en el año 2015, en la que propugnaba la ampliación de los límites y excepciones al derecho de autor para el entorno digital, por lo pronto, por medio de la obligatoriedad de todos los límites y excepciones acogidos en el DDASI y, en el caso de la libertad de panorama, defendía la necesidad de que abarcase todos los usos de la imagen captada, con fines comerciales o no.

El fundamento esencial de su razonamiento residía en la necesidad de proporcionar una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos europeos que llevan a cabo diariamente usos que deberían estar amparados por la libertad de panorama ya que, de lo contrario, se estaría restringiendo, en sus palabras, la “capacidad de las personas medias de realizar actividades decisivas para su vida social, cultural y económica” e imponiendo “una carga excesivamente onerosa a las actividades cotidianas en línea”.

Dicho Informe se elaboró en el marco de la realización de la Propuesta de Resolución sobre la aplicación de la DDASI e incidía en la necesidad de adaptar el límite a las especiales circunstancias del entorno tecnológico, puesto que

en el pasado, la legislación tenía por objeto impedir la explotación comercial inadecuada de la arquitectura mediante la producción en masa de tarjetas postales, que no estaban destinadas al turista

⁵⁰ LUCAS, A. et al., **Traité de la propriété littéraire et artistique**. París: LexisNexis, 2017, p. 457. Aunque esos mismos autores reconocen que podría tener un reconocimiento jurisprudencial por la vía de la “inclusión fortuita” de la obra en la reproducción no autorizada.

medio que toma fotografías que, muy probablemente, solo se comparten a nivel privado una vez impresas⁵¹.

Ahora bien, después de una serie de vicisitudes en las que también se desechó una propuesta de regulación menos amplia de la excepción, circunscrita a usos no comerciales (Enmienda Cavada), el texto definitivo de la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2015 sobre la aplicación de la DDASI no hace ninguna referencia a la libertad de panorama. En suma, se optó por mantener la situación jurídica actual, tanto en lo que se refiere al carácter facultativo de la excepción como a su redacción⁵².

Pero, por supuesto, el debate no está cerrado y el problema sigue latente⁵³.

En el derecho español, la excepción de panorama fue acogida en los siguientes términos por el artículo 35.2. LPI “Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales”⁵⁴.

⁵¹ Proyecto de informe sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, de 15.01.2015 (2014/2256 INI), disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-546580_ES.pdf. Acceso em: 15 dez. 2021.

⁵² CABEDO SERNA, L., La libertad de panorama en la estrategia de revisión del derecho de autor en la Unión Europea. ¿Una oportunidad perdida?, in **Pc. i. Revista de propiedad intelectual**, núm. 63, 2019, p. 86.

⁵³ La necesidad es evidente, pues como se puso de manifiesto la Comisión en la Comunicación “Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor” [COM (2015) 626 final], de 9 de diciembre de 2015, “...la heterogeneidad en la aplicación nacional de la excepción denominada habitualmente «libertad de panorama», que permite tomar y subir a internet fotos de obras tales como edificios o esculturas situadas de forma permanente en lugares públicos, puede generar inseguridad”. Y destacaba la necesidad “aclarar la actual excepción de la UE que permite la utilización de obras concebidas para estar situadas de forma permanente en el espacio público (la «libertad de panorama»), a fin de tener en cuenta los nuevos canales de difusión”.

⁵⁴ Estuvo presente ya en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, manteniéndose en los mismos términos en la legislación vigente, puesto que se ha entendido que cumplía con los extremos establecidos en el DDASI.

Un análisis de la norma revela un ámbito objetivo extenso, pues el derecho español no restringe el tipo de obra ubicada en vías públicas, de tal manera que el límite abarca el amplio espectro de obras arquitectónicas, escultóricas o pictóricas y, en consecuencia, también las obras de arte urbano.

A propósito de los requisitos, la obra deber estar situada con carácter permanente en la vía pública y en cuanto a los usos, se trata de la reproducción, distribución o comunicación pública. En consecuencia, no están amparados los actos de transformación que siempre requerirán la autorización del titular de derechos. Respecto de la naturaleza de estos, el precepto no dice nada acerca de la cuestión de si la explotación comercial está amparada o no, por lo que debe interpretarse en el sentido de que está autorizada.

La respuesta a las demandas de una mayor protección del autor frente a eventuales utilizaciones comerciales abusivas debe venir de la cláusula de cierre del capítulo dedicado a los límites de los derechos de propiedad intelectual⁵⁵, la conocida como regla de los tres pasos contenida en el artículo 40 bis LPI y que dice:

Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.⁵⁶

A la vista de lo señalado y perdida la oportunidad de incluir una regulación adecuada del límite en la DDAMUD, este es un tema que no debería salir de la agenda del legislador europeo y los tribunales precisan tener en cuenta, en todo caso, la regla de los tres pasos en la interpretación del límite.

⁵⁵ Capítulo tercero del Título III del Libro I LPI.

⁵⁶ Vid. esta perspectiva en el caso “Beco do Batman”, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil de 25 de agosto de 2020. Ponente: Ministro Ricardo Villa Bôas Cueva. Disponible en <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/923473896/recurso-especial-resp-1746739-sp-2018-0136581-2>. Acesso em: 15 dez. 2021.

4.3 Caso Flower Thrower: el anonimato y el dilema de Banksy

Ante la dificultad de proteger la obra sin salir del anonimato⁵⁷, para defender sus trabajos frente a utilizaciones no consentidas, una de las estrategias utilizadas desde las primeras fases del *Street art*, aunque muy criticada por los puristas de la transgresión, fue la inscripción de los seudónimos o de las obras como marcas y el control de la comercialización por parte del propio artista. Más recientemente se ha generalizado el cuidado con la firma y la publicidad de las condiciones para la utilización de los trabajos divulgados en redes sociales y otras plataformas digitales, de modo preventivo de utilizaciones no autorizadas⁵⁸.

En ese contexto se puede entender la reciente controversia sobre la anulación de la marca Lanzador de Flores de Banksy, pues pese a que los titulares de prensa se referían a la “pérdida de derechos de autor”, en realidad se trataba de un conflicto de marcas, eso sí, originado por las dificultades procesales para proteger sus obras por la vía del derecho de autor.

La cancelación de la marca figurativa *Flower Thrower* (Lanzador de Flores) por parte de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) revela uno de los problemas del anonimato.

En el año 2014, Pest Control Office⁵⁹ presentó una solicitud de registro como marca comunitaria de la imagen del grafiti *Lanzador de flores*, realizado en el año 2005, en una pared de la ciudad de Jerusalén. El problema surge cuando, en marzo de 2019, Full Colour Black, una empresa dedicada a la distribución de postales y que contaba con la imagen del Lanzador de flores en su catálogo de productos, solicita la nulidad de la

⁵⁷ LÓPEZ RICHART, J., Y el vandalismo se hizo arte: la protección del grafiti por el derecho de autor, in **RIIPAC. Revista sobre patrimonio cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial**, núm. 10, 2018, p. 66.

⁵⁸ Un paseo por Instagram y las principales cuentas de artistas urbanos permite conocer, en cada caso, las condiciones de uso de las obras.

⁵⁹ Pest Control Office es la sociedad que actúa como representante legal de Banksy y se presenta ante los Tribunales y autoridades administrativas, siempre orientada a defender sus intereses preservando su anonimato.

marca, alegando la mala fe en el registro de esta (art. 59.1 b) RMUE⁶⁰), así como por carecer el signo de carácter distintivo y ser descriptivo de los productos y servicios que ampara (art. 59.1 a) RMUE).

Iniciado el procedimiento, Banksy abre su tienda de artículos de papelería y decoración y afirma públicamente que lo hacía para cumplir con el requisito de uso necesario para mantener el registro de la marca.

En su resolución de 14 de septiembre de 2020, contraria a los intereses del artista, la EUIPO subraya que la función de la marca es permitir a los consumidores identificar el origen comercial de bienes o servicios y distinguirlos de los del resto, de tal manera que escapa a su cometido el impedir a terceros el registro o el uso de signos con el único fin de cerrar y apropiarse de una parte del mercado. A continuación, fundamenta la nulidad de la marca en la mala fe, pues nunca hubo la intención de usar la imagen registrada a título de marca y cuándo el artista empezó a hacerlo, con la apertura de la tienda, fue únicamente para evitar su caducidad por falta de uso.

Estamos en presencia, por lo tanto, de un conflicto marcario, pero por lo que al derecho de autor se refiere, es interesante que la EUIPO mencione en su resolución que la vía adecuada para proteger estos intereses es la que ofrece el derecho de autor y no el registro de marcas.

Pues bien, los representantes legales de Banksy justificaron el recurso al derecho de marcas alegando que el ejercicio de acciones legales bajo la normativa de propiedad intelectual, puesto que exige la identificación del autor de la obra, pondría en peligro el anonimato del artista y, por lo tanto, causaría un perjuicio irreparable a su persona.

La declaración de nulidad de la marca que protege el *Lanzador de Flores* abre la puerta a procedimientos similares en relación con las demás obras del artista actualmente registradas como marcas de la Unión Europea, poniendo a Banksy en una curiosa encrucijada entre la protección de sus derechos sobre sus obras y la preservación de su tan codiciado anonimato.

⁶⁰ Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea de 16 de junio de 2017).

De hecho, en otras ocasiones, Banksy tuvo que enfrentarse a los tribunales y se ha puesto de manifiesto las desventajas de mantener su anonimato. Como en el caso resuelto por la *Ordinanza Tribunale di Milano* de 15 de enero de 2019, *Pest Control Office Ltd c. 24 Ore Cultura SRL*⁶¹. En esta ocasión Pest Control Office solicitó una medida cautelar para impedir que se llevase a cabo la exposición organizada por la empresa 24 Ore Cultura Srl, en el MUDEC (*Museo delle Culture*) de Milán bajo el título de “Una protesta visual. El arte de Banksy”. En concreto, denunció la infracción de tres marcas “ Banksy”, “Niña con globo”, “El Lanzador de Flores”. Básicamente se da la razón al artista, por la vía del derecho marcario y, por lo que al derecho de autor se refiere, reconoce que hubo una infracción, fundamentalmente de su derecho de reproducción por la edición no autorizada de un catálogo, pues la reproducción fotográfica de una obra de arte figurativa en el catálogo de una exposición representa una forma de uso económico de la obra pictórica y cae dentro del derecho exclusivo de reproducción reservado al autor. Con todo, desestima esa parte de la pretensión, por falta de legitimación de la empresa demandante. Debido a los acuerdos de confidencialidad y la total falta de información sobre la identidad del autor que utiliza el seudónimo Banksy, no se pudo reconocer a la demandante como cesionaria de los derechos de autor⁶². Una vez más, la preservación del anonimato total del artista ha debilitado su posición procesal para defender sus intereses por la vía de los derechos de autor.

Sobre este último caso, merece una valoración negativa que los museos organicen exposiciones en contra de la voluntad manifestada por los autores que legítimamente han optado por el anonimato, principalmente en lo que se refiere a la utilización lucrativa de las obras, en especial el merchandising de las exposiciones y los catálogos. Se puede ver en esas acciones una voluntad de forzar una especie de “dominio público anticipado” de la obra, por lo que cumple resaltar lo obvio, que la obra anónima no implica carencia de autoría y siguen vigentes los derechos por el período de tiempo marcado por la ley.

⁶¹ Puede consultarse en https://iusletter.com/wp-content/uploads/Ordinanza-15.01.2019_Banksy.pdf. Acceso em: 15 dez. 2021.

⁶² AVETA, R. L’opera d’arte figurativa: recenti sviluppi nella giurisprudenza italiana e statunitense, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 14, febrero 2021, p. 906.

Tal vez hubiese que implementar algún tipo de iniciativa de autorregulación, de códigos de conducta, que compaginase la voluntad e interés público de exponer y conservar obras de arte urbano con un uso adecuado y leal de las obras, en unos parámetros similares al *fair use*, evitando las utilidades comerciales, como la venta de catálogos o reproducciones sin autorización de los titulares de derechos.

6 BREVE CONCLUSIÓN

A la vista de lo expuesto, los heterogéneos temas tratados invitan a la necesaria especialización del autoralista en las nuevas tendencias en el mercado del arte, tanto en la vertiente más tecnológica como en el carácter emergente de nuevas perspectivas del interés público.

No se trata únicamente de conocer los innovadores continentes de la creatividad artística y el auge de determinados soportes de expresión plástica sino de adaptar las herramientas normativas y convencionales a los nuevos desafíos planteados. Al fin y al cabo, la historia del derecho de autor es la historia del desarrollo de los medios tecnológicos y, en más de una ocasión, a lo largo de ese fascinante camino, ha demostrado la versatilidad que le ha permitido seguir como una importante herramienta de estímulo a la creación intelectual y de crecimiento económico y social de los países.

En particular, en este trabajo, se ha destacado la necesidad de mejorar la gestión colectiva de los derechos por medio de proyectos efectivos de recaudación y reparto de los derechos de participación en la reventa de obras de artes plásticas, así como del licenciamiento de los derechos patrimoniales en el entorno digital. Por otra parte, la necesidad de formación de los agentes económicos involucrados en la comercialización del arte digital, con vistas a, una vez determinada la titularidad de los derechos, optimizar los ingresos de los autores en concepto de derechos de propiedad intelectual, exclusivos o remuneración, así como del respeto a sus derechos morales. En esa última línea, se ha enfatizado que el crecimiento de la importancia del arte urbano en el mercado del arte,

debido a su paso de la calle a las galerías, casas de subasta y museos, lo cual requiere una mayor atención a temas como la autoría, el ejercicio del derecho moral a la integridad o el límite de utilización de la imagen de obras ubicadas en la vía pública.

REFERENCIAS

ARTPRICE, **The Contemporary Art Market Report in 2021**. Disponible en <https://www.artprice.com/artprice-reports/the-contemporary-art-market-report-2021>. Fecha de la última consulta 4.12.2021.

AVETA, R. L'opera d'arte figurativa: recenti sviluppi nella giurisprudenza italiana e statunitense, in **Actualidad Jurídica Iberoamericana**, núm. 14, febrero 2021, pp. 898-923.

CABEDO SERNA, L., La libertad de panorama en la estrategia de revisión del derecho de autor en la Unión Europea. ¿Una oportunidad perdida?, in **Pe. i. Revista de propiedad intelectual**, núm. 63, 2019, pp. 65-106.

DÍAZ AMUNÁRRIZ, C., **La gestión de las galerías de arte**. Madrid: AECID, 2016.

DÍEZ SOTO, C., Algunas cuestiones a propósito del derecho de participación del autor de una obra de arte original sobre el precio de reventa (*droit de suite*), in **Cuadernos de Derecho Transnacional**, vol. 9, 2, 2017, pp. 209-254. DOI: 10.20318/cdt.2017.3872.

DULONG DE ROSNAY, M.; LANGLAIS, P., Public artworks and the freedom of panorama controversy: a case of Wikimedia influence, in **Internet Policy Review**, vol. 6 (1), 2017, pp. 1-27. DOI: 10.14763/2017.1.447.

ESPÍN ALBA, I., **Arte efímero y derecho de Autor**. Madrid: Reus, 2021.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., **La propiedad intelectual de las obras creadas por inteligencia artificial**. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

FUENTES RAMOS, J., El derecho de participación, In: BURGOS, E. Ortega (dir.) **Propiedad Intelectual 2021**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 133-152.

GONÇALVES, L.H., **Arte e resistência: O museu como pessoa e o direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

LUCAS, A.; LUCAS-SCHLOETTER, A.; BERNAULT, C., **Traité de la propriété littéraire et artistique**. París: LexisNexis, 2017.

HERNANDO COLLAZOS, I., La excepción panorama y el uso comercial de las manifestaciones secundarias de las obras de arte. Aproximación desde la Ley española de Derechos de Autor, in **RIIPAC. Revista sobre patrimonio cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial**, núm. 10, 2018, pp. 1-52.

HISCOX, **Hiscox Online Art Trade Report 2021**, Londres, 2021, disponible en 21674a-Hiscox_online_art_trade_report2021-part_one_1.pdf. Fecha de la última consulta 4.12.2021.

NAVAS, S., Creativity of Algorithms and Copyright Law, in M. Ebers/S. Navas (eds.) **Algorithms and Law**. Cambridge University Press, 2020, pp. 221-234.

LAFRANCE, M., Public Art, Public Space, and the Panorama Right, in **Wake Forest Law Review**, vol. 55, 2020, pp. 597-647.

LÓPEZ RICHART, J., Y el vandalismo se hizo arte: la protección del grafiti por el derecho de autor, in **RIIPAC. Revista sobre patrimonio cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial**, núm. 10, 2018, pp. 53-87.

PALAO MORENO, G., Inteligencia artificial y propiedad intelectual: avances en su ordenación en la Unión Europea, S. Barona Villar (ed.) **Justicia algorítmica y neuroderecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 633-653.

SÁIZ GARCÍA, C., Inteligencia artificial y derecho de autor, in E. Ortega Burgos (dir.) **Propiedad Intelectual 2021**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 581-604.

VEGAP, **Memoria e Informe de Gestión 2020**. Madrid: 2021. Disponible en: https://www.vegap.es/Info/Documentos/MEMORIAS-VEGAP/1._Memoria_e_Informe_de_Gestion_2020.pdf. Acceso em: 15 dez. 2021.

VICENTE DOMINGO, E., **El droit de suite de los artistas plásticos**. Madrid: Reus, 2007.



**INOVAÇÃO, DIREITO DIGITAL E
TECNOLOGIA**

PARTE III

RRDDIS

ABUSO DO DIREITO NA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Abuse of Intellectual Property Law

Walter Godoy dos Santos Junior¹

Ericksson Gavazza Marques²

Eduardo Barreto Cezar³

RESUMO:

O abuso do direito pode ser entendido como uma fonte normativa de calibração do exercício de direitos subjetivos, haja vista seu fim econômico (art. 170 da Constituição Federal (CF)/1988) e social (arts. 193 a 232 da CF/1988), bem como a necessidade de preservação da esfera jurídica de direitos de terceiros. Com efeito, o reconhecimento do abuso de poder econômico por meio de direitos de propriedade intelectual, em geral, é observado na hipótese de o agente econômico ser dotado de posição dominante. Nesse quadro, o que nos interessa examinar na doutrina do abuso

ABSTRACT:

Abuse of rights can be understood as a normative source for calibrating the exercise of subjective rights, taking into account its economic (article 170 of the Federal Constitution (CF) of 1988) and social (articles 193 to 232 of the CF/1988), as well as the need to preserve the legal sphere of third-party rights. Indeed, the recognition of the abuse of economic power through intellectual property rights, in general, is observed if the economic agent is endowed with a dominant position. In this context, what interests us to examine in the doctrine of abuse of intellectual property right is, precisely, the correspondence between the exercise of

¹ Graduado, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do curso de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Nove de Julho. Professor e Coordenador de cursos na Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de São Paulo, convocado para auxiliar o Ministro Luiz Fux na Presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

² Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Doutorado pela Universidade de São Paulo. Mestrado em Direito pela Université de Paris II (Pantheon-Assas). Especialização pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Especialização pela Faculdade de Direito da Université de Paris II (Pantheon-Assas). Professor nos Cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade Nove de Julho.

³ Servidor Público Federal. Ex-Assessor Especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF). Assessor de Ministro do STF. Pesquisador Bolsista do Doutorado em Direito Empresarial da Universidade Nove de Julho.

do direito de propriedade intelectual é, precisamente, a correspondência entre o exercício⁴ de direitos conferidos por seus institutos e o atendimento de sua função econômico-social, em razão da qual foram concedidos.

Palavras-chave: Direito subjetivo; Abuso do direito; Propriedade intelectual.

rights conferred by its institutes and the fulfillment of its economic-social function, for which reason they were granted.

Keywords: Subjective law; Abuse of rights; Intellectual property.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; **1. CONCEITOS DOUTRINÁRIOS E NATUREZA JURÍDICA;** **2. REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO;** **3. ABUSO DO DIREITO NA PROPRIEDADE INTELECTUAL;** CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O abuso do direito⁵ é um daqueles institutos jurídicos que, por estar intimamente ligado ao ideal de justiça (que todos temos em maior

⁴ Indicando o objeto do estudo de nosso particular interesse, Denis Borges Barbosa (2005, p. 67) lembra que “o abuso pode-se dar no plano funcional, e atinge a finalidade da instituição do privilégio: concedido para estimular o investimento industrial, passa a assegurar somente a importação, reduzindo a industrialização interna. Pode ocorrer no plano temporal: através de inúmeros mecanismos (vinculação do produto a uma marca) se estende a ação material da patente para além de sua expiração. Dar-se-á, enfim, uma expansão da capacidade ofensiva, do poder econômico-jurídico próprio a um privilégio, através das práticas restritivas e dos cartéis de patentes – neste caso já na fronteira do abuso de poder econômico. [Assim,] [...] Tudo que restringir a concorrência mais além do estritamente necessário para estimular a invenção, excede ao fim imediato da patente – é abuso.” Na mesma linha Denis Barbosa (2005, p. 68) assinala que “abuso, além de excesso de poderes, é também desvio de finalidade. As finalidades da patente têm, em nosso direito, um desenho constitucional. Como já visto, a patente tem por fim imediato a retribuição do criador, e como fim imediato os interesses sociais pertinentes (inclusive, no Brasil, o desenvolvimento tecnológico e econômico do País). Cada uma dessas finalidades implica em uma análise de uso compatível com o direito, e a indicação do uso contrário ou além do mesmo direito.”

⁵ “Como percebido, à época dizíamos ‘abuso de direito’, mas nosso convencimento atual é o de que o abuso se dá no exercício do direito. Exercício excessivo e antifinalístico

ou em menor grau), é intuitivo ao homem desde o tempo dos romanos⁶.

Nessa linha, uma noção rudimentar de abuso do direito pode ser extraída do jargão popular: *o direito de um indivíduo termina onde começa o do outro*.

Nos meios acadêmicos, o problema é retratado de maneira mais sofisticada, conforme se depreende da lição do Professor Miguel Reale (1995, p. 64):

[...] o ideal é que cada homem possa realizar os seus fins da maneira mais ampla, mas é intuitivo que não poderia coexistir o arbítrio de cada um com os demais sem uma delimitação harmônica das liberdades, consoante clássico ensinamento de Kant. Desse modo, o Direito delimita para libertar: quando limita, liberta.

Assim, o abuso do direito pode ser entendido como uma fonte normativa de calibração do exercício de direitos subjetivos, haja vista seu fim econômico (art. 170 da Constituição Federal (CF)/1988) e social (arts. 193 a 232 da CF/1988), bem como a necessidade de preservação da esfera jurídica de direitos de terceiros.

Note-se, contudo, que, em razão da imprecisão, fluidez e indeterminação do próprio conceito de abuso do direito, fica evidente que a análise das peculiaridades do caso concreto faz-se necessária para conferir objetividade ao enunciado normativo que trata da matéria no Código Civil brasileiro.

do direito. 'Abuso do direito', portanto, é a expressão utilizada no presente trabalho." (LEVADA, 2002, p. 32).

⁶ "Teria sido Cícero quem teve a intuição para a teoria do abuso do direito, quando afirmou: '*Summum jus, summa injuri*', ou seja, 'do excesso do direito resulta a suprema injustiça'." (ALMEIDA, 2004, p. 41).

Nessa medida, reserva-se ao juiz⁷ a tarefa de verificar se o abuso do direito está caracterizado e quais as consequências jurídicas dele decorrentes, consoante os elementos do caso concreto⁸.

Para cumprir essa ingrata tarefa, o Código Civil trouxe para o direito positivo alguns elementos⁹ que, a rigor, já balizavam as discussões acerca do tema na doutrina e na jurisprudência, suavizando-se, dessa maneira, o poder discricionário do magistrado, porquanto a atividade jurisdicional fica condicionada ao exame de princípios valorativos discriminados no art. 187 do **Código Civil, segundo os ditames da teoria tridimensional do direito.**

Estabelecido o pano de fundo das discussões acerca do abuso do direito no Código Civil, passemos à análise específica do tema, começando por sua definição doutrinária e natureza jurídica.

1 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS E NATUREZA JURÍDICA

Apesar de a noção do abuso do direito ser intuitiva ao homem médio, a elaboração de seu conceito não é tarefa fácil. Segundo Rui Stoco (2003, p. 57), trata-se de “uma das questões mais complexas e controvertidas de que se tem notícia no campo da dogmática jurídica”.

Nesse sentido, lapidar é a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 108) para quem “o abuso de direito, ontem como hoje, nada mais é que um instrumento de correção, destinado a evitar desvios morais, praticáveis na aplicação à outrance de um direito”.

⁷ Entendido como aquele autorizado a dizer o direito de maneira definitiva para o ordenamento jurídico. Nesse aspecto, pode ser o árbitro na arbitragem, o agente público etc.

⁸ Segundo Clóvis V. do Couto e Silva (1987 apud MARTINS-COSTA, 1998), “o Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contêm ‘cláusulas gerais’, um convite para a atividade judicial mais criadora, destinada a contemplar o *corpus juris* vigente com novos princípios e normas”.

⁹ Exceder manifestamente os limites impostos pelo fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes ao exercer o direito (art. 187 do Código Civil).

Sob uma perspectiva mais pragmática, Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 430) ensina que “[a]busa do seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem”.¹⁰

Dessa maneira, o exercício de direitos subjetivos *lato sensu* até então absolutos passa a ser flexibilizado em razão dos padrões de sociabilidade e humanização a que chegamos, de sorte que esses direitos não podem

¹⁰ Vide ainda as definições dos autores a seguir. Rubens Requião (2002, p. 756), “no abuso do direito não existe, propriamente, trama contra o direito de credor, mas o abuso surge do inadequado uso de um direito, mesmo que seja estranho ao agente o propósito de prejudicar o direito de outrem”. Washington de Barros Monteiro (1966, p. 293), “não constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido (art. 160, nº I). *A contrario sensu*, o ato praticado no exercício não regular de um direito será ilícito. Aí está, como observa Clóvis, a condenação ao abuso do direito, cuja noção ainda não se encontra definitivamente cristalizada”. Silvio Rodrigues (2003, p. 337), “verifica-se: abuso de direito – Não constituem, igualmente, atos ilícitos aqueles decorrentes de um direito. É a aplicação do velho brocado romano, segundo o qual *neminem laedit qui suo jure utitur*, isto é, não causa dano a outrem quem utiliza seu direito. Tal preceito não representa hoje uma verdade incontestável, pois a utilização de um direito só não constituirá ato ilícito, se o seu titular o exercer regularmente. É o que proclama a lei. Daí decorre que, se o exercício foi irregular, há iliceidade”. Jorge Manuel Coutinho de Abreu (1999, p. 43), “há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesse sensível de outrem”. Irineu Strenger (1973, p. 24), “abuso de direito é ato realizado, com o apoio em preceito legal, que causa dano a interesse não especificamente protegido pelo ordenamento positivo, manifestado pela lesão a princípios éticos e sociais, objetiva ou subjetivamente, mediante adequação entre o intencional e o sentido da lei”. Pedro Baptista Martins (2002, p. 76), “o titular de um direito que, entre vários meios de realizá-lo, escolhe precisamente o que, sendo mais danoso a outrem, não é o mais útil para si, ou mais adequada ao espírito da instituição, comete, sem dúvida, um ato abusivo, atentando contra a justa medida dos interesses em conflito e contra o equilíbrio das relações jurídicas”. Rubens Limongi França (1977, p. 45), “abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”. Isabel Sampaio Alves (2003), “o exercício de um direito subjetivo, ou de uma faculdade, que, embora inicialmente tutelado pela lei, extrapola os limites estabelecidos pelas regras de convivência em sociedade ou pelos mandamentos fundamentais da ordem jurídica, transgredindo a finalidade social para a qual foi inicialmente conferido ao seu titular”.

mais ser pensados egoisticamente¹¹, e sim em harmonia com os interesses sociais que os circunscrevem, limitam.

Finalmente, quanto à natureza jurídica do instituto, deve-se ressaltar, apenas, que as acaloradas discussões sobre a matéria¹² na doutrina foram pacificadas, haja vista que, embora não seja revestido de todas as características que lhe são próprias¹³, o abuso do direito é um ato ilícito por expressa disposição legal¹⁴ (art. 187 do Código Civil).

Visitados o conceito e a natureza jurídica do abuso do direito, passemos à análise dos requisitos que devem ser observados para sua caracterização.

2 REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO

Partindo-se da análise do disposto no art. 187 do Código Civil, vê-se, desde logo, que o problema da identificação dos requisitos para a caracterização do abuso do direito reside precisamente na interpretação do que seria: a) exceder manifestamente o exercício de um direito; b) o seu fim econômico e social; c) a boa-fé; e d) os bons costumes.

¹¹ “Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios” (FACHIN, 2003, p. 87).

¹² *Vide* a respeito um resumo das discussões envolvendo as teorias subjetiva e objetiva em Stoco (2003).

¹³ “Abuso de Direito. Ilícito Objetivo. A norma comentada imputa ao ato abusivo a natureza de ilícito. Tendo em vista suas próprias peculiaridades, não se assemelha ao ato ilícito do CC 186, assim considerado pela lei para fins de reparação do dano por ele causado. O ato abusivo pode, até, não causar dano e nem por isso deixa de ser abusivo” (NERY JÚNIOR, 2003).

¹⁴ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” *Vide* os comentários de Clóvis Bevilacqua, Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues, Serpa Lopes, Maria Helena Diniz e Fábio Podesta reunidos na obra de Almeida (2004, p. 75 *et seq*).

Conforme visto anteriormente, tal tarefa é reservada ao juiz, mas podemos colher na doutrina alguns elementos que certamente iluminarão o caminho do magistrado.

Nesse sentido, a respeito do primeiro quesito (exceder manifestamente o exercício de um direito), assevera Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2000, p. 523) que:

[n]o projeto, desaparece o elemento que até hoje a nossa jurisprudência exige para reconhecer a presença do abuso de direito (o que implica a inutilidade atual do instituto), que seria o da intenção de causar o dano, o “sentimento mau” a animar o agente. O projeto prescinde desse elemento subjetivo, contentando-se com a culpa social que está no comportamento excessivo.¹⁵

Dessa forma, não se reveste de grande importância o elemento subjetivo¹⁶ da conduta do agente no sentido de se tentar apurar se houve, ou não, a intenção (dolo) de causar dano a outrem. De fato, atualmente, deve-se ter em consideração uma análise finalística da conduta do agente, que deverá ser cotejada com os princípios valorativos a serem examinados a seguir.

Com relação à boa-fé, ensina o Professor Miguel Reale (2003, p. 2) que:

[b]oa-fé é, assim, uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado sem distorções ou tergiversações, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes.

¹⁵ Vide o comentário de Isabel Sampaio Alves (2003) a respeito da Jornada STJ 37: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

¹⁶ “A caracterização de um agir como abusivo deveria ser independente de tergiversações sobre a culpa do agente, sendo apreciada de forma objetiva” (SOUZA, 2013, p. 80).

Quanto ao fim econômico e social, impende relevar a doutrina de Bruno Miragem (2005, p. 36), ao ensinar

[...] que fins sociais e econômicos, ainda que colocados sob o mesmo prisma da finalidade para a qual se concebeu um determinado direito subjetivo, não são necessariamente coincidentes. Assim é de se perguntar então se aquilo que se tenha concebido como socialmente útil poderia ser economicamente contraproducente? Não é nesse sentido que se deve encaminhar a investigação do significado do enunciado legal.

Primeiro porque a colocação da finalidade econômica do direito como limite do exercício do direito subjetivo, em sua origem, parece estar direcionada à condenação do exercício emulativo do direito, ou seja, aquele que não traz nenhum benefício ou vantagem ao titular do mesmo, sendo orientado apenas com vista a causar prejuízo a alguém. O intérprete, todavia, como bem se sabe, não pode e não deve se restringir aos objetivos do legislador, porquanto o enunciado da lei, ao vigor, descola-se daquele e desafia a atividade de interpretação à obtenção de outros significados consentâneos com as exigências da vida social. Daí porque se está a reclamar ainda um exame mais profundo da finalidade econômica do estabelecimento dos direitos subjetivos, sejam tomados individualmente sob a perspectiva do titular desse direito, seja sob a perspectiva dos interesses econômicos da comunidade e a repercussão do exercício do respectivo direito para ela.

No primeiro caso, considerando-se a finalidade econômica desde a perspectiva individual do titular do direito subjetivo, parece que as hipóteses de configuração do abuso do direito restringem-se à caracterização do ato emulativo. Todavia, tomado o fim econômico do direito subjetivo sob uma perspectiva geral, ou seja, frente ao interesse da comunidade que leva ao estabelecimento de um determinado direito subjetivo com um perfil previsto na lei, o abuso do direito poderá se caracterizar exatamente quando o exercício do direito pelo indivíduo se dê em contrariedade a um fim econômico que lhe é externo, uma vez que tem sua sede nas razões para o estabelecimento de um determinado direito subjetivo. Seria o caso, por exemplo, do abuso da posição dominante combatido no direito da concorrência.

Outra circunstância em que esse desvio aparece com clareza diz respeito à inscrição dos devedores nos bancos de dados de proteção ao crédito. Trata-se de situação que, embora bastante desenvolvida no direito do consumidor, não se restringe às relações de consumo.

No caso, é sabido que tais serviços de proteção ao crédito, ao darem oportunidade para a inscrição de devedores nos respectivos cadastros, podem ensejar aos mesmos significativos prejuízos, sujeitos ou não à indenização, conforme seja justificável ou não a inclusão no banco de dados. A finalidade do serviço, e nesse sentido, do direito de inscrição do devedor inadimplente no serviço é, fora de dúvida, contribuir para a segurança das relações econômicas em benefício da proteção jurídica do crédito no mercado. Ocorre, contudo, que tais direitos não podem ser exercidos como mecanismo exclusivo de coação do devedor que, por exemplo, contesta a existência ou o conteúdo da dívida, sob pena de desnaturar não apenas a boa-fé (de aplicação corrente em relação ao tema), mas a própria finalidade econômica do 'direito de inscrição' que se verifica nessas espécies de cadastros.

A finalidade social do direito, que como já foi indicado, confunde-se em alguma medida com a noção de função social – ainda que se perceba nesta espécie de princípio jurídico e naquela uma qualidade intrínseca a todos os direitos subjetivos, indistintamente – não se vincula necessariamente ao fim econômico desses mesmos direitos. A noção de fins sociais do direito remete à ideia da razão de ser do direito, de uma concepção socialmente adequada dos direitos subjetivos frente aos diversos interesses em curso na comunidade. A expressão não é nova no direito brasileiro, tendo sido prevista no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, como expressão de um sentido ético da comunidade.

É certo que esses fins sociais não são estabelecidos *a priori*, nem se pretende que sejam imutáveis, com uma rigidez que comprometa sua adequação às diferentes situações que surjam ao longo do desenvolvimento histórico da comunidade. Da mesma forma, a indeterminação do que seja a função social ao tempo em que provoca a inteligência do juiz na interpretação e aplicação da norma, não deve estimular o decisionismo, tão ou mais prejudicial à comunidade do que a rigidez dos esquemas tradicionais de aplicação do

direito positivo. De qualquer sorte, a conformação do abuso do direito, tal como já expressa a doutrina mais atual, percebe-se sobretudo pelo desvio da finalidade pressuposta pelo direito quando do seu exercício, revestindo a violação dos limites estabelecidos com natureza objetivo-finalística.

Finalmente, os bons costumes remetem-nos à ideia de que o titular do direito subjetivo “não é um ‘sujeito de direito abstrato’, mas uma pessoa situada no contexto de suas circunstâncias existenciais” (REALE, 2003, p. 3), o que se faz em homenagem ao direito consuetudinário.

Dessa análise panorâmica do esforço da doutrina para definir os elementos necessários à configuração do abuso do direito, fica evidente que sua caracterização está muito mais ligada à análise do caso concreto¹⁷ e ao senso comum do que a fórmulas preestabelecidas pela doutrina, que podem auxiliar o magistrado, mas que não são suficientes para resolver o problema.

Isto porque, mais do que um tipo fechado, o abuso do direito é um princípio construído a partir de outros princípios, o que, aliás, é peculiar ao sistema das chamadas cláusulas gerais.

Note-se, contudo, que, em contrapartida ao disposto no Código Civil, a legislação especial trata do abuso do direito conferindo-lhe contornos mais nítidos, ou seja, dentro de uma zona positiva de segurança e certeza, de maneira que o empresário possa conhecer previamente os efeitos jurídicos que o ordenamento atribui a um dado comportamento.

Assim, deve-se ressaltar que a discricionariedade¹⁸ do juiz diminui à medida que examinamos a legislação especial, a qual, em regra, trata

¹⁷ “A abertura que permitem ao sistema jurídico fomenta a busca de uma melhor relação de adequação entre a norma e a situação concreta, adotando solução com melhores condições de ser considerada uma solução justa” (MIRAGEM, 2013, p. 40).

¹⁸ “Os poderes – competências – que o presidente recebe não são mais do que meios para que possa eficientemente cumprir suas funções, todas elas plasmadas e concebidas em benefício do Estado. Assim como o *dovere di buona amministrazione* (Guido Falzone, Giuffrè, 1953, I) configura-se claramente como um dever jurídico, excluindo o falso argumento de que em face da discricionariedade há isenção de apreciação judicial (Celso Antônio, *in* RDP 65/33), assim também as competências mais abertas do chefe

do abuso do direito de maneira mais objetiva, chegando, em vários casos, a descrever a *fattispécie* do instituto, o que se opera em favor da segurança e da certeza jurídicas, essenciais ao desenvolvimento das atividades empresariais.

Um exemplo característico é o § 1º do art. 117 da Lei de Sociedades Anônimas, que estabelece as modalidades de exercício abusivo de poder praticado pelo acionista controlador. Há ainda outros exemplos que podem ser extraídos da Lei de Concorrência (art. 36), da Lei de Propriedade Industrial (art. 68 e seguintes), do Código de Defesa do Consumidor (arts. 37 e 39), da Lei de Direitos Autorais (art. 46), entre outros.

Assim, se, por um lado, a sistemática de mutabilidade do direito passou a seguir um novo caminho (não mais a partir da intervenção direta do legislador, mas, sim, da aplicação pelo juiz de princípios gerais incorporados ao direito positivo); por outro, ao legislador é reservada a tarefa de assentar, na legislação especial, não somente os comportamentos que considere abusivos *per se*, mas também aqueles assim classificados a partir de construção jurisprudencial.

Delineia-se, dessa maneira, um sistema híbrido, que contém elementos próprios do sistema da *commom law* (cláusulas gerais, subordinadas à atividade jurisdicional) e do direito romano-germânico (direito positivo, legislação especial desenhada a partir da aplicação de princípios éticos aos casos concretos).

3 ABUSO DO DIREITO NA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Denis Borges Barbosa (2005, p. 29) assevera que:

[...] enquanto o abuso de patentes tem, na legislação nacional, meios próprios de repressão tanto na lei de propriedade industrial quanto na legislação antitruste, o abuso de marcas só é suscetível

de governo não ficam – por isso que abertas – imunes a controle jurisdicional, inclusive para fins de responsabilidade: do Estado, sempre, e pessoal do presidente e seus ministros, quando haja culpa e violação de dever jurídico, por ação ou omissão” (ATALIBA, 2001, p. 76).

de repressão – segundo as regras gerais da lei antitruste – no caso de clara dominação de mercado¹⁹.

Com efeito, o reconhecimento do abuso de poder econômico por meio de direitos de propriedade intelectual, em geral, é observado na hipótese de o agente econômico ser dotado de posição dominante. Aliás, presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral, ou coordenadamente, as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo esse percentual ser alterado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para setores específicos da economia.

Vale destacar que a legislação sobre o abuso do direito de propriedade intelectual, cuja matriz reside na Constituição Federal, no Código Civil e na Lei de Propriedade Industrial, não se confunde com uma de suas espécies, qual seja, o abuso de poder econômico nas modalidades previstas no art. 36 da Lei Concorrencial (Lei 12.529/2011).

Com efeito, de acordo com o disposto no art. 68 da Lei de Propriedade Industrial,

O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial. (BRASIL, 1996).

¹⁹ “Ementa: Marcas e Patentes – Aquisição Fraudulenta de Marca ou Patente – Incompetência do Cade Reconhecida. Obter ou tentar obter marca ou patente por meio fraudulento não é em si uma violação à concorrência. [...] ‘O exercício de direitos sobre marca obtida fraudulentamente e de modo a amealhar fatia de mercado excluindo outros concorrentes é que pode converter-se em ofensa à ordem concorrencial.’ *in* Averiguação Preliminar nº 08000.022244/94-36, de 6 de agosto de 1997, Representante: Bodygard Benton Importadora, Exportadora, Representações Ltda., Representada: Benton Plastics Inc. e outras. *in* DOU de 19 de agosto de 1997, Seção I, pág. 17900.” Denis Borges Barbosa (2005, p. 72) lembra, ainda, que “Modesto Carvalhosa, invocando os ensinamentos de Hossiaux, define o poder econômico como ‘a capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado. Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais de mercado’.”.

Note-se, assim, que tanto a modalidade de abuso do direito pelo exercício em desacordo com o desenvolvimento tecnológico, econômico e social do País quanto a utilização de patente para praticar abuso de poder econômico, nos moldes do disposto no art. 36 da Lei Concorrencial, estão previstos expressamente na Lei de Propriedade Industrial.

Mas não seria possível a prática de abuso do direito por meio de outros institutos da propriedade intelectual, como marcas, desenhos industriais ou mesmo pelo direito de autor? A resposta é afirmativa, seja com supedâneo no art. 187 do Código Civil, seja com fundamento nas diretrizes constitucionais e legais da matéria, que incluem não apenas o desenvolvimento econômico, tecnológico e social do País, como também a difusão do conhecimento e da cultura.

Note-se, a propósito, que a recentíssima Lei 14.200, de setembro de 2021, alterou a Lei de Propriedade Industrial, para dispor sobre a licença compulsória de patentes ou de pedidos de patente nos casos de declaração de emergência nacional ou internacional, ou de interesse público ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional.

Examinada a matéria relativa à licença compulsória, sobretudo quando concedida em razão do abuso do direito conferido pela patente, deve-se questionar se pode haver abuso do direito no exercício de outros direitos de propriedade intelectual.

Com efeito, quando se trata de abuso do direito conferido no sistema da propriedade intelectual, o enfoque mais adequado parece ser aquele que se liga à ideia de fim econômico e social a ser perseguido pelo seu titular.

Ademais, deve-se levar em consideração que o nosso sistema enquadra os institutos de propriedade intelectual nos limites do direito de propriedade, o que torna válido o estudo do exercício abusivo do feixe de direitos conferidos pela propriedade dos bens imateriais.

Nesse quadro, o que nos interessa examinar na doutrina do abuso do direito²⁰ de propriedade intelectual é, precisamente, a correspon-

²⁰ Vide nota 9.

dência entre o exercício²¹ de direitos conferidos por seus institutos e o atendimento de sua função econômico-social, em razão da qual foram concedidos.²²

Uma ferramenta que poderia auxiliar na solução do problema seria a aplicação do princípio da proporcionalidade²³, já que um adequado e

²¹ Vide nota 1.

²² A esse respeito Denis Barbosa (2005, p. 66) recomenda consultar Silvio Rodrigues (2003): “a teoria (do abuso do direito) atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Jossierand, segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois como diz este jurista, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição”. Marcus Elidius Michelli de Almeida (2000, p. 67) destaca, ainda, que “a teoria de Jossierand seria de natureza objetiva, fundada na finalidade social do direito, tomando por princípio que o abuso do direito se exerce de conformidade com o direito da pessoa e em contrariedade às regras sociais.”. Da obra de Marcus Elidius de Almeida (2000, p. 41-89) vale colher, ainda, alguns trechos: “Teria sido Cícero quem teve a intuição para a teoria do abuso do direito, quando afirmou: ‘*Summum jus, summa injuria*’, ou seja, ‘do excesso do direito resulta a suprema injustiça. [...] Não é preciso, portanto, ser simplório nas palavras: o direito cessa onde o abuso começa, e não pode haver ‘uso abusivo’ de um direito qualquer, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser simultaneamente conforme o direito e contrário do direito. [...] todo o ato abusivo, só porque é ilícito, não é exercício de um direito, e que o abuso do direito não constitui uma categoria jurídica distinta do ato ilícito. Sob o ponto de vista de sua teoria, o abuso do direito ocorreria toda vez que o direito fosse utilizado não observando sua finalidade social, ou, ainda, quando não houvesse um motivo legítimo para a sua utilização. [...] Ele será ilícito, se por ilícito se entender também os atos praticados no exercício anormal de um direito, de modo a gerar, para terceiros, danos mais extensos que as vantagens que o seu titular poderia auferir, estabelecendo, assim, um grave desequilíbrio entre os interesses em presença. [...] Podemos, assim, concluir que o novo ordenamento civil enfrenta a questão do abuso do direito em duas frentes, quais sejam, a primeira de forma direta no artigo 187, onde determina ser um ilícito, o ato praticado pelo titular que excede os limites do seu direito, dentro das formas por nós estudadas nesse capítulo e a segunda no artigo 188, inciso I, *a contrario sensu*, que mantém a possibilidade da identificação de um ato abusivo como ilícito quando do exercício irregular de um direito.”

²³ A este respeito, ressalta Willis Santiago Guerra Filho (2003) que, “para resolver o grande dilema que vai então afligir os que operam com o Direito no âmbito do Estado Democrático contemporâneo, representado pela atualidade de conflitos entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, é que se preconiza o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe o ‘núcleo essencial’, onde se

justo equilíbrio²⁴ deve ser atingido²⁵ entre os interesses do titular de direitos de propriedade intelectual e os da sociedade de ajustar (calibrar)²⁶, da maneira mais precisa possível, o grau e a extensão da proteção que se deve conferir ao bem imaterial, com vistas a que, efetivamente, se promova o desenvolvimento cultural, tecnológico, econômico e social, reduzin-

encontra entronizado o valor da dignidade humana. Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do 'Estado Democrático de Direito', pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos."

²⁴ Newton Silveira (2008, p. 4) lembra que "essa tensão reflete-se no próprio texto constitucional que, de um lado confere proteção ao titular de marca, ao inventor e ao autor (garantias individuais previstas no artigo 5º referido anteriormente), e, de outro estabelece que 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, observado o princípio da livre iniciativa (art. 170)". No que se refere especificamente ao conflito entre a proteção constitucional à livre concorrência e ao direito de propriedade acima referido, o renomado autor informa que, "na presença de uma situação na qual se achem em conflito dois princípios de igual hierarquia normativa e, para aqueles que a admitem, axiológica, deve-se utilizar o denominado método da ponderação de bens, aplicável à luz de cada caso concreto, no qual, verificada a colisão entre os princípios em jogo, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro" (SILVEIRA, 2008, p. 8). Ao comentar a Constituição de 1891, Rui Barbosa (apud BARBOSA, 2008, p. 27) já dizia "não há só diversidade, senão até antagonismo, e essencial, entre as duas, uma das quais é a declaração de uma liberdade, a outra a garantia de uma propriedade exclusiva. O Art. 72, § 24, da Constituição do Brasil [...] franqueia a exploração de todas as indústrias ao trabalho de todos. O Art. 72, § 25, do Pacto federal [...] reserva a exploração dos inventos aos seus inventores. O que estas duas últimas disposições consagram, pois, é justamente um privilégio. Desta mesma qualificação formalmente se servem, dizendo que aos inventores ficará garantido por lei um privilégio temporário."

²⁵ Talvez a negociação deste equilíbrio tenha mesmo de ser realizada tendo em conta todas as peculiaridades do caso concreto.

²⁶ Para Remédio Marques (2005, p. 207), "há que procurar um frágil equilíbrio entre o interesse público na utilização livre das inovações tecnológicas, das obras e das demais prestações empresariais e intelectuais protegidas por direitos de propriedade intelectual, com o que assim se gera o acesso à ciência, à tecnologia e à cultura e o interesse privado (egoístico) do titular do direito em manter um exclusivo que mais facilmente o pode colocar numa situação monopolista em termos econômicos, contanto que o seu direito industrial tenha como objecto conhecimento tecnológico (v.g., soluções técnicas vazadas em produtos ou processos), informações (v.g., armazenadas em bases de dados) ou esquemas para a acção (v.g., programas de computador) relacionados com a produção de bens ou serviços que sejam objecto de procura no mercado económico".

do-se ao máximo o campo de proibição decorrente da concessão de tais direitos.

Trata-se, essencialmente, de aferir de maneira objetiva, no caso concreto, a compatibilidade entre os meios e os fins (cerne do princípio da razoabilidade)²⁷, vedando-se a imposição de restrições desnecessárias ao atendimento do interesse público, preservando-se, assim, os campos de liberdade.

CONCLUSÃO

Assim, o que parece estar à estreme de dúvida é que o exercício dos direitos conferidos pelo sistema da propriedade intelectual não poderá desnaturar ou contrariar a função que esses direitos devem desempenhar no sistema e os princípios sobre os quais se assentam.

Impõe-se, dessa maneira, uma certa flexibilização²⁸ dos direitos conferidos sobre bens imateriais (direitos absolutos)²⁹, para que essas garantias sejam utilizadas em harmonia com os interesses sociais que as circunscrevem e limitam. Assim, é de especial importância ressaltar que

²⁷ Confira, a esse respeito, as lições de Hely Lopes Meirelles, em sua obra **Direito administrativo brasileiro**, publicada pela editora Malheiros, em 2000.

²⁸ No plano infraconstitucional, Willis Santiago Guerra Filho (2003) ensina que “as normas de direito privado não são de se considerar um esteio de interesses individuais como um fim em si mesmo justificado, mas devem antes promover o ordenamento funcional desses interesses com aqueles outros, quer de natureza coletiva, social ou ‘difusa’, quer de natureza propriamente geral, pública. E é nesse contexto que se supera, igualmente, a visão clássica dos direitos e garantias fundamentais enquanto direitos e garantias individuais, liberdades públicas, voltados exclusivamente contra o Estado, o qual, perante tais direitos, teria o dever de tão somente abster-se da prática de atos que os ameçassem ou violassem.”

²⁹ Ascarelli (1970, p. 40) ensina que “*Los derechos absolutos asi disciplinados sobre bienes inmateriales afectan a su utilización respecto de terceros; y en función de ésta (y no de la utilización directa de las acciones intelectuales para el consumo personal) es sancionado el derecho, tratándose también en esta hipótesis de una disciplina de actos destinados a terceros. En una disciplina de la concurrencia solamente se puede actuar imponiendo obligaciones de no hacer. Por ello se contemplan sobre todo actos repetibles o coordinados por lo que no sólo adquiere importancia peculiar la inhibición, sino también la anulación de los efectos del acto realizado, disciplinados de modo netamente distinto del resarcimiento del daño o culposamente ocasionado. Por ello, en orden al resarcimiento del daño deben distinguirse las nonnas que presuponen la ilicitud del acto de las que además requieren la concurrencia de un do/o culpa y un daño actual.*”

o princípio constitucional da função social da propriedade pode servir “como vetor interpretativo”³⁰ nos conflitos existentes entre esferas de interesses antagônicos.

Em termos concretos, no plano do direito positivo³¹ e das propostas legislativas para o equacionamento dessas questões, Antônio Fonseca (1998) propõe a elaboração de uma verdadeira “lei de introdução” ao sistema, a partir de normas de combate ao uso abusivo da propriedade intelectual, de defesa dos consumidores e das empresas de pequeno porte, de promoção da transferência de tecnologia.

³⁰ O professor doutor Newton Silveira (2004, p. 245), citando ensinamento de Denis Borges Barbosa, leciona que, “em ambas as hipóteses, eventuais restrições à propriedade ou à concorrência poderão ser balizadas pelo princípio constitucional da função social da propriedade, o qual servirá como vetor interpretativo, permitindo a manutenção do privilégio quando o interesse individual prevalecer e restringindo a livre concorrência, ou justificando a perda do privilégio em prol da liberdade concorrencial, sempre que o titular da patente impedir ou dificultar o acesso do público ao novo produto, para que a propriedade se adeque plenamente à sua função social.”

³¹ No âmbito dos contratos de licença de uso de marcas, Denis Borges Barbosa (2012, p. 136), nos moldes do antigo Ato Normativo INPI n. 15, de 3 de setembro de 1975 [revogado pelo Ato Normativo 22 de 1990], oferece alguns exemplos marcantes de condutas abusivas no campo das marcas, tais como a inserção de cláusulas nesses contratos que “Regule, determine, altere ou limite a produção, venda, preço, publicidade ou difusão, distribuição, comercialização ou exportação, bem como a contratação de pessoal e a reserva ou a distribuição de mercados ou a exclusão de algum deles, exce-tuado, neste último caso, quando admitida pela legislação de propriedade industrial, quando exigida comprovadamente por legislação específica do país do licenciador ou, ainda quando decorrente de Ato, ou Acordo Internacional de que o Brasil participe; Obrigue ou condicione a compra de insumos ou componentes necessários à fabricação ou utilização do processo, bem como de materiais, máquinas e equipamentos do licenciador e/ou de fontes por ele determinadas, inclusive de procedência interna; Estabeleça a obrigatoriedade de o adquirente ceder, a título gratuito, as inovações, melhoramentos ou aperfeiçoamento por ele introduzidos ou obtidos no país com relação à tecnologia transferida, os quais poderão ser transmitidos ao fornecedor, nas mesmas condições da tecnologia transferida; Impeça a livre utilização dos dados e das informações transmitidas, após a extinção da patente; Contenha disposições passíveis de limitar, regular, alterar, interromper ou impedir a política e as atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico do licenciado; Vise a impedir o licenciado de contestar, administrativamente ou mediante procedimento judicial, os direitos de propriedade industrial pretendidos ou obtidos no país pelo licenciador; Exima o licenciador de responsabilidade frente a eventuais ações de terceiros, originadas de vícios ou defeitos inerentes ao conteúdo do objeto da licença de que trata o contrato; Transfira para o licenciado a responsabilidade e o ônus, inclusive financeiro, pela manutenção do direito de propriedade industrial concedido ao privilégio, no País”.

Pelo disposto no art. 2º da proposta em apreço, seria dever do titular de direitos de propriedade intelectual observar os seguintes propósitos no exercício do seu direito e nos mercados em que atuasse:

- I – manter e promover efetiva concorrência entre os agentes envolvidos na distribuição de bens e serviços;
- II – promover os interesses dos consumidores, compradores ou usuários, com respeito a preços, qualidade e variedade dos bens ou serviços distribuídos;
- III – promover a redução de custos e o desenvolvimento e o uso de novas técnicas e produtos, e facilitar a entrada de novos competidores no mercado;
- IV – manter e promover o equilíbrio da distribuição da indústria e empregos.

Nos termos do art. 4º da proposta em questão, em caso de processo judicial por violação dos direitos de propriedade intelectual, o infrator poderá opor, como defesa, a existência de qualquer conduta, em curso ou contemporânea à violação, cometida pelo titular ou seu substituto, que constitua ofensa à ordem econômica³².

³² Sobre o assunto, no Conselho Administrativo de Atividade Econômica (Cade), tem-se: MARCAS E PATENTES – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO CADE PARA APRECIAR PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE NULIDADE DE PATENTE – ARQUIVAMENTO DO PROCESSO. O Cade é absolutamente incompetente para apreciar pedidos de decretação de nulidade de patente. Averiguação Preliminar nº 08000.024891/95-45, de 27 de agosto de 1997, Representante: Mont Blanc – Engenharia e Comércio Ltda., Representado: Henry Vidal e Terra Amada S.A. *In* DOU de 8 de outubro de 1997, Seção I, pág. 22547. VIOLAÇÃO DE MARCAS E PATENTES – EMPRESA QUE, COM RESPALDO EM DECISÃO JUDICIAL, SE UTILIZA DOS MEIOS DISPONÍVEIS, JUDICIAIS E PUBLICITÁRIOS, PARA FAZER VALER O GANHO DE CAUSA – ATIPICIDADE. Eventual disputa relativa a marcas e patentes, máxime quando já dirimida pelo Poder Judiciário, constitui matéria alheia à competência do Cade. Sindicância 7, de 5.6.87, Representante: S.A. Vinhos e Bebidas Caldas, Representada: Indústria de Bebidas Cinzano Ltda. (DOU (extrato) de 8.6.87, Seção I, p. 8.798). USO INDEVIDO E ILEGAL DE PATENTE INDUSTRIAL – POSSIBILIDADE, EM TESE, DE OFENSA AO ART. 2º, INCISO I, ALÍNEA ‘G’, DA LEI 4.137, DE 1962 – COMPETÊNCIA, PORÉM, DO PODER JUDICIÁRIO PARA APURAR A EVENTUAL VIOLAÇÃO DE DIREITO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. A utilização indevida de patente pode, em tese, ser uma das formas de eliminação da concorrência nos termos do art. 2º, inciso I, alínea ‘g’, da Lei

Trata-se, notadamente, de uma primeira proposta a ser ainda amadurecida, haja vista que ainda não atingimos, no Brasil, um estágio de desenvolvimento da matéria que nos permita positivar uma solução linear para todas essas questões³³.

De todo modo, considerando-se todo o exposto, podemos afirmar, com bastante segurança, que, se o exercício de direitos de propriedade intelectual for (de algum modo) abusivo, não se estará atendendo à premissa sobre a qual se assenta a concessão de tais direitos, qual seja, assegurar o desenvolvimento cultural, econômico, social e tecnológico do País.³⁴

4.137, de 1962, cabendo, entretanto, ao Poder Judiciário, e não ao Cade, a apuração da existência ou não de violação de direito da propriedade industrial. Sindicância 30, de 10.12.87, Representante: Cogumelo Indústria de Componentes para Tratores Ltda., Representadas: Valmet do Brasil S.A. e Massey Perkins S.A. Criação de dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa – Exploração exclusiva de processo de fabricação – Invenção patenteada – Arguição de privilégio irregularmente concedido – Irrelevância – Incompetência do Cade reconhecida. A competência do Cade em matéria de patentes de invenção é restrita à hipótese única e de rígida tipicidade contida no art. 4º da Lei n. 4.137/62. Assim, enquanto não anulada pelo Poder Judiciário, não pode ser acusada de estar criando dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa a sociedade que pretende exclusividade de uso de processo de fabricação objeto de patente, ainda que esta tenha sido eventualmente concedida de modo irregular. Processo de Averiguações Preliminares n. 26, de 1º de outubro de 1968. Representante: Laboratório Hertape Ltda.; Representada: Rhodia Indústrias Químicas e Têxteis S/A. DOU de 5 de novembro de 1968, Seção I, Parte I, pp. 9.652 e ss.

³³ Resta-nos, apenas, considerando os elementos que nos são oferecidos pela legislação nacional, pelo direito comparado, bem como pelo desenvolvimento da jurisprudência nacional e estrangeira, perscrutarmos os caminhos que podem ser trilhados para o equacionamento dessas questões.

³⁴ A esse respeito, Ascarelli (1970, p. 278) pontifica que “*El problema legislativo en materia de derechos absolutos de utilización de creaciones intelectuales debe siempre tener en cuenta, por un lado, la tutela, pero, por otro lado, los límites que a ésta deben corresponderle para que pueda alcanzar aquella finalidad de progreso que en definitiva justifica la tutela, y de ahí, precisamente, las sanciones que a veces se establecen para la falta de actuación de la creación intelectual. Substancialmente, siempre es en el interés público al progreso cultural y económico [...] donde debe encontrar su justificación la exclusiva y por eso es en él donde ésta encuentra sus límites, tanto en lo relativo a la determinación de las creaciones tuteladas, como en lo concerniente a su duración, como, en general, a su disciplina. El costo, llamémosle así, social de la exclusiva puede precisamente tener una justificación – y de este modo, la exclusiva su limite – en función para el progreso cultural y económico, no obstante el elemento de rigidez que la exclusiva introduce en el sistema.*”

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil – as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 775, p. 18-31, maio, 2000.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ALVES, Isabela Sampaio. Regime jurídico do abuso de direito à luz do novo código civil. **Portal Sedep**, Campo Grande, 2003. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/regime-juridico-do-abuso-de-direito-a-luz-do-novo-codigo-civil/>. Acesso em: 14 out. 2021.

ASCARELLI, Tulio. **Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales**. Tradução de E. Verderra e L. Suárez-Llanos. Barcelona: Bosch, 1970.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA, Denis Borges. Licenças compulsórias: abuso, emergência nacional e interesse público. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 45, p. 3-22, mar./abr, 2000.

BARBOSA, Denis Borges. **A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual**: o caso sul americano. [s. l.] 2005. Disponível em: <https://silo.tips/download/a-criacao-de-um-ambiente-competitivo-no-campo-da-propriedade-intelectual-o-caso-s>. Acesso em: 5 dez. 2021.

BARBOSA, Denis Borges. Inconstitucionalidade das patentes pipeline. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, v. 83, p. 3-39, jul. 2006. Disponível em: <https://ip-iuridictio.org/wp-content/uploads/2020/09/Parecer-Prof.-Denis-Barbosa.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

BARBOSA, Denis Borges. **Contratos em propriedade intelectual**. [s. l.]. Disponível em: https://www.dba.com.br/wp-content/uploads/contratos_pi.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.200, de 2 de setembro de 2021.** Altera a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial), para dispor sobre a licença compulsória de patentes ou de pedidos de patente nos casos de declaração de emergência nacional ou internacional ou de interesse público, ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14200.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

CARRIÓ, R. Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. **Do abuso do direito.** Coimbra: Almedina, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FONSECA, Antônio. Concorrência e propriedade intelectual. **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)**, n. 36, set/out 1998, p. 3-24.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Abuso de direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil. *In*: ALVIM, A.; CÉSAR, J. P. C.; ROSAS, R. (coord.). **Aspectos controversos do novo código civil**: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

LEVADA, Cláudio Antonio Soares. **O abuso e o novo direito civil brasileiro**. São Paulo: Unianchieta, 2002.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, J. P. Remédio. Propriedade intelectual, exclusivos e interesse público. *In*: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). **Direito Industrial, vol. IV**: APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, 2005. p. 199-235.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais e no projeto do código civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/383>. Acesso em: 16 out. 2021.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro**, editora Malheiros, 2000.

MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 94, n. 842, p. 11-44, dez. 2005. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000017e4962154731c6764c&docguid=Ifb1c12802d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Ifb1c12802d4111e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=84&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 25 nov. 2021.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1.

MOREIRA ALVES, Guilherme. **Abuso do direito**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro, 1909.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa – do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 190, p. 1-44, 1992. DOI: 10.12660/rda.v190.1992.45405. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45405>. Acesso em: 14 out. 2021.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva de. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1º fev. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2718>. Acesso em: 14 out. 2021.

REALE, Miguel. **Um artigo-chave do código civil. Miguel Reale.com.br**. [s. l.] 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>. Acesso em: 14 out. 2021.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 803, set. 2002. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5575535/mod_resource/content/0/05%20-%20Requi%C3%A3o%2C%20Abuso%20de%20direito%20e%20fraude%20da%20personalidade%20jur%C3%ADica.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual no novo código civil brasileiro. *In*: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (coord.). **Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 485-510.

SILVEIRA, Newton. **Estudos e pareceres de propriedade intelectual**. Organização e seleção de Wilson Silveira. Disponível em: <https://ibpi.org.br/Newton-Silveira-Estudos-e-Parecers.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **Abuso do direito nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRENGER, Irineu. **Reparação de dano em direito internacional privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

VENOSA, Sílvio Salvo de. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

UM FANTASMA ASSOMBRA A CIÊNCIA, O FANTASMA DA PIRATARIA: análise do uso e das representações de meios ilegais de acesso à literatura científica na CONICET (Argentina)¹

A spectre is haunting science, the spectre of piracy: Analysis of the use and representations of the illegal ways of access to scientific literature in CONICET (Argentina)

**Mariano Zukerfeld,
Santiago Liaudat,
María Sol Terlizzi,
Carolina Monti,
Carolina Unzurrunzaga²**

¹ Tradução do artigo originalmente em espanhol “*Un fantasma recorre la ciencia, el fantasma de la piratería: análisis del uso y las representaciones de las vías ilegales de acceso a la literatura científica en el CONICET (Argentina)*”, realizada por Bibiana Biscaia Virtuoso e Marcelle Cortiano, mestres em Direito (UFPR) e pesquisadoras do GEDAI-UFPR.

² **Mariano Zukerfeld:** Pesquisador do CONICET. Doutor em Ciências Sociais (FLACSO Argentina), Mestre em Ciência Política e Sociologia (FLACSO Argentina) Bacharel em Sociologia (UBA). Professor do Mestrado em Propriedade Intelectual da FLACSO Argentina, do Mestrado em Ciência, Tecnologia e Sociedade da UNQ e da Faculdade de Ciências Sociais da UBA. Seus últimos livros são Profit for free: Corporate Capitalism’s use of openness (Palgrave MacMillan, 2020), Knowledge in the Age of digital capitalista (University of Westminster Press, 2017). CONICET/e-TCS/CCTS/Umai. Correo: marianozukerfeld@gmail.com. **Santiago Liaudat:** Mestre em Ciência, Tecnologia e Sociedade (UNQ). Professor de Filosofia (UNLP). Investigador do Laboratório de Estudos em Cultura e Sociedade (LECyS-FTS-UNLP). LECYS/FTS/UNLP. Email: santiago.liaudat@gmail.com. **María Sol Terlizzi:** Professora de Filosofia (UBA). Mestre em Propriedade Intelectual (FLACSO). Coordenadora acadêmica do Mestrado em Propriedade Intelectual da FLACSO Argentina. Professora e pesquisadora do programa Direito e Bens Públicos e do Programa de Bioética (FLACSO Argentina). Professora da Universidade Nacional de La Matanza e da Universidade Nacional de Lanús. FLACSO/UNLaM. E-mail: sterlizzi@flacso.org.ar. **Carolina Monti:** CONICET. Instituto de Limnologia Dr. Raúl a. Ringuelet (CONICET-UNLP) Mestrado em Ciência, Tecnologia e Sociedade (Universidade Nacional de Quilmes). Licenciada em Comunicação Audiovisual (Universidade Nacional de La Plata-UNLP) e em Biblioteconomia e Ciência da Informação (UNLP). Diploma Avançado em Comunicação Pública da Ciência (Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires-UNICEN). <https://orcid.org/0000-0002-8126-3712> E-mail: cmonti@conicet.gov.ar. **Carolina Unzurrunzaga:**

RESUMO:

Este artigo apresenta os resultados de uma pesquisa realizada entre pesquisadores da Argentina sobre os diferentes tipos de acesso à literatura científica, as motivações para o uso da via ilegal, as representações sobre legalidade e correção moral no acesso aos artigos científicos e à ligação entre produtividade e vias de acesso. Ele oferece evidências empíricas de um uso massivo e generalizado de acesso ilegal à literatura científica entre os entrevistados. Dentre as constatações mais notáveis, destaca-se, por um lado, que o uso da modalidade ilegal de acesso não suplanta, mas coexiste com o uso dos canais legais. Por outro lado, há um distanciamento marcante entre a representação quanto à legalidade e a correção quanto ao acesso e divulgação da literatura científica protegida por direitos autorais. Terceiro, as motivações que explicam o uso massivo de canais ilegais combinam aspectos práticos e avaliativos, como a impossibilidade de acesso de outra forma e a facilidade de uso diante dos serviços legais e a rejeição do mercado editorial em torno da literatura científica.

Palavras-chave: literatura científica; via ilegal; Sci-Hub; traduções não pagas.

ABSTRACT:

This article presents the results of a survey carried out among researchers from Argentina on the different types of access to scientific literature, the motivations for using the illegal via, representations on legality and moral correctness in access to scientific articles, and the link between productivity and access vias. It offers empirical evidence of a massive and widespread use of illegal access to scientific literature among respondents. The most notable finding is, on the one hand, that the use of the illegal via of access does not supplant, but rather coexists with the use of legal vias. On the other hand, there is a remarkable disconnection between the representation regarding legality and correctness on the access and dissemination of scientific literature protected by copyright. Third, the motivations that explain the massive use of illegal vias combine practical and evaluative aspects, such as the impossibility of accessing in another way and the ease of use in opposition to legal services and the rejection of the publishing business around scientific literature.

Keywords: scientific literature; illegal via; Sci-Hub; unpaid translations.

Licenciada em Biblioteconomia e Ciência da Informação (Universidade Nacional de La Plata-UNLP). Mestra Universitaria em Sistemas de Informação Digital (Universidade de Salamanca). Bolsista de doutorado do CONICET no lugar de trabalho no Instituto de Investigações em Humanidades e Ciências Sociais (CONICET-UNLP) e doutoranda em Ciências Sociais pela Universidade Nacional de Cuyo. Docente da carreira de Biblioteconomia e Ciência da Informação da UNLP na cátedra “Gestión de colecciones” desde 2010. CONICET/IDIHCS/UNLP. E-mail: cunzubiblio@gmail.com. Um relatório preliminar de divulgação desta pesquisa foi distribuído em maio de 2021: Zukerfeld, M., Liaudat, S., Terlizzi, M.S., Monti, C. & Unzurrunzaga, C. (2021). *Un fantasma recorre la ciencia, el fantasma de la piratería. Prácticas y representaciones acerca del acceso a la literatura científica [Informe preliminar de investigación]*. Disponível em: <https://bit.ly/PyDG21>. Uma versão anterior em espanhol foi aceita para publicação em uma próxima edição: Zukerfeld, Mariano; Liaudat, Santiago; Terlizzi, María Sol, Monti, Carolina e Unzurrunzaga, Carolina. *Un fantasma recorre la ciencia, el fantasma de la piratería: las vías ilegales de acceso a la literatura científica en el CONICET (Argentina)*. Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad - CTS. ISSN: 1668-0030 y 1850-0013.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; **1. MARCO TEÓRICO, LEGAL E ANTECEDENTES; 1.1. AS TRADUÇÕES NÃO REMUNERADAS DE CONHECIMENTOS; 1.2. REGULAÇÕES DE ACESSO À LITERATURA CIENTÍFICA; 1.3. PRIVATIZAÇÃO VERSUS ABERTURA AO ACESSO À LITERATURA CIENTÍFICA; 2. METODOLOGIA; 2.1. INSTRUMENTO E AMOSTRA; 2.2. ANÁLISE; 3. MODALIDADES DE ACESSO; 3.1. QUANTIDADE DE ACESSOS; 3.2. VIAS DE ACESSO; 3.3. MAGNITUDE DE USO E VIAS DE ACESSO; 4. MOTIVOS DO USO; 5. REPRESENTAÇÕES SOBRE LEGALIDADE E CORREÇÃO MORAL; 5.1. LEGALIDADE E MORALIDADE; 5.2. RESULTADOS; 6. PUBLICAÇÕES; 6.1. PRODUTIVIDADE; 6.2. ESCOLHA DA PUBLICAÇÃO; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.**

INTRODUÇÃO

Um fantasma assombra o mundo da pesquisa científica, o fantasma da pirataria. A evidência internacional mostra que a utilização de sites de downloads ilegais e não pagos para artigos científicos como o Sci-Hub é massivo (Bohannon, 2016). O mesmo parece ocorrer na Argentina, se levar em consideração a quantidade de documentos baixados (Monti e Unzurrunzaga, 2021). Porém, até o momento não se conta com informação acerca de que proporção os e as pesquisadores na Argentina recorrem a esta modalidade de acesso e com que frequência o fazem, em comparação com as formas de acesso legais. Por sua vez, tampouco se conhecem as motivações que levam a essas práticas nem as representações dos pesquisadores a esse respeito.

Entretanto, os estados nacionais e organismos de Ciência e Tecnologia (CeT) definem políticas de acesso à literatura científica, o que implica a negociação com um punhado de grandes editoras que obtém lucros extraordinários (Larivière, Haustein e Mongeon, 2015). No caso da Argentina, o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MINCYT) assume esse papel principalmente mediante o pagamento de assinaturas e disponibilizando documentos por meio da Biblioteca Eletrônica de Ciência e Tecnologia (BECYT). Desde a sua criação em 2002, este valioso

serviço exigiu rubricas orçamentais onerosas e crescentes. Conhecer as práticas, motivações e representações sobre as modalidades de acesso à literatura científica permite informar o debate público com evidência empírica e contribuir com elementos do MINCYT para futuras renegociações de contratos com editoras.

Adicionalmente, o presente trabalho é motivado por uma perspectiva teórica e histórica que sugere que o uso de vias ilegais de acesso ao conhecimento está longe de ser uma anomalia, um desvio que deve ser normalizado. No desenvolvimento do capitalismo em geral, e na indústria editorial em especial, o que às vezes é chamado de “pirataria” foi e continua sendo um recurso muito comum. Mais precisamente, quem mais o tem utilizado (e continua a fazê-lo) são os atores situados em posições centrais que tentam proibi-lo para aqueles que estão localizados em áreas periféricas. Isso ocorre em diversos ramos econômicos e, em especial, na indústria editorial acadêmica. Portanto, trata-se de estudar o acesso ilegal para informar uma ampla agenda de acesso ao conhecimento e desenvolvimento com base em evidências empíricas históricas e atuais.

Assim, o objetivo principal desta pesquisa é caracterizar os diferentes tipos de acesso à literatura científica a que recorrem os pesquisadores do Conselho Nacional de Pesquisas Científicas e Técnicas (CONICET) e sua frequência de uso, e em especial, a via de acesso ilegal. Quais são as modalidades de acesso que mais utilizam? Esse uso é homogêneo ou apresenta heterogeneidades associadas a alguma variável em particular? Com que frequência o fazem? A via ilegal é a mais utilizada? O acesso mediante resulta em respeito exclusivo de outras? Em particular, três objetivos específicos são propostos: 1) investigar as motivações para a utilização e não utilização da via ilegal gratuita; 2) analisar as representações sobre legalidade e correção moral no acesso e divulgação de artigos científicos por meio de canais ilegais ou “zonas cinzentas”; 3) analisar a relação entre produtividade, prioridades de publicação e vias de acesso.

Neste trabalho, entende-se por “literatura científica” artigos publicados em revistas científicas e outros documentos (livros, relatórios

etc.); “acesso” refere-se tanto ao download quanto à leitura online do documento; “Pesquisadores do CONICET” incluem pesquisadores permanentes de todas as categorias, bem como bolsistas de doutorado e pós-doutorado. Além disso, as modalidades de acesso são classificadas da seguinte forma: 1. Acesso legal pago (com recursos individuais, subsídios a projetos, utilização de serviços bibliográficos pagos por instituições); 2. Acesso legal gratuito (literatura publicada em acesso aberto ou em domínio público); 3. Acesso ilegal gratuito (Sci-Hub e similares); 4. Acesso direto (solicitado ao autor ou pelas redes sociais). 5. Acesso indeterminado (diretamente de um navegador). Nos três primeiros tipos, duas variáveis se cruzam: se o acesso é legal ou ilegal e se é gratuito ou oneroso. Por sua vez, nas duas últimas, o acesso é gratuito, podendo ser legal ou ilegal. Por último, a frequência foi medida em dois intervalos: aos doze meses e em uma semana padrão. Do ponto de vista metodológico, utilizamos o questionário como técnica de coleta de dados e para a análise empregamos técnicas básicas de análise estatística descritiva.

O artigo está organizado nas seguintes seções. A seção dois apresenta o marco teórico e legal e os antecedentes, enquanto a seção três faz considerações metodológicas. Em seguida, são apresentados os resultados da pesquisa divididos em quatro eixos: Modalidades de acesso (seção quatro); Motivações para usar ou não as vias ilegais não pagas (seção cinco); Representações sobre legalidade e correção (seção seis); Publicações (seção sete). Por fim, são oferecidas algumas conclusões.

1 MARCO TEÓRICO, LEGAL E ANTECEDENTES

1.1 As traduções não remuneradas de conhecimentos

Este artigo faz parte de um plano de pesquisa de longo prazo vinculado à relação entre apropriação não remunerada do conhecimento e acumulação de capital. No atual estágio capitalista, que caracterizamos como cognitivo ou informacional, há um consenso sobre a associação en-

tre acumulação de conhecimento e desenvolvimento econômico.³ O uso do conhecimento produtivo, no entanto, depende de regulamentações de propriedade intelectual que determinam quem pode acessá-lo e sob que circunstâncias podem acessar. Nesse contexto, torna-se crucial o debate sobre as diferentes formas de uso ou reprodução do conhecimento e, especialmente, sobre as traduções não remuneradas de conhecimento realizadas por atores periféricos em relação ao conhecimento cuja titularidade corresponde a agentes localizados em regiões centrais.⁴

Trabalhos anteriores analisaram extensas evidências históricas para entender a ligação entre traduções não remuneradas de conhecimento e a acumulação de conhecimento e capital (entre outros, Haro Sly e Liaudat, 2021; Liaudat, 2021; Liaudat, Terlizzi e Zukerfeld, 2020; Lund e Zukerfeld, 2020; Zukerfeld, 2016). Isso permitiu formular uma tipologia provisória baseada em duas variáveis dicotômicas principais: lucro e legalidade. A Tabela 1 mostra casos ilustrativos ligados particularmente aos direitos autorais e à indústria editorial. Apenas alguns deles serão abordados neste trabalho.

³ Embora os conceitos de capitalismo informacional (Castells, 1996; Fuchs, 2010) e cognitivo (Boutang, 2011; Vercellone, 2011) estejam longe de serem os mesmos, eles são usados aqui para apontar o que compartilham: a ideia de que, desde a meados da década A partir de 1970, entramos numa fase do capitalismo – após as fases comercial e industrial – em que o conhecimento, em geral, e a informação digital, em particular, desempenham um papel fundamental nas economias e sociedades. Assim, distanciam-se de visões que, com termos como “sociedade do conhecimento” ou “sociedade pós-industrial”, contornam a historicidade capitalista do estágio atual.

⁴ A noção de tradução refere-se à operação pela qual uma forma de conhecimento se reproduz e recria em outro suporte material. Do ponto de vista materialista cognitivo, o conhecimento sempre se apresenta –existe– em alguma forma de matéria. Portanto, os fluxos de conhecimento envolvem processos complexos, pois envolvem a passagem por diversos suportes materiais, cada um dos quais «impõe suas condições», acrescenta ou retira algo do conhecimento. Em outras palavras, os suportes materiais pelos quais o conhecimento flui não são neutros, nem as traduções são perfeitas. Em particular, o suporte material para o qual um conhecimento é traduzido tem consequências em termos de regulação do acesso a ele (Liaudat, 2021; Zukerfeld, 2017).

Tabela 1. Tipos de traduções não remuneradas de conhecimentos

<i>Traduções não remuneradas de conhecimentos</i>	<i>Legais</i>	<i>Ilegais</i>
<i>Com finalidade de lucro</i>	Stationers Company (Londres 1557-1709) Indústria editorial europeia s. XVII-XVIII Indústria Editorial dos EUA s. 19º Editores científicos do século 21	<i>Shadow libraries</i> de acesso pago (91lib.com da China)
<i>Sem finalidade de lucro</i>	Exceções para uso educacional ou de pesquisa Exceções para bibliotecas Exceções para links na web Fair use Projeto Gutenberg	<i>Shadow libraries</i> de acesso gratuito (Sci-Hub, Lib-Gen) Pirataria científica através de redes sociais, fotocópias de textos, etc.

Fonte: Elaboração própria com base em Liaudat, Terlizzi e Zukerfeld (2020)

Esta tabela exhibe resumidamente que o aproveitamento não remunerado de textos é uma prática que assumiu várias formas e se estendeu ao longo do tempo e das geografias. Em várias dessas situações, foram promulgadas leis para legalizar essas formas de “pirataria”. A origem do *copyright* em 1709 na Inglaterra e a indústria editorial nos Estados Unidos entre 1790 e 1891 são paradigmáticas: o desenvolvimento da indústria editorial e a massificação da leitura, respectivamente, foram associados a traduções não remuneradas de conhecimento por atores que se tornaram centrais e o recinto subsequente para impedir que os atores periféricos façam o mesmo. Por outro lado, certas traduções cognitivas não remuneradas assumem a forma de limitações e exceções aos direitos de autor para garantir o exercício de outros direitos (educação, cultura), cuja relevância nos processos de desenvolvimento de ramos e países é notória (Flynn e Palmedo, 2017).

Da mesma forma, a indústria editorial acadêmica mantém a naturalização de outra tradução cognitiva não remunerada: a apropriação

de obras científicas sem pagamento de direitos de autor (e até, cada vez mais, cobrando para publicar), bem como o trabalho normalmente não remunerado de quem avalia e edita. São principalmente os fundos públicos que, através de diferentes canais, alimentam os cofres desta indústria. Em suma, a indústria editorial, em geral, e a acadêmica, em particular, tem recorrido e recorre a traduções não remuneradas de conhecimento que apresenta como anomalia ou desvio. Daí, então, a importância de estudar as vias ilegais de acesso a esse conhecimento. Sites como Sci-Hub, LibGen e outros que permitem o acesso à produção científica publicada sem o pagamento de taxas onerosas estabelecidas pelo oligopólio editorial. Dessa forma, as traduções não remuneradas do conhecimento poderiam, neste caso, servir à acumulação de capital e ao desenvolvimento – de modo algum se afirma que necessariamente o fazem –, mas a favor de atores situados nas periferias e em detrimento do oligopólio editorial.

1.2 Regulações de acesso à literatura científica

Para compreender as diferentes formas de acesso, é necessário apresentar os marcos legais em que operam e que funcionam como normativas de acesso ao conhecimento. A Argentina, como grande parte dos países, adere às regulamentações internacionais sobre direitos autorais (*copyrights*). Em primeiro lugar, a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas. Estabelecido em 1886 e reformado sucessivamente até a última emenda em 1971, é a base para regulações posteriores. Em segundo lugar, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS). Sancionada em 1994, tornou-se condição para ingressar na Organização Mundial do Comércio. Por meio desse acordo, os direitos de propriedade intelectual em geral foram ampliados e fortalecidos, inclusive os direitos autorais contemplados na Convenção de Berna. Por fim, o Tratado de Direitos Autorais da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (TODA), em vigor desde 2002, atualiza o escopo da Convenção de Berna para as

novas tecnologias digitais (bancos de dados, programas de computador, internet).

Em relação à problemática deste artigo, a Convenção de Berna estabelece que os autores (no nosso caso, os cientistas e tecnólogos) são os únicos legalmente autorizados a exercer todos os direitos, inclusive o direito de reprodução. Mas podem ceder a titularidade do direito. Na verdade, é o que acontece com a publicação em revistas científicas que implicam a cessão de direitos a favor dos editores. Ou seja, as editoras, em sua maioria privadas, são titulares dos direitos de reprodução dos artigos que publicam.⁵

As legislações nacionais na Argentina sobre propriedade intelectual estão quase em perfeita concordância com os marcos globais.⁶ Em direitos autorais, o marco normativo encontra-se na Lei 11.723, que estabelece o Regime Jurídico da Propriedade Intelectual. Sancionada em 1933, pos-

⁵ Cabe destacar que a Convenção de Berna estabelece que a reprodução é a fixação material de uma obra em um meio que permita sua comunicação ao público e a obtenção de cópias da totalidade ou de parte dela. Enquanto a TODA estipula que o download de material da internet e outras formas de cópia digital são considerados atos de reprodução. Assim, o download gratuito de artigos científicos cuja titularidade está nas mãos de publicações com acesso restrito e pagamento é ilegal de acordo com essas normas.

⁶ No plano nacional, prevalece a teoria monista do direito, segundo a qual os tratados internacionais têm uma hierarquia normativa superior às leis nacionais (art. 75, inciso 22, da Constituição Argentina). De acordo com a teoria monista, o direito é um só (nacional/internacional), enquanto a abordagem dualista estabelece que são sistemas jurídicos diferentes. Em nosso país houve um amplo debate sobre a conveniência de um ou outro modelo por décadas. Essa discussão, no entanto, foi encerrada após a adesão à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (lei 19.895/72), a decisão *Ekmekdjian v. Sofovich* da Suprema Corte da Nação (1992) e a reforma da Constituição de 1994 (Trucco, 2007). O modelo monista foi impulsionado pelas potências ocidentais, que, no entanto, como em outras áreas, têm um discurso para fora e uma prática diferente dentro das fronteiras. O direito não é exceção. O caso paradigmático é o dos Estados Unidos, que mantém um esquema jurídico dualista ou eclético em função de seus interesses. Isso se expressa, entre outros elementos, em que assinaram, mas não ratificaram, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados nem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica). O debate entre monismo e dualismo jurídico, longe de ser uma questão colateral, está no centro do problema do desenvolvimento econômico. Em grande medida, sua resolução em um ou outro sentido depende da possibilidade de usar a pirataria de conhecimento para favorecer o desenvolvimento econômico.

sui mais de sessenta modificações e complementos que a atualizam até os nossos dias. Este regulamento estabelece que o direito de propriedade de uma obra científica, literária ou artística inclui ao seu autor a faculdade de dispor dela, de publicá-la, de executá-la, de representá-la e exibi-la em público, de dispor dela, de traduzir, adaptá-la ou autorizar sua tradução e reproduzi-la em qualquer forma. Assim como no artigo 71 e seguintes, estão estabelecidas as penas de quem infringir esses direitos (aspecto fundamental para seu *enforcement*, uma vez que os tratados internacionais não têm capacidade de ação em nível nacional).

Por fim, destaca-se em 2013 a promulgação da lei nacional 26.899 que institui a Criação de Repositórios Digitais Institucionais de Acesso Aberto. Por meio de seu artigo 5º, esta normativa estabelece a obrigação dos pesquisadores do sistema nacional argentino de incluir uma cópia da versão final de seu trabalho em repositórios públicos, caso a pesquisa tenha sido financiada com recursos estatais.⁷

⁷ É interessante destacar, entre as diferentes instituições de C&T argentinas que desenvolveram repositórios para se adequar à legislação, a iniciativa empreendida pelo CONICET em 2015 denominada “CONICET DIGITAL”. Sua política de admissão funciona com base no sistema de gestão e currículo da organização -SIGEVA CONICET- e tem uma curadoria descentralizada antes de tornar os trabalhos de acesso aberto. Este trabalho é realizado a partir de um Gabinete Técnico especializado e da Rede Federal de Especialistas do Repositório Institucional Digital CONICET, com mais de cem membros de diferentes centros e/ou institutos. Isso permitiu que o repositório fosse construído rapidamente, tornando-se o maior e mais consultado do país. Em relação às regulamentações que exigem autoarquivamento em repositórios digitais abertos, embora não tenhamos localizado estudos específicos que abordem as representações dos pesquisadores do CONICET sobre as regulamentações existentes, alguns trabalhos anteriores à sanção da Lei 26.899 mostraram que os pesquisadores, embora sejam a favor da filosofia do acesso aberto, suas práticas parecem estar longe de se autoarquivar neles (Bongiovani et al. 2014). Além disso, observou-se que, na perspectiva dos gestores de repositórios, os pesquisadores têm, em geral, pouco conhecimento da lei e suas implicações, e apontam as controvérsias geradas na prática de depósito em repositórios de gestão de direitos autorais de obras publicadas por editores comerciais (Fushimi et al. 2021).

1.3 Privatização *versus* abertura ao acesso à literatura científica

As publicações científicas tornaram-se em grande medida uma mercadoria controlada por uma indústria editorial de caráter oligopolista. Um estudo realizado em 2013 mostra que mais da metade dos artigos científicos publicados em periódicos indexados na Web of Science (WoS) pertenciam a apenas cinco editoras privadas: Reed-Elsevier, Wiley Blackwell, Springer, Taylor Francis e Sage (Larivière, Haustein e Mongeon, 2015). A tendência de concentração editorial continua por meio de novos modelos de negócios que combinam acesso fechado (*paywall*) com acesso aberto e lucro por meio de pagamento pela publicação (APC: *Article Processing Charges*) e com crescente controle sobre infraestrutura e serviços acadêmicos necessários para os processos de pesquisa atuais (Posada e Chen, 2018). Por sua vez, a consolidação deste sistema de publicação privada foi acompanhada por serviços de informação online como WoS e Scopus, que se consolidaram no campo científico como mecanismos de validação da qualidade e prestígio da investigação (através da medição do impacto baseado exclusivamente em citações em um determinado grupo de periódicos e com predominância da língua inglesa). Graças a isso, os periódicos controlados por editoras privadas se instalaram como a principal corrente da ciência – *mainstream* –, levando pesquisadores de todo o mundo a validar suas pesquisas pelo número de publicações realizadas nelas (Cátedra Libre Ciencia, Política y Society, 2018; Guedon, 2011).

Paralelamente à perda do livre acesso à literatura científica, surgiram dois movimentos. Por um lado, surgiu um questionamento organizado em torno de declarações e manifestos que promovem o acesso aberto. A Declaração de Budapeste é considerada o início deste movimento que busca uma mudança na comunicação científica e aposta no desenvolvimento de infraestruturas que permitam a abertura e reutilização da literatura (Budapest Open Access Initiative, 2002). No entanto, esse ímpeto não conseguiu abalar a tendência de concentração das publicações e o poder oligopolista das firmas que vêm se adaptando à

exigência do “acesso aberto”, mas transferindo o pagamento dos leitores para os autores. Contra o qual começaram a distinguir-se vários tipos de acesso aberto. Em particular, a “rota verde” (arquivo em repositórios abertos por parte dos autores), a “rota de ouro corporativa” (publicações de acesso aberto, mas que cobram dos autores ou vendem espaço publicitário) e a “rota do diamante” (revistas sem fins lucrativos, que não cobra autores ou leitores).⁸

Por outro lado, cresceram as “bibliotecas sombra” (*shadow libraries*) ou “vias escuras” de acesso aberto. São plataformas de internet não comerciais que permitem o acesso e download de literatura científica, violando as normas legais detalhadas na seção anterior. Dentre esses sites “piratas”, destaca-se o Sci-Hub. Os estudos realizados destacam seu uso massivo em todas as disciplinas científicas e distribuído em escala global tanto em países ricos como em regiões pobres (Bohannon, 2016; Gardner et al., 2017; González-Solar e Fernández-Marcial, 2019; Greshake, 2016; Kjellström, 2019; Machin-Mastromatteo et al., 2016; Monti e Unzurrunzaga, 2021), a percepção de que seu uso é moralmente correto apesar de ilegal (embora haja fortes variações entre os países a esse respeito) e a identificação que seu uso não está exclusivamente ligado à falta de acesso, mas que existem outras motivações como conveniência ou valores em torno do livre acesso ao conhecimento (Nicholas et al., 2019; Travis, 2016).

⁸ Outras variantes de acesso aberto são a “rota de bronze” para se referir a artigos ou periódicos que podem ser lidos gratuitamente sem uma licença de uso claramente identificável e “acesso aberto híbrido” para indicar periódicos que permitem que o artigo seja aberto mediante o pagamento de uma taxa – *open choice* – (Monti e Unzurrunzaga, 2021). Na América Latina e no Caribe, o movimento de acesso aberto obteve um apoio significativo, expresso em iniciativas como repositórios digitais abertos e a criação de infraestruturas regionais de publicação científica e comunicação baseadas em acesso aberto não comercial (SciELO, AmeliCA).

2 METODOLOGIA

2.1 Instrumento e amostra

O instrumento de coleta de dados consistiu em um questionário estruturado realizado no Google Forms com vinte questões organizadas em cinco eixos: 1) *acesso à literatura científica*, indagando sobre a frequência e formas de acesso; 2) *motivações de uso*, indagando sobre a escolha das vias de acesso à literatura científica; 3) *cenários*, por meio dos quais se buscou conhecer as representações em relação à legalidade e correção de determinadas ações para obtenção de literatura científica; 4) *produção*, referente aos hábitos editoriais nos últimos dois anos; 5) *perfil sociodemográfico*. Um espaço aberto também foi incluído no final para comentários.

Foi realizado um teste piloto para ajuste do questionário, que foi respondido por dezoito pesquisadores e pesquisadoras de universidades e institutos (não CONICET). O questionário final foi distribuído através de múltiplos canais de comunicação eletrônica (listas de e-mail, redes acadêmicas, grupos de pesquisa). As respostas foram recebidas de 10 de dezembro a 31 de dezembro de 2020.⁹

A pesquisa teve 368 respostas de bolsistas e bolsistas (n=144) e pesquisadores e pesquisadoras (n=224), para uma população de 21.162 pessoas (pesquisadores + bolsistas) em dezembro de 2019. Além disso, foi respondida por 26 pessoas que atuam como apoio na instituição. Na Tabela 2 pode-se observar que as características da amostra são semelhantes às do universo em termos de gênero, faixa etária, tipo de pesquisador e grande área disciplinar determinada pelo CONICET e, em menor grau, na distribuição geográfica dos locais de trabalho do CONICET considerando a região.

⁹ O questionário pode ser consultado em: <https://docs.google.com/document/d/1G-VQ-6Zac5Wo9D8l-c0pyCvUn5WNCfJkiHdaFM1DljS4/edit>. Acesso em: 18 nov. 2021.

Tabela 2. Comparação da população do CONICET (2019) com as principais características sociodemográficas da amostra

Variável	Valores variáveis	População 2019		Amostra	
		F	%	F	%
Cargo	Pesquisadores	10917	52	224	61%
	Bolsistas	10245	48	144	39%
	<i>Total</i>	21162	100%	368	100%
Gênero	Homens	10723	44%	152	41%
	Mulheres	13230	56%	201	55%
	Outros	Sem dados	Sem dados	15	4%
	<i>Total</i>	23953		368	100%
Grande Área científica CONICET	KA-Ciências Agrárias...	5345	25%	73	20%
	KB-Ciências Biológicas..	5806	27%	90	24%
	KE- Ciências Exatas	4473	21%	86	23%
	KS-Ciências Sociais...	5008	24%	110	30%
	KT-Tecnologia	530	3%	9	2%
	<i>Total</i>	21162	100%	368	100%
Regiões	CABA e PBA	11255	53.2	252	68
	PAMPEANA	4706	22.2	45	12
	CUYO	1498	7.1	28	8
	NOA	1568	7.4	14	4
	NEA	620	2.9	4	1
	PATAGONIA	1515	7.2	25	7
	<i>Total</i>	21162	100	368	100%
Idade (somente pesquisadores)	Até 39	2697	25	69	31%
	40-49	5075	46	111	50%
	50-59	2163	20	35	16%
	60 e mais	982	9	9	4%
	<i>Total</i>	10917	100%	224	100%

Fonte: Elaboração própria. Dados para o quadro de amostragem retirados do CONICET em Figuras (dezembro de 2019)

2.2 Análise

Neste trabalho são utilizadas técnicas básicas de análise estatística descritiva. Para analisar a associação entre duas variáveis em que uma delas é nominal, foi utilizado o *teste do chi-quadrado*. Simplificando, valores altos de chi quadrado e valores de $p < 0,05$ indicam que pode-se supor que as variáveis estão associadas além do acaso. Para a análise da correlação entre duas variáveis em que uma ou ambas são ordinais, foi utilizado o *Coefficiente Tau de Kendall*. Adota um valor entre -1 e 1. Quando seu valor se aproxima de 1, estamos na presença de uma forte associação positiva entre as variáveis, enquanto se se aproxima de -1 temos uma forte associação negativa. Valores próximos de zero refletem uma baixa correlação entre as variáveis. Para relações entre variáveis intervalares, foi utilizado o *r de Pearson*, que indica correlação linear positiva ou negativa entre duas variáveis, variando entre os mesmos valores do Tau de Kendall.

Por sua vez, a codificação numérica das variáveis ordinais foi utilizada para produzir indicadores semelhantes às *escalas de Lickert*. Por exemplo, na análise das representações de legalidade em quatro cenários, 2 é atribuído a “Legal”, 1 a “parcialmente legal”, -1 a “parcialmente ilegal” e -2 a “ilegal”. Em seguida, eles são somados e obtém-se um valor para as representações gerais de legalidade de cada indivíduo.

Por fim, cabe destacar que a análise das respostas trata o material empírico como os discursos dos atores pesquisados. Assim, trata-se de questionar e comparar o que diferentes atores dizem que fazem e pensam, sem abordar nesta pesquisa a triangulação com fontes objetivas.

3 MODALIDADES DE ACESSO

Esta subseção apresenta informações sobre três questões. Primeiro, quantos artigos os pesquisadores e pesquisadoras acessam? Em segundo lugar, uma das questões fundamentais deste trabalho: através de que vias de acesso o fazem? Até que ponto eles usam acesso legal pago, acesso legal gratuito, acesso ilegal e outras alternativas? O acesso por

uma dessas vias se dá em detrimento do acesso pelas outras? Mais precisamente, em que medida diferem aqueles que utilizam o acesso legal pago, o acesso ilegal e o acesso legal gratuito e em que medida são os mesmos que os utilizam simultaneamente? Em terceiro lugar, o número de acessos e downloads está vinculado às vias de acesso utilizadas e à frequência de seu uso? Os que recorrem ao acesso ilegal com muita frequência baixam mais artigos do que os que optam pelos canais legais? Ou é o contrário?

3.1 Quantidade de acessos

A pesquisa incluiu duas questões referentes ao número de acessos. A primeira referia-se ao número de acessos nos últimos doze meses. A segunda, para uma semana padrão. Este procurou abranger, por um lado, as representações sobre o que acontece num período de tempo prolongado (o que inclui situações atuais e excepcionais) e, por outro, num período normal, mais curto e mais fácil de estimar para os inquiridos. Resumidamente, aqueles que responderam à pesquisa declararam ter acesso a cerca de onze documentos por semana padrão. No último ano (2020), 57% relataram ter acessado mais de 100 empregos e apenas 13% menos de 50.

É importante salientar que a associação entre o número de acessos semanais padrão e o total anual é parcial ($\text{Tau } b=0,44$). Isso pode ser devido, assumindo consistência de respostas, ao número díspar (entre os inquiridos) de semanas fora do padrão nos doze meses de referência. No restante deste trabalho, os acessos em uma semana padrão são utilizados como indicador, pois se trata de uma variável intervalar e que, pela magnitude dos valores e pela proximidade temporal, julgamos mais fácil de estimar pelos respondentes.

O número de acessos está associado a outras variáveis? Em suma, não. Homens e mulheres apresentam pouca diferença em termos de acessos semanais (10,93 e 10,17 em média, contra 10,74 no total) sem associação ($\text{chi quadrado de } 7,09 \text{ ep}=0,13$ para quatro graus de liberdade), a

correlação com a idade é nula ($r = 3E-05$), e insignificante em relação à posição no CONICET ($\tau_b = 0,077$) e as médias não variam significativamente entre as áreas disciplinares (variam entre 9,47 e 12, com um $\chi^2 = 7,22$ e $p = 0,84$).

3.2 Vias de acesso

A constatação mais importante desta pesquisa é que a via mais utilizada é a de acesso ilegal gratuito: 90% dos que responderam à pesquisa indicam que já utilizaram sites como Sci-Hub, LibGen e similares. Esse uso é homogêneo? Ou apresenta heterogeneidades associadas a alguma variável em particular? A Tabela 3 mostra os dados segundo sexo, idade, área disciplinar, região e cargo no CONICET.

Tabela 3. Utilização da via de acesso ilegal gratuita segundo sexo, idade, área disciplinar, região e cargo

Utilização de via de acesso ilegal gratuito n		Sim		Não		Chi quadrado	P
		%	n	%			
Gênero	Mulher	179	89	22	11	0.28	0.59
	Homem	138	91	14	9		
	Não binário	4	100	0	0		
	Outro	1	100	0	0		
	Prefiro não responder	8	80	2	20		
Idade	Até 39	190	91	18	9	9.67	0.02
	40-49	106	91	10	9		
	50-59	28	80	7	20		
	60 e mais	6	67	3	33		

Utilização de via de acesso ilegal gratuito n		Sim		Não		Chi quadrado	p
		%	n	%	n		
Área disciplinar	KA	69	95	4	5	45.86	2.51E-09
	KB	89	99	1	1		
	KE	83	97	3	3		
	KS	87	73	30	27		
	KT	9	100	0	0		
Região	Metropolitana	191	90	22	10	1.7	0.43
	Pampeana	70	95	4	5		
	Cuyo	24	85	4	15		
	NOA	13	93	1	7		
	NEA	2	50	2	50		
	Patagonia	30	85	5	15		
Cargo	Bolsista doutorado	79	90	9	10	3.45	0.17
	Bolsista pós doutorado	51	91	5	9		
	Pesquisador assistente	59	88	8	12		
	Pesquisador adjunto	85	94	5	6		
	Pesquisador independente	38	81	9	19		
	Pesquisador principal	14	93	1	7		
	Pesquisador superior	3	75	1	25		
	Pesquisador Emérito	1	100	0	0		
Total		330	90	38	10		

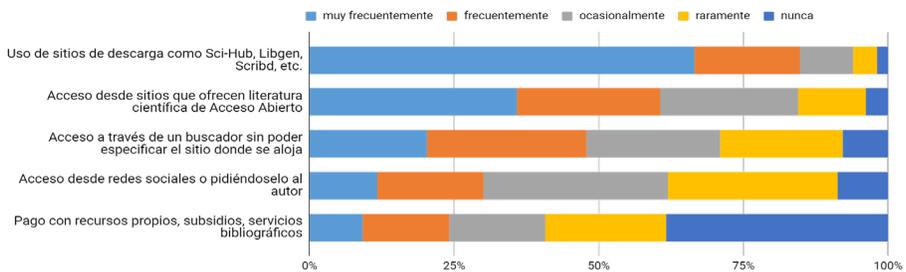
Fonte: elaboração própria.

Os dados permitem verificar a relativa homogeneidade dos altos valores de uso das vias de acesso ilegal gratuito. Em todos os casos são

muito poucos os que não recorrem a esta via. Em termos de gênero, região e cargo, as diferenças não são estatisticamente significativas. Por outro lado, há associação significativa com relação à idade e área disciplinar (chi-quadrado alto, p muito baixo). À medida que a idade aumenta, o uso da via ilegal diminui ligeiramente. Talvez de forma mais chamativa, nas áreas disciplinares observa-se que nas áreas sociais a utilização desta via, embora ainda muito elevada, é substancialmente inferior à dos outros ramos. Assim, o uso médio do restante das áreas fica em torno de 98%, enquanto no social cai para 73%.

Além da questão dicotômica sobre o uso de vias ilegais, a pesquisa se aprofunda por meio de perguntas sobre a frequência de uso das diferentes vias de acesso à literatura científica, para obter informações mais detalhadas. Os resultados são altamente consistentes com os decorrentes da questão anterior. De fato, 85% das pessoas pesquisadas disseram que usam esses sites de download com frequência ou com muita frequência e apenas 6% dizem que o fizeram raramente ou nunca. De forma simetricamente oposta, para as vias legais pagas (através de recursos próprios, com subsídios de projetos, utilizando serviços bibliográficos pagos por instituições como, por exemplo, o BECYT) apenas 24% declaram uso frequente ou muito frequente, enquanto 60% afirma que raramente ou nunca os usa.

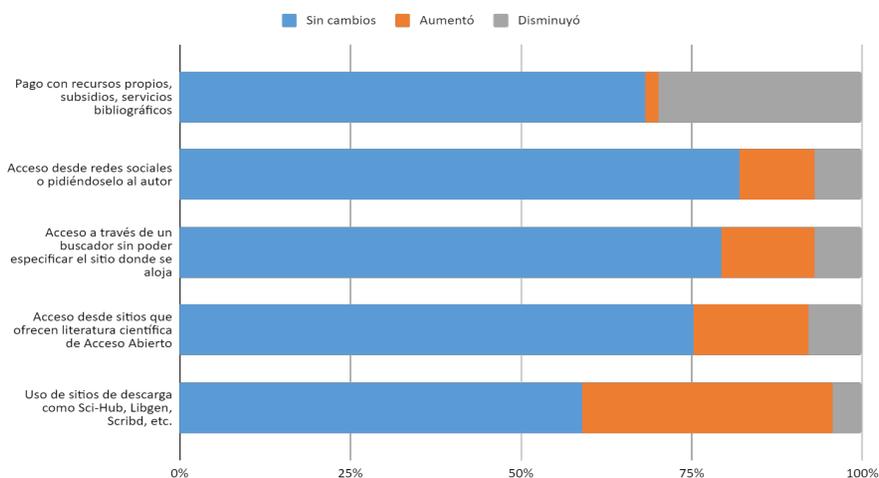
Figura 1. Modalidades de acesso à literatura científica



Fonte: Elaboração própria.

Esse uso intensivo de acesso ilegal gratuito pode ser explicado em parte pelas limitações de circulação devido à pandemia de COVID-19? A maioria dos que responderam à pesquisa afirma que não houve mudanças em suas modalidades de acesso. No entanto, observam-se variações líquidas – aumento menos diminuição – a favor do aumento das vias livres (32% para acesso ilegal e 9% para acesso legal gratuito) e em detrimento do acesso legal pago (-28%).

Figura 2. Modificações das vias de acesso durante a pandemia de COVID-19



Fonte: Elaboração própria.

No entanto, o acesso por meio de uma modalidade não exclui outras. Ou seja, quem usa intensivamente uma determinada via de acesso não necessariamente deixa de usar as alternativas. Por isso é relevante perguntar: em que medida os mesmos pesquisadores e pesquisadoras recorrem a caminhos diferentes? Em particular, em que medida aqueles que utilizam a via ilegal gratuita *também* utilizam a via legal paga? E vice-versa, em que medida aqueles que utilizam muito frequentemente a via legal paga também utilizam a via ilegal? Em suma, a frequência de uso dessas estradas elimina grupos diferenciados ou há sobreposição?

A Tabela 4 nos oferece uma resposta sistemática usando o Tau de Kendall das diferentes relações entre as vias de acesso.

Tabela 4. Coeficiente Tau de Kendall dos tipos de acesso à literatura científica

Via de acesso	Ilegal gratuita	Legal pago	Legal gratuito	Direto	Indeterminado
Ilegal gratuita	1	-0.12	-0.2	-0.08	-0.05
Legal pago	-0.12	1	-0.18	-0.04	-0.07
Legal gratuito	-0.2	-0.18	1	0.19	0.08
Direto	-0.08	-0.04	0.19	1	0.18
Indeterminado	-0.05	-0.07	0.08	0.18	1

Fonte: Elaboração própria com base nos dados primários.

Como interpretar esta tabela? O principal resultado é que a associação entre as diferentes formas de acesso é muito baixa em todos os casos. Assim, o fato de um indivíduo manifestar, por exemplo, um uso muito frequente de vias de acesso ilegais não permite afirmar determinado comportamento em relação a outras vias de acesso. Não implica, por exemplo, uma utilização significativamente menor de canais legais pagos. Por outro lado, aqueles que frequentemente usam meios legais pagos não usam significativamente menos os ilegais. Não se trata, então, de usos exclusivos (o que implicaria Tau próximo a -1) nem está associado positivamente (Tau próximo a 1). Em suma, aqueles que usam uma via de acesso também usam outras em quantidades aproximadamente semelhantes ao restante da amostra.

Como interpretar esta tabela? O principal resultado é que a associação entre as diferentes formas de acesso é muito baixa em todos os casos. Assim, o fato de um indivíduo manifestar, por exemplo, um uso muito frequente de vias de acesso ilegais não permite afirmar determinado comportamento em relação a outras vias de acesso. Não implica, por exemplo, uma utilização significativamente menor de canais legais

pagos. Por outro lado, aqueles que frequentemente usam meios legais pagos não usam significativamente menos os ilegais. Não se trata, então, de usos exclusivos (o que implicaria Tau próximo a -1) nem está associado positivamente (Tau próximo a 1). Em suma, aqueles que usam uma via de acesso também usam outras em quantidades aproximadamente semelhantes ao restante da amostra.

Nesse contexto de baixas associações pode-se ressaltar, de qualquer forma, algumas relações pontuais que poderiam merecer um estudo maior. A via de acesso ilegal gratuito apresenta uma associação maior – fracamente negativa – com o acesso legal gratuito do que com a via legal paga. A utilização do acesso legal gratuito, assim, está associada a uma menor utilização tanto da via legal paga quanto da via ilegal gratuita. Isso leva à questão de saber em que medida o uso da via ilegal gratuita pode ser mais prejudicial ao acesso aberto do que o acesso legal pago. Por sua vez, a solicitação do texto do autor (acesso direto) é escassa, mas positivamente relacionada ao livre acesso legal e ao acesso indeterminado (cuja página de origem não pode ser especificada).

3.3 Magnitude de uso e vias de acesso

Como as diferentes vias de acesso se relacionam com o número de artigos que os pesquisadores e pesquisadoras acessam? Isso se desdobra, por sua vez, em duas perguntas: quem acessa com frequência por diversos canais, baixa mais artigos? Existe alguma via de acesso específica que esteja correlacionada com um número maior de acessos?

Em relação à primeira, não há correlação que permita descartar a hipótese nula ($Tau-b = 0,04$). Ou seja, não há evidências que demonstrem que a afirmação de que a maior frequência de acesso corresponda a um maior número de artigos acessados. Quanto à segunda questão, na desagregação dos diferentes tipos de acesso também não se observam variações significativas. O Tau de Kendall permanece muito baixo. A Tabela 5 nos permite ver esse ponto com mais detalhes.

Tabela 5. Média de acessos semanais por via e frequência de acesso.

Frequência de acesso	Illegal gratuita	Legal paga	Acesso aberto
Muito frequente	12.27	11.38	12.55
Frequente	9.97	10.73	11.36
Ocasionalmente	7.12	10.39	10.71
Raramente	10.4	8.16	7.83
Nunca	8.14	13.41	10.21
Tau b	0.127	-0.025	0.061

Fonte: Elaboração própria.

Assim, embora se observem algumas diferenças, são mudanças modestas na maioria dos casos, o que é consistente com o fato de os mesmos indivíduos recorrerem a diferentes formas de acesso, como será visto a seguir. O número médio de artigos acessados em uma semana padrão por aqueles que utilizam frequentemente as vias ilegal, legal paga e legal gratuita não apresenta variações importantes. As diferenças, no entanto, são observadas nas frequências de acesso mais baixas: aqueles que nunca usam o acesso ilegal baixam menos artigos totais do que a média, enquanto aqueles que nunca usam o acesso legal pago o fazem em maior proporção.

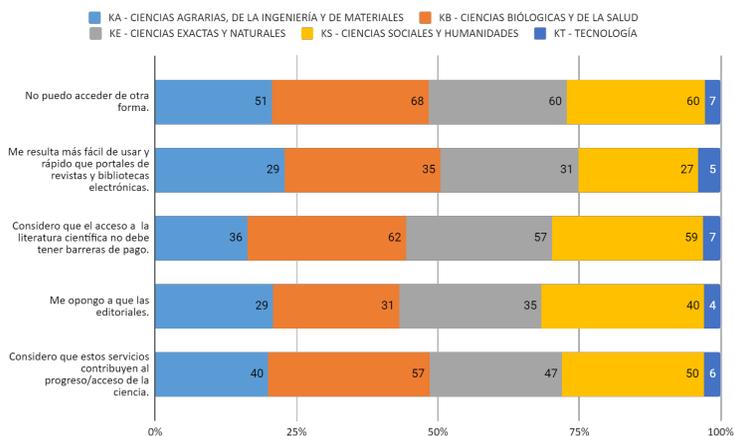
Como interpretar esses dados? Assumindo que as respostas dos inquiridos são consistentes, parte da explicação pode decorrer do fato de que a frequência de acesso é respondida com categorias que são operacionalizadas subjetivamente. De fato, “com muita frequência” pode significar frequências de acesso diferentes para pessoas diferentes. E até mesmo tornar-se operacional, consciente ou inconscientemente, como proporção do total de acessos de cada sujeito, e não de forma absoluta. Assim, esse tipo de indicador é consistente para comparações de várias formas de acesso para um mesmo sujeito, mas pode apresentar limitações em comparações com magnitudes cuja tipificação tenha doses menores de subjetividade (embora de forma alguma zero), como o caso da quantidade de acessos semanais. Outra parte da explicação pode ser atribuída ao fato de que a frequência de acesso pareceria aludir ao acesso a artigos

únicos, enquanto o número de artigos acessados poderia ter enfatizado visitas repetidas e downloads de documentos.

4 MOTIVOS DO USO

A pesquisa também indagou sobre os motivos de usar ou não usar as vias de acesso ilegais. Das cinco opções apresentadas, observou-se que aqueles que dizem usar essas vias apontam tanto questões práticas quanto valorativas, e é notável a homogeneidade entre as diferentes áreas disciplinares (Figura 3). Entre os primeiros, a impossibilidade de acesso de outra forma resulta em um índice de 75% de adesão, o que coincide com estudos realizados sobre downloads de Sci-Hub na Argentina (Monti e Unzurrungaza, 2021). Destaca-se também que 38% dos que responderam à pesquisa mencionam a relativa facilidade em comparação com outros serviços legais. Entre as motivações associadas a valores, se manifestam em larga medida as ideias de que a literatura científica não deve ter barreiras de pagamento (67%) – valor que sobe para 74% nas Ciências Sociais e Humanas –, que estes serviços ilegais contribuem para o progresso da ciência (61%) e a oposição a usos por editores de autores e avaliadores (42%).

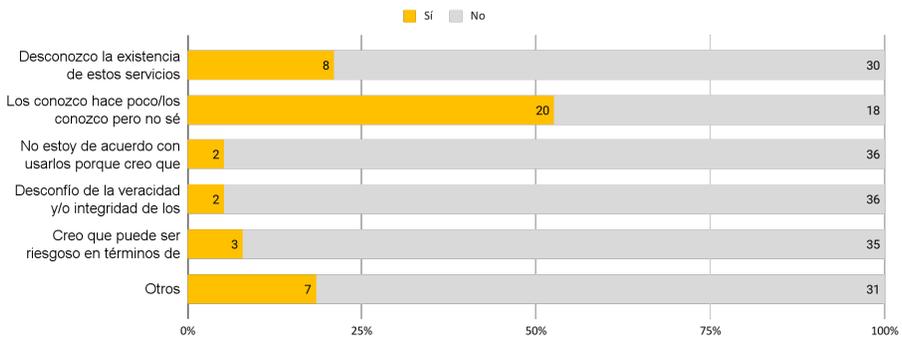
Figura 3. Motivações para o uso de vias ilegais de acordo com a disciplina científica



Fonte: elaboração própria.

Enquanto isso, no grupo dos que não utilizam a via de acesso ilegal gratuito (n=38), verifica-se que as motivações mais escolhidas são eminentemente práticas: desconhecimento dos sites e não saber utilizá-los. Pelo contrário, as motivações associadas às crenças avaliativas (desacordo por ilegalidade, desconfiança na integridade ou veracidade, riscos em termos de segurança informática que coincidem com as indicações da indústria editorial) atraem algumas menções. Das sete pessoas que incluíram outras opções, em nenhum dos casos apareceram alusões a questões valorativas. Como o grupo é muito pequeno, não é possível fazer generalizações sobre suas respostas, pois elas carregam uma margem de erro significativa.

Figura 4. Motivações para não usar as vias ilegais



Fonte: elaboração própria.

5 REPRESENTAÇÕES SOBRE LEGALIDADE E CORREÇÃO MORAL

Que representações de legalidade e moralidade sobre o acesso e divulgação de artigos têm os pesquisadores? Que uma ação é ilegal, isso implica questioná-la moralmente? Havendo ou não amplo acesso, isso modifica a avaliação moral? As representações variam conforme a obra acessada, seja sua ou de outra pessoa, seja baixada ou compartilhada? Na pesquisa, quatro cenários ligeiramente diferentes foram apresentados

com situações em que os entrevistados tiveram que decidir se eram legais/ilegais e corretos/incorrectos.

Figura 5. Representações de legalidade e correção moral

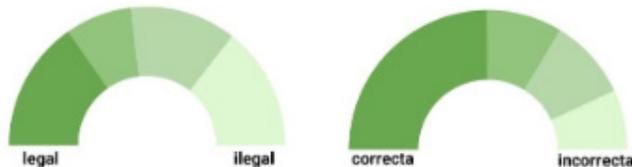
Escenario 1 Un/a investigadora descarga de Shi-hub un trabajo de una de las revistas más importantes de su área de trabajo al que no puede acceder de otra forma.



Escenario 2 Un/a investigador/a se anoticia de la existencia de Sci-Hub, Libgen y otros similares. Aunque posee un amplio acceso gratuito –vía institucional– a las revistas, decide probar de qué se trata y se da cuenta de que el proceso para acceder es mucho más sencillo que buscarlo en el repositorio institucional. A partir de entonces, cada vez que necesita un paper recurre primero a estos sitios. ¿Creés que la acción de el/la investigador/a es...?



Escenario 3 Un/a investigador/a descarga un paper de gran relevancia para su área de trabajo a través de un repositorio institucional de acceso abierto. Acto seguido, lo sube en redes sociales (Facebook, LinkedIn, etc.) ¿Creés que la acción de el/la investigador/a es...?



Escenario 4 Un/a investigador/a publica su trabajo en una revista de acceso pago; en las condiciones de publicación se le informa que no puede compartir ese trabajo. Sin embargo, lo sube a redes académicas, sitios personales o repositorios. ¿Creés que la acción de el/la investigador/a es...?



Fonte: elaboração própria.

Antes de abordar os resultados, é necessário fazer referência a três questões: o marco regulatório que regula o acesso à produção científica, algumas considerações relacionadas ao campo da moralidade e o vínculo entre legalidade e moralidade.

5.1 Legalidade e moralidade

As ações nos diferentes cenários são legais ou ilegais na Argentina? Nos dois primeiros cenários, a conduta é ilegal, pois o autor ou titular do direito (por exemplo, o editor) é o único autorizado a exercer o direito de reprodução. Baixar material da internet é considerado um ato de reprodução. A menos que o documento acessado seja publicado em um periódico de acesso aberto ou sob uma licença *Creative Commons* (CC).

Por outro lado, no cenário três, o ato de baixar é legal porque a instituição já pagou por esse acesso, enquanto o ato de fazer upload não é, uma vez que o autor mantém o direito de reprodução e comunicação pública. A menos que o artigo tenha sido publicado sob uma licença CC ampla, nesse caso não há infração.

Por fim, a ação apresentada no cenário quatro é parcialmente ilegal. O status de legalidade está sujeito aos regulamentos contratuais e à natureza do financiamento da pesquisa. Se a pesquisa foi financiada publicamente, pode ser publicada em repositórios institucionais, embora possam estabelecer prazos de carência para isso.

É claro que em relação à correção não vamos indicar uma resposta “correta”. Através dos diferentes cenários, partimos para investigar questões de natureza moral. É condenável a «pirataria» de artigos? Não poder acessar de outra forma ou a relevância do artigo, é eticamente relevante? O amplo acesso legal ou a proibição explícita o tornam mais moralmente repreensível?

A ligação entre legalidade e moralidade tem sido amplamente discutida nas ciências sociais. Aqui recuperamos apenas algumas noções de teoria jurídica. Do ponto de vista do positivismo conceitual, o direito

existente é entendido como o direito vigente.¹⁰ Essa perspectiva jurídica separa a existência do direito da questão da justiça ou da injustiça do ponto de vista moral. Ou seja, possibilita uma avaliação moral externa das normas jurídicas. Nesse sentido, a lei atual pode ser injusta, e pode haver razões morais para desobedecê-la ou lutar por mudanças (Rivera López, 2015).

É este o caso da pirataria científica? A desobediência às leis de propriedade intelectual pelo uso de sites como o Sci Hub, sabendo que é ilegal, é devido à injustiça das normas vigentes? Que alterações legislativas devem ser consideradas?

Anderson (2018) distingue duas categorias de atos ilegais: aqueles que são considerados *mala prohibita* (atos que são tecnicamente ilegais, mas não moralmente errados) e aqueles que são considerados *mala in se* (“ruins em si”). Os primeiros são frequentemente proibidos principalmente para manter a segurança e a ordem (por exemplo, um limite de velocidade). Enquanto estes últimos são proibidos tanto para preservar a ordem social quanto porque representam comportamentos que a sociedade considera fundamentalmente errados (por exemplo, assassinato). Embora as sanções dos atos *mala in se* sejam muito mais importantes do que as da *mala prohibita*, às vezes a linha que separa alguns atos de outros não é muito clara. Uma das “áreas cinzentas” é justamente a das violações de direitos autorais no contexto das comunicações acadêmicas. É um caso de *malum prohibitum* ou *malum in se*? Faz sentido considerar a violação de direitos autorais como uma espécie de roubo ou como a quebra de uma regra mais ou menos arbitrária?¹¹

¹⁰ Em contraste com o jusnaturalismo, para quem a lei existente é a lei natural ou necessariamente justa.

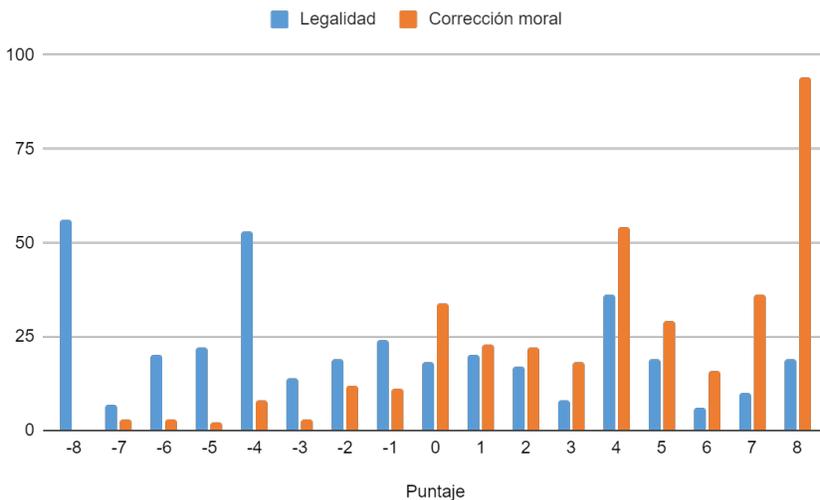
¹¹ Aqueles que consideram que isso é um ato *malum in se* argumentam que isso prejudica o titular dos direitos (os editores) e pode causar danos econômicos. Esta é a posição dominante nos regulamentos, uma vez que as violações de direitos autorais são caracterizadas como roubo de propriedade. Em contraste, aqueles que o consideram um ato *malum prohibitum* argumentam que não há dano ou que o dano mínimo que poderia ser causado é compensado pelo benefício potencial para muitos ao permitir o acesso ao conteúdo. Essa posição é sustentada por aqueles que consideram que o conhecimento acadêmico - em particular quando financiado com recursos públicos - deve ser tratado como um bem comum. Deste ponto de vista, a restrição causada pelo direito autoral

5.2 Resultados

Se observarmos a figura 6, notamos que nos três primeiros cenários as representações sobre a legalidade resultam em valores semelhantes: cerca de 45% consideram as ações em questão legais ou parcialmente legais. Por outro lado, aqueles relacionados à correção moral variam nos diferentes cenários, embora sempre permaneçam em níveis muito altos de aceitação. De fato, entre 64% e 95% da amostra, dependendo do cenário, consideram legítimo – correto ou parcialmente correto – baixar e circular literatura científica de qualquer forma (Sci-Hub, redes acadêmicas, etc.).

No mesmo sentido, se agruparmos as respostas nos quatro cenários em escalas de legalidade e correção moral (variando de -8 a 8), vemos que ao considerar a legalidade, 58% dos pesquisadores responderam valores negativos, enquanto em relação à moralidade, 89% o fizeram em valores positivos.

Figura 6. Separação entre a percepção de legalidade e correção moral



Fonte: elaboração própria.

é *malum in se*. E a violação destes, portanto, seria (na melhor das hipóteses) *malum prohibitum*, senão *bonum total* (Anderson, 2008).

Nos extremos, 56 pessoas (15%) consideraram as ações em todos os cenários ilegais, enquanto 19 (5%) consideraram as práticas em todos os cenários legais. Em contrapartida, nenhum respondente considerou que em todos os cenários a ação é moralmente errada. Ao contrário, 98 (27%) indicaram em todos os casos que a ação é legítima. A tabela 6 (abaixo) mostra isso com mais detalhes. Assim, observa-se uma separação fundamental entre legalidade e correção moral: para um grupo considerável dos que responderam à pesquisa, representar uma ação como ilegal não impede que ela seja considerada moralmente correta.

Qual a relação entre as diferenças de avaliação moral e jurídica e as ações apresentadas? Embora as representações sobre a legalidade permaneçam mais ou menos constantes em todos os cenários, as representações sobre a moralidade diminuem à medida em que os cenários progredem. Como pode ser visto, há uma forte legitimidade para o cenário um que é fortemente reduzida para o cenário dois. Esta queda é provavelmente explicada pela diferença das vias de acesso disponíveis: no primeiro caso, era a única via de acesso; no segundo, uma via legal alternativa estava disponível. Para um grupo de entrevistados (74), então, não ter outra via de acesso que não a ilegal poderia ser uma razão convincente para valorizar a ação como moralmente mais correta, ao passo que ter um acesso amplo a torna mais condenável.

Nos cenários três e quatro, as representações sobre a legalidade continuam em valores semelhantes aos dos cenários um e dois, enquanto as representações sobre a correção moral permanecem caindo. No cenário três, não se trata apenas de baixar (reproduzir) o trabalho, mas também de compartilhá-lo. Além disso, o acesso neste cenário é legal, ao contrário dos outros dois. Com base nos dados, podemos levantar a hipótese de que a queda no valor moral pode ser devido ao fato de o ato de compartilhar (comunicação pública) ser considerado menos legítimo do que baixar. Por sua vez, a relevância do artigo em questão pode ser uma razão convincente para avaliar positivamente o comportamento, o que pode explicar por que a queda não é tão abrupta. O cenário quatro é considerado o menos correto, embora a diferença com o anterior seja muito pequena. Nesse caso, o que é compartilhado é o próprio trabalho, mas sob uma proibição explícita de fazê-lo. Novamente, no campo hipotético, pode-se entender

que ou a proibição legal constitui uma razão para considerá-la mais problemática moralmente ou há uma confusão entre os níveis de legalidade e moralidade.

Agora, qual é a relação entre as representações sobre legalidade, correção e as demais variáveis em estudo? Com base na tabela 6 podemos aproximar algumas respostas.¹²

Tabela 6. Quartis de representações sobre legalidade e correção moral, segundo variáveis sociodemográficas e vias de acesso

Variáveis	> Legalidade	< Legalidade	> Correção	< Correção	Total
Legalidade	5.52	-6.92	0.37	-3.57	-1.27
Correção moral	6.18	2.93	8	-1.64	3.96
Acesso Ilegal	4.38	4.61	4.62	4.13	4.43
Acesso Legal Pago	1.84	2.64	2.02	2.86	2.36
Acesso legal gratuito	4.08	3.61	3.93	3.55	3.77
Não utilização da via ilegal	18	2	11	12	10

¹² Legalidade e correção moral são medidas em uma escala que vai de -8 a 8 (ver Metodologia). Os níveis de acesso são frequência de uso de diferentes caminhos de acesso, como médias baseadas em valores de 1 (nunca) a 5 (muito frequentemente). “Não utilização da via ilegal” refere-se ao percentual de pesquisadores que declaram não ter utilizado a via ilegal na questão dicotômica específica. Os “downloads anuais” apresentam uma média entre 1 (1 a 50) e 5 (mais de 500), enquanto os “downloads semanais” calculam a média dos valores absolutos dos downloads semanais declarados. “Escala CONICET” é uma referência ao lugar ocupado na escala institucional. Varia de 1 (bolsista de doutorado) a 8 (pesquisador emérito). “Área de Ciências Sociais” refere-se ao percentual de pesquisadores dessa grande área, que é a que apresenta maiores variações em relação à legalidade e correção moral. “Homens” refere-se àqueles que declaram o gênero masculino, que é a categoria que apresenta maiores diferenças. “Idade” refere-se à média da idade declarada. O “n” refere-se ao número de pesquisadores em cada grupo. A divisão em quartis assumiu um n de 92 em cada caso. No entanto, esse corte significou excluir do grupo observações com valores idênticos aos incluídos, então optou-se por utilizar os valores mais próximos do quartil em cada caso como linha de corte: > Legalidade: 8,7,6 e 5. <Legalidade -8,-7,-6,-5, >Correção Moral: 8, <Correção Moral -8,-7,-6,-5,-4,-3,-2,-1,0. A tabela carece dos testes correspondentes para estimar a significância da associação entre as variáveis, que esperamos adicionar na próxima versão deste trabalho.

Variáveis	> Legalidade	< Legalidade	> Correção	< Correção	Total
Downloads anuais	2.96	2.9	2.95	2.92	2.86
Downloads semanais	12.2	13.14	11.39	13.24	11.22
Escala CONICET	2.69	3.28	2.73	3.46	3.05
Área Ciências Sociais (%)	48	28	44	21	30
Homens (%)	31	46	53	42	41
Idade	38.44	40.07	37.67	41.54	39.27
n	90	105	94	76	91,25

Fonte: elaboração própria.

Aqueles que consideram em maior medida que todas as condutas expostas nos quatro cenários são legais tendem, relativamente ao total, a julgá-las também como moralmente corretas, a recorrer menos ao acesso legal pago e à via ilegal, e de certa forma recorrer mais ao acesso legal gratuito. No grupo, destacam-se os pesquisadores de menor escalão (média entre pós-doutorandos e pesquisadores assistentes), menor proporção de homens e maior presença das ciências sociais e humanas. Em contraste, o grupo dos que mais julgam as práticas descritas como ilegais também as considera em termos relativos menos moralmente corretas, é ínfima entre eles a não utilização de vias de acesso ilegais e há uma presença relativamente menor daqueles que investigam em ciências sociais.

Da perspectiva da correção, conforme indicado, o grupo que mais considera que as ações são moralmente corretas (inteiramente composto por aqueles que identificaram que as condutas estão corretas nos quatro cenários) tende a julgar as ações como mais legais que a média, declaram usar um pouco mais o acesso legal pago, estão relativamente mais abaixo na Escala CONICET, apresentam maior presença de ciências sociais e homens (este último em oposição ao grupo que julga maior legalidade).

Por fim, como também foi apontado, o grupo que expressa menos aceitação da correção moral não é muito extremo na condenação, e também julga uma ilegalidade nos comportamentos maior do que a média,

possui uma classificação um pouco superior na Escala CONICET e revela uma baixa participação da área das ciências sociais.

6 PUBLICAÇÕES

Esta seção explora se existem comportamentos diferenciais em relação às vias de acesso e outras variáveis para as quais temos informações. Os que mais publicam são os que dizem que acessam com mais frequência a literatura ilegalmente de forma gratuita? Ou é o contrário? Existe relação entre prioridades na escolha de um periódico/editor para publicar sua pesquisa e vias de acesso? Quem costuma usar a via ilegal compartilha mais de suas produções fora da publicação?

6.1 Produtividade

Em 2019-2020, aqueles que responderam à pesquisa¹³ disseram ter publicado, em média, entre quatro e cinco artigos (média: 4,8). Ao considerar os cargos que ocupam na instituição, foi encontrada uma correlação parcial entre o número de trabalhos declarados e a hierarquia (Tau b 0,45). Em suma, a produção é maior nas posições mais altas. E expressou-se uma disparidade de gênero: os homens afirmaram publicar até um artigo a mais que as mulheres (média de homens: 5,3; média de mulheres: 4,3). Agora, que características têm aqueles que dizem que publicam mais e aqueles que publicam menos? Quantos artigos geralmente acessam? Usam mais uma via de acesso que outra?

Para avançar nessa análise, os pesquisadores foram divididos em quartis (Tabela 7). Aqueles que indicaram que publicaram menos artigos em dois anos (quartil um) publicaram em média 1,2 artigos, o que pode estar relacionado, em parte, ao fato de o grupo ser composto majoritariamente por bolsistas de doutorado (53%). No que diz respeito à área disciplinar em relação à amostra, este quartil apresenta maior representação das Ciências Biológicas e da Saúde (32%) e menor das Ciências Sociais e Humanas (18%). A proporção de mulheres (62%) também se destaca.

¹³ Seis respondentes não preencheram esta seção, que teve, portanto, 362 respostas.

Em média, esse grupo fez o download de quase nove documentos em uma semana padrão. Em relação às vias de acesso, a mais utilizada é a ilegal (88%), superando ligeiramente a amostra, e é acessada em menor escala pela via legal paga (81% contra 76%). Da mesma forma, os canais de acesso direto (19% contra 31% do total) e de acesso legal gratuito (53% contra 60,5% do total) são utilizados com menor frequência.

No outro extremo, no quartil quatro, estavam as pessoas que publicaram em média dez artigos em dois anos. A maioria ocupa o cargo de Adjunto (28%) e Independente (22%). Da mesma forma, o quartil inclui quase todos os principais pesquisadores da amostra (15%). Em relação à área disciplinar, observou-se que o percentual de pesquisadores das Ciências Exatas e Naturais (30%) e das Ciências Sociais e Humanas (32%) é ligeiramente superior ao da amostra. Enquanto isso, a proporção de mulheres também é menor (45% contra 54% da amostra). Esse grupo acessou uma média de dezesseis documentos em uma semana padrão. Ao cruzá-lo com as vias de acesso, não foram encontradas diferenças importantes em relação aos percentuais totais da amostra.

Tabela 7. Quartis de publicação segundo variáveis demográficas e vias de acesso (n=362).

Variável	Q1	Q2	Q3	Q4	Amostra
Média de publicações em dois anos	1,2	3,1	4,8	9,9	4,8
Média de downloads em uma semana padrão	8,7	8,3	11,4	15,9	11,1
% via ilegal (frequentemente – muito frequentemente)	88%	78%	89%	85%	85%
% via ilegal (nunca-raramente-ocasionalmente)	12%	22%	11%	15%	15%
% via legal paga (frequentemente - muito frequentemente)	19%	29%	21%	28%	24%
% via legal paga (nunca-raramente-ocasionalmente)	81%	71%	79%	72%	76%
% acesso aberto (frequentemente - muito frequentemente)	53%	63%	67%	59%	60,5%

Variável	Q1	Q2	Q3	Q4	Amostra
% acesso aberto (nunca-raramente-ocasionalmente)	47%	37%	33%	41%	39,5%
% redes sociais (frequentemente - muito frequentemente)	19%	34%	31%	38%	31%
% redes sociais ou solicitando ao autor (nunca-raramente-ocasionalmente)	81%	66%	69%	62%	69%
% bolsistas	53%	30%	9%	4%	24%
% mulheres	62%	53%	58%	45%	54%
Total investigadores	90	90	90	92	362

Fonte: elaboração própria.

Em linhas gerais, percebe-se que não há associação entre produtividade e formas de acesso à literatura científica. Há, porém, uma pequena variação entre os que menos publicam: alegam usar menos tanto o acesso aberto quanto a via legal paga, enquanto acessam um pouco mais pela via ilegal.

6.2 ESCOLHA DA PUBLICAÇÃO

A pesquisa questionou sobre os aspectos considerados prioritários na hora de escolher onde publicar um trabalho. Para tanto, foram incluídas cinco opções, das quais até duas poderiam ser escolhidas. As que receberam mais respostas estão relacionadas ao reconhecimento disciplinar: 74% apontaram indicadores bibliométricos de impacto medidos em citações e 39% indicaram o prestígio da publicação. Por outro lado, 56% priorizaram a opção de que não haja custos de publicação e 11% que os preços sejam acessíveis. Ao considerar as grandes áreas disciplinares e a amostra total, observou-se que estas duas últimas opções foram selecionadas por um maior número de indivíduos das áreas de Ciências Agrárias, Engenharia e Materiais e Ciências Biológicas e da Saúde. A opção

relacionada à política de acesso aberto foi selecionada por 11%, sendo a maioria pessoas da área de Ciências Sociais (66%).

No que tange aos objetivos deste trabalho, indagou-se se havia relação entre a priorização de alguns aspectos com as diferentes vias de acesso. Quem prioriza não cobrar pela publicação utiliza com mais frequência a via ilegal? Quem coloca as políticas de acesso aberto antes de outras questões usa essa via com mais frequência? Aqueles que priorizaram o reconhecimento acessam com mais frequência pela via legal paga?

Ao cruzar a via ilegal com cada aspecto contemplado, as variações em relação à amostra não foram muito significativas. O mais notável é que aqueles que utilizam frequentemente a via de acesso legal gratuito coincidem com aqueles que colocam a política de acesso aberto em primeiro lugar na hora de escolher onde publicar (80% contra 61% da amostra). Enquanto isso, aqueles que optaram por opções relacionadas ao reconhecimento têm as mesmas formas de acesso à literatura que o restante da amostra.

Por fim, nos interessou conhecer a predisposição dos pesquisadores em compartilhar suas produções de forma livre e gratuita na web. Apenas 27% indicaram não compartilhar suas postagens antes ou depois da publicação, enquanto o restante indicou pelo menos uma das opções ou completou a outra. Do total, 46% afirmaram fazê-lo em repositórios institucionais, o que garante que esteja disponível em acesso aberto, e 49% em redes sociais acadêmicas ou sites pessoais.

É interessante notar que aqueles que acessam com mais frequência os textos por meio de canais ilegais não fazem upload de suas produções em sites para disponibilizá-las gratuitamente. Enquanto isso, aqueles que colocam seus trabalhos em repositórios (46%) estão um pouco mais associados àqueles que acessam com frequência por meios legais (55%). Assim, o fato de acessarem com maior frequência por sites ilegais não está relacionado às ações de divulgação que realizam de sua produção.

Em síntese, observa-se que esses indivíduos colocam suas produções em dois espaços: repositórios institucionais (onde a legislação nacional os obriga) e redes sociais ou sites pessoais (que são, segundo outros

estudos, os sites mais utilizados por pesquisadores para divulgar seu trabalho). As formas de acesso aos textos acadêmicos não estão vinculadas à divulgação de suas produções na web para consulta gratuita.

CONCLUSÕES

O estudo empírico realizado permitiu detectar um uso massivo e generalizado do acesso ilegal à literatura científica entre pesquisadores da Argentina que trabalham no CONICET de diferentes áreas do conhecimento, regiões geográficas, idades e gêneros. Entre os achados mais notáveis, destaca-se, por um lado, que o uso da modalidade de acesso ilegal não suplanta, mas coexiste com o uso de canais legais. Por outro lado, há uma dissociação marcante entre a representação quanto à legalidade e a percepção de correção quanto ao acesso e divulgação da literatura científica protegida por direitos autorais. Em outras palavras, que uma ação seja considerada ilegal não implica que ela também seja avaliada como errada. Em terceiro lugar, as motivações que explicam o uso massivo de vias ilegais combinam aspectos práticos e avaliativos. Entre os primeiros, destacam-se a impossibilidade de acesso de outra forma e a facilidade de uso em relação aos serviços jurídicos. Entre estes, destaca-se a rejeição do negócio editorial em torno da literatura científica (embora não tenha se estabelecido posteriormente como o principal critério na escolha do local de publicação).

Este trabalho tem várias limitações. Em primeiro lugar, os pesquisadores do CONICET são um grupo importante, mas não representativo do total dos que investigam na Argentina, de modo que as conclusões não podem ser extrapoladas para além desse universo. Em segundo lugar, a análise que foi feita é preliminar e requer maior refinamento estatístico. Terceiro, as descobertas de nosso trabalho de campo não foram vinculadas no texto com as descobertas da literatura internacional. Versões futuras deste trabalho terão que resolver esses problemas. Esperamos, posteriormente, poder contrastar os dados obtidos com as práticas e representações em outras organizações científicas, tecnológicas e educacionais. Da mesma forma, está em estudo a possibilidade de replicar essa

pesquisa em nível internacional para melhor avaliar as características apresentadas pelos pesquisadores do CONICET.

Outra limitação refere-se à inserção da dinâmica estudada no futuro capitalista. Embora o acesso através de *paywalls* continue sendo importante, o negócio editorial está migrando rapidamente para o modo de acesso aberto dourado corporativo (ou seja, cobrando dos autores). É um movimento que inclui, mas supera a indústria editorial acadêmica e é característico da segunda fase do capitalismo informacional (YouTube, WhatsApp, Coursera, Red Hat, entre outros). O lucro surge cada vez mais da abertura e menos dos fechamentos. Os produtos de acesso aberto estão se tornando difundidos em parte como resposta à incapacidade de limitar as traduções não pagas de conhecimento, particularmente cópias ilegais de informações digitais. Não incorporamos a relação entre acesso ilegal gratuito, tendências de publicação e esses modelos de ganhos baseados em abertura, mas esperamos fazê-lo em trabalhos futuros.

Por fim, este trabalho abre caminho para futuras linhas de pesquisa sobre uma possível tensão entre os direitos de propriedade intelectual e o direito de investigar e as vantagens que as traduções não pagas de conhecimento podem ter para o campo científico. Conforme analisado, a publicação científica se enquadra na órbita dos direitos autorais, respaldada por um importante arcabouço jurídico internacional e nacional. Nos casos em que a pesquisa é publicada por editoras privadas, geralmente é solicitada a transferência exclusiva dos direitos de reprodução, para que a titularidade dos direitos sobre o conhecimento passe dos cientistas para os editores. Vários tratados internacionais estabelecem o escopo dos direitos autorais, bem como permitem que os membros estabeleçam algumas limitações e exceções. A maior parte da legislação mundial está de acordo com esses regulamentos globais. Mas, enquanto alguns países fazem uso de flexibilidades para favorecer processos internos de desenvolvimento, outros têm uma estrutura legal muito rígida e inclusive, como no caso argentino, mais restritiva do que a norma internacional.

O acesso a publicações científicas é fundamental para a tarefa investigativa. Conforme discutimos nas seções quatro e cinco, os pesquisa-

dores usam uma variedade de vias para acessar o material de que precisam, independentemente de sua legalidade. Os direitos de propriedade intelectual às vezes constituem uma barreira ao acesso e podem colidir com outros direitos. Por exemplo, evidências empíricas no campo da medicina mostram que a falta de acesso dificulta a pesquisa, enquanto as exceções de direitos autorais a tornam mais fácil, e que o acesso precário à literatura médica em países de baixa renda diminuiu a produção publicada (Adcock e Fottrell, 2008; Gowers, 2006).

Em vez disso, a apropriação não paga do conhecimento em várias formas pode melhorar muito o acesso. Chegou-se mesmo a propor o abandono de denominações como “exceções para pesquisa” ou “para estudo pessoal” para se referir a um “direito à pesquisa”, a fim de melhor indicar a relação direta dessas atividades com os direitos fundamentais (Flynn et al., 2020). O direito de investigar inclui atos de troca e comunicação de informações entre pesquisadores, necessários para permitir a colaboração, validar o conhecimento e acelerar o progresso científico (Díaz Charquero, 2021).

Assim, o direito de investigar coincide com a história do desenvolvimento econômico no que diz respeito à importância das traduções não pagas do conhecimento nos processos de acumulação cognitiva. A tradução gratuita do conhecimento não é uma exceção aleatória, um mal circunstancial, mas um componente bem conhecido dos processos de desenvolvimento. Naturalmente, cabe a quem exerce a função pública definir as formas, valores e circunstâncias em que ela deve ser administrada. Mas este trabalho mostrou que pelo menos os cientistas e as cientistas do CONICET declaram ter práticas nas quais – tácita ou explicitamente – reconhecem a importância da tradução não remunerada do conhecimento. Qualquer estratégia sobre o desenvolvimento do conhecimento produtivo argentino, sobre ciência, tecnologia e inovação locais, deve abordar esse debate o quanto antes.

Declaração de conflito de interesse

Os autores declaram que não há conflito de interesse.

Financiamento

Os autores não receberam apoio financeiro específico para a pesquisa, autoria e/ou publicação deste artigo.

Dados de pesquisa

Os dados estarão disponíveis em acesso aberto em breve no Portal de Dados Primários de Acesso Aberto de Ciência e Tecnologia da Argentina (DACyTAR) <https://dacytar.mincyt.gob.ar/> de acordo com as disposições da Lei Nacional 26.899.

REFERÊNCIAS

ADCOCK J.; FOTTRELL E. (2008). The North-South information highway: case studies of publication access among health researchers in resource-poor countries. **Glob Health Action**, 13(1). <https://doi.org/10.3402/gha.v1i0.1865>

ANDERSON, R. (2018). **Is Copyright Piracy Morally Wrong or Merely Illegal?** The Malum Prohibitum/Malum in Se Conundrum [mensagem em el blog The Scholarly Kitchen]. Recuperado de <https://scholarlykitchen.sspnet.org/2018/04/30/copyright-piracy-morally-wrong-merely-illegal-malum-prohibitum-malum-se-conundrum/>. Acesso em: 09 out. 2021.

BOHANNON, J. (2016). Who's downloading pirated papers? Everyone. **Science**, 352(6285), 508-512. <https://doi.org/10.1126/science.352.6285.508>

BOUTANG, Y. M. (2011). **Cognitive Capitalism**. Cambridge: Polity Press.

BONGIOVANI, P. C.; GUARNIERI, G.; BABINI, D.; LÓPEZ, F. A. (2014). Acceso abierto en la Universidad Nacional de Rosario. Necesidades y prácticas de los docentes/investigadores. **Información, Cultura y Sociedad**, 30, 13-33. <https://doi.org/10.34096/ics.i30.664>

Budapest Open Access Initiative (2002). Recuperado 24 de mayo de 2021, de <https://www.budapestopenaccessinitiative.org/>

CASTELLS, M. (1996). **The Rise of the Network Society**. Vol. I of The Information Age: Economy, Society and Culture. Malden, MA; Oxford, UK: Blackwell.

Cátedra Libre Ciencia, Política y Sociedad (2018). Publicaciones científicas. Ciencia, tecnología y política, 1(1), e005. <https://doi.org/10.24215/26183188e005>

DÍAZ CHARQUERO, P. (2021). Flexibilidades al derecho de autor en América Latina. **Datysoc y Fundación Karisma**. Recuperado de <https://datysoc.org/wp->

-content/uploads/2021/04/Flexibilidades-DDAA-Latam.pdf. Acesso em: 09 out. 2021.

FLYNN, S.; GEIGER, C.; QUINTAIS, J.; MARGONI, T.; SAG, M.; GUIBAULT, L.; CARROLL, M. W. (2020). Implementing user rights for research in the field of artificial intelligence: A call for international action (SSRN Scholarly Paper ID 3578819). **Social Science Research Network**. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3578819>

FLYNN, S.; PALMEDO, M. (2017). **The User Rights Database**: Measuring the Impact of Copyright Balance (December 4, 2017). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3082371>

FUCHS, Ch. (2010). Labor in informational capitalism and on the Internet. **The Information Society**, 26 (3), 179-96.

FUSHIMI, M., PENÉ, M. G., SANLLORENTI, A. M., y UNZURRUNZAGA, C. (2021). Repositorios universitarios argentinos en coyuntura: desarrollo y perspectivas de sus gestores. **Ciencia, Docencia y Tecnología**, 32(62). <https://doi.org/10.33255/3262/924>

GARDNER, G.J., MCLAUGHLIN, S.R., y ASHER, A.D. (2017). **Shadow libraries and you**: Sci-hub usage and the future of ill. En ACRL 2017, Baltimore, Maryland, March 22–25, 2017. Recuperado de <http://www.ala.org/acrl/sites/ala.org/acrl/files/content/conferences/confsandpreconfs/2017/ShadowLibrariesandYou.pdf>. Acesso em: 09 out. 2021.

GUÉDON, J. (2011). El acceso abierto y la división entre ciencia “principal” y “periférica”. **Crítica y Emancipación**, 6, 135-180. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/11889704.pdf>. Acesso em: 09 out. 2021.

GONZÁLEZ-SOLAR, L.; FERNÁNDEZ-MARCIAL, V. (2019). Sci-Hub, a challenge for academic and research libraries. **El profesional de la información**, 28(1), e280112. <https://doi.org/10.3145/epi.2019.ene.12>

GOWERS, A. (2006). **Gowers Review of Intellectual Property, HMSO**. Recuperado de https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pbr06_gowers_report_755.pdf. . Acesso em: 09 out. 2021.

GRESHAKE, B. (2016). Correlating the Sci-Hub Data with World Bank Indicators and Identifying Academic Use. **The Winnower**, 3, e146485.57797. <https://doi.org/10.15200/winn.146485.57797>

HARO SLY, M.; LIAUDAT, S. (2021). ¿Qué Podemos aprender de China en política científica y tecnológica? **Ciencia, tecnología y política**, 4 (6), e052. <https://doi.org/10.24215/26183188e052>

KJELLSTRÖM, Z. (2019). **Black Open Access in Sweden**: A study on the perceptions on and usage of illicit repositories of academic documents [Tesis de maestría, Universidad de Lund, Suecia].

LARIVIÈRE, V.; HAUSTEIN, S.; MONGEON, P. (2015) The Oligopoly of Academic Publishers in the Digital Era. **PLoS ONE**, 10(6), e0127502. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0127502>

LIAUDAT, S. (2021). **Stevia**: conocimiento, propiedad intelectual y acumulación de capital. Buenos Aires: Prometeo.

LIAUDAT, S.; TERLIZZI, S.; ZUKERFELD, M. (2020) Piratas, virus y periferia: la apropiación impaga de conocimientos en el capitalismo, del PLACTS a la COVID-19. **Argumentos**, 22, 40-81.

LUND, A., y ZUKERFELD, M. (2020). **Corporate's use of openness**: profit for free? Londres: Palgrave MacMillan.

MACHIN-MASTROMATTEO, J.D.; URIBE-TIRADO, A.; ROMERO-ORTIZ, M.E. (2016). Piracy of scientific papers in Latin America: An analysis of Sci-Hub usage data. **Information Development**, 32(5), 1806-1814. <https://doi.org/10.1177/0266666916671080>

MONTI, C., y UNZURRUNZAGA, C. (2021). Acceso a la literatura científica desde Sci-Hub. **Hipertextos**, 8(14), 111-136. <https://doi.org/10.24215/23143924e022>

NICHOLAS, D.; BOUKACEM-ZEGHMOURI, C.; XU, J.; HERMAN, E.; CLARK, D.; Abrizah, A.; ... ŚWIGOŃ, M. (2019). Sci-Hub: The new and ultimate disruptor? View from the front. **Learned Publishing**, 32(2), 147-153. <https://doi.org/10.1002/leap.1206>

POSADA, A.; CHEN, G. (2018). Inequality in Knowledge Production: The Integration of Academic Infrastructure by Big Publishers. **ELPUB 2018**, Jun 2018, Toronto, Canadá. <https://doi.org/10.4000/proceedings.elpub.2018.30.hal-01816707>

RIVERA LÓPEZ, E. (2015). Derecho y bioética. En J. L. Fabra Zamora y E. Spector (Eds.), **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho** (Vol. 3). México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/28.pdf>. Acceso em: 09 out. 2021.

TRAVIS, J. (2016). In survey, most give thumbs-up to pirated papers. **Science news**, May 6th. <https://doi.org/10.1126/science.aaf5704>

TRUCCO, M. F. (2007). Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. **Sistema Argentino de Información Jurídica** (SAIJ). Id SAIJ: DASF070025. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasf070025-trucco-relaciones_entre_derecho_internacional.htm. Acceso em: 09 out. 2021.

VERCELLONE, C. (2011). **Capitalismo cognitivo**: renta, saber y valor en la época posfordista. Buenos Aires: Prometeo.

ZUKERFELD, M. (2016). La piratería Des-comunal: Los orígenes de la acumulación capitalista de conocimientos. **Con-Ciencia Social**, 20, 31-41.

ZUKERFELD, M. (2017). **Knowledge in the Age of Digital Capitalism**: An Introduction to Cognitive Materialism. Londres: University of Westminster Press.

ZUKERFELD, M.; Liaudat, S.; Terlizzi, M.S.; Monti, C.; Unzurrunzaga, C. (2021). **Un fantasma recorre la ciencia, el fantasma de la piratería**. Prácticas y representaciones acerca del acceso a la literatura científica [Informe preliminar de investigación]. Recuperado de <https://bit.ly/PyDG21>. Acesso em: 09 out. 2021.

RRDDIS

LA “OBRA” CREADA POR UN SISTEMA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL AUTÓNOMO: Reflexiones desde el pos-antropocentrismo para el Derecho español de la Propiedad Intelectual

The “work” created by an autonomous artificial intelligence system: Reflections from post-anthropocentrism for Spanish Intellectual Property Law

Susana Navas Navarro¹

RESUMEN:

En este estudio se intenta poner de relieve el excesivo antropocentrismo imperante en el Derecho y se defiende el dar espacio a otras entidades no humanas que podrían llegar a ser titulares de derechos y/o de obligaciones. En este sentido, se plantean los problemas legales para que un sistema de inteligencia artificial pueda considerarse autor, así como que el resultado generado por éste sea calificado de obra. La necesidad de un mínimo de altura creativa para que una obra humana sea considerada original debe de ponerse en cuestión cuando se trata de valorar la originalidad de la obra generada por una máquina inteligente. A modo de reflexiones finales se plantea cómo podría abordarse la regulación de las obras generadas por sistemas de inteligencia artificial en la legislación española de propiedad intelectual.

Palabras claves: obra; inteligencia artificial; creatividad; autor; antropocentrismo.

ABSTRACT:

This study attempts to highlight the excessive anthropocentrism prevailing in the Law and defends giving space to other non-human entities that could become holders of rights and/or obligations. In this sense, the legal problems arise so that an artificial intelligence system can be considered an author, as well as that the result generated by it be qualified as a work. The need for a minimum creative height for a human work to be considered original must be questioned when it comes to assessing the originality of the work generated by an intelligent machine. By way of final reflections, it is proposed how the regulation of works generated by artificial intelligence systems could be addressed in Spanish intellectual property legislation.

Keywords: work; artificial intelligence; creativity; author; anthropocentrism.

¹ Professora Catedrática de Direito Privado na Universidade Autônoma de Barcelona desde 2007 e Chefe do Departamento de Direito Privado desde 2018. Membro da Associação de Professores de Direito Civil (APDC) e da Associação Henri Capitant. Membro do Conselho Científico do RAILS – Expert Group on Artificial Intelligence, Membro da ASEDA (Asociación para el estudio y la enseñanza del Derecho de Autor).

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. **1.** SERES HUMANOS, ANIMALES, VEGETALES, MÁQUINAS INTELIGENTES; **2.** EL SISTEMA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL AUTÓNOMO; **3.** EL ANTROPOCENTRISMO DEL DERECHO DE AUTOR EN CUESTIÓN; **4.** EL AUTOR “PERSONA NATURAL”. EL SISTEMA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO “AUTOR”. CAUSALIDAD NATURAL Y JURÍDICA; **5.** LA ORIGINALIDAD DE LA OBRA Y SU PROCESO DE CREACIÓN; **5.1.** EL CRITERIO DEL “MÍNIMO DE ALTURA CREATIVA”; **5.2.** CREATIVIDAD DE LA PERSONA Y DEL SISTEMA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL AUTÓNOMO. RECURRIENDO AL CRITERIO DE LA “NOVEDAD”; ALGUNAS REFLEXIONES FINALES; REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

1 SERES HUMANOS, ANIMALES, VEGETALES, MÁQUINAS INTELIGENTES

El Derecho es antropocéntrico. Siempre ha girado alrededor del ser humano. Está hecho por y para el ser humano. Es él el único al que se atribuye personalidad jurídica, por el hecho de nacer (arts. 29-30 CC), lo que implica convertirse en sujeto de derecho. Existe una excepción, como es conocido, cuando se trata de la consecución de unos mismos fines por varios individuos, en cuyo caso pueden actuar como si fueran uno solo mediante la constitución de una persona jurídica (art. 35 CC). Es la primera abstracción (ficción) legal de la persona². Sin embargo, también existen patrimonios sin titular afectos a una finalidad a los que se aplica esta ficción legal, es decir, que se finja que son una “persona” pero “jurídica”, para actuar en el tráfico jurídico como un único sujeto. Es el caso, por ejemplo, de las fundaciones que persiguen finalidades de interés general (art. 35.1 CC).

² Ngaire Naffine, “Legal Persons as Abstractions: The Extrapolation of Persons from the Male Case” en Visa A. J. Kurki, Tomasz Pietrykowski (eds.), **Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn**, Springer, 2017, p. 16.

Desde el siglo XIX, a partir sobre todo de F. C. v. Savigny³, se ha venido atribuyendo a la persona, en la medida en que por el mero hecho del nacimiento adquiere personalidad jurídica, como decía, la condición de sujeto de derecho⁴. Desde entonces no se ha revisado este planteamiento. Parece que, como paso previo, a ser sujeto de derecho es la necesidad de que se le atribuya personalidad jurídica. Así, sin personalidad jurídica no se puede ser sujeto de derecho ya que la condición para ser sujeto de derecho es ser “persona”. Por eso, al situar en el centro a la persona física o natural, los grupos de personas o los patrimonios, para poder ser sujetos de derechos, deben emular a aquélla y eso se hace atribuyéndoles “personalidad jurídica”. La atribución de personalidad jurídica va fuertemente vinculada a la idea de “persona física”. Por ello, en otros supuestos debe “fingirse” que lo son mediante la atribución de personalidad jurídica. Se convierten en “personas” pero “jurídicas”. Esto supone que para que entidades diferentes al ser humano puedan llegar a ser sujetos de derecho, se les debe atribuir mediante ley, como paso previo, personalidad jurídica. Sin la atribución legal de personalidad jurídica no se puede ser sujeto de derecho. Esto es así en la medida en que se pretende imitar o emular a la persona física. Precisamente, ello ha supuesto un obstáculo para que otras entidades o seres sintientes puedan llegar a convertirse en sujetos de derechos puesto que no se les atribuye personalidad jurídica al no considerarse equiparables al ser humano. Ahora bien, que la consecuencia de la atribución de personalidad jurídica sea el convertirse en sujeto de derecho, no debería llevar necesariamente a que sea cierta la proposición contraria; a saber, que, para ser sujeto de derecho, se tenga que atribuir previa y necesariamente personalidad jurídica.

Es decir, en la medida en que la atribución de “sujeto de derecho” es una atribución que hace la ley, es pensable que se pueda asignar esa

³ Friedrich Carl von Savigny, **System des heutigen Römischen rechts** (Veit 1840) § 60.

⁴ Visa A. J. Kurki, “Why Things Can Hold Rights: Reconceptualizing the Legal Persons” en Visa A. J. Kurki, Thomasz Pietrykowski (eds.), **Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn**, Springer, 2017, pp. 71-74. Del mismo autor, vid. Visa A. J. Kurki, **A theory of legal personhood**, Oxford University Press, 2019, pp. 36 ss.

condición a un ente no-persona como, por ejemplo, a los animales⁵. En relación con éstos, tanto los legisladores nacionales⁶ como el internacional⁷ han eliminado su adscripción a la categoría de “cosas” sin, por supuesto, convertirse en “personas”. De esta forma, se considera a estos “seres sintientes” como un *tertium genus*, a caballo entre las cosas y las personas, cuando de hecho, deberían considerarse una categoría propia independiente de las otras dos con un estatuto jurídico propio autónomo respecto de las cosas y de las personas (arg. ex nuevo futuro art. 333.1 CC: “Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad”⁸; art. 511-1.3 CCCat: “Los animales, que no se consideran cosas, ...”). Como seres sintientes se les protege llegando a considerarse que ostentan “derecho a su bienestar”⁹. Los estudiosos del derecho animal, así como los activistas en este ámbito, abogan porque los animales puedan ser sujetos de derechos¹⁰, al menos, sujeto de un solo derecho sin que ello implique que se les tenga que asignar necesariamente personalidad jurídica: el derecho a ser protegidos, respetada su integridad física y psíquica, a que los poderes públicos desarrollen las políticas necesarias para garantizarles su bienestar¹¹. Este

⁵ Tomasz Pietrykowski, “The Idea of Non-Personal Subjects of Law” en Visa A. J. Kurki, Tomasz Pietrykowski (eds.), **Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn**, Springer, 2017, pp. 60-63.

⁶ Recientemente, vid. Eva Bernet Kempers, “Neither Persons Nor Things: The Changing Status of Animals in Private Law”, *ERPL*, 2021/1, pp. 39-70; Marita Giménez Candela, **Transición animal en España**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 159-257.

⁷ Sabine Brels, “La protección del bienestar animal: una preocupación universal que se debe considerar globalmente y seriamente en Derecho internacional”, mayo 2012, derechoanimal.info, online: https://ddd.uab.cat/pub/da/da_a2012v3n2/da_a2012v-3n2a5.pdf. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

⁸ Proposición de Ley 122/000134 de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, XIV Legislatura, BOCG, CD, serie B, 26.3.2021, núm. 157-1, p. 1.

⁹ Declaración universal sobre el bienestar animal. Online: <https://www.oie.int/doc/ged/D4080.PDF>. Fecha de la consulta: septiembre 2021; Marita Giménez Candela, **Transición animal**, pp. 35 ss.

¹⁰ Sobre ello, vid. El estudio exhaustivo de Marita Giménez Candela, **Transición animal**, pp. 35 ss. Asimismo, Tomasz Pietrykowski, “The Idea of Non-Personal Subjects of Law”, pp. 60 ss.

¹¹ Para la implementación de políticas de bienestar animal, vid. <https://www.oie.int/es/bienestar-animal/eventos/>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

es un paso importante tendente a la dilución del antropocentrismo en el Derecho.

Si bien en el respeto del bienestar animal se ha avanzado -probablemente no todo lo deseable, pero se ha avanzado-, en el mundo de los vegetales no se está más que empezando. En efecto, siendo, como son, seres vivos, también seres sintientes; sin embargo, prácticamente no merecen atención y, aún menos, estudio desde el Derecho. De hecho, para la vida humana son más relevantes los vegetales que los animales: sin vegetales no hay vida, en cambio, sin animales sí que puede existir¹². Los vegetales, como seres sintientes, son acreedores del derecho a que se respete su bienestar. Bienestar vegetal podría denominarse. No sería necesario atribuirles personalidad jurídica al ir ligada ésta al hecho de ser persona, pero sí podrían ser merecedores de entrar en la categoría de “sujeto de derecho”. A medida que se vaya reconociendo la importancia del mundo vegetal, se lo valore, y se le atribuyan derechos, se seguirá diluyendo el antropocentrismo en el Derecho.

La atribución de derechos a la naturaleza¹³ o, si no a la naturaleza en abstracto, al menos, sí a bosques, glaciares¹⁴ o ríos¹⁵, otorgándole, si

¹² Stefano Mancuso, **Inteligencia y sensibilidad de los vegetales**, pp. 22-24.

¹³ Ecuador reconoció derechos a la naturaleza en su Constitución mediante una modificación llevada a cabo el 20 de octubre de 2008 (arts. 71 a 74). Online: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

¹⁴ En La India, en 2017, un tribunal declaró que los glaciares del Himalaya tenían derechos (<https://www.theguardian.com/environment/2021/may/01/florida-rights-of-nature-lawsuit-waterways-housing-development>. Fecha de la consulta: septiembre 2021).

¹⁵ Elizabeth Macpherson, Erin O'Donnell, “¿Necesitan derechos los ríos? Comparando estructuras legales para la regulación de los ríos en Nueva Zelanda, Australia y Chile”, **Revista de Derecho Administrativo Económico**, núm. 25, julio-diciembre 2017, pp. 95-120. En Suiza, vid. las consideraciones hechas por la CENH (Commission fédérale d'éthique pour la biotechnologie dans le domaine non humain), **La dignité de la créature dans le règne végétal**. La question du respect des plantes au nom de leur valeur morale. Se puede consultar online: <https://www.ekah.admin.ch/inhalte/ekah-dateien/dokumentation/publikationen/f-Broschure-Wurde-Pflanze-2008.pdf>. Fecha de la consulta: septiembre 2021. Por su parte, en Estados Unidos, se ha admitido, en mayo de 2021, por el Tribunal de Florida (9º circuito), que los lagos y arroyos puedan ostentar derechos. En Bangladesh se atribuyen derechos a todos los ríos del país desde 2019 (online: <https://www.theguardian.com/environment/2021/may/01/florida-rights-of-nature-lawsuit-waterways-housing-development>. Fecha de la con-

bien, como paso previo, otorgándole personalidad jurídica al tener siempre y necesariamente al antropocentrismo como eje, está realmente en un estadio muy embrionario¹⁶. Aún así desde la Unión Europea se está trabajando en una Carta de derechos fundamentales de la naturaleza¹⁷.

En esta línea de pensamiento, si se deja de atribuir necesariamente personalidad jurídica para poder ser sujeto de derecho entendiendo que, si bien toda persona física tiene personalidad jurídica desde su nacimiento y de ahí que sea sujeto de derecho, no todo sujeto de derecho ha de ser una persona o ha de atribuírsele personalidad jurídica para poder serlo, se abre el abanico de posibilidades para que otros seres o entidades no se vean privados de ser “sujeto de derecho”. La atribución de personalidad jurídica representa, en estos casos, un obstáculo debido a su difícil equiparación a la persona humana. Admitir este planteamiento, llevaría a reconsiderar la ficción legal respecto de los patrimonios sin titular en el sentido de que podrían ser sujetos de derecho sin tener necesariamente que atribuírseles personalidad jurídica. Esta idea podría aplicarse, por ejemplo, el Derecho civil de Cataluña, a los “patrimonios protegidos” destinados a satisfacer las necesidades vitales de la persona con discapacidad o dependiente, patrimonios sin titular, que son administrados por una persona (física o jurídica), a los cuales no se les atribuye personalidad¹⁸.

sulta: septiembre 2021. La declaración universal de los derechos de los ríos puede consultarse online: <https://www.rightsofrivers.org/#declaration>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

¹⁶ Acerca de esta cuestión, vid. las acertadas reflexiones de Stefano Mancuso, **Inteligencia y sensibilidad de los vegetales**, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2ª. ed., 2015, pp. 107 ss. Además, vid. la interesante web: <https://www.acima.es/2020/10/los-derechos-de-la-naturaleza/#:~:text=En%20lugar%20de%20tratar%20la,y%20regenerar%20sus%20ciclos%20vitales>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

¹⁷ “Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature”, estudio encargado por el Comité europeo económico y social (diciembre, 2019). Online: <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-03-20-586-en-n.pdf>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

¹⁸ El art. 227-2.1 CCCat alude a “patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica”. En el ámbito estatal, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, del 19 de noviembre de 2003) considera a este patrimonio una masa patrimonial separada de la que es titular la persona con discapacidad.

De hecho, el estatuto jurídico del “sujeto de derecho-no persona” debería definirse y delimitarse en cada caso concreto. Así, en algunos casos, se atribuiría un solo derecho; en otros, varios; en otros, además de derechos, se atribuirían obligaciones.

Sin asumir todavía que los vegetales y la naturaleza, también seres sintientes, pueden merecer la consideración de titulares de derechos, se ha venido planteando la atribución de personalidad a los sistemas de inteligencia artificial (en adelante, IA), la denominada “personalidad electrónica”¹⁹, que, al menos de momento, se ha descartado al partir del discurso de que solo los seres humanos tienen personalidad y que, por tanto, a un sistema de IA por mucho que exhiba capacidades similares al humano, incluso que físicamente se asemeje a él, como en el caso de los denominados robots asistenciales (*embodied AI*), no se le puede atribuir tal personalidad.

Ahora bien, si se deja de pensar en clave “ser humano=personalidad jurídica=sujeto de derecho” y se piensa en clave “ser humano/no-ser humano=sujeto de derecho” podría aceptarse la atribución a un sistema de IA de la condición de “sujeto de derecho”. De todos modos, en la medida en que un sistema de IA revista diferentes grados de autonomía, en función de la mayor o menor intervención humana en cuanto a su vigilancia, podría atribuirse esa calificación solo a aquellos sistemas autónomos no supervisados, en los que la intervención humana se encuentra en la inicial concepción del sistema sin que se imaginen los resultados a los que conduce el funcionamiento del mismo, los cuales pueden ser el resultado del algoritmo creado por el algoritmo primigenio como en el caso de los denominados “algoritmos genéticos”. Consiguientemente, la imputación objetiva de este resultado a la persona difícilmente podría establecerse sobre la base de la previsibilidad y de la teoría de la causalidad

¹⁹ Sobradamente conocida, a este respecto, es la resolución del Parlamento Europeo el 16 de febrero de 2017 acerca de “*Civil law rules on Robotics*” donde se planteó por primera vez esta atribución de personalidad a las máquinas inteligentes (P8_TA(2017)0051). Vid. Gerald Spindler, „Roboter, Automation, künstliche Intelligenz, selbst-steuernde Kfz – Braucht das Recht neue Haftungskategorien?“, *CR* 12/2015, pp. 774-775.

adecuada²⁰. Estos últimos tipos de sistemas son los que interesan a este trabajo. Reconocerles su condición de “sujetos de derecho” supone permitir que coexistan con los humanos, con los animales, con los vegetales y con la naturaleza. Es decir, supone que siga poniéndose en entredicho, aunque solo sea un poco, el antropocentrismo del Derecho porque se reconocería como sujetos de derecho solo a aquellos que exhibieran una autonomía “casi” idéntica a la humana²¹.

Y es que en el mundo de la IA se intenta emular al cerebro humano (IA fuerte²²) persiguiendo incluso superarlo (superinteligencia artificial²³), cosa que no sucede en el ámbito animal ni en el vegetal. En ambos, sin embargo, los investigadores han constatado la existencia de “inteligencia”²⁴, diferente a la del hombre, pero, al fin y al cabo, “inteligencia” entendida ésta, de forma sencilla, como la capacidad de resolver problemas²⁵. Dicho con otras palabras, se debería asumir que la inteligencia humana es una de las posibles inteligencias que pueden existir. Las máquinas que, en este contexto, se identifican con los sistemas de IA, tienen su “propia” inteligencia que no tiene porqué ser o acercarse tan siquiera a la humana. Incluso las máquinas entre ellas pueden exhibir “inteligencias” diferentes²⁶. De hecho, éstas no tienen porqué asemejarse

²⁰ En ello me centro posteriormente en el apartado III.1.

²¹ Visa A. J. Kurki, **A theory of legal personhood**, pp. 178 ss.

²² La IA fuerte es la que muestra capacidades cognitivas idénticas a las del humano. Estas máquinas tendrían conciencia, emociones, y actuarían de la misma manera que lo hace un humano (Ray Kurzweil, **How to create a mind. The secret of human thought revealed**, Penguin Books, New York, 2013, *in totum*).

²³ Se refiere a aquel sistema que exhibe capacidades superiores al humano en todos los ámbitos (Bostrom, Nick, **Superintelligence. Paths, Dangers, Strategies**, Oxford University Press, Oxford, 2014, *in totum*).

²⁴ Stefano Mancuso, **Inteligencia y sensibilidad de los vegetales**, p. 117; Daniel C. Dennett, **De las bacterias a Bach. La evolución de la mente**, traducción de Marc Figueras, Pasado & Presente, Barcelona, 2017, pp. 86 ss.

²⁵ Los enfoques, las técnicas y las capacidades varían según a qué entidad humana o no humana nos refiramos. Sobre ello, vid. Mark Coeckelbergh, **Ética de la inteligencia artificial**, Cátedra, 1ª ed., trad. Lucas Álvarez Canga, Madrid, 2021, pp. 23 ss.

²⁶ Richard Susskind, Daniel Susskind, **El futuro de las profesiones. Cómo la tecnología transformará el trabajo de los expertos humanos**, editorial Teell, trad. por Juan Carlos Ruiz Franco, Zaragoza, 2016, pp. 263 ss.

a los humanos, ni tienen porqué tener la misma inteligencia que éstos ni tienen porqué hacer cosas similares a nosotros. Son diferentes formas de inteligencia. En lugar de competir debería establecerse una suerte de colaboración con ellas. En este sentido, no necesitamos “reconstruir” al ser humano, sino entender que la visión antropocéntrica del mundo se va paulatinamente diluyendo²⁷.

En definitiva, la visión excesivamente antropocéntrica del Derecho a veces es un obstáculo para dar soluciones a los nuevos problemas y desafíos que tiene el ser humano ante sí. Ahora mismo el inminente es el de la IA. Nunca un cambio de paradigma a todos los niveles había estado tan cerca y se había originado tan rápido como el que se vive. El Derecho elaborado por humanos para los humanos, sin embargo, parece, hoy por hoy, bastante ajeno a ello.

A partir de estas disquisiciones organizo la exposición sobre la base del antropocentrismo del Derecho de autor, si bien enfatizando cómo podría ser posible dentro de este ámbito una convivencia pacífica entre las normas reguladoras del autor-persona humana y del autor-sistema de IA. En ambos casos, el objeto central de estudio es la creación, a la que se puede denominar “obra”, si reúne determinados requisitos, derivada de la actuación o comportamiento de un sistema de IA autónomo o donde la intervención humana se concreta en un estado tan inicial que no puede establecerse la causalidad jurídica con ella. En el siguiente apartado, no obstante, como paso previo, explico qué entiendo por aquél.

Conocido es ya *The Next Rembrandt*, sistema que generó una pintura con un estilo extraordinariamente similar al del pintor²⁸ o el caso del *Portrait of Edmond de Béliamy* vendido por *Christies* por un valor de

²⁷ Donna Haraway, “A Cyborg Manifesto: Science, Technology, and Socialist-Feminism in the Late Twentieth Century”, **Simians, Cyborgs and Women. The Reinvention of Nature**, Nueva York, Routledge, 1991, pp. 149-181; Rosi Braidotti, **El conocimiento posthumano**, Gedisa, 1ª ed., trad. por Júlia Ibarz, Barcelona, 2020, pp. 10 ss.

²⁸ <https://www.nextrembrandt.com/>. Fecha de la consulta: septiembre 2021. Vid. Andrés Guadamuz, “La inteligencia artificial y el Derecho de autor”, online https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/05/article_0003.html. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

432.500 USD²⁹. También el “*E-David*”, creado por la Universidad de Konstanz (Alemania), es conocido por sus exposiciones de cuadros que crea a partir de las fotos que él mismo realiza³⁰. En el ámbito de la música, se ha creado el *DeepBach* que genera sonidos como el archifamoso compositor³¹. Asimismo, escriben novelas que casi llegan a ganar un premio como sucedió en el premio literario japonés *Nikkei Hoshi Shinchi*³². Recientemente, se han hecho públicas las creaciones de la robot Ai-Da³³.

2 EL SISTEMA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL AUTÓNOMO

Los sistemas de IA son “*software (y posiblemente también hardware) diseñados por humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en una dimensión física o digital percibiendo su entorno mediante la adquisición de datos, la interpretación de dichos datos, ya estén estructurados o no, razonando, procesando la información derivada de los datos y tomando la mejor decisión para alcanzar el referido objetivo*”³⁴. La IA comprende diferentes técnicas y enfoques como

²⁹ <https://www.christies.com/features/A-collaboration-between-two-artists-one-human-one-a-machine-9332-1.aspx>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

³⁰ <http://graphics.uni-konstanz.de/eDavid/>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

³¹ <http://proceedings.mlr.press/v70/hadjeres17a.html>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

³² <https://lapiedradesisifo.com/2016/03/29/una-novela-coescrita-por-un-programa-informatico-casi-gana-un-premio-literario/#:~:text=Seg%C3%BAAn%20informa%20The%20Japan%20News,literario%20japon%C3%A9s%20Nikkei%20Hoshi%20Shinichi>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

³³ <https://www.ai-darobot.com/>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

³⁴ Acojo la definición de “*inteligencia artificial*” dada por el Grupo de expertos de alto nivel creado en el seno de la UE (AIHLEG, “*A definition of AI: Main capabilities and disciplines*”, 8. April 2019. Accesible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>. Fecha de la consulta: septiembre 2021). Asimismo, vid. EU Science Hub, JCR Technical reports, “*AI Watch. Defining Artificial Intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence*”, <https://ec.europa.eu/jrc>. Fecha de la consulta: septiembre 2021. Esta definición que es seguida muy de cerca por la Resolución del Parlamento europeo de 20 de octubre de 2020 (art. 3 letra a), no lo es tanto, en cambio, por la Propuesta europea de reglamento de inteligencia artificial [Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmo-

se indica en el Anexo I de la Propuesta de reglamento de IA, de 21 de abril de 2021. Así comprende, entre otros que pudieran existir en el futuro: a) estrategias de aprendizaje automático, incluidos el aprendizaje supervisado, el no supervisado y el realizado por refuerzo, que emplean una amplia variedad de métodos, entre ellos el aprendizaje profundo; b) estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, especialmente la representación del conocimiento, la programación (lógica) inductiva, las bases de conocimiento, los motores de inferencia y deducción, los sistemas expertos y de razonamiento (simbólico); c) estrategias estadísticas, estimación bayesiana, métodos de búsqueda y optimización.

Es conocido que un sistema de IA puede tener una lógica computacional predeterminada o proposicional "si...entonces"³⁵ o bien, lo que es cada vez más frecuente, una lógica basada en casos (*case based-knowledge and reasoning*) en virtud de la cual el propio sistema va aprendiendo de la experiencia³⁶, de los nuevos datos a los que está expuesto el sistema. En este caso se emplea la técnica del *machine learning*, expresión que se traduce por "aprendizaje automático". El *machine learning* es una subárea de la IA en la que se entrena al sistema para que aprenda solo³⁷. Todo sistema de *machine learning* necesita para poder funcionar un modelo computacional de referencia, dentro del cual, se desenvuelve su aprendizaje. En la actualidad se conocen cinco modelos algorítmicos que podrían llegar a convergir en un único algoritmo. Son conocidos como modelos evolutivos, conexionistas, simbolistas, bayesianos y analógicos³⁸

nised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative Acts, COM(2021) 206 final], en su art. 3 (1). La propuesta se puede consultar en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

³⁵ Margaret A. Boden, **Inteligencia artificial**, Turner Noema, trad. Immaculada Pérez Parra, Madrid, 2017, p. 18.

³⁶ L. Karl Branting, "Data-centric and logic-based models for automated legal problem solving", *Artif. Intell Law*, 2017, 25:5-27; Raúl Pino Díez et al., **Introducción a la inteligencia artificial: sistemas expertos, redes neuronales artificiales y computación evolutiva**, Universidad de Oviedo, servicio de publicaciones, 2001, pp. 5-8.

³⁷ Ronan Hamon, Henrik Junklewitz, Ignacio Sánchez, "Robustness and Explainability of Artificial Intelligence", JRC technical Report, European Commission, 2020, pp. 10-11.

³⁸ Pedro Domingos, **The Master Algorithm**, Penguin Books, Reino Unido, 2017, pp. 51 ss.

y prácticamente todos ellos están presentes en las técnicas y enfoques referidos con anterioridad.

Por su parte, el *deep learning* es una subárea del *machine learning* que se caracteriza por realizar representaciones más generales, abstracciones e inducciones a partir de su aprendizaje que suele no estar supervisado³⁹.

Ese aprendizaje puede estar supervisado por el hombre, semisupervisado o no supervisado⁴⁰. En el primer caso, el programador etiqueta los pares de conceptos de suerte que sabe, a partir de los *inputs* que introduce, los *outputs* que van a producirse. El entrenamiento del sistema, así como los datos que se le proporcionan para entrenarlo están controlados por la persona. En el segundo caso, el sistema es alimentado con datos de distinta procedencia, unos los da el programador, los otros los busca y recoge el sistema del entorno y, en el tercer supuesto, no hay intervención humana, salvo en el diseño del modelo de referencia con el que trabaje el sistema, éste se entrena con datos que recoge del entorno. Por su parte, el aprendizaje por refuerzo es un tipo de aprendizaje no supervisado que se rige por criterios de castigo y recompensa según falle o no en el resultado.

En la técnica del aprendizaje automático se basan las redes neuronales artificiales que intentan emular a las redes neuronales del cerebro humano⁴¹. A su vez, se puede crear un algoritmo capaz de dar lugar a otro algoritmo que resuelve un problema o crea una obra⁴². Es el modelo evolutivo, conocido como “algoritmos genéticos”, en virtud del cual un algoritmo genera otro algoritmo y así sucesivamente imitando a la biología humana. Además, se pueden combinar diferentes modelos de *machine*

³⁹ Ronan Hamon, Henrik Junklewitz, Ignacio Sánchez, “Robustness and Explainability of Artificial Intelligence”, JRC technical Report, European Commission, 2020, pp. 10-11.

⁴⁰ Aurélien Vannieuwenhuyze, **Inteligencia artificial fácil. Machine learning y Deep learning prácticos**, traducido por Beatriz Goyanes Arnedo, ediciones ENI, Cornellà de Llobregat, 2020, pp. 27-28; Margaret A. Boden, *Inteligencia artificial*, pp. 52-54.

⁴¹ Richard Urwin, **Artificial Intelligence. The Quest for the ultimate thinking machine**, Arcturus, Londres, 2017, pp. 99-106; Margaret A. Boden, *Inteligencia artificial*, pp. 83-95.

⁴² Richard Urwin, **Artificial Intelligence**, pp. 105-118.

learning en el entrenamiento del sistema y diferentes modelos de *machine learning* aptos para resolver problemas complejos, cada uno de los cuales atiende a una tarea concreta⁴³. Estos sistemas son los más aptos para obtener ya resultados creativos que pudieran calificarse de “originales” y, por consiguiente, de “obra” sin ser considerados propiamente sistemas de IA “fuerte”.

Respecto de los datos de entrenamiento del sistema, pueden proceder principalmente de dos fuentes: la primera, de datos creados artificialmente por un sistema para que sirvan de entrenamiento; la segunda, de datos del entorno que circulan en el mundo digital ya se trate de información digitalizada o que haya nacido ya como digital. Esta última fuente de procedencia de los datos de entrenamiento conduce a lo que se conoce como “minería de datos y textos”, es decir, al análisis de datos masivos (*Big Data*) para la extracción de conocimiento. El art. 2.2 Directiva 2019/770, del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital⁴⁴ establece una definición de “minería de datos y textos” como “*toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones*”. Una de estas técnicas analíticas es el aprendizaje automático al que vengo refiriéndome.

Estos datos y textos pueden estar protegidos por la legislación de derechos de autor, por la de secretos comerciales, patentes, marcas, diseño industrial, protección de datos de carácter personal, porque se les hayan aplicado medidas tecnológicas de protección o de seguridad o porque así se haya pactado por contrato. Se necesitará pues contar con la autorización de los titulares de tales datos para poder recogerlos, tratarlos, y generar nuevo conocimiento que se encuentre oculto en esa masa desestructurada de datos⁴⁵. Los arts. 3 y 4 de la Directiva precita-

⁴³ Begoña González Otero, “Machine Learning Models Under the Copyright Microscope: Is EU Copyright Fit for Purpose?”, **GRUR International**, 2021, p. 5.

⁴⁴ DOUE L 130/92, de 17 de mayo.

⁴⁵ Al respecto, vid. Aurelio López-Tarruella Martínez, “Propiedad intelectual, inteligencia artificial y libre circulación de datos” en Concepción Saiz García, Raquel Evangelio

da han previsto una excepción a los derechos de autor cuando se trate del minado de datos y textos siempre que se den unos determinados requisitos⁴⁶, en los que no me voy a entretener porque se aleja del objeto de este estudio.

Tras esta brevísima -pero necesaria- introducción al aprendizaje automático de un sistema de IA, queda enmarcado el objeto de este trabajo. En efecto, se trata de analizar el estatuto jurídico de las “obras” generadas por un sistema de IA autónomo que no ha sido supervisado por el humano, en el que los datos de entrenamiento no han sido suministrados por él y que, por tanto, funciona completamente solo, aunque en el origen, esto es, en su concepción inicialmente hubiera uno o varios humanos⁴⁷. El resultado es impensable, impredecible e imprevisible para éstos⁴⁸. En definitiva, sin “*human-in-the-loop*”⁴⁹.

3 EL ANTROPOCENTRISMO DEL DERECHO DE AUTOR EN CUESTIÓN

Con base en el antropocentrismo que impera en el Derecho de autor, parece existir consenso en que las “obras” generadas completamente por un sistema de IA, sin intervención humana o que existiendo ésta sea tan remota que difícilmente pueda vincularse causalmente a

Llorca, **Propiedad intelectual y mercado único digital europeo**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 108-155.

⁴⁶ Ángel García Vidal, “Propiedad intelectual y minería de textos y datos: estudio de los artículos 3 y 4 de la Directiva (UE) 2019/790”, *ADI*, Tomo 40, 2019-2020, pp. 99-124.

⁴⁷ Se equipara a este supuesto aquel en que la intervención humana es de baja densidad de suerte que su influencia en el resultado es mínima (Pablo Fernández Carballo-Caleiro, **La propiedad intelectual de las obras generadas por inteligencia artificial**, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 70-71).

⁴⁸ Shlomit Yanisky-Ravid, “Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era-The Human-Like Authors are already here-A New Model”, **Michigan State Law Review**, 2017, núm. 4, p. 701.

⁴⁹ De acuerdo con la clasificación que hace de los sistemas de IA la Propuesta de Reglamento europeo sobre inteligencia artificial de 21 de abril de 2021 [COM(2021) 206 final] según el riesgo, puede afirmarse que el sistema de IA del que trato es un sistema de bajo riesgo (arts. 52 y 69).

aquél, queden fuera de esa específica protección legal⁵⁰. Pertencerían al dominio público⁵¹. Esto no quiere decir que se excluya *tout court* la posibilidad de reconocer un estatuto jurídico de *lege ferenda*⁵², como pudiera ser un derecho vecino o conexo al derecho de autor, en aras a proteger la inversión humana y económica realizada⁵³, de la misma manera que se reconoce al fabricante de una base de datos un derecho *sui generis*⁵⁴ (arts. 133 ss Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril,

⁵⁰ Vid. la contribución de P. Bernt Hugenholtz, João Pedro Quintais, Daniel Gervais en el Informe "Trends and Developments in Artificial Intelligence. Challenges to the Intellectual Property Rights Framework", Final Report, bajo los auspicios de la Comisión europea, septiembre 2020. Puede consultarse en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/trends-and-developments-artificial-intelligence-challenges-intellectual-property-rights-0>. Fecha de la consulta: septiembre 2021. Josef Drexl et al., **Artificial Intelligence and Intellectual Property Law. Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 9 April 2021 on the Current Debate**, Max Planck Institute for innovation and Competition, research paper no. 21-10; Concepción Saiz García, "Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor", **InDret** 1/2019, pp. 12-13.

⁵¹ Propuesta hecha por Mark Perry, Thomas Margoni, para la legislación sobre Derecho de autor de Canadá ("From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-generated Works?", 2010 **Law Publications**. Paper 27, <http://ir.lib.uwo.ca/lawpub/27>. Fecha de la consulta: septiembre 2021). En esa dirección, vid. Pablo Fernández Carballo-Calero, **La propiedad intelectual**, pp. 108 ss.

⁵² Tony Bond, Sarah Blair, "Artificial Intelligence & copyright: Section 9(3) or authorship without an author", **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2019, vol. 14, núm. 6, p. 423; Enrico Bonadio and Luke McDonagh, "Artificial Intelligence as producer and consumer of copyright works: evaluating the consequences of algorithmic creativity", **Intellectual Property Quarterly** 2020, 2, pp. 112-137. Online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3617197. Fecha de la consulta: septiembre 2021. Concepción Saiz García, "Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial", pp. 33-34; Marta Duque Lizarralde, "Las obras creadas por inteligencia artificial: un nuevo reto para la propiedad intelectual", **Pe. i., Revista de propiedad intelectual**, núm. 64, enero-abril, 2020, pp. 48-52. Estas autoras apuntan a la necesidad de delimitar muy bien el estatuto jurídico que se pretenda atribuir en su caso a las obras creadas por sistemas de IA.

⁵³ Axel Grätz, **Künstliche Intelligenz im Urheberrecht**, Springer, Wiesbaden, 2021, pp. 132 ss.

⁵⁴ Yo misma propuse la creación de este tipo de derecho como una de las opciones para la protección de estas "obras" en "Obras generadas por algoritmos. En torno a su posible protección jurídica", **Revista de Derecho civil**, 2018, vol. 5, núm. 2, pp. 273-291. Además, vid. Anne Lauber-Rönsberg, Sven Hetmank, "The Concept of Authorship under Pressure: Does Artificial Intelligence Shift Paradigms?" (2019) 14 **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, pp. 509, 577; Anna Ramalho, "Will Robots Rule the (Artistic) World?" (2017) 21 **Journal of Internet Law**, 12, pp. 16-20; Rob-

por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia⁵⁵), si bien se trataría de un derecho *sui generis* diferente a éste, respecto del cual se debería analizar si lo que se pretende compensar es la inversión en el sistema de IA o en el resultado producido por éste, es decir, la creación generada. La delimitación de este derecho conexo es discutida y discutible proponiéndose diversos modelos⁵⁶. Pero este derecho conexo parte siempre de la premisa de que estas creaciones pertenecen al dominio público.

Otra opción consistiría en crear un nuevo derecho afín como el reconocido en el art. 129.2 LPI⁵⁷, esto es, como un derecho conexo de determinadas producciones editoriales, según el cual “*los editores de obras no protegidas por las disposiciones del Libro I de la presente Ley, gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública de dichas ediciones siempre que puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales*”. Esas obras no protegidas podrían ser las creaciones generadas por sistemas de IA, aunque el precepto está pensando en obras “humanas” no protegidas. Ahora bien, en estos casos ¿a quién se atribuirían los derechos de explotación que indica el art. 129.2 LPI? ¿las personas físicas o jurídicas que invirtieron en crear el sistema de IA? ¿el adquirente? ¿el usuario que difunde las creaciones? ¿Tenemos autor único o coautoría? En este último caso, ¿Qué tipo de colaboración existe entre ellos? Sanjuán considera

ert Yu, “The Machine Author: What Level of Copyright Protection Is Appropriate for Fully Independent Computer-Generated Works?” (2017) 165 *U. Pa. L. Rev.* p. 1245. La inadecuación del derecho *sui generis* del fabricante de bases de datos para comprender el supuesto que trata la expone Pablo Fernández Carballo-Calero, **La propiedad intelectual**, pp. 104-106.

⁵⁵ BOE núm. 97, de 22 de abril. Será abreviado como “LPI”.

⁵⁶ Por ejemplo, la creación de un derecho *sui generis* a la diseminación pública de estas obras que otorgaría un plazo de protección al titular de dos años (Anna Ramalho, “Will Robots”, pp. 16-20; P. Bernt Hugenholtz, João Pedro Quintais, Daniel Gervais en el Informe “Trends and Developments in Artificial Intelligence”, pp. 94-95).

⁵⁷ Nerea Sanjuán Rodríguez, “La inteligencia artificial y la creación intelectual: ¿está la propiedad intelectual preparada para este Nuevo reto?”, **La Ley mercantil**, núm. 72, septiembre 2020, pp. 28-29. Asimismo, vid. Anna Ramalho, “Will Robots”, p. 24.

que debe equiparse al “editor” del art. 129.2 LPI aquél que decida difundir las creaciones y que consiguientemente es el que realiza la inversión tendente a esa difusión. Además, quedarían excluidos de este régimen los derechos morales. La duración de la protección sería entonces de 25 años (art. 130.2 LPI)⁵⁸.

En última instancia, serán los particulares mediante contrato los que autorregulen este tipo de creaciones llegando a incorporar, en su caso, medidas tecnológicas de protección⁵⁹.

En las líneas que siguen, me voy a entretener en destacar cómo podría ser posible la convivencia pacífica entre el autor-humano y el autor-sistema de IA en el ámbito del Derecho de autor. No desconozco que es una hipótesis, en la actualidad, fuertemente contestada. Aún así, desde un plano teórico, lanzo la propuesta que sigue y que, obviamente, no deja de ser una primera aproximación a la que muy probablemente se le encontrarán más aspectos negativos que positivos. En todo caso, servirá para hacer un ejercicio de imaginación. Muchas veces la “imaginación”, en forma de conceptos, acaba plasmándose en los textos legales. En efecto, Savigny imaginó, en su momento, el concepto de “personalidad jurídica”, cuyo eco, aplicación y relevancia posterior es por todos conocida.

4 EL AUTOR “PERSONA NATURAL”. EL SISTEMA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL AUTÓNOMO COMO “AUTOR”. CAUSALIDAD NATURAL Y JURÍDICA

El fundamento sobre el que se asienta el Derecho de autor, como he indicado, es que éste lo sea una persona física o “natural” como advierte el art. 5.1 LPI⁶⁰. Por lo tanto, si la creación procede de la habilidad de un

⁵⁸ Nerea Sanjuán Rodríguez, “La inteligencia artificial”, p. 28.

⁵⁹ Begoña González Otero, “Las excepciones de minería de textos y datos más allá de los derechos de autor: la ordenación privada contraataca” en Concepción Saiz García, Raquel Evangelio Llorca, **Propiedad intelectual y mercado único digital europeo**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 73-99.

⁶⁰ En el mismo sentido, entre otras legislaciones a título de ejemplo, vid. el § 2(2) Urheberrechtsgesetz en Alemania (https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/inhalts_ber

animal⁶¹ o es producida por un sistema de IA quedaría fuera del ámbito de aplicación de las leyes sobre la materia⁶² perteneciendo, como he advertido líneas más arriba, al dominio público (art. 18 Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886⁶³, art. 41 LPI). Ahora bien, solo pertenecerían al dominio público, según este planteamiento, aquellas obras producidas por sistemas autónomos, que, en caso de emplear la técnica del aprendizaje profundo, se trataría de sistemas no supervisados, pues respecto de aquellos supervisados o semi-supervisados siempre se podrá argüir que existe una persona a la que vincular la “obra” ya fuera ésta el programador o el usuario del sistema⁶⁴. Así, dependiendo del grado de intervención humana o, dicho

sicht.html. Fecha de la consulta: septiembre 2021) en la que solo se consideran obras protegibles aquellas que consistan en “*persönliche geistige Schöpfungen*”, lo que presupon que se trata de obras que solo puede realizar una persona física. También el art. L 111-1 del Code de propriété intellectuelle francés (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>). Fecha de la consulta: septiembre 2021) que alude a las «*obras del espíritu*», lo que lleva implícito el que éstas sean creadas por el hombre. Asimismo, puede leerse en la sección 9.1 UK **Copyright, Design and Patent Act** de 1988 (“...*the person who creates it*”), cuyo texto se puede consultar online en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>. Fecha de la consulta: septiembre 2021. Respecto a Australia y USA, vid. Pablo Fernández Carballo-Calero, **La propiedad intelectual**, pp. 80-86.

⁶¹ Jane C. Ginsburg, “People Not Machines: Authorship and What it means in the Berne Convention”, *IIC* (2018) 49:131-135; Daniel J. Gervais, “The Machine as Author”, **Iowa Law Review**, vol. 105: 2053; Susan Neuberger Weller, “Computer Ownership is not Monkey Business: Wikimedia and Slater Fight over Selfie Photographs”, 2014 *IP Litigator* 20(5) p. 33; Susan Ricketson, “The need for human authorship – Australian developments: Telstra Corp. Ltd v. Phone Directories Co Pty Ltd (Case Comment)”, 2012, *E.I.P.R.* 34(1), p. 54: “*the need for author to be human is a longstanding assumption*”; Jani McCutcheon, “Curing the authorless void: protecting computer-generated works following ICETV and Phone Directories”, 2013 **Melbourne University Law Review**, vol. 37:46; Pablo Fernández Carballo-Calero, **La propiedad intelectual**, pp. 80-82.

⁶² Concepción Saíz García, “Las obras”, pp. 12-15; Pablo Fernández Carballo-Calero, **La propiedad intelectual**, pp. 79 ss.

⁶³ Se puede consultar online: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283698. Fecha de la consulta: junio 2018. En adelante, será citado como “Convenio de Berna”.

⁶⁴ P. Bernt Hugenholtz, João Pedro Quintais, Daniel Gervais en el Informe “Trends and Developments in Artificial Intelligence. Challenges to the Intellectual Property Rights Framework”, Final Report, bajo los auspicios de la Comisión europea, septiembre 2020. Puede consultarse en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/trends-and-developments-artificial-intelligence-challenges-intellectual-property-rights-0>. Fecha de la consulta: septiembre 2021. En estos supuestos, Concepción Saíz

de otra forma, de autonomía del sistema podrá determinarse la “autoría” del resultado: si el humano o el propio sistema de IA⁶⁵.

Para resolver esta cuestión, deben tenerse en cuenta dos aspectos más: el primero, el nivel de originalidad de la obra generada por el sistema, el proceso de creación y el grado de intervención del humano en él al que me referiré en el apartado 2; el segundo, el criterio de atribución de una obra generada por un sistema de IA bien al humano bien al propio sistema, en el que me detengo más adelante en este apartado.

Si bien el autor persona física es el fundamento del Derecho de autor, éste reconoce en determinados casos, que la consideración de autor se atribuya a una persona jurídica. Así sucedería, en el derecho español (art. 8 LPI), francés (Art. L 113-2 *Code la propriété intellectuelle*), italiano (art. 7.1 *Legge di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*⁶⁶) o el portugués (art. 19 del Código de derechos de autor y derechos conexos⁶⁷) con las denominadas “obras colectivas”. En este caso, una corriente de pensamiento entiende que se considera autor a la persona física o jurídica que la edita o divulga, mientras que otra corriente sostiene que se trata de una presunción *iuris tantum* de cesión de derechos de explotación por parte de los autores de las diferentes colaboraciones⁶⁸. Asimismo, se

García propone la existencia de una “obra colectiva” (“Las obras”, pp. 16 y 26, seguida por Marta Duque Lizarralde, “las obras”, p. 58) a la que Pablo Fernández añade la posibilidad de que se trate de una “obra en colaboración” de las diferentes personas físicas que intervienen (**La propiedad intelectual**, pp. 147 ss).

⁶⁵ Shlomit Yanisky-Ravid, “Generating Rembrandt”, p. 670. Este autor afirma que: ‘AI systems can be characterized as creative, unpredictable, independent and autonomous, rational, evolving, capable of data collection and communication, efficient and accurate, and capable of exercising free choice among alternatives.40 AI systems are also confronting the traditional concept of looking for the human author behind the creation because the AI systems themselves may “replace” humans’.

⁶⁶ Se puede consultar en http://www.interlex.it/testi/l41_633.htm#6. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

⁶⁷ Se puede consultar en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=198457. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

⁶⁸ Respecto de las cuestiones relacionadas con la “autoría” de la obra colectiva, vid. José Miguel Rodríguez Tapia, “Comentario al art. 8 LPI” en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), **Comentarios a la Ley de propiedad intelectual**, Tecnos, 4ª. ed., Madrid, 2017, pp. 150-153. Recientemente, vid. Carlos Rogel Vide, **Obras colectivas y propiedad intelectual**, Reus, Madrid, 2021, pp. 59-60.

reconoce que, en el caso de elaboración de programas de ordenador, el autor pueda ser un grupo de personas naturales o, incluso, una persona jurídica (art. 2.1 *Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador*⁶⁹; art. 97.1 LPI) o, si se lleva a cabo en el marco de una relación laboral, la titularidad de los derechos sobre el programa informático corresponde al empresario, el cual usualmente, tiene forma de persona jurídica (art. 2.3 *Directiva 2009/24/CE*; art. 97.4 LPI)⁷⁰. Si bien es cierto que en el supuesto del art. 97.1 LPI el supuesto se ha reconducido a la obra colectiva con todas las dudas que en ésta suscita la cuestión de su autoría, en el del art. 97.4 LPI, la doctrina alude a una atribución de la titularidad de los derechos de autor *ex lege* y automática⁷¹. Por otra parte, el fabricante de una base de datos, titular del derecho *sui generis*, puede ser una persona jurídica (art. 133.3 LPI).

Así pues, el Derecho de autor conoce excepciones, aunque pocas, a la regla de que “solo” puede ser “autor” la persona física. Por su parte, el art. 5.2 LPI establece expresamente que “*De la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella*”. Además, el art. 5.1 LPI alude a “se considerará autor”; no a “es autor”. Es decir, es la ley la que determina quién es autor. Por lo tanto, el legislador podría “considerar” autor a otras entidades que no sean personas físicas⁷².

⁶⁹ DOUE L 111/16, de 5.5.2009.

⁷⁰ En otros ordenamientos, vid. art. L 113-10 Code la propriété intellectuelle (Francia); § 69b Urheberrechtsgesetz (Alemania). No entro en las cuestiones que la doctrina ha suscitado acerca del art. 97.1 LPI, que acaba por reconducir el supuesto al de la obra colectiva. Sobre ello, vid. Juan Pablo Aparicio Vaquero, “Comentario al art. 97 LPI” en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), **Comentarios a la Ley de propiedad intelectual**, Tecnos, 4ª. ed., Madrid, 2017, pp. 1420 ss.

⁷¹ Juan Pablo Aparicio Vaquero, “Comentario al art. 97 LPI”, pp. 1438-1439.

⁷² José Miguel Rodríguez Tapia, “Comentario al art. 5 LPI” en José Miguel Rodríguez Tapia (dir.), **Comentarios a la ley de propiedad intelectual**, 2ª. ed., Madrid, 2009, pp. 98-99. En contra, de este planteamiento, se manifiestan Ángel Carrasco Perera, Ricardo del Estal Sastre, “Comentario al art. 5 LPI” en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), **Comentarios a la Ley de propiedad intelectual**, Tecnos, 4ª. ed., Madrid, 2017, pp. 111 ss.

En esta misma línea, el legislador podría reconocer al sistema de IA autónomo como “autor material” ejercitando los derechos de explotación (y también los morales, si se quisieran mantener en este caso) sobre la obra, el que hubiera encargado y/o usado el referido sistema⁷³, sin ningún tipo de intervención por su parte en el mismo o una intervención de baja intensidad. Sería una forma de “compensarlo” por la inversión llevada a cabo. La titularidad de los derechos se mantendría *in testa* del sistema de IA al ser considerado “sujeto de derecho”. Este planteamiento que hago se inspira en los ordenamientos jurídicos de corte anglosajón a los que después aludiré.

En los modelos de aprendizaje autónomo no supervisado se desconoce el resultado del análisis de los datos. Éste puede sorprender al propio programador, el cual en ningún caso lo imaginaba⁷⁴. Mientras que en el modelo semisupervisado todavía puede vislumbrarse la intervención humana, en el no supervisado, podría plantearse si el hecho de que la concepción o el diseño del sistema sea obra de una persona, esto determina que el resultado que se produzca sea atribuible, no a la máquina, sino al humano. En este caso, puede recurrirse a una distinción que es grata al derecho de la responsabilidad civil. Me refiero a la distinción entre causalidad natural o de hecho y causalidad jurídica o de derecho o imputación objetiva, también conocida en algunos textos legales, como alcance de la responsabilidad⁷⁵. La primera trata de identificar si una conducta o actividad de una persona fue suficiente para desencadenar el daño sufrido por la víctima. La mayor parte de ordenamientos que acogen la causalidad de hecho aplican la regla de la *conditio sine qua non* o el *but-for test* (“*but for the action, the result would not have happened*”) de manera que esa actividad o conducta es causa del daño a la víctima, si de no haberse dado esa actividad o comportamiento el daño no se hubiera producido. Aplicada esta idea al tema que me ocupa, es cierto que la actividad del programador

⁷³ Pamela Samuelson, “Allocating Ownership rights in computer-generated works”, 1985, 47 *U. Pitt. L. R.* 1185, pp. 1224 y ss; Robert Yu, “The Machine Author?”, p. 1241.

⁷⁴ Shlomit Yanisky-Ravid, “Generating Rembrandt”, p. 701.

⁷⁵ Miquel Martín Casals, “Causation and Scope of Liability in the Internet of Things (IoT)” en Sebastian Lohsse, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer (eds.), **Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things**, Nomos Verlag, Baden Baden, 2018, pp. 211-212.

(o de los programadores) puede relacionarse con el resultado. Ahora bien, no es la única causa, puesto que, en la medida en que el sistema actúa autónomamente, analiza y procesa datos que puede combinar de forma aleatoria no esperable por el programador, podría establecerse el nexo causal con ese procesamiento de los datos. De hecho, se puede pensar que se está ante una “conurrencia de causas”. Ninguna de ellas por sí sola es suficiente para producir el resultado. Por tanto, desde la causalidad natural podría considerarse que el programador (o programadores) es una de las posibles causas que abocan al resultado-obra.

En este momento, procede mirar hacia la causalidad jurídica. Dos de los criterios que más se han utilizado han sido el de la “previsibilidad”. Aplicado al caso en estudio, supondría plantearse si el programador hubiera previsto o podido prever que se produciría ese resultado. Y resulta que, en el supuesto de aprendizaje autónomo no supervisado, el programador no podía imaginarse el resultado dado. Por lo tanto, resulta difícil establecer la causalidad jurídica entre éste y la persona física a efectos de atribuirle autoría alguna. Sin embargo, es previsible que el sistema de IA autónomo dé lugar a un resultado-obra que pueda considerarse “imprevisible”, “impensable” o “inimaginable”. Es decir, la causalidad jurídica podría eventualmente establecerse entre el comportamiento del sistema inteligente y el resultado obtenido.

De ahí que tuviera sentido considerar al sistema de IA como autor reservando el ejercicio de la protección de la obra realizada por éste, y que el ordenamiento jurídico considerara pertinente otorgar, al que hubiera encargado o usado el sistema. Debe recordarse que el sistema de IA podría ser considerado “sujeto de derechos”, con base en lo advertido en el apartado I, sin necesidad de atribuirle personalidad jurídica o electrónica alguna. Además, atribuirle la condición de “sujeto de derecho” permitiría en caso de responsabilidad por infringir derechos ajenos como, por ejemplo, derechos de propiedad intelectual de terceros al reproducirse en el resultado parte o partes de una obra sin la debida autorización, establecer el juicio de imputabilidad con el autor “material”; mientras que el juicio de responsabilidad se establecería con el autor “jurídico”, el cual podría ser el propietario o poseedor, cuestión ésta a decidir, del sistema de IA.

O sea, permitiría aplicar, por analogía, el esquema de la responsabilidad por hecho ajeno (arts. 1903-1904 CC)⁷⁶. En particular, la responsabilidad vicaria del empresario.

Otra cuestión es si el modelo de *machine learning* escogido es protegible o no por la PI. Existen dudas de si, a pesar de ser expresado en código binario, realmente puede protegerse como programa de ordenador. Las dificultades en atribuir los diferentes elementos que componen el modelo a un sujeto o a varios ha llevado a afirmar que más que probablemente los modelos de *machine learning* pertenecen al dominio público⁷⁷.

Más cerca de esta línea de pensamiento, como advertía, se encuentran los ordenamientos de tradición jurídica anglosajona. Así, en Estados Unidos, por su parte, es conocida la doctrina “*work made for hire*” [§ 201(b) US Copyright Act⁷⁸], en virtud de la cual, el empleador u otra persona bajo cuyo encargo se realizó una obra es considerada legalmente autor, salvo que las partes hubieran pactado otra cosa. De esta forma se diferencia entre “autor material” y “autor jurídico”. El autor jurídico es el titular de los derechos de explotación y es el que los ejerce en relación con la obra producida por el autor material⁷⁹. En esta línea de pensamiento, se ha propuesto la denominación “*IA Work made for hire*” cuando el “empleado” o “contratista independiente” es un sistema de IA⁸⁰. Esta doctrina podría aplicarse al caso en que la obra es generada autónomamente por el sistema de IA, que sería el “autor material”, mientras que quién la hubiera encargado y/o usado el sistema sería considerado el “autor jurídico”⁸¹.

⁷⁶ Al respecto, vid. mi trabajo “Sistemas expertos basados en inteligencia artificial y responsabilidad civil”, Diario La Ley, Ciberderecho, 11.12.2019. Online: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/12/13/sistemas-expertos-basados-en-inteligencia-artificial-y-responsabilidad-civil>. Consulta: septiembre 2021.

⁷⁷ Begoña González Otero, “Machine Learning”, pp. 10-13.

⁷⁸ El texto se puede consultar en la web oficial: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>. Consulta: septiembre 2021.

⁷⁹ Edward Lee, “Digital Originality”, 2012, **Vanderbilt J. of Ent. and Tech. Law** 14(4):919.

⁸⁰ Shlomit Yanisky-Ravid, “Generating Rembrandt”, pp. 670 ss.

⁸¹ Annemarie Bridy, “Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author”, **Stanford Technology Law Review**, 5, 2012, p. 26. Para el derecho australiano, vid. Jani McCutcheon, “Curing the authorless void: protecting computer-gen-

Otros ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición jurídica del *Common Law* han admitido la categoría “*computer-generated works*”. Así, la *UK Copyright, Design and Patent Act* (1988), sección 9 para. 3; la *New Zealand Copyright Act* (1994), para. 2 y 5⁸²; la *Ireland Copyright Act and Related Rights Act* (2000), Part I, sección 2 y capítulo 2, para. 21 y la *South Africa Copyright Act* (1978), Nr. 98⁸³.

En ellos, se alude a los “*computer-generated works*” para referirse a aquellos trabajos “*generated by a computer in circumstances such that there is no human autor*” (por ejemplo, sección 178 *UK Copyright, Design and Patent Act*), en cuyo caso, “*the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken*” (por ejemplo, sección 9.3 de la precitada *Act*) es considerada la autora titular de los derechos de autor sobre la obra creada totalmente por el programa de ordenador⁸⁴. En cualquier caso, sí que es cierto que, como han apuntado algunos autores⁸⁵, no queda claro que estas normas admitan, sin más, la protección de trabajos creados autónomamente sin intervención humana. La expresión “*arrangements necessary for*” no supone necesariamente que se comprendan estos trabajos autónomos en su supuesto de hecho. Podría perfectamente referirse al programador o al usuario⁸⁶. Tampoco resulta fácilmente comprensible la relación entre estos “arreglos” y el resultado final y, si éstos, debe hacerlos un humano o bastaría con que los llevara a cabo un sistema inteligente. Es decir, si debe existir o no una persona que dirija los “arreglos”, en el

erated works following ICETV and Phone Directories”, 2013 **Melbourne University Law Review**, vol. 37:46.

⁸² Se puede consultar en: <http://legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/105.0/DLM345634.html>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

⁸³ Se puede consultar en: <http://www.nlsa.ac.za/downloads/Copyright%20Act.pdf>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

⁸⁴ Edward Lee, “Digital Originality”, 14(4):919; Schafer, Burkhard, Komuves, David, Niebla Zatarain, J. Manuel, Diver, Laurence, “A fourth law of robotics? Copyright and the law and ethics of machine co-production”, 2015 **Artif Intell Law** 23:217-240.

⁸⁵ Jane Ginsburg, “The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law”, **DePaul Law Review**, 52-4, 2003, p. 1070; Pablo Fernández Carballo-Calero, **La propiedad intelectual**, pp. 87 ss.

⁸⁶ Robert C. Denicola, “Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works”, **Rutgers University Law Review**, 69, 2016, pp. 286-287.

proceso creativo, lo que no se correspondería con la definición que dan las propias normas de “*computer-generated works*”⁸⁷. Debe tenerse presente que la norma se redactó en un momento en que la tecnología no estaba tan avanzada como lo está en la actualidad y que, muy probablemente, redactada la norma hoy en día, sería bastante diferente a la actual, en especial, respecto de los “arreglos”.

Es cierto que estas normas jurídicas presentan inconvenientes y que ha sido discutida su conveniencia. No presentan la solución perfecta. Pero debe destacarse, por un lado, que no han generado apenas conflictividad que haya llegado a los tribunales⁸⁸ y, por otro, muestran el camino hacia una necesaria flexibilidad en el Derecho de autor que permita contemplar las “obras” generadas por sistemas de IA autónomos o bien en la que la intervención humana puede minimizarse de forma tal que impide establecer el nexo causal entre ésta y la obra, todo lo limitado que se quiera, dentro del esquema de aquél.

De todos modos, en mi opinión, para que el legislador reconociera a las creaciones generadas por sistemas de IA autónomos el estatuto de autor debería tenerse particularmente en cuenta su nivel de originalidad y, relacionado con ello, el proceso de creación. Por eso, me detengo seguidamente en este extremo.

5 LA ORIGINALIDAD DE LA OBRA Y SU PROCESO DE CREACIÓN

En primer término, debe centrarse la atención en cómo se concibe el requisito de la “originalidad” cuando la creación proviene de la persona (2.1.), para seguidamente, aludir a los tipos de creatividad comparando la humana a la que manifiesta el sistema de IA (2.2.).

⁸⁷ Paul Lambert, “Computer Generated Works and Copyright: Selfies, Traps, Robots, AI and Machine Learning”, 2017 **E.I.P.R.** vol: 39(1). Crítico con la expresión «arrangements» empleada en estas normas, se muestra Jani McCutcheon, “Curing the authorless void: protecting computer-generated works following ICETV and Phone Directories”, 2013 **Melbourne University Law Review**, vol. 37:46.

⁸⁸ Así en el caso de UK, solo existe un caso que se conozca a fecha de hoy: Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd & Ors Rev, 1 (2006) EWHC 24 (Ch), 20 January 2006.

5.1 El criterio del “mínimo de altura creativa”

Como es sabido, las legislaciones sobre Derecho de autor exigen, como requisito para que un producto del intelecto pueda ser protegido por el derecho de autor, la “originalidad”. Ésta se concibe como un “mínimo” de altura creativa⁸⁹, lo que se puede argumentar legalmente al admitir, primero, la protección de las obras derivadas (art. 2.3 Convenio de Berna) de otra u otras obras preexistentes y, segundo, la protección de las colecciones de obras ajenas (art. 2.5 Convenio de Berna).

Cómo se interprete ese “mínimo” de altura creativa depende, en gran medida, de la tesis subjetiva u objetiva de la que se parta. Desde la primera perspectiva, se considera “creación original” a aquella que represente a un determinado sujeto, ponga de manifiesto su impronta personal. Desde la segunda, se exige un cierto grado de “novedad” objetiva, lo que hoy en día es ciertamente difícil ya que, el autor persona física, no crea *ex nihilo*, como parecen contemplar aún las legislaciones sobre el Derecho de autor, sino que se crea sobre la base de obras preexistentes, sobre la base del acervo cultural común⁹⁰. Ello puede llevar a realizar modificaciones, en obras preexistentes, de escasa entidad y hacer pasar como obra propia “original” aquello que no es más que una apropiación in consentida de una obra ajena⁹¹ o de una obra de dominio público⁹².

⁸⁹ Robert Yu, “The Machine Author”, p. 1241.

⁹⁰ Andreas Rahmantian, **Copyright and Creativity. The Making of Property Rights in Creative Works**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, p. 186; Mark Perry, Thomas Margoni, “From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-generated Works?”, 2010 **Law Publications. Paper 27**, <http://ir.lib.uwo.ca/lawpub/27>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

⁹¹ Juana Marco Molina, “La formación del concepto de derecho de autor y la originalidad de su objeto” en Agustín Macías Castillo, Miquel Ángel Hernández Robledo, (ed.), **El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual**, La Ley, Madrid, 2008, pp. 308-309; Andreas Rahmantian, **Copyright and Creativity**, pp. 187-188.

⁹² Sobre ello vid. Susana Navas Navarro, **Obras de dominio público. Digitalización y preservación digital**, Reus, Madrid, 2021.

Aunque las dos concepciones del requisito de la “originalidad” presentan inconvenientes, tanto los legisladores nacionales como el europeo se han inclinado por la concepción subjetiva. Esto viene avalado, a tenor de un sector doctrinal⁹³, por el hecho de que la ley protege como “creación original” las colecciones o recopilación de obras ajenas en las que la impronta personal del autor tiene que ver con la “selección” de los materiales y su “disposición” por aquél (art. 2.5 Convenio de Berna). En este caso, no existe novedad objetiva aparente y, sin embargo, se las ha calificado de “obras nuevas”. Por eso, se argumenta, lo que exige el legislador es un “mínimo de esfuerzo creativo” que viene representado en la “selección” del contenido y en la “estructuración, ordenación o disposición del mismo”. Estas actividades llevarán la impronta personal de su autor y, de ahí, la protección legal. Ese esfuerzo mínimo tiene que salir de lo ordinario, rutinario u obvio. Así, el orden cronológico o alfabético o la suma de obras ajenas sin coherencia alguna no darían lugar a una «obra nueva» y, consiguientemente, carecería de protección.

Por su parte, el TJUE desde la famosa sentencia *Infopaq*⁹⁴ ha insistido en que es suficiente una combinación mínima que manifieste una elección de los elementos por parte de la persona para que el resultado de esa combinación pueda y deba protegerse por el Derecho de autor. Se trata de que el autor imprima su impronta personal al tomar decisiones libres y creativas como establece el mismo tribunal en el caso *Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH y otros*⁹⁵. Es cierto que el TJUE parte, como no podía ser de otra manera, del principio de que quién aporta la originalidad es el autor persona física. Como en esta última cuestión ya me he entretenido en el apartado anterior, me centro en este momento tan solo en el concepto de originalidad.

Lo importante, para determinar si se cumple el requisito de la “originalidad” es el “proceso de creación”, a lo largo del cual se pondrá de

⁹³ Juana Marco Molina, “La formación del concepto de derecho de autor”, p. 312.

⁹⁴ STJUE, de 16 de julio de 2009 (Asunto C-5/08).

⁹⁵ STJUE de 1 de diciembre de 2011 (Asunto C-145/10). También, STJUE de 1 de marzo de 2012, *Football-Dataco* (Asunto C-604/10); STJUE de 22 de diciembre de 2019, *Cofemel-Sociedade de Vestuário, S.A. v. G-Star Raw CV* (Asunto C-683/17).

manifiesto la “creatividad”, y no tanto “su” resultado⁹⁶. Este proceso de creación humana comprende diferentes fases. En un planteamiento *grosso modo*, se han destacado tres fases: concepción-ejecución-resultado⁹⁷. La primera fase comprendería diversas subfases, tales como recogida de material, incubación de ideas, inspiración. La fase de ejecución, por su parte, se iniciaría con bosquejos, proyectos, desarrollo de ideas hasta culminar en el resultado. De hecho, el proceso de creación comprende tanto la concepción como la ejecución ya que solo a medida que se va desarrollando la idea se va creando y a medida que ésta va evolucionando va modificándose el proyecto de resultado hasta llegar a la obra acabada. En el supuesto de las creaciones generadas por sistemas de IA autónomos, éstos toman decisiones de forma libre y espontánea, a partir del modelo algorítmico de referencia, para alcanzar un resultado que es impensable, impredecible e incluso chocante para el algoritmista, respecto de las cuales es muy difícil establecer la casualidad jurídica. Sobre la base esas decisiones la creación va tomando forma hasta llegar al resultado final. Este proceso de creación “artificial” que existe y que no tiene por qué ser idéntico o similar al de la persona física creadora, no siempre resultará explicable como tampoco le resulta fácilmente explicable al autor-humano las elecciones creativas que ha tomado.

Pues bien, dentro de los respectivos procesos de creación se desenvuelve la creatividad de la persona y del sistema de IA. Seguidamente me detengo en el concepto de “creatividad”.

⁹⁶ Martin Senftleben, Laurens Buijtelaar, “Robot Creativity: An incentive-based Neighboring Rights Approach”, **EIPR**, 2020. Puede consultarse online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3707741. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

⁹⁷ Axel Grätz, **Künstliche Intelligenz**, pp. 91-96; P. Bernt Hugenholtz, João Pedro Quintais, Daniel Gervais en el Informe “Trends and Developments in Artificial Intelligence”, p. 73.

5.2 Creatividad de la persona y del sistema de inteligencia artificial autónomo. Recurriendo al criterio de la “novedad”

La creatividad puede definirse como la capacidad de generar nuevas y valiosas ideas o artefactos⁹⁸. El proceso de crear nuevas y valiosas ideas necesita de dos elementos: en primer lugar, información convertida en conocimiento y, en segundo lugar, tiempo para que se llegue a ese resultado valioso.

Cuanto más amplia sea la información de todo tipo que se posea, más posibilidades de dar a luz nuevas y sorprendentes ideas. La información implica el conocimiento profundo de uno o de varios campos del saber⁹⁹. Es fundamental tener *expertise* en ellos. El tiempo implica el trabajo constante, perseverante, horas de práctica, de estudio, de pruebas, en las que el denominado *pensamiento lento*¹⁰⁰ pueda llevar a cabo el procesado de ideas que van surgiendo a medida que se va avanzando, por poner algunos ejemplos, en una investigación, en un nuevo estilo artístico, arquitectónico, gastronómico o musical.

Según la renombrada Prof. Margaret A. Boden existen tres modelos de creatividad que se dan de forma sucesiva¹⁰¹. El primero es el que denomina “creatividad combinatoria” (*combinational creativity*) consistente en una combinación diferente de ideas que son familiares, mediante una asociación de ideas no hecha con anterioridad o mediante razonamiento analógico. Ambos procesos pueden abocar a la creación de una estructura

⁹⁸ Margaret A. Boden, “Computer models of creativity”, 30(3):23 **AI Mag** (2009).

⁹⁹ “Probably the new thoughts that originate in the mind are not completely new, because have their seeds in representations that already are in the mind. To put it differently, the germ of our culture, all our knowledge and our experience, is behind each creative idea. The greater the knowledge and the experience, the greater the possibility of finding an unthinkable relation that leads to a creative idea. If we understand creativity like the result of establishing new relations between pieces of knowledge that we already have, then the more previous knowledge one has the more capacity to be creative” (Margaret A. Boden, **Artificial Intelligence and Natural Man**, 1987, 2ª ed., Basic Books, Sussex, p. 75).

¹⁰⁰ Daniel Kahneman, **Pensar rápido, pensar despacio**, 1ª ed., Barcelona, 2013, pp. 48 ss.

¹⁰¹ Margaret A. Boden, “Computer models of creativity”, 30(3):23 **AI Mag** (2009).

conceptual compleja que podría calificarse de creativa. Podría afirmarse que esta clase de creatividad es una característica natural de la mente humana la cual funciona sobre la base de asociaciones, imágenes, símbolos y analogías variando según la sociedad y la cultura en la que crezca y se forme la persona. Sea lo que fuere, es el tipo de creatividad que le resulta más fácil de alcanzar al ser humano. En este sentido, todas las personas poseen creatividad, aunque sea en un grado mínimo. Se trata de una creatividad básica o en estado puro (*creatividad natural*)¹⁰², lo que no quiere decir que el resultado de la misma tenga que ser siempre y, en todo caso, protegible por las leyes. Es un tipo de creatividad más limitado y pobre, si se compara con las que seguidamente se exponen, pues mucha de la información, a partir de la cual se asocian las ideas o se hacen analogías, proviene del contexto o del conocimiento tácito adquirido en el medio en que se viva y no de un conocimiento profundo sobre una o varias materias o ámbitos del saber. Por ello, tiene sentido que se exija a la persona solo un “mínimo de altura creativa”.

El segundo modelo lo denomina Boden “creatividad exploratoria” (*exploratory creativity*) que consiste en “explorar” un estilo de pensamiento o un espacio conceptual propio de la persona que se define por un conjunto de ideas “productivas” (*generative ideas*), que pueden ser explícitas pero que también pueden ser total o parcialmente implícitas¹⁰³. En este tipo de creatividad se exploran y desarrollan los límites de ese esquema conceptual incluso introduciéndose pequeños cambios o alteraciones que no suponen necesariamente una modificación de las reglas básicas iniciales del modelo, corriente o esquema conceptual del que se parte. El resultado de esa “exploración”, en la medida en que sea suficientemente original, puede estar protegido por las leyes. Se trata de una creatividad que podría calificarse de “profesional” frente a la “natural” anteriormente descrita.

¹⁰² Margaret A. Boden, “Creativity and Artificial Intelligence”, 103(1): 347-356 **Artif Intell** (1998).

¹⁰³ Margaret A. Boden, “Computer models of creativity”, 30(3):23 **AI Mag** (2009); Harry Collins, Robert Evans, **Rethinking Expertise**, The University of Chicago Press, Chicago, 2007, in totum.

El tercer modelo es denominado “creatividad transformadora” (*transformational creativity*) en la que el espacio conceptual o el estilo propio de pensamiento se transforma al alterar uno o varios de los elementos que lo definen. El resultado de esa modificación es la creación de ideas nuevas que era imposible que se generaran con anterioridad a la misma. Son ideas no solo valiosas y nuevas, sino también sorprendentes, chocantes, contraintuitivas, rompedoras con el *status quo* o con algunas de las ideas comúnmente aceptadas por el sector social, artístico, jurídico o económico en el que se trabaja¹⁰⁴. Son ideas que rompen con el pasado precisando de años para que se reconozcan, se estudien y las personas (incluso, otros expertos) se acostumbren a esa «nueva forma de pensar» en el ámbito de que se trate. Es el único tipo de creatividad “*profesional*” que realmente puede proporcionar ideas nuevas y diferentes de las anteriores.

Este tipo de creatividad supone no solo una idea nueva para su autor sino también para cualquier persona puesto que es una idea plasmada en un resultado, esto es, en una obra, que no existía con anterioridad; mientras que los otros dos tipos de creatividad generan ideas y resultados nuevos principalmente para su creador, pero no para la humanidad, puesto que o bien ya existían o bien otra persona había tenido la misma idea o había creado el mismo resultado sin que supieran el uno del otro¹⁰⁵.

La “creatividad transformadora” solo puede ser producto de la mente, del esfuerzo de esa persona y no de otra. La impronta personal de su creador es fundamental. En cambio, en el caso de la combinatoria y de la exploratoria, la idea y el subsiguiente resultado podrían ser creados por otra persona, esto es, la persona del creador es fungible, por lo que su impronta personal no es determinante o fundamental para el resultado “creativo”. Ello no impide apreciar que la impronta personal del autor es

¹⁰⁴ Margaret A. Boden, “Computer models of creativity”, 30(3):23 **AI Mag** (2009).

¹⁰⁵ Margaret A. Boden diferencia entre la creatividad psicológica (*P-creativity*) y la creatividad histórica (*H-creativity*). En la primera la creatividad toma como referente a la persona que ha producido la idea pudiendo ser incluso que otras personas ya tuvieran esa misma idea con anterioridad. En la segunda, la idea además de ser P-creativa es H-creativa en el sentido de que nadie ha tenido esa idea con anterioridad [“Computer models of creativity”, 30(3):23 **AI Mag** (2009)].

mayor en el segundo tipo de creatividad que en el primero. Por ser, precisamente, la creatividad natural de la persona la combinatoria, se entiende que el requisito de la originalidad haya sido interpretado como un “mínimo de altura creativa”.

Esta creatividad natural o combinatoria fácil para el ser humano, resulta difícil, aunque no imposible, de emular para el sistema de IA autónomo en la medida en que se trataría de reproducir la forma de funcionar del cerebro, es decir, se trataría de imitar su fisiología¹⁰⁶. Todavía se está lejos de la denominada IA “fuerte”. Además, esta creatividad no parte de un modelo de pensamiento previo, de una corriente intelectual o de un movimiento pictórico, es decir, no toma como base un modelo de referencia, en cuyo caso se podría aludir a las otras dos categorías de creatividad. Hay que tener en cuenta que el sistema de aprendizaje autónomo o *machine learning* parte de un modelo de referencia con el que hacer el procesado de los datos. A ello debe añadirse el hecho de que, en la creatividad natural humana, existe un conocimiento tácito que proviene del contexto, toda una serie de matices, expresiones humanas, anímicas, costumbres o hábitos que son difíciles de interpretar por el sistema inteligente. Por eso, aunque se han desarrollado sistemas de aprendizaje que trabajan también con lo que se denomina “*lógica borrosa o difusa*” que permite razonar con vaguedades, ambigüedades o afirmaciones interpretables sin un único significado de forma similar a como lo haría el cerebro humano¹⁰⁷, lo cierto es que se está todavía lejos de poder descifrar este conocimiento tácito.

Los otros dos tipos de creatividad son más fáciles para un sistema de IA en la medida en que toman como base un modelo referencial que puede convertirse en instrucciones y, a partir de ahí, se le pueden proporcionar datos al sistema o se le puede programar ese marco conceptual o modelo de referencia, pudiendo llegar a resultados comparables o incluso superiores a los de los más competentes profesionales. El sistema de IA

¹⁰⁶ Sin embargo, opina que se está muy cerca de obtenerlo Ray Kurzweil, **How to create a mind. The secret of human thought revealed**, Penguin Books, New York, 2013, in totum.

¹⁰⁷ Raúl Benítez et al., **Inteligencia artificial avanzada**, UOC, Barcelona, 2013, p. 10.

puede procesar y analizar un gran volumen de datos a una velocidad que al humano le llevaría años. El sistema puede acceder y almacenar más información que la persona y generar un conocimiento que no siempre podría estar al alcance de aquélla. En este sentido, un sistema de IA presenta tanto una ventaja cuantitativa como cualitativa respecto del ser humano. Los “sistemas de redes neuronales”¹⁰⁸ y los “algoritmos genéticos”¹⁰⁹, a los que me he referido en el apartado II de este trabajo, serían dos tipos de sistemas inteligentes especialmente aptos para generar ideas que llevan a resultados (“obras”) sorprendentes, inusitados y admirados por la propia persona.

En esta dirección, mientras que la creatividad exploratoria y transformadora, en el mundo analógico, está, en realidad, al alcance de pocas personas, en cambio, paradójicamente puede resultar más fácilmente asequible para los sistemas de IA. La capacidad de éstos de procesar y analizar cantidades ingentes de datos a gran velocidad y de generar conocimiento deja claramente en desventaja a la persona física a la hora de crear una “obra”. En este sentido, a la hora de valorar si el resultado producido por el sistema de IA tiene altura creativa que permita considerarlo una “obra”, no parece que deba hacerse comparándolo con la altura creativa del humano. Y no tanto porque no se dieran las fases del proceso de creación que, en gran medida, son muy similares, sino porque la creatividad natural propia de aquél es, hoy por hoy, difícil de alcanzar por un sistema de IA. De todos modos, siempre se podría comparar con aquellos (pocos) humanos que han llegado a la creatividad exploratoria o transformadora. Sin embargo, sigue existiendo una desventaja notable en la gran cantidad de datos que puede procesar una máquina y rapidez con que lo hace respecto del humano que, en mi opinión, hace que se deseche esta opción. De ahí que deba proponerse otro criterio que sirva para valorar si el resultado obtenido por el sistema de IA no supervisado puede conside-

¹⁰⁸ Harry Barrow, “Connectionism and Neural Networks” en Margaret A. Boden (ed.), **Artificial Intelligence**, 2ª ed., Londres, 1996, pp. 135-155.

¹⁰⁹ Margaret A. Boden, “Computer models of creativity”, 30(3):23 *AI Mag* (2009); Curtis E.A. Karnow, “The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence” en Ryan Calo, A. Michael Froomkin, Ian Kerr, **Robot Law**, 1ª ed., 2016, Cheltenham-Northampton, pp. 56-58; Margaret A. Boden, “Creativity”, pp. 286-289.

rarse una “obra”. Éste podría ser el de la “novedad” que no se entiende exactamente igual que la “novedad” en materia de propiedad industrial en el sentido de que no esté comprendido en el estado de la técnica, sino que se requiere que se aporte algo más “objetivamente” diferente a lo ya existente¹¹⁰.

Así, se limitaría el ámbito de protección de las obras generadas por estos sistemas a aquellas que exhibieran “novedad” respecto de las obras existentes tanto humanas como generadas por otros sistemas inteligentes. No sería suficiente la mera combinación de elementos o materiales, en definitiva, de datos, si el resultado no es “novedoso”, lo que es más fácil que ocurra en relación con la creatividad exploratoria y transformadora que en la combinatoria¹¹¹.

ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

La IA representa todo un desafío para el antropocentrismo del Derecho de autor. Son más los autores que defienden que las, aquí llamadas “obras” generadas por sistemas de IA autónomos queden fuera del ámbito protector del Derecho de autor, que aquellos que defienden lo contrario. En este trabajo, he intentado plantear precisamente esa opción minoritaria. Como conclusión, expongo en qué medida podrían protegerse este tipo de “obras” dentro de la LPI mediante la intervención del legislador. No desconozco que, idealmente, debería abordarse esa reforma directamente desde la Convención de Berna¹¹² y/o desde el Derecho europeo, por el legislador, para evitar que le TJUE se erija en

¹¹⁰ Pilar Cámara Águila, “Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del Derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad” en Pilar Cámara Águila, Ignacio Garrote Fernández-Díaz (coord.), **La unificación del Derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 62 (pp. 49-93).

¹¹¹ En relación con la exigencia de un mínimo de novedad para la consideración de “obra original”, vid. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “Comentario al art. 10 LPI” en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), **Comentarios a la Ley de propiedad intelectual**, Tecnos, 4ª. ed., Madrid, 2017, pp. 160-169.

¹¹² Quizá es tiempo, como propone Gervais, de ir pensando en un nuevo Convenio de Berna (Gervais, Daniel J., **(Re)structuring Copyright. A Comprehensive Path to**

“legislador” mediante la doctrina de los conceptos autónomos en materia de Derecho de autor¹¹³.

El sistema de IA al ser considerado “sujeto de derecho” podría ser titular de los derechos de explotación de la obra, si bien ejercitándolos la persona física o jurídica que, como decía, hubiera encargado y/o usado el sistema, cuestión ésta a decidir. Sólo serían protegibles como “obras” aquellas que presentaran “novedad” que fueran generadas por un sistema de IA autónomo no supervisado, el cual podría ser considerado autor “material”, atribuyéndose *ex lege* de forma automática el ejercicio de los derechos a la persona física o jurídica que lo hubiera encargado o usado, de forma parecida a como acontece en el supuesto del art. 97.4 LPI. Si bien, a diferencia de aquél, la titularidad de los derechos se atribuye directamente al empleador. En el caso que planteo, la titularidad permanecería *in testa* del sistema de IA, sujeto de derecho, y solo se atribuiría *ex lege* el ejercicio de los derechos¹¹⁴.

Esa intervención legislativa podría consistir en introducir en el apartado 1 del art. 5 LPI una referencia al objeto de este trabajo, en la medida en que el precepto establece a quién “se considera” como autor y no quién “es autor”. Por tanto, al tratarse de una consideración legal podrían, también legalmente, ser consideradas otras entidades como autoras. En esta dirección, el tenor literal del precepto mencionado quedaría así: “Se considera autor a la persona natural y al sistema de inteligencia artificial autónomo que crea alguna obra literaria, artística o científica”. En el apartado 2 de este mismo precepto podría establecerse que: “No obstante, de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar las personas jurídicas y aquellos que hayan creado, encargado o usado sistemas de inteligencia artificial referidos en el apartado anterior en los casos expresamente previstos en ella”.

International Copyright Reform, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, *in totum*).

¹¹³ Pilar Cámara Águila, “Los conceptos autónomos”, pp. 59-60.

¹¹⁴ La legitimación legal extraordinaria no es ajena al Derecho y, en concreto, al Derecho civil. Así, véanse los arts. 1111 CC (acción subrogatoria), 1186 CC (ejercicio de acciones por parte del acreedor frente a terceros, de las cuales es titular el deudor).

Por su parte, en el art. 10.1 LPI se podría añadir una letra, la k), que comprendiera a “*las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial autónomos*”. Aunque sería más bien a efectos propedéuticos, puesto que las creaciones generadas por estos agentes entran sin problema en el marco de las “*creaciones literarias, artísticas o científicas*”.

En cambio, me parecería necesario que se añadiera un apartado 3 al art. 10 LPI indicando que, en caso de estas obras, se requiere la presencia de “*novedad*”.

En el art. 26 LPI -o si se quiere una norma independiente del Capítulo I del Título III del Libro I de la LPI que aluda a la duración de los derechos de autor- podría establecerse una regla especial de duración de la protección en caso de este tipo de obras -que podría ser de 10 años- previo estudio o análisis económico en la materia. El plazo de protección debería ser el suficiente como para conjugar dos elementos: primero, no desincentivar la inversión en recursos humanos y tecnológicos y, segundo, no hurtar al dominio público de material que puede alimentar nuevas creaciones y el desarrollo de futuros proyectos de sistemas de IA.

Además, se añadiría un Título VIII al Libro I de la LPI donde se regularía el ejercicio, por la persona física o jurídica, de los derechos de explotación sobre la creación del sistema de IA, que sería quien lo hubiera encargado o usado. Otra cuestión es si, en este caso, se atribuirían o no derechos morales o bien se atribuirían algunos derechos morales; no todos, como, por ejemplo, el derecho a la integridad de la obra y el reconocimiento de la autoría al sistema de IA, de forma parecida a como acontece en el caso de las obras de dominio público.

En definitiva, como advierte Yanisky-Ravid,

the traditional laws of copyright are inadequate to cope with the new technology involved in creating artworks. I further argue that products and services independently generated by machines challenge the justifications under IP and copyright laws, which rely on humans to create the works. Copyright laws are simply ill-equipped to accommodate this tech revolution and are therefore unlikely to survive in their current form. In order to address the

*change in the way art is being created, we must either rethink these laws, give them new meaning, or be ready to replace them*¹¹⁵.

REFERENCIAS

AIHLEG, "A definition of AI: Main capabilities and disciplines", 8. April 2019. Accesible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

APARICIO VAQUERO, J. P., "Comentario al art. 97 LPI" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), **Comentarios a la Ley de propiedad intelectual**, Tecnos, 4ª. ed., Madrid, 2017.

BARROW, H., "Connectionism and Neural Networks" en BODEN, M. C. (ed.), **Artificial Intelligence**, 2ª ed., Londres, 1996.

BENÍTEZ, R. ET AL., **Inteligencia artificial avanzada**, UOC, Barcelona, 2013.

BENNETT MOSES, L., "Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep up with Technological Change", **University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy**, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario al art. 10 LPI" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), **Comentarios a la Ley de propiedad intelectual**, Tecnos, 4ª. ed., Madrid, 2017.

BODEN, M. A., **Artificial Intelligence and Natural Man**, 2ª ed., Basic Books, 1987, Sussex.

BODEN, M. A., "Creativity and Artificial Intelligence", 103(1): 347-356 **Artif Intell** (1998).

BODEN, M. A. "Computer models of creativity", 30(3):23 **AI Mag** (2009).

BODEN, M. A. **Inteligencia artificial**, Turner Noema, trad. PÉREZ PARRA, I., Madrid, 2017.

BOSTROM, N., **Superintelligence. Paths, Dangers, Strategies**, Oxford University Press, Oxford, 2014.

BRAIDOTTI, R., **El conocimiento posthumano**, Gedisa, 1ª ed., trad. por IBARZ, J., Barcelona, 2020.

¹¹⁵ Shlomit Yanisky-Ravid, "Generating Rembrandt", p. 670.

BRANTING, L. K., “Data-centric and logic-based models for automated legal problem solving”, **Artif. Intell Law**, 2017, 25:5-27.

BRIDY, A., “Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author”, **Stanford Technology Law Review**, Nro. 5, 2012.

BULLINGER, W. en WANDTKE, A.-A./BULLINGER, W. (eds.), **Praxiskommentar Urheberrecht: UrhG, VVG, InsO, UKlaG, KUG, EVtr, InfoSocRL**, 5ª. edic., Munich, 2019, UrhG, § 2 Rn. 4.

CÁMARA ÁGUILA, P., “Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del Derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad” en CÁMARA ÁGUILA, P./GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I. (coord.), **La unificación del Derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

CARRASCO PERERA, A./DEL ESTAL SASTRE, R., “Comentario al art. 5 LPI” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), **Comentarios a la Ley de propiedad intelectual**, Tecnos, 4ª. ed., Madrid, 2017.

COLLINS, H./EVANS, R., **Rethinking Expertise**, The University of Chicago Press, Chicago, 2007.

CHRISTENSEN, C. M. **The Innovator’s Dilemma – When Technology Causes Great Firms to fail**, Harvard Business Review Press, Boston, 1997.

COECKELBERGH, M., *Ética de la inteligencia artificial*, Cátedra, 1ª ed., trad. ÁLVAREZ CANGA, L., Madrid, 2021.

COPPS, M. J., “Disruptive Technology...Disruptive Regulation”, **Michigan State Law Review**, 2005.

DENICOLA, R. C., “Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works”, **Rutgers University Law Review**, 69, 2016.

DENNETT, D. C., **De las bacterias a Bach. La evolución de la mente**, traducción de Marc Figueras, Pasado & Presente, Barcelona, 2017.

DIETZ, A., “Le concept d’auteur selon le droit de la Convention de Berne”, 155 **RIDA**, 1993.

DOMINGOS, P., **The Master Algorithm**, Penguin Books, Reino Unido, 2017.

DUQUE LIZARRALDE, M., “Las obras creadas por inteligencia artificial: un nuevo reto para la propiedad intelectual”, **Pe. i., Revista de propiedad intelectual**, núm. 64, enero-abril, 2020.

EU Science Hub, JCR Technical reports, "AI Watch. Defining Artificial Intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence", <https://ec.europa.eu/jrc>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., **La propiedad intelectual de las obras generadas por inteligencia artificial**, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

GARCÍA VIDAL, A., "Propiedad intelectual y minería de textos y datos: estudio de los artículos 3 y 4 de la Directiva (UE) 2019/790", **ADI**, Tomo 40, 2019-2020.

GERVAIS, D. J., "The Machine as Author", **Iowa Law Review**, vol. 105:2053.

GINSBURG, J. C., "The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law", **DePaul Law Review**, 52-4, 2003.

GINSBURG, J. C., "People Not Machines: Authorship and What it means in the Berne Convention", **IIC** (2018) 49:131-135.

GONZÁLEZ OTERO, B., "Machine Learning Models Under the Copyright Microscope: Is EU Copyright Fit for Purpose?", **GRUR International**, 2021.

GRÄTZ, A., **Künstliche Intelligenz im Urheberrecht**, Springer, Wiesbaden, 2021.

GUADAMUZ, A., "La inteligencia artificial y el Derecho de autor", online https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/05/article_0003.html. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

HAMON, R./JUNKLEWITZ, H./SÁNCHEZ, I., "Robustness and Explainability of Artificial Intelligence", JRC technical Report, European Commission, 2020.

HARAWAY, D., "A Cyborg Manifesto: Science, Technology, and Socialist-Feminism in the Late Twentieth Century", **Simians, Cyborgs and Women. The Reinvention of Nature**, Nueva York, Routledge, 1991.

HIN-YAN LIU ET AL., "Artificial Intelligence and Legal Disruption: A New Model for Analysis", 12(2), **Law, Innovation and Technology**, 2020.

HUGENHOLTZ, P. B./QUINTAIS, J. P./GERVAIS, D., "Trends and Developments in Artificial Intelligence. Challenges to the Intellectual Property Rights Framework", Final Report, bajo los auspicios de la Comisión europea, septiembre 2020. Puede consultarse en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/trends-and-developments-artificial-intelligence-challenges-intellectual-property-rights-0>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

KAHNEMAN, D., **Pensar rápido, pensar despacio**, 1ª ed., Barcelona, 2013.

KARNOW, C. E. A., "The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence" en CALO, R./FROOMKIN, A. M./KERR, I., **Robot Law**, 1ª ed., 2016, Cheltenham-Northampton.

KATYAL, N., "Disruptive Technologies and the Law", **Georgetown Law Journal**, Nro. 102, 2014.

KURKI, V., "Why Things Can Hold Rights: Reconceptualizing the Legal Persons" en KURKI, V./PIETRYKOWSKI, T., (eds.), **Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn**, Springer, 2017.

KURKI, V., **A theory of legal personhood**, Oxford University Press, 2019.

KURZWEIL, R., **How to create a mind. The secret of human thought revealed**, Penguin Books, New York, 2013.

LACRUZ MANTECÓN, M. L., **Inteligencia artificial y Derecho de autor**, Reus, Madrid, 2021.

LAMBERT, P., "Computer Generated Works and Copyright: Selfies, Traps, Robots, AI and Machine Learning", 2017 **E.I.P.R.** vol: 39(1).

LEE, E., "Digital Originality", 2012, **Vanderbilt J. of Ent. and Tech. Law** 14(4):919.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., "Propiedad intelectual, inteligencia artificial y libre circulación de datos" en SAIZ GARCÍA, C./EVANGELIO LLORCA, R., **Propiedad intelectual y mercado único digital europeo**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

MANCUSO, S., **Inteligencia y sensibilidad de los vegetales**, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2ª. ed., 2015.

MARCO MOLINA, J., **La propiedad intelectual en la legislación española**, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 1995.

MARCO MOLINA, J., "La formación del concepto de derecho de autor y la originalidad de su objeto" en MACÍAS CASTILLO, A./HERNÁNDEZ ROBLEDO, M. A., (ed.), **El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual**, La Ley, Madrid, 2008.

MARTÍN CASALS, M., "Causation and Scope of Liability in the Internet of Things (IoT)" en LOHSSE, S./SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D. (eds.), **Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things**, Nomos Verlag, Baden Baden, 2018.

MCCUTCHEON, J., "Curing the authorless void: protecting computer-generated works following ICETV and Phone Directories", 2013 **Melbourne University Law Review**, vol. 37:46.

NAFFINE, N., "Legal Persons as Abstractions: The Extrapolation of Persons from the Male Case" en KURKI, V./PIETRYKOWSKI, T. (eds.), **Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn**, Springer, 2017.

NAVAS NAVARRO, S. "Sistemas expertos basados en inteligencia artificial y responsabilidad civil", *Diario La Ley, Ciberderecho*, 11.12.2019. Online: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/12/13/sistemas-expertos-basados-en-inteligencia-artificial-y-responsabilidad-civil>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

NAVAS NAVARRO, S., **Obras de dominio público. Digitalización y preservación digital**, Reus, Madrid, 2021.

NEUBERGER WELLER, S., "Computer Ownership is not Monkey Business: Wikimedia and Slater Fight over Selfie Photographs", 2014 **IP Litigator** 20(5).

PANTALÉON PRIETO, F., "Causalidad e imputación objetiva: criterio de imputación", Asociación de profesores de Derecho civil (ed.), **Centenario del Código Civil: 1889-1989**, vol. II, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 1991.

PERRY, M./MARGONI, T., "From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-generated Works?", 2010 **Law Publications. Paper** 27, <http://ir.lib.uwo.ca/lawpub/27>. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

PIETRYKOWSKI, T., "The Idea of Non-Personal Subjects of Law" en KURKI, V./PIETRYKOWSKI, T. (eds.), **Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn**, Springer, 2017.

PINO DÍEZ, R. et al., **Introducción a la inteligencia artificial: sistemas expertos, redes neuronales artificiales y computación evolutiva**, Universidad de Oviedo, servicio de publicaciones, 2001.

RAHMANTIAN, A., **Copyright and Creativity. The Making of Property Rights in Creative Works**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011.

RICKETSON, S., "The need for human authorship – Australian developments: Telstra Corp. Ltd v. Phone Directories Co Pty Ltd (Case Comment)", 2012, **E.I.P.R.** 34(1).

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., "Comentario al art. 5 LPI" en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (dir.), **Comentarios a la ley de propiedad intelectual**, 2ª. ed., Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “Comentario al art. 8 LPI” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), **Comentarios a la Ley de propiedad intelectual**, Tecnos, 4ª. ed., Madrid, 2017.

ROGEL VIDE, C., **Obras colectivas y propiedad intelectual**, Reus, Madrid, 2021.

SAIZ GARCÍA, C., **Objeto y sujeto del derecho de autor**, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

SAIZ GARCÍA, C., “Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor”, **InDret** 1/2019.

SAMUELSON, P., “Allocating Ownership rights in computer-generated works”, 1985, 47 **U. Pitt. L. R.** 1185.

SAVIGNY, F. C., **System des heutigen Römischen rechts** (Veit 1840) § 60.

SCHAFER, B. et al., “A fourth law of robotics? Copyright and the law and ethics of machine co-production”, 2015 **Artif Intell Law** 23:217-240.

SCHULZE, G., en DREIER, T./SCHULZE, G./SPECHT, L. (eds.), **UrhG: Urheberrechtsgesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar**, 6ª. edic., Munich, 2018, UrhG, § 2 Rn. 243.

SENFLEBEN, M./BUIJTELAAR, L., “Robot Creativity: An incentive-based Neighboring Rights Approach”, **EIPR**, 2020. Puede consultarse online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3707741. Fecha de la consulta: septiembre 2021.

SPINDLER, G., „Roboter, Automation, künstliche Intelligenz, selbst-steuernde Kfz – Braucht das Recht neue Haftungskategorien?“, **CR** 12/2015.

SPINDLER, G./SCHUSTER, F. (eds.), **Recht der elektronischen Medien**, 4ª edic., Göttingen, 2019, UrhG, § 2 Rn. 3.

SUSSKIND, R./ SUSSKIND, D., **El futuro de las profesiones. Cómo la tecnología transformará el trabajo de los expertos humanos**, editorial Teell, trad. por RUIZ FRANCO, J. C., Zaragoza, 2016.

TWIGG-FLESNER, Chr., “Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law” en DE FRANCESCHI, A. (ed.), **European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution**, Intersentia, Cambridge, 2016.

URWIN, R., **Artificial Intelligence. The Quest for the ultimate thinking machine**, Arcturus, Londres, 2017.

VANNIEUWENHUYZE, A., **Inteligencia artificial fácil. Machine learning y Deep learning prácticos**, traducido por GOYANES ARNEDO, B., ediciones ENI, Cornellà de Llobregat, 2020.

YANISKY-RAVID, S., "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era-The Human-Like Authors are already here. A New Model", **Michigan State Law Review**, 2017, Nro. 4.

YU, R., "The Machine Author: What Level of Copyright Protection Is Appropriate for Fully Independent Computer-Generated Works?" 165 **U. Pa. L. Rev.**, 2017.

RRDDIS



**ESTUDOS DE CASO,
JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO**

PARTE IV

RRDDIS

A OBRA AUDIOVISUAL 'GOLIATH': um diálogo sobre a ética na Advocacia e nos Pareceres em Propriedade Intelectual

The audiovisual work 'Goliath': a dialogue on ethics in Advocacy and in Intellectual Property Opinions

Pedro Marcos Nunes Barbosa¹

RESUMO:

O presente artigo cuida de uma análise pragmática-zetética-dogmática de feito dirimido nos Estados Unidos da América versando sobre a transformação digital criativa - não autorizada - de escultura. A hipótese do texto é de que a reprodução gráfica e com efeitos especiais de obra pretérita pode não constituir violação aos direitos existenciais e patrimoniais de autor a depender do grau de especificação civil existente. Comparando-se, propedeuticamente, a hipótese ocorrida alhures para com feito símile que fosse dirimido em território Brasileiro, sob o pálio da Constituição de 1988 e a Lei 9.610/98, eventual julgamento de mérito do caso poderia resultar em norma distinta daquela que foi atingida pela transação alhures.

Palavras-chave: Arte; Direito Autoral; Transformações criativas.

ABSTRACT:

The present article deals with a pragmatic-zetetic-dogmatic analysis of a settled fact in the United States of America dealing with the creative – unauthorized – digital transformation of sculpture. The hypothesis of the text is that the graphic reproduction and with special effects of a past work may not constitute a violation of the author's existential and patrimonial rights, depending on the degree of existing civil specification. Comparing, propaedeutically, the hypothesis that occurred elsewhere with a similar fact that was settled in Brazilian territory, under the pallium of the Constitution of 1988 and Law 9.610/98, an eventual judgment on the merits of the case could result in a different norm from the one that was reached by the transaction elsewhere.

Keywords: Art; copyright; creative transformations.

¹ Discente do estágio pós-doutoral junto ao Departamento de Direito civil da FADUSP. Doutor (USP), Mestre (UERJ), e Especialista em Propriedade Intelectual (PUC-Rio). Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio. Sócio de Denis Borges Barbosa Advogados: pedromarcos@dbba.com.br. Vascaíno, músico amador e um apaixonado cinéfilo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; **1. POLÍTICA JURISDICIONAL: A PROPRIEDADE INTELECTUAL E AS DISPUTAS ENTRE GIGANTES E ATORES HIPOSSUFICIENTES;** **2. LIDES PARITÁRIAS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL;** **3. OS ESPECIALISTAS NA PROPRIEDADE INTELECTUAL;** CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

As obras audiovisuais são criações em coautoria² em que, costumadamente, um número expressivo de artífices se reúne para produzir um amálgama de originalidades³ superpostas que, uma vez bem arranjadas, formam um produto artístico protegido por Direito Autoral (Lei 9.610/98). No caso das séries, das obras cinematográficas com sequências, ou mesmo das telenovelas, é possível contemplar as criações enquanto *universalidades* – no qual apenas toda a apreciação dos conteúdos permite ao interlocutor a compreensão de cada um dos detalhes *em cadeia* –, mas também como bens autônomos dignos de proteção.

A atuação jurisdicional costuma ser uma das funções de Estado que mais atraem a curiosidade do telespectador de séries, seja pelo recorte predominantemente voltado às atividades dos órgãos investigativos que fomentam o suporte de evidências para o exercício da pretensão punitiva

² Para uma bela análise sobre as obras coletivas vide MORATO, Antonio Carlos. **Direito de Autor em Obra Coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2007. Distinguindo as obras audiovisuais – como fruto de coautoria – daquelas ditas coletivas vide COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3ª Edição, São Paulo: Saraiva: 2019, p. 175.

³ “Note-se que essa contribuição é como criação. Sempre como criação. É sempre nova a edição de Eça de Queiroz com os novos parâmetros do Acordo Ortográfico; não será original, pois o que traz novidade não é nenhuma contribuição criativa, mas o resultado de algum esforço e algum investimento. Ou a transcrição de um manuscrito arcaico e palimpsético, cujo enorme esforço merece nota e encômio, mas nunca reconhecimento de autoria. Por fim, essa contribuição, para que a originalidade lhe aproveite no ingresso no campo autoral, deverá ser no elemento expressivo da criação” BARBOSA, Denis Borges. **Questões Fundamentais de Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23

(a exemplo de "Law & Order - SVU"⁴ e "Blue Bloods"⁵); ou, seja pelo enfoque destinado aos advogados e sua delicada relação fiduciária com os clientes ("Mandrake"⁶ e "The Good Wife"⁷). Os jogos de Poder, a falibilidade dos Órgãos Políticos, a *parcialidade* de quem dirime conflitos, e a sensação aprazível de quando o Direito posto encontra os sentimentos de Justiça são algumas das *scènes à faire* mais populares nos produtos estéticos desta sorte.

Para além do carisma das protagonistas, a precisão da interpretação das personagens, a sinergia entre os atores, a atuação meticulosa da iluminação e da maquilagem, o cuidado na escolha das músicas, e a sapiência na edição dos episódios; certamente dois dos elementos *determinantes* do sucesso ou da completa irrelevância da criação são (i) o roteiro; e (ii) a labuta da produção. Com uma combinação rara de todos os itens anteriores, o mesmo produtor (David Kelley) da melhor série de comédia 'jurídica' já exibida ("Boston Legal"⁸) escalou craques como Billy Bob Thornton (que interpreta Billy McBride) e William Hurt (na *persona* de Donald Cooperman) para estrelarem a série 'Goliath'.

Na versão lusófona de tal personagem bíblica, Golias (de Gate) era um filisteu de grande estatura que restou morto por Davi (livro 1, Samuel 17, itens 49 a 51), em uma alusão de que a astúcia e a técnica prevalecem sobre a força bruta e a empáfia. Se diversos guerreiros mais pujantes (fisicamente) que Davi arrefeciam seus próprios ânimos e abdicavam de enfrentar Golias, tal não foi o caso do filho de Jessé. O credo em seu Deus e o destemor diante da arrogância do humano-adversário levaram Davi a aceitar o perigoso combate e, tal como um *azarão* na pista de corridas, surpreendeu a todos que assistiam a proeza, até a conquista do êxito de enorme poder simbólico.

⁴ Série estadunidense criada em 1999 por Dick Wolf e estrelada por Mariska Hargitay e Christopher Meloni.

⁵ Série estadunidense criada em 2010 por Mitchell Burgess e Robin Green; bem como estrelada por Tom Selleck.

⁶ Série nacional criada em 2005 com base na obra de Ruben Fonseca; estrelada por Marcos Palmeira e Miele.

⁷ Série estadunidense criada em 2009 por Michelle e Robert King; tendo como protagonista Julianna Margulies.

⁸ Criada em 2004 nos EUA, e estrelada por James Spader e William Shatner.

O recorte da série estadunidense goza de três pontos em comum com a da mítica figura bíblica: (a) o Poderio Econômico de seres que se portam como ‘Goliath’ jurídicos (capitaneados por Cooperman), em defesa de causas pouco Republicanas; e, de outro lado, (b) o talento e a virtude de alguém valente, sensível e frágil (Billy McBride) no enfrentamento de organizações societária de baixíssimo padrão ético. O que torna os inúmeros combates – entre as diversas temporadas – das figuras representativas e maniqueístas entre o *bondoso* e o *maligno* mais interessantes do que o banal clichê dos contrastes extremados: é o fato de que McBride foi cofundador do escritório de advocacia liderado por Cooperman, e que o primeiro está mais para um Macunaíma⁹ do que para um herói ordinário. Como egresso da banca (c), McBride tem origens em comum com Cooperman, tal como Golías e Davi eram ‘meros’ humanos e originados da mesma terra: porém, o que os discerne são as escolhas de longo prazo, muito mais do que o talento pessoal. A cada temporada da série da Amazon Prime, a versão hollywoodiana do Davi ‘do século XXI’ (Mcbride) enfrenta um novo Goliath (em geral assistido por Cooperman), na luta pelo bom direito de um mandante-vitimado.

Vencer a qualquer custo visando majorar seu patrimônio bilionário parece ser a receita de Cooperman (que sofre com uma deformidade facial tal como o Fantasma da Ópera), enquanto McBride (de cerca de sessenta anos e já física e reputacionalmente decadente) flerta com o alcoolismo, a indisciplina, e seu magnífico senso de Justiça que raramente coincide com interesses imediatamente capitalistas. Este breve ensaio toma algumas das nuances do intrigante seriado para dialogar com as fronteiras *cinzentas* do complexo ramo dos direitos intelectuais.

1 POLÍTICA JURISDICIONAL: A PROPRIEDADE INTELECTUAL E AS DISPUTAS ENTRE GIGANTES E ATORES HIPOSSUFICIENTES

Diferentemente de contos e romances, é raro que em lides versando sobre direitos de propriedade intelectual haja uma clareza solar so-

⁹ Personagem inesquecível de Mário de Andrade.

bre quem seria o anti-herói (ofensor) e quem figuraria no polo processual como *mocinho*. Se o *autor* da pretensão é aquele que primeiramente apresenta seu discurso, muitas das vezes exageradamente vitimista, o *réu* tem a oportunidade por apresentar sua versão¹⁰ dos fatos e igualmente persuadir¹¹ o Juízo. É exatamente a complexidade da matéria probatória (a exemplo de uma ação de contrafação de tecnologias afeitas aos programas de computador, a uma cultivar, uma patente de invenção na seara química, ou mesmo uma topografia e circuito integrado) que corriqueiramente impede o ente que se deseja imparcial (o Juízo) de aferir a verossimilhança do que é alegado *in limine*. A própria equidistância das partes deve circunscrever as predileções ideológicas ou pessoais do Juízo a antecipar seu julgamento, evitando-se exemplos sombrios de antecipar seus votos a serem – em um futuro bastante próximo – proferidos em Órgãos do Poder Judiciário, através de entrevistas, em exposição retórica em eventos organizados por associações classistas (com palestras muito bem remuneradas), ou mesmo em redes de televisão a cabo.

Na terceira temporada de *Goliath*, a figura maligna é interpretada pelo empresário-ruralista Dennis Quaid (Wade Blackwood), que faz mal-uso do lençol freático (cujo volume de água na região da Califórnia estaria extremamente escasso) tornando infértil boa parte dos terrenos que não lhe pertencem, inclusive como técnica de 'expulsar' os imóveis lindeiros e comprá-los por um preço depreciado. Depois de uma tragédia provocada pela sua ganância, McBride assume o patrocínio do viúvo da vítima de Blackwood e sofre com o *backlash* social (represálias de todas as ordens) de processar o magnata da cidade com enorme proximidade com o Poder Judiciário. Em diversas cenas, o Juízo instrui o processo de modo a obstar o direito de defesa do cliente de McBride – demandante em uma

¹⁰ "Os advogados que atuam em juízo sabem que a maioria das controvérsias jurídicas surge porque as partes têm opiniões diferentes sobre os fatos; e, tão logo as questões factuais sejam todas resolvidas, a causa é facilmente decidida" WEINREB, Lloyd L. **A Razão Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 58.

¹¹ "Ora o juiz, que se vê posto perante a questão de saber se a situação de facto que lhe é apresentada ocorreu «de facto» assim, não teve em regra ele próprio a percepção dos factos, mas está dependente das percepções de outras pessoas" LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982, p. 289.

ação coletiva contra o *senhor feudal* da região, favorecendo explicitamente Blackwood que é cliente do escritório de Cooperman. Ao ocaso da relação jurídica processual, este mesmo juiz acaba sendo promovido como uma forma de ‘prêmio’ por todos os seus anos de judicatura, em um jogo de cena¹² que remete o telespectador a uma enorme troca de favores entre os Fatores Reais de Poder daquela região.

Fora da ficção, raras são as vezes em que Órgãos Judiciais e integrantes do Ombudsman atuam de modo parcial, e ainda menos frequentes são as oportunidades em que tal se dá de modo tão transparentes no tocante ao seu desvio funcional. E é exatamente pela camuflagem de alguma imparcialidade que se tornam tão complexas as atividades das corregedorias locais e dos Conselhos Nacionais pertinentes. Por vezes, em um mundo bem distinto da realidade nacional, não há um benefício direto ao ator político que insiste em favorecer aqueles que atuam como Cooperman; mas sim aos seus filhos e parentes que acabam sendo contratados para escritórios de advocacia com altíssimo índice de êxito (quicá através de estratégias pouco republicanas) nos mesmos tribunais em que oficiam tais Órgãos. Outras tantas vezes, ofertas *irrecusáveis* (quicá um lugar na sociedade de advogados) para o futuro pós-aposentadoria do ator Estatal acabam sendo formuladas como um plano ‘eficaz’ de convencimento. Certamente nenhum de tais fatos seria observado em *terrae brasilis*¹³.

Com relação a atuação pretoriana nas demandas de propriedade intelectual, como boa parte dos feitos demandarão a produção de prova pericial, um desafio comum do acesso à justiça é posto em xeque quando

¹² “Assim é constituído o direito do mais forte, direito tomado ironicamente em aparência e realmente estabelecido em princípio” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social – Princípios do Direito Político**. São Paulo: Editora Edipro, 2000, p. 28.

¹³ “Sou um dos que continuam a crer que, para fazer o juiz dar razão, não há nada melhor do que respeitar as regras do processo: vestir a beca e dirigir-se a ele em voz alta, na audiência, de modo que todos ouçam, e não ir encontrá-lo em casa para lhe falar a sós, ou esperá-lo no corredor para lhe cochichar algumas palavras no ouvido. Este é o método do advogado, como eu o entendo. Os clientes são avisados. Sinto-me bem assim. Mas, se eles preferirem outro tipo de serviço, então não procurem um advogado - é melhor se dirigirem a um vendedor de ilusões” CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1995, p. 28.

há uma desproporção manifesta no poderio econômico das partes. *Verbi gratia*, imagine-se o trâmite de uma ação em que o demandante é autor de uma obra de natureza estética que, aparentemente, foi objeto de usurpação por uma macroempresa em uma adaptação pouco criativa. Percebida a resistência das teses pelo demandado diante de uma especialidade artística da qual tem pouca informação, o Juízo se vê diante da necessidade de indicar um *expert* de sua confiança. Afora os parques Órgãos do Poder Judiciário que contam com Juízos Especializados em Propriedade Intelectual (servindo como magníficos exemplos o TRF-2, TJERJ e TJSP), é bem possível que o Órgão Julgador não conte com um perito de sua confiança e que entenda da seara dos direitos intelectuais. Ou seja, ele *ou* nomeará alguém que é um 'mero curioso', porém que conta com a sua fidedignidade, *ou* nomeará alguém que até compreende da seara da propriedade intelectual, mas que mal conhece e talvez tampouco confie. Outro problema comum se dá, em uma pequena variação da hipótese descrita, diante do caso em que o feito realmente demanda um perito de enorme experiência, titulação e técnica, mas em que o demandante não está (i) na situação de beneficiário dos efeitos da Justiça Gratuita, nem, tampouco (ii) tem a disponibilidade financeira para custear os honorários dignos a um profissional de tamanho gabarito. Se não houver a redistribuição dos ônus financeiros quanto a produção probatória, é bem provável que ou (a) haja a desistência da prova em si, o que custará ao demandante qualquer chances de êxito, ou (b) haverá a alteração do *expert*, para, provavelmente, alguém com menores conhecimentos do tema, o que comprometerá a qualidade¹⁴ da prova a ser produzida. Não é incomum que diante de um

¹⁴ "(...) aqui somente cumpre, de qualquer modo, rechaçar que a verdade seja objetiva. Essa pode ser considerada relativa não no sentido de depender das opções individuais dos sujeitos que delas se ocupam (visto que, desse modo, cair-se-ia em um relativismo radical inaceitável), mas sim no sentido de que o conhecimento da verdade relaciona-se com o contexto em que surge, com o método com que se desenvolve sua busca e com a quantidade e a qualidade de informações de que se dispõe (e sob as quais tais conhecimentos fundam-se). Em outros termos: a verdade de um enunciado é univocamente determinada pela realidade do evento que esse representa e, portanto, é «absoluta» (no sentido de que não admite graus). O enunciado é verdadeiro ou não: não pode ser «mais ou menos» verdadeiro. O que pode variar, dependendo das circunstâncias, é o grau de confirmação" que pode ser atribuído a esse enunciado, com base nos conhecimentos disponíveis: portanto, pode-se dizer que, em contextos determinados

tamanho *aperto financeiro* para o requerente da prova pericial, que a parte *ex adversa* faça uso de subterfúgios para gerar o aumento da proposta de honorários do perito nomeado pelo Juízo. Por exemplo, o elenco de centenas de quesitos, quando um direcionamento simplificado para o *expert* seria o suficiente para satisfazer o direito de defesa, acaba resultando em valores de honorários mais altos por parte do perito que realmente terá muito mais trabalho. Mais uma vez é fundamental que o ente imparcial faça um controle meritório da quesitação, inclusive, porventura, indeferindo quesitos, para evitar que teores impertinentes possam resultar em uma elasticidade do que realmente é litigioso.

Um segundo estratagema utilizado pelo escritório de Cooperman contra a atuação de McBride (vide a primeira temporada de Goliath) foi uma ‘clássica’ utilização do poder econômico do primeiro, contra a escassez pecuniária e estrutural (de pessoal, por exemplo) do segundo. Sabe-se que a equipe de uma centena de advogados, assistentes e estagiários poderia realizar um desequilíbrio ao grupo enxuto de pessoas liderados por McBride, Cooperman optou pelo conhecido gênero estratégico do *trial by avalanche*. Nesta espécie de litigância de má-fé¹⁵ a parte *entope* os autos do processo com milhares e milhares de páginas, quase todas com temática periférica, indireta e até inútil ao mérito da demanda. O enfoque é realmente (1) a exaustão da equipe de causídicos *ex adversa*, (2) a majoração dos custos de honorários (em especial se houver cobrança por valor hora)

e de acordo com as circunstâncias, pode existir uma maior ou menor aproximação à verdade.”” TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 105.

¹⁵ “O exercício da demanda não constitui somente motivo de sérias apreensões para quem pretende, na qualidade de autor, exigir o cumprimento de uma obrigação ou pedir a solução a uma controversia, mas também, para o réu, em muitos casos, é ameaça tão grave ao interesse que defende, que dá razão ao brocardo: *mais vale uma má acomodação que uma boa demanda*. Dizer, portanto, que quem demanda usa do seu direito e, assim, não causa dano a ninguém, é esquecer que o litigante tem um adversário e que este, quando assistido por um direito; deve estar a coberto de quaesquer ataques injustos. São os *incommodos*, a diminuição patrimonial causada pelo contracto de honorários, a produção de provas difíceis e custosas, o abandono de negócios urgentes, que perecem para atender às necessidades da demanda, enfim, a repercussão material mais ou menos intensa, além do dano moral, que só em parte serão reparados na sentença” AMERICANO, Jorge. **Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1932, p. 50.

para a parte contrária, (3) o retardo¹⁶ processual ao julgamento do feito já que é – claro – necessária a leitura integral dos autos para que o Juízo sentencie, além de poder ser uma forma de (4) ‘esconder’ (ao exemplo de uma ‘agulha em um palheiro’) alguma informação relevante a que fora intimado a colacionar nos autos, no meio de tantas laudas fastidiosas e inúteis. Esta estratégia belissimamente descrita em Goliath felizmente jamais será notada em demandas de propriedade intelectual no Brasil, ou pelo menos assim se espera.

2 LIDES PARITÁRIAS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Na segunda temporada de ‘Goliath’, McBride se apaixona pela jovem vereadora Marisol Silva (interpretada pela talentosa Ana de la Reguera), cujo discurso em primeiro lugar encanta a filha de McBride. Ao longo de uma trama envolvendo um assassinato, inclusive com uma imputação ilegítima a um jovem de periferia, a vereadora convence McBride a sair de sua zona de conforto (com frequências diuturnas a um bar ao lado da hospedagem em que estabeleceu domicílio) para assumir a defesa de tal jovem. De fato, na série, parece haver uma enorme injustiça sendo praticada pelas forças policiais, e que toda a pujança política das vindouras eleições para o executivo municipal de Los Angeles estaria circunscrita ao caso assumido por McBride, e que pode gerar um custo eleitoral para Marisol. Ao longo da temporada McBride descobre que tanto a *madrinha* política de seu cliente, quanto a parte *ex adversa* estão envolvidos em um enorme jogo de corrupção.

Dialogando dentro da proposta antropológica formulada pelo seriado produzido por Kelley, há uma lição bastante interessante a ser aprendida por quaisquer causídicos, em especial por aqueles que atuam no ambiente da propriedade intelectual. Em feitos travados por partes hipersuficientes, dificilmente um lado será *puramente* bonzinho enquanto

¹⁶ “Assim, apesar de já termos escutado algo a respeito de uma urgência estúpida durante uma guerra, nunca houve quem associasse a sabedoria a atrasos. Não há registro de nação que tenha se privilegiado de uma guerra demorada” SUN TZU. **A arte da guerra**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 20.

o outro será caracterizado como *univocamente* malévolo. É bem possível que a versão dirigida pelos clientes a ambos os patronos das partes litigantes seja uma forma muito *peculiar* da realidade. Em outras palavras, o próprio causídico deve considerar a possibilidade de que seu cliente tenha mentido, não compartilhado alguns dados essenciais à formação da *fattispecie*, pois alguma informação omitida que seja revelada ao curso da instrução probatória poderá comprometer as legítimas estratégias defensivas. O diálogo franco para com o cliente é sempre útil para cercear a hipótese de que qualquer mentira possa ser apresentada ao Juízo por parte de quem realiza um múnus público estando de boa-fé, o que – por sua vez – tende a comprometer as chances de êxito, bem como a própria reputação do causídico que postula interesses alheios.

Uma práxis tão feia quanto a da alocação de milhares de documentos inúteis ao deslinde do feito nos autos seria a da contratação de profissionais vinculados – emocionalmente – ao perito do Juízo para a atuação como assistentes técnicos. Por exemplo, imagine-se que o Juízo tenha indicado como *expert* um jovem doutor que passou toda a sua carreira acadêmica sob a batuta de um determinado orientador (na graduação, mestrado e doutorado). Ciente de tamanho grau de deferência, até mesmo próximo a um *temor reverencial*, uma das partes da contenda resolve contratar de assistente técnico o ex-orientador – que pode não ser especialista no cerne da contenda –, apenas para exercer uma mais do que simbólica¹⁷ ‘pressão’ psicológica sobre o jovem perito. Trata-se de hipótese em que a suspeição deveria ser apontada pelo próprio *expert*, o que acaba, por sua vez, gerando externalidades negativas à boa jurisdição já que (i) pode gerar o retardo do feito, (ii) uma nova nomeação de um *expert* menos capacitado, ou, até mesmo, ser uma forma (iii) do litigante de má-fé obter a nomeação como perito de um outro profissional de sua predileção (ideológica, quiçá).

Outro ato ilícito praticado em lides paritárias versando sobre atos de contrafação de propriedade intelectual é o do abuso do *segredo de jus-*

¹⁷ “Tudo o que podia exprimir-se por meio de palavras ele o dizia. “Mas nem só as palavras contam!”” SATRE, Jean-Paul Charles Aymard, **A idade da razão**. Tradução: Sérgio Milliert. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 16.

tiça¹⁸, bem como a fuga do Juízo Natural¹⁹. Um país Republicano tem no arquétipo da transparência seu marco e seu Norte. Até mesmo quando houver algum documento secreto, e necessário ao deslinde do feito, anexado aos autos, nada precata de ser *ponderado* o dever de sigilo com a necessidade de publicidade dos demais atos. Assim, é bem recomendável que o Juízo defira o tramite sigiloso *apenas* dos documentos sensíveis (proporcionalidade em sentido estrito), mas não das peças processuais e, em especial, das decisões. O que em geral legitima o segredo de justiça é (a) o cerceamento da circulação informacional, (b) a restrição para o ingresso de terceiros no feito (assistência e *amici curiae*), e (c) tentativas de obtenção de ilegítimas²⁰ tutelas de urgência – em especial de matiz inibitório – sem que a parte demandada tenha ciência da distribuição da demanda, e que possa, *espontaneamente*, comparecer ao Juízo e exercer um contraditório prévio ao prazo de sua defesa meritória. Todo advogado de contencioso sabe o quão desagradável é a *correria*²¹ quando em paralelo ao mandado de citação o seu cliente recebeu, também, o mandado de intimação com uma determinação de atos omissivos sob pena de astreintes diárias milionárias com base em uma lide que tramita em sigilo. Por tal razão, devem as demandas de propriedade intelectual tramitar às claras,

¹⁸ Portanto, é preciso enorme cautela antes de aplicar a excepcional (perante o art. 93, IX, da CRFB) solução de que trata a Lei 9.279/96 em seu art. 206. “Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades”.

¹⁹ “Em suma, o advogado pode não saber com certeza qual direito estadual será aplicado até a situação provocar abertura de processo. Na verdade, ele decidirá abrir esse processo junto às cortes de determinado Estado apenas porque elas irão aplicar o direito mais vantajoso para seu cliente. Escolher uma corte por razões táticas é prática comum, conhecida como “*forum shopping*”” VANDELDELDE, Kenneth J. **Pensando Como Um Advogado**. 2ª Edição, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 19.

²⁰ “Não venhas, porém, por uma simples suspeita, incrimina-me sem ter-me ouvido. Não é justo tomar levemente os maus pelos bons, os bons pelos maus. (...) Somente o tempo é capaz de mostrar um homem honesto, enquanto basta um dia para desmascarar um traidor” SÓFOCLES. **Édipo Rei**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011, P. 39.

²¹ “Men in a passion do not wait for law” NEILSON, George. **Trial by Combat**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009, p. 293.

à luz do dia, sem restrições de acesso ao público, pelo *desinfetante natural* que é o raio do sol²².

Na primeira temporada de Goliath, no ápice do julgamento da demanda reparatória em que McBride atua como advogado da parte autora, o escritório de Cooperman coopta uma funcionária (Brittany Gold que é interpretada por Tania Raymonde) da equipe de McBride para testemunhar contra ele. O ataque à reputação de McBride tinha pouquíssima relação com o mérito da demanda em si, mas diante de um Órgão Julgador cidadão e coletivo (Júri) poderia resultar na desacreditação da tese e dos fatos jurídicos representados pelo causídico destemido. No mundo do contencioso da propriedade intelectual nota-se que há quem adira à metodologia dos ataques *ad hominem*²³, seja dirigida à parte *ex adversa* ou até mesmo aos causídicos que representam os interesses jurídicos contrapostos. Uma pequena variação deste estratagema é a expressão de ataques pessoais somada ao abuso do poder econômico, com propostas econômicas sedutoras para que membros da equipe de um escritório de advocacia *ex adverso*, ‘troque de times’, tal como geraria a mesma estranheza um jogador de um clube rival, durante o percurso do campeonato, migrar de *camisas* e passar a jogar pelo original oponente.

Em uma das cenas mais marcantes de ‘Goliath’, no meio de um importante julgamento McBride se reúne com Cooperman em um restaurante para admoestá-lo das necessárias regras – mínimas – sobre cortesia e respeito em uma ‘batalha judicial’²⁴. Ataques pessoais não deveriam persistir como estratégia em paralelo à contenda jurídica. Cooperman comparece ao encontro, mas não faz qualquer questão de se reconduzir

²² “The idea here, associated with Justice Louis Brandeis, is that “sunlight is the best of disinfectants”” SUNSTEIN, Cass R. **Republic.com 2.0**. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 197.

²³ “A legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Antidireito: isto é, Direito propriamente dito, reto e correto, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido” LYRA FILHO, Roberto. **O que é o Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 8.

²⁴ Citação de a Megera Domada do inesquecível Bardo: “And do as adversaries do in law / Strive mightily, but eat and drink as friends”. (Ato I, cena 2), seguida de excelente crítica em NEVES, José Roberto de Castro. **Medida por medida: o Direito em Shakespeare**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, p. 27.

ao mínimo ético que se aguarda em uma rivalidade. Tal conduta desrespeitosa do rival não minimizou a proatividade e o simbolismo conciliatório do ato de McBride, pelo contrário, tal apenas demonstrou a virtude do segundo.

3 OS ESPECIALISTAS NA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Uma peculiaridade do ambiente da propriedade imaterial litigada é a corriqueira presença de laudos técnicos e pareceristas anexados ao feito pelas partes. Quando a contenda envolve grandes fortunas já foi vista a utilização de mais de dez pareceristas cujos laudos acostados à exordial perpassam mil laudas de informação. Como o ramo da propriedade intelectual não é composto por uma gigantesca variedade de atores no Brasil, observa-se a reiteração das mesmas *personas* sempre atestando tudo o que seu consulente quer ler. A cultura de alguns profissionais parece ser mesmo a de apenas recusar a emanção de pareceres se o montante estimado da proposta de honorários não for aceito²⁵, independentemente do quão absurda²⁶ seja a leitura proposta pelo consulente. Há, inclusive, quem não se embarace de firmar laudos e consultas que destoam da ciência, da prudência, e dos próprios escritos previamente publicados. Em outras palavras, trata-se de um caso patológico de um consultor que jamais diga “não”. É, contudo, improvável, que um profissional que emane dezenas e mais dezenas de laudos sobre contrafação (plano da eficácia) ou erronia do ato do INPI (plano da validade) por ano, realmente seja lá muito confiável acerca do *credo atestado*. Pode-se asseverar um condicionante diametralmente oposto: quanto mais confiável é o parecerista, mais escassa

²⁵ “As famosas palavras de Don Corleone em O poderoso chefão (*The Godfather*) “Farei uma proposta que ele não poderá recusar” mostram (de forma extrema) a pressão que paira, até certo ponto, sobre a maioria das negociações” SANDEL, Michael J. **Justiça: o Que é Fazer A coisa Certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 15ª Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 180.

²⁶ “A moral conhece apenas deveres, não direitos; conhece falta, mas não dívidas” RABRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. 2ª Edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 6.

tenderá a ser sua atuação, bem como mais artesanais serão sua forma estética e pesquisa.

Curiosamente, tais *flexíveis* profissionais costumam comparar sua atuação como a de um advogado, mas vinculado a uma área técnica (como biologia, farmácia, medicina contabilidade etc.). Entretanto, estima-se que todos os versados na seara da propriedade intelectual saibam da distinção daquele que *fala em nome de outrem via mandato* (representação voluntária), para aquele que deveria enveredar um mínimo de liturgia, já que *opina* em seu próprio nome, sem qualquer vínculo de procurador. A falta de transparência em tais opiniões-firmadas (que raramente têm a estatura de genuíno parecer) contempla elementos basilares tais como: (i) metodologia, (ii) acesso integral à documentação analisada, (iii) enfrentamento específico e imparcial de todos os argumentos do *ex adverso* e de seus *experts*²⁷, (iv) preço cobrado pelo serviço, e (v) delimitação do escopo respondido nos quesitos (em especial quando a matéria estudada é transdisciplinar²⁸ e o profissional consultado apenas domina uma das partes debatidas). Pode-se ventilar que a evolução de um ritual de confiabilidade de laudos privados – ao menos do que se espera de um bom profissional²⁹ – na seara da propriedade intelectual ainda é muito tímida no Brasil.

²⁷ “Em geral, as discussões não descem ao fundo da questão. Os interlocutores lançam, um ao outro, frases sem maior fundamento. Muda-se de assunto com frequência. As sentenças não têm centro de interesse comum. As pessoas se deixam levar pela emoção. A todo instante, foge-se a uma resposta direta ao que foi proposto. Não se alcança qualquer resultado. A discussão cessa ou os interlocutores se apartam” JASPERS, Karl Theodor. **Introdução ao pensamento filosófico**. São Paulo: Editora: Cultrix, 2011, p. 70.

²⁸ “Meu interesse primordial é o direito; mas hoje em profissionais do direito quanto pessoas de fora da profissão reconhecem que advogados, juizes e professores de direito não podem “fazer” direito sem a ajuda de outras disciplinas. Eles não têm conhecimento suficiente das atividades que o direito normatiza e dos efeitos da normatização jurídica” POSNER, Richard Allen. **A problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012, p. VIII.

²⁹ “Bom profissional, numa visão rigorosamente ética — seja um carroceiro, um advogado, um magistrado ou um jurisdicente —, será sempre aquele que optou por lutar, em sua profissão, para o lado do bem ... E, nessa infundável peleja que dilacera a humanidade, será preciso não perder de vista que o bem, infelizmente, costuma caminhar isolado, no singelo recato da própria virtude, enquanto o mal articula-se à sorrelfa”

Fenômeno símile pode ser observado em profissionais contratados para atuarem como *expert witness* em julgamentos, tais como aqueles exibidos na primeira e na terceira temporada de Goliath – bem como em diversas outras séries memoráveis. Especialmente em lides que versam sobre prova técnica, não é incomum que no direito peculiar à *common law* haja o depoimento oral de professores (de preferência com titulação de doutor, quiçá alguma autoridade³⁰ epistêmica³¹) que atestam as mais inverossímeis teorias sobre a culpabilidade ou a inocência do demandado, naquele feito. Sendo profissionais extremamente bem remunerados, as produções hollywoodianas tendem a relatá-los, na forma expressiva, como talentosos *mercenários*³² contratados, predominando as respostas teatrais persuasivas³³ à cientificidade do que afirmam. Qualquer semelhança para com o que acontece em uma pequena minoria de profissionais *especialistas* da propriedade intelectual será uma infeliz coincidência.

LUCCA, Newton De. **Da Ética Geral á Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 288.

³⁰ “O juízo de uns poucos homens de discernimento vale mais que a opinião de uma turbamulta de ignorantes” PLATÃO. **O Banquete**. São Paulo: Edipro de bolso, 2009, p. 49.

³¹ “Os que estão em posição de dar bons conselhos sobre como os outros devem agir em certas circunstâncias possuem autoridade epistêmica, ao menos em alguma gama de proposições deonticas” HURD, Heidi. **O combate moral**. Traduzido por Edson Benie e revisão da tradução Valter Lellis Siqueira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 83.

³² “There is no fixed rule for assessing the quantity of confusion that will justify a finding of actual confusion. Because actual confusion is only one factor in the likelihood of confusion test, courts retain ample flexibility to give survey evidence more or less weight depending upon the percentage of positive responses. Judges periodically express skepticism about confusion surveys. The typical complaints are that expert witnesses hired by the parties to conduct surveys are prone to bias, and surveys often fail to replicate the environment in which consumers actually encounter the marks at issue. See, e.g., *Kraft Foods Group Brands LLC v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.*, 735 F.3d 735 (7th Cir. 2013) (Posner, J.)” JANIS, Mark D. **Trademark and Unfair Competition, In a Nutshell**. 2ª Edição, Albuquerque: West Academic, 2017, p. 241.

³³ “Relying on such an authority is optional and not mandatory, but because it is based on the source and not on the content, it nevertheless counts as a genuine reliance on authority. There is a difference between relying on an authority because the system demands it, as when a lower court obeys a higher one, and relying on an authority because the authority is perceived to be more expert, but both are examples of genuine authority” SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 72.

CONCLUSÃO

Se a prevalência dada pela vitória do *bem* sobre o *mal* observada em Goliath tem parca similitude com o que realmente ocorre nos foros, tal não minora a relevância estética e ética debatida no teor audiovisual. Factualmente, o paralelo³⁴ entre o Direito (‘natureza legal’³⁵) e a Arte Cinematográfica é muitas vezes próximo ao plano das ideias, das teorias e das elucubrações do que propício a retratar com fidedignidade determinada realidade. Sem prejuízo de tais críticas, de fato uma das funções da arte é exatamente a de propor utopias, incomodar pensamentos conservadores, e convidar a uma reflexão transformativa. Tomando como base a lição de um grande magistrado segundo o qual a “causa última do Direito é o bem-estar da sociedade”³⁶, é possível asseverar que tanto em Goliath, quanto nas lides de propriedade intelectual dirimidas no país, há uma fissura entre a *premissa* e a *entrega* havida pelo Direito.

Para que no cotidiano prevaleça mais a candura de profissionais como McBride, do que a virulência de outros tantos Cooperman’s da vida real, basta aos entes imparciais (a) manterem o costume de ler³⁷ absolutamente tudo que consta dos autos, (b) presidir a produção probató-

³⁴ Para uma crítica sobre os paralelos propostos vide BLACK, David A. **Law in Film. Resonance and Representation**. Illinois: University of Illinois Press, 1999, p. 34.

³⁵ “É importante destacar que a arte é um produto espontâneo, imediato e necessário da atividade humana, jamais se limitando à imitação da natureza. Podendo-se concordar com Véron quando afirma ser a arte a expressão emotiva da personalidade humana” SILVEIRA, Newton. **Direito de autor no design**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

³⁶ CARDOZO, Benjamin. N. **A natureza do Processo Judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46.

³⁷ “Ele decerto havia começado a trabalhar de imediato, e a primeira petição já estava quase pronta, conforme disse. Ela seria muito importante, porque a primeira impressão causada pela defesa muitas vezes determinava o rumo de todo o processo. Lamentavelmente, e ele tinha de chamar a atenção de K. para isso: às vezes acontecia que as primeiras petições nem sequer eram lidas no tribunal. Elas eram simplesmente anexadas aos autos com a indicação de que provisoriamente o inquérito e a observação do acusado eram mais importantes do que qualquer coisa escrita” KAFKA, Franz. **O Processo**. Porto Alegre: L&PM Pocket. 2010, p. 138.

ria com enorme atenção³⁸, (c) destinarem as perguntas³⁹ pertinentes e corretas a serem respondidas no processo de supressão, (d) serem pacientes e abertos a ouvirem os argumentos de todos os lados, e (e) estarem bem auxiliados quando tal for necessário. O sacerdócio dos múnus público assim o exige.

REFERÊNCIAS

AMERICANO, Jorge. **Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1932.

BARBOSA, Denis Borges. **Questões Fundamentais de Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BLACK, David A. **Law in Film**. Resonance and Representation. Illinois: University of Illinois Press, 1999.

CARDOZO, Benjamin. N. **A natureza do Processo Judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COMPARATO, Fabio Konder. **Papel do Jurista num Mundo em Crise de Valores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 713, Mar/1995.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3ª Edição, São Paulo: Saraiva: 2019.

HURD, Heidi. **O combate moral**. Traduzido por Edson Benie e revisão da tradução Valter Lellis Siqueira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JANIS, Mark D. **Trademark and Unfair Competition, In a Nutshell**. 2ª Edição, Albuquerque: West Academic, 2017.

³⁸ “Mil vezes a experiência tem demonstrado, mesmo em pessoas não particularmente dadas à reflexão, que a melhor maneira de chegar a uma boa ideia é ir deixando discurrir o pensamento ao sabor dos seus próprios acasos e inclinações, mas vigiando-o com uma atenção que convém parecer distraída” SARAMAGO, José. **O Evangelho Segundo Jesus Cristo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 90.

³⁹ “E exatamente porque a acesso à verdade pressupõe o prévio reconhecimento da própria ignorância, a chave de todo trabalho interpretativo encontra-se nas perguntas que o hermenauta faz, diante do problema que lhe é apresentado. Cuida-se sempre de abrir metodicamente o texto normativo à luz dos fatos apresentados, num processo dialético de sucessivas aproximações entre a norma jurídica e a vida social” COMPARATO, Fabio Konder. **Papel do Jurista num Mundo em Crise de Valores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 713, Mar/1995, p. 277.

JASPERS, Karl Theodor. **Introdução ao pensamento filosófico**. São Paulo: Editora: Cultrix, 2011.

KAFKA, Franz. **O Processo**. Porto Alegre: L&PM Pocket. 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982.

LUCCA, Newton De. **Da Ética Geral á Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é o Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MORATO, Antonio Carlos. **Direito de Autor em Obra Coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEILSON, George. **Trial by Combat**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009.

NEVES, José Roberto de Castro. **Medida por medida: o Direito em Shakespeare**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.

PLATÃO. **O Banquete**. São Paulo: Edipro de bolso, 2009.

POSNER, Richard Allen. **A problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução á Ciência do Direito**. 2ª Edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social – Princípios do Direito Político**. São Paulo: Editora Edipro, 2000.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o Que é Fazer A coisa Certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 15º Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARAMAGO, José. **O Evangelho Segundo Jesus Cristo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

SATRE, Jean-Paul Charles Aymard, **A idade da razão**. Tradução: Sérgio Milliert. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SILVEIRA, Newton. **Direito de autor no design**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

SÓFOCLES. **Édipo Rei**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.

SUN TZU. **A arte da guerra**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. **Republic.com 2.0**. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando Como Um Advogado**. 2ª Edição, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WEINREB, Lloyd L. **A Razão Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RRDDIS



**RESENHAS E
OUTROS ESTUDOS**

PARTE V

RRDDIS

PARECER SOBRE DIREITOS AUTORAIS E COAUTORIA EM OBRA ACADÊMICA OU CIENTÍFICA COM O ORIENTADOR DE TRABALHO CIENTÍFICO

Opinion on copyright and co-authorship in academic or scientific work with the scientific work advisor

Victor Gameiro Drummond¹

RESUMO:

O texto apresenta parecer especializado no âmbito dos direitos autorais sobre eventual autoria em trabalho acadêmico criado por orientando de mestrado / doutorado e as possibilidades de coautoria, no mesmo trabalho, por parte do orientador.

Palavras-chave: Parecer; Direitos autorais; Coautoria; Trabalho científico.

ABSTRACT:

The text presents an expert opinion in the field of copyright on possible authorship in academic work created by master's / doctoral advisee and the possibilities of co-authorship, in the same work, by the supervisor.

Keywords: *Opinion; Copyright; Co-authorship; Scientific work.*

SUMÁRIO

PARECER; PARTE A – PARTE GERAL; PARTE B – CONSIDERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS; PARTE C – RESPOSTAS AOS QUESITOS; CONCLUSÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

¹ Pós-doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL. Doutorado – Universidade Estácio de Sá - UNESA. Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4862618570634510> victor@victordrummond.com / www.victordrummond.com

PARECER

Foi-me requerido um parecer - em tese - no âmbito dos direitos autorais sobre eventual autoria em trabalho acadêmico criado por orientando de mestrado / doutorado e as possibilidades de coautoria, no mesmo trabalho, por parte do orientador.

Foram apresentados diversos quesitos com o objetivo de esclarecer o tema.

Os quesitos são:

1. É discutível se a autoria de uma dissertação de mestrado ou tese de doutorado pode ser compartilhada com o orientador do trabalho?
2. Se sim, como a coautoria poderia ser determinada?
3. É razoável publicar uma dissertação ou tese em coautoria com o orientador, como um trabalho de ambos?
4. Se for possível entender pela coautoria, há coautoria na dissertação ou tese?
5. Neste último caso, a dissertação ou tese deve ser defendida também pelo orientador?
6. Eventual posição que defende o cabimento de coautoria é majoritária ou minoritária? É posição encontrada na produção jurídica brasileira?
7. Diante da legislação brasileira, é viável concluir que uma dissertação ou tese pode ter como autores o orientando e o orientador?
8. Quem é o autor da dissertação ou tese de acordo com o sistema jurídico nacional? E internacional?
9. Entender que o orientador é coautor da dissertação ou da tese significa que o orientador pode impedir a publicação do trabalho sem a sua anuência?

10. O parecerista conhece alguma hipótese de coautoria de dissertação ou tese no Brasil ou fora do Brasil?
11. O parecerista pensa que é devido modificar o sistema normativo para autorizar coautoria em dissertação ou tese?
12. A compreensão sobre a coautoria de dissertação ou tese de Direito permite a coautoria? Conhece algum caso?
13. Qual a compreensão do parecerista a respeito da questão?
14. Se a publicação da dissertação ou tese em coautoria com o orientador tiver a anuência do egresso (mestre ou doutor) altera-se o enquadramento?

Considerando a complexidade do tema e propriamente algumas peculiaridades que necessitam de indicações técnicas precisas, preparei o parecer em três diferentes partes, quais sejam: uma primeira parte (Parte A – Parte Geral) mais genérica em que indico a problemática de forma a apresentar os fundamentos do sistema de direitos autorais e o faço como doutrina própria e, quando cabível, com a indicação de outra doutrina e da lei. Uma segunda parte (PARTE B – Considerações Jurisprudenciais) com a análise de casos que possam se assemelhar com o que se pergunta nos quesitos formulados pelo requerente e, por fim, uma parte final com o objetivo de responder aos quesitos propriamente ditos (PARTE C – Respostas aos quesitos). Por fim, apresento as conclusões finais sobre o tema.

PARTE A – PARTE GERAL

Trata-se de análise sobre possibilidade de coautoria entre orientador e orientando em trabalho acadêmico destinado ao alcance de grau acadêmico científico. Ainda que os quesitos tenham sido destinados ao esclarecimento para os graus de mestre e doutor (dissertação e tese), salvo melhor juízo são aplicáveis a trabalhos de outra natureza, tais como TCC e resultado de estágio pós-doutoral na forma de tese.

Em primeiro lugar há de se salientar que trabalhos acadêmicos em qualquer grau são obras protegidas por lei de acordo com o sistema de

direitos autorais. Há previsão legal para a proteção de obras científicas na mesma medida que obras de natureza artística. Na lei brasileira, a previsão está claramente exposta no Art. 7º da Lei 9610/98:

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**;

Nesse sentido, salvo melhor juízo, o autor será sempre o pesquisador cujo nome estiver apostado no trabalho, nos termos do que também determina a legislação, o que significa que foi o criador intelectual da obra e o seu executor.

Na legislação brasileira, acompanhando a tendência do sistema *droit d'auteur* e de forma diferente de outros ordenamentos seguidores do sistema *copyright*, a autoria é exclusivamente atribuída às pessoas físicas, não havendo possibilidade de autoria para pessoas jurídicas de qualquer natureza: “Art. 11. **Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica**”.

Assim, um pesquisador em qualquer grau acadêmico será considerado o autor do seu próprio trabalho em detrimento de qualquer pessoa jurídica com a qual esteja vinculado, seja como estudante, pesquisador, bolsista ou sob qualquer outra forma de relação. Cabe lembrar, inclusive, que do ponto de vista da legislação autoral, sequer constitui-se como obrigação legal a indicação da instituição de ensino ou promotora de bolsa de qualquer natureza quando da publicação da obra.

Por outro lado, é fundamental compreender que os conceitos do direito de autoria (também nomeado direito de paternidade) e de nomeação da autoria estão inquestionavelmente vinculados à figura do autor / criador da obra científica na forma do que a lei determina:

Art. 22. **Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.**

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o **de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;**

II - **o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra.**

A indicação do nome é uma circunstância pragmática prevista pela legislação e traz algumas opções para o autor no que diz respeito à sua nomeação. De toda forma, a condição de autor se comprova pelo exercício da boa fé com a simples indicação do seu nome ou forma de nomear que este entender como aplicável. E, neste caso, não havendo contradição, entende-se como autor quem simplesmente indicar tal condição:

Art. 12. Para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional.

Art. 13. Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização.

Por sua vez, a importância dos nomeados direitos de autoria (paternidade) e de nomeação da autoria é tamanha para o sistema que eles são considerados inalienáveis e irrenunciáveis, em conjunto com os demais direitos morais de autor: *“Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”*.

A enorme relevância da irrenunciabilidade e da inalienabilidade se dá pelo fato de que os criadores, muitas vezes, podem se encontrar em situação de vulnerabilidade sistêmica e, portanto, a garantia da sua condição como autor precisa ser efetivada pela própria lei, para evitar, inclusive, uma excessiva comercialização desse condição que, ao fim e ao cabo,

seria uma violação dos direitos do autor e propriamente um engano em relação a terceiros.

Dessa forma, um pesquisador em qualquer grau acadêmico, inclusive em grau de mestrado ou doutorado no curso de Direito, por exemplo, se encontra nessa condição de autor e, por óbvio, a irrenunciabilidade e a inalienabilidade são plenamente aplicáveis também no universo acadêmico e científico.

Agregue-se o fato de que é sabido que no ambiente acadêmico científico pode haver pesquisas de ordem individual e de ordem plural, sendo certo, porém, que aquelas que ocorram de forma individual, sobretudo para alcance de graus acadêmicos individuais, como a condição de mestre e doutor, exigem uma pesquisa realizada de forma individual por parte do pretendente ao referido grau.

Há, portanto, pesquisas individuais ou plurais, com resultados finais que sugerem a participação de um ou mais autores. Para o caso de trabalhos cujo objetivo seja o alcance de graus acadêmicos o trabalho é primordialmente individual. Não há, portanto, por óbvio, e até onde se conheça como padrão, trabalhos de ordem coletiva para se alcançar o grau de mestre ou doutor em Direito, por exemplo.

A exclusividade na atribuição da autoria, portanto, deve recair sobre o pesquisador que irá escrever o trabalho de graduação, de mestrado, de doutorado, de estágio pós-doutoral ou em qualquer grau que exija a individualidade da pesquisa, da escrita, das apreciações. A pesquisa científica e acadêmica, nesse sentido, é bastante solitária.

Não obstante tal fato, poderá haver a participação de terceiros na elaboração, ao menos de forma indireta, como contributo para o alcance do grau acadêmico buscado. Essa contribuição se dá de forma a somar às capacidades do pesquisador, elementos por parte de terceiros que possam contribuir ao seu estudo que, por fim, será uma obra científica. Eles podem ser outros colegas pesquisadores, autores diversos com os quais se mantêm níveis diversos de debates e, substancialmente, o orientador. Qualquer participação, porém, que não seja meramente contributiva e que, ao contrário, se constitua na escrita em si mesmo do trabalho para a

conquista do grau acadêmica configuraria fraude ou, no mínimo, irregularidade. Há de haver, portanto, enorme atenção ao nível de contributo de terceiros, mas basicamente, o texto escrito de forma original e individual por parte do pesquisador já seria o suficiente para a proteção autoral.

Sobre as participações no âmbito acadêmico e científico, portanto, o orientador é figura chave nesse processo: norteando a pesquisa; sugerindo textos e soluções científicas; revisando textos; fiscalizando o desenvolvimento do estudo, entre outras atribuições.

É, porém, da natureza do orientador promover essas atuações, fazendo parte do seu universo funcional e das suas atribuições e esse simples fato não pode ser suficiente para atribuir-lhe coautoria, pois de outra forma, todo e qualquer orientador de trabalho científico seria considerado, de plano, autor em potencial.

Por outro lado, o mero desenvolvimento de ideias não seria suficiente para a proteção por meio de coautoria, seja por parte do orientador ou de qualquer terceiro, pois assim proíbe a legislação.

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

I – as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

Há, porém, uma breve ressalva, em tom de crítica do sistema, que se baseia na má constatação da compreensão do que significam as ideias. Isso porque há ideias por si só que são a própria tese acadêmica ou científica em si, assim como há ideias que podem ser consideradas a própria realização artística, como correntemente ocorre com obras de arte conceitual, de artistas, por exemplo, como Joseph Kosuth. Nesse sentido, do ponto de vista doutrinário, há de se compreender que, contemporaneamente se poderia observar o sistema de forma a impedir a exclusão de um conjunto de ideias da possibilidade protetiva, ou, como na tese que me foi apresentada, da condição de coautoria. Essa tarefa, até o momento, contudo, deve ser da ordem da doutrina, pois a lei aponta em outro sentido.

Por outro lado, ressalvado o conceito de não-proteção da ideia eventualmente criticável do ponto de vista da doutrina, cumpre também relevar que não se poderia alegar que um orientador seria coautor de um trabalho em detrimento de outro orientador (que ostenta mesma posição). Isso porque o sistema de direitos autorais não considera o mérito ou a qualidade da obra como condições de possibilidade para a aplicação dos direitos previstos em lei. Ou seja, tanto o mal quanto o bom orientador teriam o mesmo nível de direito ao orientar e reivindicar a autoria de algum trabalho científico por si orientado. Dito de outra forma, ser um bom orientador – compreendido tal argumento ao limite – não seria condição que poderia permitir nenhuma premiação por qualidade profissional.

Ou seja, se é bem verdade que a coautoria pode ser implementada pela simples participação colaborativa, em maior ou menor medida, com mais ou menos qualidade, o mesmo não se pode atribuir à participação do orientador acadêmico, simplesmente por ostentar tal condição, por determinação impeditiva da própria lei:

Art. 15. A co-autoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada.

§ 1º Não se considera co-autor 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.

Tal fato ocorre, e não é difícil constatar, porque é da natureza do orientador auxiliar no norteamiento do trabalho para alcance de grau científico e, se de outra forma fosse, haveria constantes (co) autorias pelo simples direcionamento científico. A lógica legal faz bastante sentido como forma protetiva da circunstância fática, que, inclusive, protege contra a evidente condição de assimetria entre orientador e orientando. Não obstante, há de se observar que o desenvolvimento de ideias e formalização de teses não se encontram explicitados no parágrafo 1º do Art. 15 supracitado.

Por outro lado e em outra direção, diferente seria a condição de uma obra que, produzida em grau de pesquisa acadêmica, sofresse aportes após a sua conclusão, de forma a ostentar de forma evidente e clara a participação de terceiros, fossem quem fossem, desde que de forma autorizada pelo autor originário, nesse caso, um pesquisador em busca de grau acadêmico.

Nessa opção, também o orientador do trabalho originário poderia figurar como coautor sempre e desde que o seu contributo fosse realmente significativo para ostentar tal posição.

Para esse caso seria plausível a presença do orientador na condição de coautor da mesma forma que um terceiro que viesse a contribuir de forma efetiva na criação da obra nova. De todo e qualquer modo, a obra derivada não poderia ser a mesma, no mínimo essencialmente, que a obra defendida pelo orientando, sob pena de violação de direito de autor e, no que aplicável, violação de preceitos da comunidade científica, pois um dos dois não poderia ostentar a posição de autor. Fosse o orientador autor, o trabalho não mereceria o grau alcançado, fosse o orientando autor sem a participação do orientador, não poderia ele figurar como autor.

PARTE B – CONSIDERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Em termos jurisprudenciais, alguns casos já foram apresentados com resoluções distintas em diversos ordenamentos sobre temas relacionados aos quesitos apresentados.

Um dos mais conhecidos é o caso ocorrido no Brasil na ação ordinária 2003.70.00.084129-0/PR que tem como autora Gladis Anne Horacez Majczak e como réus a UFPR e Miguel Daniel Nosedá. Na referida demanda, a autora, em suma, alega o plágio não consentido por parte do réu, ao apresentar em congresso no Brasil e posteriormente no exterior (África do Sul), o resultado científico de sua pesquisa de mestrado devidamente defendida em 18/08/1999 em seu nome, sem a indicação da autora e, portanto, sem nenhuma autorização para que o réu figurasse como coautor. O réu, no caso, foi seu orientador no mestrado em Biologia. O

réu, segundo a autora, teria “maquiado” o trabalho e o inseriu como parte do seu *curriculum vitae*. É importante salientar que o trabalho, como bem indica a decisão, conquistou o primeiro lugar na categoria pôster no XVII Congresso Internacional de Algas Marinhas realizado na África do Sul.

Em sede de decisão monocrática de 1ª instância, o juízo entendeu que:

Analisando os fatos e o conjunto probatório, verifica-se claramente que o réu não nega a autoria da produção científica por parte de GLADIS ANNE HORACEK MAJCZAK. No entanto, afirma categoricamente que é co-autor. Entretanto, entendo que não lhe assiste razão. De fato, o próprio réu afirma na Contestação que o estudo apresentado no conclave africano efetivamente era de autoria de GLADIS ANNE HORACEK MAJCZAK, mais precisamente as conclusões atingidas no processo de elaboração da dissertação de mestrado, restringindo-se sua participação à confecção do resumo do trabalho (...)

Como consequência, foram os réus condenados ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e foi declarada a autoria exclusiva da autora.

Em sede de recurso, o TJ/PR entendeu que não restava direito à autora, pois que seria natural a publicação conjunta, em especial no ramo da ciência biológica em que muitos autores participam dos projetos com funções diferenciadas e complementares:

Isso demonstra que a publicação conjunta faz parte dos usos e costumes acadêmicos, não somente no Brasil como pelo mundo afora. Admitir a tese da autora, implica reconhecer que a quase totalidade dos autores presentes no evento internacional são plagiadores. Ao contrário, tudo está a indicar que a praxis nos congressos nacionais e internacionais é apresentação de trabalho em conjunto, em especial, no ramo da ciência biológica.

Nesse sentido, expõe a ementa referente ao caso:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. PÓS-GRADUAÇÃO. ORIENTAÇÃO DE TRABALHOS CIENTÍFICOS. DIREITOS AUTORAIS. ALEGAÇÃO DE PLÁGIO. A publicação conjunta de trabalhos científicos contendo os nomes do Professor-Orientador e dos seus orientados não configura plágio para os fins de caracterização de responsabilidade civil. O orientador é co-participante da atividade de pesquisa, não se configurando ilícita ou antiética a conduta consistente em publicar resumos, em revistas especializadas ou eventos científicos, desde que se faça constar os nomes de todos os pesquisadores participantes. A ordem de enumeração dos co-autores do trabalho científico não é disciplinada pela legislação, sendo regulada pelos usos e costumes acadêmicos ou pelos próprios órgãos de divulgação. Conforme magistério da doutrina especializada, não existe critério universalmente aceito para estabelecer a ordem de citação de autores num trabalho científico. No caso em exame, não resta evidenciada a violação de direito autoral, pois o nome da autora constou de todas as publicações, embora não na ordem pretendida. Não há que confundir-se a apresentação de dissertação de mestrado com a publicação de artigos, em revistas especializadas ou em congressos para fins de divulgação. Providas a apelação do requerido, da Universidade Federal do Paraná e a remessa oficial. Prejudicado o apelo da autora. (TRF4, APELREEX 0084129-33.2003.4.04.7000, TERCEIRA TURMA, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, D.E. 01/07/2011)

O caso brasileiro chegou longe e levantou a discussão no meio acadêmico brasileiro e estrangeiro, como acontece com outros semelhantes, tendo sido comentado pelo professor Kazumasa Soga, professor de Direito na *Toyo University*, em Tóquio, que entendeu que o trabalho do réu, então apelante, seria uma obra derivada e seu equívoco teria sido o uso desautorizado da obra originária. Para Soga, o professor poderia ter utilizado as ideias do trabalho da demandante, pois nesse caso não haveria violação de direito de autor, mas seria uma questão moral na sociedade acadêmica. Por outro lado, Soga entende que não houve violação de quaisquer direitos da demandante:

*The remedies awarded by the court could be submitted if the defendant professor did not usurp the plaintiff's idea but expression, although the court did not specifically refer to this issue. **Had the defendant professor used only the plaintiff's idea for his presentation, it is not a copyright issue but a moral issue in academic society.** The court should have stated reasoning in the manner that the defendant professor's work was in reality a derivative work on the basis of the plaintiff's work, and therefore the defendant professor should have received permission from the plaintiff prior to his international presentation, if the court intended to award the remedies to the plaintiff. Having said that, **in my opinion the work in dispute should not be considered the plaintiff's exclusive work and the defendant professor did not infringe any rights of the plaintiff.** Moreover, it does not make sense to me that the court found the defendant university guilty on the basis that the university helped the defendant professor's infringement of the plaintiff's moral right by means of its decision. The actions of the university do not invite any civil remedies in my view ². (grifei)*

Outro caso importante sobre o tema ocorreu na Colômbia, tornando-se bastante conhecido. É o caso da autora Ana Bolena Carvajal Pulido que ingressou com demanda administrativa contra *Víctor Dumar Quintero Castaño* e *Juan Carlos Lucas Aguirre* perante a *Dirección Nacional de Derecho de Autor* (DNDA), órgão administrativo bastante atuante e prestigiado na América Latina, responsável por decisões inerentes ao tema no território colombiano.

Em suma, a autora alegou que para obter o título de Engenharia Agroindustrial, apresentou perante a *Universidad la Gran Colombia - Sección Armenia*, um trabalho de graduação intitulado *Obtención y caracterización fisicoquímica de harina y almidón a partir del fruto del chachafruto (Eritrina Edulis Triana Ex Micheli)*, em coautoria com a sua companheira de curso Erika Natalia Alzate Carvajal.

² SOGA, Kazumasa, **Case note: A Brazilian copyright case study of Nosedá and the Federal University of Paraná v. Majczak** [Case no. 2003.70.00.084129-0/PR], disponível em: <https://iss.ndl.go.jp/books/R000000004-I11070590-00>. Acesso em: 09 out. 2021.

O orientador do seu trabalho era justamente o réu, *Víctor Dumar Quintero Castaño*. Pois ocorre que, posteriormente, no ano de 2010, *Universidad la Gran Colombia* e *Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)* celebraram um convênio de investigação científica.

No âmbito do convênio, a demandante chegou a participar de atividades e houve, na Universidade do México (UNAM) o que se denomina no referido e específico meio científico, provas químicas. Posteriormente a autora não pôde se manter no projeto e se retirou. Em 2016, ao retornar ao projeto, teve conhecimento de que haviam sido publicados artigos científicos com seus estudos como que se de exclusiva autoria dos réus fossem, no ano de 2012, na revista científica *Ingenium* e posteriormente, em 2013, na revista científica *Temas Agrários*.

A autora requereu informações ao primeiro réu sobre o tema e ele indicou que a omissão do nome da autora não teria sido intencional. Ato contínuo, a autora ingressou com a demanda.

Em suma, como consequência, a decisão foi no sentido de: 1- declarar a violação de direito moral de autor de paternidade; 2 - ordenar o pagamento indenizatório no valor equivalente a vinte salários mínimos nacionais do país; 3 – obrigar aos réus a realizarem uma fé de erratas nos exemplares das obras ainda não distribuídos e a 4 - promoverem a realização de uma publicação, no território da cidade sede da instituição (Arménia), com um pedido de desculpas e com a publicação da parte resolutive da decisão.

A reprodução literal com a violação do direito moral de autoria (paternidade) ficou claramente demonstrada:

*Es decir, se encuentra comprobado en el plenario que se realizaron **reproducciones de carácter literal en las obras de los escritos de los demandados**, que además de lo anterior no son de aquellas que coinciden entre la tesis de la demandante y el anexo 3. Sin embargo, debido a que las mismas son de carácter parcial, y cuantitativamente no representan los porcentajes a los que hace mención el peritaje aportado por los demandantes, se hace necesario mirar si el uso fue hecho conforme a la excepción de cita.*

(...)

De contera, este despacho observa de analizar los escritos discutidos, no se cumple el requisito de indicar la fuente y el nombre del autor, sin que el hecho de no usar la totalidad de la obra, sino fragmentos de ella, permita pasar por alto dicha obligación. Frente a los fines de la cita, si bien se trata de obras de contenido científico, no observa este juzgador que el uso dado a los párrafos estudiados haya sido de crítica, ilustración o similares.

O caso apresentado parece, em tese, ser diferente do que conduz aos quesitos formulados, sobretudo porque no caso colombiano há inequívoca violação de direito moral de autoria (paternidade) pela inexistência da indicação da autoria da demandante. E há de se apontar que a existência por si só de coautoria entre orientador e orientando não implica, necessariamente, em ardil de uma das partes em detrimento da outra pois esse fato não se pode auferir pela simples condição de existência de coautoria³.

Outro importante caso ocorreu no Equador, no qual *Antonio Pazmiño*⁴, perante o *Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI)* ingressou com demanda administrativa (010-2012-CGG) contra a *Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* e a editora *Corporación de Estudios y Publicaciones* porque ambas teriam violado seus direitos de autor, tanto na esfera patrimonial quanto moral, visto que sua tese doutoral fora publicada sem a sua indicação como autor e com a indicação de titularidade dos direitos patrimoniais somente para a universidade. Isso porque existia, segundo aponta o autor da demanda, havia uma resolução do conselho universitário da instituição que determinava que as obras escritas por professores ou alunos, incluindo-se as teses, eram de titularidade da

³ Outro caso é o da conhecida demanda 31403 da *Sala de Casación Penal* da *Corte Suprema de Justicia* da Colômbia, no caso de Rosa María Londoño Escobar decidido em 28 de maio de 2010, em que Luz Mary Giraldo de Jaramillo foi penalmente condenada com pena de prisão (24 meses) multa e inabilitação para funções públicas por violação de direito moral de autor. O caso, apesar de alardeado publicamente, é, ao que parece, substancialmente diferente do que indica o tema do parecer, considerando o fato de que a ré não era orientadora da autora da demanda.

⁴ O próprio autor disponibilizou o caso por meio de correspondência eletrônica, a quem agradecemos publicamente.

universidade, o que obviamente contraria o entendimento da lei nacional daquele país.

Em demanda exclusivamente contra a editora, houve a indenização no valor de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares norte americanos) e a restituição da condição de autor, além de acordo para a publicação de dois livros, em forma acordada entre as partes.

Também no âmbito administrativo, em outra consulta efetuada à DNDA da Colômbia, instituição já anteriormente citada neste documento, foram indicados importantes elementos sobre a coautoria em trabalhos de finalização de curso para alcance de grau científico ou acadêmico. O documento referido é a Circular número 6 datada de 15 de abril de 2002 de jurisdição administrativa⁵ e contém interessantes aportes que são valiosos para as ideias desenvolvidas no presente parecer:

O orientador de um trabalho para obtenção de grau é, em geral, um professor da instituição de educação superior a quem esta encomenda a tarefa de orientar ou recomendar a um ou mais estudantes, aos quais, pretendendo optar por seu título profissional, devem preparar um escrito (...) e o trabalho do orientador (...) se concretiza em assinalar parâmetros ou linhas de investigação que inspirem o estudante a fim de preparar finalmente o seu trabalho para alcançar determinado grado. Em consideração a isso, o autor único e exclusivo será o estudante que organizou, recolheu, plasmou toda a informação compilada, incluídas as diretrizes e ideias apresentadas pelo orientador: assim, quando este proporciona e apresenta diferentes opções ao estudante ou corrige seu trabalho, não faz outra coisa que não cumprir com uma obrigação que lhe encomendou a instituição de educação superior à qual pertence, sem realizar nenhuma expressão literária ou artística. Agora, quando o orientador do trabalho e o aluno concretizam conjuntamente as ideias, escrevendo, cada um, diferentes capítulos da mesma, a qualidade de autor se prejudicará tanto do estudante quanto do orientador, estando-se diante de uma obra em colaboração⁶.

⁵ A circular se encontra disponível na base de dados da CERLALC no endereço https://cerlalc.org/jurisprudence/?s_title=&jur_thema=&jur_keyword=tesis&jur_keyword_hidden=tesis&jur_country=&jur_jur=&jur_word=. Acesso em: 09 out. 2021.

⁶ Já a posição da Marcos Wachowicz é a de que o plágio consentido, por meio do qual dois ou mais pesquisadores trocam suas pesquisas e produções com o intuito de po-

Passo agora às análises dos quesitos, sendo certo que, em linhas gerais, muitos estão já respondidos na parte inicial do parecer, mas, por uma questão organizacional, seguem redundantemente respondidos.

PARTE C – RESPOSTAS AOS QUESITOS

1 É discutível se a autoria de uma dissertação de mestrado ou tese de doutorado pode ser compartilhada com o orientador do trabalho?

A autoria, de forma genérica, pode ser compartilhada com quantos autores forem os que participaram do processo criativo que formalizou a criação. Isso ocorre porque o sistema de direitos autorais protege o autor da formalização das ideias, sob qualquer forma e não o “criador das ideias”. Por outro lado, ocorre que o processo para se alcançar um determinado grau acadêmico impõe o exercício individual criativo e, obviamente, exclui o orientador da condição de criador não somente por não ser esse o sujeito a ser avaliado para alcance do grau desejado, mas porque supõe-se que será o orientando o formalizador das ideias do trabalho acadêmico e científico. Diante da lei brasileira, portanto, considera-se que o esforço do orientador não é um trabalho que possa ser considerado co-autoria, em linhas gerais, pois as suas atribuições, em tese, previstas no artigo 15, parágrafo 1º da Lei 9610/98, não configurariam processo de produção autoral. O referido dispositivo legal não inclui o desenvolvimento

tencializar suas produções acadêmicas é fraudulenta em detrimento das agências de pesquisa, demonstrando, portanto, como entende o autor, uma circunstância que não é legítima e tampouco originária. Traz exemplos: (i) *uma dissertação de mestrado que após a defesa perante banca atribuiu ao pesquisador o título de mestre, seja publicada em coautoria entre o orientando e o orientador*; (ii) *a elaboração de um artigo por um aluno, o qual consente que o professor da disciplina que não contribuiu para elaboração coloque apenas o seu nome quando da publicação numa revista especializada, e, ainda, (iii) quando uma tese depois de defendida perante banca, é fracionada em artigos que são publicados, agira atribuindo-se co-autoria entre o doutorando e o seu orientador*. WACHOWICZ, Marcos, *Noções fundamentais sobre o plágio acadêmico*, in: **Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Prof. José de Oliveira Ascensão – 50 anos de vida universitária**, Editora Almedina, Coimbra: p. 445.

de ideias, debates e formulações de teses, mas aponta na direção de uma inaplicabilidade da autoria ao orientador pela mera condição acadêmica. Há, portanto, discussão sobre o conteúdo no processo da criação, mas a lei parece apontar de forma a proteger o processo criativo do orientando, de forma exclusiva, por diversas razões.

2 Se sim, como a coautoria poderia ser determinada?

A coautoria, em gênero, é determinada pela indicação dos próprios autores que ostentam tal condição. Não existem própria e concretamente “níveis de autoria”, ainda que a legislação e o mercado (ao se comercializar e atribuir valor econômico a produtos decorrentes de obras criadas) possam diferenciar remunerações distintas (e os próprios autores também o podem). A atribuição, porém, caberia aos autores, sempre no limite da lei. No caso da mera coautoria para o trabalho acadêmico ou científico, e salvo melhor juízo, ela não poderia ser determinada, pois se houvesse coautoria efetiva como resultado do processo de formalização das ideias por parte do orientador, este estaria exercendo o papel de autor. Um orientador-autor de trabalho científico com o fim de alcançar determinado grau acadêmico, seria, por si só, segundo a lei brasileira no mínimo inadequado.

3 É razoável publicar uma dissertação ou tese em coautoria com o orientador, como um trabalho de ambos?

Se o trabalho for exclusivamente de autoria do orientando, não. Isso porque a atribuição de coautoria sem participação efetiva numa obra não é reconhecida pela lei brasileira, seja em que âmbito for. A publicação de dissertação ou tese como um trabalho de ambos (orientador e orientando) somente seria possível, em tese, para os casos em que houvesse a participação efetiva do orientador como autor, fato que, ao ser assim simplesmente considerado seria uma efetiva fraude no sistema de avaliação pois o autor a ser avaliado e que pretende o grau acadêmico é o orientando. Nesse sentido, somente seria possível a participação do orien-

tador em obra que não seja puramente o trabalho acadêmico em si para obtenção de grau, mas somente em obra derivada baseada no mesmo, o que, fundamentalmente, não é o mesmo que publicar uma dissertação ou tese integralmente.

4 Se for possível entender pela coautoria, há coautoria na dissertação ou tese?

Não há possibilidade de coautoria entre orientador e orientando para trabalho acadêmico em si com o objetivo de obtenção de grau acadêmico. Para obras derivadas baseadas em pesquisas científicas em que haja a participação de terceiros que não o pesquisador (autor originário) e na medida das participações e sempre com a anuência do pesquisador originário, isto sim, como já indicado. Saliente-se que os terceiros podem ser quaisquer autores com os quais o pesquisador originário mantenha relação e afinidade acadêmica, a seu exclusivo critério.

5 Neste último caso, a dissertação ou tese deve ser defendida também pelo orientador?

Não. Não há hipótese de defesa de qualquer trabalho acadêmico científico que não seja pelo pesquisador originário que busca alcançar determinado grau acadêmico.

6 Eventual posição que defende o cabimento de coautoria é majoritária ou minoritária? É posição encontrada na produção jurídica brasileira?

Para a defesa de coautoria deve-se compreender a discussão sistêmica sobre o valor da ideia como elemento constitutivo do trabalho, em minha opinião. Sobre esse tema ver o texto mais longo do parecer.

Por outro lado, uma posição de defesa pela participação do orientador como autor parece claramente minoritária (não se pode precisar as razões quantitativas) e vislumbrada em algumas poucas discussões no

âmbito acadêmico. No entender de alguns autores, como a Prof. Dra. Maria das Graças Targino⁷, a figura do orientador ou mesmo do tutor poderia ostentar a posição de autor, pois esta entende que “autoria e orientação são universos que se cruzam”, mas ao mesmo tempo, a autora indica que para trabalhos de conclusão de curso a participação não pode se dar de forma autoral:

Logo, conscientes da impossibilidade de posições conclusivas, reiteramos nossa crença de que orientadores ou tutores podem, sim, figurar como autores, como qualquer outro intelectual. Porém, não podem ou não devem constar como autor ou co-autor da produção principal de seus orientandos (trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses), o que não impede que mais adiante produzam efetivamente juntos, em igualdade de condições. Trata-se de inferência amparada numa proposta de produção científica pautada pela ética que deve existir na comunidade científica, distante da aceitação passiva da produtividade como sinônimo da “indústria da pesquisa de papéis”, e, sobretudo, fundamentadas, nas concepções antes exploradas do que é autoria e do que é orientação.

Não se cogita, ao que parece, que o orientador de qualquer trabalho seja coautor no momento da criação, da escrita e qualquer outro que anteceda a defesa que, afinal, é um exame, uma prova acadêmica das capacidades do orientando. Fosse o orientador o autor, não haveria prova para o pretendente ao grau. Mas não parece ser essa a indicação no requerimento do parecer e da elaboração dos seus quesitos. Não obstante, o entendimento de Targino não é frontalmente impeditivo de coautoria pós-defesa de trabalho sob a forma de obra científica, portanto, pós prova acadêmica.

Há desenvolvimento de teses mais elaboradas, o que não significa, de minha parte, concordância com elas, tais como a do autor Andy Pa-

⁷ TARGINO, Maria das Graças, Orientador ou tutor é autor?, **Revista Informação e informação, Inf. Inf.**, Londrina, v. 15, número especial, p. 145 - 156, 2010, p. 152, com acesso pelo link: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/7623/6778>. Acesso em: 09 out. 2021.

troianu que acredita que a atribuição de diversos critérios para atribuição de autoria numa espécie de forma partilhada de atribuição com a atribuição de pontos que seria justo, para se construir uma espécie de tabela de colaboração⁸:

Tabela I - Pontuação para autoria, de acordo com a participação no trabalho^{2,5,6,15,16,18,19,22,23}

Participação	Pontos
Criar a idéia que originou o trabalho e elaborar hipóteses	6
Estruturar o método de trabalho	6
Orientar ou coordenar o trabalho	5
Escrever o manuscrito	5
Coordenar o grupo que realizou o trabalho	4
Rever a literatura	4
Apresentar sugestões importantes incorporadas ao trabalho	4
Resolver problemas fundamentais do trabalho	4
Criar aparelhos para a realização do trabalho	3
Coletar dados	3
Analisar os resultados estatisticamente	3
Orientar a redação do manuscrito	3
Preparar a apresentação do trabalho para evento científico	3
Apresentar o trabalho em evento científico	2
Chefiar o local onde o trabalho foi realizado	2
Fornecer pacientes ou material para o trabalho	2
Conseguir verbas para a realização do trabalho	2
Apresentar sugestões menores incorporadas ao trabalho	1
Trabalhar na rotina da função, sem contribuição intelectual	1
Participar mediante pagamento específico	5

Terão direito a autoria os colaboradores que tiverem alcançado 7 pontos.
A seqüência dos autores será em ordem decrescente de pontuação.

Com a devida vênua ao autor, não existe no sistema de direitos autorais nenhum caráter classificatório que possa atribuir uma participação em maior ou menor medida para participantes de uma pesquisa científica. Ainda que se compreenda que o estudo do autor seja vinculado à área

⁸ PATROIANU, Andy, Autoria se trabalho científico, **Rev Assoc. Med. Bras.** 2002; 48(1): 60-5, p. 61, com acesso pelo link: <https://www.scielo.br/j/ramb/a/4ZnXhdLZKN-d5ZNYddXXWTypz/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 09 out. 2021.

da saúde, ainda que essa partilha não seja ilegal, ela não parece contemplar o fundamento primordial do trabalho científico. Admito que possa ser diferente a forma de se pesquisar na área da saúde, sobretudo pelo empirismo, mas insisto que causa estranheza uma tabela automatizada de atuações.

Compreendida a tese, porém, nada dela parece se aplicar ao caso de um pesquisador que busca um grau acadêmico científico pelas razões já fartamente expostas e, sobretudo, por se tratar de um trabalho individual.

7 Diante da legislação brasileira, é viável concluir que uma dissertação ou tese pode ter como autores o orientando e o orientador?

Considerando-se a área do conhecimento na qual tenho atuação direta, não. Somente se houvesse a produção, posterior, de obra derivada que tivesse por base a mesma pesquisa científica do trabalho científico defendido, o que não é o mesmo caso, como já pode ser apontado. Não se pode sustentar, ao menos confortavelmente, do ponto de vista dos direitos autorais, uma autoria e/ou coautoria com variação temporal. Há de haver uma variação no conteúdo, mas não simplesmente um momento que dê termo a uma condição e conduza à outra.

8 Quem é o autor da dissertação ou tese de acordo com o sistema jurídico nacional? E internacional?

De forma reducionista e arriscando um eventual exagero na resposta direta (visto que o quesito aponta uma pergunta definitiva em âmbito nacional e internacional, o que parece demasiadamente amplo) o conceito de autoria do trabalho (acadêmico) para alcance de qualquer grau acadêmico deve ser atribuído ao pesquisador que, para todos os efeitos, defende o seu grau em banca pública. Nesse sentido, há concomitância entre a defesa da condição de ostentador (merecedor) do grau que pretende alcançar e a própria condição de autor. Ou ainda dito de outra for-

ma, a condição como autor é o que abre a hipótese de alcance do grau acadêmico.

9 Entender que o orientador é coautor da dissertação ou da tese significa que o orientador pode impedir a publicação do trabalho sem a sua anuência?

Caso houvesse a consideração de que o orientador fosse coautor pela simples posição que ostenta ou mesmo por uma maior penetração nas atividades como o desenvolvimento de teses, atribuições dos conceitos, desenvolvimento e ou direcionamentos de ideias, ele seria enquadrado da mesma forma que qualquer outro autor assim reconhecido pela legislação brasileira. Dessa forma, qualquer obra com a sua participação seria considerada em regime de coautoria e necessitaria de autorização da maioria dos coautores para a sua publicação, nos termos do artigo 32 da Lei 9610/98:

Art. 32. Quando uma obra feita em regime de coautoria não for divisível, nenhum dos coautores, sob pena de responder por perdas e danos, poderá, sem consentimento dos demais, publicá-la ou autorizar-lhe a publicação, salvo na coleção de suas obras completas.

10 O parecerista conhece alguma hipótese de coautoria de dissertação ou tese no Brasil ou fora do Brasil?

Que seja do meu conhecimento, não.

11 O parecerista pensa que é devido modificar o sistema normativo para autorizar coautoria em dissertação ou tese?

Para permitir a coautoria em trabalhos cujo objetivo é o alcance de graus acadêmicos, como dissertação e tese, não. Por outro lado, acredito que o sistema de direitos autorais poderia repensar o conceito sobre a

(mera) ideia como elemento excludente da proteção autoral e o desenvolvimento de tais ideias sob a forma artística ou científica, especialmente quando a ideia for a própria expressão artística em si mesma (o que pode ocorrer constantemente com a arte conceitual). Não é um tema simples e admito, porém, que é uma discussão ampla e de natureza que foge ao escopo do recorte do parecer, mas entendo importante fazer a ressalva (ainda que muito reducionista, nesse espaço). Por outro lado, do ponto de vista da pesquisa científica, poderia haver atribuição de forma mais clara sobre a participação de orientadores ou professores em grupos de pesquisa, ou ainda, uma modificação que deixasse claro a medida de participação de cada um dos componentes do grupo com a explicitação de suas atividades e competências. Esse entendimento, por outro lado, não é de natureza exclusiva do sistema de direitos autorais, mas uma reformulação do modo em que se estabelecem as pesquisas acadêmicas e científicas no Brasil. Nenhum deles, porém, significa ou conduz à possibilidade de consideração do orientador como autor.

12 A compreensão sobre a coautoria de dissertação ou tese de Direito permite a coautoria? Conhece algum caso?

Questionamento já respondido. Como forma de trabalho científico para alcance de grau acadêmico, não. Não conheço nenhum caso. Vale lembrar a indicação de Denis Borges Barbosa sobre o tema, mencionando, inclusive, as peculiaridades do trabalho científico no âmbito das faculdades de Direito:

O papel do orientador pode variar conforme a área acadêmica. Se a responsabilidade administrativa sempre existe, a responsabilidade “científica” surge enfaticamente atenuada em áreas acadêmicas como o Direito. A prática de designar-se coautor o orientador de um trabalho acadêmico é virtualmente desconhecida nas faculdades de Direito, senão por modéstia nem por decoro, qualidades não

particularmente abundantes na nossa profissão, mas por maior clareza do que são as verdades e levitações da real autoria⁹.

13 Qual a sua própria compreensão a respeito da questão?

O processo da produção acadêmica para fins de alcance de grau acadêmico é solitário e o pesquisador precisa necessariamente passar por essa qualificação e comprovação da sua possibilidade como pesquisador, argumentador e doutrinador.

Dessa forma, a participação de qualquer terceiro que não de forma meramente complementar fragiliza a pesquisa em si e, por óbvio, a condição do pesquisador pretendente ao grau.

Paradoxo nessa circunstância é a figura do orientador que, quanto mais participante, mais estará dando de si. Ocorre que essa espécie de doação, por assim dizer, faz parte do jogo acadêmico e científico. Ou seja, um orientador já recebeu, anteriormente, alguma doação também de seus mestres o que, potencialmente, fez com que ele pudesse alcançar determinado grau de qualidade nas suas atividades. Nesse sentido, obviamente que se pode qualificar, ainda que de forma simplória, os orientadores entre maus e bons, consoante o seu grau de entrega à pesquisa de quem pretende auxiliar na escalada acadêmica. Admito que é bastante pueril essa dualidade entre bom e mau orientador consoante a sua participação, mas é uma forma de pontuar a evidência de que, na academia, como na ciência, deve-se trabalhar por um todo, que é o desenvolvimento do conhecimento. Isso implica, necessariamente, compreender que sempre haverá alguém que nos será mais ou menos dadivoso no sentido da generosidade intelectual pois o cerne da questão deveria ser, de fato, o desenvolvimento científico e acadêmico. O meu entendimento, portanto, considerando as condições, é que o orientador não pode ser coautor de trabalho que objetiva alcançar grau acadêmico.

⁹ BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor – questões fundamentais de direito de autor**, Editora Lumen Juris, 2013: Rio de Janeiro, p. 223.

14 Se a publicação da dissertação ou tese em coautoria com o orientador tiver a anuência do egresso (mestre ou doutor), altera o enquadramento?

Sim. Uma vez que haja a anuência do orientando, não se configuraria a violação do direito de autoria (paternidade) diretamente a ele de forma inequívoca como nas hipóteses de autoria não nomeada. Poderia se chegar ao limite de indicar que se o orientando considerasse que houve, de fato, participação do seu orientador e que o contributo deste é autoral, não estaria violando a autoria. É, em alguma medida, a tese do caso decidido no TJPR em situação que pode ser semelhante. Não obstante, tal hipótese deveria ser melhor examinada, considerando o fato de que a violação de autoria conduz ao engano, de qualquer modo, a todo e qualquer terceiro. Dito de outra forma, a violação de autoria implica em engano contra algum autor não nomeado ou contra terceiros. A hipótese de autor não nomeado não parece estar presente no caso em tela. Nesse sentido, inclusive, violação de direito patrimonial não há, pois, a anuência, no caso, o supre. A questão que se coloca é: uma vez que o orientando não aponte inexistência de violação de autoria e entenda que o orientador é seu coautor, do ponto de vista exclusivo do direito de autor não haveria possibilidade de comprovação de violação. Há, porém, o conflito, tendo sido coautor, como pode haver a defesa do grau acadêmico? Pois aqui se coloca a questão: o orientando pode entender que o contributo do orientador, de fato, é autoral, ainda que o sistema assim não o nomeie, o que faria com que ele pudesse alegar, *a posteriori*, que a publicação é lícita mesmo tendo sido a base, ou mais do que isso, do seu trabalho para alcance do grau. Mesmo sob essa argumentação, é importante dizer que surge, no mínimo, uma estranheza, e que o mais razoável seria que, considerando o orientando que o seu orientador é coautor, seria relevante que o trabalho objeto de defesa passasse por novas apreciações do orientador coautor para que estivesse minimamente albergado pelo sistema de direitos autorais como obra derivada, cuja coautoria, de forma mais sólida, poderia ser apreciada. Dessa forma, se afastaria, com bastante densidade, a violação autoral e, no mínimo, se diminuiria bastante o desconforto do ponto de vista ético.

CONCLUSÕES FINAIS

Expostas as circunstâncias do parecer requerido de forma genérica, resta indicar à toda evidência, por muitas razões, que a simples assinatura por parte de orientador de trabalho científico como coautor pela mera condição de orientador, por mais que tenha participado no direcionamento do trabalho, na estruturação, na indicação de reformulações, na indicação bibliográfica, entre outras atribuições típicas da sua atividade, não está prevista como hipótese legal.

Por outro lado, não há impedimento, de nenhuma natureza, para que uma vez alcançado o grau acadêmico por parte do pesquisador, que o seu trabalho seja utilizado como base para obra derivada com a participação de terceiros, o que pode incluir o próprio orientador, se for de interesse de ambos. O sistema de direitos autorais, de fato, não foi desenvolvido exclusivamente para o universo acadêmico e, certamente, possui muitas falhas conceituais que necessitam urgentemente ser revistas. Mas se ele permite a consideração de coautoria, essa permissão está de acordo com a natureza do pensamento humano.

Por outro lado, a não permissão para coautoria no âmbito científico para alcance de um ou outro grau acadêmico faz parte de um ambiente protetivo da figura mais frágil na relação (orientando) e ao mesmo tempo estimulador para a criação e verificação da capacidade intelectual, crítica e científica dos examinados, a seu tempo, os pesquisadores, os orientandos.

Apontar que o sistema é incompleto ou imperfeito não é suficiente para se atribuir uma deformidade que conduza à sua inaplicabilidade. Ou seja, dizer que o sistema não é bom e permitir que um orientador seja autor em conjunto com um orientando porque trouxe um conteúdo considerado autoral além do que o próprio orientador entende como razoável seria exorbitar da sua atividade e fazer com que o sistema, em linhas gerais, deixasse de agir. Publicar um texto, sem modificações ou colaboração efetiva, idêntico ao utilizado como prova para alcance de grau acadêmico, como se de autoria de orientador e orientando fosse, parece submeter o sistema a uma circunstância em que todos os orientadores

poderiam ser capazes e seriam autorizados a publicar trabalhos que, por um lado poderiam ter o seu DNA ou não. A pergunta que se coloca é: quem de fato atribuiria a condição participativa de cada autor orientador?

O sistema de atribuição de graus está vinculado – ou deveria estar – à plena capacidade do pesquisador. Por outro lado, a participação do orientador como um norteador do processo de pesquisa, do desenvolvimento de ideias ou atribuidor de conceitos pode fazer com o que o resultado científico possa ser efetivamente melhor. Tudo isso faz parte do sistema e é de ciência dos orientadores, pesquisadores em sua essência.

Caso o orientador entenda que deve fazer um reserva de conhecimento para desenvolver posteriormente suas teses em conjunto com os orientandos ou com outros terceiros ou mesmo de forma solitária é uma opção que cabe a ele, mas entender que a sua participação como alguém que entrega ao seu orientando algo que ele poderá, posteriormente, em alguma medida, tomar de volta, parece estar em flagrante contradição com o sistema de direitos autorais e propriamente de forma contrária ao sistema de avaliação científica e acadêmica. Não se pode apontar, precisamente, porém, que se trata do caso em análise, pois se houve anuência, o “tomar de volta” se relativiza.

No meu entender, é relevante apontar, cabe ao orientador abrir mão de parte do seu conhecimento em benefício de um terceiro, como alguém já em outra medida fez com ele mesmo. Pode, porém, se for do seu interesse, guardar para si próprio, numa espécie de reserva intelectual, algum conteúdo para posterior desenvolvimento. Essa escolha é impenetrável para o Direito e está reservada na consciência de cada um. Quem saberá o quanto deve dar de si para a pesquisa por intermédio de alguém que seja seu orientando, pupilo, ou seguidor, será o próprio orientador. O que se espera é que a escolha tenha como únicos beneficiários a ciência e o desenvolvimento do conhecimento, já que o orientador é quem possui o mais aproximado conhecimento das capacidades do seu pupilo e pode analisar se ele será capaz de seguir adiante na estrada do conhecimento.

O que se espera, de fato, é que a escolha se dê em nome do desenvolvimento científico e intelectual mesmo que tal decisão não traga os

melhores benefícios ao orientador. Faz parte do jogo intelectual (primordialmente acadêmico, no caso) e do desenvolvimento artístico e cultural abrir mão de algo e também receber.

Esse fator é muito mais do que jurídico, científico ou inerente ao sistema de avaliação, ele é o próprio fundamento do fazer humano pois, ao fim e ao cabo, o ser humano é efêmero, mas as suas ideias, perenes.

São estas as considerações sobre o tema e sobre os quesitos trazidos de forma genérica,

Em 09 de junho de 2021.

S. M. J. .



Prof. Dr. Victor Gameiro Drummond

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor – questões fundamentais de direito de autor**, Editora Lumen Juris, 2013: Rio de Janeiro, p. 223.

COLÔMBIA. **Sala de Casación Penal da Corte Suprema de Justicia**. Demanda 31403.

PATROIANU, Andy, Autoria se trabalho científico, **Rev Assoc. Med. Bras.** 2002; 48(1): 60-5, p. 61, com acesso pelo link: <https://www.scielo.br/j/ramb/a/4ZnXhdLZKNd5ZNYddXXWTyz/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 09 out. 2021.

SOGA, Kazumasa, **Case note: A Brazilian copyright case study of Nosedá and the Federal University of Parana v. Majczak [Case no. 2003.70.00.084129-0/PR]**, disponível em: <https://iss.ndl.go.jp/books/R000000004-I11070590-00>. Acesso em: 09 out. 2021.

TARGINO, Maria das Graças, Orientador ou tutor é autor?, **Revista Informação e informação, Inf. Inf.**, Londrina, v. 15, número especial, p. 145 - 156, 2010, p. 152, com acesso pelo link: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/7623/6778>. Acesso em: 09 out. 2021.

WACHOWICZ, Marcos, Noções fundamentais sobre o plágio acadêmico, *in*: **Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Prof. José de Oliveira Ascensão – 50 anos de vida universitária**, Editora Almedina, Coimbra: p. 445.

RRDDIS

A TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL: um estudo de direito comparado

book review: “The legal protection of intangible cultural heritage: a study of comparative law”

Francisco Humberto Cunha Filho¹

RESUMO:

Resenha do livro “A tutela jurídica do patrimônio cultural imaterial: um estudo de direito comparado”, que coteja as legislações da França, da Itália e da Espanha, criadas por impulso e influência da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial - UNESCO, 2003.

Palavras-Chave: Patrimônio Cultural Imaterial; Tutela Jurídica; Estudo de Direito Comparado; França, Itália e Espanha.

ABSTRACT:

Review of the book “The legal protection of intangible cultural heritage: a study of comparative law”, which compares the legislation of France, Italy and Spain, created by impulse and influence of the Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage - UNESCO, 2003.

Keywords: Intangible Cultural Heritage; Legal Protection; Comparative Law Study; France, Italy and Spain.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; **I. A RESENHA;** CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

¹ Bacharel (UNIFOR), mestre (UFCE), doutor (UFPE) e pós-doutor (UNIMIB-Universidade de Milão-Bicocca) em Direito. Advogado da União. Professor dos programas de graduação, mestrado e doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza, onde lidera o Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais. Membro do Colégio de Docentes do Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade de Sassari (Sardenha – Itália), na Área “Direito e Cultura”. Comentarista do Instituto Observatório do Direito Autoral – IODA. Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direitos Culturais - IBDCult.

INTRODUÇÃO

Para os estudiosos dos direitos culturais, principalmente do patrimônio cultural, chegou ao mercado italiano, que é universalmente acessível, o livro *“A tutela jurídica do patrimônio cultural imaterial: um estudo de direito comparado”* (D’ALESSANDRO, 2021), de autoria de Chiara A. d’Alessandro, que atualmente é pesquisadora junto à Cátedra da Unesco sobre Patrimônio Cultural Imaterial e Direito Comparado, mantida pela Universidade de Roma Unitelma Sapienza, sob a coordenação do Professor Pier Luigi Petrillo, organizador e coautor, dentre tantos outros escritos, da coletânea *“A proteção legal do patrimônio cultural imaterial: uma perspectiva comparada”* (2019), certamente inspirador da obra ora resenhada.

O livro de Chiara resulta da sua tese de doutorado, realizado na Universidade da Campanha Luigi Vanvitelli, na Região Italiana cuja capital é Nápoles, onde teve por orientador o Professor Domenico Amirante, de cuja obra recente destaca-se, *“A democracia dos superlativos: o sistema constitucional da Índia contemporânea”* (2019), cujo título por si é um forte indicativo da excelência e atualidade do Doutorado em Direito Comparado e de Processos de Integração, cujo DNA pode ser percebido na literatura jurídica de seus egressos.

1 A RESENHA

Em essência o trabalho versa sobre o sistema de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial em três países europeus contíguos - França, Itália e Espanha – que, ademais, possuem em comum, além de línguas neolatinas, *“a civil law, o perfil constitucional do tipo liberal-democrático e [o fato de que] todos são integrantes da União Europeia”* (p. 214), o que poderia fazer supor legislações e políticas públicas muito semelhantes, coisa que definitivamente não ocorre, e as razões para tanto passam a ser compreendidas a partir da dedicada pesquisa que levou à construção da obra, como adiante será exposto.

Os elementos mais fortemente comuns são a datação recente das legislações específicas para o PCI (início do Século XXI), todas de al-

guma forma decorrentes da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da UNESCO, adotada em 2003, que, segundo constatação da autora “trata-se da Convenção de maior sucesso entre os Estados, em termos de sua ratificação; até hoje, de fato, 180 países a ratificaram” (p. 12).

O curioso é que para chegar a esse sucesso, a UNESCO teve que dar uma guinada em seu pensamento, no sentido de mudar da busca de elemento de uma cultura universal, partindo para o reconhecimento da diversidade cultural como riqueza humana. Neste processo, destaca-se fortemente a figura de Claude Lévi Strauss que, em momento próximo da juventude, ao advogar a necessidade de proteção das expressões populares, por considerá-las as “flores frágeis da humanidade” (p. XI), foi rechaçado pela agência, à qual voltou “quase centenário”, para receber o reconhecimento de suas ideias, expostas essencialmente em obras como “Raça e Cultura” e “Raça e História”, durante as celebrações dos 60 anos da UNESCO, em decorrência do que recebeu “uma autêntica ovação” (p. 4).

Depois de apresentar a legislação supostamente universal da Declaração de 2003, a autora passa ao estudo específico de cada país, momento em que o trabalho mostra a sua excelência, pois a normatividade de cada um sobre PCI aparece no contexto de desenvolvimento histórico e axiológico, em que é perceptível um roteiro de precedências factuais, contextualização constitucional, proteção do patrimônio cultural material e, por fim, do patrimônio cultural imaterial.

A França é apresentada como o grande paradigma de riqueza cultural e, se observado o recorte da modernidade, merece destaque o brado de Victor Hugo, quando propôs “guerra aos demolidores”, referindo-se aos que queriam destruir as construções originárias do *ancien régime*. Os ecos da indignação do romancista foram percebidos na icônica lei patrimonial de 1913, inspiradora de muitas legislações em todo o mundo e assaz longeva, ao ponto de persistir vigente até 2004, quando foi promulgado o “Código de Patrimônio”, assim mesmo, sem qualquer adjetivo, nem mesmo “cultural”, dando a entender que, para o francês, o verdadeiro

patrimônio não é o da economia, mas o da cultura, razão pela qual fica subentendido na designação elipsada do mencionado código.

O fato é que mesmo tendo aderido à Convenção da UNESCO em 2006, desde então e até 2015, a França operou seu patrimônio cultural imaterial por práticas administrativas baseadas em dossiês; neste ano acrescentou ao Código de Patrimônio disposições sobre o PCI, sempre visto com muita cautela, por supostamente conter apelos a direitos territoriais e de minorias, com o potencial de trazer problemas à tão prezada unidade do Estado francês. Em decorrência deste temor, o país dá preferência a uma política de natureza centrípeta, ou seja, centralizadora.

Quanto à Itália, há vários elementos circunstanciais diferentes relativamente à França: trata-se de um país que se considera unificado apenas a partir da metade do Século XIX, ademais, com um tipo de organização política que reconhece as peculiaridades regionais, algo bem próximo de um federalismo e, que por isso tem tendências mais centrífugas ou descentralizadoras. Isso, efetivamente, tem correspondência com a legislação do país, em cujo Código dos Bens Culturais e Paisagens, de 2004, foi acrescentado um artigo para o reconhecimento do PCI, mas de uma maneira que a autora e muitos outros estudiosos do tema entendem equivocada, em face da exigência de que o reconhecimento deve recair sobre os aspectos materiais das manifestações intangíveis. Assim, por exemplo, no âmbito do Estado italiano não é protegida a manifestação do teatro de marionetes, mas os próprios bonecos, suas roupas, seus acessórios etc.

Para este defeito, a autora clama por correção e entende que a situação só não é mais grave pela atuação das Regiões, cujos procedimentos e legislações costumam ser mais compatíveis para com a Convenção da UNESCO, o que certamente é devido ao fato de serem detentoras de uma legislação cujo processo evolutivo é, não raro, mult centenário, considerados seus status de verdadeiros países, no período anterior ao Ressurgimento.

A Espanha merece, no livro, o capítulo mais longo, compatível com a admiração da autora por este país, sobretudo por sua história constitucional, suas constantes tentativas de legislar sobre o tema de salvaguarda

do patrimônio cultural e pela capacidade de manter-se territorial e populacionalmente sem divisões, dados os incessantes movimentos separatistas de algumas de suas Comunidades Autônomas.

A pátria de Cervantes possui uma extensa lei de proteção do seu patrimônio cultural, muito semelhante a um código; porém, para disciplinar a salvaguarda do PCI deliberou em editar uma lei específica, cuja aprovação foi muito difícil, precisamente por causa das questões dos direitos identitários que, como visto, poderiam ser arguidos para intentos de secessão política. Mas, ao cabo de tudo, a Espanha produziu uma lei que tenta manter o equilíbrio de competências entre o poder central e os poderes locais na salvaguarda do PCI.

A mensagem mais forte do livro, portanto, reitera que a valorização ou a depreciação do patrimônio cultural imaterial é algo de permanente disputa de valores, o que fica muito evidenciado pelo estudo de caso da Tauromaquia, tanto na Espanha como - quem diria?! - na França.

No país dos francos, a tourada foi inserida no inventário de manifestações culturais, mas diante da pressão dos ambientalistas e protetores de animais, tal fato deixou de ser informado na internet; esse ludíbrio artificioso não foi suficiente para acalmar os ânimos, havendo, por fim, a revogação do status patrimonial da manifestação.

Na Espanha, algumas Comunidades Autônomas começaram a proibir as touradas ou retirar delas os elementos de maus tratos aos animais, por entender que essas práticas eram próprias da cultura dos espanhóis, e não suas. O governo central entendeu isso como mais um elemento de divisão do país e, para reforçar a unidade nacional, declarou, por lei, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo mais elevado tribunal do país, a tourada como patrimônio nacional, impondo seu resguardo a todos os cidadãos.

CONCLUSÃO

Enfim, o livro de Chiara A. d'Alessandro é carregado de informações e análises, cuja importância de conhecê-las vai para muito além dos

países pesquisados, mostrando-se como excelente referência a tantos outros que conferem importância à temática do patrimônio cultural imaterial, como é o caso do Brasil. Fica a dica aos bons editores brasileiros para que negociem e traduzam esta obra para o português.

REFERÊNCIAS

AMIRANTE, Domenico. **La Democrazia dei Superlativi**: il sistema costituzionale dell'India contemporanea. Napoli - Italia: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.

D'ALESSANDRO, Chiara A. **La Tutela Giuridica del Patrimonio Culturale Immateriale**: uno studio di diritto comparato. Milano - Italia: Wolters Kluwer/CEDAM, 2021.

PETRILLO, Pier Luigi (Editor). **The Legal Protection of the Intangible Cultural Heritage**. Cham – Switzerland: Springer, 2019.

REGRAS DE SUBMISSÃO E DIRETRIZES PARA AUTORES

PERIODICIDADE E OBJETIVOS

A **RRDDIS - Revista Rede de Direito Digital, Intelectual e Sociedade**, é uma publicação semestral de trabalhos científicos inéditos no âmbito da Ciência Jurídica, visando também a interdisciplinaridade com áreas afins que tratam das novas tecnologias na Sociedade Informacional. Tem como missão difundir a pesquisa e conhecimento científico desenvolvido pela comunidade brasileira e internacional.

A Revista tem interesse na publicação de artigos, respostas a artigos, comentários jurisprudenciais, estudos, pareceres e resenhas críticas.

A submissão eletrônica textos na RRDDIS adota as seguintes padronizações que estão disponíveis no site: <https://revista.ioda.org.br/>

NORMAS DA ABNT

A submissão deverá atender apropriadamente às normas externas (ABNT) mencionadas nas diretrizes.

Os autores obrigatoriamente devem apresentar seus trabalhos por meio do sistema de submissão eletrônica da Revista, exclusivamente no formato Microsoft® Word®. Não são aceitos trabalhos submetidos via *e-mail* nem em formato *.pdf*.

NOTA SOBRE DIREITOS AUTORAIS

Os autores declaram que qualquer texto apresentado, se aceito, não será publicado em outro meio/lugar, em inglês ou em qualquer outra língua, e inclusive por via eletrônica, salvo mencione expressamente que o trabalho foi originalmente publicado na **RRDDIS - Revista Rede de Direito Digital, Intelectual e Sociedade**.

A Revista **RRDDIS** desde a sua primeira publicação, licencia todos os textos sob a Licença Creative Commons — Atribuição 4.0 Brasil — CC BY 4.0 BR, que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e da publicação inicial na Revista;

NÚMERO DE AUTORES, SUBMISSÕES E GRAU ACADÊMICO MÍNIMO

Os textos, artigos e resenhas devem ter no máximo **dois** autores formados em direito ou em áreas afins, sendo que pelo menos um dos autores deve possuir título de doutor ou notório conhecimento jurídico e científico nas linhas de pesquisa abordadas pela Revista.

Cada autor/coautor poderá ter um **único** artigo/resenha em processo editorial, e a Revista adota um intervalo de **duas** edições entre a publicação de dois artigos/resenhas de um mesmo autor/coautor.

A Revista **RRDDIS** é rigorosa no atendimento aos quesitos de exogenia e de filiação a instituições estrangeiras, no termos explicitados nos relatórios do Qualis Periódicos da Capes, a Revista concede prioridade a, respectivamente, artigos de autores vinculados a instituições situadas fora do Paraná e do Brasil.

FORMA, TAMANHO, IDIOMAS E NORMAS GERAIS

A Revista **RRDDIS** aceita artigos, escritos em terceira pessoa, contendo entre 7.000 e 12.000 palavras (cerca de 17 a 30 páginas em formato A4, fonte Times New Roman® corpo 12), incluindo título, resumo (150-

250 palavras), palavras-chave (3 a 5), títulos de seção, texto principal, notas de rodapé, referências e quaisquer apêndices. São aceitos artigos em português, inglês, espanhol, italiano, francês e alemão.

Os artigos serão publicados em sua língua original. Artigos escritos em português e outras línguas que não o inglês devem apresentar, adicionalmente (também incluídos no limite acima), o título, o resumo e as palavras-chave em inglês.

O resumo deve ser elaborado conforme a **ABNT NBR 6028**[®], contendo o objetivo, o método, os resultados e as conclusões do artigo. As seções podem ser primárias, secundárias e terciárias, e, conforme a norma **ABNT NBR 6024**[®], todas as seções devem conter um texto relacionado a elas (não pode haver dois ou mais títulos de seção em sequência, sem um texto entre eles). Não deverão ser utilizados sumários nem epígrafes; as seções de introdução e de referências não deverão ser numeradas. Resenhas críticas seguem as mesmas regras, mas estão limitadas a 4.000 palavras e o resumo não é obrigatório. A critério dos editores, artigos mais curtos ou mais longos podem ser considerados, após deliberação fundamentada.

AVALIAÇÃO CEGA

A Revista **RRDDIS** utiliza o método duplo cego (*double-blind peer review*), o que significa que, durante todo o processo editorial, as identidades dos avaliadores e dos autores são mantidas em sigilo mútuo.

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

Os autores que publicam na Revista **RRDDIS** concordam com os seguintes termos:

- os autores mantêm os direitos autorais e transferem à Revista o direito de primeira publicação, com o trabalho licenciado sob a Licença Creative Commons — Atribuição 4.0 Brasil — CC BY

4.0 BR, que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e da publicação inicial na Revista;

- os autores têm autorização para assumir contratos adicionais separadamente, para distribuição não exclusiva da versão do trabalho publicada na Revista (ex.: publicar em repositório institucional ou como capítulo de livro), com reconhecimento da autoria e da publicação inicial na Revista;
- qualquer pessoa é livre para compartilhar (copiar e redistribuir o trabalho em qualquer suporte ou formato) e para adaptar (remixar, transformar e criar a partir do trabalho) para qualquer fim, mesmo que comercial, devendo todavia, em qualquer caso, dar o crédito apropriado, prover um *link* para a licença e indicar se mudanças foram feitas no trabalho original, nos termos da Licença Creative Commons — Atribuição 4.0 Brasil — CC BY 4.0 BR e respeitados a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e outros normativos vigentes.

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços de *e-mail* informados no processo de submissão serão usados exclusivamente para os propósitos da Revista, e serão disponibilizados ao público nos artigos.

Todas as informações pessoais serão estritamente recolhidas e armazenadas de conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

