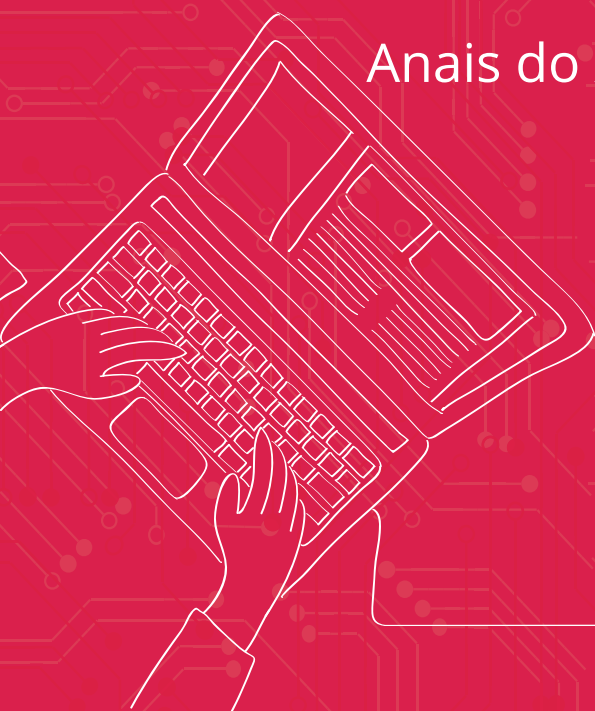




XI CONGRESSO DE DIREITO DE
AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Anais do XI CODAIP



ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Anais do XI CODAIP
XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público

Editora Universitária



Grupo de Estudos de
Educação, Cultura e Informação

UFPR – SCJ – GEDAI
Praça Santos Andrade, n. 50
CEP: 80020-300 - Curitiba – PR
E-mail: gedai.ufpr@gmail.com
Site: www.gedai.com.br

GEDAI/UFPR



Esta obra é distribuída por meio da Licença Creative Commons 3.0
Atribuição/Uso Não-Comercial/Vedada a Criação de Obras Derivadas /
3.0 / Brasil

GEDAI
Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial
Prof. Dr. Marcos Wachowicz
(organizador)

ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Anais do XI CODAIP
XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público

Curitiba
Universidade Federal do Paraná
2017

Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (2017: Curitiba, PR)

Coordenadores: Marcos Wachowicz, Marcia Carla Pereira Ribeiro, Sérgio Staut Jr e José Augusto Fontoura Costa

EDIÇÃO EM FORMATO IMPRESSO E DIGITAL

Disponível em: www.gedai.com.br

ISSN: 2178-745X

1. Direitos autorais. 2. Propriedade intelectual. 3. Sociedade da informação. 4. Ambiente digital. 5. Inovações tecnológicas. 6. Domínio público.

Catálogo na publicação por: Onélia Silva Guimarães CRB-14/071

PREFIXO EDITORIAL 67141

Marcelle Cortiano

Ilustração (capa)

Marco Tulio Braga de Moraes

Projeto gráfico

Marco Tulio Braga de Moraes

Oscar Carlos Cidri Neto

Diagramação

Rodrigo Otávio Cruz e Silva

Heloisa Medeiros

Rangel Trindade

Revisão

Universidade Federal do Paraná - UFPR

Faculdade de Direito

Praça Santos Andrade, n, 50

CEP. 80020 300

Curitiba - Paraná

Fone:(55) 41 33102750 / 41 3310 2688

E-mail: gedai.ufpr@gmail.com

Site: www.gedai.com.br

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

WORKSHOP DOS GRUPOS DE ESTUDOS

ANAIS DO XI CODAIP

REALIZAÇÃO



APOIO



MINISTÉRIO
DA CULTURA



CONSELHO EDITORIAL

Allan Rocha de Souza – UFRJ/UFRJ
Carla Eugenia Caldas Barros – UFS
Beatriz Bugallo - Uruguai
Carlos A. P. de Souza – ITS/Rio
Dario Moura Vicente – Univ.Lisboa/
Portugal
Francisco Humberto Cunha Filho –
Unifor
José A. F. Costa - USP

José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/
Portugal
J. P. F. Remédio Marques – Univ.Coimbra/
Portugal
Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha
Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/ULbra
Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF
Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Marcos Wachowicz – UFPR



GEDAI

As publicações do GEDAI/UFPR são espaços de criação e compartilhamento coletivo.

Fácil acesso às obras.

Possibilidade de publicação de pesquisas acadêmicas.

Formação de uma rede de cooperação acadêmica na área de Propriedade Intelectual.

Coordenador Geral

Prof. Dr. Marcos Wachowicz – UFPR (coordenador)

Comissão organizadora do congresso

Prof. Dr. Marcos Wachowicz – UFPR

Prof. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR

Prof. Dr. Sérgio Staut Júnior – UFPR

Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa – USP

Comissão científica do congresso

Prof. Dr. Marcos Wachowicz – UFPR

Prof. Dra. Laura Valentina Delich – Flacso/Argentina

Prof. Dr. Guillermo Palao Moreno – Univ. de Valência

Prof. Dr. Dário Moura Vicente – Universidade de Lisboa

Prof. Dr. Allan Rocha de Souza – UFRRJ

Prof. Dr. Felipe Palau Ramirez – Univ. de Valência

Prof. Dr. Manuel David Masseno – IPbeja-Portugal

Prof. Dra. Beatriz Bugallo – Urou-Uruguai

Pesquisadores/integrantes do GEDAI

Doutora Heloisa Gomes Medeiros

Doutora Liz Beatriz Sass

Doutora Leticia Canut

Doutor Rodrigo Vieira

Doutorando Rangel Trindade

Doutorando Alexandre Pessler

Doutorando Rodrigo Otávio Cruz e Silva

Mestre Anna Carolina Brandalise

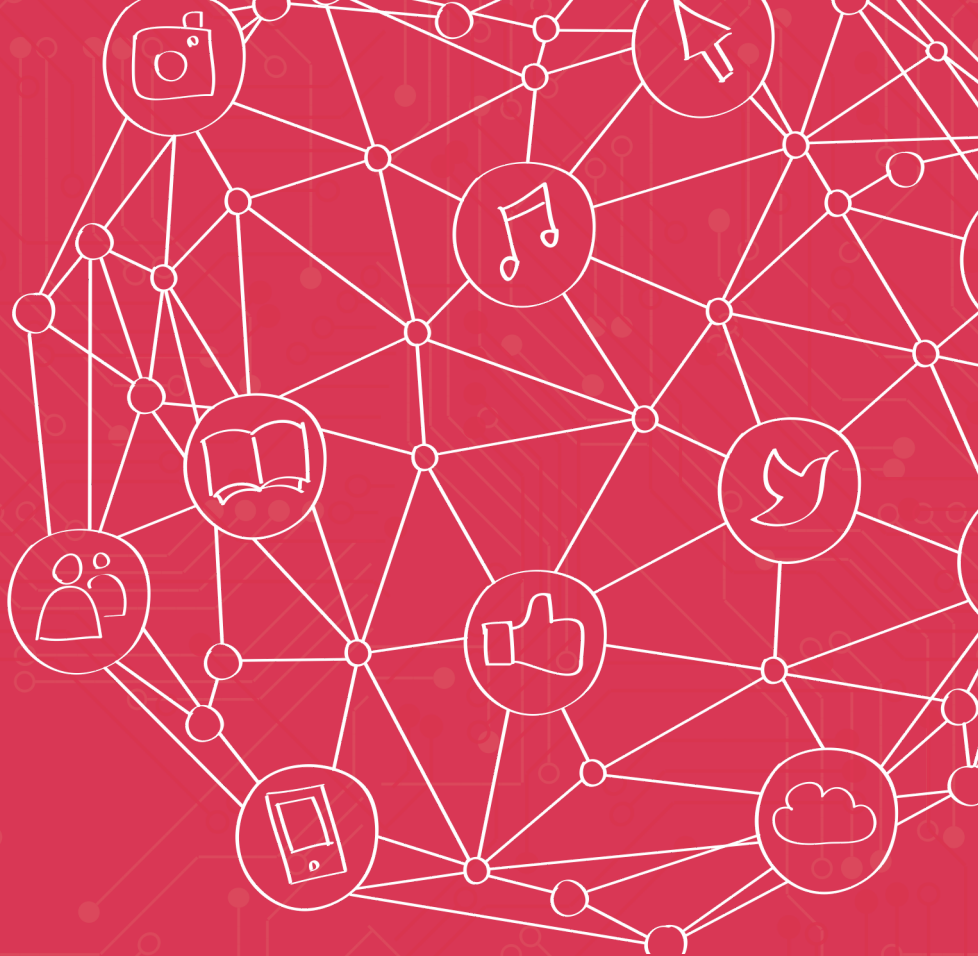
Mestre Michele Alessandra Hastreiter

Mestre Roberto Nelson Brasil Pompeu Filho

Mestrando Lenilton Duran Pinto Corrêa
Mestrando Lukas Ruthes Gonçalves
Mestrando Martinho Martins
Botelho Mestrando Pedro Henrique Machado da Luz
Graduada Bibiana Biscaia Virtuoso
Graduado Alexandre Saldanha
Graduado Anderson Moreira
Graduada Camila Vilela
Graduada Fernanda Oliveira Santos
Graduada Flavia Dalla Bernardina
Graduado João Ademar de Andrade Lima
Graduado Lucas Ludgero de Geus
Graduado Marco Antonio Velloso Costa
Graduada Patrícia Naomi Asakura
Graduado Saulo Thaylan Moreira da Silva
Graduada Stephanie Gruszka Vendruscolo
Graduada Valeska da Cunha Chrestani

Pesquisadores/Graduação

Alice de Perdigão Lana
Caroline Ribeiro
David Kenji Itonaga
Dayane Campos Souza
Douglas Aparecido Magalhães Junior
Ian Henrique Bertoldi
Iara Schuinka Bazilio
Igor Galharim
Igor Halter Andrade
João Pedro Canassa Montanher
Juliana Kolbe
Julianne Sawozuk Bellardo
Laís Pagnoncelli
Leonardo Azevedo
Luise Dalagrana dos Santos
Marcelle Cortiano
Mariana de La Cruz Faxina
Natanael Xavier de França Filho
Nicole M. Tomacheski
Pablo Ademir de Souza
Rodrigo José Serbena Glasmeyer
Thiago Rodrigues da Silva
Yara Cristina Maria



SUMÁRIO

19 APRESENTAÇÃO

I- DIREITO AUTORAL E AS NOVAS TECNOLOGIAS: FRONTEIRAS ENTRE O DIREITO PÚBLICO E PRIVADO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

- 23 A (DES)CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE AUTORIA
NA CONTEMPORANEIDADE: QUEM É O AUTOR NA
PERSPECTIVA DAS NOVAS FORMAS DE PRODUÇÃO
CULTURAL?

Autores: Liz Beatriz Sass; Sarah Linke.

- 49 A GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS
NO BRASIL DAS OBRAS FONOGRÁFICAS
DISPONIBILIZADAS EM REDE: O CASO DAS
PLATAFORMAS DE *STREAMING*

Autores: Bibiana Biscaia Virtuoso; Rangel Oliveira Trindade

- 67 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DE
SAMPLE NA PRODUÇÃO DE MÚSICA.

Autora: Carla Arminda de Oliveira Augusto

- 89 *STREAMING* DE OBRAS MUSICAIS E SUA NATUREZA
JURÍDICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO DO STJ
NO CASO ECAD VERSUS OIFM

Autores: Eduardo Pires e Luiz Gonzaga Silva Adolfo

- 115 RESSURREIÇÃO DIGITAL E DIREITO DE IMAGEM: UM
ESTUDO SOBRE A RECONSTRUÇÃO DIGITAL PÓSTUMA
DE PETER CUSHING.

Autor: Gustavo Fortunato D'Amico

- 143 UMA BREVE ANÁLISE DOS PROBLEMAS DO
PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO DAS SOCIEDADES
DE GESTÃO COLETIVA, NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO
DA CULTURA, SOB O PRISMA DA RELEVÂNCIA
MERCADOLÓGICA DESTA GESTÃO
NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO
Autor: João Marcelo Baptista Villela
- 165 IMPACTOS DOS SERVIÇOS DE *STREAMING* NA
PROPRIEDADE PRIVADA E NO CONSUMO DE MÚSICA
NO BRASIL
Autor: Leonardo Morel
- 185 A REVOLUÇÃO DO *STREAMING* NA SOCIEDADE
INFORMACIONAL: DA (RE)INTERMEDIACÃO NO
CONTEXTO DO DIREITO AUTORAL
Autores: Lucas Silveira Duarte; Liz Beatriz Sass
- 211 ORACLE VS. GOOGLE: UMA LEITURA A PARTIR DE
WITTGENSTEIN
Autor: Lukas Ruthes Gonçalves
- 231 *SOFTWARE* LIVRE NA SOCIEDADE EM REDE:
EM BUSCA DE UM REGIME JURÍDICO ADEQUADO
Autores: Maurício Brum Esteves; Liz Beatriz Sass
- 257 OS SERVIÇOS DE *STREAMING* E A PROTEÇÃO
DOS DIREITOS AUTORAIS: UMA ANÁLISE
SOBRE A DIFERENCIAÇÃO ENTRE EXECUÇÃO
PÚBLICA E DISTRIBUIÇÃO A PARTIR DO RECENTE
POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA
Autor: Michele Camargo e Isabel Gregori

- 279 DIREITOS AUTORAIS E AMBIENTE DIGITAL:
INTERLOCUÇÕES ENTRE PÚBLICO E PRIVADO
Autora: Nayara. F. Macedo de Medeiros Albrecht
- 309 O “DIREITO À DESINDEXAÇÃO”: REPERCUSSÕES DO
CASO GONZÁLEZ VS GOOGLE ESPANHA
Autor: Pedro Luz
- 329 DIREITOS AUTORAIS E ACESSO À LIBERDADE DE
INFORMAÇÃO NA REDE: ANÁLISE DO USO DE LIVROS
DIGITALIZADOS
Autores: Luiz Gonzaga Silva Adolfo; Laís Michele Brandt;
Lindiara Antunes do Nascimento

II - DIREITO DE AUTOR E EXPRESSÕES ARTÍSTICAS: DIREITOS CULTURAIS E A REGULAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

- 351 OS DIREITOS AUTORAIS NO MURO PINTADO DE
CINZA: UMA DISCUSSÃO COM BASE NA PROTEÇÃO
LEGAL DO GRAFITE
Autor: Alexandre Henrique Tavares Saldanha
- 373 PRECEDENTES JUDICIAIS E O PARADIGMA DAS
LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS
Autores: Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks; Allan Rocha de
Souza
- 399 PROPRIEDADE INTELECTUAL E PATRIMÔNIO
IMATERIAL CULTURAL
Autora: Carolina Brasil Romão e Silva

423 OS DIREITOS DE AUTOR E A AUTORIA DOS CANTOS
INDÍGENAS

Autora: Diana Gebrim Costa

451 AS PARÓDIAS NO DIREITO AUTORAL: A PROTEÇÃO
DA LIBERDADE DE CRIAÇÃO COMO DIREITO
FUNDAMENTAL

Autor: Eduardo Ariento

475 USUCAPIÃO DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS

Autora: Fernanda Galera Soler

497 *FLOCK SOCIETY* OU *BUEN CONOCER*: UMA ANÁLISE DA
POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO AOS BENS IMATERIAIS
NO EQUADOR

Autores: Fernanda Oliveira Santos; Mildes Francisco dos Santos
Filho

519 DIREITOS AUTORAIS DA TATUAGEM E A
JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS

Autor: Gabriel Massoto Gonçalves

541 EFICIÊNCIA E CONCORRÊNCIA NA GESTÃO COLETIVA
DE DIREITOS AUTORAIS MUSICAIS NO BRASIL

Autor: Giovani Lofrano Alves

567 FUNÇÃO SOCIAL DA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS
AUTORAIS

Autores: Leonel Paraguassu Andrade; Allan Rocha de Souza

589 PATRIMÔNIO PÚBLICO OU PRIVADO?
OS PRAZOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS DE AUTOR EM
OBRAS ORIGINADAS DE CONHECIMENTOS ÉTNICOS E
TRADICIONAIS.

Autora: Paloma Elaine Santos Goulart

- 617 AS LICENÇAS CREATIVE COMMONS COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL

Autores: Vanessa Ziebarth Schilling; Sandro Mansur Gibran

- 649 A EXPERIÊNCIA DO OLHAR NA ARTE: APROPRIAÇÃO, AUTORIA, CIRCULAÇÃO

Autora: Flávia Sangiorgi Dalla Bernardina

- 669 DIREITO AUTORAL E OS LIMITES TÉCNICOS NA PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE DA OBRA DE ARTE.UM ESTUDO DE CASO: FRANS KRAJCBERG VS FUNDAÇÃO CULTURAL DE CURITIBA

Autores: Anna Carolina Brandalise; Marcos Wachowicz

III - DIREITO DE AUTOR E OS PRIMADOS CONSTITUCIONAIS: ACESSO À CULTURA E AO CONHECIMENTO

- 695 O FAIR USE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO

Autora: Ana Flávia Costa Ferreira

- 719 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INDÍGENA E OS DIREITOS CULTURAIS

Autores: Augusto Rodrigues de Freitas; Allan Rocha de Souza

- 747 DEPÓSITO LEGAL, DIGITALIZAÇÃO DE ACERVO E ACESSO AO CONHECIMENTO

Autores: Bruno Cesar Affonso Gonçalves; Elisa Gremen Mimary Leone

- 773 FUNÇÃO SOCIAL NOS DIREITOS AUTORAIS: NOVOS SENTIDOS NO ÂMBITO EDUCACIONAL.

Autores: Daniel de Paula Pereira; Allan Rocha de Souza

801 O DIREITO DE AUTOR E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO
SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Autores: C. Costa; J. M. De Sousa

825 SOBRE A APLICABILIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA
PROPRIEDADE À PROPRIEDADE INDUSTRIAL:
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO ANFAPE

Autora: Patrícia Naomi Asakura

851 OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO ACESSO
ABERTO

Autor: Wemerton Monteiro Souza

879 APROPRIAÇÃO CULTURAL E DIREITOS CULTURAIS:
PRIMEIRAS REFLEXÕES

Autores: Yanka Basile Catão; Allan Rocha de Souza

903 AUTOR, OBRA E SOCIEDADE – O
COMPARTILHAMENTO DE CRIAÇÕES INTELECTUAIS E
A DIGNIDADE HUMANA.

Autora: Ingrid Spíndola Gaspar de Carvalho

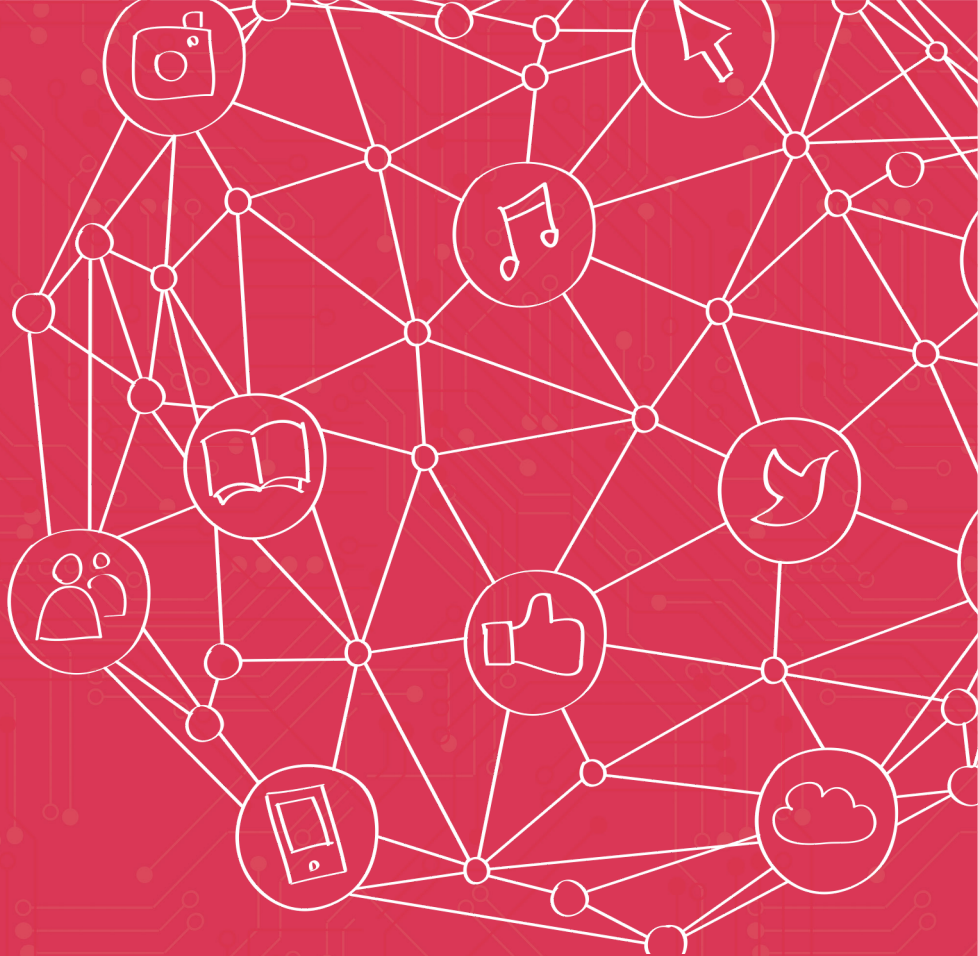
IV - PROPRIEDADE INTELECTUAL: DESENVOLVIMENTO, INOVAÇÃO E MERCADO

919 AS MARCAS FICTÍCIAS E O PROCESSO DE
“DESFACTICIONALIZAÇÃO” – UM ESTUDO SOBRE
ATIVOS DE PI

Autor: Axel de Souza Belarmino

- 933 A VIOLAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS TRIPS E PCT NA ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO DE DEFERIMENTO DE PATENTES DO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI
Autoras: Deborah Brait Carneiro Gonçalves; Ana Caroline Xavier Vilas Boas Melo
- 953 INDÚSTRIA FARMACÊUTICA E MEDICINA NA PERSPECTIVA DE PETER GOTZSCHE
Autores: Eduardo de Serpa Pinto Fairbanks; Allan Rocha de Souza
- 985 PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE SOFTWARE E DESAFIOS DA COLABORAÇÃO EMPRESARIAL PARA SUA COMERCIALIZAÇÃO: ENTRE A DISTRIBUIÇÃO E A REPRESENTAÇÃO COMERCIAL
Autores: Gabriel Klemz Klock; Martinho Martins Botelho
- 1011 ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: UMA POSSIBILIDADE PARA A GESTÃO ESTRATÉGICA DOS NÚCLEOS DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA (NIT)
Autor: Lenilton Duran Pinto Corrêa
- 1039 OS ALGORITMOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO ELETRÔNICAS: ANÁLISE DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO
Autoras: Letícia Canut; Heloísa Gomes Medeiros
- 1069 *ELI LILLY AND COMPANY VS. THE GOVERNMENT OF CANADA* – UMA ANÁLISE DA PRIMEIRA DECISÃO SOBRE PATENTES PERANTE O SISTEMA DE PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS
Autores: Michele Alessandra Hastreiter; Marcos Wachowicz

- 1093 O MECANISMO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO DA TITULARIDADE DO DIREITO DE AUTOR DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR. PROPRIEDADE INTELECTUAL: DESENVOLVIMENTO, INOVAÇÃO E MERCADO
Autor: Sergio Franco Camerini
- 1117 A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PENAL E VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS
Autores: Thales de Carvalho Magalhães; Allan Rocha de Souza
- 1141 A SISTEMÁTICA DO ACORDO TRIPS E A APROPRIAÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS: A QUESTÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE
Autores: Thiago Luiz Rigon de Araujo; Larissa Favaretto Santos
- 1165 O PAPEL DOS POOLS DE PATENTES NO ESTÍMULO À INOVAÇÃO E SUA VALORAÇÃO PELO ANTITRUSTE (1137)
Autora: Valeska da Cunha Chrestani
- 1191 UMA ANÁLISE JUSECONÔMICA DOS IMPACTOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NOS BANCOS DE DADOS DE FORNECEDORES (1163)
Autora: Vivian Amaro Czelusniak
- 1213 A INDICAÇÃO GEOGRÁFICA COMO INSTRUMENTO PARA PROTEÇÃO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO PATRIMÔNIO CULTURAL
Autoras: Siloá Haynosz Merkle; Patrícia de Oliveira Areas



APRESENTAÇÃO

O XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (XI CODAIP), teve como temática central os “A revolução da internet e as novas fronteiras dos Direitos Autorais”, tendo sido realizado nos dias 6 e 7 de novembro de 2017, no grande auditório da UniCuritiba, propiciou o debate entre os diversos setores da academia, profissional e artístico e a sociedade interessada no debate sobre os desafios atuais do Direito de Autor em meio ao novo ambiente tecnológico da Sociedade da Informação.

O XI CODAIP, promovido pelo Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI / UFPR, alcançou o objetivo principal de realizar o intercâmbio de informações e a reflexão sobre os temas relacionados à propriedade intelectual.

Com uma abordagem interdisciplinar e enfocando os aspectos jurídicos, sociológicos, tecnológicos e econômicos, acreditamos que o Direito Autoral deve estimular a difusão do conhecimento e, nessa perspectiva, repensar os mecanismos jurídicos adequados para sua efetiva tutela é um desafio na Sociedade da Informação.

A 11ª edição do CODAIP é um espaço que reúne a academia e especialistas para uma discussão que envolve não apenas o Direito de Autor em sua dimensão privada, mas na dimensão do Interesse Público que envolve os bens intelectuais.

O evento teve sua dinâmica dedicada à discussão dos desafios atuais para os direitos autorais e culturais, tais como: o Marco Civil da Internet; liberdade de expressão e conteúdos livres; gestão coletiva de direitos autorais; o plágio literário, acadêmico e arquitetônico; as Novas Tecnologias da Informação e seus impactos na Cultura, Educação, Políticas Culturais, Inovação e Conhecimento..

Inseridos no contexto do eixo temático principal: A REVOLUÇÃO DA INTERNET E AS NOVAS FRONTEIRAS DOS DIREITOS AUTORAIS, foram abertas inscrições para a submissão de artigos científicos, os quais foram criteriosamente selecionados e foram apresentados nos workshops, divididos de acordo com os seguintes temas:

Eixo Temático I : DIREITO AUTORAL E AS NOVAS

TECNOLOGIAS: Fronteiras entre o Direito Público e Privado na Sociedade da Informação.

Eixo Temático II : DIREITO DE AUTOR E EXPRESSÕES ARTÍSTICAS: Direitos Culturais e a Regulamentação dos Direitos Autorais.

Eixo Temático III : DIREITO DE AUTOR E OS PRIMADOS CONSTITUCIONAIS: Acesso à cultura e ao conhecimento.

Eixo Temático IV: PROPRIEDADE INTELECTUAL: Desenvolvimento, Inovação e Mercado.

O **XI CODAIP** promovido pelo o **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR)** em parceria com a **Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR** e o **Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba**, com apoio do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/UFPR e da Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Ensino Superior – CAPES.

Agradecemos também todo o apoio recebido da Ordem dos Advogados do Paraná, da Secretaria de Cultura do Estado do Paraná e da Fundação Cultural de Curitiba que divulgaram o evento.

A Coordenação Científica agradece a todos que contribuíram direta e indiretamente para a realização do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, cuja pronta colaboração e empenho são marcas indissociáveis da superação das dificuldades da construção deste projeto coletivo. Por fim, renovamos nossos especiais agradecimentos ao Centro Universitário UNICURITIBA que, por mais um ano, recebeu o CODAIP e com muita generosidade, ofereceu todo o conforto e modernidade de suas instalações para a realização do Congresso.

Com o lançamento desta obra o **GEDAI/UFPR** tem a maior satisfação em poder contribuir para o aprofundamento de questões fundamentais para o estudo da Propriedade Intelectual e para o desenvolvimento do país.

A todos o nosso muito obrigado!

Coordenação Científica:

Prof. Dr. **Marcos Wachowicz** – GEDAI/UFPR

Prof. Dr. **Marcia Carla Pereira Ribeiro** – UFPR

Prof. Dr. **José Augusto Fontoura Costa** – USP

Prof. Dr. **Sérgio Staut Júnior** – UFPR

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação

Título:

**A (DES)CONSTRUÇÃO
DO CONCEITO
DE AUTORIA NA
CONTEMPORANEIDADE:
QUEM É O AUTOR NA
PERSPECTIVA DAS NOVAS
FORMAS DE PRODUÇÃO
CULTURAL?**

Liz Beatriz Sass e Sarah Linke



A (DES)CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE AUTORIA NA CONTEMPORANEIDADE: QUEM É O AUTOR NA PERSPECTIVA DAS NOVAS FORMAS DE PRODUÇÃO CULTURAL?

Autores: Liz Beatriz Sass e Sarah Linke

Instituição: Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo contextualizar o fenômeno da autoria na contemporaneidade, principalmente em razão dos novos cenários de produção cultural permitidos pelo advento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) e da Internet. Pretende-se, desse modo, responder ao seguinte problema: diante das novas formas de produção cultural, como é possível compreender o fenômeno da autoria no contexto do Direito Autoral? A partir de pesquisa bibliográfica, tal problemática é respondida a partir de três tópicos. Num primeiro momento, apresenta-se a autoria como processo histórico, narrando suas diferentes concepções e evidenciando as teorias contemporâneas acerca do tema. Num segundo momento, discute-se o fenômeno autoria no âmbito do Direito Autoral, destacando-se a sua perspectiva baseada sobre ideia de gênio criador e a sua incompatibilidade com a cultura participativa que caracteriza novas formas de produção cultural. Por fim, analisa-se os tradicionais conceitos de autoria coletiva e coautoria presentes na legislação autoral, no intuito de verificar se estes se mostram suficientes para abarcar as novas formas de autoria surgidas na contemporaneidade. Para ilustrar a discussão teórica apresentada relata-se o caso do Pixel Art.

Palavras-chave: Autoria. Obra Coletiva. Coautoria. Obra Coletiva.

1. INTRODUÇÃO

Costuma-se vincular a existência do Direito Autoral à necessidade de reconhecimento e de contraprestação dos autores das obras intelectuais, principalmente as obras artísticas, literárias e científicas. Não obstante, a figura do autor é apresentada da maneira singela na Lei n. 9.610/98, sendo mencionado apenas enquanto a pessoa física que cria uma determinada obra (art. 11). As obras a serem protegidas, por seu turno, são as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte tangível ou intangível (art. 7º). De maneira geral, o senso comum teórico dos juristas que se dedicam ao estudo desta área do Direito, limita-se a repetir à exaustão este conceito, sem, no entanto, conhecer, de fato, o fenômeno da autoria.

A ausência de reflexão quanto a este tema faz com que exista um distanciamento entre aquilo que está normatizado no campo do Direito Autoral e o que de fato vem se desenvolvendo no plano teórico da literatura e da cultura e, principalmente, no plano prático. Enquanto a maior parte das discussões tem por escopo as limitações ao direito de autor ou o reconhecimento de sua função social, o pressuposto elementar que é a autoria permanece relegada a um segundo plano. Este trabalho, no entanto, baseia-se na hipótese de que tais discussões podem não ser suficientes, uma vez que o Direito Autoral está calcado e intimamente ligado à noção de autoria, muito embora apresente-se deslocado e equivocado em relação às discussões contemporâneas sobre o tema.

Diante deste cenário, a presente pesquisa tem por objetivo (re)contextualizar o fenômeno da autoria na contemporaneidade, principalmente em razão dos novos cenários de produção cultural permitidos pelo advento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) e da Internet. Busca-se, desse modo, responder ao seguinte problema: diante das novas formas de produção cultural, como é possível compreender o fenômeno da autoria no contexto do Direito Autoral?

A resposta a tal questionamento é construída por meio de pesquisa bibliográfica e desdobra-se em três tópicos. Num primeiro momento,

apresenta-se a autoria como processo histórico, narrando suas diferentes concepções e evidenciando as teorias contemporâneas acerca do fenômeno autoral, em especial a partir do pensamento de Roland Barthes e Michel Foucault. Num segundo momento, discute-se o fenômeno autoria no âmbito do Direito Autoral, destacando-se a sua perspectiva baseada sobre ideia de gênio criador e a sua incompatibilidade com a cultura participativa que caracteriza novas formas de produção cultural. Num terceiro momento, problematiza-se a questão diante dos tipos de autoria reconhecidos pelo Direito Autoral, evidenciando os conceitos de autoria coletiva e autoria colaborativa, no intuito de verificar se estes se mostram suficientes para abarcar as novas formas de autoria surgidas na contemporaneidade. Por fim, no intuito de ilustrar a relevância e as dificuldades da problemática abordada nesta pesquisa, relata-se o caso do Pixel Art e a (in)aplicabilidade dos institutos tradicionais do Direito Autoral a esse novo panorama de produção cultural.

2. A AUTORIA ENQUANTO PROCESSO HISTÓRICO: DO GÊNIO CRIADOR À AUTORIA COLABORATIVA

A autoria enquanto tema de estudo já foi bastante discutida no âmbito literário e cultural. Nesse sentido, Saunders¹ refere que “a autoria provou ser um tema magnético para estudos literários e culturais. Para os seus praticantes, o tratamento conferido à questão da autoria tornou-se um indicador do estado atual da teoria literária e cultural, para ser lamentado ou aplaudido, resistido ou abraçado”². Embora recorrentes, tais estudos acabam por ter pouca influência sobre a concepção de autoria no âmbito do Direito.

De maneira geral, o *status quo* vigente quanto ao Direito Autoral considera que o seu objeto é a obra, ou seja, esta costuma ser colocada no

1 SAUNDERS, David. **Authorship and Copyright**. Londres: Routledge, 1992, p. 1.

2 Tradução livre de: “Authorship has proven a magnetic topic for literary and cultural studies. For their practitioners, the treatment accorded the issue of authorship has become an index of the current state of literary and cultural theory, to be regretted or applauded, resisted or embraced”.

centro de gravidade das reflexões sobre a matéria. Nesse sentido, discute-se o escopo de proteção do Direito autoral de maneira a, muitas vezes, ignorar o conceito de autor. Não obstante, conforme ressalta Raffo³, “[...] resulta que não é ontologicamente possível compreender o fenômeno *obra* com independência do fenômeno autor”⁴.

Assim como se verifica certa dificuldade na compreensão do fenômeno criativo, a concepção de autoria também se mostra um tanto nebulosa. De modo geral, o entendimento acerca da sua fenomenologia exige uma perspectiva histórica, sendo que, no campo do Direito Autoral, a discussão em torno da figura do autor passa a ter um contorno relevante com a invenção da prensa, em 1450, e a consequente possibilidade de reproduzir as obras em larga escala. Com efeito, este fato transformou os efeitos da escrita sobre o pensamento e a expressão da cultura humana de forma significativa, alterando, principalmente, as noções sobre autoria e obra. Nesse diapasão, Alves⁵ corrobora que a emergência da função-autor moderna tem uma íntima relação com a invenção da prensa, uma vez que a própria ideia de ‘obra literária’ se apresenta como fruto de uma determinada forma de organização textual, linear e autoral.

No mesmo sentido, Foucault⁶ refere que, entre o século XVII e o século XVIII, produziu-se mudança significativa no que tange à compreensão da autoria. A partir de então, os discursos literários não podem mais ser aceitos senão quando providos da função-autor e a qualquer texto de poesia ou de ficção se perguntará de onde ele vem,

3 RAFFO, Julio. **Derecho Autoral**: hacia um nuevo paradigma. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011.

4 Tradução livre de: “[...] resulta que no es ontologicamente posible comprender el fenómeno *obra* com independência del fenómeno *autor*”.

5 ALVES, Marco Antônio Sousa. “O autor em deslocamento: do gênio romântico às criações colaborativas em rede”. In: Congresso Internacional Deslocamentos na Arte, Ouro Preto, 2009. **Anais do Congresso Internacional Deslocamentos na Arte**. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFMG; Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFOP; ABRE, 2010. p. 510. Disponível em: http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/894318/O_autor_em_deslocamento_do_genio_romantico_as_criacoes_colaborativas_em_rede. Acesso em: 10 de janeiro de 2013.

6 FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos**: estética – literatura e pintura, música e cinema. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 216.

quem o escreveu, em que data, em que circunstâncias ou a partir de que projeto. Dessa maneira, o sentido que lhes é dado, o *status* ou o valor que neles se reconhece passa a depender da forma como tais questões são respondidas.

Nesse novo cenário, o livro impresso constitui elemento importante para a noção de autoria enquanto algo individual e, de outra parte, para a obra como uma estrutura acabada. Pode-se afirmar que o texto se torna fechado em um duplo sentido: por um lado, passa a ter um autor individual identificado; por outro, não está aberto para acréscimos, alterações, supressões ou comentários. Ao mesmo tempo, a prática da leitura também se individualiza. Se anteriormente, ao longo do período medieval, as leituras eram públicas, agora elas vão sendo substituídas por uma leitura silenciosa e solitária, propiciando uma relação diferente entre o autor e o leitor.

Além disso, a prensa também traz a ideia de que as palavras devem ser objeto de propriedade privada, o que não era comum entre as pessoas da cultura oral primária, visto que predominava a partilha comum do conhecimento. Por corolário, a obra passa a ser considerada como algo fechado, separado de outras, uma unidade em si mesma, ao mesmo tempo em que se destaca a individualidade do sujeito autor. É a partir desse momento que exsurge o pensamento que entende o fenômeno da autoria como um processo centralizado no indivíduo. Nesse sentido, Roland Barthes⁷ expõe:

O autor é uma personagem moderna, produzida sem dúvida pela nossa sociedade, na medida em que, ao terminar a idade Média, com o empirismo inglês, o racionalismo francês e a fé pessoal da Reforma, ela descobriu o prestígio pessoal do indivíduo, ou como se diz mais nobremente, da 'pessoa humana'.

Não obstante, o grande responsável pelo entendimento da autoria como um atributo individual será o Romantismo, que, nos séculos XVIII e XIX, irá inspirar as bases do direito autoral. Nesse contexto, o autor

7 BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. Tradução de Mario Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 58.

não é mais entendido como um artesão movido por uma inspiração transcendental, mas sim como um gênio criador. A inspiração já não é mais compreendida como algo que vem de um ente exterior (as musas, os deuses ou Deus, por exemplo), mas sim de dentro do próprio escritor, que passa a ser valorizado a partir das suas capacidades criativas subjetivas. Quanto ao tema, Alves⁸ destaca que, neste período, a elevação do artista, a valorização da originalidade e o novo valor imputado à experiência afetiva e emocional do indivíduo passam a ser elementos integradores da visão de autoria. Portanto, aqueles que são capazes de expressar algo único e original, saído de sua profundidade subjetiva, passam a ser considerados os grandes autores, tidos como mestres da arte.

Chega-se, assim, à compreensão moderna da figura do gênio criador, ou também denominado de gênio-criativo. Simonton⁹ explica que, para os psicólogos, a criatividade está vinculada a dois componentes distintos. O primeiro relaciona-se à **originalidade**, ou seja, uma ideia ou um produto criativo deve ser original em relação a um determinado grupo sociocultural. O segundo diz respeito à **adaptabilidade** da obra, ou seja, a ideia ou o produto original deve mostrar-se adaptável de alguma forma. No caso das obras artísticas, por exemplo, o autor afirma que esta capacidade de adaptação quase sempre abrange a capacidade de manter o interesse por novas expressões, assim como um forte apelo emocional.

Por outro lado, é importante frisar que, de acordo com Dean Simonton¹⁰, a adaptabilidade da ideia ou produto original é aferida a partir de seus usuários, razão pela qual se pode afirmar que a criatividade engloba uma avaliação interpessoal e sociocultural¹¹. Por conseguinte, para Simonton¹², a genialidade criativa é algo que se faz presente em

8 ALVES, Marco Antônio Sousa. “O autor em deslocamento: do gênio romântico às criações colaborativas em rede”. In: **Congresso Internacional Deslocamentos na Arte**. p. 511.

9 SIMONTON, Dean Keith. **Na origem do gênio**. Tradução de Carlos Humberto Pimentel D. da Fonseca e Luiz Guilherme B. Chaves. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2002. p. 19.

10 SIMONTON, Dean Keith. **Na origem do gênio**. Tradução de Carlos Humberto Pimentel D. da Fonseca e Luiz Guilherme B. Chaves. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2002. p. 20.

11 SIMONTON, Dean Keith. **Na origem do gênio**. p.20.

12 SIMONTON, Dean Keith. **Na origem do gênio**. p. 20.

peessoas que recebem o crédito por ideias ou produtos criativos que deixam uma forte impressão em determinada área da atividade intelectual ou estética. Não obstante, essa figura passa a ser colocada em xeque a partir do século XIX e ao longo do século XX, quando se torna comum referir a despersonalização da figura do autor.

Com efeito, diante das análises contemporâneas, principalmente dos pensadores do pós-estruturalismo, a compreensão do processo autoral deve estar centrada sobre o discurso e a linguagem, deixando em segundo plano a figura do sujeito. Nesse sentido, em 1968, o ensaio ‘A morte do autor’, de Roland Barthes¹³, indica o desaparecimento da figura do autor a partir do século XIX e afirma que o verdadeiro agente da escrita é a linguagem, e não o indivíduo. A respeito do ato da escrita, discorre Barthes:

A escrita é esse neutro, esse compósito, esse oblíquo para onde foge o nosso sujeito, o preto-e-branco aonde vem perder-se toda a identidade, a começar precisamente pela do corpo que escreve. Sem dúvida que foi sempre assim: desde o momento em que um fato é contado, para fins intransitivos, e não para agir diretamente sobre o real, quer dizer, finalmente fora de qualquer função que não seja o próprio exercício do símbolo, produz-se este desfazamento, a voz perde a sua origem, o autor entra na sua própria morte, a escrita começa.¹⁴

Para Barthes¹⁵, uma vez enterrado o autor conforme sua versão moderna, o texto se torna liberto de um sentido único, passando a se apresentar como um espaço de dimensões múltiplas, onde se casam e se contestam escritas variadas, nenhuma das quais é original, pois o texto é resultado de uma atividade impessoal feita de um ressoar de incontáveis referências culturais¹⁶. O autor afirma que:

[...] o escritor pode apenas imitar um gesto sempre anterior, jamais original; seu único poder está em mesclar as escrituras, em fazê-las contrariar-se umas pelas outras, de modo que nunca se apoie em apenas uma delas; quisera ele *exprimir-se*, pelo menos deveria saber que a ‘coisa’ interior que tem a pretensão de ‘tra-

13 BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. p. 57-64.

14 BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. 57-58.

15 BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. p. 62.

16 BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. p. 62.

duzir' não é senão um dicionário todo composto, cujas palavras só se podem explicar através de outras palavras, e isto indefinidamente¹⁷.

Consonante Barthes¹⁸, um texto é feito de escritas múltiplas, saídas de várias culturas e que entram umas com as outras em diálogo, em paródia, em contestação. Para ele o lugar em que essa multiplicidade se reúne não é o autor, mas sim o leitor: o leitor é o espaço exato em que se inscrevem, sem que nenhuma se perca, todas as citações de que uma escrita é feita. Tem-se, desse modo, a compreensão de que a unidade de um texto não está na sua origem, mas no seu destino. O leitor, por seu turno, é um homem sem história, sem biografia, sem psicologia; é apenas esse alguém que tem reunidos num mesmo campo todos os traços que constituem o escrito. É em razão do reconhecimento desse fenômeno, que Barthes sustenta que para devolver à escrita o seu devir, é preciso inverter o seu mito, ou seja, o nascimento do leitor tem de pagar-se com a morte do autor.

Quando, em 1969, Michel Foucault, profere a conferência intitulada "O que é um autor" ele de algum modo responde a Barthes, afirmando, porém, que a busca pela função-autor não leva simplesmente à constatação da morte do autor, mas também à necessidade de localizar o espaço deixado vago pela sua desapareição¹⁹. Foucault afirma que o importante não é mais uma vez constatar o desaparecimento do autor, mas sim descobrir, como lugar vazio, os locais onde sua função é exercida.

Foucault ²⁰ ressalta que a noção acerca do autor e, portanto, do fenômeno da autoria, constitui o momento crucial da individualização na história das ideias, dos conhecimentos, das literaturas, e também na história da filosofia e das ciências, criando-se uma categoria fundamental entre "o homem-e-a-obra". Não obstante, para o autor essa simbiose criada na relação autor-obra se apresenta bastante problemática, uma vez que

17 BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. p. 62.

18 BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. p. 64.

19 FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos: estética – literatura e pintura, música e cinema**. p. 271.

20 FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos: estética – literatura e pintura, música e cinema**. p. 267.

ambos os conceitos (autor e obra) estão desconectados da compreensão do fenômeno autoral.

Em relação à figura do autor Foucault assevera que o seu o nome é mais do que um “nome próprio”, não sendo simplesmente um elemento em um discurso, visto que ele funciona para caracterizar um certo modo de ser do discurso. Chega-se, então, à função-autor, elemento chave para a compreensão do pensamento de Foucault, caracterizada a partir de quatro elementos, quais sejam: a) a função-autor está relacionada ao sistema jurídico e institucional que contém, determina e articula o universo dos discursos; b) a função-autor não nasce e se exerce uniformemente e da mesma maneira sobre todos os discursos, em todas as épocas e em todas as formas de civilização; c) a função-autor não é definida pela atribuição espontânea de um discurso ao seu produtor, mas sim por uma série de operações específicas e complexas; e, por fim, d) a função-autor não remete pura e simplesmente a um indivíduo real, mas pode dar lugar simultaneamente a vários egos.²¹

Desse modo, verifica-se que a função-autor, tal como proposta por Michel Foucault, remete à noção de regulação da discursividade em um dado contexto social e desmistifica os elementos de autoria da Modernidade. A reflexão proposta inicialmente por Barthes e depois por Foucault permite, assim, pensar de forma crítica o atual sistema de proteção de direitos autorais, questionando, principalmente, os pressupostos elementares do sistema que, usualmente, desconsidera amplamente a figura do usuário (leitor) da obra intelectual.

De outra parte, deve-se referir que a opção pelo reconhecimento da figura do gênio criador no âmbito do Direito Autoral se coaduna com as necessidades da indústria cultural, que, para ser eficiente, necessita criar uma aura de “celebridade” em torno da obra do “artista estrela”. Afinal, considera-se que, até hoje, o processo de criação de “estrelas” pela indústria cultural é o que facilita a atividade dos conglomerados empresariais (intermediários), permitindo que estes controlem, no contexto global, os

21 FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos: estética – literatura e pintura, música e cinema.** p. 279-80.

canais de comunicação que consideram relevantes e, ao mesmo tempo, invistam somente na distribuição daquilo que supõem ser um sucesso de público em todos lugares do mundo²².

Verifica-se que a perspectiva legal que ainda cultua o gênio criador serve, de alguma forma, aos interesses econômicos que circundam o Direito Autoral. No entanto, trata-se de uma visão distante da compreensão contemporânea desse fenômeno no campo teórico, como já referido anteriormente. Para além disso, o advento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) e da Internet acabou por trazer ainda maior fluidez e novas discussões sobre a compreensão do fenômeno da autoria. Diante desse novo contexto, muitas obras já não se apresentam a partir de uma ideia de individualidade, como tampouco estão preocupadas com a originalidade ou a genialidade do seu conteúdo. Cada vez mais pessoas se tornam produtoras de conteúdo cultural e cada vez mais isso ocorre de maneira colaborativa e despreocupada das noções tradicionais tuteladas pelo Direito Autoral. O ponto a seguir irá discorrer sobre a autoria participativa no contexto do Direito Autoral, debatendo se suas formas mais contemporâneas estão, de fato, abarcadas, pelo texto legal em vigor.

3. A CULTURA PARTICIPATIVA NAS NOVAS FORMAS DE PRODUÇÃO CULTURAL

Em linhas gerais, pode-se dizer que a construção do conceito de autoria no *Droit d'auteur*, e, conseqüentemente, no Direito Autoral que veio a se internacionalizar na Convenção de Berna, em 1886, foi baseada no mito do autor enquanto gênio criador, sob uma perspectiva romantizada, de ligação entre aquele e a sua obra, fruto de sua criatividade e originalidade primeva e extensão de sua personalidade.²³ Ocorre que esta noção de autoria foi incorporada de forma a garantir interesses privados de escritores que, de alguma forma, estavam despontando no mercado

22 SMIERS, Joost. SCHIJNDEL, Marieke van. **Imagine...no copyright**. Tradução de Roc Filella Escolà. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2008. p. 39.

23 AUFDERHEIDE, Patricia. Creativity, Copyright and authorship. In. CHRIS, Cynthia; GERSTNER, David. **Media Authorship**. New York: Routledge, 2013.

editorial. Desde a sua positivação, portanto, o Direito Autoral falhou no que diz respeito à sincronização das suas normas com a noção cultural de autoria, que sempre esteve além da individuação de um gênio único.

A cristalização do autor baseada no Romantismo, incorporada pelo Direito Autoral, impede o reconhecimento de outras formas de autoria, as quais poderiam ser reguladas de acordo com suas particularidades. Neste sentido, ensina Guilherme Carboni:

Para Rebecca Moore Howard [...] apesar de já terem transcorridos três séculos da introdução do conceito moderno de autoria, tais atributos vêm sendo considerados como dados inquestionáveis. Entretanto, o seu aparecimento na história demonstra que tais atributos são, evidentemente, arbitrariedades culturais das condições tecnológicas e econômicas da sociedade que os introduziu, o que permite - podemos acrescentar - o seu questionamento e a sua classificação como um dado natural, tão comum na doutrina sobre direitos autorais.²⁴

O próprio autor sintetiza o assunto da seguinte forma:

Essa percepção de ser a obra impressa uma unidade em si mesma, dando origem à ideia romântica de “originalidade” e “criatividade” constitui a base do direito autoral. [...] Outro aspecto importante para que haja proteção autorial é que a obra deve ter a sua autoria claramente identificada. Se não há certeza com relação à autoria de uma determinada obra, especialmente em situações de criação coletiva, a proteção autorial será problemática, pois dependerá de uma análise de todas as pessoas envolvidas no processo criativo.²⁵

Assim, questões acerca da proteção de expressões culturais coletivas, tal como de povos indígenas, foram objetos de debate intenso justamente pela falta de flexibilização e normatização sobre autorias diferentes à concebida classicamente. O desenvolvimento de tecnologias audiovisuais, de informação e a expansão da Internet, por sua vez, acarretaram na

24 CARBONI, Guilherme. Direito Autoral, Diversidade das Expressões Culturais e Pluralidade de Autorias. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos; **Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2014, p.143.

25 CARBONI, Guilherme. Direito Autoral, Diversidade das Expressões Culturais e Pluralidade de Autorias, p.139.

superveniência de maiores desafios: a possibilidade de criação coletiva ou colaborativa de obras no ramo multimídia e audiovisual; a autoria de *games* em que coexistem designers, programadores, criadores e até mesmo os próprios jogadores; as obras criadas por meio de Inteligência Artificial.

Já no início da década de 1990 o professor Peter Jazsi²⁶ denunciava o fato da autoria “romântica” estar viva na Lei de Direitos Autorais americana no final do século XX – persistindo também no século XXI – falhando em reconhecer as diversas formas de produção “polivocais” de obras culturais, que se dão de forma coletiva, colaborativa e incorporativa. A crítica que o autor faz é de que a Lei sempre negou o caráter não individual a produções culturais, tais como o folclore, que não pode ser enquadrado como produto da solidão, da originalidade individual e de autores identificáveis. Assim, a Lei seria hostil aos trabalhos que não estivessem de acordo com o modelo individual e romântico de autoria: a ilação disto é que diversas obras foram marginalizadas pelo próprio sistema de Direito Autoral.

Patricia Aufderheide²⁷ comenta que o termo *mass collaboration*, cunhado por Don Tapscott e Anthony D. Williams, pode se referir à forma de organização em que indivíduos trabalham independentemente, mas coletivamente, em um único projeto, tais como: *Wikipedia*, *You Tube* e *Flickr*. Esse modelo de autoria chamado de *wikinomics* introduz não apenas novos modelos de negócio, mas, ao erodir a divisão existente entre produtores e consumidores, apresenta uma nova forma de produzir e consumir cultura.

Na contemporaneidade, o consumo de cultura deixou de ser um ato de passividade, para também se apresentar um ato de interatividade e, muitas vezes, até de cocriação. Lawrence Lessig em seu livro “Remix”²⁸

26 JASZI, Peter. On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Washington, v. 2, n. 10, p.293-320, set. 1992.

27 AUFDERHEIDE, Patricia. Creativity, Copyright and authorship. In. CHRIS, Cynthia; GERSTNER, David. *Media Authorship*. New York: Routledge, 2013.

28 LESSIG, Lawrence. *Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*. Londres: Penguin Book, 2009.

trata dessa dinâmica e discorre que, no primeiro caso (ato de passividade), haveria uma relação *Read only culture*, ao passo que, no segundo caso (ato de interatividade), haveria uma relação *Read write Culture*. Este segundo caso, portanto, revela uma reciprocidade entre o produtor e o consumidor. O dinamismo tecnológico, por seu turno, permitiu a intensificação deste processo, enquanto o direito, contrariamente, permaneceu estático.

Neste diapasão, Henry Jenkins, Joshua Green e Sam Ford²⁹ explicam que a cultura participativa não é exclusividade das novas tecnologias ou plataformas comerciais, pelo contrário, ela surgiu a partir de uma história maior de tentativas para gerar plataformas alternativas para comunicação ao público. Os autores citam a Associação de Imprensa Amadora; o Radioamadorismo; e Clubes de Câmera Amadores como exemplos de tais tentativas. Não obstante, para tais autores este processo da cultura participativa ainda não é absoluto, visto que a) ainda existe a produção centralizada de editoras, estúdios e gravadoras e b) o acesso à internet e às tecnologias digitais ainda são limitadas a parte da população, devendo este ser democratizado.

Logo, dinâmicas de criação cultural que sobressaem à ideia do gênio autor são cada vez mais comuns. Sucessos como *Star Wars* e *Harry Potter* vêm nesta toada, cujos fãs não se detiveram somente ao conteúdo existente, mas também criaram novos. Consequentemente, os fãs agora se comportam de maneira ativa, demonstrando que a experiência cultural não é mais somente receptiva.

Afora as iniciativas comentadas, outras como Linux³⁰, Slashdot³¹ e Pixel Art (caso que será melhor abordado ao final deste estudo) demonstram como o direito está em descompasso com a realidade de produção cultural. As contribuições em obras interativas devem ser reconhecidas como formas de colaboração ou participação. Outrossim, no *mainstream* da indústria cultural, consoante ocorrem inovações

29 JENKINS, Henry; GREEN, Joshua; FORD, Sam. *Cultura da Conexão*. São Paulo: Aleph, 2014, p. 202.

30 Sistema Operacional de construção e desenvolvimento colaborativos.

31 Site de compilação de notícias, cujo slogan é “*News for nerds, stuff that matters*”

tecnológicas, cada vez maior a necessidade de um grande número de profissionais envolvidos. Neste sentido, dispõe Morato³² que as obras coletivas “tendem a desenvolver-se, rompendo os limites tradicionais das obras literárias (enciclopédias, dicionários e compilações).”.

Quanto a este tema, Ronaldo Lemos³³ aduz que este cenário acarreta a exaustão paradigmática, questão apontada pela sociologia do direito, em que as categorias jurídicas forjadas pela doutrina jurídica do século XIX, de racionalidade lógico-formal, se esvaziam, com o esgotamento de modelos analíticos exclusivamente jurídicos. A situação é de um conjunto normativo ideal que se contrapõe a uma desordem real. Sobre o tema, convém destacar o pensamento de Guilherme de Almeida:

A possibilidade real de produção descentralizada demonstrada pelos diversos coletivos de criação colaborativa levanta novas questões relacionadas ao conceito de autoria e aos conceitos de proteção autoral estabelecidos pelas legislações vigentes, gerando discussões sobre quem pode ser considerado autor de uma obra intelectual criada e recriada a partir de diversas outras obras e por um número muitas vezes não identificado de colaboradores. De forma semelhante, também passa a ser objeto de questionamento em que medida a regulamentação atual sobre direitos autorais (originalmente pensada a partir da ótica do produtor individual ou da empresa exploradora do mercado autoral) atende de forma eficaz e justa a essas novas formas de produção e distribuição.³⁴

Neste diapasão, aduz Guilherme Carboni “[...] as tentativas de aplicação, às obras digitais, de conceitos de direito autoral, normalmente aplicados às obras não digitais, vem se tornando completamente inócuas.”³⁵ Diante do exposto, tem-se por objetivo analisar o fenômeno da autoria na contemporaneidade, principalmente em razão dos novos cenários de produção cultural permitidos pelo advento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) e da Internet, com o fim de

32 MORATO, Antônio Carlos. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

34 ALMEIDA, Guilherme Alberto. Demandas Regulamentatórias decorrentes das modalidades de produção colaborativa de conteúdo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Resumo_GuilhermeCarboni_Rev90.htm>

35 CARBONI, Guilherme. *Direito Autoral e Autoria Colaborativa na Economia da Informação em Rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 159.

compreender este fenômeno no contexto do Direito Autoral e como este trata a dinâmica da autoria pluriparticipativa.

4. OS TIPOS DE AUTORIA NO DIREITO AUTORAL

De acordo com os ensinamentos de Carboni³⁶, a Lei de Direitos Autorais contemplaria dois instintos jurídicos possíveis de serem aplicados à criação de dois ou mais autores: a coautoria e a obra coletiva. Aquela ocorreria “quando é criada em comum, por dois ou mais autores” (art. 5º, VIII, a), por sua vez, esta seria “criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma” (art. 5º, VIII, h).

Conforme Ascensão³⁷, as criações integradas, em que se supõe sempre a contribuição de vários intervenientes – são essencialmente as obras de colaboração e as obras coletivas. De forma resumida, o autor explica que aquelas são produzidas de forma comum, por dois ou mais autores, ou seja, originada por várias pessoas. A obra coletiva, apesar da pluralidade de participantes, teria a característica de ser originada por pessoa física, empresa singular ou coletiva, e em seu nome utilizada. À empresa caberia então a titularidade. O mencionado autor explana:

Imaginemos que três autores decidam elaborar um dicionário. Enquanto o caráter pessoal sobressair, a obra é de colaboração, mas se a tarefa é complexa, as pessoas tornam-se insuficientes. A organização toma um peso prevalente. Cria-se uma estrutura, que enquadra e dirige as atividades individuais. A Obra é de atribuir à empresa, pois esta se tornou o elemento essencial.³⁸

Pode-se inferir que, embora as nomenclaturas utilizadas sejam diferentes nos autores citados, pelas características gerais descritas tratam-se dos mesmos conceitos. Para melhor entendimento de suas diferenças,

36 CARBONI, Guilherme. Direito Autoral e Autoria Colaborativa na Economia da Informação em Rede.

37 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

38 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. p. 87.

a obra coletiva e a obra colaborativa ou em coautoria serão detalhadas a seguir.

Segundo definição da Fundação Biblioteca Nacional:

Obra coletiva é aquela que resulta da reunião de obras ou partes de obras que conservem sua individualidade, desde que esse conjunto, em virtude de trabalho de seleção e coordenação realizado sob a iniciativa e direção de uma pessoa física ou jurídica, tenha um caráter autônomo e orgânico. Desse conceito de obra coletiva, extraem-se os dois elementos constantes do art. 7.º da Lei Autoral (9.610/98): o critério de seleção e organização e a individualidade das contribuições singulares perante a autonomia do conjunto.³⁹

A concepção de uma obra coletiva, com sentido próprio, se dá, portanto, por meio da organização de obras individuais. Para reunir e dar sentido a um conjunto de obras individuais é necessário um trabalho intelectual criativo, que é protegido pela lei de direitos autorais. A figura que desempenha este papel na produção de uma obra coletiva é considerada a autora da obra.

Uma analogia bastante utilizada é a do editor de um livro que reúne obras de diversos autores. Cada autor detém os direitos sobre a sua parte, mas a pessoa que idealizou o livro, que pensou nas obras que deveriam compô-lo, que as reuniu em uma sequência lógica, e organizou toda a produção, dando lugar a uma nova obra, é considerada a sua autora. Conforme as leis que regem os direitos do autor, a contribuição intelectual e criativa no processo de produção é condição indispensável para a atribuição de autoria.

O autor, uma pessoa física, é o representante dos direitos morais da obra coletiva. É também o responsável por resguardar os direitos autorais de cada autor de obra individual que compõe a obra coletiva. Cada um desses autores individuais é o detentor dos direitos autorais da sua parte (uma ilustração, ou um vídeo, ou uma composição musical, etc.) e deve, por conseguinte, autorizar ou ceder os direitos de uso de sua obra, bem como, tem o direito de ser citado como autor dela. Assim, nos termos de

39 Obra Coletiva. In: Fundação Biblioteca Nacional. Disponível em: <<https://www.bn.gov.br/pergunta-resposta/que-obra-coletiva>>. Acesso em: 2 out. 2017.

Ascensão⁴⁰, a obra coletiva é uma unidade e sobre essa só há o direito de autor da empresa, embora a empresa não seja um criador intelectual.

Deve-se ressaltar, ainda, que as contribuições meramente acessórias não atribuem qualquer tipo de autoria, como por exemplo: a) auxiliares, na preparação da obra; b) materiais, na sua concretização; c) de interpretação ou de execução.⁴¹ Conforme o enunciado do citado diploma normativo:

Art. 15 § 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.

Em suma, com base nos ensinamentos de Ivana Crivelli⁴², pode-se elencar como elementos essenciais à caracterização da obra coletiva os seguintes: a) criação por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica; b) publicação sob seu nome ou marca c) constituição pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma.

Ademais, Ivana Crivelli⁴³ apresenta uma subdivisão acerca das obras coletivas: obra coletiva pura e obra coletiva mista. Referente àquela, há a compilação “por meio de seleção, organização ou disposição criativa de conteúdo intelectual preexistente para formar uma obra resultante autônoma”. Por sua vez, Carlos Alberto Bittar⁴⁴ chama esta modalidade de obra composta, que “seria aquela que havendo uma obra anterior, com autorização do autor, comporia-se um obra derivada, sendo que os direitos de autor desta restringem-se, quanto aos da obra originária, à modalidade e às condições ajustadas entre ambos.” Os exemplos podem ser: coletâneas, compilações, antologias, enciclopédias, dicionários. Esta, por seu turno, abrange as criações que nascem pelo processo de colaboração ou coautoria, para o fim específico de criação da obra

40 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. p. 87.

41 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. p. 88 – 89.

42 CRIVELLI, Ivana C6 Galdino. O Regime da Obra Coletiva no Sistema Jurídico Brasileiro. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006.

43 CRIVELLI, Ivana C6 Galdino. O Regime da Obra Coletiva no Sistema Jurídico Brasileiro.

44 BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

resultante; sendo assim, constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma, que se publica sob seu nome ou marca. Como exemplos poderiam ser citadas obras no campo audiovisual, cinematográfico ou televisivo.

O problema que se apresenta diz respeito à necessidade de enquadramento nesses requisitos para que a obra seja efetivamente considerada coletiva. Segundo Carboni⁴⁵ como a autoria na obra digital se apresenta de maneira complexa, a classificação das obras estabelecida pela Lei de Direitos Autorais somente resulta eficaz se a participação individual puder ser identificada no resultado final ou se a criação coletiva ocorrer por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, o que muitas vezes, não vem a ocorrer.

De outro modo, a obra colaborativa ou em coautoria pode ser entendida, em síntese, com fulcro nos ensinamentos do professor Ascensão⁴⁶, como produto de criação plural, ou seja, à obra resultante terá de ser imputável várias contribuições. A obra de colaboração é uma obra que, no seu conjunto, resulta da criação comum de vários autores, não surgindo um terceiro na relação, a arrogar-se direitos sobre a obra.

Já nas palavras de Carlos Alberto Bittar a coautoria ou obra em colaboração se caracteriza pela realização em comum por dois ou mais autores, portanto, verifica-se a conjugação simultânea de esforços, podendo advir, em função do resultado final produzido, diferentes situações: a) divisibilidade absoluta entre as diferentes colaborações; b) divisibilidade relativa; c) fusão das contribuições pessoais na obra resultante.⁴⁷

Por conseguinte, tem-se que, na obra em colaboração, há uma comunhão de direitos, que obedece, pois, em suas linhas básicas, a regras extraídas do condomínio comum. Assim, o princípio básico é o de que, salvo convenção em contrário, os coautores exercerão, mediante acordo, seus direitos sobre a obra comum.

45 CARBONI, Guilherme C.. *Direito de Autor na Multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 177.

46 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. p. 92.

47 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. p. 37.

Considerando o que foi exposto até aqui, observa-se que nenhum dos institutos reconhecidos pela legislação autoral se apresenta totalmente adequado às demandas de uma cultura participativa e, principalmente, do que se tem convencionalizado denominar de autoria colaborativa. Esta, de acordo com Carboni, caracteriza-se pela coletivização da figura do organizador. Neste sentido o autor expõe que:

Um dos elementos mais importantes e caracterizadores da obra colaborativa é justamente a coletivização da figura do organizador. Segundo Almeida “a possibilidade de que qualquer indivíduo participante ajude a definir os rumos, de maneira significativa – ou seja, a erosão da figura do organizador, em detrimento de uma organização também coletiva –, não encontra guarida em nosso marco regulatório atual. Essa ausência normativa ocasiona incertezas à exploração – comercial ou não – de obras produzidas sob esse novo organizacional. [...] Isso pressupõe uma abordagem que vai além dos conflitos e da polarização dos interesses entre autores e usuários. Há que se pensar em uma reinserção do usuário como participante ativo do sistema e não, necessariamente, em uma mera supressão do direito autoral.”⁴⁸

A fim de ilustrar os contornos deste tipo de dinâmica cultural plural, horizontal e descentralizada, apresenta-se um recente fenômeno de criação de obra colaborativa: o *Pixel Art*. De forma resumida, um *pixel* é a menor unidade de composição de imagem que se pode ter, ou seja, um *pixel* é o menor ponto que forma uma imagem digital, sendo que o conjunto de *pixels* forma a imagem inteira.⁴⁹

Grande parte dos videogames e computadores antigos utilizavam a *Pixel Art*. Com o desenvolvimento de gráficos 3D, esta técnica de *design* digital foi perdendo cada vez mais espaço. No entanto, recentemente a Rede Social *Reddit*, em seu *Reddit Place* ofereceu à comunidade usuária de Internet uma tela gigante em branco, em que cada pessoa que acessasse o *site* poderia inserir um *pixel* num íterim que poderia variar de cinco a vinte minutos, durante o período de 72h⁵⁰.

48 CARBONI, Guilherme. Direito Autoral e Autoria Colaborativa. p. 177

49 Pixel Art. In: Wikipedia – a Enciclopedia Livre. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Pixel_art. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

50 Vídeo com a compilação de todas as edições e alterações de forma acelerada: Disponível em: <https://youtu.be/RCAy8kjE3w>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

No início, a colocação dos *pixels* foi feita de maneira aleatória, sem a delineação de qualquer desenho específico. O caos primário foi substituído por relativa organização da comunidade: desenhos foram feitos, desfeitos, refeitos, cada *pixel* era volátil e o resultado conjunto efêmero. De um *pixel* vermelho poderia sobrevir a bandeira dos Estados Unidos ou da China; obras-primas como a Mona Lisa, *The Starry Night* foram tomando forma; bem como ícones da cultura pop contemporânea, como *Pokémon*. Havia o esforço de construção e de destruição comum de todos que participaram desta dinâmica, pois após todos os espaços serem preenchidos, a colocação de um novo *pixel* exigia a extirpação do que ali estava.

Segundo Weinberguer⁵¹, as próprias comunidades da rede começaram a apostar em diferentes áreas da tela, resultando em “guerras” em que cada grupo procurou expandir o tamanho de seu próprio projeto. Estima-se que, ao final, foram feitas mais de 16 milhões de edições, por aproximadamente 1 milhão de diferentes usuários. Quando o projeto foi concluído, muitos colaboradores haviam criado ferramentas de desenho automatizadas para ajudar a preservar suas pequenas marcas na tela enorme.⁵²

Percebe-se com este caso que nenhuma das formas de autoria dispostas na Lei de Direitos Autorais consegue dar conta de reconhecer o tipo de produção colaborativa descrita no caso do *Pixel Art*. Tanto o resultado final, após o período de 72h, quanto o próprio processo em si, podem ser entendidos como obras de arte. Contudo, questões supervenientes sobre autoria e exercício de direitos morais e patrimoniais de autor, não poderiam sequer serem respondidas com as normas

positivadas em virtude da complexidade apresentada pelo caso, bem como pela ausência de uma perspectiva mais contemporânea do fenômeno

51 WEINBERGUER, Matt. Over 1 million Reddit users waged a virtual war to create this bizarre work of art with 16 million pixels. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/reddit-place-april-fools-experiment-creates-pixel-art-final-version-2017-4#GvCwuXHgeOwBBQBv.99>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

52 LISZEWSKI, Andrew. Watch What Happens When Thousands of People Battle to Make Pixel Art at the Same Time. Disponível em: <http://gizmodo.uol.com.br/batalha-simultanea-pixel-art-video>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

da autoria. Este panorama exige, portanto, que o Direito Autoral saia de sua redoma, fortalecida pelo senso comum teórico, e passe a refletir sobre a questão da autoria no mundo contemporâneo de maneira a contemplar as perspectivas teóricas sobre o tema, bem como as exigências do mundo tecnológico e da sociedade informacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autoria enquanto resultado do processo histórico evidencia como o Direito Autoral constrói o seu imaginário a partir da figura do gênio criador. Em que pese a superação desta perspectiva diante de estudos contemporâneos a respeito do tema, o imaginário autoralista continua a cultuá-la. Assim, quanto ao entendimento do fenômeno da autoria, o sistema jurídico permanece vinculado a um paradigma que impõe a ruptura entre o autor e a obra e apenas reconhece como objeto de tutela a obra dotada das características de originalidade e individualidade. Tal entendimento só se mostra possível a partir do imaginário do autor como um gênio criador.

Contudo, conforme demonstrado nesta pesquisa, esta é uma visão distante da compreensão contemporânea desse fenômeno no campo teórico. Para além disso, o advento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) e da Internet acabou por trazer ainda maior fluidez e novas discussões sobre a compreensão do fenômeno da autoria. Diante desse novo contexto, muitas obras já não se apresentam a partir de uma ideia de individualidade, como tampouco estão preocupadas com a originalidade ou a genialidade do seu conteúdo. Cada vez mais pessoas tornam-se produtoras de conteúdo cultural e cada vez mais isso ocorre de maneira colaborativa e despreocupada das noções tradicionais tuteladas pelo Direito Autoral.

Diante deste cenário, esta pesquisa buscou verificar se os instrumentos reconhecidos pelo Direito Autoral são capazes de tutelar a cultura participativa presente em novas formas de produção cultural. Nesse sentido, foram trabalhados os conceitos de autoria coletiva e de

coautoria, nos termos da legislação vigente. De maneira geral concluiu-se que tais conceitos ainda são insuficientes para dar conta da complexidade que cerca o tema na contemporaneidade. Em parte, isso se revela tanto pela inconsistência teórica da concepção de autoria adotada, mas, principalmente, pela sua não adaptação aos novos formatos tecnológicos utilizados para a produção cultural.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Alberto. **Demandas Regulamentatórias decorrentes das modalidades de produção colaborativa de conteúdo.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Resumo_GuilhermeCarboni_Rev_90.htm>

ALVES, Marco Antônio Sousa. “O autor em deslocamento: do gênio romântico às criações colaborativas em rede”. In: **Congresso Internacional Deslocamentos na Arte**, Ouro Preto, 2009. Anais do Congresso Internacional Deslocamentos na Arte. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFMG; Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFOP; ABRE, 2010. p. 507 - 515. Disponível em: http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/894318/O_autor_em_deslocamento_do_genio_romantico_as_criacoes_colaborativas_em_rede. Acesso em: 10 de janeiro de 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

AUFDERHEIDE, Patricia. Creativity, Copyright and authorship. In: CHRIS, Cynthia; GERSTNER, David. **Media Authorship**. New York: Routledge, 2013.

BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. Tradução de Mario Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.p. 57-64.

CARBONI, Guilherme. **Direito Autoral e Autoria Colaborativa na**

Economia da Informação em Rede. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Direito Autoral, Diversidade das Expressões Culturais e Pluralidade de Autorias. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos; **Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Direito de Autor na Multimídia.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CRIVELLI, Ivana C6 Galdino. O Regime da Obra Coletiva no Sistema Jurídico Brasileiro. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. **Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos:** estética – literatura e pintura, música e cinema. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 264-298.

JASZI, Peter. On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, Washington, v. 2, n. 10, p.293-320, set. 1992.

JENKINS, Henry; GREEN, Joshua; FORD, Sam. **Cultura da Conexão.** São Paulo: Aleph, 2014.

LISZEWSKI, Andrew. **Watch What Happens When Thousands of People Battle to Make Pixel Art at the Same Time.** Disponível em: <http://gizmodo.uol.com.br/batalha-simultanea-pixel-art-video>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

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

LESSIG, Lawrence. **Remix.** Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy. Londres: Penguin Book, 2009.

MORATO, Antonio Carlos. **Direito de Autor em Obra Coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAFFO, Julio. **Derecho Autoral**: hacia um nuevo paradigma. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011.

SMIERS, Joost. SCHIJNDEL, Marieke van. **Imagine...no copyright**. Tradução de Roc Filella Escolà. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2008.

SAUNDERS, David. **Authorship and Copyright**. Londres: Routledge, 1992.

WEINBERGUER, Matt. **Over 1 million Reddit users waged a virtual war to create this bizarre work of art with 16 million pixels**. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/reddit-place-april-fools-experiment-creates-pixel-art-final-version-2017-4#GvCwuXHgeOwBBQBv.99>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação

Título:

**A GESTÃO COLETIVA
DE DIREITOS AUTORAIS
NO BRASIL DAS OBRAS
FONOGRÁFICAS
DISPONIBILIZADAS
EM REDE: O CASO DAS
PLATAFORMAS DE
STREAMING**

**Bibiana Biscaia Virtuoso e
Rangel Oliveira Trindade**



A GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL DAS OBRAS FONOGRÁFICAS DISPONIBILIZADAS EM REDE: O CASO DAS PLATAFORMAS DE STREAMING

Autores: Bibiana Biscaia Virtuoso e Rangel Oliveira Trindade

Instituição: Universidade Federal do Paraná (UFPR) – GEDAI

Resumo: O presente estudo pretende analisar brevemente os aspectos relacionados ao sistema de Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Brasil, a partir do fenômeno do *streaming*. Tendo em vista que as plataformas ganham cada vez mais espaço no ambiente digital, faz-se necessário discutir acerca da distribuição de direitos autorais. A Gestão Coletiva, apesar de ser o modelo adotado para tal, é passível de inúmeras críticas, uma vez que o detentor dos direitos acaba sendo deixado de lado em detrimento dos entes intermediadores. Acaba-se, por vezes, desvalorizando o trabalho do artista, uma vez que as entidades de gestão coletiva caba, lucrando excessivamente em cima das obras, não havendo um repasse adequado do valor. Ademais, o detentor dos direitos autorais se vê obrigado a uma associação forçada, a qual muitas vezes é feita sem a devida transparência e clareza, prejudicando os autores. Algumas soluções são apontadas para este impasse. A primeira delas, diz respeito a uma alteração na Lei de Direito Autoral, preenchendo a lacuna jurídica deixada pela Lei 12.853/2013. Do mesmo modo, fala-se em uma gestão individual dos direitos de autor, utilizando da tecnologia dos *smart contracts* e do chamado *blockchain*, visando uma autonomia cada vez maior do autor. Busca-se, então, trazer de volta o protagonismo do autor, diminuindo a incidência de fatores externos que possam retirar sua liberdade e que sejam injustos quanto à remuneração de seu trabalho.

Palavras-chave: Streaming. ECAD. Gestão Coletiva.

1. INTRODUÇÃO

A internet apresentou um enorme avanço no mundo, tendo em vista a sua capacidade de disseminar informações de forma rápida e para diversos locais ao mesmo tempo. Do mesmo modo, a rede mundial de computadores auxiliou no avanço do fenômeno da globalização, unindo diversas realidades em um mundo online.

Apesar dos enormes benefícios que esta tecnologia trouxe, também é possível observar problemas acarretados por ela. Devido a sua extensão, torna-se muito difícil manter uma fiscalização adequada do conteúdo ali existente.

Dentre os inconvenientes existentes na rede, destaca-se o problema da pirataria digital. Com o advento da internet, tornou-se possível a colocação de arquivos em rede, permitindo a realização de *downloads* não autorizados.

Em uma pesquisa realizada em 2012, o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) divulgou dados interessantes¹. Cerca de 51% dos entrevistados afirma ter realizado o *download* de músicas ou filmes nos últimos três meses. Este número equivale a quase 35 milhões de pessoas. Ainda, não há muita distinção entre classes sociais, idade, escolaridade, etc. Trata-se de um número expressivo, refletindo a realidade do país e sua cultura de acesso à rede.

O Brasil figura como o segundo país com maior número de *downloads* supostamente irregulares, perdendo apenas para os Estados Unidos. Em 2015, estima-se que 71,2 milhões de IP realizaram *downloads* não autorizados, totalizando mais de um bilhão de arquivos baixados².

A pirataria digital acarretou sérias consequências para a indústria

1 BRASIL. IPEA. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Download de músicas e filmes no Brasil**: Um perfil dos piratas online. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120510_comunicadoipea0147.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

2 DIGITAL, Redação Olhar. **Brasil é vice-campeão mundial em ranking de pirataria**. 2015. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/brasil-e-vice-campeao-mundial-em-ranking-de-pirataria/46905>. Acesso em: 24 set. 2017.

de música e filmes. As mídias tradicionais foram deixadas de lado em detrimento da utilização de *downloads*. Houve uma queda significativa nas vendas dos produtos ofertados por estas indústrias, o que incentivou a busca por novos meios de consumo.

Dentre as alternativas, a que mais se destaca é a expansão das plataformas de streaming. Contendo um imenso acervo, estas plataformas oferecem assinaturas aos usuários, por valores acessíveis, disponibilizando as obras do catálogo para os consumidores.

Entretanto, este modelo de negócio não agrada a todos. Tanto a indústria como os autores das obras afirmam que o retorno financeiro é baixo e injusto, desvalorizando o trabalho realizado.

O sistema adotado para a realização da distribuição de direitos autorais é o da gestão coletiva. Entretanto, este sistema é controverso e passível de críticas. A existência de diversos entes intermediadores acaba prejudicando o autor da obra e diminuindo seu lucro.

Deste modo, o presente trabalho visa realizar uma breve análise do sistema de gestão coletiva de direitos autorais das obras fonográficas colocadas em rede, dando ênfase a distribuição realizada pelas plataformas de *streaming*.

Seria a gestão coletiva a melhor opção para distribuir os direitos de autor? Quais seriam as outras possibilidades?

Para a realização da discussão, por haver pouca bibliografia acerca do assunto, serão utilizados majoritariamente artigos científicos, livros que versam sobre o Direito Autoral e artigos de periódicos e veiculados na mídia.

2. O STREAMING

Em inglês, a palavra *stream* significa algo fluído, transmitido. É uma definição que se aproxima do real objetivo deste tipo de tecnologia, que é a de transmitir o conteúdo sem a necessidade de realização de downloads.

O streaming é uma tecnologia de transmissão de dados, o qual

se recebem as informações ao mesmo tempo em que as mesmas são repassadas aos usuários. Passa-se a falar em acesso e não em posse, uma vez que basta o usuário possuir um *login* para conectar-se à plataforma.

Dentre as plataformas mais conhecidas, destaca-se o *Spotify* (o qual conta com mais de 50 milhões de assinantes pagos), o *Deezer*, *Netflix* e *Youtube* (os dois últimos na área de vídeo).

A tecnologia do streaming se divide em duas: *streaming on demand* e *simulcasting*. O *simulcasting* se caracteriza pela sua não interatividade, funcionando como uma verdadeira rádio online. O usuário não possui liberdade para escolher o que deseja ouvir ou ver.

O *streaming on demand*, por sua vez, diz respeito à modalidade que possui maior interatividade, permitindo que o usuário escolha o que deseja ver ou ouvir, inclusive permitindo a criação de *playlists* personalizadas.

É como se o usuário realmente dispusesse da obra, podendo ouvi-la quando e onde quiser³. É nesta categoria que se inserem as principais plataformas, tais como o *Spotify* e o *YouTube*.

2.1 O STREAMING NA MÍDIA

Ao se falar na tecnologia de *streaming* e suas controvérsias, não se pode deixar de mencionar os impactos que esta tecnologia traz para os artistas.

Para muitos, o sistema de remuneração pelos direitos autorais é muito injusto, uma vez que não cobriria o trabalho e o tempo dispendido para a criação da obra. Embora acabe rendendo mais do que os *downloads* não autorizados, ainda não há uma concordância geral acerca do assunto.

O caso mais emblemático é o da cantora e compositora Taylor Swift. A artista, em 2014, retirou todo o seu catálogo de músicas do

3 PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital** (Internet): Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p. 22.

Spotify, alegando que este tipo de serviço, aliado a pirataria, dificulta a venda de álbuns, além de não ser condizente com o trabalho e dedicação do artista.

Em 2015, Swift também criticou o serviço de streaming oferecido pela *Apple*. O *Apple Music* ofereceria três meses de gratuidade aos usuários, remunerando os artistas apenas após este período. A repercussão da carta direcionada à empresa foi tão grande que em poucas horas a *Apple* mudou sua decisão, garantindo a remuneração aos artistas mesmo no período de gratuidade da plataforma⁴.

Em junho de 2017, Taylor Swift anunciou seu retorno à plataforma do *Spotify*. Atualmente ela conta com mais de 36 milhões de ouvintes mensais e é a segunda artista mais ouvida na plataforma⁵.

2.2 A REMUNERAÇÃO DENTRO DAS PLATAFORMAS

Quando se fala em remuneração dentro das plataformas, ressalta-se que a referência é acerca da modalidade de *streaming* interativo.

Nestes casos, o *streaming on demand* surge como novo ente intermediador, funcionando como tecnologia e loja. A remuneração se dá pelo valor arrecadado pelas assinaturas dos usuários⁶. Utiliza-se este valor para pagar o licenciamento das obras e os custos estruturais das empresas.

O valor da mensalidade é definido a partir das matrizes das empresas, a partir do que foi acordado com as gravadoras e estúdios.

No caso de *streaming on demand*, uma prática recorrente é a oferta da versão gratuita da assinatura. Trata-se de uma versão limitada de acesso, o qual o usuário se vê impossibilitado de utilizar o serviço como um todo, bem como não pode se afastar da publicidade existente na plataforma.

4 ÉPOCA. **O dia em que Taylor Swift venceu uma briga com a Apple**. Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/06/o-dia-em-que-taylor-swift-venceu-uma-briga-com-apple.html>. Acesso em: 26 set. 2017.

5 Informação retirada em setembro de 2017.

6 FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.280.

A opção *freemium* seria custeada justamente pela publicidade, o que caracteriza o chamado modelo *flot*: geração de renda por associação com a publicidade⁷. Ocorre que, muitas vezes, as gravadoras – no caso da música – não aceitam este tipo de remuneração, de forma a exigir valores fixos, independentemente do número de usuários.

3. A GESTÃO COLETIVA

A distribuição dos valores arrecadados pelas plataformas de *streaming* é regido pelo sistema da Gestão Coletiva de Direitos Autorais.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual define a gestão coletiva de direitos autorais como o exercício de direito de autor e direitos conexos, por meio de organizações que agem no interesse e em nome dos titulares das obras⁸.

Mariana Valente e Pedro Augusto Francisco definem a gestão coletiva como “atividade administrativa que permite aos titulares de direitos autorais e conexos receberem a remuneração pelo uso de suas obras”⁹.

Tendo em vista as dificuldades encontradas pelos titulares das obras de fiscalizar e controlar o que está sendo utilizado de suas obras, criam-se associações que funcionam como mandatários destes autores, recolhendo os valores devidos a título de suas obras.

Trata-se de um ente intermediador entre o artista e o usuário, garantindo e redistribuindo os valores arrecadados entre os titulares dos direitos autorais¹⁰. Trata-se, também, de uma forma de reduzir os custos.

7 PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital** (Internet): Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p. 22.

8 World Intellectual Property Organization. **Collective Management of Copyright and Related Rights**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/copyright/en/management/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

9 FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. P.113.

10 FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao**

Segundo a OMPI, existem três modelos de gestão coletiva. O modelo tradicional, o qual as entidades de gestão coletiva atuam em nome de seus membros, negociando taxas e termos de uso, licenças, recolhem e distribuem royalties. O titular não se envolve diretamente no processo.

O segundo modelo diz respeito ao chamado *one-stop-shops*. Este modelo funciona como uma espécie de coalizão das entidades de gestão coletiva, oferecendo aos usuários uma fonte centralizada, na qual as autorizações são facilmente obtidas. É o sistema adotado pela Apple, na *iTunes Store*.

O terceiro e último modelo diz respeito aos centros de compensação de direitos, os *Rights clearance centers*. Aqui as licenças são concedidas aos usuários, refletindo as condições para utilização das obras e os termos de remuneração estabelecidos por cada membro do centro. O ente intermediador age como um agente do titular dos direitos, no qual estes últimos se mantêm diretamente envolvidos na definição dos termos de uso das suas obras.

3.1 A GESTÃO COLETIVA NO BRASIL: O ECAD

No Brasil, a gestão coletiva de direitos autorais se faz por meio de monopólio legal, sendo o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – o responsável. Fala-se em um sistema de dupla camada.

É o que Mariana Valente e Pedro Augusto Francisco definem como uma passagem de bastão¹¹: a associação de gestão coletiva repassa a obra, após seu cadastro, para o ECAD realizar sua arrecadação.

O que se verifica é um sistema em que temos o ECAD em uma das extremidades e o autor em outro, passando neste meio as associações

streaming: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. P.117.

11 FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming:** ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p. p.171.

de gestão coletiva e o consumidor. O Brasil é o único país do mundo a adotar este sistema.

O ECAD é uma associação das associações de gestão coletiva. Ele realiza a arrecadação e distribuição dos direitos decorrentes da execução pública de obras musicais, líteromusicais e fonogramas¹².

Os valores a serem arrecadados são fixados pelo Escritório Central, considerando critérios como a importância do fonograma para o local de disponibilização e o alcance de ouvintes.

3.2 SISTEMA DE LICENCIAMENTO DAS OBRAS: AS *BLANKET LICENSES*

Para o licenciamento das obras, muitas vezes se utiliza a concessão em bloco, conhecida como *blanket licenses*, ou licenças em branco.

Não há uma especificação do que está sendo abrangido, nem o número de execuções permitidos. Este tipo de licença apenas trata do tempo em que as obras poderão ser utilizadas.

As licenças em branco acabam gerando prejuízos para quem as requisita, uma vez que quase nunca se utilizará o repertório todo vendido. É o caso das plataformas de *streaming*. Este tipo de licenciamento gera prejuízos, além de influir nos acordos firmados entre as gravadoras e as plataformas.

Uma solução para este problema seria a adoção de outros sistemas. Nos Estados Unidos, por exemplo, utiliza outros tipos de licenciamento.

Destaca-se a licença por uso, a qual a cobrança é realizada de acordo com as obras efetivamente utilizadas e sua frequência de utilização. Nesta modalidade, seria mais justa a remuneração e a cobrança, tendo em vista que se cobraria somente pelo que é utilizado, sem gerar prejuízos.

¹²ARENHART, Gabriela. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Necessidade de Supervisão Estatal**. Publicado em: 25 jul. 2014. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/gest%C3%A3o-coletiva-de-direitos-autorais-e-necessidade-de-supervis%C3%A3o-estatal>

4. CRÍTICAS ACERCA DA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS

Apesar de ser o sistema utilizado, a Gestão Coletiva de Direitos Autorais não deve ser imune às críticas.

Primeiramente, critica-se a lacuna existente na cobrança realizada pelo ECAD. Carlos Alberto Bittar sustenta que há uma omissão legislativa, a qual não faz alusão aos valores mínimos e máximos a serem cobrados¹³.

José de Oliveira Ascensão afirma que este tipo de tarifação é feito a partir de elementos extrínsecos, não considerando a qualidade real de cada obra¹⁴.

Do mesmo modo que Bittar, Ascensão discorda do poder dado aos entes de gestão coletiva:

Não há motivo para que isso se não repercuta fortemente sobre as entidades de gestão coletiva de direitos autorais. Os entes de gestão coletiva justificam-se como representantes dos criadores e os artistas, mas representam-se antes de mais a si mesmos. Atuam como fortíssimos grupos de pressão, que se apoiam normalmente nos abundantes recursos financeiros de que dispõem. Isso permite-lhes manifestações faustosas, como saraus de gala que só podem sustentar-se com dinheiros que deviam reverter para os representados. A fidelidade destes entes é antes de mais aos interesses que os amparam e conservam. O autor, ou os titulares em geral, são mais o objeto da atuação que os sujeitos cujos interesses são efetivamente prosseguidos¹⁵.

Isto geraria uma insegurança jurídica, violando o princípio da livre concorrência, impondo cobranças abusivas e não justificadas, prejudicando tanto o autor quanto o consumidor.

Outro problema seria a questão territorial. A entidade de

13 BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do Autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

14 ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Estudos de direito da propriedade intelectual**. Curitiba: Gedai, 2015. p. 13-40. p. 24

15 ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Estudos de direito da propriedade intelectual**. Curitiba: Gedai, 2015. p. 13-40. p. 20

gestão coletiva tem poder territorial. Como no caso de Portugal, caso seja necessária uma licença de obra estrangeira, as entidades não teriam legitimidade para atuar¹⁶. Quem utiliza destas licenças não fica universalmente protegido.

O professor José de Oliveira Ascensão também critica o sistema em sua essência. O autor afirma que a gestão coletiva leva a uma associação necessária ou forçosa¹⁷. O autor acaba quase que fatalmente recorrendo às entidades de gestão coletiva. Embora a lei não os obrigue, não há outra opção viável.

Justifica-se o sistema de gestão coletiva como um serviço prestado aos titulares de direitos, a fim de que a exploração de seus direitos seja eficaz. O autor não está em condições de controlar o aproveitamento de suas obras, sendo um sistema extremamente desigual¹⁸.

Ascensão também critica o tratamento dado às obras. Segundo o jurista, há uma perda da individualidade da obra, uma vez que há autorizações genéricas às entidades de gestão coletiva. Neste caso, é muito difícil individualizar a remuneração correta dos artistas e autores¹⁹.

O sistema de gestão coletiva nos moldes que se encontra o modelo brasileiro, acaba retirando a atuação do autor ou titular dos direitos conexos. O ente de gestão coletiva acaba se tornando mais relevante²⁰.

16 ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Estudos de direito da propriedade intelectual**. Curitiba: Gedai, 2015. p. 13-40. p.24

17 ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Estudos de direito da propriedade intelectual**. Curitiba: Gedai, 2015. p. 13-40. p.14

18 ASCENSÃO, José de Oliveira. A supervisão da gestão coletiva na reforma da LDA. In: WACHOWICZ, Marcos. Por que mudar a lei de direito autorar?: Estudos e pareceres. Florianópolis: Editora Funjab, 2011. p. 143-158. p. 144. p. 153

19 ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Estudos de direito da propriedade intelectual**. Curitiba: Gedai, 2015. p. 13-40. p. 18

20 ASCENSÃO, José de Oliveira. A supervisão da gestão coletiva na reforma da LDA. In: WACHOWICZ, Marcos. **Por que mudar a lei de direito autorar?:** Estudos e pareceres. Florianópolis: Editora Funjab, 2011. p. 143-158.

5. ALTERNATIVAS AO SISTEMA DE GESTÃO COLETIVA VIGENTE

Com o avanço da internet, principalmente da tecnologia do streaming, torna-se muito mais difícil controlar e fiscalizar a utilização das obras na rede. Apesar da Gestão Coletiva ser a primeira opção dentre as formas de controle, é possível pensar em alternativas a este sistema, priorizando a figura do autor em detrimento da associação de gestão coletiva.

No Brasil, primeiramente, existem iniciativas de modificação na legislação autoral a fim de fazer com que a remuneração ao autor por sua obra chegue ao seu bolso. O instrumento previsto no Anteprojeto de Lei proposto pelo Ministério da Cultura, em 2010, é um corretivo necessário e equilibrado, posto que, por uma, corrige a situação abusiva enquanto que, por outra, satisfaz o direito de remuneração do autor, o fator elementar no raciocínio calcado na ideia de incentivo a produção cultural. No entanto, a reforma da Lei de Direitos Autorais não saiu do papel até hoje, it ainda a solução não seria definitiva.

Tudo isto porque a Lei nº 12.853/2013 não foi capaz de questionar a competência do ECAD na fixação de preços, exercer cobrança e distribuir direitos autorais aos titulares, e o faz até hoje sem transparência e sem dados fidedignos com a utilização de obra autoral. Assim, resta configurada a falha do país em tutelar esses direitos.

Tendo em vista a necessária modificação da remuneração do autor pela utilização de sua obra, bem como de direitos conexos justos, e em face da falha do Estado em promover a gestão coletiva adequada de direitos sob concessão, é que alternativas se colocam.

Outra alternativa diz respeito a uma gestão individualizada de direitos autorais, a fim de dar a oportunidade aos autores de gerirem o uso de suas próprias obras.

Mas como isto seria possível? A atual centralização e distribuição de direitos subsistirá, ou estamos caminhando para que de forma privada o autor passe a gerir seus direitos? A segunda colocação aparenta ser mais acertada, quando temos o exemplo de startups sendo criadas, que utilizam blockchain²¹ para estabelecer contratos de direitos autorais, uma vez que têm feito o registro por esta tecnologia da quantidade de acessos da obra de determinado artista, para dar-lhe a remuneração estipulada por smart contracts²², sem intermediários ou com apenas um.

Neste aspecto, notadamente aquele artista/autor que, por exemplo, que vê no meio digital um meio de publicidade e remuneração por sua obra, utiliza estes smart contracts, a fim de celebrar a manifestação de vontade e confiança mútua entre si e uma empresa que promoveria - através de um sistema, mediante remuneração mínima) – a difusão e distribuição e remuneração pelo uso da obra, e este funcionamento creditaria confiabilidade de proteção e remuneração desse criador de seu bem intelectual colocado na rede/executado, a este titular do direito.

A juridicidade deste tipo de contrato teria de ser apurada, de acordo com as transformações do mesmo frente à sociedade contemporânea: para ser verdadeiramente compreendido, não pode ser limitado exclusivamente à sua dimensão jurídica. Conforme ensina Enzo Roppo, “(...) os conceitos jurídicos - e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato - refletem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais”.²³ Aspectos formais do contrato como significado preciso, que exige oferta e aceitação, consideração e certeza de termos, bem como questões legais desafiadoras, incluindo

21 Blockchain ou DLT é um banco de dados espalhado em vários sites, países ou instituições. Trata-se de um ledger de registros digitais ou transações que são acessíveis a todos os computadores executando o mesmo protocolo de computador, encadeado em blocos em correntes sucessivas por uma tecnologia ímpar.

22 Smart contracts ou contratos inteligentes, na definição do criador Nick Szabo, são “um conjunto de promessas, especificadas em formato digital, incluindo protocolos dentro dos quais as partes cumprem essas promessas”. SZABO, Nick. Smart Contracts: Building Blocks to Digital Markets, 1996. Essencialmente, um contrato inteligente é um código de programa de computador que é capaz de facilitar, executar e fazer cumprir a negociação / desempenho de um contrato usando a tecnologia blockchain.

23 ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

formação dos contratos, jurisdição e direito aplicável, responsabilidade e exequibilidade contratual, solução de controvérsias, transparência, alterações, limitações legais (razoabilidade, a boa-fé e força-maior), bem como responsabilidade por erro ou fraude.

O desenvolvimento de sistemas/softwarewares que se proponham a oferecer aos autores²⁴ uma gestão personalizada dos direitos autorais aos quais são titulares, em determinada obra, igualmente necessita ser averiguada. Riscos e desafios incluem: protocolos uniformes, confiança do mercado no sistema, implantação, recursos computacionais e desempenho, interoperabilidade, escalabilidade, segurança cibernética, confidencialidade, proibição de venda de bens ilegais, e privacidade / proteção de dados.

A nascente tecnologia blockchain dá ao modelo um enorme amparo. Contratos seriam inteligentes e firmados eletronicamente. No entanto, ainda mister salientar que a importância dessa proposta carece de estudos específicos sobre os problemas jurídicos da media, vez, por assim dizer, não há bibliografia nacional sobre o tema da análise jurídica dos smart contracts, em seu aspecto de tutela de quaisquer direitos na denominada Internet das Coisas, e tampouco aplicados aos direitos autorais.

A viabilidade desses contratos dinâmicos inevitavelmente promoverá a gestão personalizada de direitos autorais na Sociedade Informacional, cuja importância fez surgir de forma prematura no mercado modelos de negócio que não tiveram acesso ao que se propõe o presente estudo.

Neste ínterim, através do fenômeno do blockchain aplicado aos direitos autorais, músicos e fotógrafos já estão armazenando dados de propriedade sobre seus trabalhos digitais, para ganhar autonomia sobre seu material que entendem que deve protegido; mas construindo relacionamentos diretos e criativos com fãs e outros artistas, pela internet. Isto significa dizer que é progressiva a gestão personalizada de tais direitos na Sociedade Informacional.

²⁴ A gestão personalizada incluiria os direitos de execução, bem como os conexos em fonogramas a músicos que participaram das gravações. A definição de percentuais caberia ao próprio autor definir, conforme o exemplo da UjoMusic < ujomusic.com>

6. CONCLUSÃO

É evidente a necessidade de uma revisão do vigente modelo de Gestão Coletiva de Direitos Autorais. Com o fenômeno da internet, mais notadamente das plataformas de streaming, observa-se que o modelo atual não supre todas as necessidades que este tipo de tecnologia pressupõe.

Verifica-se que a existência de diversos entes intermediadores acaba prejudicando o autor nos ganhos finais, tendo em vista que há uma perda financeira ao longo do caminho. O sistema de monopólio, tal como funciona o ECAD, visa diminuir os custos do processo, mas ao final, acaba onerando excessivamente o detentor dos direitos, desvalorizando a obra.

Ainda, trata-se de um sistema confuso, com pouca transparência. O artista quase nunca sabe como a distribuição a título de direitos autorais é realizada. A obra acaba perdendo sua individualidade, sendo vendida em grandes blocos, prejudicando a todos, do autor ao consumidor.

Dentre as alternativas a este sistema, fala-se em duas. A primeira é a revisão da atual lei que trata da Gestão Coletiva. Observa-se uma lacuna jurídica, tendo em vista que a mesma não conseguiu dispor acerca dos poderes do ECAD.

A segunda opção é o que se chama de gestão individual dos direitos de autor. Ao tratarmos de uma gestão personalizada do direito autoral, se intenta garantir aos autores tutela de seus direitos, para que possam usar, fruir e dispor destes sem a necessidade de sujeitos intermediários, se assim desejarem, como cidadãos. E esses direitos autorais possuem proteção disposta não só na Lei Autoral nacional (Lei. 9610/98), mas também sob proteção constitucional.

A natureza jurídica do direito de autor, que agrega direitos morais e direitos patrimoniais, resta assim reconhecida pela Constituição Federal, e sua evolução histórico-cronológica como direito predominantemente individual nos remete a sua compreensão subjetiva, relacionando-se aos direitos de primeira dimensão.

Para tal, a utilização das novas tecnologias se faz indispensável, partindo da noção dos *smart contracts* e do *blockchain*. Apresenta-se como uma alternativa viável e segura de gestão de direitos, garantindo uma posição de protagonismo ao autor.

O presente trabalho buscou analisar de forma breve o sistema da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil, tendo em vista que hoje possuímos tecnologias novas e que necessitam serem observadas pelo direito.

O autor, como verdadeiro criador do bem intelectual, não deve ser deixado de lado. Deve ele possuir autonomia para gerir seus direitos e receber adequadamente pela obra. De acordo com o professor José de Oliveira Ascensão, *“a posição do autor tenderá sempre a reforçar-se: deixará de ser mero receptor passivo do que lhe for atribuído. Cresce seu protagonismo, pois ele próprio pode ter instrumentos de controle da repartição que é realizada”*²⁵.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Gabriela. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Necessidade de Supervisão Estatal**. Publicado em: 25 jul. 2014. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/gest%C3%A3o-coletiva-de-direitos-autorais-e-necessidade-de-supervis%C3%A3o-estatal>

ASCENSÃO, José de Oliveira. A supervisão da gestão coletiva na reforma da LDA. In: WACHOWICZ, Marcos. **Por que mudar a lei de direito autorar?**: Estudos e pareceres. Florianópolis: Editora Funjab, 2011. p. 143-158.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Estudos de direito da propriedade**

25 ASCENSÃO, José de Oliveira. A supervisão da gestão coletiva na reforma da LDA. In: WACHOWICZ, Marcos. **Por que mudar a lei de direito autorar?**: Estudos e pareceres. Florianópolis: Editora Funjab, 2011. p. 143-158. p.157

intellectual. Curitiba: Gedai, 2015. p. 13-40.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do Autor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

BRASIL. IPEA. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Download de músicas e filmes no Brasil:** Um perfil dos piratas online. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120510_comunicadoipea0147.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

DIGITAL, Redação Olhar. **Brasil é vice-campeão mundial em ranking de pirataria.** 2015. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/brasil-e-vice-campeao-mundial-em-ranking-de-pirataria/46905>. Acesso em: 24 set. 2017.

ÉPOCA. **O dia em que Taylor Swift venceu uma briga com a Apple.** Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/06/o-dia-em-que-taylor-swift-venceu-uma-briga-com-apple.html>. Acesso em: 26 set. 2017.

FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming:** ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. 390 p.

PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital (Internet):** Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Almedina, 1988.

SZABO, Nick. **Smart Contracts:** Building Blocks to Digital Markets, 1996.

WORD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Collective Management of Copyright and Related Rights.** Disponível em: <<http://www.wipo.int/copyright/en/management/>>. Acesso em: 23

set. 2017.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação

Título:

**BREVES CONSIDERAÇÕES
SOBRE A UTILIZAÇÃO DE
SAMPLE NA PRODUÇÃO
DE MÚSICA**

Carla Arminda de Oliveira Augusto



BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DE SAMPLE NA PRODUÇÃO DE MÚSICA

Autora: Carla Arminda de Oliveira Augusto

Instituição: Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Resumo: O presente trabalho tem por objeto a discussão que envolve a utilização de *sample* na produção de música. Com a mitigação da criação pura e simples pelo vasto acesso à informação, estamos presenciando a mudança substancial no modelo de produção de música e dos direitos autorais. Desde o final da década de 70, com o movimento conhecido como *hip hop*, que completou 40 anos esse ano, um movimento cultural que veio das ruas e que trouxe a reinvenção da cena musical utilizando obras existentes. Houve uma mudança radical no paradigma da criação da obra musical, com a presença cada vez maior dos dj's, das danças de rua, das "batidas". Essa nova percepção influenciou a todos os segmentos musicais, e por consequência, todos os setores da indústria da música. O trabalho analisa os questionamentos que chegaram aos tribunais, debruçando-se sobre discussões teóricas recentes sobre o tema, refletindo especialmente sobre o conceito de pequeno trecho e a doutrina do *fair use*. Conclui que há ainda discussões a serem travadas, tanto a respeito do tão comentado e nebuloso conceito de pequeno trecho, e da aplicação da doutrina do *fair use*, tanto em nosso ordenamento jurídico, bem como nos tribunais fora do país.

Palavras-chave: Pequeno trecho. Indústria fonográfica. *Fair use*.

1.INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica vivida por todos nós, tão profundamente e tão rapidamente, esbarra em conceitos e legislações que não acompanham o seu ritmo frenético e inovador. E com a produção de música, não seria diferente. Dentre os tantos exemplos, destacamos o site *SOUND BETTER* (www.soundbetter.com). Nesse site há inúmeras possibilidades de serviços com o pagamento de um valor fixo: um vocalista para sua música, por exemplo, ou até mesmo uma letra para sua canção. Tudo online e tudo bem rápido. Tal como ele existem inúmeros sites, como um paralelo aos sites que vendem monografias. Ainda sobre esses avanços tecnológicos, temos ainda a possibilidade de criar música através do sistema de Inteligência Artificial, tal como sinaliza o produtor musical Brian Eno¹.

Em se tratando de indústria fonográfica e como tudo que envolve criação artística como base do modelo de negócio, é muito difícil de se estabelecer se o produto em questão vai ser um sucesso ou não. Para isso, vale um pequeno histórico da indústria fonográfica nas últimas décadas:

For most of the twentieth century, the basic structure of the music industry remained the same. A group of businesses that had arisen specifically to produce and sell a single invention – the phonograph – somehow managed, over the course of several tumultuous decades, to dominate an industry that expanded to include all sorts of competing inventions and technological innovations: records of different sizes and qualities; high-quality audio, which made music widely available to consumers for the first time, and changed the nature of promotions; eight-track tapes, which made recorded music and playback machines more portable, cassette tapes, which not only improved portability but also made unlicensed copying easy; MTV, which introduced a new channel of promotion and encouraged a different kind of consumption of music; and CDs which replaced records and tapes with stunning rapidity. Through it all, with the exception of that one hiccup during the era of rock n' roll, the majors ruled. That's a remarkable feat. How did they pull it off? They used their scale to do two

1 BEER, Jeff **Brian Eno Talks About Using Artificial Intelligence To Create Music And Art**. Disponível em <https://www.fastcocreate.com/3061088/cannes/brian-eno-talks-about-using-artificial-intelligence-to-create-music-and-art> – Acesso em 25.07.16

things very effectively: manage the cost and risk of bringing new contente to market, and retain thight control over both the upstream and downstream ends of supply chain.

Let's unpack this a little, with the management of risk. It is notoriously difficult to predict which people and which produts will succeed in the creative industries; In a memoir, Willian Goldman summed up the problem when reflecting on the movie business: "not what's going to work. Every time out it's a guess and, if you're lucky and educated one'. His conclusion? 'Nobody knows anything'.²

Regras já aplicadas em nossos tribunais, como a que se refere ao *fair use*, visam a esclarecer ainda mais a infindável e nada pacífica discussão: afinal, o que pode ser utilizado sem violar o direito de outrem? Como afirma Strasburg Jr.³

Cada vez mais os Tribunais Estaduais têm aplicado o *fair use* para julgar conflitos envolvendo direitos autorais no Brasil, como demonstra recente acórdão de Relatoria do Desembargador Airton Pinheiro de Castro, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 15 de dezembro de 2015, que reconheceu não caracterizar violação de direitos autorais o uso de fotografia cuja cessão havia sido autorizada para composição de capa de revista, em adesivo promocional colado ao veículo da empresa, 'em meio a outras tantas sobrepostas'

Se por um lado, as ferramentas tecnológicas disponíveis no mundo hoje permitem a qualquer pessoa possibilidades criativas jamais sonhadas, por outro lado, cada obra ou artefato cultural existente na Internet ou em qualquer outro lugar, tem dono. O argumento de que a ilusão de que na Internet não vigorariam os direitos de propriedade intelectual não encontra amparo. Como sinaliza Bittar⁴:

2 SMITH, Michel D; TELANG, Rahul. **Streaming, sharing, stealing**: big data and the future of entertainment. Cambridge/Masachusetts: The MIT Press, 2017. pp. 24,25.

3 STRASBURG JUNIOR, Carlos Edson. O *fair use* como limitação aos direitos autorais no Brasil: precedente Superior Tribunal de Justiça. **Revista da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual**, nº 142, Mai/Jun 2016, p. 62/65.

4 BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 6ed. rev, atual. e ampl por Eduardo C. B. Bittar.

Apesar da intensa sensação, na sociedade contemporânea, de liberdade irrestrita de tráfego de informações, de caos informacional, de anarquia no controle do uso de direitos, de expansão irrestrita das fronteiras digitais e da liberalização do uso de textos, nem os direitos morais do autor, nem os patrimoniais do autor são revogados pelas novas dinâmicas da economia digital. No entanto, há uma transformação da cultura, da forma como se lida com esses direitos, sem dúvida mais complexa, e um efetivo problema de controle do uso da informação e da proteção efetiva às criações autorais.

Lemos, no prefácio à edição brasileira do livro “CULTURA LIVRE”, de Lawrence Lessig⁵, apresenta de forma bastante apropriada essa questão:

Essa nova cultura só apresenta um problema: ela é ilegal. Graças ao sistema de direitos autorais que herdamos do século XIX e que continua a ser sistematicamente ampliado ao longo do tempo (inclusive globalmente, através da Organização Mundial do Comércio), cada obra ou artefato cultural existente na Internet ou em qualquer outro lugar, tem dono. E utilizar a obra, para qualquer finalidade (copiar, distribuir, alterar, modificar etc.) é uma violação dos direitos de propriedade do autor ou de seus intermediários.

A consequência é uma ironia de massas. As ferramentas tecnológicas disponíveis no mundo hoje permitem a qualquer pessoa possibilidades criativas jamais sonhadas. Um número gigantesco de pessoas usa cotidianamente essas ferramentas, em seus *sites*, *blogs*, *fotologs* ou mesmo incluindo textos e imagens em trabalhos de colégio. Apesar disso, do jeito como é hoje, essas atividades devem continuar relegadas à posição de mero “hobby” ou divertimento doméstico. Isso porque sempre estamos sobre o risco de sermos processados pela violação da “propriedade” de alguém. Em outras palavras, cada vez temos mais acesso a recursos criativos que eram privilégio das grandes empresas de mídia, mas devemos nos abster de usar esse poder “seriamente”, gerando desenvolvimento, conhecimento e acesso.

Para Denis Barbosa⁶ :

Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.184/185

5 LESSIG Lawrence. Cultura Livre - Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei Para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade. São Paulo, Trama, 2005, p.17 http://www.lacorte.adv.br/blog/wp-content/files/books_cc/livroCC_Lessig_CulturaLivre_tradTrama.pdf. Acesso em 13.08.16

6 BARBOSA, Denis Borges e JESSEN, Nelida Jabik. O Uso livre de música encontrada na

O resultado destas liberdades e gratuidades é a ilusão de que na Internet não vigorariam os direitos de propriedade intelectual. A imponderável leveza do não ser coagido permeia toda a Grande Rede, como uma miragem da Anomia, ou falta de regras. Como na Internet não vigeriam as leis do espaço real, e como “ainda” não haveriam leis próprias à virtualidade, tudo é permitido, especialmente copiar e reproduzir as obras alheias.

Nessa seara de revolução tecnológica para o campo da música, o músico, compositor e produtor musical Brian Eno é bem assertivo ao demonstrar que não há oposição entre tecnologia e artistas, quando assevera “primeiramente quero falar sobre a palavra tecnologia. É o nome que se dá a coisas que não funcionam. O piano é uma peça tecnológica complexa, mas nos esquecemos disso porque ele funciona muito bem”, disse. Para ele, as únicas tecnologias notadas pelas pessoas são as novas – ou aquelas que não funcionam, enquanto as que passam despercebidas fazem parte do cotidiano de todos.”⁷

2. CONTROVÉRSIAS SOBRE A APLICAÇÃO DO CONCEITO DE PEQUENO TRECHO E A DOUTRINA DO *FAIR USE*.

Curiosamente, o campo dos direitos autorais é um dos mais sensíveis a toda essa transformação. Embora seja alvo de muitas críticas, a Lei de Direitos Autorais nº 9.610/98, com a influência da doutrina francesa do *droit d’auteur*⁸, tratando o autor como figural central, traz em

internet. 2000. <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#direitos>. Acesso 15.08.16

7 LESSA, Isabella. Tecnologia é o nome que se dá a coisas que não funcionam. **Meio e mensagem**. Disponível em <http://cannes.meioemensagem.com.br/cobertura2016/seminários/2016/06/19/brian-eno-tecnologia-e-o-nome-que-se-da-a-coisas-que-nao-funciona>. Acesso em 28.07.16

8 “Como sabemos, os direitos autorais no Brasil seguem a doutrina francesa do *droit d’auteur* que tem uma abordagem centrada na proteção ao direito do autor, sendo as limitações a esse direito uma verdadeira exceção no sistema. Paul Goldstein renomado Professor da Stanford University,

seu artigo 29, inciso III⁹, a necessidade de autorização prévia e expressa do autor, no que se refere à produção de música.

Para o caso específico da música, o autor deve autorizar expressamente e previamente para que sua obra seja utilizada. Porém, essa regra comporta exceção que consta no inciso VIII do art. 46, da Lei 9.610/98:

“Das Limitações aos Direitos Autorais

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.**” (grifos nossos)

A doutrina do *fair use*, também conhecida como “Regra dos três passos”, incorporada em nosso ordenamento jurídico através da Convenção de Berna (internalizada através do decreto 75.699/1975), estabelece as regras específicas para nortear a limitação¹⁰ ao uso de obra alheia sem autorização prévia.

A doutrina foi primeiramente reconhecida nos Estados Unidos através de uma série de precedentes judiciais iniciados em 1841 como o caso *Folsom v. Marsh*, 9F. Cas. 342 (CCD Mass 1841). Posteriormente, a doutrina acabou codificada pelo Congresso americano (17 U.S. Code §107). Nos Estados Unidos, para caracterização do *fair use*, o magistrado deve levar em consideração

afirma que o *droit d’auteur* ‘santifica’ os direitos de autor, mencionado exemplos de proteção direitos morais de autor que, sob a ótica do *copyright*, são exagerados.” - STRASBURG JUNIOR,. Op cit, p.63

9 “Art.29 – Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...) III – a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações.”

10 “O interesse público que fundamenta a proteção ao direito de autor também justifica a imposição de limitações ao direito, ‘a fim de viabilizar o cumprimento de sua função social, tendo em vista o papel eminentemente cultural que toda obra possui, capaz de contribuir com a evolução social e o progresso humano.” STRASBURG JUNIOR, Carlos Edson. Op cit, p.65

(i) a finalidade e característica do uso; (ii) a natureza da obra protegida; (iii) a proporção e importância da reprodução em relação à obra como um todo; e (v) o efeito do uso da nova obra sobre o mercado potencial e valor de mercado da obra protegida. A jurisprudência acabou por dar uma maior importância ao último item, sempre procurando identificar se a nova obra suplantaria/substituiria o uso da obra reproduzida”¹¹

Enganou-se quem pensou que seria uma aplicação pacífica e tranquila. Prova *disso é o apego às raízes do droit d’auteur* no Brasil levou à uma letargia no reconhecimento e aplicação da regra do *fair use* no direito pátrio.¹² Sempre houve uma interpretação muito restritiva do inciso VIII do art. 46, da Lei 9.610/98, condicionando todo e qualquer uso à prévia autorização do autor da obra.

Para evidenciar o quanto é conturbada a aplicação do inciso VIII do art. 46 da Lei 9.610/98 e o que realmente de fato é **pequeno trecho**, apresentamos um “pequeno trecho” do brilhante parecer solicitado pela Comunicação Alternativa Ltda, cuja autoria é de Sergio Vieira Branco Junior e Eduardo José Guedes Magrani, que consta nos autos da ação indenizatória¹³ referente ao documentário “Alô Alô Therezinha”:

Só é possível entendermos este dispositivo legal (art. 46, VIII) com uma de duas possíveis interpretações. **Ou a “exploração normal da obra reproduzida” compreende o direito que tem o autor de licenciá-la, opondo-se a seu uso sem o correspondente pagamento, ou não. Se entendermos que o dispositivo compreende esse direito, então o dispositivo legal é inútil. Afinal, se a “exploração normal da obra reproduzida” sempre abrange o direito de seu titular exigir prévia e expressa autorização para seu uso (e/ou pagamento correspondente), então toda e qualquer obra protegida por direito autoral encontra-se protegida e este inciso de nada serve.**

Por isso, defendemos que o art. 46, VIII, deverá ser analisado casuisticamente. Se – e somente quando – a reprodução por parte da obra nova prejudicar de fato a exploração normal da obra

11 Idem, ibidem

12 Idem, p.64

13 Processo: 0402139-37.2009.8.19.0001. Processo 0402139.2009.8.19.0001 SENTENÇA MANGIONE FILHOS & CIA LTDA ajuizou AÇÃO INDENIZATÓRIA contra GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A. - GLOBO FILMES e COMUNICAÇÃO ALTERNATIVA LTDA - COMALT

preexistente, causando um prejuízo **injustificado** ao interesse do autor, não poderá haver a reprodução. Por isso, não há como o dispositivo ser interpretado de outro jeito senão o de que “exploração normal da obra reproduzida” **não** compreende, *a priori* e *in abstracto* o direito que tem o autor de licenciá-la, já que a reprodução regular de pequenos trechos de obras preexistentes em obra nova **não** prejudica a exploração normal da obra reproduzida nem causa a seus autores prejuízos injustificados. Afinal, a regra é a possibilidade de reprodução. Apenas se, excepcionalmente, a reprodução prejudicar a exploração normal da obra reproduzida ou causar prejuízo injustificado ao interesse do autor é que poderá ser proibida. Do contrário, a proibição converte-se em regra e o dispositivo legal será letra morta em nosso ordenamento.

Levando-se em conta os permissivos legais contidos no art. 46, III e VIII da LDA, **não só nos parece abusiva a prática de se exigir autorização prévia para citação de obra alheia como ela é substancialmente nociva à liberdade de expressão e ao acesso à cultura e à informação.**

Esta prática é ruim. Primeiramente, porque – como visto – cria uma obrigação que não se encontra na lei. Além disso, gera-se insegurança jurídica. **São inúmeras as situações em que autores não sabem afinal em que medida podem ou não citar obras de terceiros ou inserir trechos de obras alheias em suas próprias obras. Como consequência direta, há um evidente empobrecimento das possibilidades de desenvolvimento da cultura em nosso país.** (grifos nossos)

Há ainda muito que se discutir e esclarecer no que se refere ao conceito de pequeno trecho e ao *fair use*. Há quem sustente sobre a utilização de pequeno trecho ser possível se não houver lucro. Ora, não consta no rol do inciso VIII do art.46 da Lei 9.610/98 tal previsão. Este argumento não tem como prosperar, afinal, de acordo com art.4^a da mesma norma “interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”.

A lição sobre o enfrentamento que os operadores do Direito sofrem ao lidar com a questão da aplicação da doutrina do fair use e criação, vale a lição abaixo:

Os operadores do direito que trabalham para agências de publicidade e empresas com intensa produção criativa sabem da importância da aplicação do *fair use* para viabilizar obras que não se

enquadram nas hipóteses fechadas de limitações aos direitos autorais previstas na lei, mas que, por outro lado, não representam qualquer prejuízo ao titular da obra reproduzida, sendo o precedente do STJ um ótimo exemplo. A consolidação do instituto do *fair use* no Brasil trará a segurança às atividades criativas que, por sua própria natureza, estão sujeitas a maiores conflitos entre os usos justos e violadores das obras de terceiros. Vivemos um período único, em que o conhecimento acumulado pela humanidade cresce exponencialmente, tendo a dinâmica da produção intelectual evoluído significativamente desde a entrada em vigor da Lei de Direitos Autorais. Não faz qualquer sentido manter a produção intelectual engessada a limites estritos, estabelecidos pelo legislador no final do século passado, em detrimento à produção intelectual no Brasil em pleno século XXI. ¹⁴

Em termos jurisprudenciais, há uma decisão recente do STJ, de outubro de 2015, Recurso Especial 1.343.961/RJ referente ao reconhecimento e aplicação do *fair use* e sobre a controvérsia do conceito de pequeno trecho. Trata-se de uma obra chamada “Rupestre” que foi colocada à venda numa galeria de arte. Durante o período de exposição, a obra foi retratada em filme publicitário de empresa de telefonia. A galeria de arte, a empresa de telefonia e a produtora da campanha foram processadas pela artista sob o argumento de que teriam se apropriado da obra, “sonogando-lhe todos os direitos autorais”. ¹⁵

O acórdão estabelece importante balizamento com relação à interpretação da expressão ‘pequenos trechos’ para a aplicação do dispositivo legal. Restou conhecido que ‘pequenos trechos’ são aqueles que possuem caráter acessório em relação ao todo que é exposto, sendo mais importante a qualidade do que a quantidade do que se reproduz. Confirma-se: O primeiro dos critérios é o que diz respeito ao tamanho da obra que se permite reproduzir sem autorização. Assim é que somente *pequenos trechos* de obras existentes poderão ser reproduzidos legalmente. A locução *pequenos trechos*, como não poderia ser diferente, pareceu aos operadores da norma um tanto quanto subjetiva, a ponto de retirá-la qualquer utilidade prática. Por esse motivo, logo a doutrina cuidou de dar objetividade à expressão, revelando seu real significado: pequenos trechos são aqueles que possuem caráter acessório em relação ao todo que é exposto. Aqui, menos importa, na verdade, o tamanho, a quantidade do que se reproduz, e mais a qualidade do que

14 STRASBURG. Op cit.p. 65

15 ASCENÇÃO, ano *apud* STRASBURG JUNIOR, Carlos Edson. Op cit, p.64 e 65.

se expõe. No caso da reprodução de pequeno trecho, é clara a intenção do legislador quanto à dimensão do texto a ser reproduzido: é pequeno em termos quantitativos, todavia, o fundamental é o aspecto qualitativo, uma vez que só é livre quando não se tornar o objeto central da obra na qual será inserido (para esta verificação, usa-se o seguinte teste: se retirado o pequeno trecho reproduzido, a obra deve permanecer intelegível).

Diante de todo o exposto, no que se refere a aplicação do art.46, VIII da Lei 9.610/98, há de ser observado caso a caso. Não temos uma regra geral para identificar pequeno trecho, a cada caso, como defende Carboni¹⁶:

a Lei 9.610/98 estabelece algumas limitações aos direitos autorais, que são as hipóteses em que o uso de uma obra é livre, sem necessidade de autorização dos seus titulares. Uma dessas hipóteses é a “reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza”, desde 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” (art. 46, inciso VIII). Isso significa que a lei permite a reprodução de pequenos trechos de músicas na elaboração de uma música nova. A questão é saber o que se entende por “pequeno trecho”, uma vez que a lei não traz essa explicação, cabendo interpretá-la com base no bom senso. Obviamente, a reprodução de cinquenta por cento de uma obra não caracterizaria um “pequeno trecho”. Apesar de a quantificação não ser a melhor forma de interpretar a extensão desse conceito, uma reprodução de, por exemplo, cinco por cento da obra poderia ser caracterizada como “pequeno trecho”, se não vier a causar prejuízo aos detentores dos direitos autorais sobre as músicas reproduzidas.

Essa análise deverá ser observada a condição para o enquadramento dentro da doutrina do *fair use*.

3. UTILIZAÇÃO DE *SAMPLE* NO BRASIL E NO MUNDO

¹⁶ CARBONI, Guilherme. Direito Autoral nas atividades de DJ e produção de música eletrônica. Julho de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-14/guilherme-carboni-criacao-musica-eletronica-regras-violacao-direitos-autorais>. Acesso em 10.06.16.

Trazendo a aplicação do conceito de pequeno trecho e do instituto do *fair use*¹⁷ para a seara da música, temos o que chamamos de *sample*¹⁸. De forma bem objetiva, *sample* é um trecho de áudio pré-gravado, que pode ser utilizado na música em algumas partes, ou ser a base de uma música por completo. Byrne¹⁹ problematiza esse uso, ao afirmar que

O processo de composição musical mudou muito com o advento das gravações digitais. Como vimos, os primeiros *samples* digitais eram curtos e foram usados em maior parte pela indústria da telefonia. As pessoas os usavam em truques e efeitos especiais, mas esses primeiros exemplos não tiveram um grande impacto no cenário musical. Pouco depois, no entanto, tornou-se possível captar ou samplear trechos inteiros de uma música, e, por mais que esses *samples* não tivessem uma qualidade fantástica, já era o bastante. Batidas em repetição se tornaram muito populares, e faixas de ritmo compostas de unidades sampleadas (ou intervalos mais curtos) agora funcionam como a base rítmica para muitas canções. É possível 'ouvir' toques de *Akai*, *Pro Tools*, *Logic* e outros *softwares* de gravação digital e composição com *samples* em grande parte da música pop produzida nos últimos vinte anos.

Aqui está uma questão que a inovação tecnológica²⁰ trouxe para

17 No que se refere a utilização do conceito de *fair use* especificamente para os casos de *sample*, segue a lição “Is there a defense available to the sampler? The defense of fair use is not available because the use is invariably commercial and not done for the purpose of socially constructive criticism, parody, or reference, and although the sampling may not diminish sales or licenses of the original, it is a ‘taking without compensation’, with the intention of saving recording costs. Frank Zappa sampled his own material, which was perfectly legal because He owned both the music and the sampled version.” KRASILOVSKY, M. William and SHEMEL, Sidney with contributions by GROSS, John M. and FEINSTEIN, Jonathan. This business of music. The definitive guide to the Music Industry. New York: Watson-Guptill Publication, 2007, 10th edition.p. 209.

18 “Sampling is the process of using portions of previously recorded music in a new recording. These musical quotations may be duly licensed on a prior basis or they may be unauthorized uses subject to later claims of copyright infringement. There is widely held notion that if the borrowed segment is very short the use is legal under the Copyright Act’s definition of fair use. This is completely erroneous: There is no such thing as a ‘fair use’ privilege for sampling music in a conventional commercial recording.” KRASILOVSKY, M. William and SHEMEL, Sidney with contributions by GROSS, John M. and FEINSTEIN, Jonathan. Op Cit.p. 68/69.

19 BYRNE, David. Como funciona a música.Tradução de Otávio Albuquerque. Barueri, SP: Amarilys, 2014. p. 125

20 “na sociedade de informação, esta que pode ser definida como a sociedade em que a informação

facilitar ainda mais a produção de música, mas por outro lado, ainda gera muita confusão no mundo da indústria fonográfica. Sobre a inovação tecnológica na produção de música no início da década de 80, o DJ e Produtor Frankie Knuckles, que foi um dos pioneiros na House Music, e que ilustrou bem essa mudança tecnológica quando disse “By 1981 they declared that Disco was dead and there were no more up-tempo dance records. That’s when I realised I had to start changing things to keep feeding my dancefloor²¹”.

Na verdade, o *sample* está em nossa cultura musical desde a década de 60, mas o movimento *hip hop* trouxe a utilização do *sample* como base de toda sua estrutura, tanto da produção fonográfica com um novo estilo que sairia das ruas, mudando por completo a indústria fonográfica e seus contratos, principalmente. Desde então, ainda há muita incerteza sobre o que pode ser utilizado como *sample*, como podemos ver abaixo:

Although sampling has been around since 1960s, there’s still an awful lot of confusion about what is a sample. A lot of people think that just because they’ve only sampled a couple of notes or a few seconds of someone else’s work they haven’t sampled it at all. That simply isn’t true. What the 1988 Copyright Act says is that there has to have been copying of a ‘substantial part’ (s.16(3) (a) CDPA). It’s a question of the quality of the part sampled and not the quantity.

There are a number of cases where the courts have considered what is a ‘substantial part’.

The question also comes up from time to time as to whether you can sample a rhythm or a drumbeat. I would argue that you can if

tem peso privilegiado no jogo dos interesses sociais, os direitos autorais não podem representar um empecilho ao desenvolvimento social e econômico, mas, ao mesmo tempo, não podem representar uma forma tão flácida de regulação que deixe os próprios incentivadores da cultura, artistas, criadores, personalidades, músicos, escritores, redatores, tradutores, intérpretes, desprotegidos diante dos assédios da liberdade máxima das empresas e da fluidez completa do mundo digital”. BITTAR, Carlos Alberto. Op Cit.p.39/40.

21 SNOMAN, Rick. Dance Music Manual – Tools, Toys and Techniques. New York and London: Focal Press. 2009. 2nd Ed. p 231.

it can be shown to be original and distinctive and if a substantial part has been copied. There are, of course, only so many rhythms in popular music and many drum and bass lines used currently are, in fact, the same as have been used in earlier works. This is particularly true in the area of reggae music. Inevitably, there is going to be duplication.

In 2011 Leona Lewis and her label, Syco, settled out of court a dispute with Avicci and Avicci's label Ministry of Sound over the use of his instrumental track, 'Penguin' in Lewis single 'Collide'. No details of the settlement emerged but both parties announced that they would work together on the single which implies some kind of agreement on a royalties split and credit.

US music company VMG sued Madonna and Robert 'Shep' Pettibone, the producer of her 1990 hit 'Vogue', for copyright infringement alleging that they used a sample from a 1970's recording owned by VMG entitled 'Love Break'. Their reason for suing so long after the event was that the sample used had been cleverly hidden and it was only now, with new technology, that VMG were able to discover it. The sample was of a 'single horn stab' that appears in both 'Love Break' and 'Vogue'. The Judge ruled that the alleged sample was too short to be either qualitatively or quantitatively significant. If there were a sample it was too small or trivial to be an infringement. This doesn't, however, change the leading US case on how much needs to be sampled. The case involving a Funkadelic sample in NWA track in 2006 made it clear that a two-second sample used without a licence was infringement (Source: Music Law Updates)"²²

Podemos notar que não temos um conceito pacífico que seja utilizado aqui no Brasil ou no mundo²³, sobre o que pode ser utilizado sem autorização. Ainda mais quando se trata de *sample*, que se encontra justamente numa zona bastante divergente, tanto a parte doutrinária

22 HARRISON, Ann. Music: The Business – The Essential Guide To The Law And The Deals. Great Britain: Virgin Books, 2014..pp 338- 340

23 "Since the introduction of sampling technology there has been a great temptation to 'repurpose' small audio extracts of previous artist's recordings (i.e loops). While the assumption is that there is a general rule that you can't copyright a short excerpt of a drum beat, this is actually not the case, and this are of modern music production is probably the one that causes the most problems." GAMMONS, Helen. The art of music publishing. London: 2011, Focal Press. p. 132

como jurisprudencial.

Em um posicionamento bastante radical sobre o uso de sample, Passman²⁴ enfatiza

This ‘catch me if you can’ attitude came to an abrupt half after the case of *Grand Upright Music Limited v. Warner Bros. Records, Inc.*, 780 F.Supp.182 (S.D.N.Y 1991), which involved the rapper Biz Markie sampling Gilbert O’Sullivan’s ‘Alone again (Naturally)’. See if you can guess how the judge ruled in this case by reading the first line of his opinion: ‘Thou shalt not steal’. The Honorable Kevin Thomas Duffy of the federal Court for the Southern District of New York not only slapped the hands of the sampler, but referred the matter to the U.S Attorney’s Office for possible *criminal* prosecution

Os Tribunais na Europa e Estados Unidos, bem como os brasileiros, vêm enfrentando, com muita dificuldade para o operador de direito, a dura questão de estabelecer o que é, de fato, um caso de violação de direito autoral, qual seja, um caso de plágio ou de simples uso indevido de obra alheia sem autorização.

A orientação de uma das entidades que cuidam de direitos autorais nos Estados Unidos, a BMI – Broadcast Music, Inc , sobre a necessidade de utilizar pequenos trechos sem autorização:

22. How many bars of a song can I copy without permission? There is no special number of “free” measures that can be used without authorization. Whether or not an infringement of copyright is committed when a portion of someone else’s copyrighted work is taken without permission depends upon whether the test of “fair use” is met. The factors determining if the use is fair include the purpose and character of the use, the nature of the copyrighted work, the amount and substantiality of the portion used in relationship to the copyrighted work as a whole, and the effect of the use on the potential market for or value of the copyrighted work. In addition, the U.S. Supreme Court has stated that, in analyzing these factors, courts should focus on whether and to what extent the new work is “transformative,” that is, it alters the original work with new expression, meaning, or message. The more transformative the new work, the less will be the significance of other factors that may weigh against a finding of fair use.

24 PASSMAN, Donald S. – All you need to know about the music business. New York: 2013, Simon & Schuster. 8th Ed. p.333

The fair use test is what would be used in order to determine whether a “sampled” portion of a song or record constituted copyright infringement²⁵.

Hoje, podemos produzir músicas, álbuns inteiros²⁶ sem sair de casa, utilizando programas de computador ou *sites*, como já fora citado no presente trabalho.

Uma decisão muito recente e completamente diferente do que vemos até aqui, aconteceu em maio passado na Alemanha. A banda alemã Kraftwerk teve sua música *Metall auf Metall* “sampleada” por dois segundos e utilizada sem autorização na música *Nu mir*, de autoria de uma rapper alemã chamada Sabrina Setlur. A ação foi ajuizada em 1997 pela banda Kraftwerk e teve seu desfecho em maio de 2016. Uma batalha que se arrastou por 19 anos por causa de um trecho de dois segundos. O Tribunal Constitucional Alemão rejeitou as alegações da banda alemã, afirmando que “liberdade artística prevalece sobre os interesses do proprietário”.²⁷

Para entender toda essa dinâmica de *sampling* dentro da indústria fonográfica, vale a leitura muito interessante da lição que nos dá o artista David Byrne²⁸, do ponto de vista do artista sobre “samplear e ser sampleado”:

25 Disponível em: <http://www.bmi.com/creators/detail/533748>. Acesso em 26.07.16

26 “Sampling has had a levelling effect on music making by allowing virtually anyone to make music, even those without formal training. ‘You don’t have to learn how to play guitar’, says Steinski, a pioneering remix artist. ‘You don’t have to know nothing. All you have to do is get sound editing program for your computer, and you’re right there. You can make the next big record in the world’. The innovations of pioneering hip-hop artists dramatically changed the way popular music is created and have forced us to rethink what counts as creativity in a digital world.” McLEOD, Kembrew and DICOLA, Peter. *The Law and culture of digital sampling*. Durham and London: Duke University Press, 2011.

27 KRAFTWERK lose legal battle over their music being sampled. *The Guardian*. London. 31 de maio.2016. Disponível em <https://www.theguardian.com/music/2016/may/31/kraftwerk-lose-legal-battle-over-their-music-being-sampled>. Acesso em 26.06.2016.

28 BYRNE, David. *Como funciona a música*. Tradução de Otávio Albuquerque. Barueri, SP: Amarelis, 2014. p. 129

Durante muitos anos, DJs, mixadores e artistas de hip-hop criaram faixas usando *samples* digitais de riffs e batidas tiradas de gravações já existentes. Alguns deles até pegaram ganchos e refrãos inteiros de músicas pop e os usaram como uma referência ou citação direta (P.Diddy fez muito isso, assim como Kanye West), da mesma forma que alguém citaria um trecho conhecido a um amigo ou a uma namorada para expressar seus sentimentos. Quantas vezes a frase ‘put a ring on it’ (algo como ‘case com ela’0 já foi usada em uma conversa? Referências musicais são como acrônimos sociais e atalhos para emoções.

Em grande parte da música pop de hoje, quando pensamos estar ouvindo uma guitarra ou um piano, provavelmente estamos ouvindo um *sample* desses instrumentos retirados de um disco de outra pessoa. O que ouvimos nessas composições são diversas citações musicais, uma sobre a outra. Como uma pintura de Robert Rauschenberg, Richard Prince ou Kurt Schwitters, produzida à base da apropriação de imagens, canhotos de ingressos e recortes de jornal, esse tipo de música é colagem sonora. Em certo sentido, é uma metamúsica; música sobre outras músicas.

No entanto, diversos artistas perceberam relativamente rápido que, quando uma música é criada dessa maneira, é preciso dividir os direitos e lucros com as gravadoras e os compositores originais daqueles fragmentos e ganchos. Metade do lucro gerado por uma música muitas vezes vai para a fonte de um gancho ou refrão. Algumas das minhas músicas foram sampleadas assim, e é lisonjeiro e divertido ouvir alguém dar todo um novo contexto a algo que você escreveu anos atrás. A cantora Crystal Waters usou *samples* de uma música do Talking Heads (‘Seen and not seen’ – uau, que escolha bizarra!) em seu hit ‘Gipsy Woman (*She’s homeless*)’, e essa incrível canção (da qual até fiz um cover mais tarde) não tem nenhuma relação com original. Até onde eu sei, ela ou seus produtores não queriam criar nenhuma referência direta ao original; eles só ouviram algo de útil nela, em sua levada ou textura sonora.

Além de pagar bem, não creio que o fato de ser sampleado comprometa o original. Afinal, qualquer um consegue perceber que aquilo é uma citação, um *sample*, não é?”

4. CONCLUSÃO

A constante revolução tecnológica que vivemos faz com que, quando já se domina uma nova tecnologia, imediatamente surja

outra para ser inserida em nossas vidas e, por consequência, em nosso ordenamento jurídico. Não seria diferente na seara musical²⁹, mostrando que os tribunais, bem como os operadores de direito, ainda enfrentam uma certa dificuldade para acompanhar tamanha revolução³⁰.

Ficou evidente que no campo dos direitos autorais, ainda há muitas discussões e polêmicas acerca da difusão rápida³¹ de informações de um lado e, por outro lado, a proteção exigida pela Lei de Direitos Autorais e todo seu rigor. Ademais, observamos que ainda se utilizam do excesso de rigor e o conservadorismo, por decorrência legal, engessando ainda mais o acesso à cultura e às artes em geral.

Averiguou-se que mesmo que seja possível elaborar um álbum de dentro do seu quarto, há grandes chances de haver entraves jurídicos. E, que não há um conceito de pequeno trecho que possa ser utilizado de forma pacífica. Resta analisar caso a caso, utilizando-se sempre do bom senso e da acessoriedade conferida ao pequeno trecho pelo último

29 “A música se acomodou aos *softwares*, e preciso admitir que isso trouxe muitas vantagens. Hoje, por exemplo, consigo esboçar bem rapidamente uma ideia para uma canção, ou recortar e colar certos trechos para criar um arranjo de forma quase instantânea.” BYRNE. Op cit. p.126.

30 “A tecnologia transformou o som da música, seu processo de composição e a forma como a consumimos. Ela também inundou o mundo com a música, que agora está tomado por sons (em sua maior parte) gravados. Antes, era preciso pagar para se ouvir uma música, ou produzi-la por nós mesmos; tocar, ouvir e vivenciar a música era algo excepcional, uma experiência rara e especial. Hoje, a música se tornou muito comum, e o silêncio é a raridade pela qual pagamos para apreciar.” BYRNE. Op cit. p.135.

31 “É natural quem sendo a internet uma mídia bastante recente, o Direito não tenha tido ainda tempo de regulá-la de maneira adequadam e assim acaba havendo grande descompasso entre a disciplina jurídica dos fatos e os fatos em si. Também em razão disso, observa-se que tantas das disposições legais da LDA que serão analisadas não encontram respaldo social, e sabe-se que o Direito deve servir, primordialmente, a proteger as condutas socialmente aceitas. Em muitos casos, entretanto, não apenas não se verifica essa aceitação como o senso comum indica que não há, nessas condutas, qualquer violação aos direitos autorais de obras protegidas.” BRANCO JUNIOR, Sergio Vieira. Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2007.p.03. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2832>. Acesso em 02.09.16.

precedente do STJ. De outra forma, a liberdade artística se sobrepondo a liberdade do autor da obra protegida é algo extremamente novo e que ainda requer mais aprofundamento por todos.

Conclui-se, portanto, que, não há uma certeza acerca da aplicação do conceito de pequeno trecho. O nosso ordenamento jurídico demorou muito a aceitar o instituto do *fair use*, sempre “santificando o direito do autor”. O último precedente do Tribunal Constitucional Alemão, no caso do Kraftwerk, nos faz repensar sobre a liberdade artística e seus limites, e até onde essa liberdade pode seguir sem desequilibrar a relação com o autor da obra protegida. É, ainda vem muita coisa pela frente.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges e JESSEN, Nelida Jabik. **O Uso livre de música encontrada na internet**. 2000. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#direitos>. Acesso 15.08.16

BEER, Jeff. **Brian Eno Talks About Using Artificial Intelligence To Create Music And Art**. Disponível em <https://www.fastcocreate.com/3061088/cannes/brian-eno-talks-about-using-artificial-intelligence-to-create-music-and-art> – Acesso em 25.07.16

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6ed. rev, atual. e ampl por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BMI - BROADCAST MUSIC, (USA). Disponível em <http://www.bmi.com/creators/detail> Acesso em 26.07.16

BYRNE, David. **Como funciona a música**. Tradução de Otávio Albuquerque. Barueri, SP: Amarilys, 2014.

BRANCO JUNIOR, Sergio Vieira. **Direitos autorais na internet e o**

uso de obras alheias. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2832>. Acesso em 02.09.16.

CARBONI, Guilherme. Direito Autoral nas atividades de DJ e produção de música eletrônica. **CONJUR**, Julho de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-14/guilherme-carboni-criacao-musica-eletronica-regras-violacao-direitos-autorais>. Acesso em 10.06.16

GAMMONS, Helen. **The art of music publishing.** London: 2011, Focal Press.

HARRISON, Ann. **Music: The Business** – The Essential Guide To The Law And The Deals. Great Britain: Virgin Books, 2014.

KRAFTWERK lose legal battle over their music being sampled. **The Guardian.** London. 31 de maio. 2016. Disponível em <https://www.theguardian.com/music/2016/may/31/kraftwerk-lose-legal-battle-over-their-music-being-sampled>. Acesso em 26.06.2016

KRASILOVSKY, M. William; SHEMEL, Sidney. **This business of music.** The definitive guide to the Music Industry. New York: Watson-Guption Publication, 2007 (with contributions by GROSS, John M. and FEINSTEIN, Jonathan). 10th ed.

LESSA, Isabella. Tecnologia é o nome que se dá a coisas que não funcionam. **Meio e mensagem.** Disponível em <http://cannes.meioemensagem.com.br/cobertura2016/seminários/2016/06/19/brian-eno-tecnologia-e-o-nome-que-se-da-a-coisas-que-nao-funciona>. Acesso em 28.07.16

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre:** Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei Para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade. São Paulo: Trama, 2005. Disponível em http://www.lacorte.adv.br/blog/wp-content/files/books_cc/livroCC_Lessig_CulturaLivre_tradTrama.pdf. Acesso em 13.08.16

McLEOD, Kembrew and DICOLA, Peter. **The Law and culture of digital sampling**. Durham and London: Duke University Press, 2011.

PASSMAN, Donald S. **All you need to know about the music business**. New York: 2013, Simon & Schuster. 8th Ed.

SMITH, Michel D; TELANG, Rahul. **Streaming, sharing, stealing: big data and the future of entertainment**. Cambridge/Masachusetts: The MIT Press, 2017.

SNOMAN, Rick. **Dance Music Manual: Tools, Toys and Techniques**. New York and London: Focal Press. 2009. 2nd Ed.

STRASBURG JUNIOR, Carlos Edson. O *fair use* como limitação aos direitos autorais no Brasil: precedente Superior Tribunal de Justiça. **Revista da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual**, nº 142, Mai/Jun 2016, p. 62/65.I

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

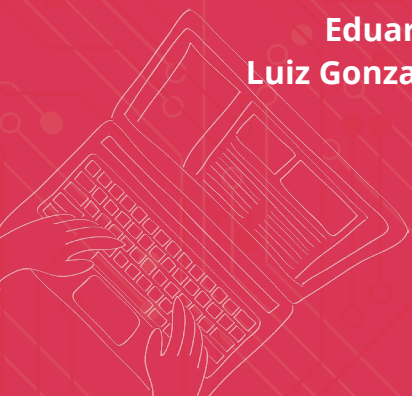
Eixo temático:

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação

Título:

**STREAMING DE OBRAS
MUSICAIS E SUA
NATUREZA JURÍDICA: UMA
ANÁLISE A PARTIR DA
DECISÃO DO STJ NO CASO
ECAD VERSUS OIFM**

**Eduardo Pires e
Luiz Gonzaga Silva Adolfo**



STREAMING DE OBRAS MUSICAIS E SUA NATUREZA JURÍDICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO DO STJ NO CASO ECAD VERSUS OIFM

Autores: Eduardo Pires e Luiz Gonzaga Silva Adolfo

Instituição: Universidade de Santa Cruz do SUL (UNISC)

RESUMO: As novas tecnologias tem causado grandes mudanças na sociedade e no direito. Nesse sentido percebe-se que o Direito de Autor, no que tange as formas de exploração das obras musicais, vem sendo consideravelmente afetado ou modificado a partir do desenvolvimento da internet e, recentemente do *streaming*. Nessa perspectiva, considerando a contínua discussão e divergências sobre a temática, mesmo após a recente decisão do STJ no Resp 1559264/ RJ que definiu o *streaming* como execução pública, objetiva-se neste trabalho, analisar a tema, a partir da referida decisão do STJ, visando apresentar um conceito acerca da natureza jurídica do *streaming*, sob a ótica dos direitos autorais. O tema é abordado utilizando-se do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e, acaba mostrando que o *streaming* possui diferente natureza jurídica, de acordo com a sua modalidade de utilização. Nesse sentido, chegou-se à conclusão que a modalidade *simulcasting*, ao menos no caso da OIfm, caracteriza-se, de fato, como forma de execução pública e, portanto, o entendimento alcançado no presente trabalho, nesse ponto, converge com o posicionamento do STJ. Por outro lado, conclui-se que o *streaming*, na modalidade *on-demand webcasting*, tem natureza jurídica diversa da execução pública, muito embora possa estar abarcado dentro do conceito de comunicação pública, na condição de subespécie deste. Assim, considera-se o *on-demand webcasting* como um ato de colocação a disposição do público, a depender de uma autorização prévia e específica do autor para tanto e afasta, por ausência de previsão legal, a atuação do ECAD nessa modalidade.

Palavras-chave: Direito de Autor. *Streaming*. Música. Plataformas Digitais.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico afeta, de forma geral, a vida das pessoas e das empresas e, conseqüentemente, pode trazer também, reflexos jurídicos nas mais diversas áreas.

No caso dos bens intelectuais, mais especificamente, o surgimento de novas tecnologias possibilita novas formas exploração e de acesso às obras, o que pode representar, a depender do ponto de vista, benefícios ou prejuízos, seja para os titulares dos direitos autorais, seja para a sociedade de consome, utiliza ou acessa os bens intelectuais, ou ainda, para as empresas e sociedades que exploram ou de alguma forma trabalham na área.

Contudo as novas possibilidades tecnológicas podem causar, também, embates jurídicos sobre os delineamentos dos Direitos Autorais, como por exemplo, sobre classificações de novas formas de exploração das obras intelectuais e, por via de consequência, da necessidade ou não de autorizações, sobre a titularidade da gestão dos direitos, entre outras questões.

Com efeito, é possível constatar que o mercado musical tem sido, historicamente, um dos mais atingidos pelo surgimento de novas tecnologias, sobretudo a partir da internet e das possibilidades de digitalização e compartilhamento das obras musicais.

Nessa perspectiva, um tema que está no foco das discussões acerca das obras musicais aqui e no mundo, tem sido a classificação do *streaming* como forma de exploração das obras musicais, bem como o modo de remuneração do autor por meio de plataformas digitais que disponibilizam músicas na internet para serem acessadas pelos usuários via *streaming*.

No Brasil, algumas decisões judiciais de primeira e segunda instância já haviam discutido a matéria, em que tinha-se o ECAD no polo passivo, buscando ter reconhecido o direito de cobrar direitos autorais de execução pública sobre as obras disponibilizadas na internet pelas plataformas de *streaming* e, também, pela transmissão ou retransmissão de músicas por rádios online.

Todavia, as decisões não vinham sendo favoráveis ao ECAD, pois ou vinham descaracterizando a exploração das obras na internet como execução pública ou, no caso da transmissão simultânea, na internet, da programação de rádios analógicas (*simulcasting*), as decisões vinham reconhecendo que como já havia a licença e pagamento ao ECAD pelo conteúdo transmitido por radiodifusão, a cobrança da mesma rádio, pela retransmissão do mesmo conteúdo na internet representaria *bis in idem* e, portanto, não poderia ocorrer.

Ocorre que, em decisão recente, proferida em fevereiro de 2017, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), reconheceu ao ECAD, o direito de fiscalizar e cobrar direitos autorais de execução pública nos casos de streaming de músicas, nas modalidades *simulcasting* e *webcasting*.

Todavia, considerando a relevância e possíveis efeitos que o tema pode causar sobre o direito de autor nas obras musicais e no próprio mercado musical, bem como diante de fortes divergências sobre a matéria, busca-se no presente trabalho, verificar, a partir da análise da decisão do STJ no Recurso Especial (REsp) 1559264/ RJ, em comparação com a legislação e doutrina atinente, qual a natureza jurídica do *streaming* sob a ótica dos direitos autorais.

Para tanto, em um primeiro momento a análise se debruçará sobre os principais pontos da decisão do STJ no REsp 1559264/ RJ, de forma a destaca-los para posterior análise crítica. Na sequência, a fim de facilitar a compreensão do tema, serão apresentados os principais conceitos que serão adotados no trabalho a respeito das expressões estrangeiras que servem para classificar os serviços existente para disponibilização música na internet.

Ao final, portanto, o trabalho pretende responder qual a natureza jurídica do *streaming* sob a ótica dos direitos autorais, partindo, para tanto, dos elementos existentes na decisão do STJ, buscando, ainda, destacar os pontos de concordância e discordância com o julgado.

2. A DECISÃO DO STJ NO RESP 1559264 / RJ A RESPEITO DO *STREAMING* DE MÚSICAS

Recentemente, o STJ analisou questão que vem sendo debatida já há algum tempo no Brasil e no mundo, que versa sobre a natureza jurídica dos serviços de streaming de música e da possibilidade de cobrança ou não de direitos autorais dos serviços de *streaming* pelo órgão de gestão coletiva, no caso, o ECAD.

Nesse sentido, no dia 08 de fevereiro de 2017, a Segunda Seção do STJ, no Recurso Especial nº 1559264/RJ, movido pela ECAD contra a OI S.A, cujo relator foi o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, por maioria decidiu, em suma, que os serviços de streaming, em ambas as subclassificações apresentadas no processo, isto é *webcasting* e *simulcasting*, são considerados como formas de execução pública a ensejar, portanto, a autorização e cobrança de direitos autorais por parte do ECAD.

Há que se destacar que a decisão referida foi precedida por uma audiência pública, ocorrida em 14 de dezembro de 2015, com a participação de especialistas e interessados no tema, havendo, portanto, amplo debate sobre o assunto.

Ainda, registra-se que houve um voto divergente, por parte do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que defendeu, em resumo, a tese de que não há execução pública no serviço caracterizado como *webcasting* e que a cobrança de direitos autorais no sistema *simulcasting*, por parte do ECAD, representaria *bis in idem*, já que a OI FM, objeto de análise, já pagava diretos autorais pelo sistema de radiofusão ao próprio ECAD e, ainda, que a nova cobrança incidiria sobre o faturamento da referida empresa que contempla, portanto, também os resultados vinculados ao sistema de radiofusão.

Importante, para enfrentar o tema proposto no presente trabalho, a análise mais detalhada dos pontos de fundamentação apresentados na referida decisão e que levaram os Ministros, por maioria, ao entendimento de que os serviços de *streaming* possuem natureza jurídica de execução pública.

Sendo assim, analisando o voto do Relator, presente na mencionada decisão, observa-se que, inicialmente, o Ministro apresenta um conceito do que entende por *streaming*, nos seguintes termos:

Streaming é a tecnologia que permite a transmissão de dados e informações, utilizando a rede de computadores, de modo contínuo. Esse mecanismo caracteriza-se pelo envio de dados por meio de pacotes, sem que o usuário realize *download* dos arquivos a serem executados. No *streaming* de música, por exemplo, não se usa a memória física do computador (HD), mas, sim, a conexão à internet para transmissão dos dados necessários à execução do fonograma. (REsp 1559264/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 15/02/2017, p. 7)

Posteriormente, o voto apresenta a classificação de streaming nas subespécies *webcasting* e *simulcasting*, de modo que a primeira subespécie, é caracterizada na decisão como aquela em que existe a possibilidade da intervenção do usuário na ordem da execução das músicas, isto é, em que há a possibilidade de interatividade, enquanto na segunda espécie não há esta possibilidade (REsp 1559264/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 15/02/2017, p. 8)

Por sua vez, no que tange a interatividade nos serviços de *streaming* de músicas (*webcasting*), a decisão estabelece que ela ocorrerá nas hipóteses em que é o usuário que determina a tempo, o local e o modo e também o conteúdo a ser transmitido, a partir de uma base de dados de obras musicais disponível na internet. (REsp 1559264/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 15/02/2017, p. 8)

No item seguinte do voto, cujo título é “Da transmissão via *streaming* como ato de execução pública”, são apresentados os elementos a fundamentar a posição de que os serviços de *streaming* possuem natureza jurídica de execução pública.

Nesse ponto, após referir, com fundamento no art. 29, inciso VII, i) e inciso X, que a tecnologia *streaming* está enquadrada no âmbito das previsões normativas e, portanto, representa exploração econômica das obras intelectuais, o voto do relator, afirma, ainda, que o *streaming* está sujeito a mesma disciplina jurídica de outras espécies de utilização das obras intelectuais, como o rádio e a televisão, tão somente diferenciando-

se destas pelo modo diverso de transmissão, que seria, portanto, pela internet e não por meio de radiodifusão.

Outrossim, outro ponto importante, dentro da linha de construção da tese apresentada no voto para caracterização do serviços de *streaming* como execução pública, foi o novo conceito, apresentado pelo relator, ao considerar a internet como local de frequência coletiva, referindo ainda que:

Além disso, é de fácil percepção que tanto o conceito de comunicação ao público (art. 5º, V, da Lei nº 9.610/1998) - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento -, quanto o de execução pública (art. 68, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.610/1998) são de tal modo abrangentes que conduzem à conclusão de que a noção de local de frequência coletiva compreende os espaços físico e digital, incluindo-se neste último as plataformas digitais, notadamente um ambiente que alcança número indeterminado e irrestrito de usuários, existentes não mais em um único lugar ou país, mas em todo planeta, o que eleva exponencialmente a capacidade de exploração econômica das obras. (REsp 1559264/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 15/02/2017, p. 11)

Além disso, a eventual interatividade existente no serviços de *streaming* é refutada pela decisão como critério para definir se uma execução pode ser considerada como pública ou não.

Portanto, o simples fato de a obra musical estar disponível ao público, no ambiente digital, segunda a decisão, é suficiente para caracterizar a execução como pública, referindo que:

Os conceitos até aqui delineados (transmissão, comunicação ao público e execução pública, veiculados, respectivamente, nos artigos 5º, incisos II e V, e 68, § 2º, da Lei nº 9.610/1998), associados às alterações da noção de público produzidas pelas novas tecnologias permitem concluir que a transmissão digital via *streaming* é uma forma de execução pública.

Na sequência da fundamentação, o voto adentra mais a fundo na questão do streaming com interatividade, citando inclusive os Tratados

da OMPI a respeito, e ao compreendê-lo dentro do conceito de “direito de colocar à disposição do público” ou “making available right”¹, que segundo o voto, vincula-se ao direito de comunicação ao público e, por sua vez, representa um ato de execução pública.

Nesse sentido, a decisão destaca, de forma definitiva, que há o reconhecimento no ordenamento jurídico, de um amplo direito de comunicação ao público e que o simples ato de disponibilizar a obra no ambiente digital já qualifica sua utilização como execução pública, inclusive na transmissão digital interativa, pois o ato a ser considerado é o da disponibilização e não a forma de utilização.

Por fim, o voto cita, com base em Nota Técnica do Ministério da Cultura juntado ao processo, que a cobrança de direitos autorais dos serviços de disponibilização de música na internet, por meio das sociedades de gestão coletiva, já é uma realidade em diversos outros países² e, portanto, que a não adoção no Brasil, do entendimento de que o *streaming* é um ato de execução pública, poderá ferir o princípio da reciprocidade, podendo, assim, prejudicar o repasse de valores referentes a direitos autorais de obras brasileiras arrecadados no exterior, pelas entidades de gestão coletiva estrangeiras.

3. CONCEITOS E QUESTÕES BASE PARA O DEBATE SOBRE O TEMA

Antes de adentrar na análise crítica da decisão objeto de análise, é importante que se apresente a conceituação de alguns elementos fundamentais para compreensão do tema, o que passa-se a fazer a seguir:

3.1 *STREAMING VERSUS DOWNLOAD*

1 Como conceituado no Tratado de Direito de Autor da OMPI (WCT – WIPO Copyright Treaty), em seu art. 8º, o qual é mencionado como fundamento e inclusive transcrito no voto do Relator.

2 O voto cita especificamente os seguintes países: França, Alemanha, Espanha, Itália, Bélgica, Suíça, Reino Unido.

Inicialmente cumpre destacar que existem dois principais modelos de tecnologia ou formas de transmissão e acesso à música na internet à disposição do usuário: são elas o download e o streaming.

A grande diferença entre os dois modelos, tecnicamente falando, encontra-se no fato de que o download é baseado na entrega total do conteúdo, podendo o usuário obter de forma definitiva o áudio, mas apenas podendo escutá-lo após a entrega total, enquanto o streaming tem como característica a entrega parcial, em que há um armazenamento apenas temporário do áudio, a permitir que o usuário tão-somente escute a música, mas que, no entanto, o faça na medida que o conteúdo vai sendo armazenado no equipamento receptor³ (Haandel, 2009).

Portanto, um fator importante a ser considerado e que pode refletir também na análise da natureza jurídica do *streaming* é que há, também, nesta tecnologia, um download do áudio para o equipamento do usuário, que fica armazenado, no entanto, como antes referido, apenas temporariamente, pelo período que se escuta a música ou, em alguns casos, até que se desligue o equipamento.

Há alguns anos vem se acompanhando um grande movimento de mudança em relação a forma de se ouvir música a partir da internet. Nesse sentido, há uma migração contínua da utilização do *download* para o *streaming*.

Essa mudança se justifica por algumas vantagens que o *streaming* oferece ao usuário em relação ao *download*. Um dos grandes benefícios do *streaming* é a possibilidade de escutar o áudio de forma contínua e quase simultânea a que o arquivo é descarregado, enquanto que por meio do download, há a necessidade de se aguardar que o arquivo seja totalmente descarregado para depois escutá-lo. Outra grande vantagem é que o *streaming*, por não armazenar de forma definitiva os dados no equipamento, acaba não ocupando espaço na memória ou disco rígido, mas mesmo assim permite o acesso às músicas desejadas e, inclusive, a depender da modalidade do serviço, no momento e local que o usuário desejar, caso tenha acesso à internet.

3 Computador, Smartphone, tablet, etc.

Nessa perspectiva, o *streaming* pode ser definido como uma transmissão contínua de áudio e/ou vídeo por meio da internet (HANNON, 2012). Nesse sentido, Rao et. al (2011), explicam que a transmissão de um arquivo (áudio e/u vídeo) por meio do *streaming*, ocorre em duas fases.

Na primeira fase, denominada de *buffering phase*, após o usuário selecionar, por exemplo, uma música a ser ouvida, o servidor de *streaming* é acionado e inicia o envio dos dados do áudio pela internet ao equipamento do usuário. Nesta fase, os dados recebidos pelo usuário vão sendo armazenados no *buffer*. Quando houver quantidade suficiente de dados no *buffer*, inicia-se a segunda fase, denominada de *steady state phase*, em que o áudio passa a ser executado de forma contínua por meio dos autôfalantes do equipamento do usuário, que passa portanto, a ouvir a música, sendo que, de forma simultânea o áudio continua a ser descarregado do servidor de *streaming* até o equipamento do usuário, sendo armazenado para a execução (RAO et. al 2011).

Destaca-se que a fase do *buffering* é realizada para fins de evitar interrupções na execução do áudio, ou seja, é feito um armazenamento chamado também de carregamento, para que não falem dados na memória do equipamento receptor a serem executados e portanto não haja cortes na audição da música. Segundo Luini e Whitmann (2002, p. 6) o *buffering* apresenta-se como uma característica ou funcionalidade semelhante ao sistemas que comumente existiam nos *players* de CDs portáteis, para evitar vibrações no disco de forma a interromper a música em execução.

3.2 CLASSIFICAÇÃO: *STREAMING, WEBCASTING, SIMULCASTING, REAL STREAMING, ON DEMAND WEBCASTING*

Da análise da íntegra do Recurso Especial nº 1559264/RJ, em exame, sobretudo das decisões precedentes em 1ª e 2ª instâncias, percebe-se que há uma grande confusão, tanto por parte dos julgadores, como pelas próprias partes do processo, no que tange aos conceitos e

diferenciação entre *streaming*, *webcasting* e *simulcasting*, o que se justifica pelas características da tecnicidade e novidade que envolve o tema.

Nesse sentido, julga-se importante, para uma melhor análise dos elementos do tema e da decisão, a diferenciação dos serviços e tecnologias que permitem a utilização de obras musicais na internet e é o que passa-se a fazer a seguir.

3.2.1 *STREAMING*

É possível dizer que o *streaming* é a tecnologia, pela qual é possível a transferência de arquivos de áudio (e/ou vídeo) em rede de computadores, por meio da internet ou não, de modo que, a partir do envio de pacotes de dados, do *buffering* e armazenamento provisório dos arquivos, torna possível ao usuário, por exemplo, escutar um áudio armazenado em um determinado servidor antes mesmo de finalizar o download. Torna possível também escutar áudios e vídeos transmitidos em tempo real, realização de videoconferências, ou, ainda, ouvir uma rádio de forma simultânea a sua transmissão por radiodifusão, bem como outras possibilidades.

3.2.2 *WEBCASTING*

Quando se fala de *webcasting*, está se tratando da denominação dada ao serviço que utiliza a tecnologia *streaming* para permitir a transferência de dados por meio da internet. Enquanto a tecnologia *streaming* permite a utilização, por exemplo, na internet e também em redes wireless privadas ou corporativas, o *webcasting* limita-se a utilizar esta tecnologia na internet (AUSTERBERRY, 2008, p. 8)

Portanto, os conceitos de *streaming* e *webcasting*, no âmbito da internet praticamente se confundem e, inclusive, são constantemente utilizados como sinônimos.

O *webcasting* ou *streaming* de músicas na internet, pode ser

subdividido em duas espécies, quais sejam: *live streaming webcast* e *audio on-demand*.

3.2.1.1 LIVE STREAMING WEBCAST

O *live streaming webcast* é caracterizado, sobretudo, por ser de transmissão contínua, assemelhando-se muito ao sistema *broadcasting*, isto é, ao sistema utilizado pela rádio e televisão, em que há já uma programação pré-fixada em andamento, acessível ao usuário via internet ou simplesmente a transmissão ao vivo de um evento, por exemplo. No entanto, em regra, sem possibilidade de interatividade ou, ainda, de escolha e alteração do programa.

Portanto, exemplificando, uma rádio online utiliza do sistema de *live stream webcat*, pois disponibiliza uma programação contínua aos seus usuários ou consumidores, que podem acessar tal programação de acordo como ela vai sendo transmitida. Não há a possibilidade, portanto, de escolher o que escutar e em qual momento escutar, devendo-se seguir a programação.

Da mesma forma, quando uma rádio tradicional analógica, isto é, cujo funcionamento se dá por radiodifusão, retransmite sua programação, de forma simultânea, via internet, utiliza-se do *live stream webcast*. Neste caso, será considerado, ainda, como *simulcasting*, pois haverá a simultaneidade de transmissão, por meio de duas tecnologias, no caso a radiodifusão e o *streaming*.

Destaca-se que na decisão do STJ, em análise, o caso concreto trata em um dos pontos de análise especificamente disso, ou seja, da transmissão simultânea pela Rádio OI FM de sua programação via radiodifusão e pela internet, via *streaming*, sendo por isso caracterizada como *simulcasting*. Todavia, importa ressaltar que *simulcasting* não é considerado como uma tecnologia ou um serviço específico, mas tão somente a simultaneidade de transmissão por meio de duas tecnologias diferentes, como pode ocorrer também, com uma rádio que tenha sua programação transmitida, de forma simultânea, por canais de televisão a cabo.

Portanto, a transmissão da programação de uma rádio pela internet é considerada, no âmbito dos conceitos aqui delineados, como *live streaming webcast*, podendo a transmissão ser originária de uma rádio digital, que funciona apenas via internet, ou ainda, ser originária de uma retransmissão da programação de uma rádio analógica cuja transmissão ocorra por radiodifusão.

Nesse último caso, caracterizado como *simulcasting*, que como visto, é sobre o qual paira uma parte da discussão travada no processo em análise, pois questiona-se, se pelo fato de a rádio analógica já ter pago os direitos autorais por execução pública ao ECAD, referente a sua programação, faz com que a cobrança da transmissão pela internet, da mesma programação, seja fato gerador de nova cobrança de direitos autorais por execução pública ou se, por outro lado, a cobrança representaria *bis in idem*.

Como visto, muito embora as decisões de primeira e segunda instância tenham entendido pela impossibilidade de nova cobrança em caso do *simulcasting*, nos termos aqui tratados, o STJ entendeu pela necessidade de novo pagamento dos direitos autorais, sobretudo com fundamento de que a licença para execução pública via radiodifusão não contempla a licença para execução pública por *streaming*, via internet, sendo que a transmissão por outro meio tecnológico, mesmo que da mesma programação, demanda nova licença e, conseqüentemente, novo pagamento.

3.2.1.2 ON-DEMAND WEBCASTING

Há, atualmente, algumas plataformas digitais e sites na internet que oferecem ao usuário, um catálogo de arquivos de áudio e ou vídeo para serem assistidos ou ouvidos via internet, pela tecnologia *streaming*, na hora e local que o usuário escolher e, ainda, com diversas possibilidades de interatividade. Pois, nesses casos, o tipo de serviço oferecido é denominado de *on-demand webcasting* (BIDGOLI, 2004, p. 69).

Nesse caso, os arquivos são armazenados pela prestadora de serviço em servidores ligados à internet, permitindo ao usuário conectado ao

servidor por meio de um dispositivo com acesso à internet (computador, notebook, smartphone, etc), escolher, dentre os arquivos disponibilizados, aquele que pretende assistir ou escutar via *streaming*, no local e momento que desejar.

No caso das obras musicais, é o típico serviço oferecido pelas chamadas plataformas de *streaming*, como Spotify, Deezer, Napster (em seu formato atual), Google Play, entre outros, que disponibilizam catálogos de milhões de músicas aos seus usuários, de modo que estes possam escolher quais músicas ouvir e, ainda, quando e onde as escutar.

4. DA COBRANÇA DE EXECUÇÃO PÚBLICA NO CASO DE *SIMULCASTING*

No que tange a questão das transmissões de áudio compreendidas no contexto da decisão em análise como *simulcasting*, isto é, quando uma rádio analógica transmite de forma simultânea, sua programação pela internet, que é o que, de fato, ocorria no caso concreto da Oi FM, como visto, o Tribunal reconheceu o direito de o ECAD realizar a cobrança em decorrência da execução pública, além daquela já realizada em decorrência da transmissão pela rádio analógica, também pela transmissão via internet.

Assim, a decisão reconheceu como execução pública o *simulcasting*, e compreendeu que inexistia *bis in idem* na cobrança da transmissão feita pela internet, cuja tese vinha sendo defendida pela Oi FM e havia sido adotada pelas decisões anteriores de primeiro e segunda grau.

Quanto a este ponto, há que se concordar plenamente com a decisão do STJ, pois a lei 9.610/98 é clara ao prever no seu art. 31⁴, que cada modalidade de utilização das obras intelectuais, demanda uma autorização específica, e consequentemente, uma remuneração independente.

Portanto, no caso do *simulcasting* em análise, em que a transmissão da rádio fica acessível de forma simultânea pela internet, muito embora o conteúdo transmitido seja o mesmo, ao utilizar tecnologia diversa, no

4 Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.

caso a internet, permite-se o entendimento de que se está frente a nova modalidade de utilização.

A tese da cobrança de novo valor, no caso do *simulcasting*, pode ser reforçada por dois principais fatores:

a) Novas possibilidades de exploração econômica a partir das obras musicais.

Por óbvio que uma rádio ao criar um novo canal para disponibilização de seu conteúdo aos usuários/consumidores, viabiliza também outras possibilidade de exploração econômica, sobretudo por meio de anúncios publicitários.

Assim, diante do fato de que a transmissão da programação da rádio simultaneamente pela internet possibilita novo meio de exploração econômica, mediante a utilização das obras musicais, mostra-se adequada nova licença de utilização destas obras para este fim específico.

b) Ampliação do público a ser atingido

Há que se considerar, ainda, que uma rádio tradicional analógica, ou seja, que funcione por radiodifusão, possui um limite de alcance de sua programação, de acordo com as condições técnicas de potência e de localização de seus equipamentos.

Todavia, ao disponibilizar sua a programação na internet, a rádio extrapola limites de alcance do público antes existentes, ou seja, uma rádio, por exemplo, que tecnicamente tenha alcance apenas ao público de determinado Município ou ainda de um Estado do país, ao disponibilizar sua programação na internet passa a estar acessível a qualquer pessoa, de qualquer lugar do país ou do mundo, desde que tenha acesso a rede mundial de computadores.

Portanto, esta ampliação no alcance do público e que representa, por consequência, a ampliação dos limites da utilização da obra musical

é fato relevante a ser considerado para a análise da necessidade de nova licença e novo pagamento aos autores.

Tanto o é que no âmbito da comunidade europeia, por exemplo, em casos análogos enfrentados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)⁵, vinha sendo adotado o entendimento de que em caso de autorização para uma comunicação ao público e havendo uma segunda comunicação do mesmo conteúdo, esta segunda comunicação apenas estaria sujeita a nova autorização e, conseqüentemente, novo pagamento, caso ela viesse a atingir um “público novo”, ou seja, teria que alcançar um público que não havia sido considerado pelos titulares dos direitos de autor, quando do primeiro licenciamento (FILGUEIRAS, 2016, p. 196).

Todavia, nesse contexto, cumpre destaca que, posteriormente, no acórdão de 7 de março de 2013, proferido no processo C-607/2011, o TJUE, consignou em um caso oriundo do Reino Unido e envolvendo hipótese de *simulcasting* em que havia a transmissão simultânea pela internet de programação televisiva, pela empresa TVCatchp, Ltd, que a análise da existência de um “público novo” era irrelevante para o deslinde da questão.

Portanto, o ponto relevante para o caso é que havia duas transmissões de conteúdo contendo direitos autorais, sendo que cada era efetuada mediante condições técnicas específicas, o que consiste em modos diferentes de transmissão e, por conseqüência, demandam autorizações também específicas.

5. DA INEXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO PÚBLICA NO CASO DE *WEBCASTING*

Inicialmente é importante esclarecer que o que se chama de *webcasting* no caso concreto da OI FM é a disponibilização, em seu site, de músicas e álbuns, caracterizados como *podcasts*⁶, para serem ouvidos sob demanda dos usuários, ou seja, no local e no momento que os usuários

5 Ver acórdão de 07/12/2006, do Processo C-306/05; acórdão de 04/10/2011, do Processos C-403/08 e C-429/08; e acórdão de 13/10/2011, dos Processos C-431/09 e C-432/09)

6 CONCEITO DE PODCASTS

escolherem.

Portanto, dentro da classificação apresentada aqui anteriormente, o serviço de *webcasting* oferecido pela OI FM é qualificado como *on-demand webcasting*. Nesse contexto, é possível afirmar que os efeitos da decisão em análise se estendem e alcançam outros serviços que disponibilizam músicas online, via *streaming*, para acesso sob demanda, como aqueles oferecidos por plataformas digitais como Spotify, Deezer, Napster, etc.

Reitera-se que a decisão do STJ em análise considerou o *webcasting* também como forma de execução pública, mesmo que haja interatividade e que as músicas sejam disponibilizadas para acesso individualizado, no local e horário que o usuário definir.

Pois discorda-se da decisão do STJ neste ponto específico, pois entende-se que muito embora a disponibilização de músicas na internet na modalidade *webcasting* possa ser considerada como um ato de comunicação ao público, em sentido amplo, não pode ser caracterizada, em sentido estrito, como execução pública, pelas seguintes razões:

5.1 TRANSMISSÃO INDIVIDUALIZADA

Quando se fala de *webcasting*, no sentido dado pela decisão ora em análise, deve-se entender como o serviço que disponibiliza músicas online por meio de uma plataforma digital, a serem transmitidas ao usuário, por meio da tecnologia *streaming*, apenas quando e se este escolher ouvir a música.

Dessa forma, enquanto o usuário não seleciona a música a ser ouvida, não há transmissão, nem execução, há apenas uma mera disponibilização de conteúdo, que pode ser ou não utilizado.

Portanto, tão somente quando um usuário resolve selecionar uma determinada música ou *playlist* a ser ouvida é que ocorrerá a transmissão. Nesse caso a mencionada transmissão ocorrerá de forma direta e individualizada entre o servidor onde o conteúdo está armazenado e o dispositivo⁷ utilizado pelo usuário.

Sendo assim, considerando que há uma transmissão

⁷ Computador, tablet, smartphone, notebook, etc.

individualizada e, ainda, considerando o fato de que cada usuário escolhe o local e horário que acessará o conteúdo, parece claro que se está diante de uma transmissão privada e, por consequência, não há execução pública.

5.2 DIFERENÇA TEMPORAL

Disponibilizar uma obra musical na internet para acesso via *on-demand webcasting*, significa, como já visto, permitir que a obra seja executada apenas no momento em que o usuário a selecionar, ou seja, não há uma execução continuada, não há simultaneidade entre a disponibilização da obra na internet e a sua execução e transmissão e, ainda não há simultaneidade entre os acessos e transmissões realizados por usuários diferentes.

Além disso, pela própria característica de sua execução ocorrer apenas no momento escolhido individualmente por cada usuário, faz com que inexistam simultaneidade na execução ou transmissão daquela obra disponível na rede.

Esses fatores são elementos demarcadores a diferenciar a execução pública ou mesmo, mais especificamente, a radiodifusão, da disponibilização de uma obra musical na internet para ser acessada no momento e local escolhidos pelo usuário.

Nesse sentido, segundo Cordeiro (2012, p. 191) “colocar um ficheiro de uma música num sitio da internet não implica num acesso simultâneo ou quase simultâneo ao momento em que o ficheiro é colocado na rede”. Portanto, a diferença temporal entre a colocação da obra musical na internet e a sua execução e, ainda, a ausência de simultaneidade no acesso pelos usuário às músicas são pontos que distinguem a execução pública e radiodifusão deste ato específico de disponibilizar uma obra na internet para ser acessada no momento e local escolhido pelo usuário.

5.3 IRRELEVÂNCIA DA CARACTERIZAÇÃO DA INTERNET COMO LOCAL DE FREQUÊNCIA COLETIVA.

Diante dos argumentos apontados no item anterior, sobretudo a inexistência de execução ou transmissão sem o comando de um usuário, bem como, o fato de que quando há a transmissão, esta sempre será individualizada ou seja, diretamente entre o servidor e o disposto do usuário, torna-se irrelevante, para o deslinde do caso, se a internet é considerada como um local de frequência coletiva ou não.

Pensar ao contrário e caracterizar a modalidade *on-demand webcasting* como execução pública em decorrência da internet ser considerada como um local de frequência coletiva, seria o mesmo que caracterizar a venda de CDs em uma praça pública como execução pública, ou ainda, cobrar execução pública de um restaurante que possui um aparelho de rádio, mas que fica sempre desligado.

Isso, porque, guardada as proporções tecnológicas, o comerciante que vende CDs em uma praça pública, está em um ambiente de frequência coletiva e está disponibilizando ao público acesso a músicas, no entanto sem haver qualquer tipo de transmissão ou execução musical antes de ocorrer a venda, ou seja, antes de haver o ato do consumidor de escolher as músicas ou artista e de optar por executá-las. Assim, se algum consumidor comprar um CD do comerciante, inseri-lo em um CD player com fones de ouvido e escutar as obras musicais, mesmo que seja naquela praça pública (local de frequência coletiva), certamente não haverá execução pública, pois trata-se de execução privada.

Portanto, mesmo que seja questionável a caracterização da internet como local de frequência coletiva, o que representa, inclusive, uma ampliação do conceito previsto no §3º, do art. 68 da lei 9.610/98, tal fato não seria capaz, por si só, de definir os serviços *on-demand webcasting* como execução pública, justamente porque, ao contrário, neste caso há uma transmissão privada.

Nesse sentido, Ascensão (1999, p. 30) ao tratar da colocação de obras intelectuais na internet a disposição do público, refere que quando o usuário acessa tais obras intelectuais em seu computador não há qualquer ato de comunicação ao público, por tratar-se de uma visualização ou audição (a depender do tipo de obra) que se faz em privado e, portanto, inclusive escaparia ao direito de autor.

Portanto, de acordo com a legislação em vigor entende-se que o serviço de *webcasting* não pode ser objeto de cobrança pelo ECAD, a não ser mediante alteração legislativa. Contudo, muito embora entenda-se que o serviço de *webcasting* não possa ser concebido como forma de execução ou transmissão pública, isso não significa dizer que tal modalidade de utilização das obras intelectuais estaria fora do âmbito de proteção do direito de autor.

Qual seria, então, a modalidade de utilização ou disponibilização das obras musicais que caracteriza o *webcasting*?

Conforme entendimento adotado neste trabalho a disponibilização de músicas na internet pelas plataformas digitais, para acesso via *streaming*, enquadra-se no conceito de “colocação à disposição do público”, que, no entanto não encontra previsão legal expressa na legislação brasileira, estando previsto no art. 8º do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de 1996, o qual o Brasil não é signatário.

6. WEBCASTING COMO MODALIDADE DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO

Conforme referido, a posição adotada neste trabalho é que o *webcasting*, no âmbito do direito de autor, caracteriza-se como modalidade de “colocação à disposição do público”. Essa modalidade surgiu com o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (WCT) de 1996, com o intuito de ajustar o direito de autor às novas possibilidades de exploração das obras intelectuais na Internet.

Portanto, o mencionado Tratado da OMPI, veio a criar uma nova modalidade de exploração econômica das obras intelectuais, especificamente vinculada as possibilidades tecnológicas da rede mundial de computadores, isto é, criou o direito exclusivo de o autor autorizar a colocação de suas obras a disposição do público, de forma que estas obras possam ser acessadas em um lugar e num momento individualmente escolhidos pelo usuário.

Importante, desde já ressaltar que, muito embora o Brasil não

seja signatário do tratado da OMPI, seria possível aplicar tal modalidade de direito de autor no cenário jurídico nacional, considerando que a lei brasileira de direitos autorais prevê, em seu artigo 29, X, a possibilidade aplicação de “quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas”

Destaca-se que, apesar de o direito de colocação à disposição do público poder estar abarcado dentro do conceito de comunicação ao público, este é uma subespécie que não se confunde com a subespécie execução pública, e portanto, não caberia ao ECAD a fiscalização e cobrança de valores referente a este tipo de exploração das obras musicais, pelo simples fato de inexistir previsão legal para tanto.

Há, inclusive, legislações que colocam o direito de colocação à disposição do público como uma modalidade autônoma, ou seja, desvinculado da modalidade comunicação ao público. É o que ocorre, por exemplo, na legislação portuguesa, que no seu Código de Direito de Autor e Direitos Conexos, ao enumerar as modalidades de exploração das obras intelectuais, separa expressamente as forma de comunicação ao público (aquelas reconhecidas pela lei brasileira de direitos autorais) da colocação à disposição do público, conforme art. 68, nº 2, “b” e “j”⁸ da lei portuguesa.

Dessa forma, seja como modalidade autônoma, seja como subespécie da comunicação ao público, o fato é que a o ato de disponibilizar uma obra intelectual na internet, de forma que os usuários ou consumidores possam acessá-la via *streaming*, no local e no momento que decidirem, deve ser caracterizado, no âmbito do Direito de Autor, como ato ou modalidade de colocação à disposição do público, que não confunde-se com outras modalidades previstas na lei 9.610/98, tal como radiodifusão

8 Artigo 68.º

Formas de utilização

[...]

2 - Assiste ao autor, entre outros, o direito exclusivo de fazer ou autorizar, por si ou pelos seus representantes: [...] b) A representação, recitação, execução, exibição ou exposição em público; [...]; j) A colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, da obra por forma a torná-la acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido;

ou execução pública.

Ademais, o ato a ser protegido pelo Direito de Autor é aquele efetivamente de colocar um obra intelectual, por meio de um arquivo digital salvo em um servidor, na internet, à disposição do público. Tal ato deve ser precedido pela autorização do autor, sem a qual, a obra não pode ser inserida no servidor para ser disponibilizada na internet.

Portanto, ressalta-se que é justamente e especificamente o ato de disponibilizar a obra na internet que deve ser objeto de tutela pelo Direito de Autor e não sua transmissão ou reprodução (ASCENSÃO, 1999, p.25)

Sendo assim, após a disponibilização na internet da obra, esgota-se, em regra, o limite de atuação do direito de colocação a disposição do público, sem prejuízo da criação de outros tipos de acordo e cláusulas contratuais que podem ou não remunerar o autor com base na quantidade de acessos das obras disponibilizadas.

No entanto, na ausência de acordos que vinculem remuneração pelos acessos que a obra disponibilizada tiver, entende-se que a exploração efetiva é livre, por não ser alcançada pelo Direito de Autor. Nesse sentido:

Tomemos por exemplo a visualização da obra no computador do destinatário. Não há aqui nenhum acto de comunicação que necessite de ser autorizado. Desde logo porque não há comunicação ao público. A visualização faz-se em privado, supõe-se, e escapa assim ao direito de autor (ASCENSÃO, 1999, p.30).

Também, se considerarmos que para que uma obra intelectual seja disponibilizada na internet, há a necessidade de sua reprodução em um servidor, poderia ser questionado se este ato de reprodução deve ser, também, expressamente autorizado e eventualmente remunerado.

A resposta é negativa, pois conforme refere Gomes (2011, p. 27), neste caso “a reprodução é meramente instrumental”. Ou seja, o que o Direito de Autor deve tutelar é a disponibilização da obra na internet, sendo que a reprodução do arquivo em um servidor é ato inerente, necessário e, portanto, instrumental para que a disponibilização seja possível. Assim, deve ser considerada autorizada a reprodução juntamente com a autorização para colocação à disposição do público.

Diante de todas essas considerações a respeito do *on-demand webcasting* até aqui realizadas, reitera-se o entendimento que ao se utilizar esta forma para fornecer acesso às obras intelectuais, a tutela do direito de autor deve se dar por meio da modalidade de colocação à disposição do público e não como execução pública, reprodução ou mesmo distribuição.

Considerando, portanto, a conceituação e classificação aqui apresentada para o *on-demand webcasting*, discorda-se da decisão do STJ, que considerou tal modalidade de serviço como execução pública e, assim, autorizou o ECAD a realizar a cobrança a este título.

Além disso, a decisão acaba por gerar certa insegurança jurídica no mercado musical, mais especificamente para as empresas e plataformas digitais de *streaming* de músicas.

Isso porque estas empresas vinham realizando contratos diretamente com os autores e titulares de direitos conexos⁹ para disponibilizar suas obras nas plataformas de streaming. No entanto, com a decisão que considera o *webcasting* como execução pública, não fica claro se a partir de então, os contratos teriam que ser realizados apenas com o ECAD ou se há necessidade de autorização e pagamento direto aos autores, da forma que vinha sendo feito e também cumulativamente a obtenção da licença e consequente pagamento junto ao ECAD, ou seja, um duplo pagamento. Destaca-se que a posição do ECAD é que deve haver a dupla autorização (autores e ECAD) e, consequentemente o duplo pagamento.

7. CONCLUSÃO

Como visto, a definição da natureza jurídica do *streaming* e, sobretudo de sua forma de classificação dentre as modalidades de exploração das obras musicais é de fundamental importância neste momento, pois trata-se de forma de acesso e consumo de músicas cada vez mais utilizada pela sociedade e explorada pelo mercado da música.

Assim, muito embora tenha havido uma decisão do STJ que venho

9 Na prática os contratos com os autores e titulares de direitos conexos são realizados entre a empresa que possui a plataforma de *streaming* com meio associações, agregadoras ou grandes gravadoras, que representam os titulares dos direitos.

a trazer algumas definições sobre o *streaming*, com base no caso concreto específico da OiFM, a discussão mostra-se ainda importante, seja porque muitos pontos da decisão são questionáveis do ponto de vista da legislação nacional e internacional, bem como da doutrina especializada, seja porque o julgado acaba deixando algumas lacunas e, assim gerando alguma insegurança jurídica.

Dessa forma, partindo-se dos principais pontos da decisão do STJ objeto da análise, buscou-se inicialmente, esclarecer os conceitos básicos apresentados na decisão e outros, também importantes, que envolvem o *streaming* e são fundamentais para a compreensão do debate.

No que tange ao objeto principal do trabalho, isto é, a definição da natureza jurídica do *streaming* sob a ótica dos direitos autorais, em suma houve a concordância com os termos da decisão do STJ quanto a autorização ao ECAD para a cobrança de direitos autorais sobre execução pública, quando uma rádio retransmitir por *streaming* a sua programação, já autorizada a ser transmitida via radiodifusão, ou seja, no caso de *simulcasting*.

Importante ressaltar que no caso do *simulcasting*, os fundamentos a autorizar a nova cobrança pelo ECAD são: a utilização de tecnologia diversa (*streaming*) daquela inicialmente autorizada (*radiodifusão*); novas possibilidades de exploração econômica; e novo público potencialmente atingido.

Por outro lado, quanto a modalidade denominada na decisão de *webcasting* e conceituada no trabalho como *on-demand webcasting*, discorda-se da posição adotado pelo STJ ao considerar tal forma de disponibilização das obras musicais como execução pública.

Isso porque não há execução pública no *on-demand webcasting*, pois na verdade se está diante de uma diferente modalidade de utilização das obras intelectuais caracterizada pelo ato específico de colocação à disposição do público. Esse ato, não previsto na legislação brasileira, muito embora possa ser considerado como forma de comunicação ao público, não pode ser confundido com a execução pública. Portanto são subespécies diferentes.

Todavia, a decisão do STJ, embora tenha feito referência ao Tratado

da OMPI, que estabeleceu o direito de colocação à disposição do público, não reconhece a autonomia desse direito e o confunde com a execução pública.

O efeito prático é que obriga a empresa que disponibiliza as obras musicais em uma base de dados para acesso via *streaming* tenha que pedir autorização e realizar pagamento ao ECAD para tanto. Todavia a decisão não trata se além da autorização do ECAD, será necessário também a autorização individual de cada autor por meio de seus representantes, como vinha ocorrendo.

Registra-se que a posição defendida no presente trabalho não representa uma oposição a gestão de direitos autorais realizada pelo ECAD. Muito pelo contrário, pois entende-se que uma gestão centralizada exclusivamente pelo ECAD, acabando com a insegurança jurídica existente poderia em muito auxiliar, de um lado o desenvolvimento do mercado musical e, de outro, a busca por melhores condições de remuneração para os autores pela exploração de suas obras.

Todavia, a participação do ECAD nesta relação envolvendo as obras intelectuais musicais e as plataformas de *streaming*, salvo melhor juízo, demanda uma alteração legislativa a prever tal condição, ou seja a previsão que o ato de autorizar a colocação a disposição do público, deva ser gerido pelo escritório central de arrecadação.

Assim, apesar da decisão recente do STJ a respeito do *streaming*, frente as grandes discussões a respeito ainda presentes, pode-se dizer que o tema está em aberto, fazendo parte de uma “novela”, que produzirá muitos capítulos ainda daqui para frente.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA. **O direito de autor no ciberespaço.** Revista da EMERJ, v.2, n.7, 1999, p. 21- 43.

AUSTERBERRY, David. **The technology of video and audio streaming.** 2. ed. Burlington: Elsevier, 2005, p. 8

BIDGOLI, Hossein. The Internet Encyclopedia. v. 3. Hoboken: John Wiley & Sons, Inc, 2004, p. 679

Código de Direito de Autor e Direitos Conexos. DL n.º 63/85, de 14 de Março. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=484&tabela=leis&so_miolo=

CORDEIRO, Pedro. **Partilha de ficheiros e suspensão de acesso à rede.** In: ASCENSÃO, José Oliveira (Coord). Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor. Vol. X. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FILGUEIRAS, Sofia P. A convergência dos meios de comunicação e o direito de autor: tempos de mudança. Revisto de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, nº 01. 2016.

HAANDEL, Johan Cavalcanti van. **Formatos emergentes de criação e transmissão de áudio online: A construção do webcasting sonoro.** Dissertação, 2009. Mestrado em Comunicação e Semiótica. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009

HANNON, Tim. **What is “Streaming” and What Does it Mean?** Disponível em: <https://soundsupport.biz/2012/02/13/what-is-streaming-and-what-does-it-mean>, 2012. Acesso em 08 de jun. de 2017

LUINI, Jon R; WHITMANN, Allen E. **Streaming audio: the FezGuys guide.** New Riders Publishing: Indianapolis, 2002.

RAO, A. et al. **Network Characteristics of Video Streaming Traffic. CoNEXT '11 Proceedings of the Seventh Conference on emerging Networking EXperiments and Technologies:** Tokio, 2011. DOI: 10.1145/2079296.2079321.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação

Título:

**RESSURREIÇÃO DIGITAL
E DIREITO DE IMAGEM:
UM ESTUDO SOBRE A
RECONSTRUÇÃO DIGITAL
PÓSTUMA DE PETER
CUSHING**

Gustavo Fortunato D'Amico



RESSURREIÇÃO DIGITAL E DIREITO DE IMAGEM: UM ESTUDO SOBRE A RECONSTRUÇÃO DIGITAL PÓSTUMA DE PETER CUSHING

Autor: Gustavo Fortunato D'Amico

Instituição: Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Resumo: O presente estudo busca compreender de forma aprofundada o fenômeno da ressurreição digital. Esse procedimento permite inserir digitalmente atores já falecidos em obras novas. A inserção póstuma da imagem de Peter Cushing, no último filme da franquia “Star Wars”, mostrou uma nova forma de capitalizar com a imagem do indivíduo após a sua morte, originando um fértil terreno para discussões jurídicas. Dessa forma, atores e estúdios passaram a demonstrar preocupações e interesses nas possibilidades de utilização comercial de suas imagens. Apesar de abrir novas oportunidades de negócio, existem aqueles que a criticam, pois, entendem que o direito de imagem não pode ser negociado pelos sucessores do falecido e que a estes cabe, apenas, o zelo pela boa memória do ente. Contudo, não há como barrar tais avanços tecnológicos e a sociedade brasileira deve se preparar para tratar do assunto no campo jurídico. Com a ajuda do direito comparado, é possível antever como ordenamento jurídico brasileiro responderia aos casos semelhantes ao trabalhado, sob a perspectiva do direito autoral e dos direitos da personalidade. Assim, pode-se concluir que no Brasil, o espólio do falecido ator não poderia pleitear proteção jurídica sob à ótica dos direitos autorais, restando, apenas, a possibilidade de invocá-la pela violação à imagem do falecido. E, numa eventual negociação de direitos póstumos, o espólio não poderia dispor o direito de imagem do morto, mas apenas se pactuaria no sentido de se vedar o direito postulatório da família do falecido em troca de valores.

Palavras-chave: Ressurreição digital. Direito de imagem. Direito autoral.

1. INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2016, audiências do mundo inteiro foram surpreendidas ao ver os efeitos especiais chegando em uma nova era. A participação póstuma de Peter Cushing no filme “*Rogue One: A Star Wars Story*”, o último da franquia cinematográfica *Star Wars*, mostrou ao mundo um novo estágio na computação gráfica, podendo até iludir os espectadores menos atentos.

A ressurreição digital, conhecida prática de trazer de volta à vida por meio de computação gráfica os artistas falecidos, não é algo novo, pois há trabalhos utilizando referida técnica desde os anos 80. Contudo, apenas com a Lucasfilm foi apresentada uma inovadora tecnologia almejada há trinta anos, qual seja trazer digitalmente à vida atores já falecidos com novas interpretações, desprovidas de meras sobreposições de imagens antigas.

Entretanto, como é de costume acontecer a cada avanço tecnológico, novos dilemas surgiram, enquanto muitos questionam se é moralmente correto trazer de volta às telas, em atuações novas, aqueles ícones do cinema já falecidos, outros questionam como ficam os direitos desses atores reanimados.

Ainda, jornais especializados no segmento do entretenimento registraram que após o lançamento de *Rogue One* houve uma verdadeira corrida de atores aos escritórios de seus advogados, para saber o que poderiam fazer com relação às ressurreições digitais.

O objetivo do presente trabalho é analisar justamente essa consequência, buscando compreender de que forma os atores, estúdios e, até mesmo, os herdeiros, podem se comportar quando confrontados por essa nova etapa da tecnologia.

Para tanto, faz-se necessário entender de que forma o direito enxerga esse casos, tanto sob o ponto de vista do direito americano, em que a ressurreição digital já é uma realidade, quanto sob o ponto de vista do direito brasileiro e suas concepções sobre os direitos da personalidade.

2. A RESSURREIÇÃO DIGITAL

2.1 A RESSURREIÇÃO DE CUSHING E OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS

Dezembro de 2016 foi marcado pelo retorno do ator Peter Cushing às telas de cinema. Contudo, ele não estava saindo de uma aposentadoria, até mesmo porque, o ator havia falecido em 1994, vítima de câncer, e sim fora ressuscitado digitalmente, causando grande sobressalto ao público hodierno.

A ressurreição digital é a técnica pela qual, utilizando-se de computação gráfica, artistas conseguem recriar digitalmente a imagem de uma pessoa já falecida, para depois inseri-la em uma obra nova.

O debate técnico sobre o assunto não é algo recente, pois, existem trabalhos sobre o tema desde os anos 80, quando foram surgindo os primeiros projetos que buscavam trazer os atores já falecidos de volta às telas.

Entre eles, cumpre destacar o curta “*Rendezvous In Montreal*”, 1987, dirigido por Nadia Magnenat Thalmann e Daniel Thalmann, o qual trouxe em seu elenco os já falecidos atores Marilyn Monroe e Humphrey Bogart. O curta contava com recriações tridimensionais dos referidos atores e com dubladores imitando suas vozes, buscando passar aos telespectadores a ideia de estarem diante de uma nova interpretação dos artistas (BEARD, 1993, p 104).

Desde então, muito se avançou nos efeitos especiais, inclusive com outros projetos de ressurreição, motivo pelo qual, a Lucasfilm acreditou estar na hora de tentar levar a ressurreição ao próximo nível.

Buscando atender uma necessidade de roteiro, conforme justifica John Knoll, surgiu o projeto de recriar Peter Cushing (ITZKOFF, 2016, p.04). O processo para atingir esse objetivo foi longo e complexo, pois,

1 O curta encontra-se disponível em sua integralidade no Youtube, podendo ser acessado através do link: <https://www.youtube.com/watch?v=vuvvv7Bie4U>. Acesso em 06/09/2017.

primeiramente houvera a necessidade de se obter a autorização do espólio do falecido ator, para, só então, os artistas da Industrial Light & Magic (ILM) passarem a trabalhar na complicada reconstrução de Cushing.

O processo de reconstrução consistiu, primeiramente, no estudo minucioso de várias imagens do ator em sua aparição no primeiro filme *Star Wars* de 1977, intencionando recriar suas medidas, bem como os pequenos detalhes de sua aparência e de seus trejeitos (movimentos corporais voluntários e involuntários) (ITZKOFF, 2016, p.03).

Ainda, objetivando chegar mais próximo da realidade, a Lucasfilm, em posse de um molde facial do Cushing obtido com um estúdio inglês – réplica confeccionada para servir de elaboração de adereços protéticos usados na gravação em 1984 do filme *Top Secret!* - conseguiu digitalizar uma cópia perfeita do rosto do ator, o que deixou o modelo elaborado pela ILM o mais semelhante possível (ANDERTON, 2017).

Em seguida, uma vez que o modelo digital não tem a capacidade de atuar, foi contratado o ator britânico Guy Henry para fazer a atuação física e a voz do personagem.

Para que fosse possível somar a atuação de Henry com o modelo de Cushing foi necessário que o ator utilizasse equipamentos de captura de movimento, que posteriormente seriam inseridos em um modelo tridimensional do Henry, para então serem transferidos para o modelo de Cushing.

Como ocasionalmente os dois modelos continham algumas diferenças, o que era de se esperar por se tratarem de indivíduos diferentes, coube aos artistas gráficos arrumarem os menores detalhes para a conclusão do projeto (SARKAR, 2016).

O resultado de todo esse trabalho, foi uma representação realista de um ator falecido há mais de vinte anos (1994), com a aparência que tinha há quarenta anos (1977).

2.2. RESPOSTA SOCIAL

A ressurreição de Cushing trouxe os efeitos digitais a uma nova era, mostrando que a ideia de um dia ver um novo filme estrelado, por exemplo, por John Wayne, não era mais um sonho distante, e sim o próximo passo da indústria do cinema.

Em que pese a inovação tecnológica da Lucasfilm, filmes lançados com atores já falecidos não são necessariamente uma novidade nas telas, pois, há muito tempo isso vem sendo feito, inclusive por meios digitais, como se observa a seguir:

Da morte de Bruce Lee à de Heath Ledger passando por Bela Lugosi, Richard Harris e Oliver Reed, foram muitos os intérpretes falecidos na metade de filme e muito diversas as soluções. A morte de Brandon Lee, durante a rodagem de *O Corvo*, em 1993, quando ele tinha 28 anos, propiciou a primeira ressurreição virtual, utilizando a tecnologia digital para inseri-lo em sequências nas quais ainda não havia atuado. Se anos antes *Jogo da Morte* precisou ser concluído com uma foto recortada de Bruce Lee olhando um espelho, com o filho dele a solução foi tecnologicamente mais avançada: seu rosto foi recriado digitalmente e superposto ao corpo de dois dublês de ação que concluíram os planos. Uma técnica similar seria utilizada cinco anos mais tarde, quando Oliver Reed morreu de ataque cardíaco durante as filmagens de *Gladiador*. Sua participação foi reduzida no roteiro, e sua cabeça foi digitalmente superposta em planos gerais, para dissimular sua ausência. (AYUSO, 2014)

Importante destacar, que existiram outros casos nos quais atores falecidos não foram substituídos por imagens computadorizadas, tendo os produtores encontrado saídas menos polêmicas, e até mesmo mais criativas, sobre esses casos, continua Ayuso,:

Há produtores que preferem não dissimular. Depois da morte de Richard Harris, que interpretou o professor Dumbledore nos dois primeiros episódios de *Harry Potter*, o papel passou às mãos de Michael Gambon, e ninguém levantou uma sobrancelha com a mudança. Mais peculiar foi a decisão de Terry Gilliam quando completou as sequências que a morte de Heath Ledger deixou inacabadas em *O Mundo Imaginário do Doutor Parnassus*, substituindo o australiano por intérpretes tão díspares como Johnny Depp, Jude Law e Colin Farrell, todos eles no mesmo papel. Ligeiros retoques no roteiro ajudaram a compreender essa mudança. Menos lógica foi a ressurreição de Bela Lugosi para *Plano 9*

do Espaço Sideral. Ed Wood decidiu completar o filme utilizando como ator suplente o massagista de Lugosi, sem se importar com o fato de que este fosse louro e alto – nada a ver com o aspecto físico do famoso Drácula. (AYUSO, 2014)

O diferencial entre os filmes mencionados acima e o novo *Star Wars* é que enquanto aqueles se tratavam da busca pelos estúdios cinematográficos em terminar um filme iniciado com o falecido ator, o qual já havia firmado contrato com o Estúdio, em *Rogue One*, o ator em questão já estava morto há pelo menos vinte anos do surgimento do projeto, não sendo este capaz de autorizar o uso de sua imagem.

Ademais, referido filme também difere-se das demais situações de “participação” póstumas de artistas em novas obras, justamente porque, nestes casos o que se tinha eram atuações em filmes anteriores, as quais foram cuidadosamente justapostas a um novo material, sendo que a performance do ator no filme novo ficava adstrita ao contido no material de origem (BEARD,1993, p.104), como o caso do episódio da série da HBO “Contos da Cripta”, estrelado por Humphrey Bogart, trinta e oito anos após sua morte (TAPLEY; DEBRUGE,2016, p.02).

Acontece que o filme *Star Wars*, rompeu as barreiras dos recortes de cenas e justaposição de atuações de atores falecidos, criando algo completamente inovador e emblemático por meio da computação gráfica, conquanto a “participação” de Cushing é completamente nova e desassociada de cenas recortadas, não estando limitada ao material base.

Com isso, *Rogue One* trouxe também uma nova perspectiva aos negócios e ao mundo jurídico, pois a nova atuação apresentada ao público do ator falecido, não estava protegida por contratos firmados com ele em vida, mas deu-se em virtude de pacto entre o espólio e o estúdio.

Sobre isso escreveu Rocío Ayuso:

(...) a ressurreição digital de Peter Cushing no papel de Moff Tarkin em *Rogue One*: Uma História *Star Wars*. Como indicou a revista *Variety* logo após a estréia do filme de Gareth Edwards, **a presença do ator britânico morto há mais de 20 anos marca um antes e um depois em Hollywood**. Uma mudança não só do ponto de vista dos estúdios, que podem incluir em seus elencos

atores já falecidos, como do ponto de vista dos intérpretes, preocupados com a forma de proteger (ou perpetuar) o uso de sua imagem depois de mortos (AYUSO, 2017)

Como bem apontou o autor, tanto estúdios quanto atores viram nesse efeito uma nova forma de conduzir seus negócios.

Diante disso, não era difícil se esperar que atores começassem a se mobilizar em busca de meios para resguardar e controlar os direitos de imagem após suas mortes (PERRONE, 2017).

Ação parecida e amplamente divulgada, ocorreu quando da morte do ator Robin Williams, que, em seu testamento, limitou o uso comercial de sua imagem ou sua recriação digital pelo período de 25 anos, conforme bem aponta Rocío Ayuso:

Sua decisão é pioneira em um momento em que as novas tecnologias permitem reviver os já falecidos no cinema, na televisão, em anúncios ou concertos. Williams deixou claro que não haverá anúncios com sua foto, hologramas com seu corpo e que sua imagem não será inserida contra sua vontade em um futuro filme nos próximos 25 anos. (AYUSO, 2015)

Em contrapartida, há aqueles que vislumbram, na ressurreição digital, uma nova forma de garantir aos herdeiros uma fonte de renda após o final de suas carreiras, bem como, uma espécie de seguro, caso sofram algum acidente durante as filmagens, como corrobora Richard Taylor, membro do sindicato dos diretores, em entrevista a Variety:

“There’s a whole new phenomenon where famous actors are getting themselves scanned in order to provide for their family and their family’s trust in perpetuity, so that they can be recreated in films in the future” taylor says. “Or as insurance, if they were injured or if anything happened while they were in a production.”(-TAPLEY; DEBRUGE, 2016, p. 04)

Sendo assim, constatado o embate entre essa nova tecnologia, os interesses dos atores e dos estúdios, faz-se de grande importância entender como essa matéria é tratada pelo direito americano, para posteriormente analisá-la pela perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro.

3. O DIREITO DE IMAGEM *POST MORTEM* NO DIREITO AMERICANO.

Os Estados Unidos, como grande produtor de material cultural e, portanto, residência de muitas celebridades, não é estranho às questões do direito de imagem *post mortem*, conhecido lá como direito de publicidade.

Isso ocorre, pelo fato de que o mercado americano de licenciamento de imagem de celebridades mortas movimenta valores expressivos, como por exemplo, US\$ 194 milhões em 2008, sendo US\$52 milhões em licenciamentos somente de Elvis Presley (HENDERSON, 2009, p.166).

Mesmo assim, esse direito não é reconhecido em todos os Estados Americanos, entretanto, mais da metade deles reconhece o direito de publicidade, seja por legislação ou jurisprudência (HENDERSON, 2009, p. 170).

Contudo, como grande parte dos estúdios cinematográficos encontram-se na Califórnia, e é neste Estado que foi desenvolvida a obra objeto deste estudo, faz-se necessário foco na legislação californiana.

A primeira legislação californiana que tratava do direito de publicidade foi estabelecida em 1971: a seção 3344 do Código Civil da Califórnia. Ela previa que os direitos de publicidade findavam-se quando da morte do titular, não sendo possível sua transmissão aos herdeiros (CALIFORNIA. 1971.p.01).

Em 1966, os herdeiros do ator, e ícone do terror, Bela Lugosi moveram, na Califórnia, uma ação que buscava receber parte dos lucros obtidos pela Universal Studios com o licenciamento comercial de imagens do filme Drácula (1931), em que figurava o falecido ator em um de seus mais icônicos papéis (CALIFORNIA, 1979, p.02).

O processo se encerrou apenas em 1979 quando a Suprema Corte da Califórnia entendeu que de fato, existia no caso o direito de publicidade do ator, entretanto concluiu, também, que este direito era personalíssimo e findava com sua morte, fazendo com que os herdeiros não fossem legítimos para mover a ação (CALIFORNIA, 1979, p.33).

Após a referida decisão, houve uma grande pressão, principalmente por parte dos sindicatos de atores, para que o legislativo californiano aprovasse uma nova lei que alterasse a Secção 3344 do Código Civil da Califórnia e estendesse a proteção jurídica para após a morte das celebridades.

A consequência disso, houve a criação, em 1985, da Secção 990 para o Código Civil da Califórnia, que garantiu às celebridades a possibilidade de transferir, seja por contrato, testamento ou herança, os direitos de publicidade, tornando possível o licenciamento de sua imagem para utilização comercial após o falecimento (CALIFORNIA, 1999, p.02-03).

Em 1999, o Legislativo Californiano, incorporou a Secção 990 à Secção 3344, fazendo com que aquela passasse a ser a Secção 3344.1, (HENDERSON, 2009, p. 176).

Com isso, tanto os herdeiros, quanto aqueles titulares por contrato passaram a ter o controle sobre os usos da imagem das celebridades pelo período de 70 anos a contar da morte do ator, conforme estabelecido no item g da Secção 3344.1 que diz: “*No action shall be brought under this section by reason of any use of a deceased personality name, voice, signature, photograph, or likeness occurring after the expiration of 70 year after the death of the deceased personality.*” (CALIFORNIA, 1999. p. 02).

Uma vez oficialmente estabelecido o direito de publicidade na Califórnia, é preciso entender em que de fato consiste esse direito, neste sentido, Laurie Henderson explica:

The right of publicity encompasses the intangible right of an individual – primarily a public figure or a celebrity – to control the commercial value and exploitation of his or her name, picture, likeness, or voice and to prevent others from unfairly exploiting this value through advertising or trade purposes for commercial benefit. (HENDERSON. 2009.p 169).

Importante destacar ainda, que apesar do direito de publicidade ter surgido no ordenamento americano como um desdobramento do direito de privacidade, com o passar do tempo, firmou-se o entendimento de que é muito mais uma questão de propriedade intelectual, uma vez que o

indivíduo, na realidade, busca ter o controle e lucrar com os usos de sua imagem, ao invés de apenas ser deixado em paz (HENDERSON.2009. p169).

Aproximação, esta, evidenciada com a inclusão dos herdeiros como sucessores desse direito pelo prazo de 70 anos após a morte do titular, tal qual dispensado no tratamento das obras autorais.

Cumpra salientar, que, para o presente caso, a ressurreição digital, entre todos os itens protegidos pelo referido ordenamento, entraria na categoria de “*likeness*”, uma vez que não se trata da imagem do ator propriamente dita, mas sim, uma réplica que guarda semelhanças à sua aparência (BEARD, 1993, p.154-155).

Contudo, o que torna o caso de Cushing, interessante para uma análise sob a perspectiva do direito brasileiro, é que nenhuma lei americana possui a jurisdição para tratar do assunto, pois o ator residiu e faleceu na Inglaterra, País que não possui nenhuma regulação sobre os direitos de publicidade *post mortem*, tal qual o Brasil.

A solução encontrada pelo estúdio, foi a de buscar junto à administradora do espólio do falecido ator uma autorização para realizar a ressurreição digital, com o objetivo de evitar futuras demandas reparatórias (TAPLEY,2016, p.02).

Uma vez que o Brasil também não reconhece os direitos de publicidade *post mortem*, mas é evidente que esta nova tecnologia não pode ser ignorada, deve-se analisar o presente caso sob a ótica do direito brasileiro, para buscar entender de que forma tal impasse poderá ser resolvido.

4. DIREITOS AUTORAIS

Para começar a analisar o caso da ressurreição digital pelo viés do direito brasileiro, primeiramente, faz-se de grande valia entender como o ordenamento jurídico brasileiro trata as obras cinematográficas e os atores.

Para tanto, é preciso ter em mente que, de acordo com a Lei de Direitos Autorais (LDA) as obras autorais garantem aos seus titulares, dois direitos: os morais e patrimoniais.

Direitos morais estão previstos no art. 24 da Lei 9.610/98 e estão ligados à personalidade do autor, permitindo que este, por sua vez, possa preservar e tutelar a sua obra.

Sobre o direito moral escreve Allessandra Helena Neves:

O direito moral é o vínculo perene que une o criador e sua obra, considerado pela lei, como direito de caráter personalíssimo e, portanto, intransmissível, perpétuo, imprescritível, inalienável e irrenunciável (art. 27, da Lei 9.610/98). (NEVES, 2011, p. 141)

Desta forma, o direito moral do autor é a ligação dele com sua obra, é o reconhecimento de que a obra é uma forma de extensão da personalidade do artista, portanto, perpétuo, e por isso, a este cabe o reconhecimento de sua autoria, bem como a garantia da integralidade de sua obra e a possibilidade de autorizar sua modificação.

Já os direitos patrimoniais, contidos no art.28 da mesma lei, garantem ao autor o direitos de usar, fruir e dispor da obra e tem sua origem ligada ao direito de exclusivo que a LDA confere aos autores como forma de compensar o artista por seu exercício criativo, então, é dado a ele o direito de explorar economicamente sua obra, e, também, legitimar seu uso por terceiros. (BITTAR, 2008, p.49/50).

Entretanto, esta exclusividade, diferentemente dos direitos morais, não é perpetua e nem inalienável, uma vez que esses direitos cessam após 70 anos da morte do autor e podem ser cedidos a terceiros.

Com isso em mente, passa-se à análise da obra cinematográfica e dos atores sob a luz da lei nº 9610/98, responsável pela proteção aos direitos autorais no Brasil.

4.1 OBRAS CINEMATOGRAFICA

A proteção das obras cinematográfica tem sua origem no art.

7º, inciso VI da LDA, nele fica previsto que: “as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas”, ficam protegidas sob a tutela do direito de autor, sendo, portanto, titular de direito morais e patrimoniais.

Para a lei brasileira, a obra cinematográfica encontra-se definida como sendo uma obra coletiva, uma vez que é a participação de diversos autores que se fundem e, por sua vez, criam uma obra autônoma.

Como essa nova obra é fruto da colaboração de diversos autores, o direito brasileiro, tomou o cuidado de definir a quem pertencem os direitos morais e patrimoniais.

Os morais são exercidos pelo diretor, uma vez que é este quem exerce um controle direto sobre a criação da obra. Vários artistas contribuem em um filme, entretanto é a visão do diretor que harmoniza todas essas contribuições e resulta na obra nova.

Sobre isso escreve o Professor José Oliveira Ascensão:

Se excluirmos o diretor, vemos que as criações que todos eles realizam para os filmes são criações subordinadas. É o diretor que compete justamente coordenar todas as intervenções, de maneira a atingir-se a obra única em que o filme consiste. Só ele realiza uma criação livre. (ASCENSÃO, 1997, p.433)

Sendo assim, é ao diretor que cabe o direito de modificar ou autorizar a modificação de uma obra.

Os direitos patrimoniais por sua vez, não são exercidos pelo diretor, mesmo este sendo o responsável por reger todos os elementos necessários para composição da obra.

Dessa forma, é ao produtor que compete à administração dos direitos patrimoniais (FRAGOSO, 2009, p.194), pois, via de regra, é este quem atua como empresário do projeto, buscando garantir os pesados investimentos necessários à obra. (ASCENSÃO, 1997, p.435).

No caso em estudo, uma vez que os Estados Unidos não reconhecem os direitos morais (ABBOT; COTTIER; GURRY, 2015, p.563), o controle total da obra é exercido pelo produtor, ou seja, a Lucasfilm, o que

permite a ela dispor livremente do material, afastando a necessidade de autorização do diretor do longa, George Lucas. E, foi essa liberdade com o material, que a levou a trabalhar na ressurreição de Cushing, focando todo o trabalho em cima das imagens do filme *Star Wars* de 1977.

No Brasil, mesmo sendo reconhecido os direitos morais do autor, recaindo na figura do diretor da obra cinematográfica, a reconstrução de Cushing, semelhantemente ao caso americano, dependeria da autorização apenas do produtor.

Isto porque, uma vez constatado que o modelo tridimensional de Cushing se trata, na verdade, de uma obra derivada do contido no filme *Star Wars* de 1977 e não de uma modificação da obra original, resta afastado os direitos morais do diretor, tornando, portanto, a autorização do produtor a única necessária para a realização do projeto.

Haja vista que este possui todos os direitos de exploração econômica da obra, cabendo somente a ele, conforme o contido no art. 29, inciso III, da Lei nº 9610/98², autorizar qualquer adaptação ou transformação da obra.

Diante disso, resta entender se o ator, cuja interpretação esta fixada na obra original, possui algum meio de se opor ao novo trabalho que será desenvolvido a partir desse material.

4.2 ARTISTAS INTÉRPRETES

Uma atuação bem feita pode garantir ao seu intérprete a imortalidade. Cushing não foi diferente, o renomado ator britânico gravou sua imagem na história do cinema e da televisão através de vários personagens icônicos, como Dr. Victor Frankenstein, Van Helsing, Sherlock Holmes e, o já mencionado, Gran Moff Tarkin.

Ciente dessa importância, é que o ordenamento jurídico brasileiro, prevê o direito do intérprete, direito este que se encontra resguardado sob

2 Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:(...)III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

os direitos conexos, que possuem sua natureza próxima a do direito de autor, sem que com este se confunda (FRAGOSO, 2009, p.237).

Na mesma linha, esclarece Bittar que:

Direitos conexos são os direitos reconhecidos, no plano dos de autor, a determinadas categorias que auxiliam na criação ou na produção ou, ainda, na difusão da obra intelectual. São os denominados direitos “análogos” ao de autor, “afins”, “vizinhos”, ou, ainda, “parautorais”, também consagrados universalmente. (BITTAR, 2008, p.152)

Dito isso, cumpre ressaltar que o artista intérprete é aquele que, a partir de uma obra preexistente, exerce uma atividade criadora, representando uma visão sobre a obra, e conferindo a esta uma nova vida, por meio da complementação e da sua atualização em forma visual e/ou auditiva (ASCENSÃO, 1997, p. 473).

Em razão desta atividade criadora praticada pelo artista, o art. 90 da LDA, traz um rol de situações em que o artista pode autorizar ou proibir o uso de suas performances e, para analisar o presente caso, deve-se focar nas hipóteses previstas no inciso V e no parágrafo segundo do referido artigo, o qual estabelece que:

Art. 90. Tem o artista intérprete ou executante o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir:

(...)

V - qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções.

(...)

§ 2º A proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações.

Conforme se observa da leitura do referido artigo, ao ator é permitido o controle sobre os usos comerciais de suas atuações, podendo vedar qualquer modalidade de utilização de suas interpretações, bem como impedir a reprodução de sua voz ou imagem, quando associados à sua atuação (COELHO, 2010, p.402).

O que leva a suscitar, se a ressurreição digital, da forma com que foi feita no caso de Cushing, fere o referido dispositivo legal.

A legislação, apesar de ter por objetivo garantir ao intérprete um direito sobre os usos que podem ser feitos com sua interpretação, não faz com que o mesmo passe a ser dono do personagem, pois este ainda pertence ao titular dos direitos autorais da obra preexistente a qual o ator se baseou (ASCENSÃO, 1997, p.468).

Portanto, ao ator cabe apenas coibir usos não autorizados sobre a sua atuação, pois, diferentemente do direito autoral que protege o seu titular contra cópia de terceiros, esta proteção não se estende aos intérpretes, vez que apenas as obras podem ser plagiadas e não interpretações (ASCENSÃO, 1997, p.475).

Dito isso, podemos concluir que, no caso em estudo, Peter Cushing entregou a sua leitura do personagem criado por George Lucas, mas não se apossou dele.

Desta forma, pela regra contida no art.90 da LDA, temos então que Cushing, ou no caso seu espólio, possui os meios de vedar usos não autorizados daquela atuação que conta da obra cinematográfica original de 1977, não podendo por sua vez limitar o uso do personagem.

Em razão disso, a contratação do ator Guy Henry para ser o novo artista intérprete, afasta o direito de Cushing, uma vez que este não possui direitos sobre a obra nova, haja vista, que em momento algum do filme de 2016 utilizou-se da atuação feita por Cushing no filme de 1977.

Assim, toda a interpretação fixada na obra de 2016 vem do trabalho criativo e do estudo de Henry, o qual, por mais que seja uma simulação da atuação do falecido, consiste em algo completamente novo, vez que a imitação não é proibida e sequer tem o poder de ferir o direito do outro intérprete (BEARD, 1993, p.121).

Ainda sobre isso leciona o Professor Ascensão:

Mas é impossível, falar em plágio de uma interpretação/execução.

Centenas de artistas tentaram tocar violino como Oistrakh, cantar como Elvis Presley, dançar como Margot Fonteyn. Podem ir

desde cópia servil à inspiração – tomar jeito de... Também no Brasil são inúmeros os Paulo Gracindo ou as Gal Costa. Podemos gostar ou não.

O que não podemos é dizer que o “plágio, ou até a cópia servil de uma interpretação/execução, representam um ilícito – e até um crime, na conceituação da lei brasileira. Copiam-se obras, não interpretações (ASCENSÃO, 1997, p. 479).

Sendo assim, o direito de oposição conferido a Cushing, pelo artigo 90 da LDA, não possui aplicação no presente caso, uma vez que, puxando o exemplo acima do Professor Ascensão, da mesma forma como Elvis não possui direito sobre a atuação de seus imitadores, por mais semelhante que elas possam ser - Elvis apenas possui direitos sobre as interpretações de Elvis -, no caso de Cushing, ele não possui direitos sobre a atuação de Guy Henry, pois esta pertence apenas a Henry, por mais semelhante que ela seja, pois ainda nas palavras de Ascensão: “Justamente porque a interpretação não se objetiva nem se separa do artista, não há em relação a ela a possibilidade de apropriação que existe em relação à obra literária ou artística.” (ASCENSÃO, 1997, p.479).

Assim, por mais similar que tenha sido a obra à interpretação do falecido artista, a atuação é completamente nova, pois, em nada se utilizou do material do filme original, diferentemente de casos como o do, já mencionado, episódio da série ‘Contos da Cripta’, em que o material original era adaptado e sobreposto à obra nova.

O que possibilita comparar o modelo digital com a maquiagem, pois seu único objetivo é possibilitar que o novo ator chegue o mais próximo possível da aparência que a personagem tinha quando do filme original, entretanto nada naquele modelo vem da atuação de Cushing, mas sim do trabalho de reconstrução digital da ILM, somado aos dados da captura de movimentos realizada por Henry.

Em razão de todo o exposto, percebemos que, a lei autoral apenas garante o direito do interprete sob suas atuações e não permitiria a Cushing, ou no caso seu espólio, os meios de barrar a ressurreição digital realizada pelo produtor, uma vez que a obra conta com uma atuação completamente nova, mesmo que feita por meio da recriação digital, isto

porque, não é sua atuação em si que será replicada no filme, mas sim, o seu semblante sobreposto à atuação de outro intérprete.

5. DIREITO DE IMAGEM

Por mais que não tenha sido a atuação de Peter Cushing replicada no filme, é inquestionável que sua aparência foi replicada por meio do processo digital.

Desta forma, faz-se, por fim, indispensável observar o caso sob a perspectiva, não do direito de imagem da LDA, mas sim pelo direito de imagem garantido a todos pelo Código Civil, inserido na categoria dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são direitos que possuem caráter essencial e existencial, que, via de regra, nascem com o indivíduo, possuindo também caráter de imprescritibilidade, pois, não podem ser extintos em decorrência do desuso pelo seu titular (BELTRÃO, 2014, p.13).

Nas palavras de Otto Von Gierke (*apud* MAGLIORE, 2009, p.97-98):

Chamamos direitos da personalidade os direitos que concedem ao seu sujeito um domínio sobre uma parte de sua própria esfera de personalidade. Com este nome, eles caracterizam-se como 'direito sobre a própria pessoa, distinguindo-se, com isso, através da referência à especialidade do seu objecto, de todos os outros direitos. [...] Os direitos da personalidade distinguem-se, como direitos privados especiais, do direito geral da personalidade, que consiste na pretensão geral, conferida pela ordem jurídica, de valer como pessoa. O direito de personalidade é um direito subjectivo e deve ser observado por todos.

E por ser um direito subjetivo, é que autores defendem que ao Estado cabe apenas a tarefa de reconhecê-los aos seus cidadãos, conforme leciona Carlos Alberto Bittar (2015, p.38):

Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores atesta -, cabendo ao Estado

apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária –, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares.

Em razão disso, é que o Brasil o garante a todo cidadão nascido com vida, conforme disposto no art. 2º do Código Civil³ e dedica o capítulo segundo, que compreende os artigos de 11 a 21 do mesmo Código, aos direitos da personalidade.

Ademais, compõem os direitos da personalidade: o direito ao próprio corpo, à honra, imagem, privacidade, nome e identidade pessoal.

Como o objetivo deste trabalho é analisar a questão da ressurreição digital de Cushing, dever-se-á analisá-lo sob a perspectiva do direito de imagem.

O direito de imagem consiste naquelas características físicas que individualizam a pessoa em meio à coletividade, ou nas palavras de Carlos Alberto Bittar (20015, p. 153):

Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa).

Assim, no caso em análise, o que foi recriado não foi o trabalho de atuação de Peter Cushing, mas justamente seus traços e sua feição, ou seja, tudo aquilo que o individualiza em meio à sociedade: o seu semblante.

Dessa forma, um bem reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro foi, sem sombra de dúvida, replicado na obra nova, pois, mesmo que ainda seja possível perceber a artificialidade visual do personagem Tarkin, é inquestionável sua semelhança ao falecido ator, pois faz direta referência ao seu semblante o qual é célebre na sociedade.

3 Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

É essa reprodução que garantiria ao ator o direito de se opor a obra nova, pois, caso não estivesse de acordo com a utilização de sua imagem, tem garantido por lei, conforme disposto no art. 20 do Código Civil⁴, o poder de cessar seu o uso comercial.

Entretanto, o caso versa sobre o direito de imagem póstumo do ator, sendo possível questionar, se caberia aos sucessores do ator o poder de impedir a reprodução da imagem do falecido.

A resposta vem através do contido no parágrafo primeiro do art. 20 do Código Civil, o qual estabelece que: “Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”, sendo, portanto, os sucessores de Cushing capazes de assegurar o uso de sua imagem após o seu falecimento.

Isso ocorre, pois, em que pese a regra geral seja a extinção dos direitos da personalidade quando da morte de seu titular, existem exceções (direito ao corpo, à moral de autor, à imagem e à honra) as quais garantem aos herdeiros o direito de litigar em nome próprio pela manutenção da memória do *de cujus* (BITTAR, 2015, p.45)

Essa transmissibilidade acontece porque entende-se que uma ofensa feita à pessoa morta resultaria em uma ofensa direta aos direitos de seus parentes próximos, os quais poderiam mover ações judiciais para salvaguardar a boa memória de seus parentes falecidos (ZANINI, 2015, p.203).

E, por entender que uma eventual ofensa ao falecido poderia impingir em lesão aos seus parentes próximos, o art. 12, § único do Código Civil, legitima o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau o direito de promover ações que visem cessar as ofensas ao ente falecido, tendo em vista que a família teria grande interesse em zelar pela imagem do *de cujus* (ZANINI, 2015, p.210).

4 Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Aqui, insta esclarecer, que a ofensa ao direito em deslinde, não precisa necessariamente ser uma depreciação à imagem do falecido, sendo que até mesmo utilizações elogiosas, se feitas sem a autorização dos herdeiros, podem sofrer oposição.

Como entendeu o STJ no caso do álbum de figurinhas “Heróis do Tri”, em que foram produzidos cromos com a imagem de jogadores já falecidos sem a devida anuência dos herdeiros. Nesse caso o Tribunal entendeu que a viúva e os demais herdeiros, eram sim parte legítima para promover a ação, haja vista, que, mesmo com o objetivo de elogiar os jogadores, tratava-se de utilização comercial, fazendo com que a autorização fosse necessária (BRASIL, 2005, p.06).

Dessa forma, percebe-se que, para a Lucasfilm reconstruir digitalmente a imagem de Peter Cushing, mesmo de forma elogiosa, mas com evidente intenção comercial, seria necessária a autorização dos herdeiros.

Ocorre que, para a doutrina brasileira, o fato dos herdeiros autorizarem o uso da imagem do ente falecido é algo impossível no direito brasileiro, justamente porque, ele finda com a morte da pessoa, não sendo possível aos seus herdeiros sequer cedê-lo, vez que a lei apenas admite a salvaguarda da memória do ente falecido, devendo uma eventual cessão póstuma ter sido definida pelo ator quando em vida.

Nesse ponto, é de grande relevância mencionar as conclusões apontadas por Rafael Salomão Romano (2016, p.02), que diz:

Como é cediço na doutrina, os direitos da personalidade são intransmissíveis, de modo que somente o próprio retratado pode conceder as autorizações necessárias à reconstrução digital de sua imagem para o aproveitamento econômico. Concluir o contrário seria supor que herdeiros são verdadeiros proprietários da imagem do parente morto e que poderiam rentabilizá-la *ad aeternum*, quando a teleologia da lei reside, na verdade, na salvaguarda da honra do defunto e não na exploração econômica de sua imagem por terceiros. Nada impede, porém, que o retratado estabeleça que os usos *post mortem* de sua imagem ficarão condicionados ao pagamento a seus sucessores, devendo prevalecer a vontade das partes manifestada em contrato.

É evidente que mesmo não sendo os herdeiros os proprietários da imagem do de *cujus*, eles são os legitimados a propor eventuais ações que façam cessar o uso daquela imagem.

Em razão disso, é que, para casos similares a esse, os estúdios cinematográficos, objetivado evitar futuras demandas judiciais, acabam por promover acordos juntos aos sucessores do falecido ator, os quais, indiretamente permitem a utilização da imagem.

Ou seja, promovem com os herdeiros, não uma compra dos direitos de imagem do morto, mas sim um pacto de *non petendo*, o qual, em troca de valores, estipula a renúncia ao direito de ação pelos familiares sobre o assunto (MIGLIORE, 2009, p.135).

Por conseguinte, percebe-se que, no caso de Peter Cushing, a concordância da administradora de seu espólio, fez com que fosse possível a participação *post mortem* da aparência do ator na obra nova. Assim, ela, como única legitimada a se opor perante terceiros pelo uso da imagem do ator, optou por não fazê-lo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Diante de todo o exposto, em que pese haja diferenciação entre a legislação brasileira e a americana quanto ao fato do reconhecimento dos direitos de publicidade *post mortem*, mesmo assim, verifica-se a viabilidade da realização de processo de ressurreição digital no Brasil, isto porque, o deslinde do caso americano foi realizado de acordo com a legislação Inglesa a qual, da mesma forma que o Brasil, não garante publicidade *post mortem*.

Cediço, que a legislação autoral brasileira não é suficiente para garantir aos atores proteção quanto às obras que contenham ressurreição digital, pois somente se limita à resguardar o direito do ator às obras preexistentes, ficando, os atores em casos semelhantes ao estudado, descobertos pela legislação autoral e vulneráveis quanto possíveis usos mal intencionados do mercado.

Logo, se a atuação original de Peter Cushing não foi replicada em momento algum, tendo em vista que todo de trabalho criativo de interpretação foi realizado por um terceiro ator, cabendo a ele a titularidade e proteção da obra nova, o direito conexo de Peter Cushing, certamente não existe.

Entretanto, mesmo não tendo sido a obra original utilizada para a confecção da obra nova, é inquestionável que houve a replicação de traços físicos característicos de Cushing, o que resulta, de forma notável, a utilização da imagem do ator sem a sua autorização, caracterizando-se numa violação ao seu direito de personalidade.

Assim, diante do falecimento de Peter Cushing em 1994 sem que este tivesse deixado expressamente autorizado o uso de sua imagem, em momento algum seu semblante poderia ser representado numa obra cinematográfica nova, porquanto, aos herdeiros apenas caberia o direito de protegê-la contra usos indevidos e, por sua vez, o estúdio não poderia reproduzir fielmente seu roteiro, fracassando em atingir a completude de sua obra almejada.

Em que pese haja essa positivação na lei, esse direito de salvaguardar a figura do morto, não se confunde com a transmissão *post mortem* do direito de imagem aos herdeiros, os quais não são legitimados à ceder esses direitos para eventual reconstrução cinematográfica ou mera utilização da imagem. Os herdeiros apenas são os legitimados ativos a proporem ações cujo objeto estaria adstrito apenas à proteção do uso indevido da imagem do ente familiar, podendo, apenas, dispor desse direito postulatório.

Sendo assim, a saída encontrada pelos estúdios americanos para a realização da reconstrução digital de atores já falecidos foi a obtenção junto aos herdeiros do pacto *non petendo*, pois, mediante o pagamento de valores, os herdeiros renunciaram seus direitos de ação.

De outro vértice, percebe-se a importância do tema para os artistas, pois caberia a eles estabelecer em vida as condições para o uso da imagem, proibindo ou permitindo o processo de reconstrução digital, e estabelecendo as regras de uso e remuneração. Garantindo, assim, que

seus herdeiros promovam o seu melhor interesse.

REFERÊNCIAS

ABBOT, Frederick M.; COTTIER, Thomas; GURRY, Francis. International Intellectual Property in an Integrated World Economy, 3ª Ed, New York : Workers Kluwe, 2015.

ANDERTON, Ethan. See How ‘Rogue One’ Brought Peter Cushing Back As Grand Moff Tarkin. Publicado em: 05 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.slashfilm.com/rogue-one-grand-moff-tarkin-visual-effects/>. Acesso em: 13 de setembro de 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

AYUSO, Rocío. Há filme após a morte. Publicado em 08 de maio de 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/05/08/cultura/1399575020_956003.html. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

_____, Robin Williams blindou o uso de sua imagem mesmo depois de morto. Publicado em 01 de abril de 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/31/cultura/1427813184_083287.html. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

_____, Atores se protegem contra ressurreição digital. Publicado em 22 de janeiro de 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/20/cultura/1484908608_174550.html. Acesso em: 13 de fevereiro de 2017.

BEARD, Joseph J.. Casting call at forest lawn: The digital resurrection of the deceased entertainers – a 21st century challenge for intellectual property law. In: Berkeley Technology Law Journal ,Volume 8, 1ª ed. Berkeley: University of California, 1993.

BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 4ª ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 2008.

_____. Os direitos da personalidade. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998, Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1997, p. 03.

_____. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002, p. 1.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Civil e processual. Recurso Especial n.113.963-SP, Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 20 de setembro de 2005. Quarta Turma, Diário de Justiça, 10 de outubro de 2005.

CALIFORNIA, California Civil Code, Section 3344, Chapter 1704, California 1971.

_____, Suprema Corte da Califórnia. *Lugosi v. Universal Pictures*. LA nº 30824. Califórnia: Supreme Court of California, 1979.

_____, California Civil Code, Section 3344, Chapter 1704, Califórnia 1999.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito civil: direito das coisas e direito autoral, Volume 04, 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da antiguidade à internet. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

HENDERSON, Laurie. Protecting a celebrity's legacy: Living in California or New York becomes the deciding factor. In: *Journal of Business, Entrepreneurship and the Law* Volume 3, 1ª ed, Malibu:

Pepperdine University School of Law, 2009.

ITZKOFF, Dave. How 'Rogue One' brought back Familiar Faces. Publicado em 27 de dezembro de 2016, Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/12/27/movies/how-rogue-one-brought-back-grand-moff-tarkin.html?mcubz=3>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2017.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade *post mortem*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

NEVES, Alessandra Helena. Direito de autor e direito à imagem: À luz da Constituição Federal e do Código Civil. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2011.

PERRONE, Marcelo. Recriação digital de movimentos e expressões de atores mortos provoca polêmica no cinema. Publicado em: 08 de fevereiro de 2017. Disponível: <https://goo.gl/aDKqYN>. Acesso em: 18 de setembro de 2017.

ROMANO, Rafael Salomão. O filme Rogue One: uma história Star Wars e o direito de imagem. Publicado em 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-29/rafael-salomao-romano-filme-rogue-onee-direito-imagem>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

SARKAR, Samit. Rogue One filmmakers explain how they digitally recreated two characters. Publicado em 27 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.polygon.com/2016/12/27/14092060/rogue-one-star-wars-grand-moff-tarkin-princess-leia>. Acesso em: 13 de setembro de 2017.

TAPEY, Kristopher; DEBRUGE, Peter. 'Rogue One': What Peter Cushing's digital resurrection means for the industry. Publicado em 16 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://variety.com/2016/film/news/rogue-one-peter-cushing-digital-resurrection-cgi-1201943759/>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2017.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Direito de Autor. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação

Título:

**UMA BREVE ANÁLISE
DOS PROBLEMAS DO
PROCEDIMENTO DE
HABILITAÇÃO DAS
SOCIEDADES DE GESTÃO
COLETIVA, NO ÂMBITO
DO MINISTÉRIO DA
CULTURA, SOB O
PRISMA DA RELEVÂNCIA
MERCADOLÓGICA DESTA
GESTÃO NA SOCIEDADE
DA INFORMAÇÃO**

João Marcelo Baptista Villela



**UMA BREVE ANÁLISE DOS PROBLEMAS DO
PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO DAS SOCIEDADES
DE GESTÃO COLETIVA, NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO
DA CULTURA, SOB O PRISMA DA RELEVÂNCIA
MERCADOLÓGICA DESTA GESTÃO NA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO**

Autor: João Marcelo Baptista Villela¹

Instituição: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio

Resumo: A partir da ótica da relevância mercadológica da gestão coletiva na Sociedade da Informação, o presente trabalho tem por fim analisar como tem se dado a implementação do procedimento administrativo de Habilitação de Sociedade de Gestão Coletiva, prevista pela Lei nº 12.853/13, realizado pelo Ministério da Cultura, bem como os problemas decorrentes da morosidade deste procedimento.

¹ Advogado cursando a Pós-Graduação em Propriedade Intelectual patrocinada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

1. INTRODUÇÃO

Não é nenhuma novidade que o conteúdo do direito autoral tem sido posto em pauta como centro de diversos debates inseridos no contexto da revolução tecno-informacional das últimas décadas. A informatização e dinamização promovidas no escopo da *internet*, na qual se permite o compartilhamento de obras com um número indeterminado de usuários, tem dado ensejo a diversos debates sobre qual seria o papel e como atribuir efetividade aos direitos autorais neste novo painel.

Em paralelo o direito autoral tem assumido cada vez mais relevância como insumo mercantil e produto final de toda um setor econômico. Neste sentido é sensível as inúmeras possibilidades quanto ao uso de obras protegidas - nem sempre de formas justas com o autor – no bojo da revolução informacional, o que eventualmente implicará na exigência de autorização do autor quanto á forma como a mesma se dará.

Ocorre que nem sempre as liberações necessárias são facilmente obtidas por diversos motivos que encarecem os custos de transação deste procedimento tais como dificuldades para localizar do titular ou na elaboração de um acordo eventualmente por ignorância do próprio titular. Neste sentido, a gestão coletiva de direitos, que envolve a administração dos direitos autorais sobre determinada obra por terceiros com *expertise* em sua administração, ganha folego como como uma maneira de facilitar este procedimento.

Todavia, este modelo apresenta algumas falhas quanto ao seu funcionamento, principalmente no que se relaciona com a falta de transparência com os titulares originários, havendo necessidade de fiscalização estatal. Assim, recentemente, o Brasil, que carecia de estruturas administrativas para fiscalizar a gestão coletiva, alterou a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) através da promulgação da Lei nº 12.853/13, regulamentada pelo Decreto nº 8.469, de 22 de junho de 2015 e pela Instrução Normativa nº 3, de 7 de julho de 2015, do Ministério da Cultura, determinando que os entes privados que pretendessem exercer a gestão coletiva de direitos deveriam se habilitar em face ao Ministério

da Cultura.

O presente trabalho tem por fim analisar alguns problemas referentes a implementação deste procedimento administrativo de habilitação de sociedades de gestão coletivas, bem como apontar alguns possíveis impactos podem ser detectados a partir da maneira como o mesmo tem se desenvolvido.

2. O DIREITO AUTURAL E SEU CONTEÚDO ECONÔMICO.

O direito autoral é composto basicamente por direitos de caráter personalíssimo (chamados direitos morais) e pelos direitos de caráter econômico ou direitos patrimoniais. Sucintamente, os primeiros dizem respeito à paternidade e integridade da obra². Os segundos traduzem-se na exclusiva exploração da obra, com abrangência sobre a reprodução, comunicação ao público, distribuição e transformação³.

Neste sentido, podem ser qualificados como “um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário, que, nascidas com a criação da obra, manifestam-se em concreto, com a comunicação ao público”⁴. Ou seja, embora existam desde a concepção do trabalho artístico protegido, a comunicação ao público da obra é o ato necessário às possibilidades economicamente apreciáveis da obra, decorrendo diretamente da exclusividade concedida originária de exploração da obra.

Muito provavelmente o Direito Autoral se encontra em seu momento de maior relevância econômica quando comparado com as demais perspectivas apresentadas ao longo da sua história enquanto instituto jurídico⁵. Neste sentido, o caráter dos direitos patrimoniais demonstra sua relevância dado o entendimento de que constituem uma reserva aos autores, originalmente, de exclusividade sobre as vantagens

2 PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Problemas Actuais da Gestão do Direito de Autor: Gestão Individual e Colectiva do Direito de Autor e Dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação*. p.3

3 Idem p. 3

4 Bittar, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. p. 49

5 ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva, *Obras Privadas, Benefícios Coletivos: A Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*

econômicas decorrentes exploração das obras que, para o efeito legal, tem caráter de bem móvel⁶, podendo ser alienados e transferidos, conforme dispostos nos artigos 49 e 50 da Lei de Direitos Autorais.

Ainda no escopo de proteção da lei, o artigo 29 apresenta aspecto dos direitos patrimoniais manifestos na possibilidade exclusiva de uso da obra pelo autor ou autorização de uso por outrem, bem como a transmissão, total ou parcial dos proveitos econômicos dela decorrentes⁷. É este aspecto, referente a fruição e disponibilização do conteúdo da obra, que recebe o tratamento legal de bem móvel⁸.

Neste mesmo artigo pode-se observar que, em sua segunda parte, enumera-se uma série de usos possíveis, sem, contudo, se pretender um rol taxativo, vez que prevê proteção, no seu inciso X, para “quaisquer outras modalidades de utilização existente ou que venham a ser inventadas”. Este conteúdo em aberto permite a norma uma maior adaptabilidade aos avanços tecnológicos, concedendo uma maior longevidade ao conteúdo da Lei de Direitos autorais para além das inovações de ordem técnica, que implicam em modificação na a difusão e reprodução das criações autorais⁹.

É a partir da possibilidade de transferência do uso e do proveito econômico do Direito Autoral, manifesto nos direitos patrimoniais, que se possibilita uma ampla gama de negócios jurídicos. É certo que há uma visível associação entre os direitos patrimoniais dos titulares originários com poderosos agentes de mercado inseridos na indústria da comunicação. Tal associação decorre, justamente da necessidade de anuência dos autores para que seus trabalhos sejam divulgados e deles se retirem proveito econômico.

Na concepção de uma trilha sonora para uma determinada obra audiovisual, por exemplo, quando se opta por inserir determinada música de titularidade de terceiros naquela trilha, será necessário obter liberação do titular do fonograma e da obra lítero musical para sua sua utilização na

6 Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

7 Bittar, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. p. 50

8 ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor a Direitos Conexos*. p. 80

9 SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais*. p. 163

obra final. A música se torna verdadeiro insumo à indústria audiovisual para a além do seu uso habitual. Neste sentido, os direitos patrimoniais correspondem a uma condição *sine qua non* inerente a existência de diversos mercados cujas produções se elaboram a partir de trabalho intelectual de outrem.

Neste contexto específico, a regulamentação dos direitos de autor é, essencialmente, uma tarefa do direito comercial, principalmente no que diz respeito à regulamentação das modalidades contratuais de utilização, que certamente correspondem atos de natureza mercantil, tendo o direito autoral como possíveis objetos de negócios jurídicos¹⁰.

A expansão de mercados intimamente dependentes de direitos autorais é facilmente observada nos resultados obtidos pela indústria cinematográfica no Brasil que, no ano de 2015, em comparação com o ano anterior, mesmo diante da retração do PIB em 3,8%¹¹, obteve renda total equivalente a R\$ 2.350.161.302,17, um considerável acréscimo em relação aos resultados do ano de 2014, correspondente à R\$ 1.955.909.695,99¹².

Cabe aqui o parêntese de que, apesar de se tratar de um setor econômico usualmente negligenciado pelas políticas públicas, que tendem a voltar sua atenção para outros setores mais tradicionais da economia, ainda sim é visível a expansão do próprio mercado interno ainda que com uma infraestrutura limitada. Não se pode deixar de notar que, por via de consequência, eventual esvaziamento do conteúdo econômico do Direito Autoral corresponderá a um forte baque na própria economia brasileira.

Os direitos patrimoniais não podem, portanto, apenas de cobrir os custos para a realização da obra pois, caso fossem comercializadas estritamente dentro dos limites do custo de desenvolvimento, o titular da obra não poderia arcar com eventuais custos fixos de sua manutenção. O preço ao qual se dispõe pagar por uma obra cairia abaixo do custo

10 PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Problemas Actuais da Gestão do Direito de Autor: Gestão Individual e Colectiva do Direito de Autor e Dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação*. p.3

11 Dados obtidos em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/03/1745810-pib-cai-38-em-2015-o-pior-resultado-desde-1996.shtml>

12 Dados obtidos através do Anuário da ANCINE de 2016

marginal de produção, o que inviabiliza o negócio em escala industrial¹³.

3. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO AUTORAL

A tecnologia sempre esteve intimamente atrelada a elaboração e realização do direito autoral, a exemplo da criação da imprensa de Gutenberg, o que inclusive correspondeu a um primeiro passo para o seu efetivo surgimento em escala global como um ramo autônomo do direito¹⁴. Neste esteio, enquanto representa reações aos fenômenos sociais de outras áreas, nada mais certo que o direito autoral deverá apresentar uma resposta adequada a transformação sócio econômica trazida pelo dinamismo da comunicação no seu escopo¹⁵.

Nesta ordem de ideias, a estrutura jurídica que os cerca sofre ingerência direta da dinamização oriunda do vácuo do desenvolvimento tecnológico. O progresso da técnica intimamente associado à Internet, com acesso mais rápido, amplo e com maior eficácia às criações intelectuais, representa um profundo impacto na seara do direito autoral¹⁶.

Neste sentido, embora haja divergências quanto a nomenclatura que se deveria se aplicar quanto a este novo período¹⁷, é certo que a informação como um todo tem no suporte tecnológico sua finalidade intrínseca¹⁸, o que parece razoável a denominação deste período como Sociedade da Informação.

Considerando que a economia digital foi desenvolvida inserida em um discurso anarco-libertário¹⁹, ainda que nem sempre refletido na

13 VASCONCELOS, Cláudio Lins de, *Mídia e Propriedade Intelectual. Crônica de um Modelo em Transformação*, 1ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.p.268

14 ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva, *Obras Privadas, Benefícios Coletivos: A Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. p.200

15 ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva, *Obras Privadas, Benefícios Coletivos: A Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. p.191

16 Idem p.191

17 ASCENCAO José de Oliveira. Direito da Internet e da Sociedade da Informação.

18 ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva, *Obras Privadas, Benefícios Coletivos: A Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. p.191

19 VASCONCELOS, Cláudio Lins de, *Mídia e Propriedade Intelectual*. p.243

prática, o que não poderia se afastar mais da proposta capitalista liberal vigente, encontra-se a ampla dificuldade de se encontrar um ponto ótimo ao exercício dos direitos do autor no contexto da Sociedade de informação, afinal, há a possibilidade de reprodução instantânea da informação, de modo preciso, sem que seja necessário grande esforço para tanto.

Neste cenário, as transmissões via cabo e satélite ampliam indefinidamente a possibilidade de acesso e reprodução das obras legalmente protegidas para além de suas limitações, o que se traduz para muito além do uso privado do consumidor final das obras. A situação na qual a reprodução e distribuição sem autorização de obras, com objetivos econômicos de obter lucro, tornou-se extremamente lesiva aos titulares, em nada se equiparando a cópia para uso pessoal e privado, na qual não se intenta um esvaziamento do conteúdo econômico da obra reproduzida em benefício próprio.

Ademais, ao disponibilizar-se determinada obra em rede, trata-se de permitir seu acesso por um número indeterminado de pessoas. Assim, as bases de dados criam a vantagem de oferecer obras conservadas e elaboradas²⁰, o que não deve ser entendido como um uso gratuito, em qualquer situação, daquela obra convertida em dados²¹, sob o risco de corresponder a um perecimento do conteúdo econômico do Direito Autoral.

4. GESTÃO COLETIVA E SUA RELEVÂNCIA MERCADOLÓGICA

Embora os direitos autorais possam ser objetos de negócio jurídico como outros direitos, sua gestão apresenta particularidades características que os afastam dos demais. A natureza incorpórea das obras, enquanto bem jurídico implica na possibilidade de inúmeras utilizações simultâneas, realizadas por diversas pessoas, estando muito além da capacidade do titular originário, seja para autorizar as utilizações, seja para controlá-

20 ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral, p.673

21 Idem, p. 693-694

las²², o que torna praticamente impossível seu controle individualmente. Esta dificuldade ganha proporções exponencialmente maiores dentro da Sociedade da Informação, vez que há verdadeira possibilidade de atingir um número indeterminado de usuários.

A gestão coletiva, embora tenha sido concebida fora do contexto da sociedade de informação, em um contexto anterior, apresenta vantagens para os interesses dos próprios titulares de direitos autorais, quanto para os usuários²³. Em relação aos titulares, possibilita controle de utilizações e arrecadação da receita gerada, por outro lado, oferece aos usuários um ente nos quais possam mais facilmente obter autorizações de uso, se que seja necessário empenhar individualmente negociações com cada titular.

Não se trata de descartar outras possibilidades de gestão de direitos, afinal há a probabilidade de que determinados titulares não estejam interessados no modelo por diversos motivos, eventualmente optando por adotar a gestão individual de direitos. Afinal, ao passo que a tecnologia se desenvolve, também surgem novos meios de detecção mais eficientes, capazes de encontrar textos, imagens, e outros conteúdos inseridos em rede mundial²⁴.

Pelo caráter originalmente individual e, dentro dos direitos morais, caráter personalíssimo, a negociação que originalmente diria respeito ao autor, é razoável que o autor seja livre para escolher o gestor dos seus direitos que melhor lhe convier²⁵, de modo que, embora talvez não seja a melhor escolha mercadológica, poderia até mesmo manter sua gestão individualizada.

Seu modelo se baseia na autorização dos titulares das Obras concedidas às entidades de gestão coletivas de modo que estas organizações

22 PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Problemas Actuais da Gestão do Direito de Autor: Gestão Individual e Colectiva do Direito de Autor e Dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação. p.3

23 Idem p.3

24 VASCONCELOS, Cláudio Lins de, *Mídia e Propriedade Intelectual. Crônica de um Modelo em Transformação*, 1ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010. P.257

25 PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Problemas Actuais da Gestão do Direito de Autor: Gestão Individual e Colectiva do Direito de Autor e Dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação. p.4

possam controlar a utilização das Obras, negociando-as com usuários, para que, em troca de uma quantia acordada com os titulares, repassem as remunerações obtidas aos titulares²⁶, sendo certo que, em diversas áreas o titular se vê compelido a adotar gestão coletiva por um terceiro simplesmente por não ter outras formas de gerir seus direitos²⁷.

Quanto a este aspecto, José Ascenção exemplifica com precisão: “Consideremos uma obra de música ligeira. O autor não tem a possibilidade física de negociar as autorizações e remunerações respectivas individualmente – às 10h para a TV X, às 21h para o clube Y, depois para a revista Z. Nem pode passar o dia a ouvir rádios para saber se a sua música foi tocada ou não e quantas vezes. Nem pode ter serviços que assegurem a cobrança das remunerações que lhe são devidas. Quer goste quer não, esse autor terá de confiar a uma entidade de gestão coletiva o exercício desses direitos”²⁸.

É perceptível que a amplitude das obras ganha contornos supra nacionais, abrangendo um espaço que não é tão somente internacional, mas em muitos aspectos indeterminado, na medida em que seus usos não se restringem apenas ao formato originalmente veiculado, chegando até mesmo a descaracterizar a obra originária, a medida em que é desmanchada, processada e reconsolidada para fins diversos. Ainda, a constante aceleração dos meios informacionais implica em obras mais voláteis, colocando os titulares originários em situação frágil, sob o risco de perder o domínio sobre o bem²⁹.

Na atual conjuntura referente aos atuais parâmetros de proteção à estrutura do direito autoral, conforme a base normativa legal vigente³⁰, os mecanismos de gestão coletiva significam uma possibilidade real de redução de custos quer quanto a negociação dos direitos autorais, quer quanto um maior controle quanto a sanção do seu indevido, assegurando

26 Idem. p.4

27 ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral, p. 620

28 ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral, p. 620-621

29 ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva, Obras Privadas, Benefícios Coletivos: A Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação. p. 220

30 VASCONCELOS, Cláudio Lins de, Mídia e Propriedade Intelectual. Crônica de um Modelo em Transformação, p.245

maior eficácia à da norma relativa destes direitos.

Trata-se de uma via adequada à redução dos custos de transação entre os titulares e os grandes usuários do mercado³¹, desta forma permite-se um procedimento encurtado quanto à obtenção das licenças de forma conhecido no mercado como *one-stop shops*³². Nesta toada, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, endossando a relevância dos mecanismos de gestão coletiva coloca que:

(...) os estados partes estão obrigados a impedir que terceiros violem os interesses materiais dos autores, resultantes dessas produções. Para tanto, devem impedir o uso não-autorizado das produções científicas, literárias e artísticas que são facilmente acessíveis ou reproduzíveis por meio das modernas tecnologias, por exemplo pelo **estabelecimento de sistemas de administração coletiva de direitos autorais** ou pela adoção de medidas legislativas que exijam que os usuários informem aos autores sobre qualquer uso de suas produções e os remunerarem adequadamente. Os estados partes devem assegurar que terceiros compensem os autores adequadamente em face de qualquer prejuízo injustificado sofrido como consequência do uso não autorizado de suas obras. ³³

Não se trata de descartar outras possibilidades de gestão de direitos, afinal há a probabilidade de que determinados titulares não estejam interessados na gestão coletiva de seus direitos, eventualmente optando

31 Idem. P.256

32 ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva, Obras Privadas, Benefícios Coletivos: A Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação. p. 218

33 COMITEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. General Comment no 17 (“...Similarly, States parties are obliged to prevent third parties from infringing the material interests of authors resulting from their productions. To that effect, States parties must prevent the unauthorized use of scientific, literary and artistic productions that are easily accessible or reproducible through modern communication and reproduction technologies, e.g. by establishing systems of collective administration of authors’ rights or by adopting legislation requiring users to inform authors of any use made of their productions and to remunerate them adequately. States parties must ensure that third parties adequately compensate authors for any unreasonable prejudice suffered as a consequence of the unauthorized use of their productions.”) tradução in VASCONCELOS, Cláudio Lins de, Mídia e Propriedade Intelectual. Crônica de um Modelo em Transformação, 1a edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010. p.256-257

por adotar a gestão individual de direitos. Afinal, ao passo que a tecnologia se desenvolve, também surgem novos meios de detecção mais eficientes, capazes de encontrar textos, imagens, e outros conteúdos inseridos em rede mundial³⁴.

Pelo caráter originalmente individual e, dentro dos direitos morais, caráter personalíssimo, a negociação que originalmente diria respeito ao autor, é razoável que o autor seja livre para escolher o gestor dos seus direitos que melhor lhe convier³⁵, de modo que, embora talvez não seja a melhor escolha mercadológica, poderia até mesmo manter sua gestão individualizada.

Ocorre que, por vezes, o autor se vê obrigado a interpor um gestor de seus direitos entre ele e o usuário final sobremaneira que esta interposta *persona* se torna uma condicionante ao exercício do direito autoral. Em via de consequência, a faculdade legal exclusiva do titular de previamente aprovar ou não cada uso de sua obra acaba sendo substituída por uma faculdade de aprovar ou não o uso indiscriminado de sua obra em troca de uma remuneração percebida pelo gestor³⁶.

No âmbito da sociedade da informação, é um verdadeiro risco de se afastar o criador intelectual, titular originário dos direitos autorais, do ponto central das discussões referentes ao direito autoral, afinal, nesta sociedade as obras são eventualmente tratadas como um imenso número de dados, e não como criações intelectuais³⁷, o que somente favoreceria os grupos gestores do direito. O grande risco é que o direito do autor seja sobreposto em detrimento dos direitos dos gestores de direito para quem “haver ou não uma titularidade de direitos intelectuais é indiferente, porque todos os conteúdos se equivalem”³⁸.

34 VASCONCELOS, Cláudio Lins de, *Mídia e Propriedade Intelectual. Crônica de um Modelo em Transformação*, 1a edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010. P.257

35 PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Problemas Actuais da Gestão do Direito de Autor: Gestão Individual e Colectiva do Direito de Autor e Dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação*. p.4

36 Idem, p. 621

37 ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva, *Obras Privadas, Benefícios Coletivos: A Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. p. 220

38 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet*, p. 304

Neste sentido, é bastante comum que, nas negociações de uso de obra, não haja sequer uma negociação de obras singulares³⁹. Trata-se de uma remuneração global calculada, por exemplo, na minutagem de uma música quanto fixada em determinada cena de obra audiovisual totalmente sem controle do titular.

Esta situação se encontra particularmente agravada pelas situações nas quais há um monopólio legal ou de fato sobre a gestão coletiva. Portanto, o poder de mercado e a atuação muitas vezes abusiva desta gestão atinge seu ponto crítico quando não há uma outra entidade para qual se possa recorrer⁴⁰.

No mercado fonográfico brasileiro os direitos autorais são geridos pelas associações de autores que tem um caráter de efetiva defesa dos interesses dos autores⁴¹. Conservam, portanto, em certa medida, um caráter sindical, protegendo as partes hipossuficientes da gestão de direitos coletivos. A considerar o art. 98 da Lei de Direitos Autorais⁴², há a princípio atribuição de mandato a associação para que exerça, em nome do autor, o direito de autorizar, cobrar e conceder a terceiros o exercício destes direitos. Todavia, caso o autor assim deseje, poderá, mediante comunicação à editora, poderão praticar o exercício do seu direito pessoalmente⁴³.

Todavia, considerando que os autores acabam muitas vezes cedendo seus direitos a outros entes de mercado tais como editoras e gravadoras, o principal direito gerido pelas associações acaba sendo o direito de execução pública da obra. Contudo, estas associações têm sua atuação severamente restringida diante do Escritório Central de Arrecadação-ECAD, entidade de direito privado, que possui a exclusividade legal de

39 ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral, p. 622

40 ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral, p. 623

41 Idem p. 629

42 Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos.

43 Art. 98. (...)§ 15. Os titulares de direitos autorais poderão praticar pessoalmente os atos referidos no caput e no § 3o deste artigo, mediante comunicação à associação a que estiverem filiados, com até 48 (quarenta e oito) horas de antecedência da sua prática.

representar conjuntamente todas associações⁴⁴.

Há que se falar, também, na ausência histórica de uma efetiva estrutura administrativa para fiscalizar as entidades de gestão coletiva, que na prática somente existiam no contexto da indústria musical, onde a figura do Escritório Central, que goza de monopólio legal para arrecadação das verbas oriundas de execução pública de obras musicais, apontava por uma necessidade de maior fiscalização pelo Estado.

O polêmico ente foi alvo de frequentes ataques principalmente quanto a pouca transparência de sua atuação e a discricionariedade com a qual atua no exercício de seu monopólio. Tal fato inclusive já foi alvo de processo administrativo do Conselho de Defesa por, dentre outros fundamentos, formação de cartel manifesto no tabelamento conjunto de valores a serem pagos pela execução pública de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas⁴⁵.

6. O PROCESSO DE HABILITAÇÃO DAS SOCIEDADES DE GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS DADOS PELA LEI 12.853/2013

Sensível à demanda por uma relação mais transparente entre entes de gestão coletiva e titulares originários da Obra, a edição da Lei nº 12.853/13 alterou a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) apresentando mecanismos de regulamentação e supervisão estatal sobre o sistema de gestão coletiva. Não se trata de uma nova proposta de atuação do Estado, mas uma nova atuação regulatória de um tema que havia sido posto de lado desde que o Conselho Nacional de Direito Autoral-

44 Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B

45 <http://www.cade.gov.br/noticias/ecad-e-associacoes-de-direitos-autorais-sao-condenadas-por-formacao-de-cartel>

CNDA fora desativado⁴⁶ e a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) permanecera silente quanto ao tema.

Nesta proposta de retomada da regulamentação, a determinação contida no artigo 98-A da Lei de Direitos Autorais, após a alteração mencionada, no sentido de que as associações privadas que desejarem atuar como entes de gestão coletiva deverão estar habilitadas junto a órgão da administração pública federal, foi regulamentada pelo Decreto nº 8.469, de 22 de junho de 2015, que atribuiu ao Ministério da Cultura, em seu art. 2º, o papel de realizar o procedimento de habilitação das associações de gestão coletiva⁴⁷.

Em outras palavras, dentro do escopo regulatório atribuído ao Ministério da Cultura, no qual inclui-se o papel de promover políticas públicas no setor, lhe foi atribuída a tarefa de fiscalização prévia a constituição de entes de gestão coletiva manifesta o procedimento administrativo de habilitação dos mesmos, o que seria um primeiro passo para assegurar uma maior credibilidade ao modelo de gestão coletiva.

Regulamentando como se dará, passo a passo, o procedimento administrativo de habilitação o Ministério da Cultura editou a Instrução Normativa nº 3, de 7 de julho de 2015. Neste ato normativo ficou determinada, em seu artigo 3º, que a Diretoria de Direitos Intelectuais do Ministério seria a responsável pela análise dos requerimentos para habilitação devendo fazer uma análise formal quanto a documentação apresentada. Inexistindo irregularidades na documentação apresentada, o pedido de habilitação seria publicado no Diário Oficial da União para conhecimento da sociedade civil, que terá 30 dias para se manifestar quanto ao pedido. Findo este prazo, a Diretoria passaria a análise efetiva do mérito do pedido de habilitação para que, em 30 dias, decida sobre a efetiva concessão ou não do pedido.

Cabe aqui ressaltar que, nos termos do artigo 4º, é possível a

46 ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral, p. 633

47 Art. 2º O exercício da atividade de cobrança de Direitos autorais a que se refere o art. 98 da Lei nº 9.610, de 1998, somente será lícito para as associações que obtiverem habilitação do Ministério da Cultura, nos termos do art. 98-A da referida Lei, observada as disposições deste Decreto.

concessão de habilitação provisória, com determinadas condicionantes, para que sejam exercidas as atividades de cobrança por um ano, podendo ser prorrogado uma única vez pelo mesmo período de tempo. Esta habilitação provisória é concedida em caráter extraordinário como uma maneira de permitir que o ente arrecadador, que não preenche determinados pré-requisitos formais, possa exercer suas atividades dentro de um determinado prazo concedido para que se adeque às formalidades que, caso não preenchidas, implicarão em sua revogação.

Esse novo modelo enfrenta, contudo, alguns problemas práticos quanto a sua implementação. Considerando que o procedimento administrativo de habilitação gira ao redor de Ministério, que encontra-se completamente balizado pela agenda política do Poder Executivo, o funcionamento adequado deste procedimento é diretamente atingido por eventuais crises políticas. Portanto, no cenário político caudaloso, onde a marcante a instabilidade ao redor da Presidência da República com subseqüentes trocas nos encarregados dos ministérios, procedimentos administrativos desta natureza tendem a não ser uma prioridade permanecendo em segundo plano.

Nesta ordem de ideias a celeridade necessária à eficiência deste tipo de pedido acaba gravemente comprometida. Fato que o próprio Ministério da Cultura deve sopesar, considerando que os procedimentos de habilitação dos entes ligados à música - os primeiros dos quais se tem notícia - ainda não foram concluídos, o que já implica em uma demora de mais de dois anos após a edição da Instrução Normativa nº 3, de 7 de julho de 2015 para conclusão das análises necessárias.

Esta situação na qual as sociedades de gestão coletiva continuam atuando sem estarem regularmente habilitadas, por conta da demora do Ministério da Cultura em analisar os pedidos de habilitação é grave. Inclusive, caso permaneça inalterada, pode implicar no esvaziamento da fiscalização estatal, o que manteria a atuação destas sociedades em situação equivalente àquela anterior à edição da Lei nº 12.853/13, na qual não havia efetiva fiscalização na atuação das sociedades de gestão coletiva.

Em paralelo, para as sociedades de gestão de direitos autorais

de ramos diversos ao musical que, considerando a edição da Instrução Normativa nº 3, de 7 de julho de 2015 do Ministério da Cultura, tentam sua constituição e habilitação em mercados como do audiovisual, acabarão inviabilizadas no país. Tal fato, como falado, implica em expressivos gastos dos setores da economia que dependem de direitos autorais como insumo, que terão custos de localização, negociação e liberação muito mais altos fora da lógica dos *one stop shops*.

7. CONCLUSÃO

Como visto, o direito autoral na sua modalidade patrimonial, enquanto direito originariamente exclusivo de titularidade ao autor da obra protegida possui característica de bem móvel, o que lhe atribui caráter mercantil, podendo ser objeto de negócios jurídicos variados como uma determinada forma de remunerar ao criador no intuito de assegurar a continuidade da produção de obras.

Neste contexto estes direitos adquirem uma grande importância aos mercados relacionados à comunicação justamente através da necessidade de anuência dos autores para que deles se retire proveito econômico de suas obras, correspondendo a uma condição *sine qua non* inerente a existência de diversos mercados, o que, em alguma medida, atribui a estes direitos uma regulamentação do direito comercial.

Estes mercados dependentes do direito autoral, em que pese a negligência das políticas governamentais quanto ao setor por enxergá-lo como “secundário” à economia, se mostram em franca expansão mesmo face a um cenário de recessão econômica. Portanto esvaziar o conteúdo desses direitos eventualmente implicará em um baque econômico significativo, o que impende notar que ainda que aparentemente seja vantajoso para o público consumidor acesso gratuito às Obras, há uma demanda por obras mais elaboradas e custosas, e estas obras dependem de uma recompensa adequada.

Neste sentido, os direitos autorais enfrentam o desafio de adequação às novas perspectivas trazidas pela Sociedade da Informação, considerando

que permite a circulação das obras de forma praticamente indefnida, que em diversos aspectos apresenta proposições paradoxais às questões trazidas. É aí que as bases de dados criam a vantagem de oferecer obras conservadas e elaboradas quanto a preservação mercadológica destes direitos, sendo visível que o recrudescimento da norma de tutela aos direitos autorais não terá efeitos benéficos econômicos, além de, inclusive, colocar em cheque a legitimidade questionável dos mesmos.

A gestão coletiva se coloca dentro da Sociedade da Informação, considerando a possibilidade de inúmeras utilizações simultâneas que tornam praticamente impossível seu controle individual, como um meio de redução de custos quer quanto a negociação dos direitos autorais, quer quanto um maior controle quanto a sanção do seu indevido, assegurando maior eficácia à da norma relativa destes direitos.

Seu modelo baseado na autorização de controle de uso das obras por terceiros gestores, realizada por titulares, possibilitam que os titulares não se preocupem aspectos burocráticos da administração de suas obras, tais como a arrecadação da receita gerada, e permite que usuários obtenham mais facilmente autorizações de uso da obra ao invés de negociar individualmente cada uso. Estes mecanismos de gestão coletiva significam uma possibilidade real de redução de custos quer quanto a negociação dos direitos autorais, quer quanto um maior controle quanto a sanção do seu indevido, assegurando maior eficácia às normas relativas a estes direitos.

Contudo, ocorre que neste modelo, em razão do afastamento do autor do domínio sobre sua obra, pode se dar um tratamento prioritários aos interesses dos entes de gestão coletiva em detrimento dos titulares originários. Para que seja minimizado este problema, é necessário que a gestão coletiva se dê da forma mais transparente o possível na relação entre titular originário e a sociedade que gere o direito.

Cria-se um cenário no qual o direito do autor acaba sobreposto em detrimento dos direitos dos gestores de direito para há um tratamento equivalente entre todas as obras e, além disso, o autor acaba submetido às condições unilateralmente impostas pelos gestores coletivos, cuja atuação

se dá mediante a imposição de condições muitas vezes draconianas ao titular originário, criando a necessidade de defesa seus próprios interesses perante a entidade de gestão.

Tal fato aponta para a necessidade de adequação no modo de agir das entidades responsáveis pela gestão coletiva de direitos, pois está mais do que clara a necessidade de entidades ágeis, transparentes e modernas. Para tanto, é necessário que estas associações venham a fazer usos de meios que a tecnologia lhes coloca à disposição, prestando seus serviços aos titulares de maneira mais eficiente.

Para que haja efetiva transparência destas relações, é necessário que haja uma fiscalização, regulamentação e supervisão estatal sobre o sistema de gestão coletiva. Razão que lavou a alteração da Lei de Direitos Autorais pela Lei nº 12.853/13, que acertadamente implementou o procedimento da habilitação das sociedades de gestão coletiva.

Todavia, a forma de implementação adotada pelas normas infralegais manifesta no Decreto nº 8.469, de 22 de junho de 2015, e na Instrução Normativa nº 3, de 7 de julho de 2015, do Ministério da Cultura, que atribuíram a este Ministério o papel de executar o procedimento administrativo necessário a habilitação, tem apresentado alguns problemas em seu funcionamento.

O procedimento administrativo, como regulamentado pelo Decreto nº 8.469, pressupõe uma submissão ao Poder Executivo, em última análise, vez que o Ministério da Cultura será o responsável pelo controle de tal procedimento. Ocorre que esta relação acaba se colocando como um empecilho ao correto desenvolvimento da habilitação das sociedades de gestão coletivas vez que dependem de espaço que as pautas relacionadas ao mercado cultural possuem na agenda política da presidência da república.

O problema é que, considerando a relevância que a gestão coletiva de direitos possui para o mercado cultural e que seu funcionamento adequado depende de fiscalização minuciosa do poder público, o procedimento de habilitação das sociedades que o exercem deve estar adequado a agilidade que o mercado pressupõe. Portanto, reconhecendo

a suma importância que a fiscalização possui, não parece ser a melhor solução que a mesma esteja adstrita em caráter exclusivo à pasta de um Ministério que sofre ingerência diretas dos subsequentes escândalos que o Executivo Federal enfrenta.

É certo que, até o presente momento, as primeiras sociedades de gestão coletiva a requererem a habilitação assim que a referida Instrução Normativa foi editada, no ano de 2015, permanecem sem decisão final, positiva ou negativa, quanto à sua habilitação. Em paralelo, mesmo sem a habilitação, estas mesmas sociedades continuam desempenhando sua atividade exatamente da mesma forma que exerciam antes da edição da Lei nº 12.853/13.

Obviamente, não se trata de impedir que as sociedades de gestão coletiva exerçam sua atividade por conta da mora do poder público em conceder ou não a habilitação. Mas, caso o sistema permaneça na situação em que se encontra poderá dar azo ao esvaziamento de um dos principais avanços da Lei nº 12.853/13 no que tange o papel regulatório do Estado no mercado cultural.

Por fim, é importante notar que esta mora, para sociedades que não atuavam no mercado em momento anterior ao da Lei nº 12.853/13 ganha contornos mais urgentes pois, até o presente momento restam impedidas de exercer suas atividades, justamente por falta de habilitação. É necessário que se repense a maneira como tem sido implementado o art. 98-A da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) sob risco de frear o avanço dado com o procedimento de habilitação.

REFERÊNCIAS

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

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito da Autoral**. 2ª edição, refundida e ampliada, São Paulo, Editora Renovar, 2007

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro, Editora Forense. 2002

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva, **Obras Privadas, Benefícios Coletivos: A Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação**, disponível em <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>, acesso em 20 de agosto de 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2003

BRASIL, Lei 9610/1998, **Lei de Direitos Autorais de 19 de fevereiro de 1998**

BRASIL, **Lei nº 12.853/13**, de 14 de agosto de 2013

BRASIL, **Decreto nº 8.469**, de 22 de junho de 2015

BRASIL, Ministério da Cultura, **Instrução Normativa nº 03**, de 7 de julho de 2015

BRASIL, Agência Nacional do Cinema, **Anuário Estatístico do Cinema Brasileiro de 2016**, disponível no domínio, acessado em 22 de agosto de 2016, https://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/publicacoes/pdf/anuario_2015.pdf

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, **ECAD e associações de direitos autorais são condenadas por formação de cartel**, disponível em <http://www.cade.gov.br/noticias/ecad-e-associacoes-de-direitos-autorais-sao-condenadas-por-formacao-de-cartel>, acesso em 22 de agosto de 2016

Folha de São Paulo, **PIB cai 38% em 2015, o pior resultado desde 1996**, disponível no domínio <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/03/1745810-pib-cai-38-em-2015-o-pior-resultado-desde-1996.shtml>, acesso em 20 de agosto de 2017

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Problemas Actuais da Gestão do Direito de Autor: Gestão Individual e Colectiva do Direito de Autor e Dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação*. Disponível no domínio, acessado em 20 de agosto de 2017, <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28790/1/GEST%C3%83O%20DOS%20DIREITOS%20DE%20AUTOR%20E%20CONEXOS.pdf>

SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais*. Campos dos Goytacazes, Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006

VASCONCELOS, Cláudio Lins de, *Mídia e Propriedade Intelectual. Crônica de um Modelo em Transformação*, 1ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação**

Título:

**IMPACTOS DOS SERVIÇOS
DE STREAMING NA
PROPRIEDADE PRIVADA E
NO CONSUMO DE MÚSICA
NO BRASIL**

Leonardo Morel



IMPACTOS DOS SERVIÇOS DE STREAMING NA PROPRIEDADE PRIVADA E NO CONSUMO DE MÚSICA NO BRASIL

Autor: Leonardo Morel¹

Instituição: Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Públicas
(NEDAC)

Resumo: O setor da música gravada vem passando por um importante momento de mudanças por conta da difusão dos serviços de *streaming* de música. O desenvolvimento de tecnologias como a conexão de banda larga e a computação na nuvem, juntamente implementação dos *smartphones*, propiciaram um cenário favorável ao surgimento desses serviços ao possibilitar o acesso ao um determinado acervo musical sem a necessidade de sua posse e/ou armazenamento por parte do consumidor. A inserção de agentes nesse mercado, como Spotify, Deezer e Apple Music, vem trazendo significativas mudanças nesse campo, fomentando o declínio de formatos de consumo até então baseado na posse e armazenamento de um bem material. A música gravada passou a ser consumida sob a forma de serviço, alterando a forma como o ouvinte se relacionar com esse bem cultural.

Palavras-chave: Música. *Streaming*. Propriedade. Acesso.

¹ Mestre pelo Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPED/IE/UFRJ), com dissertação a respeito dos impactos da difusão dos serviços de streaming no mercado brasileiro de música, pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Culturais (NEDAC) e docente do MBA em Bens Culturais da Fundação Getulio Vargas.

1. INTRODUÇÃO

O setor da música gravada vem passando por um importante momento de mudanças por conta da difusão dos serviços de *streaming* de música. O desenvolvimento de tecnologias como a conexão de banda larga e a computação na nuvem, juntamente implementação dos *smartphones*, propiciaram um cenário favorável ao surgimento desses serviços ao possibilitar o acesso ao um determinado acervo musical sem a necessidade de sua posse e/ou armazenamento por parte do consumidor. Com isso, percebe-se uma mudança da relação do consumidor com os bens culturais como a música e filmes.

Por praticamente um século a música gravada foi amplamente comercializada sob a forma de um produto físico e colecionável, tornando o consumidor o proprietário desse bem. Após o vinil, veio a fita-cassete e depois o CD que eram comercializados através de canais de distribuição bem definidos. Vale ressaltar que foi a própria indústria fonográfica quem criou e implementou esses produtos físicos. Investimentos por parte dessas empresas em P&D eram feitos buscando a inovação de produtos e processos.

Com o lançamento do CD, por exemplo, na década de 80, a indústria fonográfica influenciou os consumidores a se desfazerem de suas coleções de vinil e substituí-la por CDs. Muitos o fizeram. Porém, observa-se que tratou-se de uma mera substituição de formato. O consumidor, que antes era dono de uma coleção de discos de vinil, passaria a ser dono CDs. Ele ainda era possuidor daquela coleção, era dono exclusivo daqueles bens de consumo.

Com o surgimento das tecnologias digitais de produção, divulgação e consumo musical, grandes mudanças aconteceram na cadeia produtiva da música, gerando, por exemplo, a extinção quase total das lojas de discos. Grandes cadeias de lojas, como a Tower Records simplesmente desapareceram. Em contrapartida, observou-se a inserção de novos agentes, como, por exemplo, as lojas virtuais de venda de música em formato digital, como a iTunes Store e os de serviços de streaming cujo

desenvolvimento vem crescendo bastante em virtude da massificação do consumo dos *smartphones*.

As tecnologias intangíveis estão redesenhando a forma como o indivíduo lida com a propriedade de um bem de consumo nos dias de hoje. No caso da música, durante grande parte do século XX a coleção dos discos foi algo fomentado pela indústria fonográfica. Os amantes da música passaram a colecionar os discos de seus artistas favoritos e durante décadas tais colecionadores foram figuras admiradas e respeitadas, visto que a coleção de discos equivalia a possuir uma vasta cultura musical. Eram admirados por muitos aqueles que possuísem todos os discos de um determinado artista ou gênero musical. A coleção de discos era sinônimo de conhecimento, da mesma forma como os detentores de uma vasta biblioteca particular.

2. A CONTEXTUALIZAÇÃO

Desde seu advento ao final do século XIX, o mercado da música gravada é marcado por um processo contínuo de inovações tecnológicas responsáveis, muitas vezes, por modificar seus modelos de negócio, fomentar a inserção de novos agentes em sua cadeia produtiva e mudar seus formatos de consumo. Trata-se de uma história repleta de inovações tecnológicas e conflitos de interesses.

As tecnologias digitais de produção, divulgação e consumo de música gravada, difundidas ao final do século passado, são exemplos de inovações que geraram profundas alterações nesse mercado. Observou-se, desde então, uma significativa diminuição do número de grandes gravadoras (que nesse trabalho serão chamadas de “empresas titulares de direitos”) no mercado fonográfico, em virtude principalmente da queda gradual das vendas de produtos físicos, como o CD. É muito difícil fazer previsões a respeito da configuração desse mercado para os próximos cinco ou dez anos por conta desse processo contínuo de inovações tecnológicas. Porém, mesmo com as mudanças ocorridas no mercado da música gravada ao longo de sua história, as empresas titulares de direitos não foram

eliminadas dessa cadeia produtiva. Vale ressaltar que na indústria da música, poucas são as relações entre os agentes que não são intermediadas por um terceiro. Para que uma determinada composição chegue até o público, é necessário que ela seja gravada em alguma mídia – seja ela física ou digital – e distribuída. A distribuição pode ser feita por venda direta dessa música, ou indireta, por exemplo, quando ela é ouvida através de uma estação de rádio. A produção e distribuição musical são comumente realizadas pelas titulares de direito. Existe também o caso da utilização de música em um filme ou comercial de publicidade, também conhecido como sincronização, que não é feita através de uma transação direta com o autor, mas com uma editora musical (FRANCISCO; VALENTE, 2016).

Os provedores dos serviços *streaming* de música são intermediários da cadeia produtiva da música gravada que precisaram realizar acordos contratuais com as empresas titulares de direitos, donas dos catálogos musicais, para realizar sua atividade econômica. Trata-se de um modelo de negócio no qual, por uma pequena taxa mensal, o consumidor tem acesso a um grande conjunto de canções sem baixá-las em seus dispositivos (BORJA; DIERINGER; DAW, 2015). O que difere essa tecnologia de suas antecessoras, como as de compartilhamento de arquivos, é que os dados não são armazenados pelo usuário em seu computador pessoal ou *smartphone*.

3. A DIFUSÃO DO STREAMING

O advento de serviços multimídia para *smartphones*, *tablets* e computadores pessoais como Spotify, Netflix, Deezer, Globosat Play, Apple Music, Tidal, YouTube Red, Pandora, Google Play, entre outros, vem modificando a forma como as pessoas consomem música, filmes, séries e programas de TV. O consumidor passou a escolher o que assistir, ou o que ouvir, onde e a que horas, sem a necessidade de se ver refém de uma grade de programação. A transmissão de conteúdo multimídia por meio da Internet popularizou-se mundialmente sob a denominação de *streaming*. Trata-se de uma distribuição feita por pacotes cujas informações

são reproduzidas à medida que chegam ao usuário sem a necessidade de armazenamento nos computadores pessoais, não ocupando, portanto, espaço no Disco Rígido (HD).

O *streaming* é uma inovação que se popularizou a partir da criação e avanço de determinadas tecnologias digitais como o aumento de banda de conexão e a expansão da capacidade de armazenamento e processamento de dados. O meio digital está transformando a maneira como as pessoas se conectam e se relacionam, modificando seus comportamentos e atitudes (MARTINS; SLONGO, 2014). O consumidor passa a ser identificado por aquilo que ele acessa e não mais pela posse desses bens (BELK, 2013).

Esse novo ambiente tecnológico propiciou o surgimento e a popularização de serviços inovadores que caíram no gosto do consumidor e geraram novas formas de acesso à indústria do entretenimento e às manifestações artísticas. Dentre elas, a música foi a pioneira a utilizar, em 1993, esse tipo de inovação para transmissão online².

Em se tratando do uso das tecnologias digitais, a música antecipou impactos que só foram ocorrer mais tarde em outros mercados, como o do audiovisual e do jornalismo (FRANCISCO; VALENTE, 2016). Muitos desafios que o jornalismo vêm enfrentando nos dias de hoje foram sentidos no passado pelo mercado da música. A utilização dos meios digitais de comunicação, por exemplo, vem diminuindo gradativamente as assinaturas dos jornais em formato físico enquanto que serviços legais e ilegais de transmissão online de filmes e séries, como o Netflix e o Popcorn Time, vêm mudando os hábitos de consumo e contribuindo para a extinção das locadoras de vídeo. Fenômenos similares, como o advento das redes peer-to-peer³ impactaram previamente o mercado da música,

2 A banda Severe Tire Damage realizou em 1993 uma apresentação feita na Xerox PARC (Palo Alto Research Center Incorporated) utilizando a tecnologia Multicast Backbone (MBone). Em novembro de 1994, a banda inglesa Rolling Stones realizou uma apresentação online utilizando a mesma tecnologia (FIGUEIREDO, 2013).

3 Do inglês par-a-par ou simplesmente ponto-a-ponto, com sigla P2P, é uma arquitetura de redes de computadores onde cada um dos pontos ou nós da rede funciona tanto como cliente quanto como servidor, permitindo compartilhamentos de serviços e dados sem a necessidade de um servidor central. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer> em 03/08/2015

alterando a cadeia produtiva e gerando novos hábitos de consumo.

O *streaming* é o protagonista de mais uma fase de transição observada na indústria da música. Essa indústria pode ser dividida em três segmentos: o showbusiness que é ligado ao mercado da música ao vivo; a indústria fonográfica que abrange o mercado da música gravada e o direito autoral que engloba a exploração econômica dos direitos de autor e dos que lhe são conexos (SALAZAR, 2015).

A crescente popularidade dos serviços de *streaming* de música vem contribuindo para uma gradual recuperação financeira dos agentes da indústria fonográfica após um longo período de perdas financeiras. Além disso, tais serviços também acabam contribuindo positivamente para o mercado de shows ao servir como uma plataforma de experimentação musical para os consumidores (NGUYEN; DEJEAN; MOREAU, 2014). Isto é, ao ter contato com o trabalho de um determinado artista numa plataforma de *streaming*, o consumidor pode ficar propenso a pagar para assisti-lo ao vivo. Tais serviços podem servir como uma forma de degustação ao consumidor.

No Brasil, o mercado digital de música ainda se encontra em fase inicial de difusão em comparação a países como Estados Unidos e Inglaterra. Os serviços de *streaming* de música são muito recentes no Brasil, começando a ser oferecidos em 2011 pela Rdio. A loja virtual de venda de música digital da Apple, a iTunes Store só iniciou suas atividades no Brasil em 2012, nove anos após seu lançamento nos Estados Unidos (“Inside The Music Industry - Chronology - Technology And The Music Industry | The Way The Music Died | FRONTLINE | PBS”, 2004).

Os serviços de *streaming* são divididos em duas modalidades: o *streaming* interativo (*on demand*) e o não interativo. No *streaming* interativo, também definido pela literatura especializada como *webcast on demand*, o acesso às músicas é randômico e assíncrono, pois a transmissão de uma obra específica inicia-se quando o usuário determina. O modelo não interativo é o adotado pelas rádios *online* – ou *webradio* – que, usando a tecnologia do *streaming*, não apresentam um produto conceitualmente

diferente das rádios em geral (FRANCISCO; VALENTE, 2016). O streaming interativo, ou *webcast on demand* é entendido como estático, em oposição ao formato contínuo da *webradio* (VAN HAANDEL, 2008).

4. A POSSE VERSUS O ACESSO

Durante grande parte do século passado a indústria fonográfica desenvolveu um modelo de negócio no qual o consumidor deveria pagar pela posse de um álbum para poder acessar as músicas. Com a compra de um disco, o consumidor passa a ser o proprietário exclusivo do bem material mas não de seu conteúdo. Assim, o consumidor tem o pleno direito de propriedade sobre o disco: guardá-lo, doá-lo, abandoná-lo e até mesmo destruí-lo. Porém, ele não tem nenhum direito sobre as músicas nele contidas, exceto nos limites previstos em lei (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009). O conteúdo, por exemplo, não poder ser copiado, editado ou executado publicamente sem a autorização prévia do autor⁴.

Se durante o século passado e início do XXI indústria fonográfica difundiu o consumo da música gravada através de sua posse e acúmulo e nos dias de hoje, o *streaming* de música mudou essa configuração. A difusão das tecnologias digitais de produção e consumo de música ao final do século passado mexeu com as bases do modelo de negócio da indústria da música gravada. Ademais, a distribuição digital de música mexeu com as bases da doutrina dos direitos autorais ao se eliminar a necessidade exclusiva do suporte físico para o armazenamento das obras musicais. Mesmo assim, o formato do *download*, anterior ao do *streaming*, foi caracterizado pelo armazenamento, e, conseqüentemente, pela posse do ouvinte, da música em formato digital. Mesmo com a difusão de canais de acesso ilegal à música gravada, o modelo do *download* e de troca de arquivos em formato digital proporcionava ao ouvinte a sensação de propriedade perante um determinado fonograma. Os serviços de *streaming* de música interativos mudaram a percepção do ouvinte em

⁴ Art. 29 da Lei 9610/98

relação à música gravada por conta de não haver mais a necessidade de posse para que seu consumo aconteça. O consumidor que foi identificado durante o século XX de acordo com os bens que ele possuía, no século XXI ele passa a ser definido por aquilo que quer acessar (LEADBEATER, 2009).

A difusão da tecnologia do *streaming* só pôde ser realizada a partir do aumento da largura da banda de conexão da Internet, isto é, da possibilidade de transmissão de dados, além da expansão da capacidade de processamento e armazenamento de dados, formando, desta forma, o tripé da economia digital. Com isso, a Internet que conhecemos hoje possibilitou uma alteração de paradigma da posse para o acesso a bens ou serviços. Diferentemente do modelo de mercado tradicional que sempre foi baseado na posse, a chamada Economia do Compartilhamento é calcada na utilização e compartilhamento de bens e serviços entre os usuários (PUSCHMANN; ALT, 2016).

Em se tratando de compartilhamento de bens, os serviços de *streaming* utilizam o acervo musical protegidos por direitos do autor sem a violação desses direitos por conta de acordos de licenciamento de catálogo firmado com as empresas titulares de direitos. O *streaming* de música difere dos serviços de compartilhamento, como o Napster, que proporcionava a troca de músicas em formato digital sem a prévia autorização dos detentores dos direitos sobre as obras musicais. Para operar no mercado, os serviços de streaming como Spotify e Google Play pagam um adiantamento às titulares de direitos, donas do catálogo, para poder explorar economicamente o acervo de músicas das gravadas. Muitos desses serviços ainda repassam uma considerável parte de suas receitas aos titulares dos direitos autorais. Ademais, algumas dessas empresas titulares associaram-se a esses serviços através da participação acionária em troca da liberação da exploração de seus catálogos.

5. A MÚSICA DIGITAL, A INTANGIBILIDADE E O FIM DA ESCASSEZ

O lançamento do CD no início da década de 1980 foi um marco para a indústria fonográfica contribuindo para o aumento das vendas da música gravada em formato físico, visto que o mercado incentivou os consumidores a substituir suas coleções de vinil para o CD. Em 1988 as vendas dos CDs ultrapassaram as do vinil (“Inside The Music Industry - Chronology - Technology And The Music Industry | The Way The Music Died | FRONTLINE | PBS”, 2004).

Em 1990 é lançado o formato Moving Picture Experts Group-1, Layer-3 (MP3), que comprimia o arquivo sonoro digital facilitando seu envio de um computador para o outro sem comprometer sua qualidade. Essa nova tecnologia de compressão de arquivos possibilitou que o tamanho dos arquivos de música digital, originalmente em formato WAV, ficasse menor e, por consequência, seu armazenamento nos computadores pessoais foi facilitado.

Em 1995, a empresa RealAudio lançou o primeiro serviço de *streaming* de áudio em resposta à longa espera para realizar o download de um arquivo de áudio à época. Em maio 1999, o serviço Napster é lançado possibilitando a troca de músicas em formato digital entre os usuários pela internet sem a autorização dos detentores dos direitos.

A difusão dos serviços de compartilhamento de música digital gerou a especulação de que seria o fim das empresas titulares de direito. O fato de serviços como o Napster proporcionarem um canal direto entre seus usuários sem a utilização dos meios de distribuição administrados pelas empresas titulares colocou em questão o modelo de negócio por elas desenvolvido. Ademais, a distribuição digital de música difundida por esses serviços mexeu com as bases da doutrina dos direitos autorais ao se eliminar a necessidade exclusiva do suporte físico para o armazenamento das obras musicais. O conceito da “destruição criadora” cunhado pelo economista Joseph Schumpeter (1942) caiu como uma luva: a implementação e difusão de inovações tornou obsoleto um modelo de negócio que foi hegemônico durante grande parte do século passado. Tal modelo desenvolvido pela indústria fonográfica apresentava canais de distribuição bem definidos e lhes dava o controle do processo produtivo.

O final do século passado marca o início de uma verdadeira batalha judicial da Associação Norte-americana da Indústria Fonográfica (RIAA) com o intuito de proibir o funcionamento dos serviços de compartilhamento de arquivos digitais. Em dezembro de 1999, a RIAA entrou com processo contra o Napster por infração aos direitos autorais o que acabou decretando o encerramento das atividades do serviço em 2001⁵. A popularização do compartilhamento de música MP3 entre os internautas fez com o que o setor musical tenha sido o primeiro a sentir os efeitos da pirataria digital, trazendo-lhe significativas perdas financeiras (“Singing a different tune | The Economist”, 2009).

As empresas do mercado fonográfico tentaram lançar ao mercado seus próprios serviços de venda de música digital no intuito de agregar a Internet às suas cadeias produtivas. Em 2001, a Universal Music e a Sony lançaram o Pressplay e a BMG e a Warner Music o MusicNet (“Music Industry History 2000s - Playlist Research”, 2015). Ambas tentativas falharam, segundo Dolata (2011), pois as tecnologias desses serviços eram imaturas e seus modelos de distribuição não eram atraentes ao consumidor final.

O sucesso na distribuição digital veio de uma empresa de fora dessa indústria. Em 2003, após negociação com as principais empresas titulares de direitos, a Apple passou a vender músicas ao preço único de noventa e nove centavos de dólar em sua própria loja digital, a iTunes Store. Com o intuito de estimular a venda de seu tocador de música digital, o iPod, a loja iTunes detinha a exclusividade para a compra e inserção das músicas em seus tocadores de música. O design inovador e a facilidade de seu manuseio fez do iPod um sucesso mundial que contribuiu para o sucesso da iTunes Store e difundiu uma nova forma de se consumir música - a compra de músicas avulsas. O sucesso da Apple no mercado da música gravada eliminou a tentativa da indústria fonográfica de vender suas músicas diretamente aos consumidores. E diferentemente do modelo de distribuição do varejo dominado pela indústria fonográfica, a Apple se estabeleceu como líder mundial de mercado de distribuição de música

⁵ Em 2002 o Napster foi comprado pelo grupo Roxio, fabricante de softwares para gravação de CD e DVD, e passou a vender as músicas arquivadas aos usuários.

Hoje em dia, o Napster é um serviço de streaming de músicas.

digital (DOLATA, 2011).

Em 2004, foi realizada a fusão entre as empresas Sony Music Entertainment e a BMG, que passaram a se chamar Sony BMG e, com isso, levando para quatro o número de grandes empresas titulares no mercado global (Sony/BMG, Universal, EMI e Warner Music).

O ano de 2005 é marcado pelo lançamento da plataforma de vídeo YouTube que possibilitou que qualquer usuário poste e assista a conteúdo audiovisual gratuitamente. Essa plataforma popularizou-se, tornando-se uma das principais mídias para acessar conteúdo musical na Internet, nove entre os dez vídeos mais assistidos no YouTube são de conteúdo musical (SAVAGE, 2016).

A banda inglesa de rock alternativo Radiohead lançou um desafio à indústria fonográfica em 2007 para o lançamento do disco *In Rainbows* ao permitir que o usuário decidisse o quanto gostaria de pagar para adquiri-lo. Mesmo optando por não pagar nada, um link para baixar o disco gratuitamente era enviado ao consumidor. Só no primeiro mês de lançamento, o disco atingiu 1,2 milhão de downloads e acabou influenciando outras bandas a buscarem formas alternativas de marketing para lançar seus trabalhos (BRANDEL, 2013). Ainda em 2007 é lançada a plataforma de distribuição online de música Sound Cloud que permite que qualquer artistas distribua suas músicas gratuitamente.

6. A MÚSICA VOLTA A SER UM SERVIÇO

Em 2008 o serviço de *streaming* de música Spotify foi lançado ao mercado oferecendo um vasto catálogo sob a forma de assinaturas mensais ou através do acesso gratuito em troca da inserção de publicidade. O serviço foi implementado no Brasil em 2014 e conta com o conteúdo das principais empresas titulares de direito- agora três após a venda da EMI para a Sony Music e Universal (GIL, 2016).

O crescente consumo dos serviços de *streaming* de música agregado à diminuição do consumo de *download* mostra a direção pela qual essa tecnologia vem seguindo. A música como um serviço representa uma

nova forma de se consumir música (DÖRR et al., 2013).

As economias modernas são economias de serviços fomentadas pelo processo de desindustrialização que teve início em meados do século XX nos principais países desenvolvidos. O advento e a proliferação da Internet num e a recente popularização dos *smartphones* vem ocasionando a criação de serviços capazes de facilitar diversas atividades do cotidiano das pessoas, como chamar um táxi ou realizar a troca de mensagens de texto, por exemplo. A economia de serviços é uma economia caracterizada não pela queda, mas sim pela alta performance e inovação desenvolvidos (GALLOUJ; DJELLAL, 2010).

Inicialmente a difusão dos serviços de *streaming* de música ocorreu principalmente entre jovens do sexo masculino, também definidos como *music aficionados*. Atualmente o consumo desse serviço é feito principalmente entre indivíduos entre 25 a 35 anos que valorizam o pagamento pelo acesso a esse serviço em troca de poder ouvir as músicas através dos smartphones quando e onde quiserem (MULLIGAN, 2017). Esse ouvintes ouvem as músicas nos serviços digitais principalmente de forma randômica, isto é, acessando as obras de artistas aleatoriamente. O modelo de venda de músicas avulsas difundido no mercado pela iTunes Store na primeira década desse século eliminou a necessidade da comprar do álbum cheio para ter acesso às suas músicas. O modelo proposto pelos serviços de *streaming* de música acompanharam essa tendência de mercado. Com isso, percebe-se um consumidor cada vez menos atrelado ao consumo de álbuns cheios e mais propenso a ouvir músicas de forma aleatória nos serviços de streaming de música sem que haja a necessidade de sua posse para acessá-la.

7. O CONSUMO

Apesar da queda gradativa da venda de música gravada em formato físico nos últimos anos, países como Japão e Alemanha, continuam consumindo música em formato físico em larga escala. Em contrapartida, as receitas dos serviços de *streaming* são as que mais vem crescendo

globalmente, tendo registrado um aumento de 60,4% em 2017 (IFPI, 2017). Mesmo que em alguns países a venda de discos em formato físico ainda sejam relevantes, o mesmo não é observado na maioria dos mercados, sinalizando a mudança de formato de consumo por parte dos ouvintes.

O mercado de música gravada no Brasil, após quase três anos de crescimento contínuo voltou a sofrer uma pequena redução de 2,8%, influenciado principalmente por acentuado declínio nas vendas físicas de CDs e DVDs musicais, cujo mercado varejista demonstra sentir com mais força os efeitos da crise econômica por que passa o país. Em compensação, por outro lado a área digital continuou a apresentar elevação na casa dos dois dígitos, tendo crescido 23,0% em 2016, comparado ao ano anterior. Determinante para o crescimento do mercado de música digital no Brasil, assim como em praticamente todo o mundo, o segmento de streaming interativo cresceu 52,4% (PRO-MÚSICA BRASIL, 2017).

Sob o ponto de vista de formato de consumo atual, ao pagar por uma assinatura de um serviços de *streaming* de música, o consumidor está “alugando” um acervo musical pelo tempo que durar sua assinatura. Ao parar de pagar o acesso a esse acervo torna-se limitado ou sujeito a inserção de publicidade entre as músicas. Se durante o período de auge das vendas de CDs observava-se consumidores fazendo filas nas lojas de discos para o lançamento de artistas populares para garantir suas próprias cópias, atualmente, os novos lançamentos são disponibilizados instantaneamente nos serviços de *streaming* de música, não havendo a hipótese de esgotamento por se tratar de um produto em formato digital.

8. CONCLUSÃO

A difusão dos serviços de *streaming* de música no Brasil gerou diversos impactos no consumo de música no país. Primeiramente, a inserção de novos intermediários nesse mercado marca uma significativa mudança nos formatos de consumo: a música gravada passa a ser oferecida ao consumidor através de um serviço.

Após um período de crise, trata-se de um momento de retomada do crescimento global da indústria fonográfica por conta das crescentes receitas geradas com a popularização dos provedores de *streaming* (PRO-MÚSICA BRASIL, 2017). Enquanto que as empresas titulares de direito comemoram os resultados positivos, os autores, músicos e intérpretes observam esse momento com desconfiança, por serem os agentes com menor poder de barganha dessa cadeia produtiva. O consumidor, por outro lado, foi maior beneficiado com a difusão do *streaming* de música, pois passou a poder acessar um vasto acervo musical de forma legal e barata.

Empresas como Spotify, Deezer e Google Play surgiram para preencher uma lacuna não explorada pelas empresas titulares de direitos e vêm trabalhando para consolidar seu modelo de consumo musical. O potencial de crescimento do consumo desses serviços aumentou os níveis de competição entre os provedores e fomentou fortes marcas, como Amazon e Google, a ingressar nesse mercado.

No âmbito do consumidor, pode-se afirmar que ele foi o maior beneficiado da difusão dos serviços interativos de *streaming*. A comodidade oferecida pelos provedores desses serviços e a facilidade de acessar e navegar o vasto catálogo musical vêm resultando no surpreendente aumento da base de usuários no Brasil. Os baixos custos de acesso a esses serviços somado e a possibilidade de interação entre os usuários encaixam-se com o perfil do consumidor brasileiro, explicando o atual crescimento do consumo dessa tecnologia no Brasil. O brasileiro quer pagar pouco para ter acesso a um vasto acervo, pois, caso contrário, o baixo poder aquisitivo da média do brasileiro pode tornar inviável o pagamento das assinatura, fomentando, dessa forma, o acesso ilegal de música.

O consumidor se tornou o grande protagonista do mercado da música gravada por ter o poder de decidir se quer pagar ou não para acessar música. O número canais considerados ilícitos de acesso à música vem diminuindo por conta de esforços judiciais das empresas do mercado fonográfico, porém, o YouTube vem sendo amplamente utilizado por brasileiros para acessar música de forma gratuita e lícita.

Não é correto afirmar que o consumidor brasileiro está dando menos valor ao consumo de música gravada por conta da falta de escassez desse bem. A música passou a ser a trilha sonora para acompanhar atividades cotidianas (trabalhar, caminhar) e o consumidor está cada vez menos focando 100% de sua atenção para o ato de ouvir música (REYNOLDS, 2012). Mesmo assim, o sucesso de público em festivais de música ao vivo deixa claro que as pessoas estão propensas a pagar para ver seus artistas favoritos ao vivo e sentir a sensação de pertencimento que um show proporciona. Os serviços de *streaming* de música tornaram-se complementares ao mercado da música ao vivo por serem o meio pelo qual, muitas vezes, o público utiliza para conhecer o trabalho de artistas antes de assistí-los ao vivo.

Um dos principais desafios dos agentes da indústria da música é traçar algum tipo de previsão com relação ao consumo de música gravada. O fato do ouvinte estar mais propenso a pagar para acessar música, ao invés de se tornar proprietária desse bem, trazem algumas conclusões. A maioria dos consumidores atualmente não valoriza mais a posse de um álbum como no passado. Mesmo que venhamos a volta de formatos como o vinil, trata-se de um fenômeno de nicho que dificilmente atingirá os volumes de escala registrados no passado.

O final do século passado marcou o início de uma importante mudança na distribuição de música gravada: o fim da escassez presente no modelo de negócios dos produtos em suportes físicos (MULLIGAN, 2015). Ademais, o desenvolvimento de tecnologias como a conexão de banda larga e a computação na nuvem, juntamente com a implementação dos *smartphones*, propiciaram um cenário favorável ao surgimento dos serviços de *streaming* de música ao possibilitar o acesso a um determinado acervo musical sem a necessidade de sua posse e/ou armazenamento por parte do consumidor.

A facilidade de copiar, compartilhar e acessar música gravada em formato digital através da Internet contribuiu para o advento de um consumo que privilegia seu acesso em detrimento à sua posse. Ademais, a popularização do YouTube no Brasil se deu principalmente pela

motivação dos brasileiros em acessar ao conteúdo musical gratuitamente. (MOREL, 2015).

É difícil fazer previsões acerca de como será feito o consumo de música nos próximos cinco ou dez anos, porém, já podemos ter uma noção com base na análise dos formatos em desenvolvimento. A música está cada vez mais sendo consumida em formato de serviço, como pode ser observado nos relatórios da IFPI (2017). Acredita-se que a difusão de tecnologias como painéis interativos de carros, tecnologias domésticas como o Echo da Amazon e a inteligência artificial (personalização em contexto de tempo, local e hábitos) irão atrair consumidores de diversas faixas etárias para o consumo dos serviços de *streaming* de música (MULLIGAN, 2017).

Sobre o consumo de música, o sucesso dos festivais de música ao vivo comprovam que o consumidor está propenso a pagar para acessar esse bem, o sucesso de público Rock In Rio de 2017 prova isso. Porém, com relação à música gravada, percebe-se uma tendência cada vez maior de uma mudança de perfil: da posse para o seu simples acesso.

Por fim, em termos de políticas públicas, conforme a Constituição Federal de 1988, o Estado deve assegurar o acesso da população tanto à produção em si como às formas de produzir as expressões culturais bem como fomentar o direito de fruição desses bens culturais (SOUZA, 2012).

REFERÊNCIAS

BELK, R. W. Extended Self in a Digital World. **Journal of Consumer Research**, v. 40, n. 3, p. 477–500, 1 out. 2013.

BORJA, K.; DIERINGER, S.; DAW, J. The effect of music streaming services on music piracy among college students. **Computers in Human Behavior**, v. 45, p. 69–76, abr. 2015.

BRANDEL, L. **Radiohead Returning To The Road In 2008 | Billboard**. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20130402042043/http://www.billboard.com/articles/>

news/1047969/radiohead-returning-to-the-road-in-2008>. Acesso em: 5 jun. 2017.

DOLATA, U. **The music industry and the internet: A decade of disruptive and uncontrolled sectoral change**. [s.l.] University of Stuttgart, Institute for Social Sciences, Department of Organizational Sociology and Innovation Studies, 2011. Disponível em: <<http://econpapers.repec.org/paper/zbwstusoi/201102.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

DÖRR, J. et al. Music as a Service as an Alternative to Music Piracy? **Business & Information Systems Engineering**, v. 5, n. 6, p. 383–396, 31 out. 2013.

FIGUEIREDO, C. D. DE. Análise de redes sociais em projetos: Um mapeamento sistemático com foco na estrutura de times em projetos de software. **Revista Brasileira de Administração Científica**, v. 4, n. 2, p. 214–227, 2013.

FRANCISCO, P. A. P.; VALENTE, M. G. **DA RADIO AO STREAMING**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2016.

GALLOUJ, F.; DJELLAL, F. **The Handbook of Innovation and Services**. Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2010.

GIL, L. **History of Music Streaming**. Disponível em: <<https://www.sutori.com/story/history-of-music-streaming>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

IFPI, I. F. OF THE P. I. **Global Music Report 2017**. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <<http://www.ifpi.org/downloads/GMR2017.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2017.

Inside The Music Industry - Chronology - Technology And The Music Industry | The Way The Music Died | FRONTLINE | PBS. Disponível em: <<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/>>

music/inside/cron.html>. Acesso em: 13 dez. 2016.

LEADBEATER, C. **We-Think: Mass innovation, not mass production**. 2 edition ed. London: Profile Books, 2009.

MARTINS, J. P. C.; SLONGO, L. A. O mercado de música digital : um estudo sobre o comportamento do consumidor brasileiro perante o uso de música na internet. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, v. 16, n. 53, p. 638–657, 2014.

MOREL, L. **Brazilian digital music consumption report**. Londres: Midia Research, 2015.

MULLIGAN, M. **Awakening: The Music Industry in the Digital Age**. [s.l.] MIDiA Research, 2015.

MULLIGAN, M. **The Three Eras Of Paid StreamingMIDiA Research**, 28 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.midiaresearch.com/blog/the-three-eras-of-paid-streaming/>>. Acesso em: 2 out. 2017

Music Industry History 2000s - Playlist Research. Disponível em: <<http://www.playlistresearch.com/history/labels2000s.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

NGUYEN, G.; DEJEAN, S.; MOREAU, F. On the complementarity between online and offline music consumption: the case of free streaming. **Journal of Cultural Economics**, v. 38, n. 4, p. 315–330, 2014.

PARANAGUÁ, P.; BRANCO, S. **Direitos Autorais.pdf**. [s.l.] FGV, 2009.

PRO-MÚSICA BRASIL. **Mercado de Música Global e Brasileiro em 2016**. Disponível em: <<http://www.pro-musicabr.org.br/wp-content/uploads/2017/05/Mercado-de-M%C3%BAAsica-Global-e-Brasileiro-em-2016-FINAL.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

PUSCHMANN, T.; ALT, R. Sharing Economy. **Business & Information Systems Engineering- The International Journal of WIRTSCHAFTSINFORMATIK**, v. 58, n. 1, p. 93–99, 2016.

REYNOLDS, S. **Retromania: Pop Culture's Addiction to Its Own Past**. 2. ed. Londres: Faber and Faber Ltd, 2012.

SALAZAR, L. **Música Ltda. O negócio da música para empreendedores**. 2ª ed. Recife: SEBRAE, 2015.

SAVAGE, M. YouTube's \$1bn royalties are not enough, says music industry. **BBC News**, 2016.

Singing a different tune | The Economist. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/14845087>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

SOUZA, A. R. DE. **Direitos Culturais no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro, RJ: Beco do Azougue, 2012.

VAN HAANDEL, J. C.; FABIANA PATRÍCIO VIEIRA. Por uma classificação dos produtos do webcasting sonoro. 2008.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

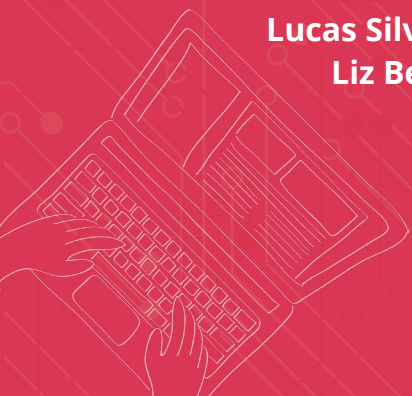
Eixo temático:

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação

Título:

**A REVOLUÇÃO
DO STREAMING
NA SOCIEDADE
INFORMACIONAL:
DA (RE)INTERMEDIÇÃO
NO CONTEXTO DO
DIREITO AUTORAL**

**Lucas Silveira Duarte e
Liz Beatriz Sass**



A REVOLUÇÃO DO STREAMING NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: DA (RE)INTERMEDIÇÃO NO CONTEXTO DO DIREITO AUTORAL

Autores: Lucas Silveira Duarte¹; Liz Beatriz Sass²

Instituição: Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS);
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Resumo: O presente estudo surgiu a partir da análise das polêmicas envolvendo a aplicação do Direito Autoral face às novas tecnologias que possibilitam o acesso às obras intelectuais, de modo especial o *streaming*. Neste sentido, parte-se da seguinte problemática: com o surgimento dos serviços de *streaming* no contexto da sociedade informacional, como se desenvolve a proteção dos direitos autorais e quais os novos atores deste amplo mercado? A partir da coleta de dados de diversos ordenamentos jurídicos, além da exposição do posicionamento de diferentes atores do cenário, estabelece-se um cotejo sobre quais pontos o Direito Autoral Brasileiro deve se debruçar nesta conjuntura. Desse modo, além da necessária conceituação de institutos como *streaming* e *peer-to-peer*, objetivou-se passar a limpo um pouco do papel histórico dos entes que regulam e desenvolvem a gestão coletiva de direitos autorais, a partir das noções de distribuição e execução pública. Além disso, a análise de diversos casos paradigmáticos serviu como base para a compreensão do que pode vir a ocorrer frente a uma alteração tão complexa como é a transição do consumo para o ambiente virtual. Tanto a Lei, como os diversos procedimentos aplicáveis às relações negociais que se desenvolvem neste campo, demonstraram incertezas. O mercado passa por uma transição de relevância ímpar que carece de atenção especializada e o sistema jurídico,

1 Graduando do Curso de Direito da Universidade do Rio dos Sinos – UNISINOS.

2 É Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2016), com estágio de Doutorado na Universidade de Alicante (Espanha) pelo PDSE da CAPES. Possui Mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006) e Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005). É professora efetiva do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, na área de Direito Empresarial. Atua como pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial - GEDAI, vinculado à Universidade Federal do Paraná, e é líder do Grupo de Estudo e Pesquisa de Direito Empresarial da UFSC - GEPDE/UFSC.

neste sentido, é colocado à prova.

Palavras-chave: Direito Autoral. *Streaming*. Gestão Coletiva.

1. INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa direciona-se o enfoque para o Direito da Propriedade Intelectual, mais precisamente para o Direito Autoral. Tal vertente, através de sua matriz básica de pensamento, atrela seus preceitos a outras esferas, como a dos direitos humanos, na busca pela proteção das criações do intelecto. A construção a seguir, além de trazer inevitavelmente estas noções básicas, dar-se-á sob um enfoque multidisciplinar, passando-se a observar os reflexos trazidos pelos recursos tecnológicos emergidos nas últimas décadas.

Assim, a temática gira em torno da (re)adequação do Direito autoral face à sociedade informacional, às novas tecnologias e aos modelos de negócio que despontam, principalmente a partir da chegada das plataformas de *streaming*. Neste contexto, diversas são as transformações, cabendo também ao pesquisador do Direito estar atento a elas para que não incorra na terrível falha de tornar o aparato jurídico inaplicável diante da constante modificação social. Adequado adiantar que os serviços desta natureza mexem com as sólidas estruturas da indústria cultural, pela ocorrência de uma série de modificações nas relações jurídicas estabelecidas entre o grande número de participantes envolvidos.

Eis, portanto, que surge a problemática em relação à qual poucos dedicaram atenção até o momento: com o surgimento dos serviços de *streaming* no contexto da sociedade informacional, como se desenvolve a proteção dos direitos autorais e quais os novos atores deste amplo mercado? A atualidade das questões em comento gera um ambiente bastante desafiador.

Pelo fato de ser o tema bastante atual, com a pendência de um material bibliográfico consolidado, a pesquisa abarca uma grande coleta de informações obtidas a partir de notícias, revistas, periódicos e congressos. Nesta linha, o método dialético será de extrema relevância

na busca pelo caminho mais equilibrado na construção de noções que contribuam para a evolução do Direito Autoral dentro da sociedade, através da contraposição das diversas opiniões e teorias que se constroem (são construídas) nos últimos anos.

Na primeira etapa, após a realização de um recorte histórico acerca das mídias e do respectivo tratamento legal que recebiam e recebem, o enfoque passa ao conceito e às modalidades de *streaming*, os efeitos que tal fenômeno produziu no mercado e algumas das perspectivas que podem ser extraídas dos dados até então disponíveis.

Já na segunda parte, explora-se estritamente a resposta que vem sendo dada pelo Direito a este novo momento do consumo de obras intelectuais, baseando-se no entendimento adotado pelos tribunais mundo afora, além do exame de novos projetos e leis que exsurtem.

A parte final dedica-se a uma análise acerca dos intermediários do mercado musical como as gravadoras, as editoras e as agregadoras de conteúdo (os ditos novos atores), passando-se para a retratação de sua efetiva relevância na vida do artista. Para a compreensão desse contexto, conceitua-se a gestão coletiva de direitos autorais, passando a conhecer a função das associações hoje existentes no país e a tarefa imposta por lei ao ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) como órgão centralizador da arrecadação dos valores recebidos pela execução pública de músicas, com a necessária distribuição dos valores conforme os parâmetros legais.

De modo geral, a pesquisa demonstra que o quadro em questão é composto por uma diversidade de querelas. Ao mesmo tempo em que se reivindica das plataformas de *streaming* maior transparência e melhor remuneração, não são poucas as vezes em que se questiona a legitimidade do sistema de gestão coletiva brasileiro após uma história envolta por imprecisões e polêmicas.

2. O MERCADO DAS MÍDIAS E O DIREITO

O ponto de partida para o atingimento das finalidades estabelecidas

para esta pesquisa reside na observação da transformação ocorrida no mercado de consumo das obras intelectuais, como já mencionado, buscando-se destacar, além de toda a mudança de comportamento, tanto dos artistas, como dos consumidores, o fato de que a popularização do ambiente virtual ocorreu no mesmo momento em que a arrecadação das vendas das “clássicas” mídias sofreu forte queda. De outra parte, o surgimento dos serviços de *streaming* trouxe uma recuperação econômica histórica. Outrossim, é neste mesmo contexto que se passa a discutir até que ponto o Direito Autoral deve regular o ambiente digital e qual o limite de sua interferência.

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS MÍDIAS ATÉ A CHEGADA DOS SERVIÇOS DE STREAMING À GRANDE MASSA

A curiosa história da evolução das mídias remonta a tempos distantes, nos quais os recursos disponíveis limitavam-se ao uso de instrumentos até certo ponto rudimentares e sem um propósito inicial da produção em massa. O primeiro instrumento que oportunizou a realização de cópias com o intuito de comercialização ou de divulgação foi a prensa móvel, criada por Johannes Gutenberg, em meados do século XV.

Com a passagem dos séculos, diante de intensas modificações nas estruturas sociais, diversos inventos surgiram e merecem a devida lembrança. O século XIX, a partir da revolução industrial, apresentou uma remodelação drástica nas dinâmicas do comércio. E foi neste período que surgiram inventos como o “fonógrafo”, de Thomas Edson (1877), e o gramofone, de Emil Berliner (1889). A finalidade neste momento, era tornar possível o consumo de produtos em massa, sendo, portanto, o que configura a gênese do mercado de obras artísticas e aqui, mais precisamente, da música (DA SILVA, 2015, p.111).

Nos idos do século XX, outros eventos, tais como a chegada do “vinil”, nos anos de 1940, e da fita “K7”, nos anos de 1960, consolidaram a transformação em análise, a partir, principalmente, da facilidade na

obtenção de cópias das obras protegidas por direitos autorais. É neste ínterim que o fenômeno da pirataria ganha força e os atores do comércio passam a dedicar atenção especial à questão.

Conforme relata Peter Burke (2012, p. 328-331), há, a partir dos anos de 1950, uma forte aceleração nas inovações tecnológicas, gerando avanços em vários campos do conhecimento e levando a um número crescente de novidades voltadas cada vez mais a “indústria do conhecimento”, em detrimento da fabricação destinada ao modelo tradicional. Para o autor, o maior exemplo dessas mudanças é encontrado no Vale do Silício na *Bay Area* da Califórnia, local onde a indústria de tecnologia da informação se estabeleceu desde meados daquele século. Nesse aspecto, é importante notar que esta é primeira vez na história, conforme Burke, que a localização de um importante setor industrial foi determinada pela presença de instituições de ensino superior, notadamente *Stanford* e *Berkeley*.

Se não bastassem tais ocorrências, o avanço das mídias físicas seguiu seu rumo nos anos de 1970, com a chegada do *Compact disc* (CD). Paralelamente, a internet desponta não apenas como uma nova tecnologia, mas como uma nova maneira de pensar a organização social. Manuel Castells (2016, p.33) denomina esse contexto marcado pelas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) e pela Internet de “sociedade informacional”. Esta indica o atributo de uma forma específica de organização social, que, em razão das novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico, tem na geração, no processamento e na transmissão de informações os elementos primordiais não apenas para a produtividade em si, como também para o exercício do poder. Há, além disso, o encurtamento das distâncias e a evolução constante dos recursos de comunicação.

Posteriormente, nos anos de 1990, a internet passa a ganhar força como ferramenta popular e o choque do consumo físico com o virtual inicia seu embate. O período ora examinado mostra-se rico em acontecimentos. Desde o surgimento do sistema de compartilhamentos *peer-to-peer*, tendo como pioneiro o Napster (que, após demandas

judiciais acabou, poucos anos depois, sendo proibido de exercer suas atividades, por conta da clandestinidade de suas atividades), até as primeiras transmissões via *streaming*, identifica-se claramente o início de uma nova fase (VALENTE, 2016, p.12).

Após o ápice das vendas das mídias como CD, Vinil e DVD, a partir do ano de 1999 inicia-se um processo de declínio dessa forma de comercialização das obras intelectuais. E como introduzido, tal fato se dá ao mesmo tempo em que a pirataria virtual e os demais recursos oferecidos pela rede surgem como supostos inimigos da indústria cultural. Cria-se o *Pirate Bay* (rede de compartilhamentos considerada ilegal pela falta de controle do material disponibilizado), o *iTunes* (legalmente constituído pela *Apple* e que vende faixas e discos virtuais) e outros serviços análogos. Diante deste avanço no tempo, chega-se finalmente ao momento de surgimento dos serviços de *streaming*, que diante dos demais recursos surgidos no cenário em exame, clamam, tanto do mercado, como do Direito, atenção especial.

Ao contrário do que ocorre no *download* (o *iTunes* talvez seja o exemplo mais conhecido), quando o usuário adquire digitalmente uma “cópia” da obra, pagando por ela individualmente, o *streaming* surge como um serviço que disponibiliza temporariamente o acesso a determinado conteúdo, sem que seja adquirido permanentemente respectivo arquivo ou transmissão, variando o grau de liberdade do usuário a partir das diferentes modalidades existentes.

Portanto, a finalidade primordial dos serviços desta natureza é disponibilizar ao usuário o acesso à(s) obra(s), excluindo-se assim a finalidade até então conhecida tanto por meio dos downloads como por meio da aquisição de mídias físicas, em se obter cópia de determinado conteúdo (VALENTE, 2016, p.267).

Diante da definição exposta acima, são duas as modalidades de *streaming* que se apresentam em um contexto geral: o *streaming* no modelo de *simulcasting* e o *streaming* em *webcasting*. Denomina-se *simulcasting* a modalidade de *streaming* não interativa, resultante da reprodução de uma programação já exibida *offline*, por meio das rádios pré existentes. Além

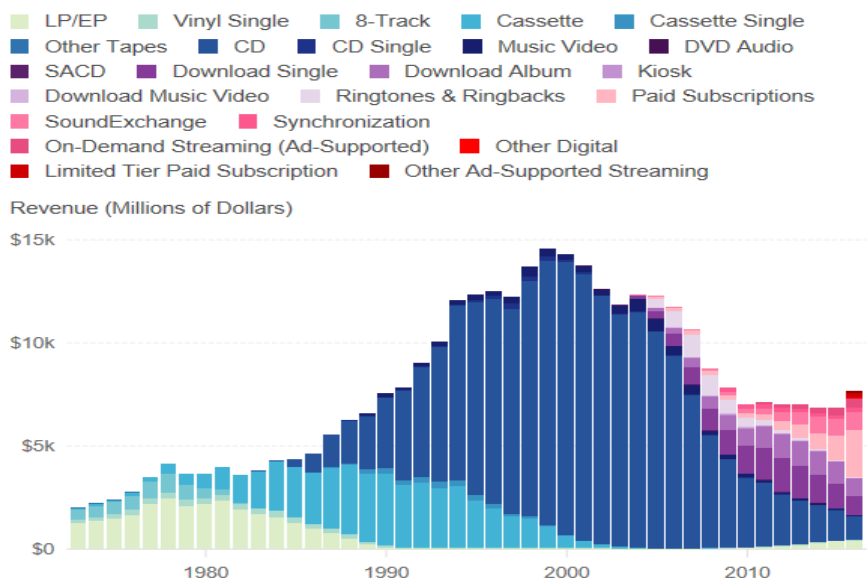
destas, existem transmissões via Webrádio, que são aquelas que surgiram e praticam suas atividades de transmissão apenas no ambiente virtual, sem interatividade.

No que tange à modalidade de *webcasting*, esta se apresenta como um serviço interativo no qual o usuário escolhe o que vai ouvir ou acessar, podendo formar listas próprias e preferenciais a depender do aplicativo utilizado. Além disso, subdivide-se nas modalidades *ad-supported* (baseada em propaganda, sem o pagamento de assinatura) e propriamente onerosa (mediante pagamento de assinatura mensal).

2.2 AS MÍDIAS DIGITAIS E O SURGIMENTO DE NOVAS PROBLEMÁTICAS NO CAMPO DO DIREITO AUTORAL

Tanto no Brasil, diante das manifestações de grandes nomes como Chico Buarque e Gilberto Gil, como nos Estados Unidos e no resto do mundo, com os protestos de Neil Young e Taylor Swift, há uma forte corrente reivindicando uma nova roupagem nos negócios entabulados entre as empresas de *streaming* e os demais partícipes que representam os detentores dos direitos autorais e conexos, como o são as gravadoras e as entidades de gestão coletiva. A problemática reside na obscuridade dos negócios, e, como estabelecer-se-á adiante, na correta divisão dos montantes arrecadados (BISCAIA, 2016, p.21).

A RIAA (*Record Industry Association of America*) apura semestralmente, com base num sistema de coleta específica de dados, a receita auferida pela indústria da música nos Estados Unidos da América, discriminando a origem de cada quantia. De 2014 para cá, a participação do *streaming* passou de 27% do total da arrecadação para 51%, ao mesmo tempo em que houve uma queda de 10,2% da venda de mídias físicas neste mesmo período. Além disso, o ano de 2016 apresentou recorde na receita, o que comprova a ideia de que o mercado passa por uma gradual recuperação. Diante disso, cabe trazer à pesquisa o gráfico construído pela RIAA que apresenta a arrecadação e o quanto cada modalidade de mídia representa em cada período, desde os anos de 1970:



Fonte: RIAA, 2016.

Comprova-se que, com o passar das décadas há uma evidente substituição na modalidade de consumo, e, tal fato, a depender das mudanças que ocorrem, acabam mexendo com estruturas jurídicas que podem, por ventura, estar em descompasso com o que buscam realmente proteger.

Ainda, no que se refere precisamente aos serviços de *streaming*, destacando-se os mais populares *Spotify*, *Apple Music* e *Deezer*, esclarece-se que as suas diferenças não são expressivas (tanto no que toca ao preço, quanto no que concerne ao acervo que cada um possui) e que parte da preferência e situação de cada cliente optar por qual lhe agrada mais. Por fim, importante frisar que, além das dificuldades já introduzidas, artistas como Jay-Z investem em seu próprio serviço (recentemente, o músico/produtor adquiriu o serviço *Tidal*) prometendo qualidade sonora superior e acordos mais vantajosos aos artistas do que seus concorrentes. A competição mostra-se acirrada e a problemática jurídica dos acordos e das corretas definições não parecem apaziguadas. Curioso ainda ressaltar, que apesar do recorde de arrecadação do último ano, a comunidade artística parece estar mais insatisfeita do que nunca.

3 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO AUTORAL E OS SERVIÇOS DE *STREAMING*

Mostra-se determinante na presente etapa o exame da legislação autoral brasileira especialmente com relação aos dispositivos aplicáveis aos modelos de negócios desenvolvidos no ambiente virtual. Antes de tratar especialmente dos casos relacionados ao *streaming*, far-se-á uma abordagem acerca dos direitos morais e patrimoniais garantidos ao autor de determinada obra. Na sequência, diante dos pontos trabalhados até aqui, serão examinados os casos emblemáticos que tratam da matéria em comento, pelas alterações que cada novo entendimento jurídico pode gerar na esfera negocial.

3.1 DIREITO AUTORAL: O QUE É? O QUE PROTEGE?

São dois os sistemas existentes quando se trata do ramo do Direito autoral: o *copyright* e o *droit d'auteur*. O Brasil, por adotar o sistema de influência francesa chamado de *droit d'auteur*, visa, além da proteção dos direitos patrimoniais do autor, enumerar direitos morais que ao mesmo devem ser assegurados e que, por isso, estão estabelecidos legalmente.

A Lei de Direitos Autorais enumera em seu Art. 24 e respectivos incisos os direitos pessoais que o autor dispõe de reivindicar a paternidade da obra, identificar a mesma como sendo sua em determinado suporte; além dos direitos ao inédito, à integridade, à modificação, ao arrependimento e, por fim, a de requerer acesso a exemplar único ou raro.

No tocante aos direitos patrimoniais a mesma Lei dispõe, inicialmente, em seu Art. 28, as possibilidades do autor de utilizar, fruir e dispor da sua obra. A partir do Art. 29 são estabelecidas de forma mais detalhada as diversas formas de utilização das obras protegidas, elencando-as exemplificativamente. São elas a edição, reprodução, adaptação, tradução, inclusão, distribuição e a utilização, que compreende uma gama de possibilidades as quais abarcam o conceito de execução pública, merecedor de destaque para o desenrolar desta pesquisa.

O trecho relevante para o estudo realizado é o que conceitua a execução pública como sendo aquela realizada em “loais de frequência coletiva por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica” (Art. 68 da LDA). A modalidade que entra em choque com a execução pública no caso do *streaming* é a distribuição que permite o acesso às “obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda” (Art. 29, incisos VI e VII).

A seguir, tratar-se-ão dos casos que ensejaram essa confusão conceitual e que acabaram abordando temas de extrema relevância jurídica em âmbito internacional.

3.2 DEMANDAS E AVANÇOS REFERENTES A EXPLORAÇÃO DAS OBRAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Nas últimas décadas, a comunidade internacional voltada para os direitos autorais não mediu esforços para, partindo das mais diversas ideologias, atualizar as ideias e regramentos dedicados à respectiva área. Diversas tentativas de estabelecer novos parâmetros diante do ambiente virtual para a devida proteção autoral passaram a surgir trazendo consigo inúmeros debates. São exemplo os projetos *PIPA* (*Protect Intellectual Property Act*) e *SOPA* (*Stop Online Piracy Act*) que, apesar de não terem sido concluídos, serviram para trazer à tona, temas de grande relevo nesta nova era (SANTOS, 2014, p.290).

Precisamente quanto ao tema do *streaming*, diversos países têm recorrido com atenção redobrada sobre quais modalidades de utilização de obras o serviço abarcaria e a quem seria devido o pagamento pelo referido uso. Cabe salientar, antes de mais nada, que os conceitos legais pouco diferem do que se lê na Lei de Direitos Autorais brasileira, o que faz a discussão ser ainda mais instigante.

Nos Estados Unidos da América foi criado um órgão responsável pelo estudo e análise do referido ambiente. O *Copyright Office* vem dedicando atenção especial ao tema, com a elaboração de pareceres e estudos extremamente atualizados na área (são exemplos o *The Making Available Rights in the United States* e o *Copyright and the Music Marketplace*).

Embora de as decisões das cortes americanas terem sido voltadas para casos de *streaming* televisivos, os conceitos de execução/performance pública e distribuição foram exaustivamente trabalhados, servindo consequentemente, como fonte relevante de pesquisa. Em resumo, os juízes indicaram que o simples acesso individual da obra disponibilizada ao público, que pode ocorrer em momentos distintos ou simultaneamente, já caracteriza a sua execução pública, conforme segue:

Assim, para fins de avaliação da implementação dos EUA no que diz respeito ao streaming, as considerações centrais são se a Cláusula de Transmissão abrange (1) ofertas de

transmissão, ao invés de apenas transmissões concluídas, e (2) comunicações on-demand, que são aquelas em que os membros do público podem receber no momento e lugar de sua escolha. A primeira questão não foi inequivocamente resolvida pelas cortes, mas o Escritório entende que o estatuto foi construído devidamente para abranger estas ofertas. Com relação a segunda questão, a Suprema Corte confirmou que a Cláusula de Transmissão de fato atinge performances comunicadas em transmissões individualizadas (COPYRIGHT OFFICE, 2016, p. 37).

Com premissas semelhantes o Canadá também passou recentemente a cuidar do tema. O caso que merece destaque fixa diretamente o entendimento dos dispositivos legais da Lei de Direitos Autorais Canadense quanto às práticas abarcadas pela expressão “ao público”, com o exame de sua direta correspondência com as tecnologias de transmissão via *streaming*. A ação entre *Roger Communications Inc v. SOCAN (Society for Composers, Authors and Music Publishers of Canada)* chegou à Suprema Corte Canadense após terem sido negados os pedidos feitos pela apelante no sentido da não configuração da execução/performance pública na internet. Após longa discussão, definiu a corte julgadora que:

Serviços de música online fornecem catálogos de obras musicais. Está aberto para qualquer consumidor disposto a pagar o preço de compra para baixar ou receber a transmissão das obras em oferta. As obras nos catálogos poderiam, assim, serem transmitidas a um largo segmento do público – se não o público em geral. Através das atividades comerciais dos serviços de música online, as obras em questão têm o potencial de serem colocadas na posse de um agregado de consumidores. Na realidade, o modelo de negócio das apelantes baseia-se na expectativa de vendas múltiplas de qualquer obra musical [...] O número de transmissões de fato dependem unicamente do sucesso comercial de um determinado trabalho. A necessária implicação desse modelo de negócio é a de que haverá uma “série de repetidas ... transmissões da mesma obra para numerosos receptores diferentes” (CCH (SCC), parágrafo 78). A conclusão de que uma comunicação “ao público” ocorre é consistente com

a realidade (SUPREME COURT OF CANADA, 2012).
[tradução livre]³

Ainda, na Europa foi criada, em maio de 2001, uma Diretiva (2001/29/EC), que estabeleceu interpretação extensiva ao conceito de comunicação ao público sendo que, tal direito deve ser entendido num sentido amplo abrangendo toda comunicação ao público não presente no local em que a comunicação se origina. Este direito deve cobrir toda transmissão ou retransmissão de uma obra ao público, com fio ou sem fio, incluindo a rádiodifusão (PARLAMENTO EUROPEU, 2001, p. 3).

O caso SGAE (*Sociedad General de Autores e Editores de Españã*) v. *Rafael Hoteles (citar) S.A* trouxe à tona a discussão do conceito de execução/comunicação ao público e confirmou que, mesmo não tratando especificamente de *streaming*, basta a disponibilização do conteúdo, não havendo a necessária presença de um público no mesmo local para que haja necessidade de pagamento dos valores correspondentes ao direito de execução pública (CORTE EUROPEIA, 2006).

3.3 A DISCUSSÃO DA MATÉRIA NO DIREITO BRASILEIRO

Nos últimos anos, diversos tribunais brasileiros têm se manifestado quanto ao *streaming* tanto na modalidade de *simulcasting* quanto a de *webcasting*. Importantes atores como a Acaert (Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão), a Aesp (Associação das Emissoras de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo), a Amirt (Associação Mineira de Rádio e Televisão) e a Rádio Globo moveram ações em face do ECAD

3 Texto original: “Online music services provide catalogues of musical works. It is open to any customer willing to pay the purchase price to download or stream the works on offer. The works in the catalogues could as a result be transmitted to large segments of the public — if not the public at large. Through the commercial activities of the online music services, the works in question have the potential of being put in the possession of an aggregation of customers. Indeed, the appellants’ business model is premised on the expectation of multiple sales of any given musical work[...] The number of actual transmissions depends only on the commercial success of a given work. The necessary implication of this business model is that there will be a “series of repeated . . . transmissions of the same work to numerous different recipients” (CCH (SCC), at para. 78). The conclusion that a communication “to the public” occurs is consistent with reality.”

(VALENTE, 2016, p. 309).

O que restou decidido, em linhas gerais, é que como as demandas partiram de empresas de rádio que apenas estavam transmitindo a mesma programação de seus canais clássicos (am/fm) no *streaming*, haveria duplicidade de pagamentos, não sendo, portanto, devido ao ECAD o pagamento pela retransmissão via *simulcasting*. No que se refere ao *webcasting*, restou o entendimento de que este, não configuraria execução pública de músicas.

Outro relevante caso para o estudo do tema é o que envolve a *Google Inc.*, e o *Youtube*, o ECAD e a UBEM (União Brasileira de Editoras de Música). A ausência de acordo entre as partes judicializou a pendência que aguarda o julgamento quanto à discussão de a quem devem ser pagos os lucros obtidos no site *Youtube*. A pendência em muito tem a ver com a falta de compreensão plena dos institutos da execução pública e da distribuição de obras.

Finalmente chega-se a decisão mais importante até então sobre o tema esmiuçado. Na ação movida pela extinta Rádio Oi também em face do ECAD, após longo período de discussões (foi realizada uma audiência pública com especialistas na área), o Relator do caso Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva proferiu seu voto no sentido de que o *streaming*, em ambas as modalidades configuraria o pagamento de execução pública, tanto na retransmissão (*simulcasting*) quanto no *webcasting*. No *simulcasting* não haveria duplicidade, pois o *streaming* seria outra/nova plataforma de acesso que não pode deixar de arrecadar por direitos devidamente utilizados.

Já no caso do *webcasting* destacou que é irrelevante o número de pessoas que percebem a mesma obra em um mesmo local, bastando, para que se preencha o conceito referente à execução pública “a colocação das obras ao alcance de uma coletividade frequentadora do ambiente digital”.

Outrossim, o voto vencido, proferido pelo Ministro Marco Aurélio Belizze foi no sentido de retomar o entendimento dos julgados citados anteriormente acerca da ocorrência de duplicidade de pagamento pelos serviços de *simulcasting*, pela existência de simples retransmissão

da mesma programação ocorridas nas rádio AM/FM. Para o *webcasting*, entendeu o mesmo como sendo modalidade de distribuição de obras pelo fato de que o consumo e, portanto, a escolha do conteúdo, se dá de maneira individualizada (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

Em sentido análogo, Pedro Marcos Nunes Barbosa, em artigo online publicado (BARBOSA, 2017) teceu considerações relevantes sobre o tema, questionando o entendimento de que *a internet* seria sempre local de frequência coletiva, além de questionar o argumento utilizada pelo julgador para afastar a possibilidade de se reconhecer o *streaming* como nova forma de distribuição de obras, pela “brevidade da utência”, chamando o STF a intervir no caso, pela relevância da temática.

O caso paradigmático, consolidou, apesar de que o terreno ainda não está tão bem assentado, que todos os serviços de *streaming* devem pagar ao ECAD pela execução pública, decisão esta que foi ao encontro do que se compreendeu nos ordenamentos jurídicos dos países citados no ponto anterior.

4. DA (RE)INTERMEDIACÃO NA SOCIEDADE INFORMACIONAL

Falar do mercado da música é uma tarefa bastante complexa. No auge das mídias físicas as grandes gravadoras, editoras e demais intermediadoras clássicas criaram para si um ambiente bastante favorável que continua produzindo reflexos na vida dos detentores dos direitos autorais e conexos. O Brasil, em especial, possui uma história repleta de inconsistências, muitas delas atreladas ao sistema de gestão coletiva impulsionado pelas associações que representam os direitos de conjunto de artistas dos mais distintos setores. Além disso, houve uma série de alterações legislativas e os seus reflexos serão devidamente analisados a seguir.

4.1 O DIREITO AUTORAL E OS INTERMEDIÁRIOS

O mercado cultural arregalou seus olhos diante dos novos mecanismos de acesso às obras. Quem há poucos anos ia até a *Blockbuster* mais próxima, hoje usa o *Netflix* ou algum serviço análogo para ver filmes. Quem comprava discos, hoje faz o *download* do *Spotify* ou do *Apple Music* e usufrui de uma vasta gama de opções mediante pagamento de um preço mensal. Para a obra chegar aos olhos e aos ouvidos do grande público, contudo, há um processo complexo de elaboração e divulgação do material, ficando o artista vinculado a certos procedimentos para que possa tornar pública sua arte e, além disso, receber pelo consumo desta, não bastando apenas o ato de colocá-la no mundo.

Nesta perspectiva, outros partícipes compõem essa cadeia de acontecimentos. E é aí que entram os intermediadores. São eles classicamente, as gravadoras, as editoras e, num momento posterior, as associações de gestão coletiva. Importante destacar que, assim como o avanço tecnológico alterou os padrões de consumo, ele também vem sendo responsável por facilitar o acesso do artista aos recursos de gravação, fazendo com que os mesmos se desvinculem do poder de grandes corporações no momento de alavancar a sua carreira. Apesar destas evidências, prossegue a problemática referente as ditas grandes corporações pelo fato de que detêm boa parte do conteúdo autoral (as *majors Sony Music Entertainment, Universal Music Group e Warner Music Group* dispõem de quase 80% do mercado fonográfico mundial, por exemplo) (ROGERS, 2013, p.130).

Afora todas estas questões, surge um novo conjunto de agentes para a tarefa de intermediação: as agregadoras de conteúdo. Elevadas a partir de propósitos bastante específicos, iniciaram suas atividades no final dos anos de 1990 como uma rota de fuga da indústria *mainstream* para os artistas e os selos independentes, que buscavam seu espaço (ainda no ambiente das mídias físicas como única forma de aquisição de obras) diante da insatisfação com os modelos tradicionais de distribuição. Poucos anos depois, as primeiras agregadoras passaram a focalizar seus

esforços para a disseminação de conteúdo *online*, exatamente pelo intenso crescimento ocorrido neste ambiente (VALENTE, 2016, p.357).

No *Youtube*, por exemplo, existem agregadoras que oferecem serviços de assessoramento para os canais mediante acordo de participação nos lucros futuros do mesmo. As MCN's (*multi-channel network*) trabalham na produção e propagação profissionalizada do conteúdo transmitido no respectivo sítio, mantendo uma parceria consolidada com a finalidade de elevar e padronizar a qualidade do material publicado (KOZLOWSKI, 2017).

Por outro lado, as agregadoras que aparentavam ser uma nova alternativa pois, de acordo com seus representantes “não haveria hoje razão alguma para artistas buscarem o trabalho de uma gravadora, desde que não tenham vendido seus catálogos” (VALENTE, 2016, p. 362), na prática não parecem tão distantes do controle mercadológico exercido pelas *majors*. Diversas agregadoras de conteúdo vêm sendo vendidas, como é o caso da *The Orchard*, adquirida pela *Sony* (CHRISTMAN, 2015) e da *Fontana* pela *Ingroove* (agregadora pela qual o grupo *Universal Music* detém participação) (PHAM, 2012).

Ou seja, diante da problemática que envolve o ambiente virtual no que toca a remuneração dos artistas a partir da noção de que o *streaming* é a mais nova e maior fonte de lucro para os mesmos, mesmo com a existência de novas alternativas o quadro de nebulosidade nos acordos e de incerteza na repartição das receitas permanece, por ora, inalterado.

4.2 O ECAD E O SISTEMA DE GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS

Outra faceta de extrema complexidade é a referente ao sistema de gestão coletiva de direitos autorais que, especialmente no Brasil, possui uma história permeada de instabilidades. Da criação da Sbat (Sociedade Brasileira de Autores Teatrais), em 1917, até meados dos anos de 1960, diversos acontecimentos, dentre eles o surgimento de inúmeras associações país afora que tornavam cada vez mais complexa a gestão dos

direitos de utilização da obra, bem como a nebulosidade que permeava o processo de divisão dos lucros e de entrada e saída dos membros fez com que se construísse um ambiente favorável a criação de um órgão responsável pela arrecadação final de toda a quantia em debate.

Assim, no ano de 1973, o governo brasileiro, por meio da Lei nº 5.988, criou o ECAD e buscou organizar o referido campo da gestão coletiva. Em suma, o ECAD desde então cuida da gestão coletiva dos direitos autorais de execução pública das obras protegidas por meio de todas as sete associações hoje cadastradas nele. Cabe apontar que houve atualização na legislação referente a matéria no ano de 2013, com a Lei nº 12.583.

Mesmo com estes intentos, prosseguem as reclamações por parte dos artistas no ponto que toca ao processo de arrecadação e de distribuição dos montantes. A utilização de métodos genéricos a partir das chamadas *blanket licenses*⁴, fazem com que a sistemática condiga minimamente com o que os artistas esperam, consoante expôs recentemente José de Oliveira Ascensão:

[...] Se o autor quer dar a obra exploração comercial, particularmente se o quiser fazer pela radiodifusão ou pelo audiovisual, terá quase que fatalmente de recorrer a outrem para o seu exercício. Não pode controlar todas as emissões, nem sequer é viável, na grande maioria dos casos, criar uma empresa para esse efeito. [...] Intervêm então as entidades de gestão coletiva. Neste caso, exercem a gestão coletiva que chamamos de forçosa. O autor e outros titulares não têm outro remédio. [...] Mas o recurso a esta gestão ultrapassa muito os casos de gestão coletiva forçosa. Pode não haver este constrangimento e o titular, voluntariamente, entregar a obra ou prestação ao cuidado de uma entidade de gestão coletiva. [...] Este panorama será transtornado por uma

4 *Blanket licenses*, ou licenças guarda-chuva, são acordos realizados tanto pelas associações de gestão coletiva como também pelas grandes corporações que possuem grandes catálogos, mediante a autorização do uso aos usuários, a partir do pagamento de quantias que abranjam a utilização geral das obras. Não se analisa o quanto cada obra é utilizada individualmente pelo fato de que, a partir de métodos como o de amostragem, faz-se a divisão das receitas para os artistas de acordo com a quantidade que suas músicas são tocadas (VALENTE, 2016, p.193).

figura anômala: a gestão coletiva forçada [...] Pode a lei, atribuindo direitos sobre bens intelectuais, determinar que estes só podem ser exercidos por uma entidade de gestão coletiva (ASCENSÃO, 2015, p.14).

Baseado na recente decisão proferida pelo STJ, o ECAD de fato cobra pela execução pública ocorrida nas plataformas de *streaming*. Para o que designou como *webcasting* “interativo”, por exemplo, o critério é a receita bruta e a base de cálculo é estabelecida a cada mês, por plataforma. Quando o conteúdo principal for música, 4,5% (3% são direcionados para o pagamento de direitos autorais e 1,5% para direitos conexos) deverão ser pagos ao Ecad. Quando o conteúdo principal for de obras audiovisuais (trilhas sonoras), mantêm-se a base de cálculo e os critérios, mas a arrecadação cai para 2,55% (1,7% são direcionados para o pagamento de direitos autorais e 0,85% para direitos conexos). Já para o *simulcasting*, as rádios que operam em *broadcasting* (retransmissão) possuem como critério a “Tabela de preços de rádio” e sua base de cálculo é estabelecida também a cada mês, por plataforma (ECAD, 2017).

Em relação à tarefa de distribuição, dispõe o regulamento que para o *streaming* será feita de forma direta, trimestralmente, tendo como suporte os dados que devem ser obrigatoriamente entregues pelas plataformas usuárias. A distribuição para o *simulcasting* levará em consideração o formato regionalizado já empregado para as rádios AM/FM.

Mesmo com a apreciação destes dados, demonstram-se bastante complexos e pouco explicativos os procedimentos publicizados pelo ECAD. E talvez seja este mais um ponto a ser debatido no futuro próximo. O intrincado horizonte que cerca os direitos autorais com a participação cada vez maior dos modelos de negócios digitais, como o *streaming*, além da instabilidade que permeia a gestão coletiva brasileira, mostra que há muito a se estudar pela frente. Revela-se cada vez mais urgente uma profunda rediscussão a respeito das práticas negociais e dos enunciados normativos em face das peculiaridades da atualidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

São diversas as deduções que podem ser feitas a partir desta análise. A evolução dos suportes de mídias até a chegada aos anos 2000 tornou o meio cultural passível de dominância econômica por sociedades empresárias de grande porte, ao passo que as vendas das referidas mídias voltaram a crescer exponencialmente.

As corporações que dominavam a indústria cultural em sua gênese, continuam o fazendo, apesar do surgimento de novos participantes. As gravadoras e editoras tradicionais persistem atuando fortemente devido a inúmeros fatores. Além de serem as detentoras da maior parte do catálogo de obras, movimentam montantes consideráveis de capital para atingirem toda e qualquer meta estabelecida. Deste modo, os antigos intermediários têm se reposicionado e permanecem como *players* importantes do mercado musical. As agregadoras de conteúdo, por seu turno, conquistaram seu espaço não só no mercado independente, como também o fizeram na pequena faixa de músicos de grande renome, que passaram a perceber com mais atenção as suas modernas atividades.

No que toca às plataformas de *streaming*, conforme o que fora exaustivamente trabalhado, atingiram em um curtíssimo período de tempo vasta clientela. A conectividade vai tomando os mais remotos cantos do mundo, permitindo inferir que em poucos anos, equivalerão em extensão aos sinais de rádio e telefonia. Por óbvio que não há nada sedimentado, especificamente na indústria da música, diante de tantas questões pendentes envolvendo a relação entre artistas, profissionais da música no geral, intermediadores e as respectivas novas plataformas.

À medida que se chega ao fim desta pesquisa, são incontáveis os desacordos, tanto no meio negocial quanto no jurídico. Os países da América do Norte e da Europa, a despeito de terem avançado no entendimento técnico das práticas ocorridas no ambiente digital, continuam sob estado de alerta diante de tantas novidades. O Brasil, ante a mais uma lamentável instabilidade política, avança a passos lentos na compreensão e no desenvolvimento de medidas modernizadoras. Além

disso, a última decisão proferida pelo STJ sobre o *streaming* carece de aceitação, não estando pacificado o tema. Especialistas e interessados inflam a discussão referente a legitimidade do ECAD na arrecadação dos serviços desta natureza.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que o *streaming* preenche os requisitos dos direitos referentes à execução pública de obras aumenta os poderes do ECAD, que participa de mais uma modalidade de consumo do conteúdo musical. Destaca-se que, mesmo que a decisão acompanhe o entendimento proferido pelos tribunais de outros países, os regramentos legais, apesar de guardarem semelhanças, possuem sensíveis diferenças, o que enseja na possibilidade de se incorrer em consideráveis confusões conceituais, como ocorrera em julgados anteriores (vide caso ECAD x Rádio Globo).

O que se percebe é a falta de análise rigorosamente técnica da Lei de direitos autorais vigente. Ademais, as recentes reformas de 2013 e 2015 não atualizaram nenhum dispositivo referente aos direitos patrimoniais. E, neste ponto, merecem destaque os ordenamentos de países como os Estados Unidos da América e o Canadá, simplesmente pelo fato de que detêm órgãos especiais responsáveis pela contínua atualização da matéria autoral em sua legislação.

Acerca do problema proposto para este estudo, vive-se, simplesmente, um período de adaptação às práticas ocorridas no ambiente virtual. A pirataria, por exemplo, continua sendo forte inimiga da indústria cultural e é essencial confirmar o potencial que os serviços de *streaming* possuem para conter os eventuais danos causados por estas práticas. O aumento frenético no número de assinaturas confirma tal assertiva.

Assim, no que se refere à proteção autoral vivem-se os primeiros anos nos quais os responsáveis pela arrecadação e fiscalização estipulam mecanismos de controle voltados exclusivamente para as atividades econômicas empreendidas na rede mundial de computadores. Incertezas ainda mais desafiadoras dizem respeito aos famosos acordos contratuais entabulados pelas partes integrantes da máquina cultural, muitas vezes

sem a devida anuência dos mais importantes intervenientes; os próprios criadores. Eventuais soluções para tais nebulosidades não parecem, de pronto, tão amadurecidas.

O que está ao alcance de todo e qualquer interessado, mesmo com a forte influência que exercem algumas corporações e seus membros, é a construção de uma comunidade dedicada única e exclusivamente ao ramo autoral, para que se desenvolvam novas políticas e métodos de fiscalização e transparência nas tratativas que circundam os procedimentos de arrecadação e remuneração das receitas provenientes da arte e aqui, mais especificamente da música. A gestão coletiva de direitos autorais no Brasil não agrada grande parte da classe artística, e isto basta para que se proceda a uma alteração do presente contexto.

A análise dos regulamentos publicados pelo ECAD que servem de diretriz para a cobrança e distribuição dos valores referentes à execução pública demonstra que estes estão longe de ser autoexplicativos, ao contrário do que a lei preleciona. A divulgação de uma série de tabelas com diferentes bases de cálculos não representa transparência da gestão, exatamente pelo fato de que a maior parte dos interessados não chega a lugar algum analisando os referidos documentos.

Diante de todas estas questões, desenvolvem-se as seguintes proposições: a) os debates acerca de uma atualização da legislação autoral como um todo, necessitam de impulso. A Lei vigente já não responde de forma acurada às novas demandas do mercado; b) com a mesma urgência, deve-se pensar o contexto diante de uma cultura de publicização de todos os bancos de dados, além dos conteúdos dos acordos entabulados pelas partes integrantes da indústria artística, devendo ser o sigilo exceção justificada, não alcançando em nenhuma hipótese, os detentores dos direitos em discussão; c) mesmo com a liberalidade que permeia as relações contratuais, faz-se necessária a previsão de alguns pressupostos que tragam equilíbrio nas relações que envolvam os atos de utilização, fruição ou disposição das obras protegidas, tais como a necessária anuência prévia do detentor originário dos direitos (muitas vezes isso não ocorre), mesmo quando as licenças ou acordos forem genéricos (licenças em branco).

Por conseguinte, conclui-se que os eixos do Direito Autoral e das novas tecnologias precisam dialogar para a consecução da tão desejada estabilidade (mesmo que mínima) nas relações trabalhadas ao longo deste artigo.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais**. In: Estudos de Direito da Propriedade Intelectual. Curitiba: GEDAI/UFPR. 2015.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **O stj e o streaming**. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/o-stj-e-o-streaming-07052017>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

BISCAIA, Bibiana. **Direito autoral e as novas tecnologias: fronteiras entre o direito público e privado na sociedade da informação** In: Estudo de direito de autor e interesse público. Curitiba: Gedai Publicações, 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998**. Institui a Lei de Direitos Autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.559.264**. Recorrente: Écad. Recorrida: OI móvel S.A. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Publicação no DJ em 15 de fev. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302654647&dt_publicacao=15/02/2017>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento II: da Enciclopédia à Wikipédia**. Tradução de Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BYRNE, David. **Como funciona a música**. 1. ed. Barueri: Amarilys, 2014.

CANADA. **Copyright Act**. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-42.pdf>>. Acesso em: 20 abr 2017.

CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em Rede**. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 17ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1).

CHRISTMAN, Ed. **Sony's orchard acquisition, by the numbers and behind the scenes**. Disponível em: <<http://www.billboard.com/articles/business/6502517/orchard-sony-acquisition-by-the-numbers>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4.

COPYRIGHT OFFICE. **About**. Disponível em: <<https://www.copyright.gov/about/>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

DA SILVA, Guilherme Coutinho. **Obras fonográficas, sociedade informacional e a “evolução do direito autoral**. In: **Direito Autoral & Marco Civil da Internet**. Curitiba: Gedai Publicações, 2015.

ECAD. **Tabela de preços**. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/servicos-ao-usuario/tabela-de-precos/Paginas/Tabela-de-precos.aspx#!ServicosDigitais>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

ESPANHA. Corte Europeia. **SGAE v. Rafael Hoteles S.A**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf>>.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação

Título:

**ORACLE VS. GOOGLE:
UMA LEITURA A PARTIR DE
WITTGENSTEIN**

Lukas Ruthes Gonçalves



ORACLE VS. GOOGLE: UMA LEITURA A PARTIR DE WITTGENSTEIN¹

Autor: Lukas Ruthes Gonçalves²

Resumo: O caso da justiça americana envolvendo a Oracle e a Google é um dos principais na discussão da Propriedade Intelectual sobre os programas de computador. No litígio, a Google foi acusada pela Oracle de ter utilizado parte do programa de sua autoria, “o Java”, na criação de seu sistema operacional *Android*. A Google argumenta que poderia utilizar esse programa, pelo fato de ser uma linguagem, o que o torna necessariamente público. O presente artigo tem como objetivo, portanto, analisar a ação judicial, no tocante à possibilidade de proteção por *Copyright* da programação de autoria da Oracle, sob o viés da teoria de Wittgenstein. Será introduzida sua teoria e alguns dos conceitos principais da linguagem de programação, logo após ser apresentada a definição de *Copyright*. Em seguida será feito um relato do trecho do caso que trata da autoria da programação Java para, por fim, analisar-se a possibilidade da aplicação da teoria de Wittgenstein pela defesa do Google. Concluiu-se pela impossibilidade da aplicação de sua teoria, pois o que a Google copiou da Oracle para implementar em seu produto, o *Android*, não se tratava de uma linguagem, mas sim uma aplicação dela.

Palavras-chave: Oracle vs. Google. *Copyright*. APIs. Jogos de linguagem. Impossibilidade de uma linguagem privada.

1 Trabalho final da disciplina de Teoria Geral de Direito ministrada pela Professora Doutora Katya Kozicki, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, para cumprir o critério avaliativo de sua disciplina, referente ao primeiro semestre de 2017.

2 Mestrando em Direito pela UFPR. Pesquisador junto ao Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial, cadastrado no CNPq. E-mail: rglukas@gmail.com, telefone (48) 99662-1663, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2449332106724610>.

1. INTRODUÇÃO

O embate *Oracle America, Inc. v. Google, Inc.*³ na justiça americana é um dos mais recentes na discussão da Propriedade Intelectual nos programas de computador. O caso coloca frente à frente dois gigantes da tecnologia. Eles discutem se partes da linguagem Java desenvolvida pela Sun Microsystems (comprada pela Oracle em 2010) pertenceriam a ela ou não. Do mesmo modo, debatem se pelo fato de esses trechos de programação serem essenciais para a “conversa” entre diferentes sistemas, eles seriam de domínio público e livres para serem utilizados por qualquer um.

Wittgenstein, em seu livro *Investigações Filosóficas*, apresenta o conceito de jogos de linguagem. De acordo com seu entendimento, a existência de uma linguagem privada – hermética ao contato com os demais – seria impossível. Isso porque a linguagem pertenceria a um sistema de regras – a um jogo de linguagem –, que só faria sentido se essas regras pudessem ser apreendidas por um número ilimitado de pessoas.

No caso analisado na presente pesquisa, a Oracle moveu ação judicial contra a Google alegando que esta teria se apropriado de trechos de linguagens de programação do Java – os APIs –, para o desenvolvimento de seu sistema *Android*. Em sendo assim, a Google teria infringido a Propriedade Intelectual da Oracle. A Google, em sua defesa, por outro lado, argumentou que os trechos de código desenvolvidos pela primeira não seriam passíveis de proteção por *Copyright*⁴ por consistirem de trechos de programação essenciais para a comunicação entre diferentes sistemas, devendo, portanto, ser considerados como domínio público.

A ação se iniciou em 2010 e continua a correr, já tendo sido julgado por duas Cortes distritais e a Corte Federal do Nono Circuito. Tratar-

3 Íntegra do acórdão em análise disponível em: https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/cx/2014_Oracle.pdf

4 *Copyright* seria a versão americana do Direito Autoral. Porém, ater-se-á a nomenclatura em inglês quando se referir a ele por conta de diferenças fundamentais entre o direito autoral brasileiro e o americano, especialmente no que se refere aos direitos morais do autor sobre a obra, ausentes no sistema americano. O objetivo é evitar a confusão entre os dois sistemas.

se-á, assim, da discussão ocorrida entre 2012 e 2014, a qual corresponde ao primeiro julgamento da corte distrital da Califórnia e da Corte Federal do nono circuito, pois tratavam justamente se o objeto (os APIs) poderia ter alguém como dono ou não.

Desse modo, far-se-á primeiramente uma apresentação do conceito de *Copyright* e de alguns dos principais elementos da teoria de Wittgenstein como: os jogos de linguagem e a impossibilidade de uma linguagem privada; e onde a linguagem de programação e os APIs se encaixariam nessa teoria. Logo em seguida, será feito um breve resumo da fase da ação entre Oracle e Google que vai de 2012 até 2014, com os principais argumentos utilizados pelas partes a respeito da possibilidade da proteção da linguagem Java por Copyright. Por fim, analisar-se-á se as ideias de Wittgenstein – pela impossibilidade de uma linguagem ser privada – poderiam ter sido utilizadas pela Google na fundamentação de sua defesa – no sentido de o código em discussão não poder ter um dono.

2. IMPOSSIBILIDADE DE UMA LINGUAGEM PRIVADA, LINGUAGEM DE PROGRAMAÇÃO E API: DEFINIÇÕES E CONCEITOS

Antes de tratar do caso em si, é necessário entender o conceito de *Copyright* e algumas das principais ideias de Wittgenstein, especialmente sua teoria dos jogos de linguagem e sua defesa pela impossibilidade de uma linguagem ser privada. Do mesmo modo, é necessário explicar o que é uma linguagem de programação e o que viriam a ser os APIs, os quais são o principal objeto de polêmica no caso Oracle vs. Google. Com a explanação desses conceitos será possível analisar o caso com maior precisão.

Copyright, de acordo com Marcos Wachowicz (2010, p. 02), seria um direito reservado desde a concessão do primeiro monopólio à indústria editorial e de comércio de livros, tratando-se esse do *Copyright Act* da Rainha Ana, de 1709. Discorre o autor que, em realidade, esta lei teria concedido um privilégio de reprodução e que isso teria consubstanciado

a visão anglo-americana do *Copyright*, que nunca fora abandonada. Complementa Ascensão (1997, p. 04) que na base do *Copyright* estaria a materialidade do exemplar e o exclusivo da reprodução deste.

Assim, continua Wachowicz (2010, p. 02), o *Copyright* precederia historicamente o Direito de Autor, mas com este não se confundiria, pois o *Copyright* seria muito mais limitado aos direitos de exploração econômica de obras registradas. Concluindo sua argumentação, ele comenta que os países Europeu-continental e Latino-americanos adotaram o sistema de direito autoral criado pela Convenção de Berna (1886).

O *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) americano, datado de 1998 é a legislação que regula o sistema de *Copyright* aplicado nos EUA. Em sua seção 102(a) ele define o que estaria sujeito à proteção por *Copyright*:

A proteção por *Copyright* subsiste, de acordo com esse título, em trabalhos autorais originais fixados em qualquer meio tangível de expressão, agora conhecidos ou posteriormente desenvolvidos, dos quais eles possam ser percebidos, reproduzidos ou de alguma outra forma comunicados, seja diretamente ou com o auxílio de uma máquina ou aparelho⁵.

Em sua seção 102(b), o DMCA estabelece alguns casos em que a proteção por *Copyright* não se aplica – como por exemplo em procedimentos, processos, sistemas ou métodos de operação. Ver-se-á, nos parágrafos seguintes, se a definição de linguagem de Wittgenstein se encaixaria em alguma dessas exceções.

Ludwig Wittgenstein foi um filósofo austríaco naturalizado britânico responsável pelas principais contribuições na virada analítica ou linguística, durante o século XX (VON WRIGHT, 1955, p. 527). Alguns autores identificam em Wittgenstein duas fases bem distintas, conhecidas como “Primeiro Wittgenstein” e “Segundo Wittgenstein” (HINTIKKA, 1994), dada a diferente abordagem trazida em seus trabalhos posteriores como o *Investigações Filosóficas* quando comparados com trabalhos prévios

⁵ Do original em inglês: *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.*

como o *Tractatus*.

De modo geral, sua visão de linguagem em suas primeiras obras se baseava na ideia de que as palavras designam objetos e que o significado da palavra seria o objeto que ela substitui (BRITTO, 2005, p. 86). Assim, seria possível se concluir que cada pessoa poderia criar sua própria designação de um objeto no mundo real. Desse modo, criando sua própria linguagem – uma linguagem privada.

Entretanto, o “Segundo Wittgenstein” mudou sobremaneira suas ideias a respeito da linguagem. De acordo com sua nova visão, uma linguagem compreendida somente por seu criador seria impossível. O autor estabelece duas críticas principais a essa concepção de linguagem. A primeira crítica se dirige ao fato de que tal imagem da linguagem, que a resume a seu aspecto meramente designativo, é uma imagem muito limitada; a segunda crítica postula que, além de disso, esta imagem da linguagem como meramente designativa é uma imagem inadequada, dado o fato de não ser imediatamente compreensível (BRITTO, 2005, pp. 86 e 90).

Para fundamentar essas críticas e propor uma solução, Wittgenstein introduz o conceito de Jogos de Linguagem. Tal conceito foi inicialmente trazido 1930 em uma analogia dos sistemas axiomáticos com o xadrez (GLOCK, 1998, p. 225). Em 1932, ele estende essa analogia à linguagem como um todo com a função de enfatizar os pontos em comum entre jogos e linguagem. Sobre o ponto de partida dessas analogias, discorre Ruy (2008, p. 01):

A linguagem é uma atividade guiada por regras. Em primeiro lugar, bem como num jogo, a linguagem possui regras de constituição, a saber, as regras da gramática. Essas regras gramaticais, diferentemente de regras de estratégia, não nos informam que lance – no caso do jogo, ou proferimento – no caso da linguagem, terá sucesso, e sim o que é correto ou faz sentido, definindo assim o jogo ou a linguagem

Wittgenstein (2000, § 130) faz o seguinte alerta para o uso dessa teoria:

Nossos jogos de linguagem claros e simples não são estudos prepa-

ratórios para uma regulamentação futura da linguagem, não são, por assim dizer, aproximações preliminares, sem levar em conta o atrito e a resistência do ar. Os jogos de linguagem estão aí muito mais como objetos de comparação, os quais, por semelhança e dissemelhança, devem lançar luz nas relações de nossa linguagem.

Fazendo um comparativo da linguagem com o jogo, presume-se que para ele ser jogado, seria necessário que todos seus participantes entendessem suas regras. Ainda assim, o próprio autor admite que há situações em que uma linguagem privada seria possível (WITTGENSTEIN, 2000, §243):

Um homem pode encorajar a si mesmo, dar ordens a si mesmo, obedecer a si mesmo, castigar a si mesmo colocar-se uma pergunta e respondê-la. Poder-se-ia também imaginar homens que falassem somente monólogos, que fizessem acompanhar suas atividades com solilóquios. -Um pesquisador que os observasse e escutasse seus discursos poderia conseguir traduzir sua linguagem para a nossa. (Com isso ele seria capaz de antever corretamente as ações dessas pessoas, pois ele as ouve também fazer propósitos e tomar decisões.)

Porém, Wittgenstein vai refutar a possibilidade da linguagem privada argumentando que os jogos de linguagem inevitavelmente fazem a intermediação entre o objeto e o homem, especialmente ao falar da percepção de sentimentos, que em uma linguagem privada só deveriam poder ser percebidos por seu originador (WITTGENSTEIN, 2000, §243):

Mas seria também pensável uma linguagem na qual alguém pudesse, para uso próprio, anotar ou exprimir suas vivências interiores – seus sentimentos, seus estados de espírito? – não podemos fazer isto em nossa linguagem costumeira? – acho que não. As palavras dessa linguagem devem referir-se àquilo que apenas o falante pode saber; às suas sensações imediatas, privadas. Um outro, pois, não pode compreender esta linguagem.

Analisando o texto de Wittgenstein, Britto (2005, p. 96) tece as seguintes conclusões:

O pressuposto da linguagem privada é: existem sensações que apenas uma pessoa tem, que são inacessíveis para outras pessoas, por isso esta linguagem não poderia ser compreendida por ninguém mais, sendo intraduzível. Ora, para descrever estas sensações seria preciso valer-se de definições ostensivas privadas, para

determinar quais símbolos representariam quais sensações. Isto porque, a linguagem exige regularidade para que possa ser coerente e compreensível, inclusive para seu próprio originador. Esta regularidade depende de regras de correção. Regras são necessariamente públicas, logo, a ideia de linguagem privada se auto refuta.

Percebe-se, assim, que o caráter necessariamente público da regra é um ponto central do argumento de Wittgenstein contra a linguagem privada. De acordo com o mesmo (2000, § 202), seria impossível seguir uma regra privadamente, pois “‘seguir a regra’ é uma práxis. E acreditar seguir a regra não é seguir a regra. E daí não podermos seguir a regra ‘privadamente’; porque, senão, acreditar seguir a regra seria o mesmo que seguir a regra”. Considerando que a regra de linguagem seria um procedimento de aplicação da língua, tal entendimento estaria condizente com a exceção do artigo 102(b) do DMCA, mencionado acima.

Essa definição de uma regra ser necessariamente pública também faz sentido quando se parte para a definição de linguagem de programação. De acordo com Paulo Blauth Menezes (2000, p. 01), a Teoria das Linguagens Formais teria sido desenvolvida na década de 1950 com o objetivo de se estudar e compreender as estruturas, características e propriedades das linguagens naturais. Logo se verificou, contudo, que a essa teoria era fundamental para se estudar as linguagens artificiais, especialmente as linguagens da Ciência da Computação. Desde então, de acordo com Menezes, o estudo das Linguagens Formais teria se desenvolvido significativamente, com ênfase nas áreas da Análise Léxica e Sintática de linguagens de programação.

Luis Alberto Warat (1995, p. 11) destaca, inclusive, que a tentativa de se considerar os signos como objeto específico de um conhecimento científico teria se originado de estudos e investigações realizados pelos linguistas contemporâneos em torno da linguagem natural, e pelos lógicos-matemáticos com relação às linguagens artificiais formalizadas.

Desse modo, assim como em uma linguagem natural, o estudo das linguagens formais se preocupa com seus problemas de sintaxe, de semântica e sintáticos, ou seja, suas regras. Discorre Menezes (2000, p. 02) que sintaticamente falando não existiria uma noção de programa

“errado”: neste caso simplesmente não seria um programa. Assim, o jogo, em uma linguagem de programação, teria de ser rigorosamente definido, caso contrário não seria entendido pelo terminal/computador responsável por reconhecer determinada linguagem (chamado no jargão da Ciência da Computação de “autômato”). Linguagens de programação, nesse sentido, seriam constituídos de regras públicas necessárias para a criação de programas que possam ser lidos por diferentes tipos de autômatos.

Por fim, é necessário definir o conceito de API e sua origem. A empresa Sun Microsystems (comprada posteriormente pela Oracle) lançou a “plataforma” Java para a programação de computadores em 1996. Seu objetivo era o de facilitar o trabalho de programadores de ter de escrever diferentes versões de seus programas de computador para diferentes sistemas operacionais ou aparelhos. A plataforma Java, através do uso de uma máquina virtual, permitia a desenvolvedores de programas de computador escrever programas que conseguiram rodar em diferentes tipos de *hardware* sem ter de reescrever esses programas para cada tipo de máquina. Com Java, um programador podia escrever um programa uma vez e rodar em qualquer lugar⁶.

O *Java Virtual Machine* (JVM) cumpria um papel central na plataforma Java. A programação Java em si – a qual inclui palavras, símbolos e outras unidades, assim como regras de sintaxe para usar esses símbolos para criar instruções – é a linguagem em que um programador de Java escreve códigos-fonte, a versão de um programa que é compreensível numa “linguagem humana”. Para as instruções serem executadas, elas precisariam ser convertidas em código binário, consistindo em 0s e 1s, os quais seriam entendidos por um autômato em particular. No sistema Java, o código-fonte era primeiro convertido em *bytecode*, uma forma intermediária, antes de ser convertida em código binário pelo JVM que fora desenhado para aquele autômato⁷.

A empresa Sun escreveu certo número de programas Java pré-

6 Tradução livre do parágrafo 25 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

7 Tradução livre do parágrafo 26 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

programados para realizar funções de computação comuns e organizou esses programas em grupos que chamou de ‘pacotes’. Esses pacotes, que são os APIs (*Application Programming Interfaces*) em discussão na apelação, permitem que programadores utilizem esse código pré-programado para desenvolver certas funções em seus próprios programas, ao invés de ter de escrever do zero seus próprios códigos para realizar essas mesmas funções. Eles são atalhos. A empresa Sun chamou o código para uma específica operação (função) de ‘método’. Ela definiu ‘classes’ para que cada classe consista de métodos específicos somadas as variáveis e outros elementos nos quais os métodos operariam. Para organizar essas classes para os usuários, então, ela agrupou essas classes (juntamente de outras ‘interfaces’ relacionadas) em ‘pacotes’. Tanto a Oracle quanto a Google não contestaram a analogia da corte: a coleção de pacotes de API da Oracle é como uma livraria, cada pacote é como uma estante na livraria, cada classe é como um livro na estante e cada método como um capítulo de instruções em um livro⁸.

Apresentadas as principais ideias de Wittgenstein – a relação das linguagens naturais com as linguagens de programação e o conceito de API – passa-se agora à descrição do caso Oracle vs. Google

3. O CASO ORACLE AMERICA, INC. V. GOOGLE, INC

A disputa de *Copyright* entre as empresas Oracle e Google envolvia 37 pacotes de código-fonte, os quais, conforme visto anteriormente, eram chamados de APIs. A primeira empresa moveu ação judicial em face da segunda na Corte distrital da Califórnia, alegando que o sistema operacional *Android* da Google infringia os Direitos de Propriedade Intelectual da Oracle na utilização desses 37 pacotes.

Essa Corte Distrital determinara que a Google teria de fato replicado esses 37 pacotes de API (incluindo sua estrutura, sequência e organização), mas considerou que esses pacotes não estariam sujeitos a

⁸ Tradução livre do parágrafo 27 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

proteção de *Copyright*. Em decorrência dessa decisão, a Oracle apelou para a Corte Federal do Nono Circuito por considerar que esses pacotes estariam sim sujeitos à proteção pelo *Copyright*, por serem de sua autoria e possuírem elementos criativos suficientes para determinar sua titularidade sobre a programação.

Em sua defesa, a Google argumentou que (1) haveria somente uma maneira de se escrever o método Java de modo a permanecer funcional com outros sistemas; e (2) a organização e a estrutura dos 37 pacotes API Java seria uma “estrutura de comando” excluída da proteção de *Copyright* de acordo com a já mencionada seção 102(b) do DMCA⁹. Assim se lê do aludido dispositivo legal:

Em caso algum a proteção por *Copyright* de um trabalho autoral original se estende a qualquer ideia, procedimento, processo, sistema, método de operação, conceito, princípio ou descoberta, não importando a forma em que é descrito, explicado, ilustrado ou incorporado em tal trabalho.¹⁰

O tribunal destacou, contudo, que o *Copyright Act* concede proteção legal a “trabalhos autorais originais fixados em qualquer meio de expressão tangível”, incluindo “trabalhos literários” (17 U.S.C. § 102a). Não se contestou que programas de computador – definidos no *Copyright Act* como “um grupo de declarações ou instruções para serem utilizadas direta ou indiretamente em um computador com o objetivo de trazer certo resultado” (17 U.S.C. § 101) – podem ser sujeitos a proteção por *Copyright* como trabalhos literários¹¹. Frisou-se que tal programa deve ser expresso em um meio tangível e que ele deve ser original.

Insistindo em sua argumentação, a Google fez uso da *Merger Doctrine*. De acordo com essa teoria, a Corte não deveria defender um trabalho protegido por *Copyright* de infrações se a ideia contida nele só puder ser expressa de uma maneira. Para programas de computador isso

⁹ Tradução livre do parágrafo 50 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

¹⁰ Do original em inglês: *In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.*

¹¹ Tradução livre do parágrafo 55 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

significa que quando específicas partes do código, mesmo protegido, são a única e essencial maneira de cumprir determinada tarefa, seu uso por terceiros não será considerado como infração¹². Essa teria sido a principal argumentação utilizada pela corte distrital da Califórnia para determinar que os 37 pacotes de API não poderiam ser protegidos por Copyright.

Em sua apelação, a Oracle admitiu não poder exigir proteção por *Copyright* sobre a ideia de organizar funções de um programa ou na estrutura organizacional “método-pacote-classe” enquanto entidade abstrata. Ao invés disso, a Oracle arguiu pela proteção por *Copyright* somente em sua maneira particular de nomear e organizar cada um dos 37 pacotes de API de Java. A Oracle reconheceu, por exemplo, que ela não pode proteger a ideia de programas que abram uma conexão à internet, mas ela poderia proteger as específicas linhas de códigos utilizadas para realizar essa operação, pelo menos enquanto existirem outras linguagens disponíveis para exercer a mesma função.¹³

Assim, a Oracle reconheceu que a Google e outras empresas poderiam se utilizar da linguagem Java – assim como qualquer um poderia aplicar a língua inglesa para escrever um parágrafo sem violar o *Copyright* de outros escritores da mesma língua. Na mesma linha, a Google poderia fazer uso da estrutura “método-pacote-classe”, assim como escritores podem se utilizar das mesmas regras gramaticais escolhidas por outros autores, sem medo de cometer uma infração. O que a Oracle contestou é que, além desse ponto, a Google, como qualquer outro autor, não está autorizada a empregar a precisa formulação ou estrutura escolhidas pela Oracle para implementar a substância dos seus pacotes – os detalhes e o arranjo da prosa – pelo fato de querer garantir a compatibilidade de seus programas com o sistema Java desenvolvido pela Sun¹⁴.

12 Tradução livre do parágrafo 83 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

13 Tradução livre do parágrafo 114 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

14 Tradução livre do parágrafo 114 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

Em sua decisão, a Corte comentou que, dado o fato de a capacidade de proteção por *Copyright* estar focada nas escolhas disponíveis ao requerente no período de criação do programa de computador, a questão da compatibilidade se centra em uma pergunta: se as escolhas do requerente seriam ditadas por uma necessidade de assegurar que o programa funcionaria com programas de terceiros à época. Se o réu, posteriormente à criação do programa pelo requerente, buscou fazer seu programa interoperável com o programa desse não tem relação com a potencial limitação de design que o programa do requerente teria em decorrência de fatores externos¹⁵.

Dito de outra maneira: o foco estaria na necessidade de compatibilidade e escolhas de programação da parte que requer proteção por Copyright, e não nas escolhas feitas pelo réu para alcançar a compatibilidade com o programa do requerente. Consistente com essa argumentação, a corte reconheceu que uma vez que o requerente desenvolveu um trabalho passível de proteção (sua própria maneira de escrever os APIs) o desejo do réu de ‘atingir a compatibilidade total’ é um desejo competitivo e comercial, o qual não entra na questão de determinadas ideias e expressões terem se fundido, excluindo a aplicação da *Merger Doctrine*¹⁶.

A Google poderia ter estruturado o *Android* de maneira diferente, tendo a opção de escolher diferentes caminhos de expressar e implementar a funcionalidade que ela copiou. Especificamente, a corte chegou à conclusão de que a mesma funcionalidade poderia ter sido oferecida no *Android* sem duplicar o exato mesmo comando utilizado no Java. As provas mostraram, inclusive, que a Google desenvolveu vários dos seus próprios pacotes API do zero e, assim, seria plausível que ela desenvolvesse os 37 pacotes API copiados da Oracle, caso ela quisesse fazê-lo¹⁷.

15 Tradução livre do parágrafo 127 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

16 Tradução livre do parágrafo 127 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

17 Tradução livre do parágrafo 115 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

A Google estava livre para desenvolver seus próprios pacotes API e a fazer um “lobby” para convencer programadores a os adotarem. Ao invés disso, ela escolheu copiar a estrutura, sequência e organização do código da Oracle para capitalizar na comunidade já existente de programadores que estavam acostumados a utilizar os pacotes API Java. Esse desejo não tinha qualquer relação com a possibilidade de proteção desses pacotes Java por *Copyright* ou não¹⁸.

A corte descobriu que para o código Java funcionar com autômatos que utilizassem *Android*, a Google precisaria fornecer o mesmo sistema de comando pacote-classe-método-Java utilizando os mesmos nomes com a mesma taxonomia e especificações técnicas similares. Ademais, a corte concluiu que a Google replicou o que era necessário para atingir um grau aceitável de interoperabilidade, mas nada mais, deixando de fornecer seu próprio código¹⁹.

Por essas razões, a corte federal do nono circuito, em 09 de maio de 2014, chegou à conclusão de que os 37 pacotes API Java seriam passíveis sim de proteção por *Copyright*. Do mesmo modo, ela concluiu que o argumento da Google de que esses pacotes seriam “padrões da indústria” necessários para a “conversa” entre diferentes sistemas não seria válido e que haveria diferentes maneiras de a Google implementar as mesmas soluções que ela copiara da Oracle.

4. ANÁLISE DO CASO ORACLE V. GOOGLE SOB A ÓTICA DE WITTGENSTEIN

Da análise do caso, percebe-se que a questão principal é se as linhas de código copiadas pelo Google poderiam ou não ser protegidas por *Copyright*. A Google não contesta ter utilizado os 37 pacotes API Java desenvolvidos pela antecessora da Oracle. Porém ela argumenta que eles não deveriam poder ser protegidos de qualquer maneira, por constituírem

18 Tradução livre do parágrafo 131 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

19 Tradução livre do parágrafo 119 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

linguagem de programação necessária para que diferentes autômatos fossem compatíveis entre si.

Viu-se que o conceito de linguagem de Wittgenstein passa pela comparação desse com um jogo de linguagem, o qual determina a relação entre uma pessoa e seu objeto só ser possível se essa pessoa entendesse “o jogo”, ou seja, o sistema de regras que regula a relação entre os objetos e quem os percebe. Do mesmo modo, a partir do conceito de “regras do jogo”, Wittgenstein (2000, § 202) fundamenta seu conceito de ser impossível a existência de uma linguagem privada, pois:

...‘seguir a regra’ é uma práxis. E acreditar seguir a regra não é seguir a regra. E daí não podermos seguir a regra ‘privadamente’; porque, senão, acreditar seguir a regra seria o mesmo que seguir a regra.

Assim, visualizar linguagens pertencente a uma só entidade seria algo impossível para a teoria de Wittgenstein – tendo em vista que, de acordo com seu pensamento, as linguagens seriam compostas de regras, só fazendo sentido se pudessem ser compreendidas por todos. Pode-se dizer, com confiança, que uma linguagem é uma sequência de regras que descrevem procedimentos, processos, sistemas ou métodos de operação de determinada língua.

Essas descrições de procedimentos constituiriam justamente uma das exceções à aplicação da proteção por *Copyright* do DMCA americano, contido na seção 102(b) do já citado dispositivo legal:

Em caso algum a proteção por Copyright de um trabalho autoral original se estende a qualquer ideia, procedimento, processo, sistema, método de operação, conceito, princípio ou descoberta, não importando a forma em que é descrito, explicado, ilustrado ou incorporado em tal trabalho.

Isso permite a conclusão de que uma linguagem não poderia ser protegida pelo sistema de *Copyright*, pois suas regras, de caráter público, são constituídas de métodos de operação que recaem nas exceções da lei americana.

Já no que se refere às linguagens de programação, viu-se que os estudos e investigações realizados pelos lógicos-matemáticos com relação

às linguagens artificiais formalizadas teriam a mesma origem dos estudos realizados por linguistas contemporâneos em torno da linguagem natural, conforme destacara Warat (1995, p. 11). Isso significa que para uma linguagem de programação como o Java poder ser difundida e utilizada por vários programadores, ela também precisaria se sujeitar a um sistema de regras e procedimentos semelhantes aos de uma linguagem como o português e o inglês.

Em termos práticos, isso quer dizer que aplicando a teoria de Wittgenstein uma linguagem de computação não poderia ser protegida por *Copyright*, assim como uma linguagem natural. Ela também é constituída de um sistema de regras que demanda a compreensão dos seus usuários para permitir a interação entre homem e máquina/autômato ou entre autômatos.

Por isso, em um primeiro momento, poderia se vislumbrar a possibilidade de a Google ter aplicado a teoria de Wittgenstein em sua defesa à ação judicial movida pela Oracle, pois conforme consta no início do acórdão da Corte Federal do Nono Circuito “muitos desenvolvedores de programas de computador usam a linguagem Java, assim como os pacotes API da Oracle, para programar aplicativos (usualmente referidos como *apps*) para computadores, *tablets*, *smartphones* e outros aparelhos”.²⁰ Esse sistema de regras seria, então, essencial para programadores que utilizam Java.

A Google, inclusive, utilizou em sua defesa argumentos condizentes com a teoria de Wittgenstein, ao afirmar que haveria somente uma maneira de se escrever o método Java de modo a permanecer funcional com outros sistemas. Alegou, ainda, que a organização e a estrutura dos 37 pacotes API Java seria uma “estrutura de comando” excluída da proteção de *Copyright* de acordo com a seção 102(b) do DMCA.

A própria Oracle reconheceu que não poderia exigir proteção sobre a estrutura organizacional de uma linguagem de computação e admitiu que outras empresas poderiam se utilizar da linguagem Java, desenvolvida

²⁰ Tradução livre do parágrafo 18 do Acórdão da Corte Federal do nono circuito no Caso Oracle vs. Google.

pela sua antecessora Sun Microsystems.

Porém, a fundamentação da Google começava a ruir quando se analisam mais a fundo os 37 pacotes API Java que ela teria copiado da Oracle. Os APIs seriam programas Java pré-programados para realizar funções de computação comuns, organizados em grupos chamados de ‘pacotes’. Relembra-se, aqui, da analogia da corte de que a coleção de pacotes de API da Oracle é como uma livraria, cada pacote é como uma estante na livraria, cada classe é como um livro na estante e cada método como um capítulo de instruções em um livro.

O que a Oracle alegou, e que foi eventualmente aceito pela corte, é que apesar de não poder proteger a linguagem Java, ela poderia pedir proteção por *Copyright* das específicas linhas de códigos utilizadas para realizar as funções de programação comuns. Foi levantada, ainda, a argumentação de que a Google teria desenvolvido seus próprios APIs para realizar outras funções em seu programa *Android*, mas não teria tornado esses APIs públicos por conta de uma escolha de mercado.

Isso levou à conclusão da corte de que o que a Google copiou da Oracle não foi uma linguagem de programação em si, mas sim a sua aplicação. Utilizando-se de uma analogia, a Google não se apropriou da língua inglesa, mas sim de uma série de livros escritos nessa língua para criar seu sistema *Android*.

Assim, em uma análise mais aprofundada do caso, percebe-se que a teoria de Wittgenstein não poderia ser aplicada a esse caso, pois o que a Google copiou da Oracle não foi um sistema de regras – que são públicas de acordo com sua teoria –, mas sim aplicações dessa regra que cumprem os requisitos de proteção da seção 102(a) do DMCA, de ser um trabalho autoral original fixado em qualquer meio tangível de expressão. A Google poderia ter desenvolvido seus próprios APIs, portanto, mas não o fez por uma estratégia comercial.

5. CONCLUSÃO

A análise filosófica de casos judiciais, que envolvem eminentemente elementos dogmáticos, se mostra desafiadora. Isso porque, em ações judiciais, o recurso a teorias pelas partes se faz, na sua grande maioria, de maneira instrumental. Os advogados trazem às suas petições os argumentos – incluindo os de elaboradas teorias jurídicas – que são convenientes à sua defesa. Reconhece-se, aqui, que não se poderia esperar a adoção de uma linha teórica coerente pela parte dos representantes legais das partes. É inerente à atividade advocatícia que se tenha de defender posições contraditórias, em diferentes casos. Se estivessem em lados opostos, seria até natural que os advogados da Oracle e da Google argumentassem de maneira diferente – ou até mesmo invertida – para assegurar a vitória de seus clientes.

Porém, a análise filosófica de casos não perde sua relevância, pois permite uma outra interpretação a leis e dogmas de determinado sistema legal. Pegue-se como exemplo algumas das exceções à proteção por *Copyright* do artigo 102(b) do DMCA: “ideia, procedimento, processo”. Por que foram escolhidas especificamente essas e por que nessa ordem?

Pela aplicação de Wittgenstein e de sua teoria da linguagem já se obtém parte dessa resposta: é porque uma linguagem é constituída de regras e procedimentos e esses devem ser necessariamente públicos para terem sentido, fazendo com que uma linguagem privada seja impossível. Não deixa de ser um exercício de imaginação, mas que auxilia na maior compreensão da matéria estudada.

Uma análise teórica desse viés dos casos também permite perceber algumas incongruências na argumentação utilizada pelas partes – que eventualmente podem lhes custar a vitória em uma ação. Como exemplo temos a Google, a qual argumentava que os APIs da Oracle deveriam ser públicos, porém não disponibilizava publicamente seus próprios APIs para o sistema *Android*. Isso fez com que o tribunal “percebesse” os intuitos comerciais da mesma e fez sua decisão ser tendencialmente mais favorável à Oracle.

Assim, ainda que uma argumentação baseada em Wittgenstein não seja possível no caso analisado, sua teoria tem muito mérito ao descrever

as linguagens como sistemas de regras que devem ser públicas para garantir sua compreensão. Por fim, essa teoria também ajuda a entender como os programas de computador, que tem uma regulamentação legal recentíssima, devem ser entendidos dentro do direito para permitir a aplicação correta de conceitos jurídicos em casos que envolvam linguagem de programação.

REFERÊNCIAS

Acórdão da Corte federal do Nono Circuito do caso Oracle America, Inc. v. Google, Inc. está disponível através do link: https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/cx/2014_Oracle.pdf.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 04

BRITTO, Rafael. **O Público e o Privado em Wittgenstein. Da Definição Ostensiva aos Jogos de Linguagem**. Fortaleza, vol. I, N º 1, 2005, P. 79-98.

GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

HINTIKKA, J.; HINTIKKA, M. **Uma investigação sobre Wittgenstein**. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1994.

MENEZES, Paulo Fernando Blauth. **Linguagens Formais e Autômatos**. 3. Ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2000.

RUY, Mateus Cazelato. **O Conceito de Jogos de Linguagem nas Investigações Filosóficas de Wittgenstein**. Londrina, vol. I, N º 1, 2008, p. 1-12.

VON WRIGHT, G. H. **Ludwig Wittgenstein. A biographical sketch**. Philosophical Review, Vol. 64, n. 4, 1955.

WACHOWICZ, Marcos. **Direito Autoral**. 1.ed. Florianópolis: Editora Gedai, 2010. Disponível em:http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo_marcoswachowicz_direitoautoral_6.pdf

WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Ed. Nova Cultural (Col. Os Pensadores – trad.: José Carlos Bruni), 2000.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação

Título:

**SOFTWARE LIVRE NA
SOCIEDADE EM REDE:
EM BUSCA DE UM REGIME
JURÍDICO ADEQUADO**

**Maurício Brum Esteves e
Liz Beatriz Sass**



SOFTWARE LIVRE NA SOCIEDADE EM REDE: EM BUSCA DE UM REGIME JURÍDICO ADEQUADO

Autores: Maurício Brum Esteves¹; Liz Beatriz Sass².

Instituição: Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Resumo: Em que pese, no Brasil, os programas de computador sejam protegidos, de forma geral, como obras literárias, ou seja, por Direito de Autor, de acordo com o artigo 7º, XII, da Lei 9.610/98, e regulamentação especial pela Lei de Software (Lei nº 9.609/98), o sistema jurídico pátrio é absolutamente omissivo quanto às peculiaridades que envolvem as atividades de desenvolvimento e distribuição dos Softwares de natureza “Livre”. Visando a suprir esse lapso normativo, a presente investigação pretende responder o seguinte questionamento: qual deve ser o regime jurídico aplicável às atividades de desenvolvimento e distribuição de software livre no Brasil? Desse modo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documental, o presente artigo traça uma análise sobre o Software Livre - enquanto objeto de proteção pelo Direito -, a fim de identificar o regime jurídico adequado às suas atividades de desenvolvimento e distribuição, considerando, ainda, a realidade da hodierna “Sociedade em Rede” e os compromissos políticos assumidos pelo Estado brasileiro na Constituição de 1988. A partir disso, verifica-se que as atividades de desenvolvimento e disponibilização de Software Livre não se encaixam nas relações jurídicas tradicionais, razão pela qual o regime jurídico adequado irá demandar

1 É mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (em andamento). Possui Especialização em Direito da Propriedade Intelectual pela Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul – FADERGS (2013). Advogado. Atua como membro da Comissão Especial da Propriedade Intelectual da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Rio Grande do Sul – CEPI/OAB-RS.

2 É Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2016), com estágio de Doutorado na Universidade de Alicante (Espanha) pelo PDSE da CAPES. Possui Mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006) e Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005). É professora efetiva do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, na área de Direito Empresarial. Atua como pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial - GEDAI, vinculado à Universidade Federal do Paraná, e é líder do Grupo de Estudo e Pesquisa de Direito Empresarial da UFSC - GEPDE/UFSC.

um rompimento do Direito com o paradigma clássico de ciência, e um progressivo abandono de suas estruturas estáticas adeptas à jurisprudência dos conceitos e ao fetiche dos Códigos Oitocentistas. A adequação necessária, portanto, será na própria estrutura do Direito enquanto sistema.

Palavras-chave: Software Livre. Direito Autoral. Sociedade em Rede.

1. INTRODUÇÃO

Como o próprio título e a delimitação do tema denunciam, a problemática do presente estudo envolve uma questão nova, complexa, em constante mutação,³ e com reflexos diretos na epistemologia atinente ao arcabouço jurídico que regulamenta os programas de computador, principalmente aqueles de natureza “Livre”.⁴

Em que pese, no Brasil, os programas de computador sejam protegidos, de forma geral, como obras literárias, ou seja, por Direito de Autor, de acordo com o artigo 7º, XII, da Lei 9.610/98, e regulamentação especial pela Lei de Software, o sistema jurídico pátrio é absolutamente omissivo quanto às peculiaridades que envolvem as atividades de

3 Nesse sentido, cumpre transcrever os ensinamentos de Ronaldo Lemos: “Escrever sobre tecnologia é como duelar com o tempo: desde o começo já se sabe quem vai rir por último. Por isso mesmo é um desafio fascinante. Quando alguém se debruça sobre qualquer questão tecnológica do presente, faz isso correndo o risco de que o próprio objeto de reflexão fique obsoleto (ou deixe de existir ou acabe “fora de moda”) em curto espaço de tempo” LEMOS, Ronaldo. **Futuros possíveis: mídia, cultura, sociedade, direitos**. Porto Alegre: Sulina, 2012. Apresentação, s/n.

4 De acordo com a Free Software Foundation: “Um programa é software livre se os usuários possuem as quatro liberdades essenciais: - A liberdade de executar o programa como você desejar, para qualquer propósito (liberdade 0). - A liberdade de estudar como o programa funciona, e adaptá-lo às suas necessidades (liberdade 1). Para tanto, acesso ao código-fonte é um pré-requisito. - A liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar ao próximo (liberdade 2). - A liberdade de distribuir cópias de suas versões modificadas a outros (liberdade 3). Desta forma, você pode dar a toda comunidade a chance de beneficiar de suas mudanças. Para tanto, acesso ao código-fonte é um pré-requisito.” FREE SOFTWARE FOUNDATION. **A Definição de Software Livre**. Disponível em <<https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>. Acesso em 30 Set.2015.

desenvolvimento e distribuição de software livre. Prova do exposto, foi a necessária “importação” da Licença Geral Pública do GNU⁵ (*GNU General Public License*),⁶ criada e idealizada pela *Free Software Foundation* (FSF) com foco, entretanto, aos padrões do Direito Norte Americano.

Ocorre que, *a priori*, alguns aspectos desta Licença Geral Pública, que são válidas frente ao Direito Norte Americano, poderiam ser considerados inválidos frente ao direito pátrio, como é o caso das cláusulas de isenção de garantias e responsabilidades (*limitation of liability and disclaimer of warranties clauses*), *e.g.*, gerando a indesejável insegurança jurídica aos diversos negócios que têm surgido na hodierna *economia híbrida*.

Destarte, cediço da relevância econômica e social do Software Livre, e visando a suprir esse lapso normativo, a presente investigação tem por objetivo analisar o Software Livre - enquanto objeto de proteção pelo Direito -, a fim de identificar o regime jurídico adequado às suas atividades de desenvolvimento e distribuição, considerando, ainda, a realidade da hodierna Sociedade em Rede⁷ e os compromissos políticos assumidos pelo Estado brasileiro na Constituição Democrática de 1988.

Ao final, pretende-se ver respondidas as seguintes questões: qual deve ser o regime jurídico aplicável às atividades de desenvolvimento e distribuição de software livre no Brasil? Quais devem ser as características deste regime jurídico para que ele seja adequado à realidade da hodierna Sociedade em Rede e aos compromissos da Constituição Democrática de 1988 com a promoção do Estado Democrático e da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse intuito, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, o presente artigo desenvolve-se em três tópicos. O primeiro tópico apresenta o quadro normativo existente sobre o tema no Brasil e demonstra a inexistência de um regime jurídico próprio para o software livre no

5 FREE Software Foundation. **What is GNU?**. Disponível em <<https://www.gnu.org/>>. Acesso em 30 Set. 2015.

6 BRASIL **Licença Creative Commons GNU GPL [Brasil]**. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/Licencas/LicencaCcGplBr/view>>. Acesso em 27 de setembro de 2015.

7 A propósito, *vide*: CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura v.1**. São Paulo. Paz e Terra, 2013.

contexto brasileiro. O segundo tópico arrola os motivos pelos quais torna-se necessário discutir e aprofundar o estudo acerca de um regime jurídico adequado para o software livre para, no terceiro tópico, oferecer um panorama quanto aos horizontes normativos possíveis no que tange à problemática abordada pela pesquisa.

2. DA INEXISTÊNCIA DE UM REGIME JURÍDICO PRÓPRIO PARA A PROTEÇÃO DO SOFTWARE LIVRE NO BRASIL

A tese central que embasa o presente estudo é no sentido de que inexistente um instrumento jurídico próprio - ou ao menos de um regime jurídico adequado - para regulamentar as atividades de desenvolvimento e distribuição de Software Livre no Brasil, que, progressivamente, têm ganhado importância e relevância na *economia híbrida* gestada pela Sociedade em Rede.⁸

Inicialmente, conquanto, cumpre contextualizar que programa de computador ou software é a “expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada”.⁹ Por linguagem natural depreende-se aquela acessível ao homem; enquanto que linguagem codificada, como aquela que “permite a um determinado programador

8 A respeito da sociedade em rede, cumpre trazer os ensinamentos de Manuel Castells: “Uma rede é um conjunto de nós interconectados. A formação de redes é uma prática humana muito antiga, mas as redes ganharam vida nova em nossos tempos transformando-se em redes de informação energizadas pela Internet. As redes têm vantagens extraordinárias como ferramentas de organização em virtude de sua flexibilidade e adaptabilidade inerentes, características essenciais para se sobreviver e prosperar num ambiente em rápida mutação. É por isso que as redes estão proliferando em todos os domínios da economia e da sociedade, desbancando corporações verticalmente organizadas e burocracias centralizadas e superando-as em desempenho”. CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 7.

9 “Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.” BRASIL. Lei 9.609, 19 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

desenhar instruções lógicas para um computador sobre aquilo que ele deverá executar”,¹⁰ normalmente constituído por “um conjunto de 0 (zeros) e 1 (uns) na maioria das vezes impenetrável para o entendimento humano ordinariamente”.¹¹

Ressalte-se, ainda, que muito embora o produto final do programa de computador possa vir a ser objeto de proteção por diferentes institutos em Direito da Propriedade Intelectual,¹² o cerne da ideia de proteção concedida através do artigo 7º, XII, da Lei 9.610/98,¹³ e das previsões especiais da Lei de Software,¹⁴ dizem respeito, exclusivamente, à informação nele contida. Ou seja, é o “conjunto organizado de instruções” em linguagem codificada (Código Fonte/Objeto¹⁵) o objeto de proteção, na condição de “programa de computador”, como consta na Lei Autoral

10 FALCÃO, Joaquim et al. **Estudo Sobre o Software Livre comissionado pelo instituto nacional da tecnologia da informação (ITI)**. Escola de Direito FGV: Rio de Janeiro: 2005. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/estudo-sobre-o-software-livre>>. Acesso em 07 Out. 2015.

11 FALCÃO, Joaquim et al. **Estudo Sobre o Software Livre comissionado pelo instituto nacional da tecnologia da informação (ITI)**. Escola de Direito FGV: Rio de Janeiro: 2005. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/estudo-sobre-o-software-livre>>. Acesso em 07 Out. 2015.

12 Neste tocando, importante considerar que o nome/título do programa pode ser objeto de proteção pelo Direito Macário; eventuais personagens ou figuras públicas (atores, esportistas, etc.) podem ser detentores de direitos de imagem; e a própria embalagem, se caso de software de prateleira, pode ser objeto de proteção por Desenho Industrial.

13 “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: (...) XII - os programas de computador;”. BRASIL. Lei 9.610, 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

14 BRASIL. Lei 9.609, 19 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

15 “A distinção entre Código-Fonte e Código Objeto perpassa o espaço da presente problematização, e não constitui-se elemento essencial para o entendimento. Todavia, merece o registro de que a distinção elementar entre ambos reside no fato de que o Código-Fonte é aquele criado em um editor de textos, contendo os comandos da linguagem de programação, enquanto que o Código-Objeto é aquele criado pela conversão do código-fonte em linguagem de máquina. Para fins do presente pré-projeto, os termos serão utilizados como sinônimos”. PINHO, Márcio Sarroglia. Programação C/C++. PUCRS. Disponível em <<http://www.inf>

e na Lei de Software.¹⁶

Na condição de Obra Literária, portanto, cabe ao criador do Software o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor de sua obra,¹⁷ ou mais precisamente, de seu Código Fonte, dependendo de sua prévia autorização quaisquer modalidades de utilização, como por exemplo: reprodução,¹⁸ edição,¹⁹ distribuição,²⁰ etc.

É recente, entretanto, o ânimo de proteção ao Software, e ao consequente enclausuramento de seu Código Fonte, sob o manto da exclusividade do Direito de Autor. Se, atualmente, a rentabilidade do Software e a expansão da pirataria têm movido a grande indústria a pleitear cada vez mais proteção - inclusive através do Direito da Propriedade Industrial -, em sua origem, em meados dos anos de 1970, a abertura do Código (Fonte) permanecia sendo a regra na computação.²¹ Justamente para fazer “frente” à tendência de fechamento dos Códigos Fontes de

puers.br/~pinho/LaproI/ConceitosBasicos/ConceitosBasicos.htm>. Acesso em 30 Set. 2015.

16 A propósito, vale a transcrição de Denis Barbosa: “Assim é que a idéia de fazer um computador PC tocar o Hino Nacional Brasileiro é expressa no conjunto de instruções (em linguagem natural): tocar (3a oitava) dó/semínima, fá/colcheia pontuada, mi/semicolcheia, fá/colcheia pontuada, sol/colcheia, lá/colcheia pontuada (etc.); codificada em BASIC: PLAY o3 t122 c,f8,,e16,f8,,g16,a8.(etc.). Segundo a lei, ambas expressões serão dignas de proteção, assim como sua versão em assembly ou em código objeto.” BARBOSA, Denis Borges. A proteção do software, 2001, p. 3. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/77.DOC>>. Acesso em: 30 Set. 2015.

17 Art. 28, da Lei nº 9.610/98. BRASIL. Lei 9.610, 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

18 Art. 29, I, da Lei nº 9.610/98. BRASIL. Lei 9.610, 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

19 Art. 29, II, da Lei nº 9.610/98. BRASIL. Lei 9.610, 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

20 Art. 29, VI e VII, da Lei nº 9.610/98. BRASIL. Lei 9.610, 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

21 FALCÃO, Joaquim et al. **Estudo Sobre o Software Livre comissionado pelo instituto nacional da tecnologia da informação (ITI)**. Escola de Direito FGV: Rio de Janeiro: 2005. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/estudo-sobre-o-software-livre>>. Acesso em 07 Out. 2015.

programas de computador, através do *Copyright*²², foi que Richard Stallman encabeçou, em 1984,²³ a criação da *Free Software Foundation* (FSF²⁴) e a noção de *Copyleft*,²⁵ para devolver à Sociedade a liberdade de executar, copiar, distribuir, estudar e melhorar o Software. Desde então, um programa de computador é considerado Software Livre se os usuários possuem as quatro liberdades essenciais - executar, copiar, distribuir, estudar, mudar e melhorar o software. Trata-se, portanto, de uma questão de liberdade, e não de preço.²⁶

O principal projeto da *Free Software Foundation* foi a criação de um sistema operacional, que viria a ser batizado como “GNU”.²⁷ Mantendo o nome do projeto, posteriormente ao desenvolvimento final do sistema operacional, foi ele batizado de Linux – em homenagem ao seu criador, Linus Benedict Torvalds - dando origem ao primeiro sistema operacional em Software Livre, atualmente, conhecido: o GNU/Linux.

Para garantir que o GNU/Linux permanecesse “livre”, criou-se um instrumento jurídico, chamado de GNU GPL (*GNU General Public License* ou Licença Pública do GNU), apoiado por inúmeras pessoas e órgãos públicos e privados. Atualmente, inclusive, o Governo Federal da República Federativa do Brasil é um dos incentivadores do projeto, hospedando em portal oficial do Governo Federal as versões, em língua

22 Termo em Inglês equivalente ao sentido de Direito Autoral, no Brasil.

23 A propósito da história da evolução da noção de copyleft e do software livre, vide: CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 17.

24 Acerca da FSF: “The Free Software Foundation (FSF) is a nonprofit with a worldwide mission to promote computer user freedom and to defend the rights of all free software users”. Tradução livre: “A Free Software Foundation (FSF) é uma organização sem fins lucrativos com a missão, em todo o mundo, de promover a liberdade do usuário do computador e defender os direitos de todos os usuários de software livre” FREE Software Foundation. **About**. Disponível em: <www.fsf.org>. Acesso em 27 Ago. 2017.

25 STALLMAN, Richard. **What is Copyleft?** Disponível em <http://www.gnu.org/copyleft/>. Acesso em 30 Set. 2015.

26 FREE Software Foundation. **A Definição de Software Livre**. Disponível em <https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>. Acesso em 30 Set. 2015.

27 FREE Software Foundation. **What is GNU?**. Disponível em <https://www.gnu.org/>. Acesso em 30 Set. 2015.

portuguesa, da GNU GPL (Licença Pública do GNU),²⁸ na qual restam definidos os conceitos essenciais de um Software Livre, bem como os direitos e obrigações daqueles que o distribuem e o utilizam.

Com base neste instrumento, diversas empresas têm se lançado no mercado de Software Livre, através de modelos de negócios variados,²⁹ que Lawrence Lessig denomina de Economia Híbrida,³⁰ e estão explorando produtos e serviços voltados para o mercado do Software Livre. Entretanto, conforme busca-se demonstrar, inexistente no sistema jurídico brasileiro qualquer instrumento legal próprio ou regime adequado que

28 BRASIL **Licença Creative Commons GNU GPL [Brasil]**. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/Licencas/LicencaCcGplBr/view>>. Acesso em 27 de setembro de 2015.

29 A propósito, cumpre trazer à lume Gonzaga Adolfo: “Há basicamente quatro modelos de negócio que envolvem software livre: (i) distribuição do software open source, acompanhado da posterior venda de suporte ao mesmo (como usualmente mencionado nos Estados Unidos, ‘distribua a receita e depois abra um restaurante’), ou ainda adaptação do open source conforme a necessidade do cliente; (ii) conquista de mercado, pela qual determinado software é distribuído na forma open source, para a posterior venda de outros produtos vinculados a ele; (iii) incorporação do software open source junto com a venda de hardware, barateando custos de licença e o preço final do equipamento como um todo; e (iv) oferecimento de produtos acessórios ao software open source, como cursos, livros, treinamento, desenvolvimento etc.”. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. UNISINOS. Tese. 09 Ago. 2006. p. 238. <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 04 Out. 2015.

30 Segundo Lawrence Lessig, a Internet é a geração da economia híbrida, por excelência. Todos os negócios advindos com a Internet – o software livre, principalmente – tornar-se-ão híbridos. Acerca do conceito de economia híbrida, cumpre a transcrição: “Commercial economies build value with money at their core. Sharing economies build value, ignoring money. Both are critical to life both online and offline. Both will flourish more as Internet technology develops. But between these two economies, there is an increasingly important third economy: one that builds upon both the sharing and commercial economies, one that adds value to each. This third type – the hybrid – will dominate the architecture for commerce on the Web. It will also radically change the way sharing economies function”. Tradução livre: “As economias comerciais criam valor com o dinheiro no seu núcleo. Economias do compartilhamento criam valor ignorando o dinheiro. Ambas são importantes para a vida online e offline. Ambas florescerão mais à medida que a tecnologia da Internet se desenvolver. Mas entre essas duas economias há uma terceira economia cada vez mais importante: uma que se baseia tanto na economia compartilhada como nas economias comerciais, que agrega valor a cada uma. Este terceiro tipo – a economia híbrida – dominará a arquitetura para o comércio na Web. Também mudará radicalmente a função de compartilhamento de economias”. (tradução nossa). LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. The Penguin Press: New York. 2008. p. 177. LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. The Penguin Press: New York. 2008. p. 178.

traga segurança jurídica para este mercado e para as pessoas que estão submetidas a ele.

No Brasil, em que pese os programas de computador sejam protegidos, de forma geral, como obras literárias pelo Direito de Autor, o sistema jurídico pátrio é absolutamente omissivo quanto às peculiaridades que envolvem as atividades de desenvolvimento e distribuição de Software Livre. Prova do exposto, foi a necessária “importação” da Licença Geral Pública do GNU (*GNU General Public License*), criada e idealizada pela *Free Software Foundation* (FSF³¹) com foco, entretanto, aos padrões do Direito Norte Americano.

Ocorre que alguns aspectos desta licença geral pública, *a priori*, poderiam ser considerados inválidos frente ao direito pátrio. Assim, *e.g.*, as cláusulas de isenção de garantia³² e responsabilidade³³ do desenvolvedor,

31 Acerca da FSF: “The Free Software Foundation (FSF) is a nonprofit with a worldwide mission to promote computer user freedom and to defend the rights of all free software users”. Tradução livre: “A Free Software Foundation (FSF) é uma organização sem fins lucrativos com a missão, em todo o mundo, de promover a liberdade do usuário do computador e defender os direitos de todos os usuários de software livre”. FREE Software Foundation. **About**. Disponível em: <www.fsf.org>. Acesso em 27 Ago. 2017.

32 Cláusula de isenção de garantias na versão traduzida para o português do GNU GPL: “11. COMO O PROGRAMA É LICENCIADO SEM CUSTO, NÃO HÁ NENHUMA GARANTIA PARA O PROGRAMA, NO LIMITE PERMITIDO PELA LEI APLICÁVEL. EXCETO QUANDO DE OUTRA FORMA ESTABELECIDO POR ESCRITO, OS TITULARES DOS DIREITOS AUTORAIS E/OU OUTRAS PARTES, FORNECEM O PROGRAMA “NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA”, SEM NENHUMA GARANTIA DE QUALQUER TIPO, TANTO EXPRESSA COMO IMPLÍCITA, INCLUINDO, DENTRE OUTRAS, AS GARANTIAS IMPLÍCITAS DE COMERCIALIZABILIDADE E ADEQUAÇÃO A UMA FINALIDADE ESPECÍFICA. O RISCO INTEGRAL QUANTO À QUALIDADE E DESEMPENHO DO PROGRAMA É ASSUMIDO POR VOCÊ. CASO O PROGRAMA CONTENHA DEFEITOS, VOCÊ ARCARÁ COM OS CUSTOS DE TODOS OS SERVIÇOS, REPAROS OU CORREÇÕES NECESSÁRIAS. GOVERNO FEDERAL”(Sic). BRASIL **Licença Creative Commons GNU GPL [Brasil]**. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/Licencas/LicencaCcGplBr/view>>. Acesso em 27 de setembro de 2015.

33 Cláusula de isenção de responsabilidade na versão traduzida para o português do GNU GPL: “12. EM NENHUMA CIRCUNSTÂNCIA, A MENOS QUE EXIGIDO PELA LEI APLICÁVEL OU ACORDADO POR ESCRITO, QUALQUER TITULAR DE DIREITOS AUTORAIS OU QUALQUER OUTRA PARTE QUE POSSA MODIFICAR E/OU REDISTRIBUIR O PROGRAMA, CONFORME PERMITIDO ACIMA, SERÁ RESPONSÁVEL PARA COM VOCÊ POR DANOS, INCLUINDO ENTRE OUTROS, QUAISQUER DANOS

consideradas válidas frente ao direito Norte Americano, de acordo o UCC §2-316,³⁴ poderiam ser questionadas como cláusulas abusivas no Brasil, considerando que o consumidor goza de proteção constitucional, na condição de Direito Fundamental (Art. 5º, XXXII, da CRFB), e que o sistema infraconstitucional de Proteção ao Consumidor está embasado no princípio da vulnerabilidade.³⁵

No cenário pátrio, portanto, disposições contratuais que visam a exonerar o fornecedor de dar as garantias legais ou excluir/limitar sua responsabilidade poderiam ser consideradas cláusulas abusivas, segundo o artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor, tornando nulas, via de consequência, as cláusulas de isenção de garantias e responsabilidades (*limitation of liability and disclaimer of warranties clauses*), conforme consta na Licença Pública do GNU, seja através do reconhecimento da distribuição de software livre como uma relação de consumo, ou na categoria de equiparação³⁶ (arts. 17 e 29, do CDC).

Do exemplo acima, denota-se que a ausência de um instrumento

GERAIS, ESPECIAIS, FORTUITOS OU EMERGENTES, ADVINDOS DO USO OU IMPOSSIBILIDADE DE USO DO PROGRAMA (INCLUINDO, ENTRE OUTROS, PERDAS DE DADOS OU DADOS SENDO GERADOS DE FORMA IMPRECISA, PERDAS SOFRIDAS POR VOCÊ OU TERCEIROS OU A IMPOSSIBILIDADE DO PROGRAMA DE OPERAR COM QUAISQUER OUTROS PROGRAMAS), MESMO QUE ESSE TITULAR, OU OUTRA PARTE, TENHA SIDO ALERTADA SOBRE A POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DESSES DANOS.” (*Sic*). BRASIL **Licença Creative Commons GNU GPL [Brasil]**. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/Licencas/LicencaCcGplBr/view>>. Acesso em 27 de setembro de 2015.

34 ESTADOS Unidos da América. **UCC - Uniform Commercial Code (UCC/2002)** §2º-316. Exclusion or Modification of Warranties. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-316>>. Acesso em 15 Nov. 2016.

35 MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 62.

36 A respeito da condição de consumidor-equiparado, cumpre trazer os ensinamentos de Cláudia Lima Marques: “Em virtude do disposto no art. 29 do CDC, assim como foi interpretado pela jurisprudência, o legislador brasileiro, para proteger os interesses econômicos dos consumidores, concedeu um novo e poderoso instrumento (as ações autorizadas pelo CDC e sua ética de boa-fé nas relações negociais) para que os ‘consumidores-equiparados’ (na maioria, também empresários) combatam as práticas comerciais abusivas que os lesam diretamente e que, mediamente, prejudicam os outros consumidores e a harmonia do mercado”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: RT, 2002.

jurídico próprio - ou ao menos de um regime jurídico adequado - para regulamentar as atividades de desenvolvimento e distribuição de software livre no Brasil pode causar enorme insegurança jurídica, razão pela qual a busca de um regime jurídico adequado é um mister.

3. EM BUSCA DE UM REGIME JURÍDICO ADEQUADO

Para além de atender ao problema jurídico imediato da inexistência de um regime jurídico próprio e adequado para o Software Livre, no Brasil, o presente estudo também se lança com o ânimo de galgar avanços na própria epistemologia jurídica e no entendimento do Direito enquanto sistema aberto e axiologicamente hierarquizado.

A propósito, conforme se extrai na ampla crítica daqueles juristas que encabeçaram a marca da repersonalização³⁷ do direito privado (Luiz Edson Fachin, Ricardo Aronne e Gustavo Tepedino, *e.g.*), as limitações epistemológicas presentes no discurso jurídico - hoje vigente, inclusive - dão cabo de uma herança de um Direito Privado Clássico, cujo projeto, proveniente de um setor restrito da população, “coerente com a feição dos códigos do século XIX”,³⁸ não se coaduna com o hodierno projeto constitucional do Brasil, pois “outro é o horizonte contemporâneo”.³⁹

Portanto, é preciso “uma ruptura material, de compromissos, com relação à proposição tradicional do Direito Civil”,⁴⁰ a fim de atender às adequações exigidas pela atual Sociedade em Rede, quais sejam: “estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde

37 “Migrando o patrimônio para a periferia, deixando ao homem em sua antropomórfica dimensão intersubjetiva, o centro dos interesses protetivos do sistema jurídico, a propriedade e suas manifestações passam a guardar um papel instrumental”. ARONNE, Ricardo. **Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 45.

38 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 25.

39 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 25.

40 ESTEVES, Maurício Brum. **Sistema, Complexidade e Vida Nua: Sobre as Impossibilidades de um Direito Disciplinar**. Artigo extraído de Monografia. PUCRS. 2010. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/mauricio_esteves.pdf> Acessado em 18 Nov. 2015.

que compartilhem os mesmos códigos de comunicação”.⁴¹ Isso porque, “uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio”.⁴²

Merece registro, que não bastasse representar objeto novo⁴³ para o Direito e para a Sociedade, o Software Livre é dotado de uma “realidade tão complexa”,⁴⁴ que justificaria, por si só, a relevância econômica e social, e a pertinência da busca por um regime jurídico próprio e adequado.

No âmbito econômico, a relevância do objeto de estudo é nítida. Vê-se que, no longínquo ano de 2003, a indústria do software já gerava receitas brutas anuais em valores superiores a \$300 bi (trezentos bilhões de dólares), conforme estimativa das Nações Unidas, em estudo realizado naquele mesmo ano, denominado “E-Commerce and Development Report 2003”.⁴⁵ Neste percentual, estima-se estar inserida boa parcela de Softwares Livres, tendo em vista que - de acordo com este mesmo estudo - em média 40% (quarenta por cento) das empresas Norte Americanas, Alemãs e Britânicas e 65% (sessenta e cinco) das empresas Japonesas, *e.g.*, já em 2003 utilizavam alguma configuração de Software Livre, na forma GNU/Linux.⁴⁶ Neste mesmo sentido, Manuel Castells lembra que “em 2001, mais de 60% dos servidores da www no mundo estavam rodando

41 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura v.1**, tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo. Paz e Terra, 2013. p. 566.

42 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura v.1**, tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo. Paz e Terra, 2013. p. 566.

43 BARBOSA, Denis Borges. **A proteção do software**, 2001, p. 3. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/77.DOC>>. Acesso em: 30 Set. 2015.

44 Merece ênfase a opinião de Gonzaga Adolfo, para quem: “O denominado ‘Software Livre’ é uma realidade tão complexa que já justificaria uma tese à parte”. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. UNISINOS. Tese. 09 Ago. 2006. p. 238. <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 04 Out. 2015.

45 UNITED Nations. **E-Commerce and Development Report 2003, Chapter 4: Free and open-source software: Implications for ICT policy and development**. New York and Geneva, 2003, UNCTAD/SIDTE/ECB/2003/1. Disponível em <http://unctad.org/en/docs/ecdr2003ch4_en.pdf>. Acesso em 07 Out. 2015.

46 UNITED Nations. **E-Commerce and Development Report 2003, Chapter 4: Free and open-source software: Implications for ICT policy and development**. New York and Geneva, 2003, UNCTAD/SIDTE/ECB/2003/1. Disponível em <http://unctad.org/en/docs/ecdr2003ch4_en.pdf>. Acesso em 07 Out. 2015.

com Apache, que é um programa de servidor de fonte aberta desenvolvido por uma rede cooperativa de programadores do UNIX”.⁴⁷

No aspecto social, indiscutivelmente, tratar da temática do Software Livre é ir ao encontro das necessidades dos países em desenvolvimento,⁴⁸ como o Brasil, no que tange a conhecimento, tecnologia e educação.

Merece destaque, nesse sentido, referir que os direitos de propriedade intelectual, mesmo que implicitamente, estão embasados, em sua gênese, nos princípios gerais do liberalismo econômico e de Estado.⁴⁹ Ocorre

47 CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 17.

48 A propósito: “Most importantly, in particular for developing countries, FOSS allows today’s and tomorrow’s experts and information technology (IT) leaders to acquire skills and advance their knowledge rapidly. Its technological opposite, closed-source or proprietary software, may not support the information and communication technology (ICT) development process as well because it requires a significant upfront investment in license fees for installation and upgrades; it is not always adaptable to local concerns; and its exclusive or even dominant use may not adequately support the local development of the expert knowledge and skills needed to fully embrace the information economy. While proprietary software has its place and role, Governments should consider their policy position on FOSS in the context of their over all agenda and their ambitions of bridging the digital divide and using ICT for increased, improved trade and development”. Tradução livre: “Mais importante ainda, em particular para os países em desenvolvimento, o FOSS permite que especialistas de hoje e de amanhã e líderes da tecnologia da informação (TI) adquiram habilidades e desenvolvam seus conhecimentos rapidamente. O paradigma tecnológico oposto, de código fechado ou de software proprietário, pode não suportar o processo de desenvolvimento de tecnologias de informação e comunicação (TIC), bem como requer um investimento inicial significativo nas taxas de licença para instalação e atualizações; não é sempre adaptável às preocupações locais; e o seu uso exclusivo ou mesmo dominante pode não apoiar adequadamente o desenvolvimento local dos conhecimentos especializados e as habilidades necessárias para abraçar plenamente a economia da informação. Embora o software proprietário tenha seu lugar e seu papel, os governos devem considerar a posição política no FOSS no contexto de sua agenda e suas ambições de colmatar a divisão digital e usar as TIC para aumentar o comércio e o desenvolvimento”. (Tradução nossa). UNITED Nations. **E-Commerce and Development Report 2003, Chapter 4: Free and open-source software: Implications for ICT policy and development**. New York and Geneva, 2003, UNCTAD/SIDTE/ECB/2003/1. Disponível em <http://unctad.org/en/docs/ecdr2003ch4_en.pdf>. Acesso em 07 Out. 2015.

49 “Se os primeiros tratados de Direito Internacional sobre Propriedade Industrial, como a Convenção da União de Paris (1883) é importante exemplo, surgiram no contexto da aurora da Modernidade, da Revolução Industrial e do estopim da “Era dos Impérios” (HOBBSAWM, 2011), perdurando até os derradeiros momentos que denunciam a falência dos ideais Modernos, o “Crash da Bolsa”, em 1929, e as Duas Grandes Guerras, o Acordo TRIPS, que marca o desenvolvimento da Propriedade Intelectual no século XX que possui em seu “DNA” os valores do livre-mercado e do liberalismo político e econômico.” ESTEVES, Maurício Brum. **Por uma análise genealógica dos princípios**

que, no caso dos países em desenvolvimento, como o Brasil, o liberalismo exacerbado de mercado pode vir de encontro as suas pretensões, pois, conforme é cediço, não existe igualdade de oportunidades entre economias desiguais.⁵⁰

Em nível epistemológico, é possível notar que este paradigma econômico-social está enraizado nas próprias estruturas do direito autoral, e dialoga de forma direta com a questão atinente ao Software Livre.

Conforme explica Ronaldo Lemos, “um dos principais problemas do direito autoral ‘clássico’ é que ele funciona como um grande ‘não!’”.⁵¹ Em outras palavras, “se alguém pretende utilizar aquela obra, tem que pedir autorização prévia a seu autor ou detentor de direitos”.⁵² Como consequência disso, portanto, “os custos de transação envolvidos na obtenção dessa autorização prévia restringem de forma brutal a quantidade de cultura que uma determinada sociedade tem disponível para acesso em um determinado tempo”.⁵³

Destarte, em face da sua natureza colaborativa - na maioria das vezes gratuita - o Software Livre representa um importante fator de desenvolvimento e geração de conhecimento livre e comum a toda sociedade,⁵⁴ indo, certamente, ao encontro do programa político da

de direito internacional na propriedade industrial: a adequação do regramento internacional aos países em desenvolvimento. Revista Novatio Iuris. v.6 n.1 (2014), p. 89-115, Fadergs, Porto Alegre, 2014. Pg. 101.

50 “Mormente no caso dos países em desenvolvimento, o liberalismo exacerbado de mercado pode não vir ao encontro das suas pretensões. E, de fato, analisando a questão, percebe-se que o sistema é desequilibrado e não contempla plenamente os interesses dos países em desenvolvimento, especialmente aqueles mais pobres exatamente pelo fato de que se atua, como pano de fundo, a teoria da livre concorrência e da igualdade entre os Estados que, conforme é cediço, não existe entre economias desiguais.” ESTEVES, Maurício Brum. **Por uma análise genealógica dos princípios de direito internacional na propriedade industrial: a adequação do regramento internacional aos países em desenvolvimento.** Revista Novatio Iuris. v.6 n.1 (2014), p. 89-115, Fadergs, Porto Alegre, 2014. Pg. 108.

51 Lemos, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 83.

52 Lemos, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 83.

53 Lemos, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 83.

54 A respeito: “Do ponto de vista social, o software livre constrói um patrimônio comum de toda sociedade na forma de conhecimento. Esse patrimônio comum permite, por exemplo, que o conhecimento seja assimilado de forma muito mais fácil pelos agentes sociais. Com isso, a possibilidade de inovação torna-se acessível a todos e não apenas àqueles que controlam

Constituição brasileira de 1988 na promoção de um Estado Democrático com paradigma privilegiado na Pessoa Humana.⁵⁵⁵⁶

Todavia, em que pese o Software, mormente aquele de natureza Livre, represente um dos nichos de mercado com maior expansão e importância econômica nos últimos tempos, assim como ser dotado de enorme relevância social, principalmente para os países em desenvolvimento, as investigações acadêmicas, ao menos no cenário jurídico pátrio, não têm acompanhando às necessidades da vida concreta. Prova do exposto, é que para além das tradicionais soluções – Licença Geral Pública do GNU, para Software Livre, e os “Creative Commons”,⁵⁷ para obras intelectuais, em geral – pouco se avançou na última década, acerca dos aspectos jurídicos que envolvem os modelos híbridos e colaborativos, que nascem com a Sociedade em Rede.

Obviamente, o ânimo do presente trabalho não é desenvolver, neste

privadamente determinado rol de conhecimento”. FALCÃO, Joaquim et al. **Estudo Sobre o Software Livre comissionado pelo instituto nacional da tecnologia da informação (ITI)**. Escola de Direito FGV: Rio de Janeiro: 2005. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/estudo-sobre-o-software-livre>>. Acesso em 07 Out. 2015.

55 “A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, reveladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro. Opera funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de verdadeira inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas”. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 342.

56 “(...) o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente enunciado pelo art. 1º, inc. III, da nossa CF, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5º, §2º, de nossa Lei Fundamental”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: um a teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ed. rev. atual. e apl.; 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 95.

57 “Qual o estatuto jurídico dessa nova forma de produção? Ou ainda, como pode o direito dar fundamento a ela? Uma das respostas a esta questão é a criação do modelo colaborativo Creative Commons. Iniciativa concebida pelo Prof. Lawrence Lessig e atualmente sediada na Universidade de Standford, o Creative Commons tem por objetivo desenvolver licenças públicas, isto é, licenças jurídicas que possam ser utilizada por qualquer indivíduo ou entendida, para que seus trabalhos sejam disponibilizados na forma de modelos abertos”. Lemos, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 82/83.

curto espaço de interlocução, uma teoria sobre o Software Livre, capaz de alimentar suas necessidades normativas ainda não satisfeitas. Entretanto, pretende-se, ao menos, operar a denúncia, e alinhar algumas hipóteses para futuro desenvolvimento.

4. HORIZONTES NORMATIVOS PARA O SOFTWARE LIVRE

Cediço da inquestionável importância do software livre na promoção dos valores constitucionais insertos na Carta Magna de 1988, bem como da precariedade do regime jurídico disponível, no Brasil, para tutelar as relações jurídicas envolvendo o Software Livre, parte-se, agora, na tentativa de alinhamento de alguns horizontes normativos possíveis, na forma de hipóteses, com o intuito de problematizar – e sem a pretensão de esgotar o assunto.

4.1 REGIME JURÍDICO (A)

A primeira hipótese é que o regime jurídico aplicável para o Software Livre possa vir, em parte, do Código de Defesa do Consumidor (CDC),⁵⁸ da Lei de Software (LS)⁵⁹ e/ou da Lei de Direitos Autorais (LDA),⁶⁰ e sua adequação a partir de uma interpretação sistemática e constitucional das mencionadas Leis, em cotejo, ainda, com as quatro liberdades obrigatórias de qualquer software livre.⁶¹

58 BRASIL. Lei 8.078, 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

59 BRASIL. Lei 9.609, 19 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

60 BRASIL. Lei 9.610, 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

61 Repisa-se as quatro liberdades essenciais: “- A liberdade de executar o programa como você desejar, para qualquer propósito (liberdade 0). - A liberdade de estudar como o programa funciona, e adaptá-lo às suas necessidades (liberdade 1). Para tanto, acesso ao código-fonte é um pré-requisito. - A liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar ao

De certa forma, trata-se da hipótese, hoje, vigente no sistema jurídico brasileiro, no qual o Software Livre ocupa uma posição híbrida entre a propriedade intelectual, a legislação extravagante e alguns instrumentos jurídicos alienígenas.

4.2 REGIME JURÍDICO (B)

Em se tratando da Licença Geral Pública GNU, são inaplicáveis as Leis mencionadas no Regime Jurídico (A), mas é aplicável o Código Civil (CC).⁶² Com efeito, essa segunda hipótese de Regime Jurídico é no sentido de que a Licença Geral Pública GNU pode ser classificada como sendo um contrato benéfico, atípico e unilateral, governado, por via de consequência, pelos requisitos do artigo 392 do Código Civil Brasileiro.⁶³

É *atípico*, pois não possui previsão expressa no texto do Código Civil. *Benéfico* e unilateral, pois, *a priori*, apenas uma das partes obtém benefício, o usuário.⁶⁴ Desta forma, salvo hipótese de culpa ou dolo, deve prevalecer a autonomia da vontade dos contratantes, sendo válidas as cláusulas de isenção de garantias e responsabilidade, bem como qualquer disposição contratual semelhante, desde que atendida a função social dos contratos, e obviamente, as quatro liberdades obrigatórias de qualquer software livre.

Essa posição, aliás, é defendida no estudo encabeçado por Joaquim

próximo (liberdade 2). - A liberdade de distribuir cópias de suas versões modificadas a outros (liberdade 3). Desta forma, você pode dar a toda comunidade a chance de beneficiar de suas mudanças. Para tanto, acesso ao código-fonte é um pré-requisito.” FREE Software Foundation. **A Definição de Software Livre.** Disponível em <<https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>. Acesso em 30 Set.2015.

62 BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

63 FALCÃO, Joaquim et al. **Estudo Sobre o Software Livre comissionado pelo instituto nacional da tecnologia da informação (ITI).** Escola de Direito FGV: Rio de Janeiro: 2005. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/estudo-sobre-o-software-livre>>. Acesso em 07 Out. 2015.

64 “Contrato benéfico é o negócio jurídico em que apenas uma das partes obtém uma vantagem. Como regra geral, o benefício deve ser um sacrifício.” GOMES, Orlando. **Contratos**, 20.a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000 p. 73.

Falcão, da Escola de Direito FVG,⁶⁵ e transparece representar uma lúcida opção para o enquadramento do Software Livre no Direito brasileiro, mantendo a integralidade das cláusulas e previsões de seu Contrato Público de Licenciamento alienígena (GNU GPL).

Entretanto, a solução em tela permanece carente de representar uma genuína opção à própria proteção conferida pela Propriedade Intelectual que, conforme demonstrado, dialoga mais com noção de software proprietário do que de Software Livre.

4.3 REGIME JURÍDICO (C)

Com efeito, a hipótese que se desvela mais adequada é no sentido de que a disponibilização de Software Livre não se encaixa nas relações jurídicas tradicionais,⁶⁶ razão pela qual são inaplicáveis as Leis mencionadas no Regime Jurídico (A) e (B), principalmente o Código de Defesa do Consumidor, em se tratando de distribuição de Software Livre.

Frise-se, neste sentido, que dadas algumas peculiaridades, *a priori*, os sujeitos desta relação são indeterminados, não podendo, desta forma, a disponibilização de Software Livre ser considerado um negócio jurídico bilateral, passível de ser trada pela tradicional teoria da relação jurídica.

Com efeito, trata-se - o Software Livre - de um projeto essencialmente colaborativo (em rede), em que cada usuário que estuda e implementa melhorias em sua versão do Software (Livre), passa a ser titular de Direitos Autorais de sua versão do programa de computador. E, dada a natureza

65 A propósito: FALCÃO, Joaquim et al. **Estudo Sobre o Software Livre comissionado pelo instituto nacional da tecnologia da informação (ITI)**. Escola de Direito FGV: Rio de Janeiro: 2005. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/estudo-sobre-o-software-livre>>. Acesso em 07 Out. 2015.

66 Neste sentido, os ensinamentos de Luiz Edson Fachin: “No sistema clássico, a primazia é colocar acima do que se verifica concretamente a previsão do modelo de relação jurídica. Para evitar que isso turbasse a compreensão da relação jurídica abstratamente considerada, o que interessa é um paradigma abstrato, que recolhe a realidade e faz com que a relevância jurídica dos dados se amoldem a essa ordem previamente estabelecida. É nisso que se visualizam os elementos básicos que integram a relação jurídica, o sujeito, o objeto, o fato jurídico constitutivo e, por último, a chamada garantia”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 92

do Software Livre, todas as suas versões retornam ao mercado igualmente livres, o que permite que este mesmo programa possa ser constantemente estudado, modificado e redistribuído por outros usuários.

Nesta corrente de “colaboração”, portanto, diluem-se as figuras jurídicas do licenciante e licenciado, fornecedor e consumidor, comprador e vendedor, etc., tornando, quiçá, impossível o enquadramento desta relação de “fornecimento/distribuição” e aquisição de Software Livre dentro de uma “relação jurídica” (tradicional) tutelável pelos institutos jurídicos tradicionais, como o Direito Autoral⁶⁷ e o Direito do Consumidor⁶⁸, *e.g.*

Destarte, essa hipótese de Regime Jurídico é no sentido de que o Direito precisa repensar suas próprias estruturas, a fim de garantir a tutela jurídica adequada nas relações envolvendo a distribuição e aquisição de Software Livre, no Brasil, não sendo aplicável, por via de consequência, as Leis mencionadas na hipótese de Regime Jurídico (A) e (B), principalmente o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, nesta hipótese de Regime Jurídico a sociedade em rede irá demandar um rompimento do Direito com o paradigma clássico de ciência, e um progressivo abandono de suas estruturas estáticas adeptos à jurisprudência dos conceitos e ao fetiche dos Códigos Oitocentistas. A adequação necessária, portanto, será na própria estrutura do Direito

67 A propósito: “Sua inovação é tão significativa que é considerado uma das raras circunstâncias em que as estruturas do Direito Autoral foram confrontadas a partir de uma perspectiva de transformação, oriunda da percepção das limitações inerentes ao regime tradicional quanto ao desenvolvimento do software”. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. UNISINOS. Tese. 09 Ago. 2006. p. 238. <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 04 Out. 2015.

68 A propósito: “A GNU GPL surge também como fenômeno econômico, em que os modos de produção e criação intelectual tornam-se incluídos e colaborativos. Não se trata de uma relação consumerista, em que existe um fornecedor e um consumidor, cada um com papéis jurídicos distintos. No software livre, as figuras do consumidor e do fornecedor são mescladas. O consumidor de hoje é potencialmente o fornecedor de amanhã.” FALCÃO, Joaquim et al. **Estudo Sobre o Software Livre comissionado pelo instituto nacional da tecnologia da informação (ITI)**. Escola de Direito FGV: Rio de Janeiro: 2005. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/estudo-sobre-o-software-livre>>. Acesso em 07 Out. 2015.

enquanto sistema.

5. EPÍLOGO – FECHAMENTO EM ABERTO

O presente estudo se propôs a investigar as transformações causadas pela “Sociedade em Rede” no direito, mormente aquele da propriedade intelectual, a fim de buscar o regime jurídico aplicável e adequado – à sociedade e à Constituição – para as atividades de desenvolvimento e disponibilização de software livre, no Brasil.

Conforme pode se constatar, inexiste no Brasil um instrumento jurídico próprio - ou ao menos de um regime jurídico adequado - para regulamentar as atividades de desenvolvimento e distribuição de Software Livre.

Em que pese o Software Livre representar um significativo mercado, além de um importante fator de desenvolvimento e geração de conhecimento livre e comum a toda sociedade - ao encontro, portanto, do programa político da Constituição brasileira de 1988 na promoção de um Estado Democrático com paradigma privilegiado na Pessoa Humana - a ausência de um instrumento jurídico próprio - ou ao menos de um regime jurídico adequado - para regulamentar as atividades de desenvolvimento e distribuição de Software Livre no Brasil pode causar enorme insegurança jurídica.

Cumprе repisar, que alguns aspectos da licença geral pública para o software livre poderiam ser considerados inválidos frente ao direito pátrio. As cláusulas de isenção de garantia e responsabilidade do desenvolvedor, consideradas válidas frente ao direito Norte Americano, de acordo o UCC §2-316, poderiam, sim, ser questionadas como cláusulas abusivas no Brasil, considerando que o consumidor goza de proteção constitucional, na condição de Direito Fundamental (Art. 5º, XXXII, da CRFB), e que o sistema infraconstitucional de Proteção ao Consumidor está embasado no princípio da vulnerabilidade.

No cenário pátrio, portanto, duas das principais disposições da licença geral pública para o Software Livre (*limitation of liability and*

disclaimer of warranties clauses) poderiam ser consideradas nulas, eis que disposições contratuais que visam a exonerar o fornecedor de dar as garantias legais ou excluir/limitar sua responsabilidade são consideradas cláusulas abusivas, segundo o artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor, seja com o reconhecimento da distribuição de software livre como uma relação de consumo, ou na categoria de equiparação (arts. 17 e 29, do CDC).

Destarte, cedição da inquestionável importância do software livre na promoção dos valores constitucionais insertos na Carta Magna de 1988, bem como da precariedade do regime jurídico brasileiro disponível para tutelar as relações jurídicas envolvendo o software livre, passa a ser um mister o alinhamento de alguns horizontes normativos possíveis para o Software Livre no Brasil.

Certamente, a criação de uma Lei específica adequada, instituindo um regime jurídico próprio para regulamentar o software livre no Brasil, atenuaria o problema que embasa esta investigação – de segurança jurídica. Não seria suficiente, entretanto.

Conforme demonstrado, nas relações envolvendo Software Livre, diluem-se as figuras jurídicas do licenciante e licenciado, fornecedor e consumidor, comprador e vendedor, etc., tornando, quiçá, impossível o enquadramento destas relações de “fornecimento/distribuição” e aquisição de software livre dentro de uma “relação jurídica” (tradicional) tutelável pelos institutos jurídicos tradicionais, como o Direito Autoral e o Direito do Consumidor.

A hipótese mais provável - já que não se tem a pretensão de esgotar o assunto, mas de encerrar em aberto -, portanto, de Regime Jurídico é no sentido de que o Direito precisa repensar suas próprias estruturas a fim de garantir a tutela jurídica adequada nas relações envolvendo a distribuição e aquisição de Software Livre no Brasil. A sociedade em rede demanda um rompimento do Direito com o paradigma clássico de ciência, e um progressivo abandono de suas estruturas estáticas adeptos à jurisprudência dos conceitos e ao fetiche dos Códigos Oitocentistas.

A adequação necessária, e o horizonte normativo adequado,

portanto, encontram-se na própria (ruptura da) estrutura do Direito enquanto sistema.

REFERÊNCIAS

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

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. UNISINOS. Tese. 09 Ago. 2006. p. 238. <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 04 Out. 2015.

ARONNE, Ricardo. **Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. **A proteção do software**, 2001, p. 3. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/77.DOC>>. Acesso em: 30 Set. 2015.

BRASIL **Licença Creative Commons GNU GPL [Brasil]**. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/Licencas/LicencaCcGplBr/view>>. Acesso em 27 de setembro de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 05 Out. 1988.

BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

BRASIL. Lei 8.078, 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <<http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

BRASIL. Lei 9.609, 19 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

BRASIL. Lei 9.610, 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 27 Ago. 2017.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade.** Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede - A era da informação: economia, sociedade e cultura v.1.** São Paulo. Paz e Terra, 2013

ESTADOS Unidos da América. **UCC - Uniform Commercial Code (UCC/2002)** §2º-316. Exclusion or Modification of Warranties. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-316>>. Acesso em 15 Nov. 2016.

ESTEVES, Maurício Brum. **Por uma análise genealógica dos princípios de direito internacional na propriedade industrial: a adequação do regramento internacional aos países em desenvolvimento.** Revista Novatio Iuris. v.6 n.1 (2014), p. 89-115, Fadergs, Porto Alegre, 2014.

ESTEVES, Maurício Brum. **Sistema, Complexidade e Vida Nua: Sobre as Impossibilidades de um Direito Disciplinar.** Artigo extraído de Monografia. PUCRS. 2010. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/mauricio_esteves.pdf> Acessado em 18 Nov. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FALCÃO, Joaquim et al. **Estudo Sobre o Software Livre comissionado pelo instituto nacional da tecnologia da informação (ITI)**. Escola de Direito FGV: Rio de Janeiro: 2005. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/estudo-sobre-o-software-livre>>. Acesso em 07 Out. 2015.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro. Edições Graal, 1979.

FREE Software Foundation. **A Definição de Software Livre**. Disponível em <<https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>. Acesso em 30 Set.2015.

FREE Software Foundation. **About**. Disponível em: <www.fsf.org>. Acesso em 27 Ago. 2017.

FREE Software Foundation. **What is GNU?**. Disponível em <<https://www.gnu.org/>>. Acesso em 30 Set. 2015.

FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do Direito**. 3 ed. ver. e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos**, 20.a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino**. 2ªed. São Leopoldo. Editora Unisinos, 1988.

LE MOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

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

LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. The Penguin Press: New York. 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: RT, 2002.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. – Porto Alegre: Sulina, - 3ª Edição, 2007.

PINHO, Márcio Sarroglia. **Programação C/C++**. PUCRS. Disponível em <<http://www.inf.pucrs.br/~pinho/Laprol/ConceitosBasicos/ConceitosBasicos.htm>>. Acesso em 30 Set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: um a teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ed. rev. atual. e apl.; 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STALLMAN, Richard. **What is Copyleft?** Disponível em <<http://www.gnu.org/copyleft/>>. Acesso em 30 Set. 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UNITED Nations. **E-Commerce and Development Report 2003, Chapter 4: Free and open-source software: Implications for ICT policy and development**. New York and Geneva, 2003, UNCTAD/SIDTE/ECB/2003/1. Disponível em <http://unctad.org/en/docs/ecdr2003ch4_en.pdf>. Acesso em 07 Out. 2015.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação

Título:

**OS SERVIÇOS DE
STREAMING E A
PROTEÇÃO DOS DIREITOS
AUTORAIS: UMA ANÁLISE
SOBRE A DIFERENCIAÇÃO
ENTRE EXECUÇÃO
PÚBLICA E DISTRIBUIÇÃO
A PARTIR DO RECENTE
POSICIONAMENTO DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

**Michele Camargo
e Isabel Gregori**



OS SERVIÇOS DE STREAMING E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS: UMA ANÁLISE SOBRE A DIFERENCIAÇÃO ENTRE EXECUÇÃO PÚBLICA E DISTRIBUIÇÃO A PARTIR DO RECENTE POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Autoras: Michele Camargo¹ e Isabel Gregori²

Instituição: Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)

Resumo: Considerando o atual contexto oportunizado pela sociedade da informação, onde as obras intelectuais são criadas e difundidas no meio digital com cada vez maior facilidade, o artigo se dedicou ao estudo sobre aspectos relativos aos serviços de streaming, desde seus traços característicos, suas modalidades, até o seu enquadramento enquanto distribuição ou execução pública. Por meio da utilização do método dedutivo, acompanhado da pesquisa bibliográfica e da análise jurisprudencial foi possível observar que a partir do recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, abriu-se um precedente para que o streaming seja entendido como execução pública, ensejador, portanto, de arrecadação por parte do ECAD, sendo que, somente o tempo será capaz de mostrar se o posicionamento do Superior Tribunal foi realmente acertada.

Palavras-chave: Streaming. Execução Pública. Distribuição.

1 Mestranda no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Sociedade Contemporânea, certificado pelo CNPQ. mi.segala00@gmail.com

2 Doutora em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Líder do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Sociedade Contemporânea, certificado pelo CNPQ. isabelcsdg@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O atual cenário vivenciado pela sociedade contemporânea tem ensejado a reformulação de antigas estruturas jurídicas que já não vêm conseguindo atender aos seus anseios e demandas emergentes. Tais mudanças repercutem sobretudo nas estruturas do Direito, que se depara com a notória impossibilidade de acompanhar o mesmo ritmo que as transformações sociais têm travado.

O Direito Autoral tem sido afetado sobremaneira pelas interferências causadas pelas novas tecnologias e pelas possibilidades oferecidas pelo espaço virtual para a criação e difusão da obras intelectuais. Com o enorme avanço dos aparatos tecnológicos e a desenfreada virtualização, isso em consequência do aprimoramento do acesso à Internet, as criações intelectuais têm assumido um novo espaço, deixando de se manter apenas no mundo físico para ganhar a notoriedade livre de fronteiras proporcionada pela rede.

Partindo desse contexto, o presente artigo pretende analisar um tema que tem sido alvo de profundos debates, não apenas no campo doutrinário, como também no âmbito do Poder Judiciário. Trata-se dos serviços de *streaming*, que atuam na transmissão tanto de sons como de imagens, e que têm se difundido no mercado da música.

Utilizando-se do método de abordagem dedutivo, acompanhado da pesquisa bibliográfica e da análise jurisprudencial, o artigo buscará se aprofundar sobre os traços característicos do *streaming* e o seu enquadramento enquanto distribuição de obra intelectual ou execução pública. Desta feita, pretende-se averiguar de que maneira o tema vem sendo enfrentado por parte da doutrina, bem como pelo Poder Judiciário, sendo que neste último caso se partirá da análise do recente posicionamento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. A FRAGILIDADE DOS DIREITOS AUTORAIS NO AMBIENTE DIGITAL

A proteção dos Direitos Intelectuais surgiu em um contexto absolutamente distinto do que se afigura contemporaneamente. Quando da elaboração das primeiras formulações normativas que vieram a enfrentar de maneira mais significativa a matéria jamais se cogitaria que esse ramo do Direito passaria por tamanha transformação.

No plano internacional, pode-se dizer que as primeiras diretrizes para regulação ampla dos direitos autorais adveio da Convenção de Berna, em 1886. Esta estabeleceu padrões mínimos de proteção dos direitos a serem concedidos aos autores de obras literárias, artísticas e científicas, servindo de base para a elaboração das legislações nacionais dos países que a ratificavam. (PARANAGUÁ, BRANCO, 2009, p. 17)

Já no plano interno, a primeira lei a tratar especificamente da proteção autoral foi a nº. 496, de 1898, também chamada de Lei Medeiros de Albuquerque, em homenagem ao seu autor. Essa lei, contudo, foi logo revogada pelo Código Civil de 1916, que passou a classificar os direitos de autor como bens móveis, fixando prazo prescricional para a ação civil por ofensa a esses direitos em cinco anos. Em 1973 entrou em vigor a Lei nº. 5.988, que vigorou até a aprovação pelo Congresso Nacional da atual Lei de Direitos Autorais, nº. 9.610, de 1998. (PARANAGUÁ, BRANCO, 2009, p. 18-19)

Conforme explica Dias (MARQUES, DA SILVA, 2012, p. 169), os institutos de proteção do Direito Autoral existentes no ordenamento jurídico foram criados entre os séculos XVIII e XX, num cenário em que, diferentemente do que se observa hodiernamente, era impossível se pensar na produção e distribuição de obras intelectuais sem a utilização de um intermediário detentor dos recursos necessários para tanto. Já no século atual, marcado pela popularização de instrumentos como microcomputadores, notebook, iPod, iPad, dentre outras tantas tecnologias, o acesso às ferramentas para criação e disponibilização de obras intelectuais - sejam elas literárias, musicais, fonográficas ou audiovisuais – está cada vez mais simples.

Nenhum dos diplomas que vieram regular a matéria dos direitos autorais considerou a influência que as novas tecnologias da informação

e comunicação proporcionariam sobre eles, nem mesmo a legislação em vigor, que silenciou quanto a proteção dos direitos autorais na esfera digital.

A instauração da rede mundial de computadores, acompanhada do advento da Internet representou fator crucial para a emergência de um remodelamento das normas regentes do direito autoral, porquanto permite que criadores levem suas obras diretamente a um público global, o que seria impossível anos atrás. Quando da “criação da nova Lei de Direitos Autorais, em 1998, não se podia imaginar que, em menos de dez anos, aquelas normas já estariam ultrapassadas e superadas pela revolução informática” (DIAS; MARQUES, DA SILVA, 2012, p. 169)

As novas tecnologias estimularam uma nova dinâmica, surpreendendo o ordenamento jurídico, que se vê despreparado para gerir a imensa gama de possibilidades por elas oportunizada. Imersa nesse contexto, a Propriedade Intelectual encontra-se no centro das atenções e das preocupações, enfrentando sérias dificuldades para encontrar respostas satisfatórias aos conflitos decorrentes da revolução da tecnologia da informação. (WACHOWICZ; WOLKMER, LEITE, 2012, p. 03)

Há muito já se discutia no ambiente acadêmico que o Direito não consegue evoluir na mesma velocidade em que a sociedade, estando sempre um passo atrás. A situação enfrentada pelo Direito Autoral parece ilustrar perfeitamente essa realidade. As normas que então compõem o ordenamento jurídico em vigor denunciam o seu descompasso com as novas demandas que exsurtem com a sociedade cada vez mais informatizada.

Os meios técnicos, cada vez mais elaborados e complexos, tornaram disponíveis formas de comunicação global que revolucionaram as possibilidades de utilização da obra. Essa sonhada sociedade de comunicação global seria a sociedade da informação, marcada pela interatividade e por um modelo de comunicação de todos com todos. Determinar o que se contém no rótulo tão vasto da sociedade da informação, contudo, não se mostra uma tarefa fácil. (ASCENSÃO, 2007, p. 681)

A sociedade informacional e o exponencial crescimento da tecnologia digital propiciaram o surgimento de um território virtual sem fronteiras denominado ciberespaço, no qual a informação, o conhecimento e os bens intelectuais são compartilhados livremente pela Internet. (WACHOWICZ; WOLKMER, LEITE, 2012, p. 03)

Para Ascensão (2001, p. 87), contudo, a sociedade da informação não consiste em um conceito técnico, mas sim uma espécie de *slogan*, sendo que entende mais adequado se utilizar da expressão sociedade da comunicação, uma vez que, ao seu ver, o que se pretende impulsionar é justamente a comunicação.

Fato é que as obras intelectuais sempre carregaram na sua essência um caráter eminentemente transcendental, vindo facilmente a ser influenciada pelas novas possibilidades advindas desse novo modelo de sociedade, seja informacional ou da comunicação. Os instrumentos técnicos e a tecnologia que passaram a se difundir nesse contexto, apenas facilitaram a efetivação de algo que já fazia parte da natureza da criação intelectual, tendente à difusão universal.

Na observação de Wachowicz (WOLKMER, LEITE, 2012, p.04), esse avanço extraordinário da sociedade informacional não se desenvolve dissociado da difusão e do acesso ao conhecimento. Para o autor, da mesma forma que a obra de arte é feita para estabelecer um diálogo entre o artista e seu público, a criação intelectual de um modo geral é resultante de um processo dinâmico, que envolve uma dupla dimensão, sendo privada, em razão do esforço realizado pelo autor na criação da obra, mas também pública, em decorrência do seu aspecto valorativo, que será maior à medida em que for integrada ao universo cultural coletivo.

Ocorre que a sociedade da informação, ao mesmo tempo em que impulsionou a difusão dos direitos autorais e a universalização da cultura e do conhecimento, também trouxe algumas inseguranças, sobretudo do ponto de vista normativo, uma vez que, como já observado, as normas então existentes no ordenamento jurídico não estavam efetivamente preparadas para abarcar a imensidão de possibilidades advindas desse novo processo.

O arcabouço jurídico existente é revelador de uma falta crescente de efetiva proteção dos bens intelectuais existentes na Internet. Por meio dela, obras intelectuais podem ser transmitidas, copiadas e até mesmo adulteradas sem qualquer controle do seu legítimo titular e das autoridades estatais. (WACHOWICZ; WOLKMER, LEITE, 2012, p. 03)

Em estudo atento às dificuldades que a sociedade da informação pode proporcionar à compreensão dos direitos autorais Ascensão (2001, p. 70-76) passa a abordar a posição das empresas de telecomunicação frente a esses direitos. Em que pese em um primeiro momento se posicione no sentido de que as atividades desempenhadas por essas empresas nada têm a ver com o direito de autor, em um segundo momento, após analisar as particularidades desencadeadas pela sociedade da informação, o autor passa a refletir melhor sobre a questão. Com efeito, conclui que, as empresas de telecomunicação não possam ser consideradas titulares, elas são verdadeiras utentes do direito de autor, na medida em que disponibilizam obras literárias ou artísticas.

Logo, quando se trabalha com a figura das empresas de telecomunicação e sua relação com os direitos de autor, essa se configura justamente no momento em que a empresa proporciona a disponibilização de uma obra intelectual, que poderá vir a ser desfrutada por um número indeterminado de pessoas.

Com as novas tecnologias da informação e comunicação, até mesmo as empresas de telecomunicação foram forçadas a se remodelar, oferecendo serviços inovadores e disponíveis no meio digital. Diante dessa reconfiguração, essas empresas têm aumentado ainda mais o seu potencial enquanto utentes de obras intelectuais.

Quando se reflete sobre o campo das obras musicais, é indiscutível as transformações que a Internet e as inovações advindas da sociedade informacional como um todo proporcionaram não apenas para a criação, mas também para os modos de difusão dessas obras, que acabaram se globalizando. Os suportes físicos em que as criações musicais eram acondicionadas, como discos, CDs, filmes, se tornam cada vez mais obsoletos.

Conforme atenta Valente (FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 301), mesmo com todas essas inovações, o direito autoral continua sendo arena de disputa sobre a qual se constroem modelos de negócio em música. Ocorre é que as fontes de remuneração autoral e as possibilidades de fruição da obra foram deslocadas, mas as disputas persistem.

Os antigos suportes de obras intelectuais musicais vêm sendo substituídos pelas plataformas de música digital, que, no Brasil, consistem basicamente em dois tipos de serviço: os downloads de música digital e os serviços de *streaming*. (VALENTE; FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 267) Esse último tem gerado profundas discussões, sobretudo no que tange aos impactos que exercem sobre a gestão dos direitos autorais. Por esse motivo, a próxima seção passará a abordar de maneira mais específica as características gerais e particularidades envolvidas por trás dos serviços de *streaming*.

2.1 UMA BREVE COMPREENSÃO SOBRE OS SERVIÇOS DE STREAMING E OS SEUS IMPACTOS NO DIREITO AUTORAL

Uma das inovações proporcionadas pela sociedade da informação foi o surgimento dos serviços de *streaming*, que até alguns poucos anos atrás eram absolutamente imprevisíveis, tendo se inserido no mercado muito recentemente.

Antes de adentrar nas especificidades do *streaming*, pertinente se faz uma diferenciação no tocante a duas formas de transmissão de uma obra musical na Internet, quais sejam, o modelo *webcasting*, que diz respeito à transmissão de programas da própria rede da internet, além da transmissão de programações via satélite, cabo, rádio ou televisão, sem que seja necessariamente simultânea; e o modelo *simulcasting*, que se refere à transmissão simultânea inalterada, vertida para a rede internet, originária das emissoras convencionais. (MORAES, 2016, p. 12)

O *streaming* ganhou força com a plataforma Pandora, que teve origem no sistema norte-americano em 2005, e atingiu seu ápice em 2011, com o lançamento do Spotify. (VIRTUOSO, 2016, p. 20)

De acordo com a conceituação desenhada por Valente (FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 267), o “*streaming* é uma tecnologia que consiste na distribuição *online* de dados, por meio de pacotes. Nesse caso, não há armazenamento de conteúdo por parte do destinatário dos dados, ou seja, este é reproduzido na medida em que o usuário o recebe.” Justamente nesse ponto é que acaba se diferenciando da figura do download.

Os downloads de música implicam no armazenamento do conteúdo, o que, em tese, não ocorre no *streaming*. Ao pagar para ter acesso ao *streaming* o usuário contrata um serviço, enquanto que o pagamento para realizar um download e obter um arquivo pode ser compreendido como a aquisição de um produto. (VALENTE; FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 267)

Os programas de *streaming* podem transmitir tanto sons como imagens, assim como ambos simultaneamente. De acordo com as explicações de Wachowicz e Virtuoso (2015), os programas de *streaming* funcionam de maneira semelhante às rádios online, atuando como executores online de playlists criadas pelos próprios usuários. Esses programas possuem um amplo número de canções dos mais diversos artistas.

De qualquer forma, os programas de streaming não podem ser confundidos com as rádios online. Os serviços de streaming podem ser divididos em duas modalidades: o streaming interativo (*on demand*) e o *streaming* não interativo. Este último corresponde ao modelo adotado pelas rádios online, que, usando essa tecnologia, não oferecem um produto conceitualmente diferente daquele apresentado pelas rádios em geral. Nesse modelo, o usuário simplesmente escuta a programação, tal como foi transmitida pelo programador (VALENTE; FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 267-268)

Por outro lado, os serviços de *streaming* interativo, comumente referidos como *webcasting* ou *on demand* proporcionam, como o próprio nome sugere, uma interação do usuário, que escolhe a obra intelectual que pretende ter acesso. Conforme explica Valente (FRANCISCO,

VALENTE, 2016, p. 268), a grande diferença entre essa modalidade e as rádios online é que no *streaming* interativo o acesso às músicas individuais é randômico e assíncrono, de modo que a transmissão de uma obra musical específica inicia-se e termina quando o usuário determina.

Essa diferenciação revela o caráter estático do *streaming* interativo, em contraponto ao formato contínuo de que se revestem as rádios online, que transmitem obras musicais de maneira aleatória, independentemente de um comando do usuário.

O YouTube consiste em um modelo de plataforma interativa de *streaming*. Uma vez que se baseia em vídeos e não somente em áudios, sua plataforma é compreendida como *sui generis*, tendo ainda a particularidade de, até o momento, ser disponibilizada ao público de maneira gratuita. (VALENTE; FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 274)

Além do modelo gratuito por excelência, existe ainda outra opção de *streaming* interativo, o qual se dá por meio de assinatura. Por meio dessa modalidade, disponibiliza-se uma plataforma de consumo de música por assinatura, de modo que há a comercialização de um produto que tem como objetivo possibilitar que o assinante escute a música que desejar, onde e quando o quiserem, de forma remota e ilimitada. (VALENTE; FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 282)

No Brasil, existem alguns grandes serviços de *streaming* operando desde o ano de 2013. Os mais populares são o Deezer, de origem francesa e o Spotify, de origem sueca. Além destes, é possível destacar outros serviços que estão oferecendo *streaming* interativo, como o Vivo Música, da Napster, o Google Play Music, o Apple Music, dentre outros que surgem no mercado a todo momento. (VALENTE; FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 279-280)

O Spotify fornece serviços de *streaming* que, por sua vez, oferecem uma seleção de músicas e outros conteúdos. Alguns desses podem ser acessados por meio de uma conta gratuita, enquanto outros demandam a contratação de um pacote. A modalidade gratuita se mostra bastante limitada, impedindo uma série de ações ao usuário, além de oferecer um layout prejudicado por propagandas. (WACHOWICZ, VIRTUOSO,

2015)

Os serviços de *streaming* se apresentam como um novo intermediário na indústria da música. Sua atuação acaba interrompendo a linha de ação de outros intermediários que até pouco tempo atrás eram tidos como indispensáveis. Com efeito, conforme explica Valente (FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 282), a plataforma de *streaming* é tida como a tecnologia (que antes era representada pelo CD), ao mesmo tempo em que faz as vezes de loja, já que o usuário não precisa mais se dirigir a um estabelecimento físico para ter acesso às criações intelectuais, basta acessar a plataforma.

Se por um lado os serviços de streaming podem representar uma facilitação no acesso e no gerenciamento das obras intelectuais, por outro lado ainda existem muitos pontos controvertidos sobre a atuação das plataformas que prestam esse serviço. Da mesma forma, ainda não existe um consenso por parte da doutrina jurídica brasileira sobre a natureza da exploração da música digital, embora exista um primeiro entendimento de que serviços como o download e o *streaming* configuram uma distribuição. (VALENTE; FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 313)

Diante desses impasses, o sistema de proteção dos direitos autorais acaba se mostrando frágil, sendo inúmeras as dúvidas quanto aos impactos que os serviços de *streaming* exercem sobre o direito autoral, bem como quanto às possibilidades de arrecadação dos direitos decorrentes da fruição desses serviços.

A principal dúvida paira em relação ao enquadramento dos serviços de *streaming* como distribuição de obra intelectual ou execução pública. Visando compreender melhor essa controvérsia, o segundo capítulo fará uma análise sobre as diferenças entre execução e distribuição, no intuito de verificar em qual das hipóteses o serviços de streaming se adequa.

3. STREAMING E GESTÃO COLETIVA: DISTRIBUIÇÃO OU EXECUÇÃO PÚBLICA?

Na medida em que se avalia os impactos que os programas de *streaming* exercem sobre o Direito Autoral, uma questão que vem à tona diz respeito ao seu enquadramento na categoria de distribuição ou execução pública. Essa questão, que para alguns aparentava ser facilmente resolvida, tem sido bastante tormentosa, dividindo opiniões.

Contemplando o que dispõe a Lei de Direitos Autorais, nº. 9.610, de 1998, é possível verificar as distinções técnicas entre os conceitos de distribuição e execução pública. A primeira vem prevista no artigo 5º, inciso IV, que a conceitua como a disponibilização ao público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma que implique na transferência de posse ou propriedade. (BRASIL, 1998)

De outra parte, a execução pública vem conceituada no capítulo que trata da comunicação ao público, sendo compreendida, conforme dispõe o artigo 68, como a utilização de composições musicais ou litero-musicais, mediante a participação de artistas, que podem ser remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, desde que se trate de local de frequência coletiva. Essa utilização pode se dar por quaisquer processos, inclusive por meio da radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade. (BRASIL, 1998)

Como se depreende, para que haja uma execução pública, é preciso que a comunicação que se pratica ocorra em local de frequência coletiva. Desse modo, imprescindível se faz a compreensão sobre os locais que podem ser compreendidos como tal para que se perfectibilize uma execução. Antevendo a necessidade de tal definição, a Lei 9.610 já a contemplou em seu texto. Com efeito, o parágrafo terceiro do artigo 68 busca fazer esse esclarecimento, mencionando um amplo rol de locais que podem ser considerados de frequência coletiva, como teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes, hotéis, meios de transporte, assim como todo e qualquer local onde se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas. (BRASIL, 1998)

Da análise do respectivo dispositivo resta evidente a tamanha

abrangência do conceito de frequência coletiva, que abarca infindáveis possibilidades. Na percepção de Barbosa (2017, s.p.), isso denuncia o caráter extremamente protetivo da Lei de Direitos Autorais em relação aos titulares dos direitos que preconiza, na medida em que estabelece presunções, inclusive contrárias à lógica, do que seria considerado local de frequência coletiva, chegando a cometer a ironia de abarcar dentre essas ambientes tão íntimos quanto um quarto de motel.

Atentando para as diferenciações entre distribuição e execução pública, tem-se que, enquanto a primeira está sempre atrelada a uma ideia de posse do conteúdo de uma obra intelectual, a última, por outro lado, pressupõe apenas a comunicação de uma obra ao público, a qual deve ocorrer em algum local que seja compreendido como de frequência coletiva – por mais ambíguo que esse conceito aparente ser.

No caso da execução pública, a Lei 9.610 trouxe expressamente a previsão de um ente arrecadador que será encarregado da cobrança e distribuição dos direitos autorais relativos à execução pública da respectiva obra. Assim, prevê o artigo 99 que a arrecadação e distribuição desses direitos será feita por meio de associações de gestão coletiva, criadas justamente visando a essa finalidade, sendo que tais entidades deverão unificar a cobrança em um único escritório central, que terá personalidade jurídica própria. (BRASIL, 1998)

Da unificação dessas entidades foi que resultou o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, instituição privada, sem fins lucrativos, criada com o principal objetivo de centralizar a arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública musical.

Na visão de Wachowicz e Virtuoso (2015), a gestão coletiva pode ser vista como uma forma de viabilizar e facilitar o exercício dos direitos autorais reconhecidos tanto nas Convenções Internacionais como no ordenamento jurídico interno, diante da impossibilidade de realização de uma gestão individual a ser praticada pelos próprios titulares de direitos.

Essa dificuldade de administração da arrecadação dos direitos autorais pelo próprio autor da obra colocada em execução pública acaba fazendo com que a associação às entidades de gestão coletiva se apresente

como uma imposição, quando, na teoria, deveria consistir em uma mera faculdade. Esse aspecto é o que embasa uma série de críticas à gestão coletiva. Dentro dessa perspectiva, conforme adverte Ascensão (2013, p. 151), quando se trata de obras musicais, o que se observa é a ocorrência de uma gestão coletiva forçosa, na medida em que, embora o autor ou outros titulares de direitos autorais não estejam obrigados a recorrer a uma entidade de gestão coletiva, na prática, essa se mostra a única alternativa viável para a eficaz exploração dos seus direitos.

Nesse sentido, ao se referir à gestão coletiva, Ascensão (2007, p. 621) comenta sobre a distorção que essa gestão ocasiona ao direito de autor, atentando para o fato de que nem sempre elas representam verdadeiramente os interesses dos titulares do direito. Esse fator que engloba os interesses que movem a atividade da gestão coletiva e da arrecadação de direitos foi justamente o que levou a uma recente alteração na legislação. No ano de 2013 entrou em vigor a Lei nº. 12.853, que veio trazer novas disposições sobre a gestão coletiva de direitos autorais.

Conforme explica Wachowicz (SIMÃO, BELTRÃO, 2015, p. 03), ao mesmo tempo em que manteve o ECAD como órgão centralizador da arrecadação e distribuição das cobranças realizadas pela execução pública das obras musicais, a Lei 12.853 veio modernizar o sistema de gestão coletiva, objetivando garantir maior transparência, eficiência e fiscalização efetiva por parte dos titulares dos direitos e da própria sociedade.

Com efeito, além de estabelecer critérios objetivos para a atividade de arrecadação a ser desempenhada pelo ECAD, a nova lei de gestão coletiva ainda inovou ao trazer a possibilidade de o respectivo órgão centralizador sofrer a fiscalização do Ministério da Cultura. (BRASIL, 2013)

A atuação do ECAD sempre foi muito criticada, mesmo após a superveniência das recentes modificações. Nas últimas décadas essa atuação vem sofrendo ainda mais críticas, sobretudo diante da modernização dos meios de criação e difusão das obras intelectuais. Conforme atenta Gonçalves (2017, s.p.) a subordinação desses novos modos de difusão de música a um modelo de gestão pensado para uma época analógica se

mostra até mesmo anacrônico.

Recentemente instaurou-se uma polêmica no que diz respeito à possibilidade de cobrança de direitos autorais por parte do ECAD das empresas que oferecem serviços de *streaming*. Tal impasse decorre justamente da controvérsia sobre a configuração desses serviços como distribuição ou como execução pública, uma vez que inexistente regulamentação tratando sobre o assunto.

Em tese, toda a vez que uma música é colocada para tocar em um espaço que não seja o privado, os detentores dos direitos autorais sobre ela têm a prerrogativa de receber uma contraprestação pecuniária, direito este ao qual podem optar por abrir mão por meio de licenças públicas gerais. (VALENTE; FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 110)

Os únicos casos em que não seria necessário o pagamento de uma contraprestação a título de direitos autorais seria quando uma obra é usufruída na esfera privada, no recesso familiar, ou em estabelecimento de ensino, desde que para fins exclusivamente didáticos e sem o intuito de lucro. Essas possibilidades decorrem das limitações expressas previstas na Lei de Direitos Autorais. (BRASIL, 1.998)

Em quaisquer outras situações, inclusive em festas de formatura, casamento, ocorre a cobrança do valor corresponde à execução pública musical. A arrecadação dos respectivos valores é realizada, como visto, pelo ECAD.

O caso do *streaming* se mostra de difícil resolução, na medida em que, ao mesmo passo em que não se encontra abarcado pelo rol de limitações aos direitos de autor, também não parece enquadrar-se de maneira inequívoca nem na hipótese de distribuição nem na de execução. A dificuldade de se adotar uma posição a esse respeito inclusive levou o Ministério da Cultura a disponibilizar para Consulta Pública Instrução Normativa que estabelece previsões específicas para a atividade e cobrança de direitos autorais no ambiente digital por associações de gestão coletiva e pelo ente arrecadador. (BRASIL, 2016)

A iniciativa do Ministério da Cultura propiciou um veículo de

debate para se discutir os pontos positivos e negativos do enquadramento do *streaming* enquanto execução pública, passível, portanto de arrecadação por parte do ECAD. Merece destaque a opinião exarada pela Oi em relação à referida instrução. Para a empresa, não deveria haver diferenciação do tratamento dos direitos autorais, quer se trate de obras utilizadas dentro ou fora do ambiente digital. Nesse sentido, atentou para o fato de que os direitos de reprodução, armazenamento e distribuição de oferta de obras já estariam licenciados pelos autores e sua utilização no ambiente digital não caracterizaria um novo direito. (BRASIL, 2016)

Na mesma linha de defesa, a Napster se manifestou no sentido de que o Ministério da Cultura acaba realizando distinções e qualificações que a própria lei não o fez, atuando *contra legem* ao interpretar o conceito de direito de execução pública de forma a estendê-lo aos atos de *streaming* interativo, ignorando o conceito jurídico de distribuição eletrônica também previsto na Lei de Direitos Autorais. Para a empresa, o enquadramento dos atos de *streaming* como um direito sujeito à gestão coletiva do ECAD só seria possível se fosse adotado mediante expressa modificação legal.

Refletindo sobre essas questões, explica Valente (FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 250) que “a gestão coletiva tradicional ainda caminha pra entender o cenário que começa a ser desenhado no horizonte.” Diante da lacuna legislativa, coube ao Poder Judiciário desenhar uma possível solução.

3.1 UMA ANÁLISE SOBRE O ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após tenso debates a respeito da possibilidade de arrecadação por parte do ECAD dos direitos decorrentes do *streaming*, finalmente o tema parece ter recebido um ponto final (ou ao menos um ponto e vírgula) nas dependências do Poder Judiciário.

Em fevereiro do corrente ano de 2017, o Superior Tribunal de Justiça proferiu Acórdão, dando provimento ao Recurso Especial nº

1.559.264 – RJ. A partir desse ato decisório, abriu-se precedente para o enquadramento do *streaming* enquanto execução pública, autorizando-se o ECAD a realizar as respectivas arrecadações referentes à execução de obras musicais no meio digital. (BRASIL, 2017)

A demanda originou-se a partir do ajuizamento de uma ação de cumprimento de preceito legal intentada pelo ECAD para fins de obter, em sede de liminar, a imediata suspensão da execução de obras musicais, líteromusicais e fonogramas por parte da Oi, enquanto a mesma não providenciasse a prévia e expressa autorização do autor. Para embasar seu pleito, sustentou que a demandada permitia a reprodução da rádio Oi FM por meio do seu site na internet, nas modalidades simulcasting e *streaming*, alegando se tratar de execução pública de obras musicais, sendo devidos direitos autorais ao ECAD.

O pedido foi julgado improcedente pelo juízo de primeiro grau, que entendeu que as modalidades de simulcasting e *streaming* não faziam nada além de reproduzir a programação da rádio Oi via computador, sendo que a mesma já pagava direitos autorais pela sua programação, de modo que uma nova cobrança por conta da reprodução *on line* acarretaria em um bis in idem.

Não satisfeito com a resposta recebida em primeiro grau, o ECAD apelou ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, parcial provimento. Na oportunidade, o Tribunal reconheceu ser devido o pagamento pela Oi da taxa pela execução pública de obras musicais na modalidade webcasting. Por sua vez, a Oi interpôs embargos infringentes, os quais foram, por maioria, providos, prevalecendo o voto vencido, que julgava totalmente improcedente a demanda.

Ao seu turno, o ECAD interpôs recurso especial, que foi à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, ensejando a decisão em comento. Ao proferir o seu voto, o Ministro Relator, Ricardo Villas Bôas Cueva, considerou a internet enquanto um local de frequência coletiva, enquadrando o *streaming* interativo como modalidade da execução pública, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas a partir da sua transmissão.

Insta observar que, durante a fundamentação do seu voto, o Ministro Relator em nenhum momento se respaldou na doutrina pátria. Esse detalhe é percebido por Barbosa (2017, s.p.), que exara seu estranhamento, ressaltando que, em que pese a matéria consista em novidade no âmbito dos Tribunais Superiores, ela já vem sendo amplamente debatida pela doutrina nacional, a qual poderia ter sido consultada, dando maior embasamento ao entendimento firmado.

O Recurso Especial foi provido pela maioria de oito votos que se sobrepuseram a um vencido. O voto dissidente foi o do Ministro Marco Aurélio, que trouxe preciosas contribuições, a começar pelo seu olhar sobre o meio virtual como um meio não homogêneo, o que o levou a concluir que não seria a mera existência de determinado dado no mundo virtual que lhe asseguraria sua publicidade. Para o Ministro, o serviço de disponibilização ao público, via webcasting, de obras transmitidas originariamente por meio de radiodifusão configura um novo serviço, autônomo e distinto da execução pública. Não obstante, reconheceu que, no caso em tela, o pagamento da retribuição pretendida pelo ECAD configuraria uma duplicidade, uma vez que a Oi FM já pagava a contraprestação pela comunicação ao público por execução.

Na visão de Barbosa (2017, s.p.) o voto minoritário apresenta-se de maneira mais prudente, ao passo em que evita a hermenêutica extensiva de regra que estabelece uma presunção racionalmente questionável. Para o autor, não se deve negar a dificuldade de se aferir eventual vilipêndio aos direitos autorais na internet, mas tampouco se pode presumir que qualquer ato na rede perpassaria por fatos geradores arrecadatórios.

4. CONCLUSÃO

A realização da presente pesquisa permitiu a compreensão sobre o efeito transformador que o advento da sociedade da informação exerceu e ainda vem exercendo sobre o campo do Direito Autoral. Da mesma forma que se identifica os aspectos positivos que a Internet e as novas tecnologias da informação e comunicação proporcionam à criação e à

difusão das obras intelectuais, também se constata, de outro lado, uma certa fragilidade na tutela dos direitos autorais, diante da inadequação da atual legislação autoral.

Os serviços de *streaming* surgem nesse contexto como uma decorrência lógica das possibilidades viabilizadas pela sociedade informacional. Ao mesmo passo em que podem ser vistos como uma facilitação na disponibilização e no acesso às obras musicais, também é alvo de desconfiança quanto ao resguardo dos direitos dos titulares das respectivas obras intelectuais que transmitem.

Atentando justamente para a proteção dos direitos dos autores e titulares de direitos autorais é que se instaurou um forte debate quanto à possibilidade de arrecadação por parte do ECAD de uma contraprestação por conta da transmissão das obras musicais por meio de plataformas de *streaming*. Como visto, a controvérsia pairou mais precisamente no que tange ao enquadramento do *streaming* enquanto distribuição de obra musical ou execução pública.

Diante da pesquisa realizada foi possível verificar que a doutrina, de um modo geral, sempre se mostrou extremamente cautelosa ao tratar do tema. Em que pese não tenha chegado a um consenso, este veio por parte do Superior Tribunal de Justiça. Na realidade, não se pode afirmar que houve um consenso, até mesmo porque o julgamento do Recurso Especial nº 1.559.264 – RJ contou com um voto dissidente.

De qualquer forma, a partir da prolação do respectivo acórdão, por meio do qual se incorreu em uma generalização daquilo que se compreende como local de frequência coletiva, abarcando a Internet como um todo nesse conglomerado, o STJ abriu um precedente para que o *streaming* seja entendido como execução pública, ensejador, portanto, de arrecadação por parte do ECAD.

Por mais controversa que a respectiva decisão possa aparentar ser, fato é que, diante do silêncio da lei quanto à gestão das obras musicais transmitidas no meio digital, serão elas suscetíveis de arrecadação pelo órgão centralizador, sendo que somente o tempo será capaz de mostrar se

o posicionamento do Superior Tribunal foi realmente acertada.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. Ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**, Coimbra, 2013, vol. 1.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **O STJ e o streaming**. maio 2017. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/o-stj-e-o-streaming-07052017>> Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 01 set. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº. 12.853, de 14 de agosto de 2013. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm> Acesso em: 01 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Cultura. Outras Contribuições Recebidas fora da Plataforma, 2016. Disponível em: <<http://culturadigital.br/gcdigital/outras-contribuicoes-recebidas-fora-da-plataforma/>> Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Recurso Especial nº 1.559.264 – RJ. Recorrente: Escritório Central

Arrecadação e Distribuição – ECAD. Recorrido: Oi Móvel S.A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518691&num_registro=201302654647&data=20170215&formato=PDF> Acesso em: 21 set. 2017.

DIAS, Thales Lordão. A proteção dos direitos autorais na internet. In: MARQUES, Jader; DA SILVA, Maurício Faria. **O Direito na era digital**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira; VALENTE, Mariana Giorgetti. (Orgs.). **Da rádio ao streaming**: ECAD, direito autoral e música no Brasil. 1. ed. - Rio de Janeiro : Beco do Azougue, 2016.

GONÇALVES, Lukas Ruthes. **As incongruências do ECAD na era digital**: as origens da entidade e sua utilidade nos tempos modernos. Boletim GEDAI, 2017. Disponível em: < <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/boletins/boletim-gedai-junho-2017/incongru%C3%Aancias-do-ecad-na-era-digital-origens-da-entidade-e-sua>> Acesso em: 21 set. 2017.

MORAES, Thiago Guimarães. **Atores Regulatórios do Streaming e o Sistema de Direitos Autorais Brasileiro**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, DF, 2016. Disponível em: < http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16026/1/2016_ThiagoGuimaraesMoraes_tcc.pdf> Acesso em: 20 set. 2017.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. **O streaming como execução pública e a gestão coletiva de Direitos Autorais no Brasil**. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: < http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/o_streaming_como_execucao_publica_e_a_gestao_coletiva_de_direitos_autorais_no_brasil.pdf> Acesso em: 21 set. 2017.

WACHOWICZ, Marcos; VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. **Streaming:** a nova era da música e da gestão coletiva de direitos autorais. Boletim GEDAI, 2015. Disponível em: < <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/boletins/boletim-gedai-junho-2015/streaming-nova-era-da-m%C3%BAsica-e-da-gest%C3%A3o-coletiva-de-direitos>> Acesso em 21 set. 2017

WACHOWICZ, Marcos. A gestão coletiva de direitos autorais da obra musical: titularidade originária, supervisão pública e transparência. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Sílvia Romero. (Coords.). **Direito Civil:** Estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. Atlas: São Paulo, 2015.

WACHOWICZ, Marcos. O “Novo” Direito Autoral na Sociedade Informacional. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” Direitos no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2012.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação

Título:

**DIREITOS AUTORAIS
E AMBIENTE DIGITAL:
INTERLOCUÇÕES ENTRE
PÚBLICO E PRIVADO**

**Nayara F. Macedo De Medeiros
Albrecht**



DIREITOS AUTORAIS E AMBIENTE DIGITAL: INTERLOCUÇÕES ENTRE PÚBLICO E PRIVADO

Autora: Nayara F. Macedo De Medeiros Albrecht

Instituição: Universidade de Brasília (UnB)

Resumo: Os direitos autorais são direitos de natureza privada, porém, envolvem questões públicas, visto que, como direitos de propriedade intelectual, incidem sobre o acesso a diversos tipos de bens intelectuais. A expansão da Internet e a evolução das tecnologias digitais trouxeram novos desafios aos direitos autorais, pois mudaram a forma com a qual bens intelectuais são produzidos e distribuídos. Ao passo que o surgimento de diferentes serviços propiciou acesso mais rápido e cômodo a conteúdos protegidos, a Internet ainda ampliou as oportunidades de contribuições coletivas por parte de indivíduos que antes eram vistos meramente como usuários. O objetivo do artigo é discutir os limites e os problemas que se impõem ao campo dos direitos autorais no que tange ao contexto da Internet e dos avanços recentes da tecnologia. Nesse sentido, pretende-se discutir como os instrumentos jurídicos vigentes lidam com questões relacionadas à proteção dos direitos autorais no ambiente digital. Isso é feito por meio da exposição de soluções adotadas a nível internacional e a nível local referente a dois territórios específicos: os Estados Unidos e a União Europeia. Tais soluções são comparadas ao caso brasileiro, que carece de legislação específica além dos dispositivos previstos na Lei de Direitos Autorais e no Marco Civil da Internet. As dificuldades dos documentos adotados em lidar com a realidade relativa ao ambiente digital mostram que o campo dos direitos autorais possui natureza interdisciplinar e que as fronteiras entre direito público e direito privado não são tão nítidas quanto a doutrina liberal tradicionalmente previa.

Palavras-chave: Direitos autorais. Digital. Ramos do Direito.

1. INTRODUÇÃO

A distinção entre “direito público” e “direito privado” originou-se no contexto romano, no qual o poder se dividia em dois campos, a esfera pública e a esfera privada (Marquesi, 2005). Dessa forma, a divisão entre os dois conhecidos ramos do direito se ampara na distinção apriorística entre as concepções do que é “público”, e, portanto, envolve o Estado, e o que é inerentemente “privado”. O direito autoral consiste em um campo multidisciplinar que, além de envolver diferentes áreas do conhecimento (política, economia e antropologia, apenas para citar alguns exemplos), ressalta a falta de nitidez das fronteiras entre direito público e privado. A evolução da tecnologia reforça ainda mais a fluidez dessas fronteiras.

Os direitos autorais¹, no âmbito da propriedade intelectual, consistem em direitos privados e, portanto, a remuneração provém de um acordo entre as partes, sem intervenção do Estado. No entanto, são direitos que incidem sobre garantias fundamentais de natureza coletiva, uma vez que afetam o acesso a bens intelectuais, tais como livros, filmes e artigos científicos, e, conseqüentemente, possuem impacto direto no acesso à informação e ao conhecimento. Não por acaso, algumas teorias de propriedade intelectual justificam a concessão de tais direitos exclusivos com base no bem-estar da população como um todo. De acordo as perspectivas utilitaristas, os direitos autorais seriam vistos como formas de prover incentivos para que os agentes produzissem mais bens culturais (Fisher, 2001).

Os direitos autorais se caracterizam por uma condição de monopólio: aos autores e titulares cabem direitos exclusivos sobre a utilização de suas obras ou fonogramas. A expansão das novas tecnologias revolucionou o campo dos direitos autorais porque modificou substancialmente a forma com a qual bens intelectuais são produzidos, distribuídos (Fisher, 2004) e, sobretudo, controlados. O novo contexto propiciado pelo ambiente digital trouxe uma série de desafios à aplicação dos direitos autorais, uma

1 Utilizo a expressão para me referir a direitos de autor e conexos, conforme artigo 1º da Lei n. 9.610, de 1998 (Lei de Direitos Autorais, doravante LDA).

vez que a difusão das obras se tornou mais fácil e rápida. As legislações nacionais sobre direitos autorais, as quais foram desenvolvidas com base no funcionamento do mundo analógico, careciam de aparatos adequados para lidar com o novo contexto.

A Internet rompe com princípios basilares dos direitos autorais, como a territorialidade, pois permite novas formas de interação social que vão além das fronteiras físicas dos países. A utilização de obras intelectuais em formato físico se caracteriza por maiores possibilidades de controle por parte do titular. Por outro lado, o ambiente digital permite a distribuição massiva de obras intelectuais e a participação de usuários na transformação dos conteúdos compartilhados. Ao passo que o direito autoral se baseia na definição de autores e titulares, o processo de criação na Internet é mais fluido e nem sempre é possível identificar autores específicos. Sobretudo, restam dúvidas acerca do enquadramento jurídico dos novos usos propiciados pelo ambiente digital, como aqueles decorrentes do download ou do streaming, tendo em vista que os direitos tradicionais – reprodução, distribuição, comunicação ao público – foram desenvolvidos no contexto do mundo analógico.

Os entraves dos instrumentos jurídicos ao lidar com o ambiente digital ensejaram a discussão da temática na Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Em 1996, dois acordos foram concluídos no âmbito da OMPI: o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (WCT) e o Tratado da OMPI sobre as Representações ou Execuções e sobre os Fonogramas (WPPT). Ambos os tratados tinham como objetivo lidar com o novo contexto imposto pelas inovações tecnológicas, principalmente a disseminação de obras por meio da Internet (OMPI, 2002). Não por acaso, os dois acordos são chamados de “Tratados da Internet” (*Internet treaties*). Entretanto, a situação geral mudou bastante desde a aprovação desses documentos.

Por um lado, pode-se afirmar que o consumo de bens intelectuais alavancou. Por outro, os titulares passaram a reclamar cada vez mais da falta de remuneração dos serviços lícitos. Assim, a preocupação deixa de ser somente a pirataria e passa a abranger os usos autorizados.

Ademais, as discussões sobre direitos autorais e Internet abrangem outros temas interdisciplinares que afetam a vida dos usuários finais, como privacidade e proteção de dados pessoais. Dessa forma, pode-se dizer que a Internet rompe com a fronteira entre o público e o privado e abrange simultaneamente os dois ramos do direito. A regulação dos direitos autorais envolve tanto a relação entre indivíduos quanto a relação entre eles e o Estado, tendo em vista que compreende políticas pertencentes ao escopo de atuação do Estado e que possuem relação estreita com o interesse público (políticas de incentivos à cultura, de diversidade cultural, medidas voltadas à educação, entre outras).

A Internet contribui ainda mais para a diluição dessas fronteiras, uma vez que, ao promover um acesso massivo mais cômodo e rápido, destaca a dimensão pública das relações privadas. Além disso, a Internet coloca em evidência assuntos que pertencem ao campo público e privado, como a própria questão da cyber-vigilância, que envolve temas como privacidade e proteção de dados pessoais.

O objetivo deste artigo é expor os principais desafios que a Internet impõe ao campo dos direitos autorais em uma perspectiva multidisciplinar que considera a discussão sobre a distinção entre os conceitos de “público” e de “privado”, principalmente no âmbito político-jurídico. Tais desafios são analisados em quatro cenários normativos: o cenário internacional, a União Europeia, os Estados Unidos e o Brasil, mediante revisão bibliográfica e documental. Estados Unidos e União Europeia (com foco na Europa continental) foram escolhidos por representar duas diferentes tradições jurídicas no campo do direito autoral: o “*copyright*”, relacionado ao “*common law*”, e o “*droit d’auteur*”, relacionado à tradição civil do direito.

A primeira seção do artigo visa discutir o amparo filosófico da separação entre os ramos do direito, sobretudo no que concerne à filosofia liberal e às discussões da teoria política sobre Estado Moderno. As seções subsequentes analisam os instrumentos normativos adotados até o momento, a nível internacional e nacional, e destaca novos desafios que não são adereçados por esses documentos. A finalidade é identificar

as lacunas nos instrumentos jurídicos e analisar como os desafios têm sido enfrentados. A análise considera a relação desses desafios com a distinção conceitual entre “público” e “privado”, considerando o campo do direito autoral.

O argumento principal é que a Internet reforça o aspecto interdisciplinar dos direitos autorais e contribui para ressaltar um aspecto inerente ao campo antes mesmo do surgimento das novas tecnologias: a diluição das fronteiras entre o que é considerado “público” e o que é considerado “privado”, em uma crítica direta à doutrina liberal. Nesse sentido, a Internet reforça a já existente intersecção dos direitos autorais com outros direitos fundamentais, como liberdade de expressão, acesso à informação e privacidade, uma vez que dilui as fronteiras entre criador, usuário e o “espaço público”.

2. A DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

A distinção entre direito público e direito privado remonta ao direito romano, no qual o “público” era associado ao Estado e o “privado” dizia respeito aos interesses dos particulares. No sistema romano, havia uma clara distinção entre o domínio privado, caracterizado pela vida doméstica, e a esfera pública, no qual impera a ideia de liberdade. O direito público, nesse contexto, correspondia ao direito da “*pólis*”, que se sobrepunha aos direitos privados (Marquesi, 2005), em consonância à própria definição de “república”².

A distinção entre “público” e “privado” também encontra respaldo na teoria política moderna, embora com diferentes nuances. Como esclarece Pateman (1993), o direito político surge, na teoria contratualista, como fruto da separação entre o natural e o “civil”, em que o “civil” (de “sociedade civil”) passa a corresponder ao público. As teorias do contrato social discutiam justificativas relacionadas ao aparecimento do Estado Moderno, fenômeno político típico do continente europeu e que data do

2 Do latim *res publica*, “a coisa pública”, o que ressalta a valorização da vida pública.

fim do feudalismo

Na perspectiva do contrato social, o Estado é visto como o resultado da cessão, pelos indivíduos, de suas liberdades em prol do estabelecimento de um aparato que possa garantir a ordem (cf. Bresser-Pereira, 1995). A passagem do estado de natureza para o Estado civil representa a passagem de um estado não-jurídico para um estado jurídico (Bobbio, 1995). A fronteira entre os ramos do direito, porém, não era tão visível na práxis da política moderna, tendo em vista que o Estado absolutista detinha plenos poderes, inclusive de interferência arbitrária. A dicotomia ressurgiu com a Revolução Francesa e as lutas contra o absolutismo, momento no qual a classe burguesa retomou a distinção como forma de defesa da esfera privada. O Direito Privado passa a orbitar na trindade “contratos”, “família” e “propriedade” (cf. Marquesi, 2005).

A retomada da distinção entre direito público e direito privado se relaciona ao predomínio da vertente filosófica (e ideológica) que chamamos de liberalismo. O problema central da tradição liberal era a contenção de poder, de modo a evitar os abusos do poder público (cf. Reis, 2010). Nesse sentido, a delimitação de um domínio privado e de um campo público denota a preocupação com a defesa da esfera privada, sobretudo do direito à propriedade privada. Tomando como base um dos pais do liberalismo – o filósofo John Locke – o Estado era visto como um “mal necessário” para proteger a propriedade privada dos inconvenientes do estado de natureza, o estado pré-político no qual inexiste árbitro de conflitos e todos detêm o mesmo grau de liberdade (ver Locke, 2014 [1689, 1764]; Mello, 2001).

Para Locke, a propriedade é justificada à medida que representa o fruto do trabalho alheio sobre o espaço comum. Uma das correntes que embasam os direitos de propriedade intelectual – a chamada “teoria do trabalho” ou da justiça – enxerga tais direitos como recompensa pelo trabalho feito. Por outro lado, perspectivas utilitaristas focam na necessidade dos direitos intelectuais como forma de conceder incentivos para que os indivíduos produzam mais bens culturais, aumentando assim o bem-estar da população como um todo (ver Fisher, 2001). Logo vê-se

que há uma relação estreita entre direitos privados e públicos no campo da propriedade intelectual. Mesmo a teoria do trabalho, de cunho mais individualista, não escapa à dimensão pública dos direitos de propriedade, nos quais os direitos autorais estão inseridos, uma vez que o direito à propriedade não é irrestrito e encontra limites em função do espaço comum (ver Fisher, 2001).

A distinção entre direito público e direito privado baseia-se em uma fronteira irreal entre interesse privado e interesse público. Apesar de reconhecida a fluidez entre os ramos do direito, tal distinção ainda é utilizada como didática e como forma de classificação (Marquesi, 2005). Todavia, a distinção obscurece a complexidade da definição de fronteiras entre o que é considerado “público” e “privado” e a arbitrariedade dessa delimitação no que tange ao entendimento normativo do que deve ser objeto da intervenção estatal. As críticas às consequências normativas da dicotomia público/privado no âmbito do direito não são recentes, notadamente aquelas advindas de autoras feministas (ver Chinkin, 1999).

A crítica feminista à distinção entre “público” e “privado” baseia-se no argumento de que a distinção entre as duas esferas contribui para a valorização da esfera pública em detrimento da privada, a qual estaria relacionada às mulheres, e, portanto, corroboraria a sujeição feminina. A subordinação das mulheres seria consequência da representação do mundo público como inerentemente superior ao privado, do qual fariam parte as mulheres (Pateman, 1993; Chinkin, 1999). Entretanto, o cerne do pensamento liberal³ estava na tentativa de proteção da esfera privada. Constantemente o liberalismo é associado à defesa de direitos tidos “individuais”, porque pertenceriam ao indivíduo e não poderiam ser suprimidos pelo Estado, o que se relaciona à defesa liberal do poder limitado do Estado. Essa ideia vem do jusnaturalismo, que enxerga a existência de certos direitos que seriam inerentes aos seres humanos e, portanto, não estariam sujeitos à intervenção estatal (ver Heywood,

3 Vale ressaltar que o liberalismo não consiste em uma corrente homogênea, visto que possui diferentes divisões e ramificações. Aqui, tentei abordar algumas das ideias gerais relacionadas à dicotomia público/privado e ao conceito de propriedade, notadamente extraídas do liberalismo clássico. Para uma exposição mais completa dessa corrente ideológica, ver Heywood (2003).

2003).

Todavia, o pensamento liberal prioriza alguns tipos de direitos em detrimento de outros. O direito de propriedade, por exemplo, é colocado como prioridade pelos autores liberais. Isso é evidente no pensamento de Locke (2014 [1689, 1764]), para o qual a propriedade é um direito natural em comparação à vida e à liberdade. Embora autores como Locke destaquem os limites à propriedade e a necessidade de proteção dos “comuns” (os *commons*), o resultado prático tem sido a priorização da propriedade em detrimento de direitos coletivos, o que, no caso dos direitos autorais, reflete-se na falta de um sistema sólido de limitações e exceções⁴.

Como direitos de propriedade intelectual, os direitos autorais possuem natureza privada, o que se reflete na própria liberdade das partes no que concerne ao pagamento desses direitos. A remuneração é negociada diretamente entre titular – ou seu mandatário – e usuário. Entretanto, assim como os outros direitos de propriedade, há uma dimensão pública inerente, relacionada a direitos de natureza coletiva, como acesso à informação, à educação e à cultura. Os documentos jurídicos, no entanto, focam na proteção do titular.

A Internet amplia a dimensão social dos direitos autorais, pois o espaço virtual dilui ainda mais as fronteiras entre o que é público e o que é privado. A luta contra a pirataria digital, por exemplo, corre o risco de se tornar uma “cyber-vigilância”, como mostram as leis HADOPI na França (Bruguière, 2011). A dicotomia público-privado, tal como reforçada pela doutrina liberal, coloca o Estado como protetor dos interesses privados de um segmento específico: os proprietários (nesse caso, dos direitos intelectuais) em detrimento do público mais amplo. Isso se reflete nas próprias disputas políticas referentes ao campo normativo, no qual as coalizões de titulares adquiriram mais vitórias até o momento. O debate sobre direitos autorais na Internet, porém, tem aberto um pouco mais o espaço para preocupações relativas aos direitos do público.

⁴ Isso é visível no foco do sistema internacional na proteção dos direitos econômicos do autor e das corporações, como se verá adiante (ver nota de rodapé no. 19).

3. DIREITOS AUTORAIS E AS NOVAS TECNOLOGIAS: RESPOSTAS DO CENÁRIO INTERNACIONAL

Os sistemas de proteção de direitos autorais foram desenhados com base nas características do mundo analógico. Desde a década de 90, porém, novas tecnologias começaram a ganhar espaço no consumo cotidiano de bens intelectuais. Surgiram novas plataformas digitais que propiciavam acesso mais rápido e cômodo, o que ensejou a discussão sobre proteção de direitos autorais no ambiente digital.

A Internet modificou substancialmente como as obras eram produzidas e difundidas, uma vez que permitiu a distribuição em larga escala com menor controle por parte dos titulares. Dessa forma, as discussões sobre direitos autorais e ambiente digital eclodiram em decorrência da expansão de programas de computador que permitiam o fácil compartilhamento de arquivos. Foi o caso do *Napster*, que era um programa que possibilitava que os usuários enviassem e recebessem arquivos entre si (ver Fisher, 2004).

A Internet rompia com princípios basilares do sistema de proteção aos direitos autorais, como a territorialidade e o controle por parte dos titulares. No que tange à territorialidade, trata-se do princípio segundo qual a proteção é concedida em determinado território. Em outras palavras, os direitos são concedidos em uma base “país-a-país”. Em relação ao controle, a Internet facilitou o compartilhamento de obras, inclusive aquelas que não foram previamente autorizadas. Do ponto de vista dos direitos morais, há a questão da integridade, visto que é difícil identificar a autoria e os usuários tem maior poder de transformação dos conteúdos compartilhados na rede (ver Fisher, 2004).

Os desafios impostos aos direitos autorais evidenciaram a necessidade da discussão de uma solução a nível multilateral. O foro escolhido na ocasião foi a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). A escolha por tal foro já mostra a interlocução entre público e privado, visto que a questão foi debatida, em um primeiro momento, em uma organização típica de direito internacional público: a agência especializada

das Nações Unidas.

Embora o direito de artistas e criadores seja privado, inclusive elencado como uma das garantias de liberdade individual, ele se relaciona aos interesses globais dos países na promoção de suas culturas e na participação das indústrias culturais nas economias nacionais⁵. Não é surpreendente que a primeira preocupação dos países tenha sido com o combate à pirataria e a falta de controle em relação ao compartilhamento de conteúdos protegidos, como mostra o histórico dos debates na OMPI. Em 1996, dois acordos internacionais foram concluídos no âmbito da organização: O Tratado da OMPI sobre Direito de Autor⁶ (TODA/WCT) e o Tratado da OMPI sobre as Representações ou Execuções e sobre os Fonogramas⁷ (TOREF/WPPT).

Os tratados tinham como principal objetivo lidar com os problemas gerados pela distribuição massiva de conteúdos protegidos (ver OMPI, 2002). Pode-se dizer, portanto, que o foco dos tratados referia-se aos usos ilícitos. Isso fica evidente ao se analisar as duas alternativas principais dos documentos: a criação do direito de “colocação à disposição do público” (*“making available”*) e os dispositivos contra a evasão de medidas de proteção tecnológica. No que tange ao direito de “colocação à disposição do público”, havia duas finalidades: enquadrar os novos usos propiciados pelo ambiente digital e uniformizar essa classificação. Discutia-se se o download ou as demais formas de armazenamento na rede seriam uma “reprodução” ou uma “distribuição” no sentido tradicional. Os usos no ambiente digital geram dúvidas devido à inviabilidade da operação de alguns direitos⁸.

A criação de um novo direito também visava à harmonização das legislações nacionais em relação aos usos feitos no digital. Entretanto,

5 A própria OMPI organiza estudos sobre o desempenho econômico das indústrias culturais. Ver em: <http://www.wipo.int/copyright/en/performance/> (último acesso: 28/09/2017).

6 “*WIPO Copyright Treaty*”

7 “*WIPO Performances and Phonograms Treaty*”

8 Por exemplo, o direito de distribuição está relacionado à “doutrina da primeira venda” ou “esgotamento”. Tal doutrina possibilita o empréstimo de livros e outros materiais, sem que isso seja considerado infração aos direitos autorais. Entretanto, a transferência de arquivos em rede implica, muitas vezes, a produção de uma cópia (ver Reis, 2015).

foi adotada uma “solução guarda-chuva”, que concedeu elevado grau de liberdade aos legisladores nacionais. A adoção de uma solução guarda-chuva – que permitia aos legisladores nacionais enquadrar a “colocação à disposição do público” entre os direitos existentes ou como um novo direito – foi resultado de um impasse entre Estados Unidos e União Europeia (Neiva, 2014). De forma geral, o conceito de “colocação à disposição do público” está relacionado à interatividade, uma vez que se refere aos usos nos quais “membros do público podem acessar as obras em um lugar e momento escolhidos individualmente por eles” (WCT, art. 8º).

Dessa forma, no âmbito dos então chamados “novos tratados” da OMPI, ficou consignada a inclusão de obras transmitidas interativamente *on-demand* no rol dos objetos de proteção d

e direitos de autor e conexos. Adicionalmente, tanto o WCT quanto o WPPT estabelecem obrigações em relações a medidas de proteção tecnológicas e de gerenciamento de informação. Medidas de proteção tecnológica são utilizadas para prevenir a reprodução ilícita dos materiais protegidos. Um exemplo é a utilização de cadeados ou de senhas em e-books. Já o gerenciamento de informação refere-se a mecanismos para identificação de autoria e titularidade, conforme definição do WCT (art. 12). Ambos referem-se a tentativas de trazer maior controle aos usos de obras no ambiente digital. As medidas de proteção tecnológica fazem parte de uma categoria mais ampla chamada de “gerenciamento de direitos digitais” (Chaudhuri, 2007).

A expressão “gerenciamento de direitos digitais” (“*digital rights management*”, DRMs) é um termo genérico que consiste no conjunto de tecnologias utilizadas para evitar o uso não autorizado de materiais protegidos. Em outras palavras, os sistemas de gerenciamento de direitos

9 Ao passo que o WCT inseria o direito de colocação à disposição do público em comunicação ao público, as legislações nacionais estavam livres para aplicá-lo por meio da criação de outro direito, ou ainda através da combinação de diferentes direitos já existentes (ver Ficsór, 2005). Já na redação do WPPT, o direito de colocação à disposição do público constitui-se claramente em direito específico, disposto nos artigos 10 e 14, e está separado dos direitos de radiodifusão e comunicação público (art. 6º e 10) e do direito de distribuição (art. 8º e 12).

consistiram na resposta estratégica da indústria de conteúdo para evitar o uso descontrolado das obras protegidas. Ao passo que as inovações tecnológicas foram vistas com otimismo, a indústria de conteúdo enxergou essas mudanças como ameaças aos seus modelos de negócios (Herman, 2012).

Dessa forma, nota-se que a preocupação inicial nas discussões sobre direitos autorais no ambiente digital consistia nos usos ilícitos do conteúdo protegido. Entretanto, recentemente essa preocupação se deslocou. Criadores e artistas apontam que estão recebendo cada vez menos dinheiro de plataformas que exploram economicamente suas obras. Desde a aprovação dos tratados da OMPI, surgiram novas formas de comercialização de bens intelectuais, sobretudo na indústria da música.

Se, por um lado, pode-se argumentar que esses novos serviços podem – potencialmente – contribuir para a diminuição da pirataria (ver União Europeia, 2015)¹⁰, por outro, a remuneração dos criadores e artistas tem sido insuficiente. Assim, além das preocupações tradicionais com a difusão ilícita de conteúdo, há reclamações frequentes sobre a baixa remuneração recebida dos serviços legais. Por outro lado, da perspectiva dos usuários, há preocupação com possibilidades de arbitrariedade em relação a medidas que visam aumentar a proteção, notadamente os sistemas de notificação e retirada de conteúdo, os quais podem ser utilizados como mecanismos de censura. Os tratados demonstraram ser insuficientes para lidar com problemas tanto dos titulares quanto dos usuários.

A criação de um novo direito exclusivo não trouxe mais controle aos titulares. Além disso, o resultado da adoção da solução guarda-chuva foi a falta de homogeneidade entre as legislações nacionais, notadamente os Estados Unidos e a União Europeia (como será abordado adiante). As medidas de proteção, por sua vez, não conseguiram acabar com a pirataria e podem prejudicar usos lícitos, inclusive aqueles praticados por instituições que desempenham uma função pública importante, como as

10 A relação entre streaming e pirataria é controversa. Ao passo que o streaming pode contribuir para a diminuição dos usos ilegais, ele também está relacionado ao decréscimo de downloads pagos, segundo o estudo da União Europeia. Ademais, a tecnologia pode ser utilizada em serviços não-licenciados, como o Popcorn Time, espécie de versão gratuita (e pirata) do Netflix.

bibliotecas (ver Crews, 2008).

Os tratados não abordavam vários outros problemas que se intensificaram recentemente. Em 2015, o Brasil, em nome do Grupo da América Latina e Caribe (GRULAC), apresentou um *paper*¹¹ no Comitê Permanente sobre Direitos de Autor e Conexos da OMPI ressaltando a necessidade de rediscutir questões de direitos autorais relacionadas ao ambiente digital. O *paper* enfatizava os seguintes temas: a baixa remuneração de artistas e criadores, as dificuldades na operacionalização do direito de “colocação à disposição do público”, o debate no que concerne à responsabilização de provedores por danos de terceiros e a excessiva criminalização de usuários finais.

Dessa forma, verifica-se uma mudança de foco: a preocupação deixou de ser exclusivamente o compartilhamento ilícito e passou a abranger os serviços legais. Além disso, a expressão “direitos dos usuários” ganhou mais espaço¹² na interface com outros assuntos que envolvem Internet e direito do consumidor, como proteção de dados pessoais, privacidade e marketing. Assim, o contexto é diferente daquele da década de 90. Os instrumentos jurídicos internacionais e nacionais, contudo, carecem de adaptação aos novos desafios.

Não por acaso, algumas regiões começaram um processo de reforma. Nos Estados Unidos, foi lançada consulta pública em relação a dispositivos específicos do *Digital Millennium Copyright Act* (lei que trata sobre direitos autorais no ambiente digital), enquanto a União Europeia lançou a iniciativa “*Digital Single Market*” (Mercado Digital Único), que envolve uma série de ações no âmbito do digital, inclusive uma reforma na legislação europeias de direitos autorais. Por outro lado, o governo brasileiro realizou uma série de reuniões para discutir gestão coletiva no ambiente digital, o que resultou em uma Instrução Normativa do Ministério da Cultura. Resta, porém, analisar o teor dessas propostas.

11 Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_31/sccr_31_4.pdf. Os problemas foram retratados neste artigo com base nos relatos feitos no *paper* apresentado na OMPI.

12 Isso fica evidente nas discussões sobre a reforma de direitos autorais na União Europeia, como será abordado a seguir.

4. A DISPUTA POLÍTICA SOBRE A LEI DIGITAL DOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, a lei que regula os direitos autorais no ambiente digital se chama “*Digital Millennium Copyright Act*” (Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital), abreviado como “DMCA”. O DMCA se transformou em lei em 1998, em decorrência dos tratados da Internet da OMPI. Dessa forma, trata-se da implementação dos tratados, WCT e WPPT, acrescido de outros dispositivos sobre o ambiente digital. O texto do DMCA consiste em emendas à Lei de Direitos Autorais dos Estados Unidos (aqui referido como “USC, Título 17”).

Criado pelos tratados da OMPI, o direito de “colocação à disposição do público” (*making available*) aparece na legislação estadunidense relacionado a diferentes direitos exclusivos. Em conformidade à “solução guarda-chuva” adotada na conferência da OMPI, o texto do DMCA não traz nenhuma mudança expressa em relação ao direito de “colocação à disposição do público”. O Congresso concluiu que os direitos exclusivos presentes na seção 106 eram suficientes para abranger a “colocação à disposição do público” (US Copyright Office, 2016). Dessa forma, na perspectiva do governo estadunidense, os direitos exclusivos já existentes são suficientes para cobrir todos os tipos de conduta envolvidos no ato de colocação à disposição do público.

A coexistência de certo número de direitos em um mesmo ato ou utilização implica a necessidade de licenças que cubram todos os direitos envolvidos nos serviços digitais. O problema é que, na prática, algumas licenças cobertor (*blanket licenses*) não são adequadas porque não englobam todos os devidos direitos (Berklee Institute of Creative Entrepreneurship, 2015). Esse é um problema que está presente em outras regiões do mundo, como ressalta o *paper* apresentado pelo GRULAC na OMPI.

Também em conformidade aos tratados da OMPI, a legislação estadunidense apresenta dispositivos sobre medidas de proteção tecnológica e gerenciamento de informação. O DMCA acrescentou ao

estatuto de direitos autorais um capítulo inteiro sobre tais sistemas de proteção (Capítulo 12, USC 17). O dispositivo 1201 do capítulo 12 proíbe a evasão de medidas de proteção tecnológicas utilizadas pelos titulares para controlar o acesso às suas obras. O dispositivo apresenta, porém, ressalvas em relação a usos permitidos. O dispositivo divide as medidas de proteção tecnológicas de acordo com o objetivo: prevenir o acesso ou prevenir cópias não-autorizadas. A evasão de medidas tecnológicas da segunda categoria (prevenir cópias não-autorizadas) não é proibida de modo a viabilizar usos considerados como justos, segundo argumento do *Copyright Office*¹³ (*US Copyright Office, 1998*).

Dessa forma, nota-se que as alterações na legislação dos Estados Unidos seguiram a linha dos tratados da OMPI. No que tange às medidas de proteção tecnológica e ao gerenciamento de informação, a legislação estadunidense foi ainda mais dura que os tratados da OMPI, em resultado da força do lobby da coalizão pró-proteção dos direitos autorais (Herman, 2012). Entretanto, houve um tema adicional nas discussões que resultaram no DMCA. Um acréscimo importante em relação aos tratados foi a questão da responsabilidade civil de provedores. O dispositivo 512 da lei de direitos autorais dos Estados Unidos versa sobre o que é chamado de “safe harbor” (“porto seguro”, em uma tradução literal). O dispositivo impõe limites à responsabilização civil de provedores de aplicações¹⁴ por infrações cometidas por terceiros, desde que alguns requisitos sejam atendidos.

Os Estados Unidos foram o primeiro país a adereçar tal questão. Ao passo que a lei estabelece uma série de limites à responsabilização civil de provedores – dispensando-os da responsabilidade pelo conteúdo ilícito

13 A doutrina do “uso justo” (*“fair use doctrine”*) corresponde ao sistema de limitações dos Estados Unidos. Refere-se a um conjunto de parâmetros utilizados pelos tribunais para decidir se o uso livre de determinada obra é permitida. Tais parâmetros incluem a natureza da obra, o propósito do uso, o montante da porção extraída e os impactos potenciais no mercado (USC 17, 107). A lei também inclui alguns objetivos, como criticismo e pesquisa, entre outros.

14 O termo utilizado em inglês equivale a “provedor”. No entanto, diferentemente de seu análogo em português, o termo vai além do sentido tradicional de “provedor de conexão” e engloba diferentes tipos de serviços, como plataformas de armazenamento e compartilhamento de conteúdo (ver Herman, 2014). Optei pela utilização do termo acima em razão da redação da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

disponibilizado por terceiros – os dispositivos legais também exigem que os provedores arquem com certas demandas. Trata-se de um sistema de “notificação e retirada de conteúdo” (*notice-and-takedown*), que se refere à obrigação dos provedores em retirar conteúdo ilícito conforme requisição dos titulares (Oktay & Wrenn, 1999). Há um direito de resposta por parte do suposto infrator (a “contra-notificação”), mas o conteúdo é retirado sem uma análise minuciosa de mérito e fica indisponível até que a contra-notificação seja avaliada.

Tal sistema enfrenta críticas de vários lados. Por parte dos titulares de direito, o sistema pressupõe um ônus excessivo, pois cabe aos titulares buscar os sites infratores. Além disso, há reclamações quanto ao tempo que se leva para a retirada do conteúdo e à ineficácia quanto ao bloqueio dos sites (muitos reaparecem e muitas páginas ainda conseguem ser visualizadas apesar do bloqueio). Apesar desses problemas, os titulares consideram que o sistema é uma ferramenta adicional de combate à pirataria. Da perspectiva de usuários finais e provedores, há críticas em relação a abusos por parte da indústria de conteúdo, ao ônus que cabe aos provedores e à falta de clareza dos procedimentos relacionados à retirada. Além disso, o sistema pode ser usado com má fé para fins de censura ou retirada de conteúdos que não são ilícitos do ponto de vista do direito autoral (Oktay & Wrenn, 1999).

Do ponto de vista político, os limites à responsabilização civil dos provedores e o sistema de notificação foram tentativas de contrabalancear interesses antagônicos. O DMCA foi resultado da pressão política de dois tipos de indústria: a indústria de conteúdo e a de tecnologia. Em outras palavras, o embate principal relativo ao DMCA consistiu em uma disputa entre Hollywood e o Vale do Silício (Fisher, 2004). Por outro lado, Herman (2014) argumenta que os debates sobre a regulação dos direitos autorais no ambiente digital mostra o quanto a coalizão em favor de limitações e exceções (da doutrina do uso justo¹⁵) ganhou mais força com a Internet em discussões mais recentes¹⁶, em períodos posteriores ao

15 Herman (2014) chama essa coalizão de “*Strong Fair Use*” em oposição ao grupo que defende maior proteção aos direitos autorais (“*Strong Copyright*”).

16 No geral, a utilização de tecnologias no exercício do ativismo político pode ser vista como

DMCA.

A Internet coloca em evidência a interlocução entre direitos autorais e interesse público, uma vez que potencializa a participação do público na criação e o acesso às obras. Sobretudo, a regulação sobre direitos autorais na Internet tem interface com outros assuntos, como privacidade, proteção de dados pessoais e acesso à informação. Esse foi justamente o caso das discussões sobre o *Stop Online Piracy Act* (SOPA) e o *Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act* (PIPA) nos Estados Unidos. Ambas as propostas consistiam em estratégias para impedir o acesso a conteúdos ilícitos disponibilizados por páginas estrangeiras. As medidas incluíam obrigar às aplicações a não dirigir os usuários a sites infratores, a impedir o tráfico para tais sites e a cortar o acesso de tais sites a serviços financeiros (Herman, 2014).

As medidas foram associadas a um mecanismo de censura e a entraves quanto à privacidade, visto que pressupõe o poder arbitrário da remoção definitiva de conteúdo e a capacidade do provedor em usar dados relativos aos terminais dos usuários finais. Não por acaso, as propostas geraram uma forte reação por parte do grupo heterogêneo composto pelos diversos usuários, desde grandes, como empresas de tecnologia, até grupos de defesa de interesses sociais (ver Herman, 2014). Herman (2014) argumenta que tais eventos representaram uma grande mudança na política de direitos autorais, tendo em vista a mobilização da coalizão em prol do uso justo. Entretanto, trata-se de uma coalizão heterogênea, que envolve grandes empresas de tecnologia, instituições de interesse público e organizações não-governamentais que supostamente representam os consumidores ou fins de natureza coletiva.

Dessa forma, cabe questionar a situação do usuário final, que corresponde ao consumidor no final da cadeia de produção. Há uma contradição na disputa jurídico-política: ao passo que a Internet potencializa o papel do usuário final como consumidor e criador, o debate sobre a legislação esteve predominantemente centrado em grandes

uma forma de contrabalancear outros tipos de recursos, como a concentração de recursos econômicos.

agentes, como estúdios, gravadoras, editoras e empresas de tecnologia. E, no geral, a solução adotada nos Estados Unidos repetiu os remédios tradicionais, com maior ênfase na proteção e pequenas concessões aos grupos opositores.

Mesmo que a mobilização dos usuários finais tenha aumentado nas últimas décadas, como Herman (2014) destaca, o papel desses movimentos parece adquirir um teor reativo – visto que, até o momento, eles têm logrado em impedir mudanças negativas, mas a legislação, de forma geral, ainda está centrada na ideia de proteção dos direitos de propriedade em detrimento de sua função social ou coletiva. Percebe-se, portanto, a predominância dos interesses privados e corporativos sobre questões de interesses públicos ou de natureza coletiva, embora as justificativas filosóficas para os regimes de propriedade intelectual apontem a predominância do interesse público.

5. AS DISCUSSÕES SOBRE REFORMA NA UNIÃO EUROPEIA

O tratamento conferido pela União Europeia à proteção dos direitos autorais no ambiente digital foi similar à política adotada pelos Estados Unidos no que tange à adoção de um direito de colocação ao público e do amparo legal às medidas de proteção tecnológicas. A diretiva que regula o tema – “Diretiva relativa à Harmonização de Certos Aspectos dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação” (2001/29/CE) – estabelece o direito de “colocação à disposição do público” como subtipo de “comunicação ao público” (artigo 3º).

A classificação é convergente à solução guarda-chuva da OMPI, que concedeu elevado grau de liberdade à classificação do direito. Ademais, nota-se que a definição empregada é a mesma dos Tratados da Internet, em relação ao caráter de interatividade. A consequência da adoção desse conceito é que serviços digitais interativos e não-interativos possuem esquemas de licenciamento distintos¹⁷.

¹⁷ Em outras palavras, os serviços interativos geralmente implicam o direito de colocação à disposição do público, sem prejuízo da coexistência de outros direitos tradicionais, como o

Por outro lado, a diretiva sobre comércio eletrônico (2000/31/CE) traz limites à responsabilização de provedores por infrações cometidas por terceiros, em termos cujos efeitos práticos são similares ao da legislação estadunidense. Os artigos 12 a 14 estabelecem os critérios para que os provedores possam se sujeitar aos limites à responsabilização civil. Em complementação, o artigo 15 determina que os Estados Membros não devem estabelecer uma obrigação geral para os provedores monitorarem as informações transmitidas ou armazenadas por eles. Os provedores também não possuem a obrigação de buscar ativamente fatos ou circunstâncias que indiquem infrações, segundo a redação da diretiva.

O mesmo dispositivo estabelece, porém, que os Estados Membros da União Europeia podem estabelecer obrigações para que os provedores comuniquem às autoridades competentes, se elas demandarem, informações permitindo a identificação de recipientes do serviço com os quais eles possuem acordos de armazenamento. Assim como nos Estados Unidos, os dispositivos sobre limites à responsabilização de provedores enfrenta críticas na União Europeia.

Não por acaso, o tema esteve inserido nas discussões sobre reforma de direitos autorais no continente europeu. Como parte integrante da Estratégia do Mercado Único Digital (*Digital Single Market Strategy*), a reforma intende modernizar a legislação europeia de modo a adaptá-la às demandas trazidas pela expansão do ambiente digital. A estratégia foi adotada em 2015 e inclui 16 iniciativas específicas, entre elas a reforma da legislação de direitos autorais.

A deputada do parlamento europeu, Julia Reda, foi responsável por apresentar um relatório sobre a revisão da Diretiva 2001/29/CE, que trata da proteção dos direitos autorais no ambiente digital (*InfoSoc Directive*). O relatório foi aprovado na Comissão de Assuntos Jurídicos com emendas. Durante as discussões sobre a reforma, um termo ganhou proeminência: “direitos positivos dos usuários”. Até o momento, o

direito de reprodução, enquanto os serviços não-interativos são licenciados mediante outros direitos, tais como execução pública (*public performance*). O resultado prático é que grande parte das obras está sujeita ao licenciamento do direito de “colocação à disposição do público”, relacionado ao elemento da interatividade no ambiente digital.

linguajar habitual dos instrumentos jurídicos de proteção tem como foco principal a proteção dos autores, ou seja, o direito dos autores, dos intérpretes e demais participantes da produção artística¹⁸.

Um dos focos iniciais da reforma era a questão sobre limitações e exceções, i.e. casos nos quais não é necessária autorização do titular para fazer uso da obra. O relatório de Reda (Parlamento Europeu, 2015) mencionava assuntos como: proteção do domínio público, harmonização de prazo de proteção para período não superior ao estabelecido pela Convenção de Berna e diversos tipos de limitações. No conteúdo do relatório, destacam-se as sugestões de tornar mandatórias todas as limitações da diretiva de 2001 e de estender certas limitações (como a de citações e a de paródias). De acordo com a justificativa da proposta, a Diretiva 2001/29/CE havia estabelecido padrões mínimos de proteção sem, no entanto, estabelecer padrões quanto “à proteção do público e aos interesses dos usuários” (2014/2256(INI), “*explanatory statement*”, p. 8).

O relatório foi aprovado com emendas que diminuiriam o escopo das limitações e exceções propostas. A proposta de diretiva (do parlamento e do conselho europeu), apresentada em 2016, foi ainda mais singela no que tange às limitações e exceções. De toda lista presente no relatório original, a proposta de diretiva contemplou exceções mandatórias para os seguintes fins: mineração de dados e texto, atividades de ensino, e herança cultural. Sobretudo, as exceções encontram limites na redação da própria diretiva. No que tange à mineração de dados, apenas instituições sem fins lucrativos ou desempenhe uma missão de interesse público reconhecida pelo Estado.

Já a exceção sobre atividades de ensino engloba apenas os direitos de reprodução e de comunicação ao público para uso digital com propósito único de ilustração para fins de ensino. Em tais casos, o uso deve atender a dois critérios cumulativos: tomar lugar nas premissas de

18 Dos tratados administrados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), apenas um determina limitações e exceções mandatórias (de natureza vinculante) aos direitos autorais: o Tratado de Marraqueche, negociado em 2013. Informações sobre os tratados, assim como os textos originais, podem ser encontradas na página eletrônica da OMPI: <http://www.wipo.int/portal/en/index.html> (último acesso: 14/09/2017).

um estabelecimento de ensino ou por meio de rede segura que restrinja o acesso aos estudantes e à equipe docente e indicar a fonte. Os Estados Membros podem restringir a exceção caso haja licenças adequadas para esse tipo de uso. Os países ainda podem determinar sistemas de compensação aos titulares. A exceção voltada às instituições de herança cultural – que incluem bibliotecas publicamente acessíveis, museus, arquivos, entre outras – não contempla outras atividades realizadas pelas instituições mencionadas além da preservação.

Além disso, um dos mais controversos dispositivos da proposta (artigo 11) cria um novo direito conexo voltado a editores, os quais passariam a ter o direito de autorizar a reprodução e a comunicação ao público em relação a usos digitais de publicações da imprensa (com um prazo de proteção de 20 anos). Outro artigo alvo de controvérsias é o artigo 13, que lida com a responsabilização de provedores. O artigo estabelece obrigação dos provedores em: prover informação, garantir que acordos de licenciamento sejam respeitados e adotar medidas apropriadas (por exemplo, mecanismos de reconhecimento de conteúdo), em atendimento às demandas da indústria de conteúdo.

Ante o exposto, nota-se que, embora o foco inicial da reforma tenha levantando diversas questões referentes aos direitos dos usuários finais, a parte predominante continua sendo a indústria, notadamente a indústria de conteúdo. A reforma aborda temas que mesclam interesses privados e públicos, notadamente questões relacionadas à interoperabilidade, às atividades de instituições com finalidades públicas ou sociais e à atividade dos provedores de Internet (que se relacionam ao próprio funcionamento da rede).

6. AS LACUNAS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O documento que rege o sistema de proteção de direitos autorais brasileiros é a Lei no. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direitos Autorais, doravante LDA). Aprovada na década de 90, a lei foi concomitante aos tratados da Internet da OMPI e ao DMCA.

Entretanto, o Brasil não ratificou os tratados da Internet e a lei tampouco traz dispositivos específicos sobre os usos feitos em rede. A previsão legal existente aplica-se, igualmente ao mundo analógico e ao digital. A falta de termos precisos ou direcionados traz dificuldades no entendimento dos direitos envolvidos no ambiente digital.

A multiplicidade de interpretações corrobora a imprecisão jurídica e dificulta a fiscalização do aproveitamento das obras pelos criadores. Para minimizar as dúvidas, o Ministério da Cultura realizou, em 2015, uma série de reuniões com diferentes setores interessados em temas relacionados à utilização de obras intelectuais no ambiente digital. As reuniões resultaram na aprovação da Instrução Normativa nº. 02, de 2016, a qual foi objeto de consulta pública. A IN esclarece o processo de habilitação de entidades de gestão coletiva para o exercício da atividade de cobrança relativa aos serviços digitais. Ainda assim, falta amparo legal no que tange à classificação jurídica dos usos e direitos envolvidos na utilização de bens intelectuais no ambiente digital.

Sobretudo, a lei brasileira não se debruça sobre temas caros à proteção no ambiente digital, como a responsabilidade civil de provedores no caso de infrações a direitos autorais cometidas por terceiros. Sobre esse aspecto, a Lei no. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet) estabelece que o tema deverá ser tratado por previsão legal específica (artigos 19 e 31). Até lá, aplica-se o disposto na LDA. Dessa forma, o tema carece de tratamento específico, pois a LDA não lida com a questão.

Mais confusa ainda é a aplicação de limitações e exceções no ambiente digital, porque não há segurança quanto à efetividade dos dispositivos, uma vez que eles foram desenhados para servir ao mundo analógico. A ausência de limitações claras para o ambiente digital resulta na potencial perspectiva de enxergar qualquer usuário final como infrator, o que corrobora a visão punitiva tradicional da indústria (ver Conceição, Filho & Souza, 2017). A legislação brasileira é, portanto, marcada por lacunas no que concerne à aplicabilidade das regras do campo dos direitos autorais no uso das novas tecnologias.

As iniciativas públicas em discutir a matéria focaram, até o momento, exclusivamente na dimensão da proteção dos direitos dos autores em detrimento das demandas do público.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao passo que a evolução tecnológica é geralmente encarada com otimismo, os avanços estão longe de completar suas potencialidades. Em sua relação constante com a tecnologia, os direitos autorais enfrentam os mesmos desafios que outros temas correlatos, principalmente no que tange ao equilíbrio entre direitos privados e interesses coletivos. Não é surpreendente que o direito autoral seja caracterizado por ser interdisciplinar e envolver simultaneamente temas do direito privado e do direito público, além de diversas áreas do conhecimento.

Até o presente momento, os instrumentos jurídicos se demonstraram insuficientes para lidar com os novos desafios e concretizar as oportunidades geradas pelo ambiente digital. Diversos temas interseccionais – tais como comércio eletrônico, proteção de dados pessoais e privacidade – destacam ainda a importância de considerar os direitos do usuários com mais relevância que o peso atribuído pelos atuais documentos jurídicos. No campo dos direitos autorais, essa discussão está expressa nas tentativas de reformas em diferentes regiões, notadamente a União Europeia e a tentativa de discussão empreendida pelo GRULAC na OMPI.

Historicamente, o foco das discussões referiu-se a direitos privados, mas não todo tipo de direito privado. A esfera privada protegida e tutelada pelo Estado é tradicionalmente aquela pertencente aos proprietários, i.e. titulares, convergente ao pensamento liberal no que tange à função do Estado como protetor do direito natural à propriedade. Aparentemente, esse foco tem se aberto, mesmo que marginalmente – sobretudo na reforma da União Europeia e no *paper* apresentado pelo GRULAC – a outras questões, principalmente aquelas que articulam direito privado e interesse público. Entretanto, essa mudança ainda não teve grandes resultados no campo normativo.

Sobretudo, as discussões sobre direitos autorais e ambiente digital têm deixado temas de grande relevância de fora do debate político-normativo. O papel da inteligência artificial na criação e difusão de obras, a utilização de *bitcoin* e as possibilidades quanto ao *blockchain*, entre outros temas, ainda não encontraram espaço na agenda política do campo do direito autoral. Os instrumentos jurídicos, até o momento, concentraram-se em tentar resolver problemas basilares, que sequer possuem alternativa definida. Isso destaca a dimensão política do direito autoral: trata-se de um território em eterna disputa, cujas fronteiras entre o que é “público” e o que é “privado” jamais serão totalmente nítidas.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política (A-K)**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1995.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Estado, aparelho do Estado e sociedade civil**. Brasília: ENAP, 1995;

BERKLEE INSTITUTE OF CREATIVE ENTREPRENEURSHIP. **Fair music: transparency and payment flows in the music industry**, 2015.

BRUGUIÈRE, Jean-Michel. **Droit des Propriétés Intellectuelles**. Paris: Ellipses Édition, 2011.

CONCEIÇÃO, Samuel; FILHO, José Vaz de Sousa; SOUZA, Marcos Alves de. **“Os direitos autorais e a revolução digital: do porto seguro à nau em deriva”**. *Revista Construção*, 2017. Disponível em: <http://revistaconstrucao.org/economia-digital/os-direitos-autorais-e-a-revolucao-digital-do-porto-seguro-a-nau-em-deriva-ii/> (último acesso: 26/09/2017).

CHINKIN, Christine. **“A Critique of Public/Private Dimension”**. Em: *EJIL*, Vol. 10, No. 2, pp. 387-395, 1999.

CHAUDHURI, Sabuj Kumar. **“Digital rights management: a technological measure for copyright protection and its possible impacts on libraries”**. Em: *Modernisation of libraries: a challenge in digital era*. Nova Deli: Mahamaya Publishing House, 2007.

CREWS, Kenneth. WIPO **“Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives”**, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **US Copyright Code** (conformes emendas do DMCA). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/1201> (último acesso: 06/09/2017).

FICSÓR, Mihály. **“Copyright in the Digital Environment: The WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO performances and Phonograms Treaty (WPPT)”**. *WIPO National Seminar on Copyright, Related Rights and Collective Management*, 2005.

FISHER, William T. **“Theories of Intellectual Property”**. Em: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* 193, 2001

_____. **Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment**. Stanford: Stanford University Press, 2004

HERMAN, Bill D. **“A political history of DRM and related copyright debates, 1987-2012,”** *Yale Journal of Law and Technology*: Vol. 14: Iss. 1, Article 2, 2012. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjolt/vol14/iss1/2> (último acesso: 12/09/2017).

_____. **The Fight Over Digital Rights: The Politics of Copyright and Technology**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

HEYWOOD, Andrew. **Political Ideologies: An Introduction**. Nova York: Palgrave, 2003.

LOCKE, John. **The Enhanced Edition of John Locke’s Two Treatises of Civil Government** (1689, 1764), Indianapolis: Liberty Fund, 2014.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Fronteiras entre o direito público e o direito privado**. Revista *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 908, 28 dez. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7788> (Último acesso: 25/09/2017).

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **“John Locke e o Individualismo Liberal”**. Em: WEFFORT, Francisco. *Os Clássicos da Política* - vol. 1. São Paulo: Ática, 2001.

MINISTÉRIO DA CULTURA. **Instrução Normativa no. 02**, de 2016. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/legislacao/-/asset_publisher/siXI1QMnlPZ8/content/instrucoes-normativas-do-ministerio-da-cultura/10937 (último acesso: 15/09/2017).

NEIVA, Maria Rita Braga de Siqueira. **“O ‘Direito de Colocação à Distribuição do Público’ e a Exploração dos Direitos Autorais na Internet: Antecedentes Normativos e Primeira Jurisprudência”**. *Revista de Direito das Comunicações*. Ano 4, vol 8, 2014.

OMPI. **The Digital Agenda: Implementation of the WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty**. Documento preparado pelo Escritório Internacional, PCIPD/3/9, 2002.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PARLAMENTO EUROPEU. **Documento 2014/2256(INI)**, de 14 de janeiro de 2015. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2014/2256\(INI\)&l=en](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2014/2256(INI)&l=en) (último acesso: 14/09/2017).

OKTAY, Batur; WRENN, Greg. **A Look Back at the Notice-Takedown Provisions of the U.S. Digital Millennium Copyright Act One Year After Enactment**. Workshop on service provider liability, Genebra, 1999.

REIS, Fábio Wanderley. **Política e Racionalidade: problemas de teoria e método de uma sociologia crítica da política**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

REIS, Sarah. “Toward a “Digital Transfer Doctrine”? The First Sale Doctrine in The Digital Era”. *Northwestern Law Review*, Vol. 109, No. 1, 2015.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei no. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm (último acesso: 15/09/2017).

_____. **Lei no. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm (último acesso: 29/09/2017)

UNIÃO EUROPEIA. **Streaming Reaches Flood Stage: Does Spotify Stimulate or Depress Music Sales?** Por Luis Aguiar (IPTS) e Joel Waldfogel (University of Minnesota and NBER). Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper 2015/05

_____. **Diretiva 2000/31/CE**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0031> (último acesso: 29/09/2017).

_____. **Diretiva 2001/29/CE**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A124204> (último acesso: 13/09/2017).

_____. **Proposta para Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Direitos Autorais no Mercado Digital Único Europeu**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016PC0593> último acesso: 29/09/2017).

US COPYRIGHT OFFICE. **The Digital Millennium Copyright Act of 1998** (Resumo do US Copyright Office). Pub. L. No. 105-304,

112 Stat. 2860, 1998. Disponível em: <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> (último acesso: 05/07/2017).

_____. **The Making Available Right in the United States. A Report of the Register of Copyrights.** Washington: US Copyright Office, 2016.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **WIPO Copyright Treaty.** 1996. Texto disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12740> (último acesso: 27/07/2017).

_____. **WIPO Performances and Phonograms Treaty.** 1996. Texto disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12743> (último acesso: 27/07/2017).

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação

Título:

**O “DIREITO À
DESINDEXAÇÃO”:
REPERCUSSÕES DO CASO
GONZÁLEZ VS GOOGLE
ESPANHA**

Pedro Luz



O “DIREITO À DESINDEXAÇÃO”: REPERCUSSÕES DO CASO GONZÁLEZ VS GOOGLE ESPANHA

Autor: Pedro Luz

Resumo: O objetivo deste artigo é de estudar os contornos e meandros da decisão proferida no ano de 2014, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no que ficou conhecido como o caso *González vs Google Espanha*. Em tal lide, o referido órgão judicial decidiu que a empresa Google realizava atividade de tratamento de dados pautada na exploração econômica com vistas de lucro e, portanto, era civilmente responsável por resultados violadores de direitos da personalidade no exercício de suas atribuições. Por conta dessa especificidade, foi determinado ao aludido provedor de busca uma obrigação de fazer, qual seja de que desindexasse os resultados contendo uma dívida já extinta em nome do titular da ação, o Sr. Costeja González; isso fez surgir, portanto, uma nova possibilidade jurídica de tutela aos direitos da personalidade, cunhada de “direito à desindexação”. A desindexação, então, figura como um meio de dificultar o acesso às informações consideradas nocivas à dignidade da pessoa humana, verdadeiro fio condutor do constitucionalismo contemporâneo. O presente artigo almeja ainda traçar considerações críticas acerca da sobredita decisão, utilizando, para tanto, uma metodologia pautada no método hipotético-dedutivo, com o aporte teórico de expoentes do tema. Ato contínuo, serão apontados desafios e inquietações que ainda causam consternação no tocante ao tema, principalmente aqueles atinentes a postura do legislador e do julgador brasileiro que, na função de peças integrantes do sistema jurídico, parecem não conseguir absorver as contribuições da realidade europeia, atuando de forma muito aquém do necessário na proteção dos dados pessoais em solo pátrio.

Palavras-chave: Desindexação. *González vs Google Espanha*. Motores de busca. Direitos fundamentais. Proteção de dados pessoais.

1. INTRODUÇÃO

Diversos autores das mais diversas áreas do saber debruçaram-se a estudar um novo momento histórico que surgiu a partir do último quarto do século passado¹. Este novo cenário, permeado por incertezas e alvo das mais diferentes denominações², deu-se, principalmente, com a evolução tecnológica e da comunicação, responsável por desvelar novos contornos à sociedade, pautando uma verdadeira revolução comparável, por exemplo, ao que a máquina a vapor representou para a Revolução Industrial (CASTELLS, 1999, p. 74). Aliás, além de precursor do movimento que hoje vivemos, cunhado por CASTELLS de “sociedade informacional” (CASTELLS, 1999, p. 57), o industrialismo trouxe importantes lições sobre como a manipulação da tecnologia pode ter, a um só tempo, tanto efeitos positivos quanto deletérios.³

Nessa novel realidade, a informação passou a ocupar local de primazia tanto pelo seu significativo valor econômico, servindo portanto como base da gestão de negócios de empresas tais como o *Facebook* e o *Google*, quanto pela possibilidade que seu mau uso acarretou para provocar danos irreversíveis a uma plêiade de direitos, especialmente aqueles gestados pela luta histórica dos povos, como é ocorre com os direitos da personalidade em geral e com a privacidade em particular, cuja fragilidade e volatilidade já havia sido antevista há mais de um século (WARREN; BRANDEIS, 1890).

1 CASTELLS (1999, p. 91-92) aponta: “Acho que podemos dizer, sem exagero, que a revolução da tecnologia da informação propriamente dita nasceu na década de 1970, principalmente se nela incluímos o surgimento e difusão paralela da engenharia genética mais ou menos nas mesmas datas e locais (...)”.

2 Jean-François LYOTARD, em sua obra “A Condição Pós-Moderna”, nomina esse novo momento de “sociedade pós-industrial”. (LYOTARD, 1979). Adam SCHAFF, por seu turno, chama o novo paradigma de “sociedade informática”. (SCHAFF, 1995).

3 Frisa-se, portanto, que embora tenha havido um vertiginoso acréscimo da expectativa de vida média no contexto da Revolução Industrial, autores como Karl Marx e Engels apontaram um cenário geral de acirramento das desigualdades. Segundo MARX e ENGELS: “A sociedade burguesa moderna, que brotou das ruínas da sociedade feudal, não suplantou os velhos antagonismos de classe. Ela colocou no lugar novas classes, novas condições de opressão, novas formas de luta.” (MARX; ENGELS, 1975)

Avanços tecnológicos, portanto, não representam necessariamente um maior grau de emancipação do ser na expansão e concretização de direitos fundamentais. Nessa conjuntura, o direito, com sua função primordial de ordenação social (GROSSI, 2016, p. 13) é requisitado para trazer certa pacificação aos conflitos advindos desse atrito.

O foco do presente estudo diz respeito a um caso datado de 2014, que chegou às portas do Tribunal de Justiça da União Europeia e envolvia, de um lado, os direitos da personalidade de um cidadão espanhol e, de outro, as pretensões econômicas de uma das maiores empresas do mundo: o *Google*. O julgado ficou conhecido como *González vs Google Espanha* e teve como principal efeito o advento de um “direito à desindexação” de dados de pesquisa, a fim de tutelar a privacidade.

Tratou-se, neste breve estudo, de apresentar um relatório do caso sobredito e construir-se uma crítica bussolada por contribuições do direito civil, do direito constitucional e de outros ramos do saber, tais como a ciência da computação e a sociologia. Assim, foi possível vislumbrar quais inquietações remanescem no horizonte jurídico mundial e nacional, que já enfrenta e enfrentará cada vez mais casos desafiadores que costuram a nova realidade “informacional” em sua feição conflituosa com direitos fundamentais.

O último capítulo, portanto, tratou dessas celeumas principalmente no contexto brasileiro, em que não há regulação específica atinente aos dados pessoais⁴ e inexistente um efetivo ônus argumentativo exercido pelos julgadores. Neste último ponto, defende-se que a atividade judiciária pondere exaustivamente, de forma atenta às peculiaridades de cada caso, quais valores estão em jogo para, só após elencá-los, decidir qual detém prevalência parcial ou total.

2. NOTAS ELEMENTARES: A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE NO SÉCULO XXI

⁴ O Projeto de Lei nº 5276/2016 figura como uma promessa de normatização, mas ainda a depender dos anseios e conveniências do Poder Legislativo.

A miríade de inovações tecnológicas ocorridas no século XX e XXI, como por exemplo a digitalização, o armazenamento barato de informações, a facilidade no acesso e o alcance global das redes (MAYER-SCHONBERGER, 2009) fizeram transparecer novos desafios no que atine à proteção da privacidade.

Afinal, já há dois séculos uma dupla de autores norte-americanos anunciava, em tom profético, o fato de que “novos predadores” trariam dilemas nunca antes enfrentados para a seara da privacidade (WARREN E BRANDEIS, 1890). À época de escrita do emblemático “The Right to Privacy”, a principal preocupação dos referidos juristas centrava-se na nociva intervenção da imprensa na esfera privada, o que fez com que estes conclassem a existência, no contexto da *common law*, de um direito de “ser deixado em paz”⁵. Passados exatos 127 anos da marcante obra, a premissa suscitada por Warren e Brandeis permanece incólume.

O segundo pós-guerra trouxe uma nova aproximação do direito civil (especialmente com os direitos de personalidade) com a constituição e, por conseguinte, com a noção de dignidade da pessoa humana⁶, pautando o movimento cunhado pela doutrina de “repersonalização do direito civil”⁷ (FACHIN, 1992).

5 Os autores apontam (1890, p. 3): “Recentes invenções e métodos de negócios chamam atenção para o próximo passo que deve ser tomado para a proteção da pessoa e asseguramento ao indivíduo do que o Juiz Cooley chama de o direito de “ser deixado só”. Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right “to be let alone”. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that “what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops.”

6 BITTAR atesta (2015, p. 42): “[...] Os estudos mais recentes no campo do Direito Civil, em sua aproximação com o Direito Constitucional, na esteira dos trabalhos de Ingo Wolfgang Sarlet, têm tornado possível afirmar a unidade do tratamento da matéria e a desnecessidade de advogar de modo forte a posição positivista ou a posição jusnaturalista, como opostas. Seja a busca de unidade entre ramos do direito, seja a busca de unidade entre linhas de análise, têm proporcionado a possibilidade de afirmar na dignidade da pessoa humana, decorrente da Constituição de 1988, e decorrente da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a forma pela qual se dá tratamento e se confere fundamentação aos direitos humanos, aos direitos fundamentais e, por consequência, aos direitos de personalidade.”

7 Afirma FACHIN (2003, p. 218): “O Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como ‘serviço da vida’, a partir de sua real raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do

Nesse contexto, os direitos da personalidade no geral e a privacidade em específico ganham novos contornos, perpassando uma esfera clássica meramente individualista e ascendo para uma forma de preocupação coletiva, própria de um Estado tido como (também) social, cujo foco centra-se na regulação econômica e da sociedade (LOBO, 2002).

Atentando ao contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi responsável por positivar no seio do texto constitucional, de forma inédita, uma plêiade de dispositivos que enfatizam os direitos da personalidade, edificando sua essência jusfundamental sobretudo no artigo 5º, X, que traz proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando ainda os meios cabíveis de reparação civil.

A postura do constituinte em dispor explicitamente acerca dos direitos de personalidade no catálogo formal de direitos fundamentais revela uma arguta percepção dos novos tempos, também servindo como vias de compatibilizar o texto constitucional com uma visão emancipatória (CLÉVE, 2012), atento à pessoa em sentido amplo.

Em que pese notáveis avanços tenham ocorrido, portanto, no que tange à tutela da personalidade, norteados ora pela criação de novos direitos⁸, ora por sua modificação e sutil evolução, o direito encontra-se sempre em “perene desenvolvimento” (FERREIRA FILHO, 2009), tendo de regular novos fenômenos na velocidade galopante das inovações tecnológicas, sociais e econômicas, o que sabemos ser tarefa raramente tangível pelo paquidérmico sistema jurídico.

A grande preocupação deste estudo atine a este novo cenário, especificamente na rotineira prática, protagonizada principalmente por

século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico da Revolução Francesa, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo. O labor dessa artesanaria de ‘repersonalização’ e ‘reetização’ leva em conta um sistema aberto e rente à vida.”

8 Cita-se, a título exemplificativo, o advento do chamado direito ao esquecimento, que possibilita a seu titular, o não conhecimento, por outrem, de algum fato pretérito de sua vida, mesmo que verdadeiro. Tal direito surge justamente por intermédio de um estreitamento na relação entre os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana.

empresas, de coleta massificada de dados⁹, inclusive pessoais, atividade na maior parte das vezes promovida sem a anuência de seu titular.

Nesse contexto de incertezas e inquietações, o direito é convocado para não apenas regular temas polêmicos como a coleta de dados, mas sobretudo a fim de sancionar e obrigar os novos *players* a adotarem determinadas posturas ou cumprirem com obrigações específicas. Foi exatamente isso que ocorreu em 2014, quando o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou o emblemático caso *González vs Google Espanha*, que será o foco de estudo a partir de agora.

3. CASO GONZÁLEZ VS GOOGLE ESPANHA: BREVE RELATÓRIO

O caso *González vs Google Espanha*, julgado em 2014 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, foi um marco no que toca ao tema da proteção da personalidade. Isso, pois trouxe ao centro da dogmática jurídica uma nova ferramenta útil à tutela desse bem, qual seja a desindexação¹⁰ dos dados agrupados por motores de busca.

Imagine a seguinte situação: após contrair uma dívida com um banco, seu nome passa a figurar no cadastro nacional de inadimplentes e esse fato é noticiado em jornais locais. Você prontamente quita a dívida; entretanto, embora não haja mais obrigação alguma com a instituição bancária, a notícia permanece para quem quiser buscá-la e, ao reboque de insistentes pedidos de retirada, o jornal nega a requerida remoção, alegando para si um direito de liberdade de imprensa. Após vislumbrar como infrutífera qualquer comunicação com o aludido jornal, você, na condição de autor, tem uma ideia bastante peculiar: solicitar ao Google

9 A doutrina calhou chamar tal fenômeno de “*big data*”. (MAYER-SCHONBERGER e CUKIER, 2014)

10 A ciência da computação, como ramo autônomo do saber, pouco utiliza o termo “desindexação” no Brasil, pois prefere recorrer à expressão “indexação de dados” ou somente “indexação”, cujos pilares são os metadados, os buscadores, os usuários e o posicionamento *web*. Para um estudo mais aprofundado, consultar: GIL-LEIVA, Isidoro. A indexação na internet. **Brazilian Journal of Information Science**. v.1, n.2, p.47-68, jul./dez. 2007. ISSN: 1981-1640

que “esconda” os resultados de busca envolvendo a dívida já adimplida. Em breve síntese, foi isso que ocorreu no caso que será melhor estudado adiante.

Questiona-se: haveria, no caso narrado, um direito do autor em pedir para o *Google* desindexar as buscas em seu desfavor? Qual seria a extensão dessa decisão? Essas questões norteiam o presente artigo e serão devidamente respondidas a seguir. A ideia central, cumpre salientar, é de que informações veiculadas lícitamente passam, com o tempo, a perder relevância e interesse público, possibilitando sua remoção ou, *in casu*, desindexação.

Far-se-á, antes da análise crítica, um breve relatório acerca dos principais aspectos e do curso temporal dos fatos relacionados ao caso. Salienta-se que o julgado trata-se um verdadeiro marco decisional que revela a grande preocupação dos países europeus em regular os aspectos mais polêmicos no tocante à proteção da personalidade, criando inclusive figuras jurídicas inéditas aliadas a soluções técnicas bastante criativas, tudo com o fito de (tentar) disciplinar as relações sociais na internet.

Relatório: Na data de 5 de março de 2010, o *Sr. Costeja González*, cidadão espanhol, ingressou com uma reclamação judicial contra o *La Vanguardia Ediciones SL*, jornal de grande circulação na região da Catalunha; na mesma ação, também acionou judicialmente o *Google Spain* e o *Google Inc.* A ação originou-se do fato de que, ao buscar-se o nome completo do *Sr. González* na ferramenta de pesquisa do *Google*, os resultados traziam duas páginas do referido jornal *La Vanguardia*, datadas de 19 de janeiro e 9 de março de 1998, em que o nome de *González* estava relacionado com procedimentos de execução fiscal de débitos de seguridade social¹¹. Em sua argumentação, o reclamante apontou que tal dívida havia sido quitada há anos. O pedido centrou-se, portanto: a) na remoção ou alteração dessas páginas, pelo jornal *La Vanguardia*, a fim de que os dados pessoais relacionados ao nome do autor não mais

11 EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-131/12. **Pesquisa de Jurisprudência**. 13 de maio de 2014. Acórdão disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&docid=152065>. Acesso em 30/05/2017.

aparecessem nas buscas; b) na remoção ou omissão dos dados de busca envolvendo seu nome no mecanismo de busca *Google Spain* e *Google Inc.*

No âmbito administrativo, em 30 de julho de 2010, a Agência Espanhola de Proteção de Dados rejeitou o pleito, esclarecendo que, no tocante ao pedido dirigido ao *La Vanguardia* (a), a publicação estava juridicamente justificada pois deu-se após ordem do Ministro do Trabalho e Justiça Social, que intentava dar a maior publicidade possível aos débitos sociais. Todavia, atinente ao pedido (b), a referida agência sustentou que motores de busca como o *Google* estão sujeitos aos ditames das leis de proteção de dados, eis que são *responsáveis pelo processamento de dados* e atuam como intermediários da informação. Em seu argumento fulcral, o órgão administrativo externou a visão de que poderia requerer a retirada de dados e a proibição de acesso a determinados dados por motores de busca quando a localização e disseminação de tais dados atentasse contra o direito fundamental de proteção de dados e a dignidade da pessoa *lato sensu*. O mecanismo para atingir esse fim não seria necessariamente a remoção dos dados, mas sim a *desindexação das buscas*.

Irresignado com a suprarreferida decisão, o *Google Spain* e a *Google Inc.* ajuizaram recursos na Audiência Nacional, um órgão judiciário espanhol com competência sobre todo o território do país¹², que subiriam para o Supremo Tribunal da Espanha. Em sua argumentação defensiva, apontavam que o *Google* não faz tratamento de dados nas aplicações de internet¹³ em relação a terceiros. E, mesmo que tratasse diretamente desses dados, a reclamada não poderia ser responsabilizada pelo seu teor, pois não teria conhecimento e nem controle sobre eles. Por entender que a matéria de fundo do julgamento envolvia a interpretação da Diretiva 95/46¹⁴, a Audiência Nacional declinou de sua competência e devolveu

12 Seria o equivalente ao Superior Tribunal de Justiça no Brasil. RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha**. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>>. Acesso em 30/05/2017.

13 Uma definição de aplicações de internet pode ser encontrada no artigo 5º, VII, do Marco Civil da Internet: “aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.

14 Tal diretiva, datada de 24 de outubro de 1995, tem aplicação sobre todos os países da União

o processo ao Tribunal de Justiça da União Europeia, órgão judiciário de cúpula no contexto da UE¹⁵.

A ação foi finalmente julgada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 13 de maio de 2014. Os objetos de análise foram especificamente os artigos 2º, alíneas “b” e “d”, também o artigo 4º, inciso 1, alíneas “a” e “c”, o artigo 12, alínea “b”, e finalmente o artigo 14, §1º, alínea “a”, todos da já citada Diretiva 95/46/CE, bem como do artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. A principal discussão, portanto, seria se motores de busca como o Google realizam tratamento de dados e, caso assim considerado, se haveria responsabilidade por parte da empresa nesse trato, mediante exegese da diretiva alhures.

Neste ponto, o órgão decisório consignou:

Therefore, it must be found that, in exploring the internet automatically, constantly and systematically in search of the information which is published there, the operator of a search engine ‘collects’ such data which it subsequently ‘retrieves’, ‘records’ and ‘organises’ within the framework of its indexing programmes, ‘stores’ on its servers and, as the case may be, ‘discloses’ and ‘makes available’ to its users in the form of lists of search results. As those operations are referred to expressly and unconditionally in Article 2(b) of Directive 95/46, they must be classified as ‘processing’ within the meaning of that provision, regardless of the fact that the operator of the search engine also carries out the same operations in respect of other types of information and does not distinguish between the latter and the personal data.¹⁶

Europeia e refere-se à proteção de pessoas naturais no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Interessante notar, portanto, que os países integrantes da União Europeia tem regramento próprio sobre o tema desde 1995, enquanto o Brasil ainda não editou uma lei específica acerca da proteção de dados pessoais. Ademais, a Espanha, como já citado, tem na estrutura de sua administração pública uma autarquia, a Agência Espanhola de Proteção de Dados, incumbida dessa matéria. Notório o déficit brasileiro no tema. Diretiva disponível em < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em 30/05/2017.

15 A partir de então, alguns estudiosos do caso passaram a nominá-lo de *González e AEPD vs. Google Espanha*, pelo fato de que o órgão administrativo europeu havia respaldado uma das pretensões do autor, qual seja a de considerar a empresa ré como gestora de dados, atribuindo-se-lhe responsabilidade diferenciada.

16 “Assim, deve ser considerado que, por explorar a internet de forma automática, constante e

Desse modo, o primeiro ponto assentado na decisão foi de que o Google realiza efetivamente o tratamento de dados, nos moldes do texto previsto na Diretiva 95/46/CE.

No atinente à responsabilidade da empresa decorrente desse tratamento, o Tribunal de Justiça da União Europeia asseverou, no ponto 33 das questões prejudiciais, que: “It is the search engine operator which determines the purposes and means of that activity and thus of the processing of personal data that it itself carries out within the framework of that activity and which must, consequently, be regarded as the ‘controller’ in respect of that processing pursuant to Article 2(d)”¹⁷. Não obstante, pelo fato de que as atividades dos motores de busca podem afetar sobremaneira direitos fundamentais, mormente a privacidade e a proteção de dados pessoais, aquele que opera este motor deve assegurar que sua atividade esteja em acordo com o disposto na Diretiva 95/46. Consequentemente, concluiu o tribunal que haveria responsabilidade do motor de busca na formatação de dados pessoais pela possibilidade latente de que sua atividade viesse a afetar bens jusfundamentais¹⁸.

Superadas tais questões, passa-se ao eixo decisório central, que guarda maior pertinência com este estudo: o reconhecimento ou não da existência um direito à desindexação ou exclusão de referências ou

sistemática em busca da informação que é publicada lá, o operador de um mecanismo de busca ‘coleta’ tal data que é subsequentemente ‘recuperada’, ‘registrada’ e organizada na estrutura de seus programas de indexação, também ‘guardada’ em seus servidores e, dependendo do caso, ‘divulgada’ e ‘disponibilizada’ para seus usuários na forma de listas com resultados de pesquisa. De modo que tais operações constam expressamente e incondicionalmente no artigo 2º, alínea b, da Diretiva 95/46, elas devem ser classificadas como ‘tratamento’ no sentido daquela provisão, independente do fato de que o operador dos mecanismos de busca também realiza essas mesmas operações no tocante a outros tipos de informação e não realiza a distinção entre o último e os dados pessoais” (tradução livre).

17 “[...] é o operador do motor de busca que determina as finalidades e os meios dessa atividade e, deste modo, do tratamento de dados pessoais que ele próprio efetua no contexto dessa atividade e que deve, consequentemente, ser considerado ‘responsável’ por esse tratamento por força do referido artigo 2.º, alínea d)” (tradução livre)

18 Esse é um caso interessante para se estudar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito europeu, apesar desse não ser o foco do presente trabalho. Bens jusfundamentais são o cerne de proteção dos direitos fundamentais. Ex: direito à saúde pode proteger a vida, a escolha do tratamento, a dignidade, entre outros bens.

links nos mecanismos de busca (SARLET, 2015). Nessa senda, estava-se a julgar se a conduta de indexação dos resultados de busca envolvendo o nome de González seria ilícita, ou seria apenas a divulgação da notícia do La Vanguardia que mereceria reprimenda do direito.

O argumento encontrado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia foi de que, ao explorar economicamente a informação¹⁹ por intermédio de listas de resultados, haveria uma especificidade na atuação do Google em comparação com o La Vanguardia²⁰.

Foi levantando também o argumento de que a desindexação das buscas figura como ação muito menos restritiva do que a remoção de determinada página da internet. De forma corajosa, mas não menos criticável, o órgão decisório determinou ao Google a desindexação dos resultados de busca relacionando o nome de *González* ao débito já saldado.

Superado o capítulo que visava a jogar luzes acerca do caso paradigmático, agora será promovida uma análise crítica do teor da decisão.

4. ANÁLISE CRÍTICA DO JULGADO

A decisão proferida no *caso González* é de importância monumental para as futuras discussões acerca dos temas “esquecimento”, “direitos da personalidade na internet” e “responsabilidade dos provedores de busca”. Como já salientado, a *ratio decidendi* expendida consubstanciou uma postura bastante corajosa do Tribunal, que tentou e efetivamente conseguiu equilibrar diversos valores importantes pertencentes ao patrimônio jurídico tanto da parte autora quanto da ré.

Nesse ínterim, a desindexação figura no horizonte como um

19 Novamente, rememora-se que a informação ocupa papel central na sociedade informacional, por ser o principal commodity ou a principal matéria-prima produtiva. Ademais, por constituir-se como a base material dessa nova sociedade, o modelo negocial de diversas empresas como o facebook e o google baseiam-se na coleta e sistematização de dados. (CASTELLS, 1999).

20 Assim, o site de buscas seria responsável, após pedido do autor, por desindexar os resultados contestados. Esse é um ponto importante, pois seria bastante temerário exigir que o Google desindexasse tais informações de ofício, pois essa conduta poderia gerar verdadeira censura.

engenheiro e promissor mecanismo de proteção à personalidade na internet, sendo inclusive meio menos restritivo em comparação com, por exemplo, a remoção de uma página, pois, ao simplesmente desindexar, não ocorrerá a supressão material do dado, mas apenas construir-se-á uma barreira artificial ao seu acesso. Tomando uma analogia bastante elucidativa, seria o mesmo que colocar um livro no fundo de uma prateleira de uma biblioteca; a obra continuaria ali, para todos que quisessem acessá-la, mas haveria uma dificuldade mais latente em sua busca.

É de se criticar, contudo, a ligeira e acrítica aproximação entre a decisão proferida no caso *González vs Google* e a polêmica figura do direito ao esquecimento, como se o objeto central da sentença proferida pelo aludido Tribunal fosse estritamente ligado a uma pretensão de esquecimento do autor. A máxima não procede porquanto a decisão foco de estudo citou o *right to be forgotten* apenas 3 vezes, de modo *en passant*, representando o *obiter dictum* e não o coração do acórdão.

Esse ponto deve ser colocado: esquecimento na internet, completo e sem repercussões, é tarefa impossível; o que pode ser feito, a depender de forte ônus argumentativo e ponderação com demais princípios colidentes no caso concreto, é a desindexação de determinada informação atentatória a um dos direitos de personalidade.

Também é de se ter bastante cuidado na importação automática da desindexação para o cenário jurídico brasileiro, pelos seguintes motivos: a) não temos uma lei específica de proteção de dados pessoais como ocorre no contexto europeu, portanto qualquer decisão nesse sentido seria, do ponto de vista hermenêutico, ativista; b) existe uma prática autoritária de desindexação de dados que detém interesse público ou constituem a história dos povos, portanto qualquer aplicação deste novel instituto obriga necessariamente uma análise aprofundada e que utilize da melhor técnica da proporcionalidade e da ponderação de princípios.

5. NOVAS PERSPECTIVAS E DESAFIOS

Alertando-se a esse conturbado cenário pelo qual os direitos da personalidade perpassam, que fez surgir uma possibilidade bastante peculiar de sua tutela, principalmente após 2014 com o emblemático julgado *González vs Google*, algumas dúvidas ainda permanecem e serão apresentadas neste capítulo, mormente aquelas relacionadas à eventual aplicação do instituto da desindexação de dados em solo brasileiro.

a) Insuficiência do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014):

Inicialmente, convém destacar aspectos relacionados ao Marco Civil da Internet, regramento fruto de ampla discussão no cenário brasileiro. Conforme aponta Marcos Wachowicz: “O fato é que a Lei do Marco Civil da Internet vem preencher uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, vez que inexistia qualquer norma dispusesse sobre os princípios, direitos e deveres dos usuários na Internet” (WACHOWICZ, 2015, p. 236).

Embora o novo diploma legislativo tenha representado um retumbante avanço da regulação do direito no ambiente dinâmico da internet, fato é que, no tratamento de dados pessoais, a legislação é bastante vaga e, por conseguinte, insuficiente. Apesar de a proteção de dados constar nitidamente como um princípio, alocado no art. 3º, inexistia qualquer disciplina sobre a responsabilidade dos mecanismos de busca e nem sobre como eles deveriam proceder para efetuarem a desindexação de dados²¹ de pesquisa.

Nessa esteira, impende salientar que o Brasil é um dos poucos países ainda carentes de uma legislação específica sobre proteção de dados pessoais (MORGADO, 2009), o que prejudica e muito a discussão de temas importantes, como por exemplo a corriqueira e odiosa prática de mercantilização de dados pessoais pelas empresas, violadora de diversos princípios constitucionais. Tudo pra dizer, então, que em matéria de proteção de dados pessoais a discussão e regulação do tema ainda

21 Acreditamos que necessariamente haveria de ter uma ordem judicial, sob risco de a desindexação *ex officio* tornar-se censura por parte dos mecanismos de busca.

engatinham em solo pátrio, na contramão do que muitos países — principalmente europeus — vêm fazendo.

b) Os casos penumbra ou a falibilidade do direito em regular ambientes tão dinâmicos como a internet:

A segunda inquietação se apresenta na seguinte questão: mesmo que por ventura exista uma regulação legal bastante específica e protetiva em matéria de proteção de dados pessoais, sanando portanto os problemas trazidos no tópico passado, a seguinte dúvida permanece: o direito consegue ou conseguiria tutelar a personalidade do cidadão no contexto da internet, em que milhões de páginas são criadas e acessadas a cada minuto? Em suma: a proteção da personalidade seria compatível com a arquitetura da rede? (LESSIG, 2006)

Além disso, em alguns casos a simples desindexação não seria suficiente a fim de tutelar os direitos da personalidade. Como seria possível desindexar milhões de páginas agrupadas em diferentes mecanismos de busca? Afinal, embora no caso *González* a ordem tenha sido dirigida ao Google, existem diversos outros sites que prestam serviços parecidos. Ademais, a própria desindexação pode apresentar outros problemas; no caso do Google, ela deveria ser feita apenas para o endereço virtual local do google — “google.com.br” — ou também para o domínio global — “google.com”?

Apesar da dúvida parecer, inicialmente, meramente lateral, ela implica em diferentes resultados práticos. Ao adotar-se apenas uma exclusão no domínio local, o resultado da busca ainda apareceria para usuários de outros países ou, ainda, para nacionais que utilizassem programas que mascaram a identidade na internet, chamados de *VPN*²².

Em síntese, de nada adiantaria uma decisão ordenando a desindexação de determinado conteúdo violador dos direitos da

22 Um VPN, ou *Virtual Private Network*, é uma rede privada virtual que tem por objetivo estabelecer conexões seguras através de protocolos não seguros. Vide: SARLO, Lino da Silva. **VPN: Aprenda a Construir Redes Privadas Virtuais em Plataformas Linux e Windows.** São

personalidade se a execução da decisão não fosse factível ou se seus efeitos não pudessem ser determináveis. O revés apontado, por tocar nas próprias bases do direito e seu papel de regulador social, no contexto de um ambiente dinâmico como a internet, é um dos, senão o maior obstáculo a ser superado no tema. Desse modo, essas questões ainda permanecem espinhosas, devendo ser atendidas por tratados internacionais e regulações próprias do direito internacional.

c) Conflitos principiológicos: o cuidado com banalizações

A tarefa de desindexação deve constituir-se sempre como exceção e não como regra. Isso quer dizer que, havendo qualquer solução diversa que se apresenta mais pacífica para os princípios constitucionais em jogo, a desindexação deverá ser desconsiderada²³. É o caso, por exemplo, de quando uma informação constrangedora pode ser removida pelo próprio usuário, no caso de quando este detém seu controle, por estar, a título exemplificativo, em sua página pessoal do *facebook*.

Conforme já aventado, também deve ser promovido um sábio cotejo entre todos os princípios que estão em jogo. De um lado, as empresas podem deter um legítimo interesse em informar e dissipar informações das mais variadas, atendendo ao relevante valor da liberdade de imprensa; de outro, o sujeito, que também pode ser uma pessoa jurídica, pode considerar que essa informação é atentatória por exemplo a sua imagem, pleiteando a devida reparação. É preciso dosar, com um forte ônus argumentativo, qual o lado preponderante da balança. Para tanto, exige-se uma decisão firme, que primeiro evoque explicitamente os princípios em choque e, somente então, decida pela opção menos ruidosa.

Paulo, Novatec, 2003.

23 E, ainda, é preferível que a desindexação tenha uma precedência à obliteração ou remoção de páginas virtuais.

5. CONCLUSÃO

Apresentadas considerações iniciais acerca da privacidade e sua nova configuração nos séculos XX e XXI, tratou-se do problema que o direito enfrenta em regular e tentar das respostas satisfatórias a esse novo modelo de sociedade pautado pela primazia da informação, cujas mudanças obrigam a readaptação de velhos institutos do sistema jurídico e a criação de tantos outros, sob pena de que direitos fundamentais historicamente conquistados sejam rapidamente erodidos.

O caso *González vs Google* representa bem, então, o conflito de interesses entre um titular de um direito de personalidade alegadamente violado e, no outro polo, a sanha de uma empresa em permanecer com um modelo de negócios pautado na coleta e indexação desenfreada de dados, inclusive pessoais.

O referido julgado representou o nascimento de um direito à desindexação de resultados de busca na União Europeia, mediante o entendimento de que a empresa Google, por realizar uma atividade de exploração econômica ligada a coleta de dados, era efetivamente uma tratadora desses dados, devendo arcar com a responsabilidade alocada nas disposições normativas da Resolução 95/46/CE.

A magnitude do caso, portanto, ecoa inclusive no contexto brasileiro, que infelizmente ainda não se encontra preparado para tratar casos dessa estirpe, por dois principais motivos: o primeiro é a falta de qualquer regulação específica para os dados pessoais – tanto legal quanto, por exemplo, por intermédio de agências reguladoras. O segundo, por uma má aplicação da ponderação principiológica pelos julgadores, o que poderia tornar a desindexação um mecanismo de censura e retrocesso, justamente o contrário do que o presente artigo visou a defender.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. 1ª. ed.

EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-131/12. **Pesquisa de Jurisprudência**. 13 de maio de 2014. Acórdão disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&docid=15206>. Acesso em 30/05/2017.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 27, 1992/93, p. 49-60, 1992.

_____. **Comentários ao Código Civil**. Parte Especial. Direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Parecer referente a consulta da Câmara dos Deputados acerca de verbas parlamentares. **Lex**. São Paulo: jun. 2009.

GIL-LEIVA, Isidoro. A indexação na internet. **Brazilian Journal of Information**

Science. v.1, n.2, p.47-68, jul./dez. 2007. ISSN: 1981-1640

GROSSI, Paolo. **Primeira lição de direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

LESSIG, Lawrence. **Code**: version 2.0. New York: Basic Books, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan/mar. 1999.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor. **Delete**: The Virtue of Forgetting

in the Digital Age. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2009.

_____; CUKIER, Kenneth. **Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think.** Eamon Dolan/Houghton Mifflin Harcourt Press, 2014.

MORGADO, Laerte Ferreira. **O cenário internacional de proteção de dados pessoais.** Necessitamos de um Código Brasileiro? Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6336>. Acesso em 24/06/2017.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha.** 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>>. Acesso em 30/05/2017.

SARLO, Lino da Silva. **VPN: Aprenda a Construir Redes Privadas Virtuais em Plataformas Linux e Windows.** São Paulo, Novatec, 2003.

WACHOWICZ, Marcos. Cultura Digital e Marco Civil da Internet: contradições e impedimentos jurídicos no acesso à informação. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cintia Rosa Ferreira de. **Direito & Internet.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2015. p. 236.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. **The Right to Privacy.** Harvard Law Review. Cambridge: Harvard University Press. IV, nº 5, p. 193-217, 1890.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO AUTORAL E AS NOVAS
TECNOLOGIAS: Fronteiras entre
o Direito Público e Privado na
Sociedade da Informação

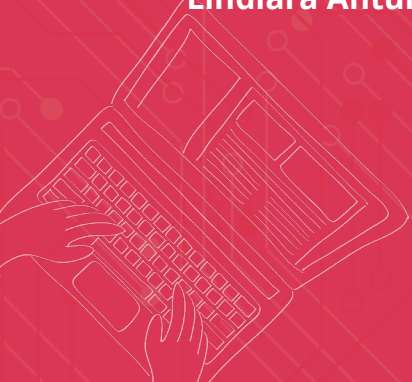
Título:

**DIREITOS AUTORAIS E
ACESSO À LIBERDADE DE
INFORMAÇÃO NA REDE:
ANÁLISE DO USO DE
LIVROS DIGITALIZADOS**

Luiz Gonzaga Silva Adolfo

Laís Michele Brandt

Lindiara Antunes do Nascimento



DIREITOS AUTORAIS E ACESSO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NA REDE: ANÁLISE DO USO DE LIVROS DIGITALIZADOS

Autores: Luiz Gonzaga Silva Adolfo, Laís Michele Brandt, Lindiara Antunes do Nascimento

Resumo: O estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, realizada com base no método dedutivo (fins de abordagem) e monográfico (fins procedimentais) sobre o “direitos autorais e acesso à liberdade de informação na rede: análise do uso de livros digitalizados”. Os direitos autorais e direito ao livre acesso à informação são considerados direitos humanos e fundamentais. Eles se colidem consequentemente no espaço cibernético, pois as informações se propagam de maneira flexível, adaptável e rápida. Assim o presente artigo possui como objetivo geral a análise da proteção dos direitos autorais no âmbito da sociedade da informação, analisando os inevitáveis conflitos entre os interesses dos autores e os anseios dos usuários de obras intelectuais. A pesquisa objetiva, ainda analisar o contexto dos direitos autorais sobre as obras em formato digital e o direito ao livre acesso a informação a qual pode ser constantemente modificada por meio da cultura que se desenvolve via internet e a dificuldade da proteção de tais direitos num espaço virtual que se diz público. Enfim, a questão central: quais os limites dos direitos autorais e do direito ao livre acesso à informação? Neste viés, é preciso considerar que, de um lado, há uma pessoa, o autor, que tem garantia de respeito ao seu nome como autor da obra e compensação pelo seu uso; do outro, o cidadão com o direito de liberdade de obter informações. É sendo a internet um vasto campo de atividades humanas que se difunde nos limites dos direitos autorais e de livre acesso à informação, o que justifica a necessidade de construir e reconstruir outras formas de proteção. É preciso redefinir suas fronteiras no uso dos conteúdos da rede. Na busca de uma tutela do autor e a ampliação do acesso às obras intelectuais, para desenvolver um ambiente humanitário e científico.

Palavras-chave: Direito Autoral. Livros Digitais. Internet. Sociedade da Informação.

1. INTRODUÇÃO

O estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, realizada com base no método dedutivo (fins de abordagem) e monográfico (fins procedimentais) sobre o “direitos autorais e acesso à liberdade de informação na rede: análise do uso de livros digitalizados”.

Os direitos autorais e direito ao livre acesso à informação são considerados direitos humanos e fundamentais. Eles se colidem conseqüentemente no espaço cibernético, pois as informações se propagam de maneira flexível, adaptável e rápida. Nos últimos tempos, a sociedade vivenciou um avanço de informações mais rápido do que havia ocorrido se fosse somado milhares de anos na história humana. A tecnologia proporcionou velocidade na distribuição de dados, e a cada minuto, aparelhos modernos tornam-se “antigos”, visto que há sempre a criação de um modelo melhor, mais rápido e com mais recursos.

A rápida difusão de informações, imagens, documentos, livros, obviamente, contribui para a sociedade, pois possibilita àqueles que não têm muitos recursos, conseguir um melhor nível de conhecimento, em qualquer ramo, visto a facilidade com que a internet disponibiliza informações a qualquer um que queira aprofundar seus saberes.

Assim o presente artigo possui como objetivo geral a análise da proteção dos direitos autorais no âmbito da sociedade da informação, analisando os inevitáveis conflitos entre os interesses dos autores e os anseios dos usuários de obras intelectuais. A pesquisa objetiva, ainda analisar o contexto dos direitos autorais sobre as obras em formato digital e o direito ao livre acesso a informação a qual pode ser constantemente modificada por meio da cultura que se desenvolve via internet e a dificuldade da proteção de tais direitos num espaço virtual que se diz público. Enfim, a questão central: quais os limites dos direitos autorais e do direito ao livre acesso à informação?

Neste viés, é preciso considerar que, de um lado, há uma pessoa, o autor, que tem garantia de respeito ao seu nome como autor da obra e compensação pelo seu uso; do outro, o cidadão com o direito de liberdade

de obter informações. É sendo a internet um vasto campo de atividades humanas que se difunde nos limites dos direitos autorais e de livre acesso à informação, o que justifica a necessidade de construir e reconstruir outras formas de proteção. É preciso redefinir suas fronteiras no uso dos conteúdos da rede. Na busca de uma tutela do autor e a ampliação do acesso às obras intelectuais, para desenvolver um ambiente humanitário e científico.

2. AS TRANSFORMAÇÕES NAS FORMAS TRADICIONAIS DE ACESSO AOS LIVROS

O mundo contemporâneo é fortemente marcado pela produção, organização e consumo das informações, que representam o elo central da sociedade globalizada. “Dados e informações, (...), tornam-se os bens mais preciosos na sociedade na medida em que, a partir disso, inúmeras decisões, com alcance global, podem ser tomadas” (MARTINO, 2014, p.101). A demanda por informações cresce na proporção em que são ampliados os espaços de ação do capitalismo, em um sistema em que as fronteiras nacionais não servem mais de limitação para a comunicação entre os indivíduos (MARTINO, 2014).

Para Castells, a informação sempre foi um elemento central em todas as sociedades historicamente conhecidas. Hoje, a novidade é a forma pela qual a informação é transmitida, ou seja, por meio da microeletrônica, em uma estrutura que tem como base as redes digitais de computadores, que “geram, processam e distribuem informações” (CASTELLS, 2002, p.16).

Uma rede é um conjunto de nós, de pontos interconectados, em que os elementos se comunicam entre si e interagem por meio de ligações múltiplas. Caracteriza-se, principalmente, pela flexibilidade de seus componentes, pois permite a adaptação a diversos contextos sem que ocorra uma perda das características básicas (MARTINO, 2014). A formação de redes, apesar de ser uma prática antiga, ganhou um novo sentido na sociedade atual em razão da internet, que possibilitou uma

energização e disseminação das redes de informação.

Durante a maior parte da história humana, diferentemente da evolução biológica, as redes foram suplantadas como ferramentas de organização capazes de congregar recursos em torno de metas centralmente definidas, alcançadas através da implementação de tarefas em cadeias de comando e controle verticais e racionalizadas. As redes eram fundamentalmente o domínio da vida privada; as hierarquias centralizadas eram o feudo do poder e da produção. Agora, no entanto, a introdução da informação e das tecnologias de comunicação baseadas no computador, e particularmente a internet, permite às redes exercer sua flexibilidade e adaptabilidade, e afirmar assim sua natureza revolucionária.

Ao mesmo tempo, essas tecnologias permitem a coordenação de tarefas, acesso a conhecimento e a administração da complexidade. Isso resulta numa combinação sem precedentes de flexibilidade e desempenho da tarefa, de tomada de decisão coordenada e execução descentralizada, de expressão individualizada e comunicação global, horizontal, que fornece uma forma organizacional superior para a ação humana (CASTELLS, 2003).

A internet gerou um espaço em que as informações circulam livremente, de forma multilateral, com múltiplos emissores-receptores, em que “qualquer pessoa pode, a qualquer tempo e de qualquer lugar do planeta, desde que com acesso à rede, exprimir suas opiniões”, que serão acessadas e conhecidas de forma imediata por indivíduos de diferentes localidades.

A revolução tecnológica da informação ou como define Castells (1999) a revolução das novas tecnologias da informação, ampliou os meios de comunicação de massa e tem provocado uma série de reflexões sobre os limites dos direitos autorais. Nesse século, a reprodução de obras em suportes físicos já não mais ocupa o âmago da problemática dos direitos autorais. A falsa ideia de que as obras disponibilizadas por meio da internet são de domínio público tem causado grandes prejuízos patrimoniais e morais aos criadores de obras intelectuais. A sociedade da informação apregoa o livre acesso ao conhecimento e, ao mesmo tempo,

faz-se necessário a proteção da criação intelectual do autor. Eis um conflito de difícil equacionamento.

Assim, tem-se na sociedade da informação novas mídias de acesso, como os livros digitais, aqueles que são na sua maioria, digitalizações de livros físicos- embora atualmente já existam livros digitais exclusivamente em forma de dado, que vem tomando cada vez mais espaço dentro do mercado autoral.

Esta forma de obra digitalizada, como milhares de outras coisas na internet, tem sido chamado de e-book, ou eletronic book, ou seja, livro eletrônico. Ao contrário de um livro físico, ele é lido na tela do computador, ou em dispositivos criados por empresas especializadas, que têm a capacidade de armazenar milhares deles.

Neste contexto, cabe referir que se tem confrontos entre direitos autorais e direito ao livre acesso à informação na Internet. O qual é um espaço essencialmente público, mas com pontos privados, quando se tem limitações ao direito do livre acesso à informação.

Onde tem-se a figura de produtores, usuários e consumidores, os quais acabam por entrar em conflito. Cabe referir que o direito ao livre acesso à informação na Internet é a possibilidade do uso lícito desse direito em detrimento dos direitos autorais quando existem razões de ordem pública, no quais não estejam envolvidos interesses econômicos, ou que superem propriamente o sentido econômico do direito autoral, primordialmente quando estiverem em jogo interesses educativos, culturais, humanitários, por exemplo.

Uma questão relevante é que muitos livros são digitalizados e postos à disposição dos cidadãos através da internet, sem a expressa autorização de seus autores, não estando ainda em domínio público. Em contrapartida, há aqueles autores que, mesmo que estejam com suas obras protegidas pelos direitos autorais, disponibilizam gratuitamente suas obras na internet. Eis um fato interessante, pois utilizam esse mecanismo justamente para promover suas obras. Um dos maiores autores de revistas em quadrinhos do mundo, Neil Gaiman, em um evento em 2008, foi questionado por um jornalista sobre sua opinião a respeito de seus quadrinhos estarem

sendo disponibilizados de graça na internet. Paiva (2010), entende que o inimigo não seja o fato das pessoas estarem adquirindo livros físicos ou lendo de graça por meio da internet, para ele o maior problema é que estas pessoas não partilhem a leitura.

Na entrevista ainda, o autor afirma que ninguém achou seus autores preferidos indo até a livraria e comprando o livro sem indicação nenhuma. Provavelmente ouviu falar de algum conhecido ou leu algum outro livro na biblioteca. Depois de conhecer o autor, as pessoas geralmente vão e compram os outros livros dele. É assim que acham seus autores preferidos. Portanto, ele não vê nada de errado na disponibilização na internet, pois essa é uma forma das pessoas conhecerem seu trabalho e comprarem quadrinhos.

Mas se questiona até que ponto este livre acesso de obras é benéfico ou não. Todavia, a quem defenda que os direitos autorais devem ser protegidos, e os que defendem com esse acesso livre haverá uma maior difusão cultural. Neste contexto, se questiona os livros tradicionais vão acabar? Uma das principais dúvidas quanto ao avanço da tecnologia surgiu com a criação dos e-books, e sua constante propagação. Muitos pensaram que os livros tradicionais estavam fadados à extinção, contudo, grande parte dos estudiosos, afirmam que os livros físicos não irão acabar.

O principal argumento é que os livros são como colheres, tesouras, ou outras ferramentas que depois de criadas no início da civilização, mesmo com o surgimento de tantas tecnologias, nunca desapareceram. Livros também são criações antigas da humanidade, os clássicos, por exemplo, são impressos até hoje. Em contrapartida, muitos afirmam que o mundo no futuro será totalmente computadorizado, embora isso seja apenas uma suposição. Moraes (2006, p. 182), discutindo o tema, se questiona se a internet acabará com os livros impressos ou não, é assim se pronuncia.

A Internet acabará com os livros impressos? Vale dizer que os novos formatos digitais não tornarão todos os anteriores obsoletos. O formato físico dos livros certamente sobreviverá na Era Digital. Aliás, na história da cultura, a tese do “isso-vai-matar-aquilo” é

simplista demais. A invenção da fotografia não aboliu a pintura. O fonograma não eliminou as apresentações “ao vivo”. O videocassete não extinguiu o cinema. Este não aboliu o teatro. A internet não tornou obsoletos os jornais impressos.

Nesse sentido entende Vianna (2006, p.15):

A digitalização das obras intelectuais não aboliu a impressão de livros. As leis que sempre foram de domínio público, estão fartamente disponíveis na íntegra na Internet, mas as editoras jurídicas continuam produzindo e vendendo códigos impressos. Inúmeras traduções da Bíblia podem ser encontradas na Internet com facilidade, mas a obra sagrada continua sendo o livro mais vendido do mundo. A genial literatura de Machado de Assis, em domínio público pelo passar do tempo, também pode ser encontrada na Internet, mas várias editoras continuam imprimindo seus trabalhos, inclusive em edições luxuosas.

Embora a maioria pense que os livros tradicionais não serão substituídos, as novas tecnologias e suas facilidades, estão adquirindo adeptos de forma rápida. Ainda é incerto dizer, mas já há planos de empresas, editoras e lojas, que estão apostando fortemente na mídia digital. Obviamente, haverá o período de “convivência” entre os dois tipos de livros, mas somente a aceitação do público poderá nos dizer qual dos dois será o vencedor nessa batalha. E com as novas gerações, os livros digitais irão superar os livros tradicionais, assim como o computador superou a máquina de escrever, basta observar a dependência das novas gerações em relação à facilidade, velocidade e praticidade. Observando a tendência de livros digitais, a empresa de comércio de livros norteamericana Amazon criou um dispositivo capaz de armazenar centenas de livros deste tipo, e o apelidaram de Kindle, que, de acordo com Santos (2009, p. 77), em reportagem para a revista Superinteressante, é “uma tela digital capaz de reproduzir as páginas de qualquer livro, ainda que com algumas limitações. Tem enormes vantagens na disputa com o papel.”

O dispositivo é conectado à uma rede wireless (sem fio), que possibilita o usuário fazer download de qualquer dos livros digitalizados disponíveis no site da empresa, de forma praticamente instantânea. Ou seja, ao acabar de ler o livro, a pessoa já pode começar a ler o seguinte. Tudo ocorre por meio eletrônico, desde o pagamento com cartão de

crédito até a leitura. Ainda, há uma entrada USB para que o usuário possa realizar a leitura de um e-book que não foi comprado na empresa.

Uma das vantagens do sistema está no preço dos livros. São disponibilizados, de acordo com estatística da Amazon, de 24 de julho de 2010, 650 mil títulos, pelo preço médio de US\$ 9,99, muito diferente dos US\$ 25,00 ou US\$ 35,00 de livros com capa dura. Além disso, alguns livros clássicos são disponibilizados gratuitamente ou a preços mais baixos ainda (CARVALHO, 2009).

Além da Amazon – que foi a precursora do dispositivo – atualmente outras empresas estão investindo nos “e-book readers”, leitores de livros digitais, tais como a Sony, Samsung e outras dezenas. Talvez seja uma prova de que os livros digitais vieram para ficar.

Conforme a reportagem da revista Superinteressante anteriormente citada, escolas na Inglaterra já estão adotando e-books no ensino. Os alunos não precisam mais carregar livros, apenas o aparelho de 300 gramas, e tem todo o material necessário. O autor da reportagem ainda faz um comentário bem humorado, de que as crianças não sofrerão mais de dor nas costas devido as mochilas pesadas.

Um ponto negativo do aplicativo Kindle, é que em razão da rápida difusão do mesmo, os usuários não pensam duas vezes antes de adquirir produtos na empresa Amazon, em razão da sua facilidade, fomentando assim a doença já conhecida fora dos meios eletrônicos – o consumismo.

Outro fator a ser considerado é que, com a disponibilização destas novas tecnologias as quais são cada vez mais aceitas pelos usuários, gera uma quebra de mercado em relação as editoras e distribuidoras que trabalham com a produção de livros físicos. Conforme Santos (2009, p.79):

Pense aqui com a gente: se não vamos precisar de papel, tinta e distribuição pra fazer e vender livros...para que servirão as editoras e distribuidoras? Aí é que o bicho pega. Autores best sellers não precisam de tanta orientação ou promoção pra vender livros. Poderiam cortar os intermediários e negociar direto com as lojas. Isso aumentaria a participação nos lucros [...]. Mas e os autores menos famosos? Eles ainda precisam das editoras. E a morte delas

pode ser a morte de grande parte da boa literatura. Ou não: talvez qualquer um possa escrever um livro e colocar na internet. São questões ainda sem resposta.

No Brasil, embora o aparelho não seja 100% funcional, a aposta na nova mídia está mudando os ares das editoras e livrarias. Sites como Submarino, Saraiva e Americanas – só para citar alguns- já disponibilizam a venda de livros digitais e audiobooks (os livros gravados em áudio, onde é encenado ou simplesmente lido o livro original), que depois de adquiridos podem ser lidos ou escutados no computador, Kindle ou outro aparelho como da porta USB.

Com isso, pode-se afirmar que atualmente estão surgindo diversas formas de utilizar livros digitais, e tudo indica que ocorrerá a substituição destes em detrimento dos livros tradicionais, frente ao comportamento das novas gerações. Contudo, ainda é incerto dizer se os livros de papel serão inutilizados, e tal resposta somente poderá ser respondida através do tempo. Por enquanto, basta saber-se que existem estas novas formas de leitura e disponibilização de material, cabendo a cada um escolher qual lhe é mais favorável.

3. LIVROS TRADICIONAIS *VERSUS* LIVROS DIGITAIS

Com o avanço da tecnologia e a expansão da internet, tendo ganhado progressivamente destaque e considerado de grande valia em vários níveis, mais essencialmente no que se refere à educação. A internet, é usada para os mais diversos fins, deste modo “o passado, presente e futuro dos jovens de hoje é, requer e implica o domínio das tecnologias da informação e da comunicação (TIC)” (TRINDADE; BAHIA, 2010).

“Um dos principais lemas de Bill Gates para a Microsoft, da qual ele é fundador, era de que o objetivo da empresa era dar a cada indivíduo “IAYF”, informação na ponta dos dedos” (FRIEDMAN, 2007, p.72). Assim a globalização se disseminou com o uso do computador pessoal ou PC, tendo os indivíduos à informação na ponta de seus dedos.

E como o senhor humano possui uma necessidade inata de se inter

relacionar a internet se difundiu rapidamente. E por consequência o modo como às pessoas se relacionam mudou. Por exemplo, ao invés de troca de cartas, enviam-se e-mails que chegam em frações de segundos ao seu destinatário. Outro ponto, é a perda de hábito de se ir a livrarias, por comprar livros via internet.

Em destaque, pode-se citar os e-books os quais oferecem vantagens para a vida de leitores, principalmente pelo preço reduzido ou simplesmente gratuito, contudo, há que se fazer uma comparação entre estes “recém-criados” e seus antecessores. Por e-book ou livro digitalizado, entende-se aquele livro já tradicional que é transferido para a mídia digital, a fim de ser disponibilizado na rede mundial de computadores, tanto quanto aquele livro que é simplesmente digital. O fato que os liga, é sua disponibilização, gratuita ou onerosamente, para todos (FRIEDMAN, 2007).

Cabe referir, os livros digitais podem ser armazenados em grande quantidade nos computadores e aparelhos leitores, inclusive serem baixados gratuitamente na internet, muitas vezes ferindo direitos autorais. Por essa comodidade, eles têm sido mais e mais requisitados. Contudo, quem mais tem utilizado essa ferramenta são as novas gerações. Pois, com a facilidade de acesso acabam por deixar de usar livros impressos. Pois, hoje as novas gerações já crescem em meio à tecnologia, e possui mais facilidade de lidar com a mesma. Diferente das gerações anteriores, que até hoje ainda possuindo algumas dificuldades com o uso da internet. Todavia, ainda há muitas pessoas conservadoras a respeito do uso de livros digitais.

Além disso, nem todos os livros tradicionais estão disponibilizados digitalmente, sendo que há muito mais livros físicos do que livros eletrônicos. Todavia em face da tecnologia tem-se a digitalização a qual proporciona que haja livros exclusivamente digitalizados (sem que exista uma versão em papel), mas estes são a minoria. Outro benefício que o livro eletrônico trás é a biblioteca digital, a qual substitui a biblioteca tradicional. Tornando o acesso às obras com apenas um clique. Pois, com a ferramenta “localizar”, é possível achar palavras, frases e assuntos com

um clique, o que poderia demorar horas em um livro tradicional. Este também é um fator que gera o crescimento e procura por livros digitais. Portanto, verifica-se que os livros digitais acompanham as tecnologias atuais, na busca da celeridade, praticidade e comodidade, tudo à distância de um clique.

Convém destacar que estamos diante de um período de transição, de convivência entre as duas mídias. Ainda é incerto dizer que os livros tradicionais desaparecerão, a sociedade está em constante mudança, em velocidades que jamais vistas antes. O certo é que os adpetos a livros físicos/tradicionais, manterão uma resistência em relação aos livros digitalizados. Pois, ainda se tem um apego aos livros palpáveis. Contudo, depois que a última geração pró-tecnológica desaparecer, provavelmente todos estarão tão acostumados com a tecnologia, que não será estranho ver o mundo como um filme de ficção científica. (BITTAR, 1999, p. 246).

Pode-se afirmar que os livros têm suas vantagens e desvantagens, mas sem dúvida vão auxiliar na educação das futuras gerações. Assim, caberá um dos usuários decidir se prefere portabilidade e armazenamento provenientes dos livros digitais, ou a comodidade e a “materialidade” dos livros tradicionais.

4. DIREITOS AUTORAIS E O DIREITO AO LIVRE ACESSO À INFORMAÇÃO

Compreende-se que a sociedade da informação e as tecnologias de comunicação, especialmente a internet, servem de base para uma nova indústria de software, de serviços de informação, de mídia e processamento de conhecimentos habilitadores, essenciais a todas as outras indústrias criativas e serviços culturais. (WACHOWICZ, 2011)

A disponibilização de livros na internet é uma prática que muitas vezes fere os direitos autorais, por falta de legislação própria. A Lei 9.610/98 aplica-se aos livros digitalizados, por analogia às obras tradicionais. De acordo com a referida lei, é de setenta anos o prazo de proteção aos direitos autorais do autor, contados de 1º de janeiro do ano

subsequente ao seu falecimento, ou seja, protege-se a obra mesmo depois da morte do autor, somente decorrido o tempo ela entrará em status de domínio público e poderá ser usufruída por qualquer um.

Dias (2006) afirma que a exploração do direito autoral é limitado ao tempo, em razão da reconhecida função social da propriedade intelectual. Segundo o autor, o período assegurado pela lei tem sido amplamente criticado, tendo em vista a falta de ampliação da cultura pelo tempo que a obra não está em domínio público, logo, teoricamente, não poderia ser copiada ou utilizada sem autorização expressa do detentor dos direitos autorais. Pois, ao cair em domínio público a obra passa o poder de ser utilizada e acessada sem qualquer restrição.

Para Moraes (2006, p. 300) “O domínio público permite maior facilidade na difusão da cultura, Se o autor “bebe” do acervo cultural da humanidade, não há razão para que obras intelectuais se tornem, *ad eternum*, propriedade privada”. Assim, a transição de uma obra até domínio público é influenciada por vários fatores, desde econômicos, quanto sociais, e reflete bem a discussão de direitos autorais em função da cultura.

O conflito entre a busca da proteção dos direitos autorais e a reafirmação da liberdade de expressão é notório e reconhecido pelos juristas ao redor do mundo. O direito autoral cria zonas de acesso condicionada, quanto mais ele é reforçado, mais é limitado a liberdade de utilização dos bens intelectuais, os quais são indispensáveis ao diálogo social. Mas por efeito do direito autoral deixam de poder ser utilizados livremente. No extremo, deixam de poder ser acedidos, se estiverem colocados na rede e, ou de poder ser utilizados de todo por qualquer outro meio pelo mero arbítrio do titular – por exemplo, por descaso, ou para criar a escassez, que permita subir os preços num próximo lançamento. (ASCENSÃO, 2011)

Contudo, é certa essa proteção aos direitos do autor, quando há uma sociedade clamando por conhecimentos ou entretenimento? Quando a aquisição de uma obra é inevitável, e a mesma se encontra em domínio público, é muito comum as pessoas hoje em dia fazerem

cópia ou adquirirem de forma gratuita na internet a obra, gerando assim prejuízos aos detentores dos direitos, até que ponto?

Muitas vezes, obras são utilizadas sem autorização, com ou sem intuito lucrativo, dentro do prazo do direito do autor. Tal atitude se tornou ainda mais latente na era em que vivemos atualmente, com o advento da internet, que possibilitou a disponibilização de vasto material mundialmente.

Com a modernidade, as pessoas ou obtiveram meios de digitalizar documentos, e ainda, com a internet, puderam disponibilizar tais digitalizações na rede, compartilhá-las, e adquirir as de outras pessoas. Desse modo, houve uma enxurrada de obras digitalizadas e postas, gratuita ou onerosamente, em sites, muitas vezes sem a observância de a obra estar ou não em domínio público e possivelmente, a maioria não está.

Nesse ambiente, é importante discutir qual a diferença entre estas obras à disposição na internet, e as obras que estão em uma biblioteca, para quem as quiser consultar. Não seria a internet uma gigantesca biblioteca mundial, que ultrapassa os limites autorais?

Em uma biblioteca há vários livros, cujos direitos autorais foram pagos, mas que, contudo, podem ser acessados por pessoas que não pagam pelos direitos autorais ao lerem as obras. Neste sentido, o autor sai perdendo, pois quem já leu um livro, dificilmente irá comprá-lo. Ou não? Por meio de uma leitura, o usuário acaba conhecendo o autor e, se agradou suficientemente, aquele irá comprar outros livros que este possua. Portanto, é uma difusão cultural ao mesmo tempo que divulga o trabalho dos autores.

A atual Lei dos Direitos Autorais (nº 9.610/98) está inserida em um passado remoto não acompanhando o atual passo da modernidade, estando defasada frente às práticas dos usuários da internet, e a falta de possibilidade de punição reitera ainda mais a necessidade de uma renovação na legislação.

Os direitos autorais sempre foram fundamentais para que cada vez

mais os criadores intelectuais pudessem escrever suas obras exclusivamente, sem necessitar de outras profissões, e assim, ter o tempo suficiente para pensar e criar suas produções.

Sempre buscando a satisfação pessoal e diversas vezes, lucro, a era tecnológica que estamos vivendo, a qual teve seu início na década de 70, veio acabar com as prerrogativas autorais tão rapidamente, possibilitando a qualquer pessoa que estivesse conectado na rede mundial de computadores, obter, vender, trocar ou até mesmo modificar qualquer obra que fosse digitalizada por meio de uma máquina copiadora ou *scanner*.

A par dessa situação há muitos conflitos e poucos consensos. Há quem diga que a propriedade intelectual está fadada à morte, ao passo que outros defendem que deve ser fortalecida, enquanto outros argumentam que a solução é a flexibilização do direito autoral. Isso nos faz pensar, será que a atual lei de direitos autorais está apta a atender com eficácia os anseios da sociedade digital?

A digitalização de livros somada a possibilidade de distribuição na internet fomentam a chamada difusão cultural: as pessoas têm acesso livre ao conhecimento mediante a internet, ela é o centro de saber, e alguém que sabe a maneira certa de pesquisar, filtrando *sites* falsos ou inadequados, pode adquirir conhecimento sobre qualquer assunto, em qualquer idioma. Contudo, até que ponto essa liberdade de conhecimento pode ser suportada, sem que haja um prejuízo aos direitos dos autores. Ocorre, que nem todos tem os recursos para obter obras. Para tanto, existem bibliotecas, que, no entanto, não possuem uma vasta quantidade de obras. Assim, tem-se a internet como ferramenta que disponibiliza conhecimento gratuito. No Brasil, infelizmente, muitas obras são excessivamente caras, e nem mesmo quem tem recursos acaba por comprá-las, optando a leitura virtual. Mas, se todos adquirirem livros gratuitamente na internet, quem pagará os autores para continuarem a produzir? Para Manso (1980, p. 90), trata-se de um confronto de interesses.

Confrontam-se, dessa forma, dois interesses igualmente legítimos, igualmente inafastáveis, que o Estado deve atender de maneira igualmente

satisfatória para ambos: de um lado, o autor, cujo o trabalho pessoal e criativo (dando uma forma especial as ideias) deve ser protegido e recompensado e, de outro, lado a sociedade que fortaleceu a matéria-prima dessa obra e que é seu receptáculo natural. Como membro dessa sociedade, o autor não pode opor-lhe seu próprio interesse pessoal, em detrimento do interesse superior da cultura. (MANSO, 1980)

No tocante aos direitos autorais, verifica-se um conflito entre a sociedade do progresso da educação e da cultura como fatores fundamentais para o desenvolvimento da nação e a imperatividade de concessão da proteção legal às criações intelectuais surgidas em seu contexto, exatamente como estímulo para a produção de obras de engenho pelos respectivos nacionais. O choque de interesses é evidente: o interesse do autor (individual) volta-se para a proteção e retribuição econômica de sua obra, ao passo que o da coletividade corresponde à fruição dessa mesma obra. (BITTAR, 2006) Uma resposta ao questionamento, entender que o equilíbrio é obtido mediante relação entre o direito autoral e domínio público: enquanto o autor tem direito exclusivo a obra, está sendo manejada sua remuneração, e após entrar em domínio público, a sociedade passa a ter acesso à obra, gerando o progresso cultural. (VITALIS, 2006). De nada adianta os autores terem direito exclusivo sobre suas obras, se as mesmas estão sendo disponibilizadas gratuitamente na internet, verifica-se que a segunda fase – se acesso da sociedade a obra- já entra em ação, sem ter acabado a primeira fase de remuneração ao autor.

São vários os aspectos do ciberespaço que atingem os conceitos básicos do direito autoral: primeiramente a extrema facilidade de se produzirem e distribuírem cópias não autorizadas de textos, músicas, imagens; em seguida a execução pública de obras protegidas, sem prévia autorização dos titulares; como a manipulação não autorizada de obras originais digitalizadas, “criando-se’ verdadeiras obras derivadas. A apropriação indevida de textos e imagens oferecidos por serviços online para distribuição de material informativo para clientes. Todas estas atividades podem se tornar legais, desde que sejam solicitadas, previamente, licenças para os respectivos titulares dos direitos autorais,

nas quais estas estarão especificadas expressamente. O que acontece na prática é que esse licenciamento é trabalhoso, prova gastos de serviços profissionais especializados e eventuais pagamentos de royalties. A violação de direitos autorais começam então a germinar violentamente, ocasionando assim um pessimismo generalizado sobre o desafio da internet, uma nova fronteira de comunicação que ainda não está regulada em legislação própria. (GALDEMAN, 2007)

Infelizmente, nenhuma solução foi efetivamente aceita, e tal assunto continua nebuloso. Alguns autores falam em diminuição de preços dos livros, principalmente da porcentagem que vai para as editoras, o que causaria um aumento na renda do autor, ao mesmo tempo que possibilitaria que mais pessoas adquirissem a obra em precisar copiá-la. Outros afirmam que não há mais volta, que o processo digitalizador irá tomar as rédeas no futuro e os autores terão “sorte” se alguém optar pelo livro tradicional, ao invés de adquirir de forma digital e gratuita.

O acesso a informação quanto os direitos autorais, precisa ser gerando uma ponte de equilíbrio entre o interesse público e privado. Haja vista que no contexto da sociedade da informação, tais prerrogativas são indispensáveis, pois em curto prazo a grande parte das obras intelectuais estarão disponíveis na internet, diante da sua acessibilidade. Portanto, se aqui não houver uma proteção dos direitos autorais, ainda que com algumas exceções não haverá proteção em lugar algum.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho trouxe como tema principal os direitos autorais e acesso à liberdade de informação na rede, através dos livros digitais. O qual põe medo em diversos autores, que “profetizaram” o fim dos livros de papel, frente à disponibilização generalizada da mídia digital pela internet, preconizaram o fim dos direitos autorais. Porém, como foi visto, existe divergências quanto ao fim dos livros tradicionais, que vem resistindo ao seu sucessor moderno, os dois modelos tem suas vantagens e desvantagens, e nenhum substitui o outro, cabe a cada leitor escolher.

Tal fato incomoda muitos autores, mas é visto como algo positivo por outros, que sentem-se satisfeitos quando as pessoas passam a ler mais, e não consideram o livro gratuito como perda de vendas, justamente pela facilidade e comodidade que o mesmo oferece. O que tamanha facilidade o acesso à leitura sem dúvida aumentará.

Portanto, não podemos ignorar a magnitude das novas tecnologias no atual contexto social e educativo da nossa sociedade globalizada. Sequer desconsiderar os avanços tecnológicos, ou mesmo, desprezar todo o desenvolvimento do livro tradicional.

Uma vez que o livro eletrônico já é uma realidade, que deve-se ser usufruída, sem contudo abandonar a continuidade do livro impresso. O qual continuará auxiliando metodologicamente e socialmente as mudanças tecnológicas como um todo. Pois, como é inato do ser humano a comunicação, a mesma ao ser desenvolvida de forma textual será tanto impressa como eletrônica. Assim, o texto eletrônico não encerrará o ciclo do livro impresso/tradicional, nem a existência da leitura, o que gerará novas formas de comunicação para atender a necessidade de cada período, se transformando com o tempo.

Outrossim, dentro do contexto dos direitos autorais tem-se a liberdade de acesso a informação a qual é fundamental no contexto da sociedade da informação. Haja vista que é um meio de dos indivíduos de se expressarem, além de buscar e receber informações de forma interativa.

Contudo, dentro as informações que circulam na internet, a que mais interessa é a quando se trata de um arranjo intelectual, o qual interfere nos direitos autorais. Pois, como as obras intelectuais são fontes de informação a sua circulação no ambiente virtual gera preocupação. E neste ponto que se questiona até que ponto vão os direitos autorais.

Uma vez que, a legislação brasileira é falha nessa regulamentação. No entanto, a lei 9610/98 em seu artigo 7º, confere a proteção as obras disponíveis a qualquer meio e com ou sem autorização, estendendo assim a disponibilizações virtuais.

Aqui tem-se a proteção do autor ou de seu titular, quanto aos

direitos autorais, impedindo que terceiro utilize a obra sem previa autorização. Tem-se assim a proteção dos direitos patrimoniais do autor, que se está ligado a exploração econômica da obra, podendo assim afirmar que tais direitos impõem restrições à liberdade de acesso a informação e por consequência limites aos direitos autorais.

E aqui neste ponto que se busca um ponto de equilíbrio entre liberdade de acesso a informação e os direitos autorais. Uma vez que não há direitos absolutos e irrestritos. Busca-se assim, limitações e exceções aos direitos autorais, como meio de para que prevaleça o princípio da liberdade de acesso a informação.

Neste contexto, se tal proposta for observada será analisada tanto a liberdade de acesso a informação quanto os direitos autorais, gerando uma ponte de equilíbrio entre o

interesse público e privado. Haja vista que no contexto da sociedade da informação, tais prerrogativas são indispensáveis, pois em curto prazo a grande parte das obras intelectuais estarão disponíveis na internet, diante da sua acessibilidade. Portanto, se aqui não houver uma proteção dos direitos autorais, ainda que com algumas exceções não haverá proteção em lugar algum.

6.REFERÊNCIAS

ASCENSÃO. José de Oliveira. **Direito de Autor e Liberdade de Criação**. In: WACHOWICZ, Marcos (org). Propriedade Intelectual e Internet. Vol II. Curitiba: Juruá, 2011. p. 29.

ASSOCIAÇÃO Brasileira de Direitos Reprográficos Disponível em: http://www.abdr.org.br/site/perguntas_respostas.asp. Acesso em:

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. **Lei de Direitos Autorais**. Lei n. 9.610/98

_____. **Lei de Direitos Autorais.** Lei n. 5.988/73.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação:** economia, sociedade e cultura. vol. I, São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DIAS, Maurício Cozer. A proteção de obras musicais caídas em domínio público. In: BRASIL. Ministério da cultura. **Direito autoral.** Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

FRIEDMANN, Thomas. **O mundo é plano:** um breve histórico do século XXI. 2 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet: Direitos Autorais na Era Digital.** Rio de Janeiro: Record, 2007.

MANSO, Eduardo Vieira. **Direito autoral; exceções impostas aos direitos autorais (limitações e derrogações).** São Paulo: José Burshatsky, 1980.

MARTINO, L. C. **Panorama da pesquisa empírica em comunicação.** In.: BRAGA, J. L.; LOPES, M. I. V.; MARTINO, L. C. Pesquisa empírica em comunicação. São Paulo: Paulus, 2010.

MARTINO, L. C. **As epistemologias contemporâneas e o lugar da comunicação.** In.: LOPES, M. I. V. Epistemologia da comunicação. São Paulo: Loyola, 2003.

MELO, Marco Antônio Machado Ferreira de. A tecnologia, direito e solidariedade. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática.** Florianópolis: Coleção Boiteux, 2000.

MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologia. In: BRASIL. Ministério da Cultura. **Direito autoral.** Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

MORATO, Antonio Carlos. **Direito de Autor em Obra Coletiva.** São Paulo: Saraiva, 2007.

PAIVA, Marcus Vinícius. **O prazer de possuir**. 2010. Disponível em: <http://culturadigital.br/culturadigital/2010/06/20/o-prazer-de-possuir/>. Acesso em: 20 ago. 2017.

PILATI, Isaac, Direitos autorais e internet. In ROVER, Aires José (org), **Direito, sociedade e informática**. Florianópolis: Coleção Boiteux, 2000.

SANTOS, Alexandre Carvalho dos. O Futuro (e o fim?) do Livro. **Revista Superinteressante**, São Paulo, p. 76 – 79, setembro de 2009.

SCORZELLI, Patrícia. **A comunidade cibernética e o direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.

TRINDADE, J.; BAHIA, S. **O potencial das tecnologias educativas na promoção da inclusão**: três exemplos. *Educação, Formação e Tecnologias*. 2010.

VIANNA, Túlio Lima. **A Ideologia da propriedade intelectual**. Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006.

VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade da informação. In: BRASIL. Ministério da Cultura.

Direito autoral. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**OS DIREITOS AUTORAIS
NO MURO PINTADO DE
CINZA: UMA DISCUSSÃO
COM BASE NA PROTEÇÃO
LEGAL DO GRAFITE**

**Alexandre Henrique Tavares
Saldanha**



OS DIREITOS AUTORAIS NO MURO PINTADO DE CINZA: UMA DISCUSSÃO COM BASE NA PROTEÇÃO LEGAL DO GRAFITE

Autor: Alexandre Henrique Tavares Saldanha

Instituição: Universidade Católica de Pernambuco

Resumo: A ideia deste trabalho surgiu a partir da hipótese real ocorrida na Cidade de São Paulo, quando o poder público pintou de cinza grande parte de um muro no qual manifestações da grafiteagem estavam expostas. Daí surge a indagação sobre se, na perspectiva dos direitos autorais, houve violação aos artistas que realizaram as obras. Para esta análise, neste trabalho serão abordados tópicos sobre a grafiteagem para que seja possível caracteriza-la como manifestação artística e assim identificar se incide direitos autorais sobre ela. Ainda, serão analisados pontos sobre o direito de participar ativamente na construção do meio ambiente cultural. A partir daí, diversos aspectos da legislação de direito autoral serão vistos para que seja possível identificar se há parâmetro normativo que regulamente a hipótese real que influencia o trabalho. Com o objetivo de discutir a legalidade tanto da grafiteagem quanto do ato de sobrepô-la sem autorização, esta pesquisa parte de bibliografia sobre os temas envolvidos, bem como da análise da legislação pertinente.

Palavras-chave: Direitos Autorais. Grafiteagem. Participação Cultural.

1. INTRODUÇÃO

A hipótese analisada neste trabalho se desenvolve a partir de um caso real ocorrido na cidade de São Paulo, no qual a prefeitura determinou que trechos de um muro grafitado por diversos artistas plásticos fossem cobertos, repintados em um tom de cinza neutro e sem requintes artísticos qualquer. A proposta não é analisar detalhadamente o caso, nem tampouco tecer comentários políticos sobre a decisão dos gestores públicos, mas sim analisar até que ponto este ato de governo ofendeu direitos autorais dos grafiteiros que haviam colocado suas expressões artísticas no mencionado mural, sem que tenham sido previamente consultados sobre tal cobertura e extinção de suas obras. Em resumo, o trabalho parte de um caso real, mas discute em abstrato as nuances do problema que envolvem direitos dos autores, com o objetivo de identificar se a prefeitura poderia eventualmente ser condenada a reparar os danos causados aos autores, ou se não houve qualquer tipo de lesão aos interesses artísticos manifestados naquelas obras.

Para iniciar a discussão, é relevante fazer uma abordagem, ainda que despretensiosa, sobre o grafite ser ou não uma manifestação artística. A ideia é identificar não somente do ponto de vista da produção artística, mas também da sua tutela legal, se esta forma de expressão é recriminada pelo sistema legal, ou se este reconhece nela uma forma de arte. Para os fins do trabalho proposto, serão utilizadas referências e modelos encontrados na internet, sem detalhar pormenorizadamente a grafiteagem. A abordagem é necessária para criar uma premissa.

Partindo da hipótese de que o grafite é uma manifestação artística reconhecida por lei, ou ao menos não legalmente recriminada, o trabalho se volta a abordar a questão de ser o grafite uma forma de participação no ambiente cultural, ou não. O objetivo é identificar, em primeiro lugar, a existência de um direito coletivo e individual de participação ativa na produção cultural, o que faria qualquer cidadão sair da posição de consumidor de cultura para o de criador de cultura. Em segundo lugar, uma vez havendo este direito fundamental de participação cultural,

identificar se o ato de expor uma manifestação artística num muro seria exercício deste direito. Tal abordagem também é necessária para, ainda que abstratamente, criar a segunda premissa.

Diante das análises sobre a grafitação ser ou não uma manifestação artística não proibida pelo sistema jurídico, e sobre ela representar ou não o exercício de um direito fundamental de participação no ambiente cultural, a parte final do trabalho aborda o problema sob a perspectiva dos direitos autorais. O objetivo é tanto identificar se há direitos autorais sobre as obras postas no mural de grafite, quanto, no caso da resposta a esta questão ser afirmativa, identificar se há violação no ato público de cobrir as manifestações em prévia consulta aos responsáveis pelos desenhos. A proposta é analisar se há dispositivos legais na legislação autoral que tutelem o problema levantado e chegar a conclusões que sejam independentes de posições jurisprudenciais análogas. Para isto, serão utilizadas referências bibliográficas que abordem os institutos e argumentos trabalhados, além das normas jurídicas, nacionais e internacionais, que sejam aplicáveis à hipótese levantada.

2. A GRAFITAGEM É MANIFESTAÇÃO ARTÍSTICA SEM PROBLEMAS JURÍDICOS?

A abordagem aos temas proposta será realizada partindo, ainda que isto seja passível de críticas, de questões colocadas nos títulos de cada sessão, justamente com o objetivo de criar premissas que possam ser trabalhadas e que colaborem com a discussão proposta. A primeira questão é identificar se a grafitação é uma forma de arte e, sendo, não possui problemas com o sistema jurídico.

A linha tênue entre fazer um grafite e pichar alguma coisa é o que torna relevante traçar um argumento que identifica aquele como possível forma de arte, pois, caso não o seja reconhecido, o ato em si poderá ser visto como depreciador, vândalo, ou qualquer outra expressão que tache pejorativamente esta expressão. Sem qualquer pretensão de analisar tecnicamente o que é, ou deixa de ser, o grafite, busca-se na internet a

resposta para um possível conceito de grafite ou grafitação.

Aparentemente a expressão grafitação é uma gíria, uma forma derivada que passou a ser usada, e associada, à arte do grafite. Esta última expressão sim é que é usada oficialmente para designar a expressão pela qual desenhos são grafados em muros, ou outros suportes que originalmente não foram pensados para ser usados para tal fim. Na plataforma *Wikipédia* o grafite é concebido como:

[...] uma inscrição caligrafada ou um desenho pintado ou gravado sobre um suporte que não é normalmente previsto para esta finalidade. Por muito tempo visto como um assunto irrelevante ou mera contravenção, atualmente o grafite já é considerado como forma de expressão incluída no âmbito das artes visuais, mais especificamente, da street art ou arte urbana - em que o artista aproveita os espaços públicos, criando uma linguagem intencional para interferir na cidade (Wikipédia, verbete grafite, 2017).

Deste conceito fornecido pela plataforma colaborativa já é possível verificar que a arte do grafite deixou de ser, em determinado momento, algo subversivo e marginal para passar a ser uma manifestação artística reconhecida como tal, e isenta de problemas jurídicos (no que diz respeito à sua qualificação como arte visual). O que se mantém como manifestação recriminada e substancialmente diferente do grafite é a pichação, que, em si, não parece ser tecnicamente diferente do grafite, pois envolve os mesmos instrumentos e *modus operandi*, mas representa uma manifestação com algo de pejorativo, de agressivo ao meio ambiente urbano. Tanto é assim que a própria legislação de crimes ambientais, a 9.605/98, estabelece esta diferença entre um ato (grafite) e outro (pichação), dispondo que:

Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa.

§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e,

quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional.

Uma indagação cabível é: se tecnicamente pichação e grafite não se diferenciam substancialmente, por que uma é recriminada e a outra recebe reconhecimento legal positivo? A questão deve ser enfrentada, mas, considerando os limites e os objetivos do presente trabalho, este não é o momento adequado para obter tal resposta. No entanto, para avançar no debate proposto, parte-se de uma resposta possível à questão que consiste na consideração de que a diferença entre as duas modalidades de “arte com spray” está no fato do grafite ter recebido um sentido de colaboração e enriquecimento com o patrimônio cultural, enquanto a pichação ganhou sentido de denegri-lo. Ou seja, parte-se de uma premissa, um tanto quanto fraca, de que ao se fazer um grafite alguém está participando ativamente com o ambiente cultural, uma vez que as gravuras não prejudicam patrimônio alheio, nem deturpam outras paisagens urbanas. E quando se faz uma pichação, os motivos envolvidos são outros, possivelmente envolvendo vontade de incomodar patrimônios alheios.

A linha que separa ambas manifestações é muito tênue e talvez requeira, diante de um caso real, um exercício hermenêutico bastante sofisticado e complexo para que sejam evitados problemas que possam se aproximar de tolhimentos, censura etc. O que importa no momento é alcançar a premissa de que o grafite não tem problemas com reconhecimento jurídico, ao menos em sua previsão abstrata enquanto categoria de manifestação artística, ainda que a arte não dependa de tutela jurídica. Seria infrutífero qualquer esforço do sistema jurídico no sentido de alcançar um conceito de arte para que seja criado um parâmetro exato que separe manifestações legais ou ilegais, uma vez que não se obteria resposta alguma.

Dizer o que seja arte é coisa difícil. Um sem número de tratados de estética debruçou-se sobre o problema, procurando situá-lo, procurando definir o conceito. Mas, se buscamos uma resposta clara e definitiva, decepçamo-nos: elas são divergentes, con-

traditórias, além de frequentemente se pretenderem exclusivas, propondo-se como solução única (COLI, 2003, p. 7).

Esta aparente impossibilidade da empreitada em busca de um conceito de arte não atrapalha a tutela jurídica que proteja as manifestações artísticas e o ambiente cultural, admitindo-se que torna uma tarefa complexa e que envolve circunstâncias culturais variáveis. Em princípio não atrapalha porque a tutela normativa em comento parte da ideia do respeito, da conduta pessoal e social perante as obras, o que, como premissa, é uma espécie de senso comum transformado em diretriz do sistema jurídico.

É possível dizer, então, que arte são certas manifestações da atividade humana diante das quais nosso sentimento é admirativo, isto é, nossa cultura possui uma noção que denomina solidamente algumas de suas atividades e as privilegia. Portanto, podemos ficar tranquilos: se não conseguimos saber o que a arte é, pelo menos sabemos quais coisas correspondem a essa ideia e como devemos nos comportar diante delas (COLI, 2003, p. 8).

Esta suposta tranquilidade diante da impossibilidade do conceito de arte admitindo-se uma espécie de aceitabilidade comum da manifestação é bastante discutível, pois aceitar ou não algo, se inserido numa sociedade de alta complexidade como a do século XXI de um país relativamente desenvolvido, pode gerar inúmeras críticas. Mas, para a discussão proposta, sobre a questão do grafite, serve como argumento para se chegar à conclusão de que esta manifestação é artística, pois há um respeito sobre ela. Então grafite é arte? Sim, seja pelo reconhecimento social das obras e dos artistas que a exploram, a exemplo da fama mundial do artista Banksy, seja pela aceitabilidade legal que lhe foi dada, a exemplo de sua previsão na lei de crimes ambientais. Mas, mesmo não sendo um ato vândalo, fazer um grafite representa manifestar um direito cultural? E, sendo a resposta positiva, haveria proteção legal ao que for criado por ela? São questões abordadas a seguir.

3. A GRAFITAGEM É MANIFESTAÇÃO DE DIREITO DE PARTICIPAÇÃO NA CULTURA?

Neste ponto, a questão a ser discutida envolve o gozo e usufruto de direitos culturais, que na cultura do século XXI não envolve apenas ter acesso a produtos culturais, mas também participar ativamente da criação do ambiente cultural. O intuito é o de analisar se um artista ao grafitar uma paisagem urbana ele está ou não exercendo estes direitos e colaborando com o enriquecimento de seu próprio ambiente. Para iniciar a discussão é relevante ter ao menos um parâmetro do que sejam direitos culturais e quais seriam seus parâmetros na contemporaneidade.

Tanto na constituição federal quanto em diversos tratados internacionais encontra-se a expressão direitos culturais, ou direitos da cultura, resumindo uma série de tópicos que envolve a tutela normativa da produção cultural, desde quem legisla sobre isto até limites da expressão artística, passando por incentivos estatais em prol da cultura e por suas formas de acesso. Na Constituição dispõe-se num primeiro momento da seguinte forma: “Art. 215. 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”. O que, em princípio, não diz muito, mas, ao menos coloca como direito do cidadão, oponível ao poder público, a plena possibilidade de manifestar sua cultura e acessar outras manifestações culturais, já que o dispositivo legal separa exercer cultura de ter acesso a ela, deixando espaço para demandas sociais envolvendo ambos os aspectos do direito cultural.

Em outro dispositivo da constituição federal há outra colaboração na discussão proposta, envolvendo uma ideia do que seria patrimônio cultural para ajudar na construção da ideia de colaborar com a cultura por meio de uma manifestação artística. O artigo 216 da Constituição Federal afirma que: “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem [...]”. A demonstração pormenorizada do que se inclui neste rol é desnecessária, pois o início do dispositivo legal já deixa bastante caracterizado que o patrimônio cultural pode ser enriquecido com manifestações artísticas

que se refiram a um aspecto da cultura local, o que, em tempos de sociedade culturalmente complexa como as da contemporaneidade, torna o rol bastante extenso e praticamente ilimitado.

Qualquer que seja a previsão legal dos direitos culturais, seja em constituições federais ou em declarações universais, será útil não por esgotar a previsão de quais manifestações poderão ser inclusas nos conceitos de cultura e patrimônio cultural envolvidos, mas sim por prever a existência destes direitos, ainda que sua concretização dependa do contexto interpretativo no qual a discussão esteja envolvida. O mérito destas previsões nacionais e internacionais está:

[...] na consolidação, no plano internacional, do entendimento dos direitos culturais como fundamentais, o que é alcançado pelo reconhecimento universal de sua relevância e encontra-se expresso nos seus termos. Traz também importante afirmação quanto à essencialidade e especialidade dos bens artístico-culturais, o que afeta como deve ser compreendida a proteção proprietária privada a estes bens concedida. [...] Informa, ainda, como parte do plano de ação e em razão do caráter fundamental do direito à cultura, a necessidade de equilibra-los com os direitos autorais, preservando o máximo de ambos, como já demandara a Declaração Universal dos Direitos Humanos (SOUZA, 2012, p. 82).

Continuando o raciocínio, a previsão dos direitos culturais por si não produz efeitos se sua fundamentalidade não for compreendida em um contexto sociocultural específico e único. Ela, a previsão, é muito positiva para início da tutela normativa dos direitos que envolvem acesso à cultura e participação no ambiente cultural, mas, fatores como contexto econômico, avanço tecnológico, nível de instrução pública e de educação voltada para as artes interfere na concretização das pretensões normativas dos direitos em comento. Isto não quer dizer que a discussão aqui proposta envolve os temas da programaticidade das normas constitucionais ou a eficácia dos direitos fundamentais, mas sim a necessidade de contextualizar a discussão sobre direitos culturais, com base na hipótese real em análise, envolvendo participação na criação do ambiente cultural urbano e sua proteção.

Há de se arguir que qualquer discussão envolvendo interpretação

de normas jurídicas haverá de levar em consideração, em geral, o contexto interpretativo com seus valores, exigências, problemas etc. E isto recebe uma complexidade ainda maior se as normas em discussão forem de direitos humanos, de caráter fundamental, de direitos da personalidade e outras com maior grau de abstração, devido ao seu caráter cultural e à ordem em que o exercício hermenêutico é realizado.

Sob o prisma dos valores, a ordenação do viver e das situações adquire sentido (sentido como “matéria” preenchedora dos atos e das formas) através de “conteúdos” axiológicos: nenhuma ordem se entende por si e apenas como forma, mas sempre em função de valores que a fundam e que lhe dão significado. Os valores são sempre fundantes desde que tomados como pontos de referência sobre os quais “assentam” atos e formas. Os valores (mesmo quando mencionados sob o nome de “princípios”), são pensáveis inclusive como correlatos do ser, e afetam a preferibilidade das formas (e dos atos) num sentido latentemente universal, embora sendo histórico-culturalmente situados (SALDANHA, 2003, p. 130).

Considerando esta linha de raciocínio, e voltando ao problema colocado como hipótese central deste trabalho, analisar se o grafite colocado num mural representa manifestação de direito fundamental de participação na construção do ambiente cultural envolve necessariamente a inserção da análise num contexto específico (no caso um ambiente urbano de alta complexidade, como o da cidade de São Paulo), pois não caberia aqui analisar as disposições normativas como algo independente, ou afastado de valores, uma vez que a relação entre ordem jurídica e valores culturais não é de afastamento ou de independência hermenêutica, mas de “conteúdo contido” um no outro.

É preciso, contudo, evitar a ilusão que consistiria em pensar a ordem como uma coisa, com seus componentes próprios, e no valor (liberdade, justiça, seja qual for) como algo exterior que se ajunta ou se agrega a ela. Na verdade, os valores têm de ser pensados “dentro” da ordem, ou ao menos com ela (SALDANHA, 2003, p. 133).

Então, se inseridas as normas jurídicas que preveem direitos culturais (fundamentais em âmbito nacional ou internacional) em dois contextos discursivos determinados, um o ambiente urbano de alta

complexidade e, dois, o parâmetro de participação criado no século XXI com as transformações da tecnologia da informação, torna-se possível a conclusão de que o grafite posto em mural urbano representa sim exercício de direitos de participação na produção de bens culturais. No item anterior já havia sido obtida a conclusão de que o grafite é uma manifestação artística sem problemas jurídicos, agora chega-se à conclusão de que é uma manifestação artística de caráter fundamental pois representa direito cultural de natureza essencial.

A relação entre arte e ambiente urbano é secular e extrapola os limites e pretensões do presente trabalho. Para os fins aqui propostos é suficiente arguir que num ambiente urbano é natural a presença de manifestações artísticas que expressem problemas, desejos ou qualquer coisa que se queira mostrar para as outras pessoas, sejam obras colocadas em ambientes fechados, como museus e galerias de exposições, ou colocadas em espaços públicos e publicamente acessíveis, a exemplos dos murais de grafite em análise neste trabalho. Isto, inclusive, ajuda a identificar padrões culturais, pois podem representar um contexto histórico específico.

A presença de obras de arte é sempre caracterizadora de um contexto cuja historicidade manifesta. Uma vez que é o contexto que determina as ideias de espaço e tempo, estabelecendo uma relação positiva entre indivíduo e ambiente, descaracterizar o ambiente destituindo-o de suas presenças artísticas tradicionais é uma maneira de favorecer as neuroses coletivas, que se exprimem, mais tarde, em atos de rejeição [...] (ARGAN, 2005, p. 87).

Ao serem expressas num mural em ambiente urbano aberto, as obras de arte grafite em análise representam vontades pessoais, mas que manifestam algo coletivo, ou esforços individuais que expressam algo comum. Em outros termos, o grafite posto no mural além de ser exercício de direito fundamental de participação na cultura representa um valor, um padrão cultural que substitui algum que o antecedeu, e que será substituído por outro, em caso de destruição das vontades coletivas. Isto é, para que o mural de grafite ser apagado seria necessário que houvesse uma ruptura cultural, uma quebra no paradigma que o permitiu, já que tudo isto está inserido num contexto histórico específico, num ambiente

urbano específico.

O que define, conserva e transmite o caráter de uma cidade é o impulso, a pressão ou apenas a resistência que cada um, em sua esfera “particular”, opõe à destruição de certos fatos que têm para ele valor simbólico ou mítico, e todos de comum acordo à destruição de certos fatos sobre cujo valor simbólico há consenso geral. Não se trata apenas de valores sentimentais, embora fosse tolice excluí-los. Podemos estar sentimentalmente ligados um monumento, não podemos estar sentimentalmente ligados a certos tipos de estrutura do espaço urbano [...] (ARGAN, 2003, p. 235).

Juntando então os dois argumentos até então trabalhados cria-se a seguinte ideia. O grafite é arte pois é aceita como tal, pois há um sentimento social que a coloca como manifestação artística ao tempo que recrimina a pichação, apesar da semelhança técnica entre as expressões, daí o motivo do grafite não ter problemas com reconhecimento jurídico. Isto ocorre porque o contexto interpretativo e a coletividade admitem esta modalidade (o grafite) como obra de arte, e também porque ela representa uma forma de participar do ambiente cultural, o que pode ser compreendido como uma dimensão dos direitos culturais.

Esta participação na cultura por meio do grafite pode ser analisada do ponto de vista normativo, mas também pela perspectiva de ser consequência do fato desta manifestação artística ter ocorrido em ambiente urbano, pois o contexto sócio-cultural poderia levar a esta conclusão, um, apenas por se falar num ambiente urbano com sua complexidade de individualidades e coletividades e, dois, pelo fato de, nos idos do século XXI, esta participação torna-se não somente um parâmetro cultural, como também um valor a ser protegido.

As transformações na tecnologia da informação, e seus impactos nos comportamentos sociais por meio da cibercultura, aumentam a demanda por participação, pois não somente foram oferecidas mais ferramentas que tornam possíveis novas formas de participar, como também por criarem uma cultura de maior interação e colaboração. A rede mundial de computadores, interligando cada cidadão que estiver incluso no ambiente digital, passa a permitir um grau de colaboração e

participação que independe de qual forem o objeto e o objetivo, haverá alguém com vontade de participar e colaborar. E é possível arguir que isso torna-se um parâmetro cultural alheio ao ambiente digital, um parâmetro cultural no qual a participação passa a ser uma exigência social (não tecnológica). “A automatização da vida social no século XX deixou-nos tão afastados da cultura que, agora que ela voltou a existir, precisamos da expressão ‘cultura participativa’ para descrevê-la” (SHIRKY, 2011, p. 23). O ambiente digital apenas permitiu que uma espécie de demanda reprimida por participação explodisse e provocasse o rompimento de um padrão cultural de clausura, por outro padrão de colaboração, abertura e interatividade.

Pode-se obter mais valor da participação voluntária do que jamais foi imaginado, graças ao aperfeiçoamento de nossa habilidade de nos conectarmos uns aos outros e de nossa imaginação do que será possível a partir dessa participação. Estamos saindo de uma era de cegueira induzida por teorias, na qual o compartilhamento do pensamento (e da maioria das interações não mercadológicas) se limitava, de formas mais inerentes do que causais, a grupos pequenos e fechados (SHIRKY, 2011, p. 144).

Apesar desta análise de participação partir do ambiente digital, é possível traçar uma analogia com o ambiente urbano, pois, a partir do momento em que uma obra de arte é exposta em espaço público num centro urbano complexo, o artista e a coletividade se conectam, ou esta conexão ocorre entre público geral e a obra de arte que passa a compor a paisagem urbana daquele local. Seja qual for destas duas hipóteses, o grafite posto no mural urbano se conectou à coletividade, além de ter sido fruto de um esforço participativo de alguém que colaborou com o enriquecimento do patrimônio cultural.

Esta participação como parâmetro cultural não pode ser esquecida pelo poder público que, em abstrato, deve incentivar a colaboração cidadã com o meio ambiente urbano e cultural, já que trata-se de direito fundamental culturalmente surgido e aceito.

Assegurar a possibilidade de participação cultural garantindo o acesso aos bens culturais, através da preservação e promoção da produção e da difusão destes bens é um dever principalmente do

Estado, mas que, como qualquer outro direito fundamental, não pode ser efetivado sem a participação ativa e solidária da Sociedade. O exercício dos direitos culturais depende destas garantias (SOUZA, 2012, p. 127).

No caso em análise neste trabalho, e concluindo este segundo ponto, é possível criar um argumento pelo qual, um, o grafite é uma forma de concretizar direitos essenciais de participação, pois o contexto hermenêutico assim o permite, tanto do ponto de vista histórico (pelo parâmetro cultural de participação estabelecido nos idos do século XXI), quanto do ponto de vista espacial (já que tal manifestação artística em comento ocorreu num ambiente urbano, com suas características e complexidades). E dois, a partir do momento em que o mural grafitado seja sobreposto, isto representa uma violação dos direitos culturais, pois a participação foi violada. E se esta sobreposição for realizada pelo poder público, isto piora a violação, já que este deve, em abstrato promover a interação cidadão-cultura, e não limita-la. Diante disto, cabe no último ponto deste trabalho, responder a questão sobre terem sido violados os direitos autorais dos artistas grafiteiros. O que se faz de imediato.

4. PASSAR POR CIMA DO GRAFITE É VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS?

Depois de concluir que o grafite é uma forma legítima de se expressar, que representa uma forma de arte contemporânea, e que é por meio do grafite que os artistas que o utilizam exercem seus direitos fundamentais de participação na cultura (e a partir daí já concluir que qualquer sobreposição ao grafite já realizado seria uma violação de direitos), resta identificar se uma pintura feita por cima de uma obra de arte grafite representa violação também de direitos autorais.

Neste último ponto será feita uma análise objetiva em forma de perguntas e respostas sobre a incidência, e eventual violação, de direitos autorais na manifestação artística do grafite, com base nos dispositivos legais da lei de direitos autorais. De início, é necessária a indagação sobre se recai ou não direitos autorais sobre uma obra de arte grafitada em espaço

público, pois, sem esta incidência, é impossível avançar na discussão sob o ponto de vista do direito autoral. A pergunta seria: *há direitos autorais sobre o grafite exposto na rua?*

Diante do fato do grafite ser uma manifestação artística legítima, a resposta haverá de ser afirmativa, pois a lei de direitos autorais não limita sua incidência, recaindo sua proteção sobre qualquer manifestação criativa. No artigo 7º da mencionada lei há a seguinte determinação: “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[...]”. Abstém-se de continuar a transcrição, uma vez que o rol de criações exposto pelo legislador é exemplificativo, o que colabora com a conclusão de que os direitos de autor recaem sobre qualquer ato criativo não proibido pelo sistema jurídico, abrangendo assim as obras de arte produzidas com uso do grafite.

Bastante louvável a forma como o dispositivo legal foi redigido, pois quebra a ideia da arte ser algo passível de oficialização (o legislador adotou uma postura aberta e não assumiu o papel de dizer o que pode ou o que não pode ser considerado arte), quebrando também a ideia da arte ser algo necessariamente autorizado pelo poder público. São os parâmetros culturais que traçarão diretrizes sobre alguma manifestação do intelecto humano ser ou não artística. Do ponto de vista legal, se algo for criado de forma inventiva e criativa, já é passível de proteção por direitos autorais, simplesmente por representar uma contribuição com o patrimônio artístico-cultural

A criatividade é, pois, elemento ínsito nessa qualificação: a obra deve resultar de esforço intelectual, ou seja, de atividade criadora do autor, com a qual introduz na realidade fática manifestação intelectual estética não existente (o *plus* que acresce ao acervo comum), e, com isso, aprimora o patrimônio cultural (BITTAR, 2015, p. 47).

Existem exceções a esta regra geral com previsão também expressa na lei de direitos autorais de um rol de produtos culturais sobre os quais não incidem proteção legal. Mas, nem de longe passam por uma obra de

arte grafitada, estabelecem em geral, a ideia de que informações de uso coletivo (como hinos, datas, nomes próprios isolados) não sofrem das restrições de uso decorrentes da proteção por direitos autorais. Assim, primeira pergunta respondida. Sobre a obra de arte grafitada há direitos autorais. Mas, caberia aqui uma outra pergunta: *se o grafiteiro não registrar sua obra ele ainda terá proteção de sua arte?*

Aqui mais uma vez a resposta haverá de ser afirmativa, pois a legislação de direitos autorais informar que, para uma manifestação do intelecto receber proteção legal, o registro é um ato facultativo do criador. Em seu artigo 18, a lei de direitos autorais estabelece que: “a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”. Diante desta regra expressa, o grafite exposto não precisa ser registrado para estar protegido por direitos autorais.

Desta forma, chega-se, à constatação que o grafite é uma manifestação artística legítima, pois é legal e socialmente aceita, que manifesta um direito cultural do grafiteiro e que recebe proteção de sua criação pela perspectiva dos direitos autorais, pois qualquer forma de expressão criativa recebe tutela deste ramo do direito, independente de qualquer ato posterior à exposição da obra. Pois bem. Mas é cabível diante disto outra pergunta: *o que isto significa? O que significa dizer que o grafite está protegido por direitos autorais?*

A partir do momento da constatação que, sobre uma determinada manifestação da criatividade (não somente o grafite, claro) recai direitos autorais, toda a proteção legal oferecida por estes passará a tutelar a esfera jurídica da obra. Em outros termos, o criador passará a ter direitos autorais de natureza moral e de natureza patrimonial. Sendo assim, o grafiteiro poderá tanto reivindicar seus direitos de crédito, de “paternidade” da obra, em decorrência dos direitos de natureza moral, quanto proteger sua obra de reproduções sem prévia autorização. Passar por cima de um obra de grafite realizada em espaço público então representa um ato que, em princípio, viola esta proteção dada a esta manifestação artística pelos direitos autorais.

Sob a perspectiva dos direitos autorais patrimoniais, configurar a

violação é mais difícil do que do ponto de vista moral. Isto porque os aspectos patrimoniais dos direitos autorais surgem quando a hipótese envolve reprodução sem prévia autorização, usos comerciais não licenciados, cópias proibidas e qualquer outra conduta que prejudique os usos da obra protegida. O aparato normativo que regulamenta os direitos patrimoniais dos autores da obra rege questões como titularidade, licenças contratuais, remunerações etc. E o fato da obra de grafite em comentário (a exposição em mural público) ter sido exposta em espaço público de forma permanente, retira da discussão o foco patrimonialista por força do artigo 48 da lei de Direitos Autorais, que estabelece a regra pela qual: “As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais”.

Diante do conteúdo deste dispositivo legal, a obra exposta em espaços abertos, em caráter permanente, poderá ser livremente reproduzida sem necessidade de prévia autorização dos responsáveis pela sua criação. Em outros termos, e focando na discussão proposta, a partir do momento em que o grafite foi posto em espaço público, sem data de retirada, qualquer pessoa poderá realizar produções derivadas dele, ou reproduzi-lo na íntegra por qualquer modalidade de reprodução, e seus criadores não poderão reclamar disto.

Daí o fato dos direitos autorais patrimoniais se afastarem da discussão sobre a pintura por cima do grafite (a que está sendo colocada como hipótese de trabalho), pois ainda que permanecessem no mural, os artistas responsáveis pela expressão artística não poderiam reivindicar o que fosse, em casos de usos de sua obra. Mas, ainda que não haja discussão patrimonialista na hipótese do trabalho, ainda resta uma última questão na proposta de identificar se há violação de direito autoral na pintura por cima do grafite, qual seja: *cobrir uma obra de arte não representa um desrespeito ao autor e assim violaria os efeitos morais da proteção legal?*

Diante desta pergunta chega-se então à hipótese pela qual é possível afirmar que houve violação de direitos autorais no ato de pintar uma obra de grafite exposta em local público. Os direitos morais de autor não

têm como objetivo regulamentar as questões que envolvem os usos e as potencialidades econômicas das obras de arte (seja ela qual for), o objeto por ele tutelado envolve tanto a relação pessoal do criador com sua criação (questões como atribuição do crédito pela obra, por exemplo), quanto a própria reputação do criador, protegendo a obra de ser “violentada” por atos alheios à vontade do autor. São direitos que preexistem à exposição pública e direitos que surgem após ela.

Com a subsequente reprodução ou representação da obra, para comunicação ao público, outros direitos morais emergem, em função do modo correspondente, completando-se o extenso elenco de prerrogativas reconhecidas, na doutrina e na jurisprudência, a esse título, de sorte que, em uma primeira classificação, podemos enumerar direitos anteriores (de inédito, de paternidade, de nomeação) e posteriores à colocação da obra para utilização econômica (à integridade, à modificação, à reivindicação) (BITTAR, 2015, p. 69).

A referência à violência representa qualquer ato agressivo à proposta artística, à identidade da obra de arte, ao nome do autor. Dentre os aspectos morais da proteção dada pelo direito autoral, a lei de direitos autorais, em seu artigo 24, inciso IV, estabelece que faz parte destes direitos o de: “[...] assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra”.

Uma vez aplicado ao caso trabalhado como hipótese, este dispositivo legal fundamenta o diagnóstico de violação legal realizado por aqueles que acabaram com as obras grafitadas no mural na cidade de São Paulo, pois este ato prejudicou os artistas envolvidos na obra. Trabalhando melhor o argumento, tem-se a seguinte situação.

Alguns artistas de grafite realizaram, sem oposição, obras de arte exposta em espaço público e aberto, colaborando assim para o enriquecimento cultural do ambiente urbano, e exercendo seus fundamentais direitos culturais de participação. Ao fazerem isto, os artistas passam a ter direito autoral sobre suas obras, pois não há qualquer restrição quanto às modalidades de manifestação artística que merece esta tutela legal. Pelo fato das suas criações estarem situadas permanentemente

em espaço público, estes artistas não podem se opor a quaisquer criações derivadas, como fotografias, representações, reproduções em outro suportes etc. O que, em princípio, faz concluir que seria inviável exercer direitos autorais patrimoniais pelas obras grafitadas.

Mas, do ponto de vista moral, os grafiteiros foram prejudicados, pois tiveram suas obras apagadas, prejudicando não somente a integridade da obra (fazendo referência à hipótese legal prevista no inciso IV do art. 24 de lei de direitos autorais), como também foram prejudicados, uma vez que deixa de existir uma obra que colabora com a difusão e boa reputação dos criadores. Assim, há de se concluir que na hipótese trabalhada, ainda que em abstrato, houve violação de regras expressas de direitos autorais, cabendo aos responsáveis pelo ato violador ressarcir os autores pelos prejuízos causados.

Por fim, cabe ressaltar que analisar a questão proposta do ponto de vista dos direitos autorais é fundamental para chegar a alguma conclusão mais objetiva sobre possível violação legal pelo ato de pintar o mural grafitado, além de colaborar com a ideia de que os artistas responsáveis pelo grafite merecem algum ressarcimento pela lesão sofrida. Mas, pelo fato de terem sido apresentados argumentos que destacam a participação no ambiente cultural como exercício de direito fundamental, o ato de passar por cima das obras de arte já é, por causa deste argumento, uma violação. Os artistas grafiteiros tiveram direitos fundamentais lesados, e, além disto, foram violados em seus direitos autorais morais.

A identificação de regras no direito de autor que diagnostiquem esta violação apenas colabora com a reprovação da conduta do poder público em pintar o muro de cinza e acabar com a produção artística que ali havia sido exposta. Com tantas técnicas e tecnologia disponíveis, numa situação como esta o poder público pode, de diversas maneiras, respeitar as manifestações culturais e seus artistas e alcançar seus objetivos na gestão da coisa pública. Basta um pouco de boa vontade, não de gosto, pois isto não se discute.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho partiu de uma hipótese que, apesar de corresponder a um caso real ocorrido em São Paulo, se absteve de detalhes relevantes, a exemplo de previsões contratuais, sistema de autorizações, opinião pública etc. O corte da discussão foi feito no sentido de identificar se, um, o grafite é uma manifestação artística livre de problemas jurídicos, dois, ao momento em que um grafiteiro realiza sua arte em espaço aberto ele está colaborando com o meio ambiente cultural e assim exercendo direitos culturais de natureza fundamental e, três, ato que modifique ou extinga a obra realizada é violação de direitos autorais.

Na situação real tomada como base para realização deste texto deve ter ocorrido uma série de atos e fatos que não foram abordados no trabalho, pois o objetivo não foi o de realizar um julgamento casuístico sobre a situação, mas sim o de analisar as questões propostas no parágrafo anterior, no intuito de identificar se, numa situação qualquer, e em abstrato, a obra grafitada está protegida pelo sistema jurídico.

Num primeiro momento foi identificado que o grafite é uma manifestação artística protegida por lei, ou ao menos não recriminada por ela. Não que haja qualquer previsão legal de quais sejam as modalidades de produção cultural oficiais e não-oficiais. O objetivo foi o de identificar se a aproximação do grafite com a pichação (pois são tecnicamente semelhantes) geraria alguma recriminação de ambas. Mas não. A pichação recebe condenação legal, mas a arte do grafite é aceita, ainda que a diferença entre ambas recaia em abstrações como contribuição artístico-cultural. Sendo assim, a depender da obra grafitada e do contexto no qual ela é interpretada, ela não será vista como pejorativa e ainda ganhará o mérito de contribuição com o patrimônio cultural.

Falando em contribuição com o meio ambiente cultural é que se traçou o segundo ponto proposto no trabalho, analisando se haveria exercício de direitos culturais no ato de grafitar uma parede, ou qualquer outro suporte. Diante da abertura cognitiva que permeia a interpretação de quais são os direitos culturais (até porque depende de um contexto

cultural), identificou-se em primeiro lugar que tais direitos recebem status de direitos essenciais à personalidade, sendo fundamentais (se postos em textos constitucionais) ou humanos (se inseridos de declarações e tratados de natureza internacionais). Isto se de à importância do acesso à cultura para pleno desenvolvimento do ser humano.

Mas, analisando a questão com base num parâmetro cultural típico do século XXI, no qual interatividade e participação surgem como demandas sociais, esses direitos culturais recebem também a dimensão participativa e assim surge o direito individual de ativamente participar do ambiente cultural em que está inserido. Desta forma, conclui-se que, a partir do momento em que um artista realiza uma arte grafite num espaço público e aberto, ele está exercendo seu direito fundamental de contribuir com a cultura local, direito este de natureza fundamental.

Isto por si já tornaria reprovável qualquer ato que elimine um grafite exposto, pois estaria sendo violados direitos culturais de natureza fundamental. Mas, a vagueza que caracteriza direitos desta natureza precisa ser somada a alguma abordagem mais objetiva se o intuito for de identificar eventuais violações.

Seguindo este raciocínio, partiu-se no último ponto para abordagem sobre a incidência de direitos autorais sobre o grafite e sobre eventuais violações destes direitos por ato que apague a obra exposta em público. E foi identificado que, um, há direitos autorais no grafite ainda que exposto em público, pois não há restrição legal sobre qual modalidade artística merece ou não tratamento legal, basta haver atividade criativa. Uma vez que os artistas do grafite possuem direitos sobre suas obras, concluiu-se que a eliminação de suas obras em decorrência de pintura sobre elas representa violação de seus direitos. Violação não do ponto de vista patrimonial, pois, a partir do momento em que as obras estão permanentemente em espaço público não é viável impedir reproduções e usos de diversas naturezas.

Mas, do ponto de vista do direito autoral moral, os artistas sofrem com a deturpação de suas obras, ou com sua total eliminação.

Mais uma vez frisando, o fato de eliminar uma obra já configura

violação por causa do direito cultural fundamental tolhido. Mas, configurar o ato prejudicial à arte grafite como violação de direitos autorais pode servir para identificar melhor as consequências do ato que elimina a produção artística, pois passam a ser cabíveis indenizações pela violação moral.

Em tempos de digitalização, consultas públicas pela internet e respeito ao multiculturalismo, pintar por cima de uma arte grafite previamente realizada representa não somente violações de direitos como também representa uma falta de bom senso e um ato de desrespeito.

REFERÊNCIAS

ARGAN, Giulio Carlo. **História da arte como história da cidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITTAR, Carlos Eduardo. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COLI, Jorge. **O que é arte**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SHIRKY, Clay. **A cultura da participação: Criatividade e generosidade no mundo conectado**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

SOUZA, Allan Rocha de. **Direitos Culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:**
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**PRECEDENTES JUDICIAIS
E O PARADIGMA DAS
LIMITAÇÕES AOS DIREITOS
AUTORAIS**

**Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks
Allan Rocha de Souza**



PRECEDENTES JUDICIAIS E O PARADIGMA DAS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS ¹

Autores: Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks²; Allan Rocha de Souza³

Instituição: Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.
(UFRRJ-ITR), Curso de Direito

Resumo: A entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 trouxe novo fôlego ao papel dos precedentes, que ganharam novo status no ordenamento brasileiro. Antes disso, contudo, no que se refere às limitações aos direitos autorais, um dos fatos mais importante foi o enfrentamento da questão da interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial (REsp) 964.404, em 2011, quando decidiu por unanimidade em favor da interpretação extensiva e categorização das limitações expressas como exemplos sujeitos à analogia. Esta posição foi reiterada depois em algumas ocasiões que a sucederam, sem que houvesse qualquer outra dissonante. A convergência entre estes fatos ímpares nos obriga a refletir sobre seus efeitos na consolidação da interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais, tema deste trabalho, que foi desenvolvido recorrendo-se ao método indutivo, a partir da análise das decisões e normas, da perspectiva de uma hermenêutica constitucionalizada e funcionalizada.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. Direitos Autorais. Função Social,

1 Este trabalho foi desenvolvido no âmbito e contou, em parte, com o apoio financeiro do INCT PROPRIETAS e do CNPq.

2 Pós-Graduando em Advocacia Empresarial na PUC/MG. Graduado em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios. Pesquisador do INCT PROPRIETAS. Advogado. E-mail: alexandre_spf@hotmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8954789495709084>

3 Professor e Pesquisador de Direito Civil e Propriedade Intelectual no Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR). Professor e Pesquisador de Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento na UFRJ (PPED/IE/UFRJ). Pesquisador Visitante do Oxford Intellectual Property Research Centre (OIPRC), Faculty of Law, Oxford University. Vice Coordenador e Pesquisador do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: allanrsouza@gmail.com . CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>

Limitações.

1. INTRODUÇÃO

A discussão sobre o ponto e equilíbrio de harmonização entre os direitos autorais e os demais direitos fundamentais, como acesso à cultura, educação, conhecimento e informação são bastante antigos e remontam aos primeiros tratamentos jurídicos dados aos direitos sobre a criação artística, literária e científica. Nas últimas duas décadas foi bastante intensificada devido aos temores com o advento do mundo digital, no qual as empresas de conteúdo tentaram – e ainda tentam – manter sua posição de mercado e modelos de negócios.

No Brasil a discussão tomou vulto a partir do início do Fórum de Direitos Autorais, promovido pelo Ministério da Cultura a partir de dezembro de 2007. Antes havia alguns estudos questionando a interpretação restritiva das limitações aos direitos autorais e argumentando que a mais adequada e mesmo a única possível era a interpretação extensiva destas limitações, pois estas eram reflexo de direitos fundamentais, que com a exclusividade autoral devem ser coadunados.

Desde então, vimos o avanço das mudanças legislativas com relação à gestão coletiva, mas não sobre as limitações, cuja reforma no plano nacional continua necessária e urgente. No plano internacional houve a aprovação na OMPI do Tratado de Marrakesh, enquanto antes, na ONU, a Convenção de Nova York acertava o tom ao assegurar acessibilidade, inclusive cultural, a todas as pessoas com deficiência – ambos foram ratificados como Emenda Constitucional no Brasil.

Contudo, no que se refere às limitações aos direitos autorais, um dos fatos mais importante foi o enfrentamento da questão da interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial (REsp) 964.404, em 2011, quando decidiu por unanimidade em favor da interpretação extensiva e categorização das limitações expressas como exemplos sujeitos à analogia. Esta posição foi reiterada depois em algumas ocasiões que a sucederam, sem que houvesse qualquer outra dissonante.

Além disso, a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 trouxe novo fôlego ao papel dos precedentes, que ganharam novo status no ordenamento brasileiro. A convergência entre estes fatos ímpares nos obriga a refletir sobre seus efeitos na consolidação da interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais, tema deste trabalho, que foi desenvolvido recorrendo-se ao método indutivo, a partir da análise das decisões e normas, da perspectiva de uma hermenêutica constitucionalizada e funcionalizada.

2. CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO BRASILEIRO

A tradição do Direito Civil (Civil Law) sempre foi pautada no texto normativo; o texto escrito, o texto da lei, as Códigos. Considerou-se, por muito tempo, que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança⁴, porém, o texto é a regra, não é a norma, e a partir de um mesmo texto legal podem ser extraídas diversas normas e comandos jurídicos, a depender do caso concreto⁵.

Deste modo, o modelo casuístico do positivismo jurídico foi se tornando reconhecidamente insuficiente diante dos fatos sociais, já que a inflexibilidade que o engessava não permitia a renovação e consequente adaptação do Direito ao fato social⁶. Vive-se, atualmente, um momento

4 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.19.

5 Em voto marcante do então Ministro Eros Grau, foi exposto que: “Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/ DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

6 “O Direito que o legislador não pode criar arbitrariamente – insisto – é o direito positivo. O direito pressuposto condiciona a produção do direito posto (positivo). Mas o direito posto transforma, sua (dele) própria base. Isso significa – afirmo-o em outros termos – que o direito

de busca por mecanismos capazes de adaptar o Direito à realidade fática dos jurisdicionados.

É justamente desta necessidade de adaptação do Direito posto ao pressuposto que as cláusulas gerais recebem destaque e relevância⁷. Estas, que são dotadas de proposital indeterminação e flexibilidade, revelam conteúdo amplo, abrangente e extensivo, capazes de dar ao intérprete do Direito caminho mais fácil ou menos difícil⁸ para facilitar a transposição dos preceitos e garantias fundamentais emanadas da Constituição Federal de 1988⁹ às legislações infraconstitucionais¹⁰

Nesse caminho, as cláusulas gerais possuem três funções concomitantes que tocam diretamente a necessidade de fundamentação do magistrado e superveniente necessidade de recursos aos precedentes, quais

pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto.” GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.65.

7 “Ao lado da técnica de legislar com normas regulamentares (ou seja, através de previsões específicas e circunstanciadas), coloca-se a técnica das cláusulas gerais. Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situação de fato”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 27.

8 “Um código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais” MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista dos tribunais. V. 753. p. 24-48. jul. 1998, p. 26.

9 Sendo assim, “o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”, p. 12. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*), p. 12. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

10 Nesse sentido: “Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tentar tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos do direito, multiplicam-se a cada momento”. TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p. 8. Disponível em: < <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf> >. Acesso em 15 de maio de 2016.

sejam: a função de integração, de individualização, e de generalização.¹¹

Através da *função de integração inter-sistêmica* há facilitação da “migração dos conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais”¹², o que aproxima o direito material do constitucional. Já na *função individualizadora*, tem-se a análise preliminar dos elementos do caso concreto para, depois, determinar-se quais normas serão aplicadas. Deste modo, individualiza-se o sentido em decorrência das circunstâncias fáticas e da realidade sociocultural, isto é, o magistrado, ao deparar-se com o caso, deverá individualizá-lo, fundamentando-o para, a partir da individualização de muitos casos semelhantes, chegar-se à *função generalizante* das cláusulas gerais, ou seja, na medida em que se alcança a devida fundamentação o seu efeito concreto se torna generalizante para casos semelhantes, tornando possível a conversão em precedentes estáveis no conteúdo e previsíveis no sentido.

Portanto, em apertada síntese, uma cláusula geral da função social atua como ponte entre o conteúdo material, os preceitos e garantias fundamentais e a lei de direitos autorais para, com a decisão fundamentada do magistrado no caso concreto ser verificado seu alcance e sentido. E, na medida em que se individualiza a matéria ela passa a ser generalizante, tornando-se precedente para casos semelhantes.

3. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES O CPC DE 2015

A grande questão contemporânea, que ganha renovado ânimo com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), é como escapar do arbítrio do magistrado e ao mesmo tempo estabelecer parâmetros capazes de dar segurança, previsibilidade, coerência e estabilidade às cláusulas gerais, sem que, com isto, engesse e amesquinhue sua característica

11 MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista dos tribunais. V. 753. p. 24-48. jul. 1998, p. 34.

12 MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista dos tribunais. V. 753. p. 24-48. jul. 1998, p. 36.

essencial, a abertura semântica.

A normatividade da cláusula geral de limitações, que busca dar plena eficácia à função social dos direitos autorais, tanto em seu viés constitucional, como infraconstitucional, não é um fenômeno estático que pode ser definido e esvaziado aprioristicamente, muito pelo contrário, é dotada de proposital indeterminação e flexibilidade, com conteúdo amplo, abrangente e extensivo, necessitando, portanto, de concreção¹³ para ser estabelecido o alcance e o sentido do caso – a *ethos* do caso concreto.

Em que pese a renovada esperança por dias melhores com a positivação das decisões do CPC, o tema ter recebido extraordinário destaque, com todos os holofotes voltados a si, o que, na verdade, é motivo de grande aflição, já que traz à tona problema crônico de parte da judicatura brasileira, ainda enraizada no Estado Moderno, que interpreta a Constituição Federal - quando o fazem - à luz da legislação infraconstitucional, enquanto o Estado Constitucional impõe o contrário como premissa básica de hermenêutica¹⁴.

Deste modo, o tema não é novo, e já deveria estar sendo aplicado há pelo menos 29 anos, pois encontra positivação no inciso IX do art. 93¹⁵ da Constituição Federal, o que asseguraria, se respeitado,

a determinabilidade do caso concreto, bem como o direito

13 “A interpretação do Direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação.” GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 49.

14 Nesse sentido, o próprio legislador ordinário dispôs, como cartilha e de forma didática - e porque não, constrangedora-, o art. 1º do CPC, em que: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”.

15 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

fundamental ao contraditório e consequente ampla defesa¹⁶ (inciso LV, do art. 5º¹⁷ da Constituição Federal).

Para reforçar o exposto, há uma curiosidade, que gera certa estranheza quanto aos padrões hermenêuticos, em regra, “adotados pelo poder judiciário”¹⁸. Isso porque o art. 11¹⁹ do CPC de 2015 é reprodução *ipsis litteris* do supracitado inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Sendo assim, além de incongruente, dar atenção à fundamentação das decisões graças à “inovadora” previsão do CPC é, por si só, exemplo eloquente da arbitrariedade do poder judiciário, o que justifica ainda mais a obrigatoriedade da devida fundamentação²⁰. Saindo do plano do

16 Em apertada síntese, para os efeitos do presente estudo, o contraditório pode ser definido em três palavras: informação, reação e participação. Assim, “a informação é indispensável, pois todos têm o direito de ter ciência de que um pedido de tutela jurisdicional foi em seu desfavor. A reação é eventual, ou seja, todos têm o direito de se defender de um pedido que possa atingir a sua esfera jurídica, mas eventualmente o exercício desse direito pode ser relegado para um momento posterior, dependendo dos valores em jogo. Já a participação é o terceiro elemento do contraditório e tem duplo endereço: as partes e o juiz. As partes participam do processo pedindo, alegando e provando. Os juízes participam do processo decidindo, exercendo os seus poderes instrutórios e gerenciando o processo”. SOUZA, André Pagani de. *Princípios Constitucionais e a Vedação das Decisões-Surpresa*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coord.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 44.

17 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

18 “Adotados pelo poder judiciário”, uma vez que esta não parece, data vênia, ser esta a opção adotada pelo legislador constituinte. Já que, no Estado Democrático de Direito, é a Constituição Federal que está topo do ordenamento jurídico, irradiando de forma plena e imediata sua normatividade para todo o ordenamento infraconstitucional. O que obrigaria uma leitura de cima para baixo e não de baixo para cima.

19 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

20 “Justifica ainda mais a necessidade da devida fundamentação”, porque a devida fundamentação é pontualmente um dos instrumentos capazes de prevenir o arbítrio do judiciário.

dever-ser, em que os magistrados fundamentariam à luz da Constituição Federal, retorna-se à realidade - ou à esperança, o CPC, como legislação que, talvez, os magistrados apliquem.

Assim sendo, por ser a função social um conceito jurídico indeterminado, a explicitação de seus sentidos encontra morada expressa no § 1º do art. 489 do CPC, em que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”, tem-se, por objetivo, dar coerência e segurança, visto que a concretude²¹ das cláusulas abertas é vasto e perigoso espaço de criação pretoriana.

Muito além de aplicar a lei – isso é o mínimo²², fundamentar é: i) demonstrar a essência - o porquê daquela decisão; ii) é explicitar o caminho percorrido, ponto por ponto, questão por questão, até o final daquela estrada – a decisão²³; iii) é evitar que o magistrado atue

21 “A concretude consubstanciaria, em síntese, a transformação da vontade social em comando jurídico. Uma vez estabelecida a normatividade, caberia ao aplicador do direito extrair seu conteúdo. A extração da normatividade constituiria, dessa forma, a atividade jurisdicional típica. Ocorre que, mesmo sem poder exercer normatividade – já que estaria, em tese, adstrito à extração da normatividade – o poder judiciário tem com cada vez mais frequência exercido a função política de concreção.”. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional - Domesticando o Rinoceronte*. Belo Horizonte: Arras Editores, 2016, p. 54.

22 A título de observação, ao fundamentar o magistrado estará aplicando a lei, seja a Constituição Federal (inciso IX do art. 93) ou o CPC (artigos 11 e 489). Deste modo, fundamentar é aplicar a lei (em sentido lato), bem como dizer o direito (em sentido estrito). De modo que não há escapatória, pois o princípio da legalidade além de disposto no caput dos artigos 5º e 37 da Constituição Federal, também está positivado, de forma idêntica, no art. 8º do CPC (para aqueles que ainda interpretam de baixo para cima). E, por fim, caso não seja suficiente, aplicar a lei é atuar em conformidade com o estatuto próprio da categoria destes funcionários públicos, conforme dispõe o art. 3º, I: “é função do magistrado judicial aplicar a lei, administrar a justiça e fazer executar as suas decisões” (BRASIL. Estatuto dos Magistrados Judiciais Lei nº 10/91 de 30 de Julho. Disponível em: < http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/mocambique_emj.pdf >. Acesso em 22 de setembro de 2017).

23 “Ponto é toda afirmação de fato ou de direito feita pelas partes. Questão é um ponto controvertido pela parte adversária ou pelo próprio juiz. O que faz uma questão, portanto, é uma afirmação (ponto) controvertida”. SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais – a crise na construção de respostas no processo civil*. WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 285.

com exacerbada discricionariedade, solipsismo, arbitrariedade²⁴; iv) é traçar parâmetros condizentes com o ordenamento jurídico capazes de dar segurança e previsibilidade aos jurisdicionados, e repercussão para a orientação de outros julgamentos; e, por fim v) é permitir o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa.

Precisamente quanto à fundamentação das decisões que tem na função social o conteúdo do mérito, propõe-se que o magistrado decida pautado na axiologia, teleologia e sistemática constitucionais, e, para determinar o conteúdo e extensão da função social nos direitos autorais alguns padrões deverão ser seguidos, dentre eles o conteúdo e justificativa do Recurso Especial 964.404, paradigma no que se refere à interpretação das limitações – este assunto será especificamente tratado adiante.

Cabe enfatizar, por fim, que a decisão fundamentada não é sinônimo da qualidade ou preocupação do magistrado, mas, sim, requisito mínimo para que o ato deste servidor seja válido. De modo que, a indevida ou a total não fundamentação do conteúdo da função social ao caso concreto terá por consequência a nulidade da decisão, cabendo embargos de declaração²⁵ até que seja sanado o vício e explicitado o conteúdo.

4. PRECEDENTES E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

24 “A obra do jurista é a luta contra o arbítrio, é a luta por saber qual é o direito e não cria-lo.

Tudo o que o jurista escreve contém em si um incitamento à ação futura. Interpretar a lei contra o que ela dispõe é um ato de sabotagem, um instrumento de ação revolucionária, mas não um método de busca científica. A humildade é um grande dote do jurista, pois o orgulho pode conduzi-lo a trocar a certeza do direito pelo resultado da sua genialidade inventiva, fazendo com que ele se esqueça de que por detrás das consequências de suas divagações circolino dentro, in ogni giuntura, le lacrime e il sangue degli uomini vivi”. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Responsabilidade da Doutrina e o Fenômeno da Criação do Direito Pelos Juízes*. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 426.

25 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

O fato é que, no alargamento deste maior espaço para criação pretoriana do Direito estabelecido com o CPC, foi criado rol mais significativo de precedentes judiciais²⁶ obrigatórios, alargando e dando densidade a este instituto que tem em seu âmago os ideais da Constituição Federal de garantir segurança jurídica²⁷ e permitir maior previsibilidade, coerência e racionalidade²⁸.

Neste passo, o legislador em evidente preocupação com a racionalidade e a coerência positivou o art. 926²⁹ do Código de Processo Civil como forma horizontal de uniformização das decisões, “os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Podemos entender a estabilidade como a “não surpresa”, a vinculação de julgados anteriores aos atuais; a coerência, por sua vez é uma garantia de isonomia, em que casos iguais devem ter igual decisão; ao passo que a integridade é a exigência que os magistrados recorram ao conjunto sistêmico do direito em seus argumentos.³⁰ E isso significa

26 “Com efeito, pode-se, sem dificuldade, reconhecer que, num quadro como o ora apontado, só a jurisprudência dos tribunais, coerente e estável – o que se busca alcançar principalmente por meio do regime de enunciados sumulares-, terá condições de resguardar a segurança jurídica e a confiança das ideologias pessoais, e na confusão da justiça programada pela norma legal com a justiça concebida no íntimo de seu puro subjetivismo” (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Papel da Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil*. In. JÚNIOR, Antônio Gaio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. (org.). Código de Processo Civil – Novas Reflexões e Perspectivas. Belo Horizonte: *DelRey*, 2016, p. 169.

27 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, inciso XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 12 de maio de 2016.

28 MACÊDO, Lucas Buril de. *Reclamação Constitucional Fundada em Precedentes Obrigatórios no CPC/15*. In. JÚNIOR, Antônio Gaio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. (org.). Código de Processo Civil – Novas Reflexões e Perspectivas. Belo Horizonte: *DelRey*, 2016, p. 207.

29 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

30 Por todos, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Ou ainda JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; MELLO, Cleyson de Moraes. Novo Código de

que, antes de termos uma verticalização das decisões, nós precisamos ter uma horizontalidade. As turmas devem respeitar seus julgadores, para evitarmos a “jurisprudência lotérica”³¹.

Já no que trata especificamente da verticalização das decisões, isto é, do efeito cascata que os precedentes judiciais possuem no ordenamento brasileiro, o legislador positivou o artigo 927³² do Código de Processo Civil.

Não é suficiente, portanto, o advogado ou magistrado recitar ou remeter à súmula, como se aquele enunciado fosse a panaceia para todos os males, muito mais do que isso, será necessário fazer um estudo dos acórdãos que geraram aquela súmula. Isto porque o juiz deverá de aplicar a *ratio decidendi* daquela súmula ao caso concreto, para poder ter condições de dizer se vai ou não seguir. Ou seja, na fundamentação do magistrado ele terá que voltar nos acórdãos formadores daquele

Processo Civil Comentado. Belo Horizonte: DelRey, 2016

31 MACÊDO, Lucas Buril de. *Reclamação Constitucional Fundada em Precedentes Obrigatórios no CPC/15*. In. JÚNIOR, Antônio Gaio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. (org.). Código de Processo Civil – Novas Reflexões e Perspectivas. Belo Horizonte: DelRey, 2016, p. 208.

32 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

entendimento. Não bastando colocar “com base em tal artigo”; “julgo com base na súmula tal”, pois agora há balizas a serem seguidas. Ele terá que explicar e fundamentar, com respaldo nos artigos art. 10³³ e no art. 489, § 1º do Código de Processo Civil³⁴.

E, ademais, na análise do precedente o intérprete não poderá se furtar a dois fatores importantíssimos, a *Ratio Decidendi* e a *Obter Dictum*. *Ratio Decidendi*: A razão de decidir, é o principal conteúdo de um acórdão, é nela que se obtém a regulação do caso concreto e de onde são extraídas as diretrizes principais para identificar em uma decisão se assemelha à outra. Enquanto, do outro lado, a *Obter Dictum*, não decide conteúdo, não é vinculante, sendo tão somente matéria de fato, externa ao conteúdo necessário para a criação de precedentes.

5. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DOS DIREITOS AUTORAIS

Dito do exposto, para que o magistrado possa alcançar a *Ratio Decidendi* -a razão de decidir-, quando o assunto versar sobre função social, será necessário partir do núcleo do instituto, que tem por vértice a

33 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

34 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. Art. 10. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se restringem a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

sistemática, teleologia e axiologia extraídos da Constituição Federal.

Nesse caminho, se faz necessário traçar um conteúdo, mesmo que mínimo, do sentido e alcance da função social da propriedade para, com isso, demonstrar diretrizes na árdua tarefa de condicionamento do concreto, em que o magistrado diante da necessidade da devida fundamentação de diversos textos legais ainda pautados na estrutura patrimonialista, deverá dar prevalência à normatividade constitucional com ênfase na prevalência da função - existencial.

Assim sendo, tendo em vista que estrutura e função são elementos que compõem quaisquer direitos subjetivos, a função do direito de propriedade que se esgotava na esfera individual do proprietário tem sido modificada ao passar dos anos para atender aos preceitos e garantias do Estado Social. Esta modificação fica evidente quando se pensa que ainda no Estado Liberal o ordenamento garantia ao proprietário arbitrariedade do exercício de seus direitos subjetivos da forma mais absoluta possível³⁵, reconhecendo na propriedade um fim em si mesmo³⁶. Conquanto, no Estado Social, que carrega para dentro do elemento funcional da propriedade a noção de ordem pública que é, em nosso tempo, pautada nas garantias existenciais do Estado Democrático de Direito a nova ordem jurídica impõe aos proprietários, a par dos direitos atribuídos, deveres, ônus e obrigações.

Cuja observância se erige como condição de tutela daquele direito. Com efeito, a categoria de direito subjetivo é substituída pela situação jurídica subjetiva complexa, composta de direito/dever, e por meio da qual se realizam os interesses individual e coletivo, de modo a concretizar, assim, a função da solidariedade constitucional. (TEPEDINO, 2011, pp. 242-243)

35 MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil, n.65, 1993, p.26.

36 “Enquanto o proprietário do Estado Liberal agia nos limites impostos pela lei, segundo a máxima “posso fazer o que quiser”, o proprietário dos tempos atuais sofre uma remodelação em sua autonomia privada, considerando que deve fazer tudo para colaborar com a sociedade, desde que não se prejudique”. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Direitos Reais*, v. 5. 8. ed. Salvador: Editora jusPodivm, 2012, p. 316.

Isto porque,

É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse plenamente individual e egoísta, enquanto a noção de situação jurídica subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional. (PERLINGIERI, 2011, p. 121)

O proprietário continua como principal beneficiário do direito de propriedade, com ampla proteção e predominância em seu domínio sob a coisa, e, deste modo, “a propriedade se mantém privada”³⁷, mas seu conteúdo se afasta da definição individualista de “poder absoluto do proprietário, para buscar na conformação ao interesse social a sua legitimação, a razão e o fundamento de sua proteção jurídica”³⁸. Entretanto, a projeção da função social sobre a propriedade privada não deve ser entendida de forma negativa pelo proprietário, “mas como a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”³⁹.

Esta funcionalidade, que por força do ordenamento constitucional solidarista consubstancia-se em uma função social, está entranhada na própria estrutura do direito subjetivo complexo do proprietário. Sendo reflexo direito do ordenamento jurídico contemporâneo que efetiva “ao lado da função de tutela ou garantia, cada vez mais, a função de promover”⁴⁰. Afinal, não havia mais sentido manter a lógica repressiva do Estado Liberal, no qual se sancionava negativamente quem contrariasse aos interesses coletivos, enquanto que hoje, ao revés, busca-se em um Estado promocional incentivar as condutas coletivamente favoráveis, instituindo sanções positivas que se mostram capazes de estimular as atividades do proprietário, constituindo uma genuína obrigação de fazer e não fazer em prol da coletividade. E, neste contexto, deve ser considerado que

37 SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, p.159-182, 2000.

38 Idem. Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, p.159-182, 2000.

39 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 226.

40 BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Manole, 2007, p. 13.

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, o conteúdo da função social assume um papel tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento jurídico. (PERLINGIERI, 2007, p. 226)

Quis o constituinte originário garantir no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, o direito fundamental à propriedade e, logo em seguida, no inciso XXIII, assegurar que “a propriedade atenderá a sua função social”, ou seja, ao passo que reconheceu, de um lado, o direito de propriedade, de outro, criou a obrigação para o titular de dar ao bem uma destinação condizente com a função social, havendo, desta forma, uma a união indissociável entre a propriedade e a sua função social.

Com isto, parece não restar dúvida que a função social passa a fazer parte do núcleo interno do domínio, configurando como um elemento capaz de fazer a ponte entre os preceitos democráticos e o núcleo individual do proprietário. Deste modo, no exercício dos direitos de usar, gozar e dispor, o proprietário deve conformar a propriedade à função social, funcionalizando, por conseguinte, a estrutura da propriedade aos valores sociais e existenciais do ordenamento. Assim, garante-se a constante conformação do núcleo interno do domínio às mutáveis questões socialmente relevantes, já que enquanto os “elementos estruturais são estáticos, o elemento funcional é dinâmico e assume um papel decisivo no controle sobre os demais”⁴¹. Portanto,

A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. (FACHIN, 1988, pp. 19-20)

Neste dinamismo contemporâneo a função social da propriedade alcança diversas formas em atendimento às diversas situações fáticas, de modo que se torna elementar ao magistrado fundamentar para

41 TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*, vol. XIV. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240.

determinar o conteúdo da função social aplicada ao caso concreto, atendendo, sob pena de nulidade da decisão, aos diversos interesses não-proprietários, sobretudo, conformando os interesses patrimoniais aos de natureza existencial, condicionando a tutela do domínio ao atendimento à dignidade da pessoa humana.

A funcionalização dos institutos proprietários não exclui nenhuma de suas formas da necessidade de compatibilização entre os direitos do titular e os direitos comunitários, extra proprietários. No caso dos direitos autorais os de maior incidência são, no plano coletivo ou social, os direitos de acesso à cultura, educação e conhecimento, alcançando também a inovação e a tecnologia, enquanto que, no plano individual a liberdade de expressão, o direito à privacidade, de consumidor e à informação. Todos estes devem ser compatibilizados com a exclusividade autoral, pois são todos direitos fundamentais de igual natureza, devendo ser harmonizados respeitando-se os elementos essenciais de cada qual. Esta fora a posição defendida por doutrina mais atenta as transformações da sociedade e também menos vinculada aos interesses encastelados em torno dos direitos dos autores, que falam como se autores fossem, enquanto são apenas mercados de direitos sobre criações alheias. O STJ entendeu a dimensão da antissocial e antijurídica da proposição interpretativa de que as limitações deveriam ser interpretadas restritivamente, cingindo os usos livres permitidos à casuística legislativa, incompleta e insuficiente, como reiteradamente denunciada. E é justamente sobre este tópico que trataremos a seguir.

6. O PRECEDENTE PARADIGMÁTICO

Em 2011, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão das limitações dos direitos autorais sob o prisma da lei ordinária, firmando uma diretriz para o Tribunal na padronização da interpretação da legislação federal, e sustentou sua decisão justamente na necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais constitucionais de proteção aos direitos autorais e, principalmente, direitos à educação e cultura e,

desde então, a decisão é fonte obrigatória a ser enfrentada por todos aqueles que discutem o tema das limitações aos direitos autorais no Brasil.

O Recurso Especial (REsp) n 964.404, decidido em 15 de março de 2011, tratou da possibilidade de cobrança pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) de direitos autorais em razão de execuções musicais e sonorizações ambientais ocorridas durante a abertura do Ano Vocacional em Escola, qualificado como sendo um evento religioso e sem fins lucrativos.

O REsp em análise foi interposto pelo recorrente Mitra Arquidiocesana de Vitória contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ-ES) que dera provimento à apelação do recorrido, ECAD, tendo como fundamento, especialmente, o art. 68, caput e §3º da Lei 9.610/98, sem qualquer consideração sobre os limites impostos aos direitos autorais. Assim, o TJ-ES considerou, em seu acórdão, que era possível a cobrança pelo recorrido e que a interpretação das limitações era restrita ao estabelecido expressamente na legislação ordinária.

Todavia, a recorrente também sustentou o seu pedido no art. 68, caput e §3º da Lei 9.610/98 para sustentar que não houve violação deste, visto que o seu rol não menciona as entidades religiosas, e também no art. 46, VI⁴², da mesma Lei, pois este

afasta a interpretação de ofensa aos direitos autorais frente à representação teatral e à execução musical quando são realizadas com fim exclusivamente didático nos estabelecimentos de ensino e sem fins lucrativos.

Na análise do REsp, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator), entendeu que a partir de uma leitura isolada do aludido art. 68 da Lei 9.610/98, o evento realizado pela recorrente realmente importaria no pagamento de direitos autorais, apesar do §3º do artigo 68 não se referir expressamente às entidades religiosas. Contudo, assevera a decisão

42 BRASIL. Lei nº 9.610 de 1998. Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm >. Acesso em: 28 de abril de 2016.

que

Nada obstante, as normas do art. 68 e seus parágrafos fixam apenas o âmbito de proteção *prima facie* da propriedade autoral, surgindo o seu âmbito efetivo de proteção somente após o reconhecimento das restrições e limitações a ela opostas pela própria lei especial.(BRASIL, Resp. 964.404)

Reconhece o tribunal que a interpretação de qualquer norma deve considerar o conjunto normativo e não as regras especificamente aplicadas e, neste sentido, indicou que o ministro relator reconheceu que a efetividade da proteção do artigo em comento só seria possível após o “reconhecimento das restrições e limitações a ela opostas pela própria lei especial”, pois

O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais. (BRASIL, Resp. 964.404)

Deste modo, sobre as limitações aos direitos autorais – arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98 –, entendeu o Tribunal, sustentado pelas proposições doutrinárias de Allan Rocha de Souza⁴³ e Leonardo Macedo Poli⁴⁴, que essas possuem necessariamente

caráter exemplificativo. Aduziu que as limitações são representações da importância e da valorização de direitos e garantias fundamentais pelo legislador ordinário em face dos direitos autorais, pois, afinal, “Valores como a cultura, a ciência, a intimidade, a privacidade, a família, o desenvolvimento nacional, a liberdade de imprensa, de religião e de culto devem ser considerados quando da conformação do direito à propriedade autoral.”

Sendo assim, as limitações são o “resultado da ponderação destes

43 SOUZA, Allan Rocha de. A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

44 POLI, Macedo. Direito Autoral: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 81.

valores em determinadas situações, não se pode considerá-las a totalidade das limitações existentes” e que a adoção de entendimento contrário ao

caráter exemplificativo das limitações aos direitos do autor, conduziria, em determinados casos, à violação de direito ou garantia fundamental e “ao desrespeito do dever de otimização dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, da CF), que vinculam não só o Poder Legislativo, mas também o Poder Judiciário”. Daí a

Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião. (BRASIL, Resp. 964.404)

Outrossim, afirma o acórdão que esta ponderação não pode ocorrer de forma arbitrária, devendo sempre observar os critérios estipulados pela Convenção de Berna e o Acordo OMC/TRIPS, que se consubstanciam na “regra do teste dos três passos (‘three-step-test’)” segundo o qual “a reprodução não autorizada de obras de terceiros é admitida nas seguintes hipóteses: (a) em certos casos especiais; (b) que não conflitem com a exploração comercial normal da obra; (c) não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor”. O recurso a este critério, internacionalmente estabelecido, serve como limite à analogia e interpretação extensiva das limitações aos Direitos Autorais.

Dessa forma, concluiu-se que o caso nos autos se adéqua perfeitamente ao critério em análise, pois é um evento especial – abertura do Ano Vocacional em Escola –, que não conflita com a exploração comercial normal da obra – pois se trata de evento exclusivamente religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita – e, por fim, não houve prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor, tendo em vista que o evento não foi realizada para alcançar um grande público, mas fora restrito aos indivíduos que possuísem algum vínculo com aquela entidade.

Ao final, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino deu provimento parcial ao recurso especial, excluindo a cobrança de direitos autorais

relativas ao caso em análise, uma vez que a interpretação das limitações deve ser entendida como extensiva, justamente em razão dos direitos fundamentais. Os Ministros Vaso Della Giustina, Nancy Andrichi e Massami Ueyda seguiram o voto do Relator e, por unanimidade, a Turma deu parcial provimento ao recurso especial, funcionalizando o conteúdo direito de propriedade em razão dos direitos fundamentais.

Deste modo, a partir do REsp. 964.404 ficou evidenciado que a propriedade tem um novo papel no sistema civil-constitucional brasileiro, o de servir como salvaguarda ao pleno desenvolvimento da pessoa humana nas diversas irradiações da axiologia constitucional, manifestadas, no caso dos Direitos Autorais, por exemplo pela apropriação dos bens artístico-culturais e científicos protegidos por direitos autorais.

Portanto, toda vez que o Resp. 964.404 for utilizado como precedente em casos de proteção às limitações aos direitos autorais, o magistrado não poderá se furtar a julgar no sentido da interpretação extensiva, pois, se o fizer, a sentença será nula, salvo se conseguir provar que o entendimento foi modificado, ou que o caso litigioso é diverso do conteúdo do Resp. Assim, o inciso VI do § 1 do art. 489, dispõe:

Art. 489: São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a nova hermenêutica que reflete a constitucionalização do direito atinge o âmago dos institutos de direitos privado, revestindo-lhes de uma nova densidade, no qual estrutura e função dialogam para dar-lhes o melhor sentido e aplicabilidade social. Os institutos proprietários foram especialmente atingidos, até por terem sido ícones das codificações modernas e sua pretensão de absolutismo dos institutos jurídicos. A funcionalização da propriedade obriga que todos os titulares

no exercício de suas faculdades e direitos respeite os limites impostos pelos interesses extra proprietários, que se projetam intrinsecamente para legitimar a própria proteção, e, neste sentido, são sua própria justificativa. Assim como os direitos autorais, os direitos de acesso à cultura, educação, informação, consumidor ou, dentre outros, liberdade de expressão são direitos fundamentais, e a sua harmonização é um dever contínuo e constante.

O estabelecimento de precedentes como vértices de aplicação da norma ao caso concreto contribui para a segurança jurídica e previsibilidade, ao mesmo tempo que a flexibilidade necessária para a adequação da norma ao caso concreto, permanentemente substituindo – enterrando, esperamos – a lógica da subsunção, pela qual os fatos devem se adequar a norma, numa completa inversão de valores.

O precedente paradigmático aqui analisado foi reiterado em decisões posteriores pelo mesmo Tribunal. Esperamos que o estabelecido neste precedente seja respeitado no enfrentamento de outros casos por este e demais tribunais inferiores – conforme determina o CPC e a razoabilidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, p. 12. Disponível em: < http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

BOBBIO, Norberto. **A função promocional do direito. Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Manole, 2007.

BRASIL. **Código de Direito Processual Civil**, lei nº 13.105 de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

BRASIL. **Estatuto dos Magistrados Judiciais** Lei nº 10/91 de 30 de Julho. Disponível em: < http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/mocambique_emj.pdf >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 964.404/ES**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1027365&n_um_registro=200701444505&data=20110523&formato=PDF>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/ DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Fabris Editor. 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, Direitos Reais**, v. 5. 8. ed. Salvador: Editora *jusPodivm*, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **O Papel da Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil**. In. JÚNIOR, Antônio Gaio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. (org.). *Código de Processo Civil – Novas Reflexões e Perspectivas*. Belo Horizonte: *DelRey*, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Reclamação Constitucional Fundada em Precedentes Obrigatórios no CPC/15**. In. JÚNIOR, Antônio Gaio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. (org.). *Código de Processo Civil – Novas Reflexões e Perspectivas*. Belo Horizonte: *DelRey*, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro**. Revista dos tribunais. V. 753. p. 24-48. jul. 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Revista de Direito Civil, n.65, 1993.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Responsabilidade da Doutrina e o Fenômeno da Criação do Direito Pelos Juízes**. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

POLI, Macedo. **Direito Autoral: parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 81.

SCHMITZ, Leonardo Zieseimer. **Fundamentação das Decisões Judiciais – a crise na construção de respostas no processo civil**. WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, p.159-182, 2000.

SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha. **Os direitos culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012.

SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto- **A propriedade privada no Brasil: reflexos a partir da Constituição Federal de 1988**. In Anais do Congresso, Nova York: Latin American Studies Association, 2016.

SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. **The Marrakesh treaty ratification in Brazil: immediate effects**. In: **Panorama of Brazilian Law**, v.4, pp. 328-346, 2016.

SOUZA, André Pagani de. **Princípios Constitucionais e a Vedação das Decisões-Surpresa**. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coord.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Código Civil**, vol. XIV, São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa**, p. 8.

Disponível em: < <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf> >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional - Domesticando o Rinoceronte**. Belo Horizonte: Arras Editores, 2016.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**PROPRIEDADE
INTELLECTUAL E
PATRIMÔNIO IMATERIAL
CULTURAL**

Carolina Brasil Romão e Silva



PROPRIEDADE INTELECTUAL E PATRIMÔNIO IMATERIAL CULTURAL

Autora: Carolina Brasil Romão e Silva¹

Instituição: Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI)

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a propriedade intelectual em relação ao patrimônio cultural imaterial, em especial envolvendo (i) a definição de patrimônio cultural imaterial e de conhecimento tradicional, (ii) a diferenciação com o conhecimento tradicional relacionado à biodiversidade previsto na Lei 13.123, de 20 de maio de 2015, e (iii) os direitos patrimoniais dos autores das obras consideradas patrimônio cultural imaterial. Para atingir o objetivo geral de realizar esta breve análise da legislação nacional e dos tratados internacionais, a presente pesquisa foi realizada com base em dados bibliográficos, legais e jurisprudenciais, verificando de que forma este patrimônio imaterial pode receber a proteção por direitos de propriedade intelectual no direito pátrio e internacional. Assim, averíguam-se as formas de proteção dos conhecimentos tradicionais não relacionados à biodiversidade, como o patrimônio cultural imaterial relacionado aos indígenas, e as consequências desta proteção, em especial no que tange à propriedade intelectual e os direitos patrimoniais dos autores das obras consideradas patrimônio imaterial cultural. Conclui-se que os princípios jurídicos que regem o direito autoral devem ser adotados às criações relacionadas aos conhecimentos tradicionais indígenas, sendo necessário aplicar adequadamente algumas das regras na legislação às características específicas da realidade cultural indígena, observando o caso em concreto.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural Imaterial. Direitos Autorais. Obras Indígenas.

¹ Doutoranda em Propriedade Intelectual e Inovação pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI. Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Formada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro –UERJ, pós-graduada em Gestão Pública pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Regulação na Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

1. INTRODUÇÃO

Considerando os conceitos relativos aos conhecimentos tradicionais e aos recursos genéticos, assim como sua relação com os direitos de propriedade intelectual, o objetivo deste estudo é analisar a propriedade intelectual em relação ao patrimônio cultural imaterial, em especial envolvendo (i) a definição de patrimônio cultural imaterial e de conhecimento tradicional, (ii) a diferenciação com o conhecimento tradicional relacionado à biodiversidade previsto na Lei 13.123, de 20 de maio de 2015, e (iii) os direitos patrimoniais dos autores das obras consideradas patrimônio cultural imaterial..

Verifica-se que a CDB e a Lei **13.123/2015 tem como preocupação apenas a preservação dos conhecimentos tradicionais relacionados com os recursos naturais, assim, os demais conhecimentos tradicionais devem ser protegidos por outros mecanismos como a** Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, promulgada pelo Decreto nº 5.753/2006, conceituada acima.

Serão analisados como ocorre a proteção dos conhecimentos tradicionais não relacionados à biodiversidade, como o patrimônio cultural imaterial, e as consequências desta proteção, em especial no que tange à propriedade intelectual e os direitos patrimoniais dos autores das obras consideradas patrimônio imaterial cultural.

Neste sentido, utiliza-se o exemplo da arte indígena para analisar como os princípios jurídicos que regem o direito autoral e de imagem ao caso das criações coletivas indígenas, sendo necessário apenas aplicar adequadamente algumas das regras hoje existentes na legislação às características específicas da realidade cultural indígena.

Por fim, analisam-se os casos de direitos autorais patrimoniais e suas consequências jurídicas no caso de obra indígena.

2. METODOLOGIA

Para atingir o objetivo geral de realizar esta breve análise da legislação nacional e dos tratados internacionais, a presente pesquisa foi realizada com base em dados bibliográficos, legais e jurisprudenciais, analisando de que modo este patrimônio imaterial pode receber a proteção por direitos de propriedade intelectual no direito pátrio e internacional.

Ademais, buscou-se estudar exemplos práticos vividos por comunidades tradicionais e suas relações com a exploração de seus conhecimentos, a fim de ilustrar possibilidades de fruição de benefícios financeiros a título de justa retribuição a tais comunidades.

3. CONHECIMENTO TRADICIONAL E EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS

Antes de iniciarmos a definição de conhecimento tradicional, importante verificar o conceito de tradicional - CT. Conforme orientações da Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI (2013), o termo “tradicional” qualifica uma forma de conhecimento ou uma expressão que tem um vínculo de tradição com uma comunidade. Esse tipo de conhecimento é desenvolvido, sustentado e repassado dentro de uma mesma comunidade, assim, é seu o relacionamento com a comunidade que faz com que um conhecimento ou determinada expressão seja considerado ou não tradicional.

As características essenciais das criações tradicionais são, por exemplo, aquelas que contêm motivos, um estilo ou outros itens que são característicos para identificar uma tradição de determinada comunidade. Existe um sentimento de pertencimento da comunidade em relação às suas tradições.

Existem muitas propostas de definição do conhecimento tradicional, mas verifica-se que o conceito é relativamente novo e ainda está sendo construído (Johnson, 1992; Wavey, 1993; Berkes, 1993; McCorkle, 1994; Quiroz, 1996). Dutfield (2000) dispõe que nos acordos internacionais que fazem referência ao CT, não se encontram definições precisas. Tanto a Convenção de Diversidade Biológica (CDB),

de 1992, como a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento de 2000, evitam definir o termo, referindo-se de modo geral ao CT como “conhecimento, inovações e práticas das populações indígenas e comunidades locais contidos em estilos de vida tradicional” ou como “tecnologias pertencentes a estas comunidades”

Já o secretariado da OMPI (2009) tem duas definições para conhecimentos tradicionais: “o conhecimento que é resultado da atividade intelectual em um contexto tradicional e inclui *know how*, habilidades, inovações, práticas e aprendizados que formam parte do sistema de conhecimentos tradicionais, e conhecimento que é incorporado no estilo de vida de uma comunidade ou povo, ou está contido em sistemas de conhecimento codificado passados entre gerações”; ou se refere aos trabalhos literários, artísticos ou científicos; invenções, descobertas científicas, desenhos, marcas, nomes e símbolos; informações confidenciais baseadas na tradição (que foram transmitidas de geração em geração e pertencem a um povo ou seu território).

3.1 PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

A Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada pela UNESCO em 2003, define patrimônio cultural imaterial ou patrimônio cultural intangível, que se trata de uma categoria de patrimônio cultural. O Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006, promulgou a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris, em 17 de outubro de 2003, e assinada em 3 de novembro de 2003.

O art. 2º da referida Convenção entende por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural.

Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração

em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.

A Convenção considera apenas patrimônio cultural imaterial aquele que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável.

Assim, o “patrimônio cultural imaterial”, conforme definido acima, se manifesta em particular nos seguintes campos: a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial; b) expressões artísticas; c) práticas sociais, rituais e atos festivos; d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; e) técnicas artesanais tradicionais.

Portanto, as expressões culturais tradicionais (*Traditional Cultural Expressions – TCEs*) são as formas pelas quais a cultura tradicional é expressa. Essas formas de expressão podem ser, por exemplo, dança, música, artesanato, desenho, cerimônia, além de outras expressões artísticas ou culturais. As expressões culturais tradicionais podem ser tangíveis, intangíveis ou, mais geralmente, uma combinação das duas condições.

Por fim, a mencionada Convenção entende por “salvaguarda” as medidas que visam garantir a viabilidade do patrimônio cultural imaterial, tais como a identificação, a documentação, a investigação, a preservação, a proteção, a promoção, a valorização, a transmissão e revitalização deste patrimônio em seus diversos aspectos.

3.2 CONHECIMENTO TRADICIONAL E CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BRASILEIRA

O Decreto Legislativo nº 2, de 1994, aprovou o texto da Convenção

sobre Diversidade Biológica -CDB, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992.

O art. 10 da Convenção acima mencionada traz como objetivos, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado, bem como proteger e encorajar a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais compatíveis com as exigências de conservação ou utilização sustentável.

Portanto, a CDB envolve a proteção apenas do conhecimento tradicional relacionado à biodiversidade. Neste sentido, a **Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre bens, direitos e obrigações relativos:

I - ao acesso ao patrimônio genético do País, bem de uso comum do povo encontrado em condições in situ, inclusive as espécies domesticadas e populações espontâneas, ou mantido em condições ex situ, desde que encontrado em condições in situ no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial e na zona econômica exclusiva;

II - ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, relevante à conservação da diversidade biológica, à integridade do patrimônio genético do País e à utilização de seus componentes;

(...)

§ 1º O acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado será efetuado sem prejuízo dos direitos de pro-

priedade material ou imaterial que incidam sobre o patrimônio genético ou sobre o conhecimento tradicional associado acessado ou sobre o local de sua ocorrência.

Art. 2º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, consideram-se para os fins desta Lei:

(...)

II - conhecimento tradicional associado - informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético;

III - conhecimento tradicional associado de origem não identificável - conhecimento tradicional associado em que não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional. ”

Portanto, verifica-se que a CDB e a Lei **13.123/2015 tem como preocupação apenas a preservação dos conhecimentos tradicionais relacionados com os recursos naturais, assim, os demais conhecimentos tradicionais devem ser protegidos por outros mecanismos como a** Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, promulgada pelo Decreto nº 5.753/2006, conceituada acima.

Na próxima seção, serão analisados como ocorre a proteção dos conhecimentos tradicionais não relacionados à biodiversidade, como o patrimônio cultural imaterial, e as consequências desta proteção, em especial no que tange à propriedade intelectual e os direitos patrimoniais dos autores das obras consideradas patrimônio imaterial cultural. O patrimônio cultural imaterial será analisado com base tendo como base a Constituição Federal de 1988, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial e a Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que consolida a legislação de direitos autorais.

4. CONHECIMENTO TRADICIONAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS RELACIONADOS AO PATRIMÔNIO IMATERIAL

A Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial dispôs, no artigo 11, que as partes devem adotar medidas para garantir, em seu território, a salvaguarda desse tipo de patrimônio. Por salvaguarda, como conceituado acima, o parágrafo 3 do artigo 2º definiu as medidas destinadas a garantir a viabilidade do patrimônio cultural imaterial, compreendidas a identificação, documentação, investigação, preservação, proteção, promoção, valorização, transmissão (...) e revitalização deste patrimônio em seus distintos aspectos.

Ademais, é previsto que nenhuma disposição da presente Convenção poderá ser interpretada de tal maneira que afete os direitos e obrigações que tenham os Estados-Partes em virtude de outros instrumentos internacionais relativos aos direitos de propriedade intelectual ou à utilização dos recursos biológicos e ecológicos dos que sejam partes (Convenção, 2003). Assim, a normativa relativa à propriedade intelectual aparece como um dos entraves para a proteção aos conhecimentos tradicionais, reconhecidos como patrimônio imaterial.

Outras medidas para salvaguardar o patrimônio imaterial estão previstas no artigo 13 da Convenção e compreendem:

“a) adotar uma política geral visando promover a função do patrimônio cultural imaterial na sociedade e integrar sua salvaguarda em programas de planejamento; b) designar ou criar um ou vários organismos competentes para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial presente em seu território; c) fomentar estudos científicos, técnicos e artísticos, bem como metodologias de pesquisa, para a salvaguarda eficaz do patrimônio cultural imaterial, e em particular do patrimônio cultural imaterial que se encontre em perigo; d) adotar as medidas de ordem jurídica, técnica, administrativa e financeira adequada; i) favorecer a criação ou o fortalecimento de instituições de formação em gestão do patrimônio cultural imaterial, bem como a transmissão desse patrimônio nos foros e lugares destinados à sua manifestação e expressão; ii) garantir o acesso ao patrimônio cultural imaterial, respeitando ao mesmo tempo os costumes que regem o acesso a determinados aspectos do referido patrimônio; iii) criar instituições de documentação sobre o patrimônio cultural imaterial e facilitar o acesso a elas.”

Apesar de apresentar regras relevantes para o gerenciamento do patrimônio cultural imaterial, existem aspectos não abordados pela Convenção, mas que são importantes para a proteção de tal patrimônio. Neste sentido, não foi estabelecida uma medida efetiva para que se impeça o uso e apropriação indevida do patrimônio cultural, que é essencial para que se efetive um sistema eficiente de proteção aos conhecimentos tradicionais.

Já a CDB afirma o respeito às comunidades tradicionais e o direito à repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização das práticas culturais tradicionais e procura assegurar esses direitos de modo que não sejam obstaculizados pelos direitos de propriedade intelectual. No entanto, conforme mencionado, só trata dos conhecimentos tradicionais ligados à biodiversidade.

Registra-se que o Estado permite a apropriação privada do conhecimento para estimular o desenvolvimento tecnológico. Neste sentido, o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) dispõem:

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

(...)

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”.

Segundo Bittar (1992), os direitos autorais fazem parte dos direitos privados que são protegidos em razão da evolução tecnológica e intelectual dos povos. Tais direitos outorgam um exclusivo ao seu titular, que poderá explorar a obra que, se não fosse protegida, teria o uso livre.

A Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), seguindo a mesma tendência, estabelece, no artigo 7º, que são protegidas pelo direito autoral “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente

no futuro”. Como requisitos para a proteção autoral, a obra deverá ser criativa, característica derivada da tutela às “criações do espírito”, e individual, ou seja, “sendo a obra uma criação personalizada, em toda a obra há de estar impressa a marca do seu autor” (ASCENSÃO, 2007). Assim, os direitos autorais são protegidos pela Constituição como pela legislação ordinária.

4.1 CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO

A Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 216, prevê o reconhecimento dos bens culturais imateriais como patrimônio a ser preservado pelo Estado em parceria com a sociedade. A proteção de bens culturais de excepcional valor histórico e artístico, em nome do interesse público, é realizada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, autarquia federal, vinculada ao Ministério da Cultura, responsável pela preservação do acervo patrimonial material e imaterial do país.

Os patrimônios registrados são os bens culturais imateriais reconhecidos formalmente como Patrimônio Cultural do Brasil. Esses bens se caracterizam pelos domínios da vida social apropriados por indivíduos e grupos sociais como importantes elementos de sua identidade. São transmitidos de geração a geração e constantemente recriado pelas comunidades em função de seu ambiente, sua interação com a natureza e sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade. Contribuem, dessa forma, para promoção do respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.

Os bens culturais imateriais passíveis de registro pelo Iphan são os que detêm continuidade histórica, possuem relevância para a memória nacional e fazem parte das referências culturais de grupos formadores da sociedade brasileira. A inscrição desses bens nos Livros de Registro deve atender ao disposto no Decreto 3.551, de 04 de agosto de 2000.

Verificam-se como exemplos de bens já registrados como patrimônio

imaterial no Brasil, classificados por grandes regiões²:

1) Norte: Círio de Nossa Senhora de Nazaré; Cachoeira de Iauaretê – Lugar sagrado dos povos ameríndios do Rio Uaupés e do Rio Papuri; Arte Kusiwa – Pintura Corporal e Arte Gráfica dos ameríndios Wajápi; e Carimbó.

2) Centro-Oeste: Modo de Fazer Viola de cocho e Festa do Divino de Pirenópolis.

3) Nordeste: Bolo de Rolo; Bolo Souza Leão; Bloco carnavalesco Galo da Madrugada; Feira de Caruaru; Festa de Santana de Caicó; Forró; Frevo; Maracatu; Missa do vaqueiro; Ofício das Baianas de Acarajé; Samba de Roda do Recôncavo Baiano; e Tambor de Crioula;

3) Sudeste: Modo artesanal de fazer queijo em Minas Gerais, nas regiões do Serro e da Serra da Canastra e da Serra do Salitre; Toque dos sinos em Minas Gerais e o ofício de sineiros; Matrizes do samba no Rio de Janeiro: partido-alto, samba de terreiro e samba-enredo; e Ofício das paneleiras de Goiabeiras.

4) Sul: Olaria e Ofício dos Mestres Oleiros e Renda de Bilro e Ofício das rendeiras.

4.2 PROBLEMAS SOBRE CONHECIMENTO TRADICIONAL IMATERIAL

Observa-se que a legislação possui um sistema específico de proteção ao conhecimento tradicional imaterial. No entanto, ao se analisar o conhecimento tradicional indígena, verificam-se obstáculos encontrados na efetiva proteção do patrimônio cultural destes povos.

Neste contexto, pretende-se apresentar algumas dificuldades a esta proteção, através de alguns estudos de caso, em especial quanto (a) à aplicação da proteção dos direitos autorais das obras indígenas, se as obras seriam consideradas como folclore e pertencentes ao domínio público,

2 [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Lista%20Bens%20Registrados%20por%20estado%202017%20\(3\).pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Lista%20Bens%20Registrados%20por%20estado%202017%20(3).pdf) Acesso em 16/06/2017.

(b) questões relacionadas à titularidade da obra se é direito individual ou coletivo de cada etnia (c) questões relacionadas ao representante do povo indígena; e (d) as formas de utilização econômica da obra indígena.

4.2.1 CONHECIMENTO TRADICIONAL E DOMÍNIO PÚBLICO

Para garantir a proteção do conhecimento tradicional imaterial, uma possível solução apontada foi o enquadramento da arte indígena como obra de folclore. O folclore, do inglês “folklore”, (folk: povo e lore: saber), seria “o conjunto de tradições, conhecimentos e crenças de caráter popular, expressos em provérbios, contos ou canções” cuja fonte é desconhecida. Como a arte indígena de raiz poderia ser considerada uma herança cultural, com transmissão oral de uma geração a outra, sem muita técnica, assim, o patrimônio artístico coletivo das diversas etnias seria enquadrado como folclore e, portanto, seria de domínio público. Observa-se que domínio público é o conjunto de obras culturais, de tecnologia ou de informação, como livros, artigos, obras musicais que não estão submetidas a direitos patrimoniais exclusivos de alguma pessoa física ou jurídica.

Deste modo, a utilização do conhecimento tradicional com o objetivo de fixação para a criação de uma obra não estaria sujeita a qualquer tipo de pagamento. No entanto, entende-se que não seria razoável afirmar que os povos indígenas não têm direitos sobre suas criações artísticas.

A Constituição Federal, no art. 231, reconheceu aos índios o direito a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Deste modo, a Lei 9.610/98 deve proteger esse patrimônio, devendo ser interpretada em conjunto com as disposições constitucionais referentes aos direitos indígenas.

Ao contrário das obras de folclore, as obras derivadas do patrimônio artístico indígena têm sim uma fonte identificável, como, o exemplo de Baptista (2004), o grafismo corporal Xikrin é de titularidade da coletividade de todos os pertencentes ao povo Xikrin, o qual é identificável

e distinto das demais etnias. É possível identificar um titular para esse grafismo corporal (povo Xikrin).

Dessa forma, verifica-se que o patrimônio artístico indígena não se enquadra como folclore e, assim, não pode ser utilizado livremente por terceiros.

Neste sentido, a Lei de Direitos Autorais ressalvou os conhecimentos étnicos e tradicionais daqueles pertencentes ao domínio público (art. 45, inciso II). A ressalva pretende evitar a apropriação da expressão cultural, com base no artigo 215 da Constituição Federal, ao estabelecer que “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares”. Deste modo, cabe aos povos indígenas proteger suas obras de caráter por meio de direito autoral.

4.2.2- CONHECIMENTO TRADICIONAL E DIREITO AUTURAL INDIVIDUAL

Uma vez reconhecido o direito autoral dos povos indígenas, deve-se analisar como isto acontece efetivamente. O sistema de direito autoral se baseia em duas premissas: i) que uma determinada obra é sempre objeto do esforço e da criatividade de um indivíduo ou de um conjunto determinado de indivíduos; e b) que em função do talento e criatividade individual do autor, característica pessoal e intransferível, a obra criada é única. Dessa forma, a lei busca proteger uma obra que é única porque derivada do intelecto de um autor.

No caso dos conhecimentos tradicionais como as artes indígenas, no entanto, há situações que não se encaixam no conceito mencionado acima. O caráter privado pode conflitar com os conhecimentos tradicionais, pois em algumas destas manifestações ocorre a multiplicidade de colaboradores para a criação da obra. Deste modo, a obra seria de criação de um ou mais indivíduos que divulgaram seu conhecimento tradicional, que foi difundido ao longo de várias gerações, de tal forma que acabou sendo incorporada à cultura da sociedade, despersonificando a autoria da obra. Assim, de acordo com Ascensão (2007), faltariam elementos básicos e

essenciais para que a proteção autoral, como a individualidade, e não poderiam ser atingidos pelo direito de autor.

Logo, é possível verificar situações, mesmo havendo uma criação individual, com autoria inicialmente identificável, esta é incorporada pelo grupo social na qual está inserida como uma manifestação cultural coletiva, ou seja, a coletividade se apropria de uma criação originalmente individual, de forma que mesmo o seu “autor” reconhece a titularidade coletiva.

Isso acontece, por exemplo, com alguns cantos Xavante, frutos do sonho de um indivíduo que, depois de apresentado ao grupo, passa a ser cantado por todo grupo ou comunidade, numa manifestação coletiva.

Outro exemplo de Baptista (2004) é o caso das sílabas gráficas presentes na cestaria de arumã do povo Baniwa.

O grafismo do povo Baniwa apresenta algumas características: i) não possuir um autor ou conjunto de autores imediatamente identificáveis, pois sua “autoria” é produto de sucessivas recriações individuais ocorridas ao longo de gerações; e ii) sua reprodução, apesar de poder comportar pequenas variações, segue padrões semelhantes transmitidos também ao longo de gerações.

Isso significa que, embora um artesão individualmente seja responsável por trançar uma determinada sílaba gráfica, usando para isso de seu talento e habilidade individual, a concepção artística e estética daquela obra não é fruto de sua criatividade individual, mas advém de uma criação coletiva.

Neste caso, o artesão poderia ser considerado apenas reprodutor de um acervo cultural pertencente àquela determinada etnia e que é compartilhado apenas por seus membros. Ele ao trançar uma ou mais sílabas gráficas pertencentes ao patrimônio cultural Baniwa, não está propriamente criando, mas apenas servindo como meio de expressão de uma arte que é essencialmente coletiva.

Assim como o grafismo, outras formas de expressão artística indígena enquadram-se na situação descrita, onde não há o caráter da

individualização da autoria e nem de inovação. Há a reprodução de uma mesma “obra” por toda uma coletividade, que não foi inventada e criada por um indivíduo apenas, antes constitui uma herança cultural que se reproduz e se recria através daqueles indivíduos.

Portanto, devem-se observar as peculiaridades de cada caso, buscando averiguar se determinada obra é compreendida pelos membros daquela etnia como algo pertencente ao patrimônio imaterial coletivo daquele grupo, podendo ser caracterizado como obra coletiva.

Destaca-se que apesar das criações artísticas indígenas serem associadas a uma herança cultural identificável, o que levaria a ser considerada como obra coletiva, isto pode variar de acordo com cada caso. Assim, não se pode afirmar que toda obra baseada na cultura indígena é de natureza coletiva.

Enfatize-se que é possível, que artistas que pertençam a um povo indígena criem obras que não tenham um nexo de causalidade direto ou imediato com a cultura de seu povo. Logo, não há impedimento para que o indígena se torne escritor, desenhista ou escultor e que sua criatividade extrapole os limites da cultura de seu povo. Neste caso, não poderia ser negligenciado a inovação e criatividade individual, devendo ser protegida como direito autoral individual.

Deste modo, verifica-se que poderá considerar a obra como coletiva quando sua concepção original derivar de uma criação artística coletiva, com padrões estéticos geralmente uniformes ou semelhantes, reconhecidos pela coletividade indígena.

4.2.3 CONHECIMENTO TRADICIONAL E REPRESENTAÇÃO DE COLETIVIDADE

A Lei 9.310/98 define obra coletiva como a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma.

A coletividade indígena pode ser titular de um direito autoral de natureza coletiva sobre determinadas obras de cunho estético. No entanto, questiona-se quem representaria a comunidade indígena. Verifica-se que o povo indígena pode ser representado por um cacique, um tuxaua, um pajé, um presidente de associação indígena, um professor indígena, uma liderança, assim, vai variar de acordo com cada etnia.

Destaca-se que devem ser observados dois princípios básicos: a) aquele que poderá representar a comunidade, sendo estabelecidos os procedimentos e as condições da consulta à comunidade, ou ainda a sua autorização formal, para assim ter legitimidade. b) a pessoa não-indígena deve tentar identificar junto à comunidade com quem se relaciona, quem é a pessoa que pode representá-la e exprimir a vontade coletiva.

Observa-se ainda que nem sempre é fácil averiguar um representante legítimo de uma etnia ou povo indígena, como nos casos de povos cuja distribuição espacial é extremamente ampla. Isso tudo demonstra que não há como se fixar regras de aplicação universal, pois a titularidade pode variar de acordo com cada grupo.

Neste sentido, a Portaria n. 177/ PRES, de 16 de fevereiro de 2006 da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, visando assegurar a proteção especial ainda não regulamentada das criações e manifestações artísticas e culturais indígenas de caráter coletivo e individual e interpretando a Lei n. 9.610/1998, sobre direitos autorais que protege as criações de caráter estético; dispõe no seu art. 15:

“Art. 15 - A representação da comunidade indígena, titular do direito coletivo, deverá ser feita de acordo com seus costumes e tradições.

§ 1º. Na ausência da representação de acordo com os costumes e tradições é admitida a representação por pessoas jurídicas ou por associações de fato.

§ 2º. Na falta de identificação clara da representação tradicional deverão ser ouvidas outras formas de representação que porventura existirem”.

Pode-se ser observada a problemática da identificação do

representante indígena no caso grafismo dos povos do Xingu em sandálias Havaianas³, apresenta a coleção *Tribos*, que leva ilustrações da etnia Yawalapiti (ou Iaualapitis, outra grafia que também pode ser encontrada).

Em julho de 2014, a agência de publicidade Almap BBDO, que atende o grupo Alpargatas, obteve o “direito de uso e reprodução de grafismos coletivos do povo Yawalapiti, (...) para a produção de 10.000 kits promocionais de sandálias limitadas do projeto *Havaianas Tribos*, a serem distribuídos gratuitamente em campanha e ação específica”.

O problema apresentado é que o contrato não foi assinado pelo que todos consideram como o representante da etnia, pois não foram consultados os caciques dos demais povos do Alto do Xingu (são 15, ao todo, incluindo os Yawalapitis) para autorizar a reprodução dos desenhos.

4.2.4 CONHECIMENTO TRADICIONAL E DIREITO AUTORAL PATRIMONIAL

O direito autoral patrimonial refere-se à utilização econômica da obra. Esses direitos, diferentemente dos direitos morais, podem ser cedidos para terceiros que tenham interesse no uso comercial. Esta transferência pode ocorrer através da autorização de uso, no caso de terceiros com interesse em fazer uso da obra de determinado autor, devem dele obter autorização prévia e expressa, que pode ser gratuita ou onerosa, e assinar um contrato estipulando as condições da negociação.

Outro instrumento de transferência é a cessão de direitos de autor, que permite ao autor ceder seus direitos patrimoniais em favor de terceiro, em caráter gratuito ou oneroso. A cessão significa repassar para outra pessoa alguns dos direitos patrimoniais exclusivos do autor como, por exemplo, autorizar a reprodução de uma música ou de um desenho. Através da cessão de direitos patrimoniais, o autor permite que outra pessoa (o cedido) passe a deter o direito de autorizar o uso de sua obra por terceiros

3 http://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/13/politica/1423839248_331372.html. Acesso em 16/06/2017.

Pode-se usar o exemplo de Baptista (2004) sobre o caso de uma empresa de confecções interessada em usar grafismos do povo Kaxinawá para produção de camisetas da moda. Este caso poderia ser enquadrado como uma cessão de direitos autorais sobre o grafismo dos Kaxinawá à empresa, com a finalidade de agregar tal manifestação artística a um produto comercial feito com a finalidade de obter lucros para a empresa e seus sócios. Nesta situação, é recomendável que a cessão dos direitos seja onerosa, para que os Kaxinawá, detentores do direito autoral coletivo sobre os grafismos, que constituem o elemento principal do produto final (a camiseta) – também sejam beneficiados pelo uso comercial de sua cultura no mercado.

5. CONCLUSÃO

O Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006 promulgou a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada pela UNESCO em 2003, que define patrimônio cultural imaterial ou patrimônio cultural intangível, que se trata de uma categoria de patrimônio cultural.

Verificou-se que “patrimônio cultural imaterial” se manifesta especialmente nas seguintes áreas: a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial; b) expressões artísticas; c) práticas sociais, rituais e atos festivos; d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; e) técnicas artesanais tradicionais.

Os direitos autorais fazem parte dos direitos privados que outorgam um exclusivo ao seu titular, que poderá explorar a obra que, se não fosse protegida, teria o uso livre.

A Lei de Direitos Autorais estabelece, no artigo 7º, que são protegidas pelo direito autoral “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

Observa-se que os princípios jurídicos que regem o direito autoral devem ser adotados às criações relacionadas aos conhecimentos tradicionais indígenas, sendo necessário aplicar adequadamente algumas das regras na legislação às características específicas da realidade cultural indígena, observando o caso em concreto.

Por fim, verifica-se que pode ser utilizado um critério norteador para se identificar a titularidade do direito autoral no caso de povos indígenas, como a utilização da Portaria n. 177/ PRES/2006 da FUNAI. Como ressaltado, as características sociais e culturais de cada povo vão interferir decisivamente na interpretação do caso concreto, valorando mais alguns aspectos em detrimento de outros.

REFERÊNCIAS

AIKAWA, N. **Visión Histórica de la Preparación de la Convención Internacional de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial**. Museum Internacional. Patrimonio Inmaterial. Paris, UNESCO, No. 221-222, p. 140-155, 2003. Disponível em: <http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php>>. Acesso em 05 de junho de 2017.

ALMEIDA, L. T. **Comércio e meio ambiente nas negociações multilaterais**. In: BRAGA, A. S.; MIRANDA, L. C. (org.). Comércio e meio ambiente: uma agenda positiva para o desenvolvimento sustentável. Brasília, MMA/SDS, p. 97-134, 2002.

BAPTISTA, Fernando Mathias **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem** / Fernando Mathias Baptista, Raul Silva Telles do Valle. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

CANO, G. J. **La producción y la transferencia de tecnología: la protección de la propiedad intelectual y el desarrollo sostenible en el contexto de la Conferencia CNUMAD 92**. Revista del Derecho Industrial. Buenos Aires, No. 41, p. 373-388, 1992.

CONVENCION Universal sobre Derecho de Autor - 1952.

Disponível em: <<http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php>>. Acesso em 05 de junho de 2017. .

CONVENCION para la Protección del Patrimonio Mundial Natural y Cultural, 1972. Disponível em: <www.unesdoc.unesco.org>. Acesso em 05 de junho de 2017.

CONVENCIÓN para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, 2003. Disponível em: <www.unesdoc.unesco.org/>. Acesso em 09 de junho de 2017.

CONVENCION sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. 2005. Disponível em: <www.unesdoc.unesco.org/>. Acesso em 09 de junho de 2017.

CUNHA, M. C. **Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 13, n. 36, p. 91-110, 1999.

DECISIONES Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore. Disponível em: <www.wipo.org/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_9.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2017.

DECISIONES Adoptadas por la Conferencia de las partes en el Convenio Sobre la Diversidad Biológica en su Octava Reunión. Curitiba, UNEP/CBD/COP/8/31. Disponível em: <www.biodiv.org/doc/notifications/2006/ntf-2006-062-bch-es.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2017.

DECLARAÇÃO de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, 1972. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em 09 de junho de 2017. .

DECLARACION Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, 2001. Disponível em: <www.unesdoc.unesco.org/>. Acesso

em 08 de junho de 2017.

GROSS, T.; JOHNSTON, S.; BARBER, C. V. **A Convenção sobre Diversidade Biológica: entendendo e influenciando o processo.** Instituto de Estudos Avançados das Nações Unidas, março de 2006.

ISTANBUL DECLARATION, “**Third Round Table of Ministers of Culture - “Intangible Cultural Heritage, mirror of cultural diversity”**” - Istanbul, Turkey 16-17 September 2002. Disponível em: <<http://portal.unesco.org/en/ev.php>>. Acesso em 09 de junho de 2017.

KHOR, M. **El saqueo del conocimiento.** Barcelona, Icaria, 2003.

LANARI, J. B. B. **Proteção do patrimônio na UNESCO.** Brasília, UNESCO, 2003.

MENDES, D. R., OLIVEIRA, M. A., & PINHEIRO, A. A. **Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação: Avaliação do Marco Regulatório e seus Impactos nos Indicadores de Inovação.** Revista de Empreendedorismo e Gestão de Pequenas Empresas, p. 22-46, 2013.

NAZO, G. N.; MUKAI, T. **O direito ambiental no Brasil: evolução histórica e a relevância do direito internacional do meio ambiente.** In: RIBEIRO, W. (org.) Patrimônio Ambiental Brasileiro. São Paulo: Edusp/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 91-124.

RECOMENDACIÓN **relativa a la Protección de la Belleza y el Carácter de los Lugares y Paisajes.** Disponível em: <<http://portal.unesco.org/es/ev.php>>. Acesso em 08 de junho de 2017.

RECOMENDACIÓN **sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular,** 1989. Disponível em: <www.unesdoc.unesco.org/>. Acesso em 06 de junho de 2017.

RIBEIRO, W. C. **A ordem ambiental internacional.** São Paulo: Contexto, 2001.

_____. **Patrimônio ambiental brasileiro.** São Paulo: EDUSP/IMPRESA, 2003.

SANTOS, B. S.; MENEZES, M. P. G.; NUNES, J. A. **Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo.** In: SANTOS, B. S. (org.). *Semear outras soluções.* Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005.

SANTOS, L. G. dos. **Quando o conhecimento tecno-científico se torna predação high tech: recursos genéticos e conhecimento tradicional no Brasil.** In: SANTOS, B. S. (org.). *Semear outras soluções.* Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005.

SHIVA, V. *Biopirataria. A pilhagem da natureza e do conhecimento.* Petrópolis, Vozes, 2001.

TEDESCHI, P., **A proteção dos conhecimentos tradicionais e expressões de folclore,** Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 46 n. 184 out./dez. 2009.

WENDLAND, W. **Patrimonio inmaterial y propiedad intelectual: retos y perspectivas.** Museum Internacional, Patrimonio Inmaterial. UNESCO Paris, n. 221-222, p. 98-109, 2003. Disponível em: <<http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php>>. Acesso em: 5 de setembro de 2006.

ZANIRATO, S.; RIBEIRO, W. C. **Patrimônio cultural: a percepção da natureza como um bem não renovável.** Revista Brasileira de História. São Paulo, v. 26, n. 51, p. 251-262, 2006.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:**
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**OS DIREITOS DE AUTOR E
A AUTORIA DOS CANTOS
INDÍGENAS**

Diana Gebrim Costa



OS DIREITOS DE AUTOR E A AUTORIA DOS CANTOS INDÍGENAS

Autora: Diana Gebrim Costa

Piancó & Gebrim Assessoria Jurídica e Diversidade Consultoria e Desenvolvimento de
Projetos

Diana; Gebrim; Costa

Resumo: Este projeto tem o intuito de realizar um estudo acerca da autoria dos cantos indígenas, em especial da etnia Maxacali, com o foco em aprofundar em como são criadas as canções e melodias, se os próprios indígenas se entendem como autores, como proteger essas criações musicais para que o seu uso ocorra somente mediante autorização dos legítimos detentores, e que estes possam colher os benefícios econômicos advindos dessas utilizações, inclusive através da sucessão hereditária.

Palavras-Chave: Conhecimentos Tradicionais. Autoria. Indígenas. Comunidades Tradicionais. Direitos de Autor.

1. INTRODUÇÃO

O direito de autor é o ramo do direito destinado a regulamentar as relações jurídicas surgidas da criação e da utilização de obras literárias, artísticas ou científicas. Ele pressupõe criatividade e originalidade, e possibilita que o autor autorize o uso, distribuição ou divulgação, de forma gratuita ou onerosa. No Brasil, atualmente essa matéria é regulada pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, onde se abriga, sob a denominação “direitos autorais”, os direitos de autor propriamente ditos, bem como os direitos conexos, e define como princípios: a exclusão das ideias, pois a criação deve ser exteriorizada de alguma forma; pode ser realizada sob qualquer gênero de expressão; pode ter qualquer meio de realização; independe da apreciação estética ou moral, o chamado juízo de valor, de sua destinação e se tem fins comerciais ou não; pressupõe originalidade, que pode ser absoluta e relativa; e não exige qualquer formalidade.

Os direitos de autor são divididos em direitos patrimoniais e morais. O direito patrimonial é o direito do titular autorizar qualquer forma de utilização da sua obra intelectual e obter proveito econômico sobre sua circulação, exibição e divulgação, possuindo como elementos a obrigatoriedade de autorização, seja através de licença ou cessão de direitos, sempre prévia e expressa, com delimitação das condições acordadas entre as partes, sendo inclusive reconhecido o caráter restrito às utilizações mencionadas no documento assinado entre as partes. Temos a previsão dos direitos patrimoniais no texto constitucional, também no artigo Art. 5º, que diz que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. Esta propriedade do direito autoral patrimonial é temporária, sendo de 70 anos contados de 1º de janeiro do ano seguinte à morte do autor. Para as obras audiovisuais, o prazo é contado da primeira exibição e para as obras coletivas é contado de 1º de janeiro do ano seguinte à morte do último autor sobrevivente. Os direitos morais, em contrapartida, são direitos sem valor econômico e fazem

parte da categoria dos direitos da personalidade, assegurados também na Constituição Federal, sendo inalienáveis, irrenunciáveis, intransferíveis, absolutos e imprescritíveis, e visam à tutela da personalidade do criador refletida na obra intelectual, constituindo, assim, uma limitação de fato para o uso pela sociedade.

Já os conhecimentos tradicionais, são os saberes, as inovações e práticas das comunidades indígenas, quilombolas, dos congados, religiões de matriz africana (candomblé e umbanda), e outros locais relacionados aos recursos passados de geração para geração. Estes conhecimentos são originados a partir da experiência adquirida ao longo dos anos por essas comunidades, quando foram adaptados às realidades e necessidades locais, culturais e ambientais, e transmitidos aos descendentes através da oralidade. Sua previsão está também na Constituição Federal de 1988, no artigo 215, que dispõe que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais, e protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, bem como no artigo 216, que diz que “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”, e ainda no artigo 225, que declara que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, e que pra assegurar isso, o estado deverá preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as

entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.”

Para Guilherme Carboni e Daniele Maia Teixeira Coelho no artigo “A proteção das Expressões Culturais Tradicionais pela propriedade intelectual e sua transformação em mercadoria”, publicado nos Anais do VI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público:

Comunidades tradicionais brasileiras, por sua vez, seriam, entre outras, as indígenas, caiçaras e quilombolas, as quais teriam como característica o fato de serem “grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza. (WACHOWICZ, 2013, pág. 283)

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual, diz que os conhecimentos tradicionais, para muitas comunidades, estão relacionados a recursos genéticos e, assim, por necessitarem de uma política e proteção legal específica, às vezes da lei de direito autoral, ou da legislação ligada ao folclore, às vezes através das indicações geográficas, e também, do registro de marca, eles recebem uma atenção diferenciada na legislação da propriedade intelectual e também no trabalho desenvolvido pela OMPI (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2017).

Ocorre que no Brasil, atualmente, esses conhecimentos, arte e modos de fazer são protegidos somente quanto à aplicação industrial ou uso comercial, através do registro de marcas ou com a indicação geográfica, uma forma sinal distintivo que identifique determinada região ou povo, não o sendo por direito autoral, já que não possuem um detentor específico e, sim um coletivo às vezes identificável ou talvez não identificado, em base de dados ou qualquer outra forma de catalogação e registro de propriedade intelectual das comunidades tradicionais.

Assim, apesar de termos proteção da cultura e do patrimônio cultural brasileiro, no presente momento as músicas, danças e outras criações artísticas e culturais realizadas pelas comunidades tradicionais não estão abarcadas pela proteção da Lei 9.610/98. Diante desse fato, não existe a possibilidade de se registrar as composições dos indígenas, ora objeto da presente pesquisa, e das demais comunidades tradicionais,

em órgãos, muito menos autorizar o seu uso e obter aproveitamento econômico, nem mesmo quanto à execução pública, quando cabem aos autores, pagamentos direitos patrimoniais por essas execuções, sejam nas rádios, cinemas, consultórios, praças, onde houver um conjunto de pessoas, que não no âmbito privado.

A forma encontrada pelo estado brasileiro para tutelar os conhecimentos tradicionais é a do registro como patrimônio imaterial, realizados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, IPHAN. O Registro do Sistema Agrícola do Alto Rio Negro, no Amazonas, o saber denominado Jucá, uma luta realizada por quilombolas no estado do Piauí, nos quais participei como gestora e assessora jurídica, são exemplos de projetos aprovados em mecanismos de incentivo e fomento à cultura, especificamente no Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI), tendo como objeto as temáticas aqui informadas, a realização de oficinas de livro, filmagem e edição, todos resultando em obras cinematográficas realizadas pelos próprios indígenas.

O PNPI foi instituído pelo Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, e possui como premissa viabilizar “projetos de identificação, reconhecimento, salvaguarda e promoção da dimensão imaterial do Patrimônio Cultural Brasileiro, com respeito e proteção dos direitos difusos ou coletivos relativos à preservação e ao uso desse bem. É um programa de apoio e fomento que busca estabelecer parcerias com instituições dos governos federal, estaduais e municipais, universidades, organizações não governamentais, agências de desenvolvimento e organizações privadas ligadas à cultura e à pesquisa” (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 2017).

Ademais destes exemplos, fui da equipe de diversos outros projetos realizados através de uma instituição para a qual trabalho desde 2007, Associação Filmes de Quintal, como o projeto patrocinado pela Petrobrás que teve como produtos resultantes dois livros: “Cantos e Histórias do Gavião-Espírito” e “Cantos e Histórias do Morcego Espírito”, organizados pela professora da Universidade Federal de Minas Gerais, Rosângela Tugny, obras estas que apresentam os cantos utilizados nos

rituais Maxacali. Trabalhei também em outro projeto de oficinas de literatura, de catalogação da medicina tradicional, de desenhos indígenas e de filmagem, realizado com os povos Huni Kuin originários da região de Vila Jordão no estado do Acre, que resultaram em um livro e uma obra audiovisual de ficção, onde os mesmos contam a sua origem. Estas experiências me fizeram questionar se os indígenas se reconhecem como autores e de que forma essa autoria se daria, já que diante de explicação dos próprios Maxacali, “os cantos são trazidos pelos espíritos aos homens e mulheres da aldeia” (TUGNY, 2009, pag. 446).

Em paralelo, se, para a legislação brasileira, não há como se reconhecer a autoria dos conhecimentos tradicionais, como pode a entidade de gestão de direitos autorais mais conhecida no Brasil, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, ECAD, uma instituição privada, sem fins lucrativos, instituída pela lei 5.988/73 e mantida pelas leis federais 9.610/98 e 12.853/13, com o objetivo de centralizar a arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública musical (ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO, 2017), cobrar por essas execuções em locais de frequência coletiva, como cinemas e eventos abertos? Será que esses proventos chegam às comunidades ou indivíduos criadores, pois as canções não fazem parte dos catálogos e banco de dados do próprio ECAD, já que esses detentores não possuem organização e conhecimento para registrarem na Escola de Músicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro, ou de cobrarem do ECAD o que lhes é de direito, e o estado não pode assumir em seu lugar o controle e representação, mesmo que de alguma forma eles sejam responsáveis constitucionalmente pela proteção dos indígenas?

Diante disso, indago: Os direitos autorais, atualmente pensados no universo dos indivíduos, podem ser adequar ou encontrarem um equivalente que reconheça como obras coletivas, na forma do artigo 5º, da Lei 9601/98, as criações das comunidades ou grupos tradicionais, que na maioria das vezes tem a propriedade de domínio coletivo? Como obter uma resposta da ciência do direito acerca da reivindicação da

proteção das criações indígenas quando ela não leva em consideração a propriedade típica das sociedades tradicionais? Deveria ser criada uma forma de registro coletivo para determinada comunidade étnica, caso o sistema de registro da Escola de Música da Universidade Federal do Rio de Janeiro ou outras instituições que possam atender nesse sentido, algo semelhante às indicações geográficas utilizadas e previstas na legislação da propriedade industrial? Como identificar os legítimos criadores e, assim, registrar em nome de grupos ou de indígenas específicos? Como esses grupos e comunidades enxergam suas composições e o que pensam do uso por terceiros sem a autorização?

2. JUSTIFICATIVA

Segundo o art. 24. da Lei de Direitos Autorais, Lei 9610/91, 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; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Assim, os direitos morais a serem exercidos são: o do reconhecimento da paternidade, ou seja, o direito de reivindicar a autoria; o direito ao crédito (nome, pseudônimo ou sinal convencional), que é também direito à autoria; o de oposição à publicação dos inéditos, se assim desejar, que é

um direito à intimidade; o de assegurar-lhe a integridade e de modificá-la, que é direito à reputação e honra; o de retirá-la de circulação, que é direito à reputação e à imagem, e concilia princípios da obrigatoriedade contratual e liberdade de expressão; o de ter acesso ao original, único e raro, a fim de preservar a memória da obra e do autor.

Já o direito patrimonial, que é o direito do titular autorizar qualquer forma de utilização da sua obra intelectual e obter proveito econômico sobre sua circulação, exibição e divulgação, está previsto em diversos artigos da Lei 9610/98, como por ex. no art. 17, que diz que é assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas e que cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva, e no art. 29, que estipula que depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidade, tais como a reprodução parcial ou integral, a edição, a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações, a tradução para qualquer idioma, a inclusão em fonograma ou produção audiovisual, a distribuição, dentre diversas outras situações. O art. 30 dispõe também acerca dos direitos patrimoniais, quando descreve que, no exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito, que esse direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular e que em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração.

Define a lei também que 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 a publicação, salvo na coleção de suas obras completas. Diz

ainda que, em caso de divergência, os coautores decidirão por maioria, mas ao coautor dissidente é assegurado o direito de não contribuir para as despesas de publicação, renunciando a sua parte nos lucros, e o de vedar que se inscreva seu nome na obra e que cada coautor pode, individualmente, sem aquiescência dos outros, registrar a obra e defender os próprios direitos contra terceiros.

Com relação aos conhecimentos tradicionais, a Lei 13.123 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade, dispõe que:

Art. 2^a Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, consideram-se para os fins desta Lei:

II - conhecimento tradicional associado - informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético;

III - conhecimento tradicional associado de origem não identificável - conhecimento tradicional associado em que não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional;

IV - comunidade tradicional - grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição;

V - provedor de conhecimento tradicional associado - população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional que detém e fornece a informação sobre conhecimento tradicional associado para o acesso;

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO em inglês, OMPI, em português) conceitua os Conhecimentos Tradicionais, da seguinte forma:

Traditional cultural expressions (TCEs), also called “expressions of folklore”, may include music, dance, art, designs, names, signs and symbols, performances, ceremonies, architectural forms, handicrafts and narratives, or many other artistic or cultural expressions.

Traditional cultural expressions:

May be considered as the forms in which traditional culture is expressed;

Form part of the identity and heritage of a traditional or indigenous community;

Are passed down from generation to generation.

TCEs are integral to the cultural and social identities of indigenous and local communities, they embody know-how and skills, and they transmit core values and beliefs.

Their protection is related to the promotion of creativity, enhanced cultural diversity and the preservation of cultural heritage. (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2017).

Rodrigo Vieira, prefaciando o livro de Paloma Elaine Santos, “Direitos Autorais, culturas populares e conhecimentos tradicionais: estudo de caso das músicas da Família Guiga”, fala:

Os conhecimentos tradicionais são insumos primários do capital intelectual humano, motor da economia criativa gerada pela produção cíclica de bens e serviços culturais ao redor do globo. Mas não são apenas nos campos do entretenimento, do lazer, dos eventos e dos espetáculos essas formas de saber são utilizadas ou ressignificadas pelas indústrias culturais. Seus elementos e componentes são abrangidos por aplicações para além do trabalho imaterial junto ao ócio dos consumidores globais, pois seu uso não se circunscreve apenas à seara cultural; sua empregabilidade compreende setores outros da área econômica, tais quais o farmacêutico, o cosmético, o alimentar, o médico, entre outros. (GOULART, 2015, pág.. XXIII)

Em seu artigo “Os conhecimentos tradicionais e a biodiversidade: A necessidade de um regime jurídico próprio”, publicado no livro “Inclusão tecnológica e Direto à Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento”, Antônio Cesar Mateos fala do

conhecimento tradicional:

Cabe o esclarecimento de utilizar-se a expressão *interesses em perspectiva* para além de sua acepção puramente econômica, uma vez que o universo dos conhecimentos tradicionais é visto pelas comunidades que deles dispõem como elemento de identidade cultural e intelectual, estruturando, portanto, todo um sistema de valores e de crenças a ver-se respeitado e conservado, de modo a possibilitar a sua transmissão para gerações futuras. (WACHOWICZ., 2012, pág. 102)

Uma das características do modo de transmissão das expressões culturais tradicionais, segundo Víctor Drummond, no livro “A Tutela Jurídica das Expressões Culturais Tradicionais” é a oralidade, prescindindo assim de qualquer fixação, e é esta oralidade que garante a cultura popular. Com isso, o mesmo levanta:

A problemática se coloca pois para que recaia a tutela do Direito de Autor sobre as obras oriundas da criação do domínio das artes e da cultura é necessária a fixação da obra ou, ao menos, a sua exteriorização. Ocorre que a oralidade, que é o modo de transmissão fundamental das ECTs, não apresenta qualquer indicação de semelhança, desde já, com a fixação, o que afasta uma consideração comparativa para que possa induzir uma tutela pelo Direito de Autor. Em outras palavras, a oralidade como forma de transmitir a obra, não pode ser substituída pela fixação. Dessa forma, os diplomas de Direito de Autor nos quais esta última é pressuposto de tutela não suportariam a oralidade como forma de transmissão de obras tuteláveis pelo Direito de Autor. Nesse momento, afasta-se o Direito de Autor de nosso objeto de proteção. (DRUMMOND, págs. 63 e 64)

Victor Drummond constata que não é possível de se saber quando e por quem as obras advindas de conhecimentos são transmitidas, diante da oralidade, e da sua propagação no tempo e no espaço, de forma peculiar. Por esse motivo, se o objeto não pode ser protegido por Direitos de Autor, que se aplique outra categoria, pois não é razoável que o Direito exija “uma modificação do universo fático para que seja adaptado a uma espécie de leito”, já que a oralidade é a própria essência constitutiva dos conhecimentos tradicionais. (DRUMMOND, págs.. 64 e 65)

Antônio Cesar Mateos levanta no artigo aqui mencionado com

relação a conhecimentos tradicionais compartilhados entre mais de uma comunidade:

Todavia, não raramente muitos dos conhecimentos tradicionais são compartilhados por nações indígenas diversas (e em alguns casos ocupando o território de mais de um Estado soberano – até porque os elementos comuns da biodiversidade não são detidos por fronteiras políticas), muito provavelmente com regras e práticas costumeiras diferenciadas, circunstâncias que, caso a caso, podem traduzir dificuldade extra para aferição da legitimação para a outorga do consentimento (e não somente para isso, mas igualmente para denunciar irregularidades, reivindicar a observância de direitos ou perseguir as retribuições devidas, etc).

Não se afasta até mesmo a possibilidade de divergirem as comunidades de etnias diversas, porém compartilhantes dos recursos e conhecimentos de interesse, quanto ao consentimento em si mesmo, situação que certamente, e a despeito do regime de titularidade, necessitará de superação, porém uma vez mais com a utilização exclusiva de mecanismos próprios das populações envolvidas. (WACHOWICZ., 2012, pág. 108)

Jorge Barretto, no artigo “Os conhecimentos das comunidades tradicionais e o reconhecimento de um direito de propriedade intelectual de natureza difusa”, publicado nos. Anais do V Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, analisa a titularidade e autoria dos conhecimentos tradicionais constatando que eles advêm de um processo criativo lento, podendo ser de milhares de anos. Segundo o mesmo, na maioria das vezes é inviável “a identificação dos autores individuais responsáveis pelo desenvolvimento de uma prática ou aplicação de um recurso com certa finalidade, ou os responsáveis pela conservação contemporânea dos conhecimentos tradicionais podem ter realizado aprimoramentos ou aportes não substanciais para justificar o deferimento de direitos autorais a estas pessoas”. E acrescenta que os regimes atuais de propriedade intelectual reconhecem que a proteção autoral é fruto da manifestação de um autor ou de mais autores identificáveis e que a eles se vincula a obra. Porém, diante da dificuldade em se ter um coordenador responsável por dirigir a criação no caso dos conhecimentos tradicionais, a sua proteção legal se torna impossível. (WACHOWICZ, 2012, págs. 261 e 262)

Para além, Jorge Barretto argumenta que “os conhecimentos tradicionais integram o patrimônio comunitário, não sendo adequado um regime de valorização do indivíduo em detrimento do grupo. Os DPIs ignoram o vínculo preexistente entre o criador e a comunidade, que teria por efeito limitar seus direitos individuais. Em verdade, os direitos autorais podem conferir direitos de controle sobre um conhecimento tradicional em favor de um indivíduo, negligenciando se tratar de uma prerrogativa que difusamente pertence ao patrimônio biocultural de uma certa comunidade”. (WACHOWICZ, 2012, pág. 262)

Relativamente aos direitos morais, Jorge Barretto diz que para reconhecimento da paternidade e proteção da integridade, os critérios são de interesse do inventor individual, sendo um direito da personalidade, que reconhece o vínculo da obra ao criador. Porém, como “o modelo de propriedade intelectual tutela a honra, a reputação – condizentes com autores identificáveis, os conhecimentos tradicionais são desenvolvidos por sujeitos indeterminados, refletindo expectativas artísticas, culturais ou religiosas de um grupo. A necessidade de proteção não se relaciona a um direito da personalidade, mas a um interesse transindividual”. (WACHOWICZ, 2012, págs. 261 e 262)

Quando este autor leva para o lado do interesse “transindividual”, nos voltamos aos interesses coletivos que, na conceituação de Victor Drummond em seu livro “A Tutela das Expressões Culturais Tradicionais”, são interesses de grupos de pessoas identificáveis que por terem uma relação de interesse comum buscam a tutela jurídica para determinado grupo ou classe social. Para Victor, representa os anseios de uma coletividade em detrimento dos interesses individuais desta mesma comunidade ou grupo ((DRUMMOND, págs. 82, 83 e 84). Ele frisa que poderia ser entendido como todo ou qualquer direito da coletividade, porém isso poderia ser confundido com os direitos difusos, e assim, Victor Drummond descreve que os direitos difusos se referem a uma coletividade não identificável ou grupo de pessoas indetermináveis. E assim, para o caso das Comunidades Tradicionais, “seriam interesses difusos aqueles inerentes a todas ECTs que sejam consideradas pertencentes ao patrimônio público da nação,

representadas pelo poder do Estado, e para o qual o mesmo deveria dedicar atenção e tutela adequada. ((DRUMMOND, págs. 89 e 90).

A professora do Departamento de Antropologia/UnB Marcela Stockler Coelho de Souza, em seu artigo “A cultura invisível: conhecimento indígena e patrimônio imaterial”, diz sobre isso:

E foi assim que passamos de pinturas e enfeites aos conhecimentos xamânicos (com a inestimável ajuda dos xamãs nambikwara, krahô e seus antropólogos). Pois os conhecimentos e as capacidades que constituiriam o aspecto imaterial da cultura material indígena existem em um mundo em que todo pensamento e toda ação envolvem, em última instância, a comunicação e a mediação pelas quais podemos definir o xamanismo (Sztutman, 2005). Um mundo de sujeitos: um mundo em que conhecer e agir tem como objeto sempre algo que, potencialmente pelo menos, é também um sujeito (Viveiros de Castro, 2002:358ss; cp. Strathern, 1999:239). E assim os instrumentos que desenhamos, baseados em nossas próprias tecnologias de comunicação — a ideia de cultura como patrimônio imaterial de um coletivo, por exemplo — tendo em vista identificar (inventariar) práticas, discursos e objetos como algo integrado (um bem) e associá-lo a um grupo, imaginando que é por meio deles que “os grupos representam, realimentam e modificam a sua identidade”, acabam por fazer outras coisas, por produzir outros efeitos. Os pensadores indígenas parecem sabê-lo: pois afinal não são novos efeitos que eles estão buscando quando se aventuram a experimentar com essas tecnologias, incluindo nossas concepções de propriedade. Para começar, a novidade de ter de conservar o que era tido como dado (a cultura antes da “Cultura”?). Na impossibilidade de prever que efeitos serão estes, resta mesmo experimentar. (SOUZA, 2009, págs. 164 e 165)

O entendimento acerca da proteção dos conhecimentos tradicionais de Guilherme Carboni e Daniele Maia Teixeira Coelho, no artigo “A proteção das Expressões Culturais Tradicionais pela propriedade intelectual e sua transformação em mercadoria” é de que o mesmo não há de ser protegido, pelos argumentos:

Assim, a questão econômica crucial relativa à proteção das expressões culturais de comunidades tradicionais por meio de direitos de propriedade intelectual é que tal proteção pode levar a uma redução das experiências culturais dessas comunidades, especialmente pelo fato de que muitas delas são baseadas em processos

criativos anteriores, da mesma e de outras comunidades, na forma de trocas simbólicas. Consequentemente, os recursos culturais dessas comunidades poderão tornar-se escassos, com a sua apropriação de direitos de propriedade intelectual (WACHOWICZ, 2013, pág. 291).

Na produção das expressões culturais são utilizados recursos. Partindo-se da premissa de que toda sociedade possui recursos que são livres e recursos que são controlados, a questão crucial deixou de ser se o controle deveria ser exercido pelo Estado ou pelo mercado, passando à indagação mais profunda, a respeito da adequação da própria existência de controle sobre tais recursos.

(WACHOWICZ, 2013, págs. 291 e 292)

Por essa razão, como os direitos de propriedade intelectual protegem as obras individualmente criadas, uma vez que, pelo menos, até o presente momento, não há um direito coletivo das comunidades tradicionais sobre suas expressões culturais, a imposição de tais direitos exclusivos tende a gerar escassez de informação para a criação de novas expressões culturais, sem falar de outros impactos indesejados, como, por exemplo, a competição entre os indivíduos das comunidades pela autoria e, consequentemente, pela titularidade dos direitos sobre tais expressões.

Entendemos que a utilização crescente, desordenada e não consciente de bens materiais por muitos indivíduos nas áreas ocupadas pelas comunidades tradicionais pode levar à chamada “tragédia dos bens comuns”, isto é, à ruína destes, pelo fato de serem limitados e, portanto, escassos. (WACHOWICZ, 2013, pág. 292)

As expressões culturais que compõem o patrimônio imaterial das comunidades tradicionais não precisam de proteção para impedir o seu uso “não autorizado”. Essas expressões sempre foram livres e assim devem continuar. Precisam, isso sim, de identificação para que, por meio de instrumentos de política pública (e não de propriedade intelectual) possam ser acompanhadas e apoiadas em nome do direito à diversidade cultural. (WACHOWICZ, 2013, pág. 294)

Ora, o pensamento dos autores acima reforça a lógica da indústria do entretenimento ocidental de que somente os grandes conglomerados ou pessoas que habitam as cidades podem ser titulares e se beneficiarem das suas criações. Visão esta divergente da dos antropólogos especialistas em comunidades tradicionais. Tanto que Antônio Cesar Mateos fala no artigo “Os conhecimentos tradicionais e a biodiversidade: A necessidade

de um regime jurídico próprio”:

Para além de variados aspectos envolvidos na questão (exemplificamente: inadmissibilidade de apropriação individual de conhecimentos transmitidos de geração para geração; modelo de exploração de viés colonialista, quiçá racista; e os conhecimentos tradicionais como expressão de identidade cultural), o fato é que as comunidades depositárias desses saberes quase invariavelmente são mantidas alijadas dos benefícios advindos de sua utilização econômica, sofrendo verdadeiro processo de espoliação: protege-se o conhecimento científico e não se defendem (e tampouco se recompensam, naturalmente) os conhecimentos tradicionais’. (WACHOWICZ., 2012, pág. 93)

(...)

Procedem a menção e preocupação, uma vez que o menoscabo aos direitos dos povos indígenas, cujos territórios e recursos foram recorrentemente expropriados em nome de propalados interesses econômicos, nacionais e desenvolvimentistas, e que de algum tempo se voltaram para a apropriação de seus conhecimentos ancestrais, é inegável legado de uma visão marcadamente colonialista, que, malgrado certas inserções normativas (quase sempre estritamente programáticas e de nenhuma eficácia no plano internacional), ainda hoje prevalece. (WACHOWICZ., 2012, pág. 102)

Reforçando o pensamento de Antônio César acerca de quem se beneficia com a utilização econômica, Jorge Barreto no artigo que estamos nesta pesquisa utilizando, diz que com a necessidade de fixação da obra em um substrato permanente, “por não dominar os signos científicos da ciência forma, aliado a falta de meios econômicos para tanto, são os indivíduos e instituições ocidentais que se encarregam de fixar os conhecimentos tradicionais em publicações, dados e outros suportes. Tais sujeitos e instituições, em função da ausência de um marco internacional efetivo para a regulação do uso e exploração de conhecimentos tradicionais, com o mero ato de fixação em suporte, passam a auferir os direitos autorais sobre criações de outrem”. (WACHOWICZ, 2012, pág. 262).

Eduardo Viveiros de Castro no texto *Biodiversidade e Proteção dos Conhecimentos Tradicionais*, de organização de Ana Valéria Araújo e João Paulo Capobianco, Documento do Instituto Sócio Ambiental, ISA, apoiado pela Ford Foundation e The Norwedian Rainforest Foundation,

comenta que:

O outro ponto que me parece importante é que a noção de direito da propriedade intelectual começou a surgir nesse contexto. Quer dizer, quando se pensa em propriedade intelectual de comunidades indígenas, o que se tem realmente em mente é a propriedade intelectual, isto é, os chamados etno-conhecimentos de potencial comercial. Entretanto, o conceito é muito mais amplo, e em alguns casos, coincide parcialmente com o conceito de direito autoral. A questão é saber o que é intelectual no conceito de propriedade intelectual. Incluiria, digamos assim, os dispositivos cognitivos inconscientes como, por exemplo, a sintaxe de uma língua? Incluiria os dispositivos orgânicos inerentes à composição genética da população ou povo em questão? Integram o conceito de propriedade intelectual os temas que hoje estão cada vez mais em evidência, como, por exemplo, o Projeto da Diversidade do Genoma Humano, que me parece extremamente importante e perigoso, e que envolve o patenteamento de linhagens celulares de populações tradicionais com o fim de obter terapias genéticas e coisas parecidas? Eu tenho a impressão de que, em certo sentido, as populações tradicionais serão potencialmente mais exploráveis quanto ao seu próprio patrimônio genético do que quanto ao que conhecem sobre o patrimônio genético das outras espécies vivas. (ISA, pág 22)

Jorge Barretto no artigo já aqui mencionado, questiona também a problemática do prazo temporal de proteção dos Direitos de Autor porque a vida da comunidade vai além da vida dos indivíduos que a compõe, então o instituto atual da propriedade intelectual seria inadequado por não poder conferir tutela perpétua (WACHOWICZ, 2012, págs. 262). Nesse mesmo sentido, diz que os interesses das comunidades não serão “resguardados se não lhes forem conferidos o direito de controlar a utilização das ideias que permeiam a obra protegida”, pois existe uma dicotomia entre ideia/expressão nos atuais regimes de direitos autorais, e que isso quer dizer que “eles protegem a expressão de uma ideia, conservando esta última em regime de domínio público, a serviço de todos”. (WACHOWICZ, 2012, págs. 262 e 263).

Para entendermos o funcionamento das criações em comunidades tradicionais, selecionei como objeto a autoria dos cantos Maxacali, projeto este que trabalhei na condição de assessora jurídica e gestora

financeira. Sob a ótica da professora Rosângela Tugny no livro “Escuta e poder na estética Tikmu’um_Maxacali, os índios Maxacali são um povo do canto, mas que “suas vozes são desqualificadas, apagadas, silenciadas quando tentam dizer algo endereçado aos brancos. Em especial em documentários, quando aplicam simultaneamente sobre as imagens em que estão cantando, trilhas sonoras criadas por artistas urbanos” (TUGNY, 2011, pag. XXIII). Fala claramente que “quanto mais cantam mais são inaudíveis diante da sociedade nacional, mais cumprem seu papel de índios e perdem sua humanidade” (pag XXV) e que o “trabalho acústico para desencadear estados de consciência alterada e processos de cura” nessas populações (TUGNY, 2011, pag. XXVII). Nessa sua pesquisa, os cantos foram gravados nas aldeias durante os rituais e escritos e traduzidos com ajuda de pajés e professores bilingues (TUGNY, 2011, pag. XXX), que a vida dos mesmos gira em torno de cozinhar-comer-cantar, e que qualquer bicho que eles matavam, tiravam o canto da história, pois cantar a história é assimilar o inimigo. Constatou que “não se pode saber tudo, os cantos não acabam – as coisas não acabam, estão sempre a disjuntir, a multiplicar” (TUGNY, 2011, pag. XXVIII), que há “ musicalidade dos enunciados, sonoridade refinada com a qual funcionam o pensamento e a fala indígena, renunciando as conclusões englobantes” (TUGNY, 2011, pag. XXVIII) e que os “cantos são extremamente econômicos, se resumem muitas vezes a um instante de captura, em evocar a potência animal da presa ou uma posição dos corpos”. (TUGNY, 2011, pag. 37)

Conta a professora sobre o caso dos “putuxop e dos botocudos que mataram, incorporaram seus cantos e amizade, hoje os botocudos acompanham os putuxop qdo eles vão as aldeias. Os cantos são novas camadas corporais, novas peles, novas roupas adquiridas pela pessoa múltipla dos putuxop. Quanto mais caminhavam e consumiam inimigos, mais assimilavam cantos”. (TUGNY, 2011, pag. 37). Tanto que “cantos entre os Tikmu’un são pura materialidade, cantar é aqui atividade última, a suprema consumação de uma guerra bem-sucedida. Putuxop matavam inimigos para adquirir cantos. Proferir seus cantos é em ultima instancia a comida que desejam os putuxop. Os cantos são então substancias, coisas

palpáveis que passam a integrar o corpo da pessoa”. (TUGNY, 2011, pag. 43). Rosângela Tugny levanta ao longo de seu livro as formas de autoria ou “aquisição” das músicas em diversas passagens, o que não pude ainda analisar todas as questões em virtude de interesse em mestrado sobre a matéria:

“O que comem na realidade não são povos inimigos ordinário, mas espíritos, e o fazem para tornarem-se mais espíritos eles mesmos. Por isso a exigência da mae sobre o ideal representante da espécie que deveria vir ao cozimento. É esta aquisição substancial de espírito que explica a ênfase tao grande dos Tikmu’um sobre a noção de ter cantos e nenhuma menção á noção de compor, criar, inventar. Todo homem e mulher Tikmu’um deve possuir cantos adquiridos de outrem, pois possuir cantos é a maca desta suplementação da pessoa por meio da experiencia com o inimigo ou qualquer forma de alteridade. Neste sentido, todo homem da aldeia é idealmente um xamã, por ter cantos, ter espíritos. Se aqui faremos algumas vezes o uso da palavra xamã e outras pajé, estaremos indicando que o pajé é aquele reconhecido como mais conhecedor dos demais, mais espiritado que os demais, embora todos os homens da aldeia sejam um pouco pajés. A diferença entre pajé e xamã será apenas gradual”. (TUGNY, 2011, pag. 45)

“Esta continuidade entre a produção dos cantos e a interiorização do inimigo morto repercute em etnografias que descrevem vários regimes de fabricação e cuidado com as flautas, chocalhões e outros instrumentos utilizados em festas, danças de guerra e momentos de cura. No caso dos aerofones, ao soprar seus instrumentos, os músicos estão auscultando um corpo inimigo, pois muitas vezes esses instrumentos são o corpo de um inimigo morto”. (TUGNY, 2011, pag. 46)

“Fala como fazendo parte da ordem do trabalho acústico que o canto. Atos da fala como sendo de grande centralidade na vida social indígena. Falar não é uma aptidão inata, desvinculada de uma agência externa, falar supõe a presença de um outro espírito no corpo da pessoa. Assim como para articular seus primeiros sons orais o recém nascido é visitado por um yamiyxop, cantar entre os Tikmu’un significa ter podido fazer em uma pessoa um corpo cada vez mais multiplo, uma suplementacao de yamiys. (TUGNY, 2011, pag. 47)

“Os Tikmu’um narram esta história para nos dizer como aprenderam os cantos do Xunim (que traduzem como morcego espírito). Um imenso corpus, que segundo eles é sempre realimentado

“porque os Zunim não para de viajar, ver as coisa e canta-las”. Chegamos aqui a um novo modo de encontro e aliança que os ancestrais Tikmu’um selaram com os povos espírito que denominavam de yamiyxop. Um simples acordo sobre a troca de cantos pelas bananas. O ancestral foi expeditivo: - Então venha dentro da nossa casa de cantos para comer bastante banana”. (TUGNY, 2011, pags. 81 e 82)

“Além da sua capacidade de penetrar e plasmar os fluidos mais íntimos dos corpos, os morcegos-espíritos Xunim são grandes visionários. Os Tikmu’um sempre se referem a eles como aqueles que viajam e vem as coisas. Seus cantos são essas viagens e essas visões que os Xunim adquirem. Mas, se voam no escuro, é porque suas visões se fazem ao experimentar a face oculta dos corpos. Suas visões são seus cantos, que, como para todos os morcegos, funcionam pela impedância de suas vozes sobre os corpos que encontram. Os cantos Xunim experimentam essas impedâncias e atravessam as superfícies dos corpos experimentando suas formas de circular no espaço e auscultar suas dobras. O repertório Xunim é ao mesmo tempo as visões e sensações de movimento que experimentam ao se transformarem em borboletas, minhocas, capivaras, orças, peixes, sapos, homens brancos, homens negros e viajarem pelo ar, dentro da terra, na superfície da água, na lama, no fundo dos rios, nas cidades, sobre a terra. Como viajantes estão sempre compartilhando suas visões quando cantam nas aldeias dos Tikmu’um. É talvez por isso que seja o Zunim que suscite um aparato imagético mais rico dentre todos os yamiyxop que me apresentaram, Seu mimanam e os desenhos que funcionam como escrita de seus cantos fornecem miríades de imagens. (TUGNY, 2011, pag. 87)

O canto faz parte de uma sequência dedicada aos fenômenos luminosos, com a chegada da luz matinal, após a noite de ritual. Vários pássaros coloridos são evocados, vistos nesta sequência. (TUGNY, 2011, pag. 95)

O corpo do futuro xamã é fabricado como um receptáculo dos sons, um corpo selado, um instrumento de reverberação de um caos acústico de todos os povos que entraram em seus ouvidos. (TUGNY, 2011, pag. 98)

Os encontros entre os Tikmu’um e os yamiyxop que se revelam pelas imagens e pelos cantos não são da ordem sobrenatural. Esses espíritos não vêm de regiões inacessíveis, descontinuas com respeito ao mundo em que vivem, Bastam ruídos, sussurros, grunhidos, zunidos, assovios, aqueles sons precários presentes nos mitos, enfim, para chegar até eles. Podem estar em seus cabelos, como

podem estar na floresta, no que eles chamam de céu. Há sempre uma presença ressentida ao redor da pessoa. O canto entre um Tikmu'um e um yamiyxop não é veículo, jmas uma qualidade de espaço, é o que torna mais intensa uma zona de vibrações, uma região de vicinalidade. (TUGNY, 2011, pag. 100)

O que o pensamento indígena demonstra é então uma forma distinta de preocupação com a invisibilidade, embora seja também uma das principais motivações da fabricação dos seus aparatos sonoros e visuais. (TUGNY, 2011, pag. 101)

Abrigo de seres que se exilaram da luz, as flautas Kawoká são destinadas a serem ouvidas, mas jamais vistas pelas mulheres waujá. (TUGNY, 2011, pag. 102)

Mito de Orfeu – visibilidade. Os Waujá, e acho que pelo menos a maioria dos musicantes indígenas, tocam, cantam e escutam em relação com seres que lhe são copresentes. Relacoes invisíveis tornam-se visíveis. Na verdade, ouve-se porque já se compreende, porque há relação. Em um o canto é veículo, no outro, é intensidade, ou uma instancia de acontecimentos.

Algumas vezes um dos pajés cantava e logo era pontuado por sinais de aprovação dos presentes. Finalmente me explicaram que, quando estivemos juntos alguns meses antes, transcreveram os cantos segundo a ordem contida nas gravações realizadas durante uma noite em que os espíritos haviam cantado errado, trocando a ordem dos cantos e algumas vezes permutando pequenas sessões de alguns cantos com outros. Decidiram então deixar a edição dos CDS na ordem em que os cantos haviam sido cantados na noite de gravação, mas reordenar o sequenciamento dos cantos no livro. Temi naquele momento estar levando os Tikmu'um a inaugurarem esta “violência da escrita” evocados por Levi-Straus em *Tristes trópicos*, que estivessem instituindo, por meio do projeto de escrita que eu lhes propunha, uma ordenação ideal para os cantos, o que necessariamente traria prejuízos para a suposta espontaneidade e originalidade daquilo que antes repousava numa “autentica oralidade”. Temi também que estivesse ali mediante uma dissensão entre mestres especialistas, que fariam deste meu projeto de escrita um forum de tomada de poder sobre o conhecimento dos cantos. Mas com o tempo percebi o quanto por um lado este projeto de escrita alfabética não instituiu nada além daquilo que outras escritas existentes entre eles já faziam: os modos de controle das atividades acústicas e suas relações com as alteridades correspondem a uma dinâmica bem mais compósita do que eu pudera imaginar. Além disso, meu conhecimento dos cantos me fez ouvir melhor a cada vez que os coros de Xunim e Hemex

vinham às aldeias que de fato existe uma boa disposição, um bom agrupamento desses cantos, e não foi com a experiência de escrita alfabética dos seus textos que ela instituiu.

Sobre quem detém o poder nas comunidades tradicionais, Paloma Elaine Santos em seu livro “Direitos Autorais, culturas populares e conhecimentos tradicionais: estudo de caso das músicas da Família Guiga”, trata da seguinte forma:

Nas comunidades tradicionais, é comum a eleição de uma ou algumas pessoas (geralmente as mais velhas) que respondem e aconselham atos em comunidade. Trata-se de uma espécie de procuração tácita, em que a comunidade reconhece legitimamente “procuradores” aos seus atos. Isso é notório, por exemplo, entre comunidades de povos indígenas em que alguns membros são destacados nas coletividades e respeitados como chefes políticos e/ou líderes religiosos, ficando os demais subordinados às suas orientações. (GOULART, 2015, pág. 85).

Acerca da sucessão, diz a Lei 9610/98, no art. 41 que os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. Prevê a lei que caso a obra seja realizada em coautoria indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos coautores sobreviventes. Como estipulado, as regras da sucessão deverão ser as do Código Civil vigente, salvo para a sucessão aberta antes da sua entrada em vigor, cuja estipulação no art. 2.041 do Código Civil de 2002, diz que a vocação hereditária obedecerá o disposto na lei anterior, no caso a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, o antigo Código Civil. Paloma Elaine Santos no livro anteriormente citado, “Direitos Autorais, culturas populares e conhecimentos tradicionais: estudo de caso das músicas da Família Guiga”, discorre da seguinte forma:

Pela Lei 9.610, de 1998, o exercício dos direitos de Autor Patrimoniais relativos às músicas do mestre “sô Guiga” perduraria até 1º de janeiro do ano de 2032 (se considerarmos regra geral desta), mas, ao se considerar o fato de terem vindo de conhecimentos tradicionais, suas músicas não cairiam em domínio público em decorrência de regra específica da mesma lei (Art. 45, II). Também, na Lei 9.610 de 1998, há determinação indicando que a ordem de vocação hereditária, neste caso, deve seguir as regras da

lei civil (Código Civil). (GOULART, 2015, pág.. 74)

O art. 45 da LDA dispõe que, pertencem ao domínio público as obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores e as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais. E segundo esta lei, em seu art. 24, § 2º, compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

Curiosa a constatação de Paloma Elaine Santos, visto que ora as canções vão para a esfera da proteção autoral, ora para os conhecimentos tradicionais:

Ainda que as músicas do mestre “sô Guiga” passem agora do reducto familiar e local a outros círculos (sobretudo, em razão da divulgação das obras por meio de produtos culturais, com fincas ao atendimento da democratização da cultura) não perdem a característica de serem conhecimentos tradicionais, pois continuam a ser executadas e mantidas na memória dos membros da família, como já ressaltou-se, por meio dos processos de perpetuação que lhe são peculiares. (GOULART, 2015, pág. 76)

Diante desse cenário, temos que as medidas protetivas adequadas para os conhecimentos tradicionais são a ação popular e a ação civil pública. A Ação Civil Pública é regulada pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e está prevista no artigo 129 da Constituição Federal, que dispõe que são funções institucionais do Ministério Público, além de diversas outras, a de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. A ação popular é regulada pela Lei 4717/65 e está prevista no art 5º da Constituição de 1988 que dispõe:

Art 5º. LXXIII: Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Marcos Paulo de Souza Miranda no livro “Tutela do Patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação” diz que “a

atribuição ao cidadão da legitimidade para promover a defesa jurisdicional do patrimônio cultural, via ação popular, aperfeiçoa o exercício da tarefa solidária e compartilhada pelo Estado e da coletividade na consecução do poder-dever de proteção de todos os bens que integram o patrimônio cultural brasileiro, como preceitua o art. 216, 1, da Constituição Federal”. (MIRANDA, 2006, pág. 164).

3. CONCLUSÃO

Marylin Strathern, uma das principais antropólogas em atividade no mundo, em seu livro “O Efeito Etnográfico e outros ensaios”, afirma que:

O movimento pelos direitos aos recursos tradicionais é um caso a ser destacado (Posey 1995; 1996; e nota 9), sendo um de seus programas a disseminação de informação entre diferentes corpos não governamentais interessados nessas questões. Seus participantes se perguntam se os DPI realmente podem oferecer procedimentos adequados para alinhar os interesses sociais aos novos recursos. Muitos consideram que, em vez de liberar os direitos dos povos indígenas, os DPI apenas disseminam formas euro-americanas de propriedade que legitimarão os exploradores de recursos e tornarão a promoção das reivindicações desses povos mais difícil, e não mais fácil. Por mais útil que permaneça a noção de recurso intelectual, a formulação dos direitos de propriedade é extremante contenciosa. A principal crítica que os porta-vozes indígenas parecem ter feito aos DPI é que eles se limitam à posse individual (ver as várias contribuições em Brush e Stabinsky 1996). ONGs internacionais, entre outros, ressaltam que os DPI são constituídos em torno da figura do autor solidário ou da invenção corporativa, e isso tende a trabalhar contra os povos para quem “o conhecimento e a determinação dos recursos são coletivos e intergeracionais” (citado em Posey 1996: 13). Desse ponto de vista, introduzir o Estado não ajuda, pois a Convenção sobre a Biodiversidade só aumenta a injustiça potencial ao afirmar a soberania do Estado às custas dos detentores de recursos locais. As “comunidades” indígenas e o fundamento coletivo do conhecimento, são invocados, assim, contra o mercado e contra o Estado. (STRATHERN, págs. 415 e 416)

O Estado consegue acompanhar as criações de comunidades

tradicionais e assim defender seus interesses propondo ações civis públicas ou ações populares, como deveria acontecer? Seria o IPHAN o órgão apto para realizar tal controle ou deveria ser criado um órgão específico para registro, acompanhamento, cobrança e distribuição de direitos autorais de comunidades tradicionais?

Dentro desse contexto, este artigo é um início de um projeto de pesquisa de mestrado, visando à compreensão da temática dos direitos de autor e a autoria das composições e cantos indígenas.

REFERÊNCIAS

ABRAO, Eliane Y., **Direitos de Autor e Direitos Conexos**, São Paulo: Migalhas, 2014.

Anais do V Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. (2012: Florianópolis, S C), Coordenadores: Marcos Wachowicz, José Isaac Pilati e José Augusto Fontoura Costa. UFSC: Editora Boiteux, 2012.

Anais do VI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. (2013: Florianópolis, S C), Coordenadores: Marcos WACHOWICZ, José Augusto Fontoura Costa, Márcia Carla Pereira Riberiro e Carol Proner. GEDAI/UFSC: Florianópolis, 2013.

Biodiversidade e os Conhecimentos Tradicionais. Documentos ISA 02. Disponível em: https://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/10101.pdf. Acesso em 17 de setembro de 2017.

Cantos e histórias do morcego-espírito e do hemex/estudo, tradução e organização Rosângela Pereira de Tugny; narradores, escritores e ilustradores tikm~um da Terra Indígena do Pradinho. – Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

Cantos e histórias gavião-espírito e do hemex/estudo, tradução e organização Rosângela Pereira de Tugny; narradores, escritores e ilustradores tikm~um da Terra Indígena do Água Boa. – Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

Declaração sobre os direitos dos povos indígenas. Organização das Nações Unidas. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf http://unicrio.org.br/docs/declaracao_direitos_povos_indigenas.pdf

Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>

Convenção da Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial – Decreto 5753/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5753.htm

Estatuto das Sociedades Indígenas arts. 18 a 29. Disponível em: http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/presidencia/pdf/Estatuto-do-Indio_CNPI/Estatuto_Povos_Indigenas-Proposta_CNPI-2009.pdf

DRUMMOND, Victor Gameiro. **A Tutela jurídica das expressões culturais tradicionais** / Victor Gameiro Drummond. São Paulo: A lmedina, 2017.

Estudos de Direito do Autor e a revisão da lei dos direitos autorais/ organização de Marcos Wachowicz, Manoel Joaquim Pereira dos Santos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

Estudos de Direito da Propriedade Intelectual/ organização de Marcos Wachowicz. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2015.

GOULART, Paloma Elaine Santos. **Direitos Autorais, culturas populares e conhecimentos tradicionais: estudo de caso das músicas da “Família Guiga”.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Inclusão tecnológica e Direto à Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento / Marcos Wachowicz, Carol Proner, organizadores. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação.** Belo Horizonte: Del

Rei, 2006.

Produção Cultural e propriedade intelectual/ prefácio J. Oliveira Ascensão; organizadora: Isabela Cribari; Rodrigo Kopke Salinas... (et al). Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2006.

SANTOS, Manuel J. Pereira dos. **Direito Autoral. Série GVLaw. Propriedade intelectual.** São Paulo: Saraiva, 2014.

STRATHERN, Marilyn. **O Efeito Etnográfico e outros ensaios.** Cosac Naify.

TUGNY, Rosângela Pereira de. **Escuta e poder na estética Tikmu'um_Maxacali.** / Rosângela Pereira de Tugny. Rio de Janeiro: Museu do Índio, 2011. (Série Monografias).

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, WIPO.
<http://www.wipo.int/tk/en/folklore>. Acesso em: 17 de setembro 2017

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**AS PARÓDIAS NO DIREITO
AUTORAL: A PROTEÇÃO
DA LIBERDADE DE
CRIAÇÃO COMO DIREITO
FUNDAMENTAL**

Eduardo Ariento



AS PARÓDIAS NO DIREITO AUTORAL: A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE CRIAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Autor: Eduardo Ariento

Instituição: Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP

Resumo: As paródias são tuteladas pela lei brasileira como limites objetivos aos direitos exclusivos dos autores. Representam usos livres pelos quais nem os autores, tampouco os titulares podem se opor. Por vezes, as paródias carregam elevada carga humorística, satírica, provocativa e de crítica social. Frequentemente, a indústria do entretenimento, realiza questionamentos judiciais a respeito de paródias das obras de sua titularidade. Todavia, ao adotar essa política mais proibitiva, os grandes produtores de conteúdo correm o risco de restringir suas paródias criadas a partir de obras de terceiros (*venire contra pactum proprium*). Nesse sentido, pretendemos tecer algumas reflexões sobre conceitos e extensão possíveis das paródias no direito brasileiro e estrangeiro. Verificaremos, primeiramente, quais os conceitos das paródias na legislação, tratados internacionais, doutrina nacional e estrangeira. Depois, traçaremos comentários sobre os casos mais expressivos sobre paródias julgados no Brasil e Estados Unidos. A partir dos resultados obtidos, pudemos concluir que no Brasil, os direitos autorais, em alguns casos, são usados como formas de censura e embaraço a programas de empresas concorrentes ou aos interlocutores que exibem pontos de vistas que desejam tolher.

Palavras-chave: Paródia. Liberdade de Expressão. Direitos Autorais.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente no Brasil, um candidato a deputado federal utilizou, em seu espaço no horário eleitoral, trechos de música de conhecido cantor de modo propositalmente satírico para se autopromover. Uma empresa concessionária de televisão, em programa humorístico de sua grade, utilizou elementos caracterizadores de dois programas de empresa concorrente para fazer troça dos trejeitos dos apresentadores. Foi processada e perdeu, em segunda instância, por acusar a concorrente de violação a direito autoral, marcário e prática de concorrência desleal. Num terceiro caso, essa mesma empresa que processou a concorrente por zombar de seus apresentadores, foi demandada civilmente pela produtora de desenho infantil por utilizar seus personagens em crítica social em programa de humor adulto.

Um dos maiores jornais do país processou um site de domínio semelhante ao seu, que fazia comentários jocosos a respeito de sua orientação política. Diante desse incômodo, o periódico ingressou com ação para bloquear o conteúdo domínio do endereço eletrônico do parodiador, com fundamento em violação de normas concorrenciais, especialmente de marca registrada.

Por derradeiro, a Secretaria de Imprensa da Presidência da República notificou um site criador de *memes* que o uso de imagens veiculadas por órgãos oficiais somente seria autorizado para fins jornalísticos e de divulgação governamental.

Dessa pequena amostra, parece que as paródias vêm enfrentando alguns problemas para serem efetivadas no Brasil. A bibliografia sobre o tema é deveras escassa e a jurisprudência brasileira, ainda pouco consolidada. Na falta de mais julgados brasileiros representativos sobre paródias, buscaremos alguns casos nos tribunais dos EUA, tanto para fim de complementação, como também de comparação.¹

Tentaremos, assim, ensaiar um esboço teórico para conceituar, delimitar a abrangência e os possíveis usos das paródias no campo do

¹ Ainda que os EUA adote o modelo do Copyright, e o Brasil, do droit d'auteur.

direito autoral, em especial quanto (1) à possibilidade de uso comercial da obra parodiada; (2) necessidade de citação do nome do criador da obra original (3) concepção do que seria “descrédito”; (4) relação entre paródia e liberdade de expressão.

Parece evidente que as paródias, quando veiculam críticas e sátiras, nada mais são do que consequência da liberdade artística e de expressão. Logo, proibir a paródia não é apenas um problema autoral, mas de restrição a outros direitos.

Ademais, tudo indica que empresas produtoras de conteúdo autoral, ao processarem concorrentes por realizar paródias de suas obras, estão correndo o risco de fulminar as possibilidades de elas mesmas parodiarem obras alheias no futuro, seja pelo manifesto comportamento contraditório, seja pela jurisprudência mais restritiva que estão colaborando para construir.

2. OS DIREITOS DE AUTOR E SUAS LIMITAÇÕES

Conforme metáfora cunhada tempos atrás, os direitos de autor deveriam ser vistos como ilhas num oceano de domínio público, repositório universal e gratuito de conhecimento. Hoje em dia talvez tal comparação esteja um pouco defasada. O aumento da abrangência da proteção autoral tornou essas ilhas verdadeiros continentes, e os oceanos, porções de água mais escassas.

O século XX foi marcado pelo redimensionamento dos direitos de propriedade intelectual, antes concebidos como formas de estímulo à inovação e à criatividade. A importância econômica relativa da propriedade intelectual para os PIB de países produtores de conhecimento em forma de patentes e direitos de autor elevou a abrangência e tempos de proteção desses direitos a patamares nunca vistos antes.

Segundo as regras básicas internacionalmente vigentes hoje, os direitos de autor são protegidos ao menos com 50 anos depois do falecimento do autor e abrangem quase todos os usos possíveis das obras, mesmo que os destinatários não deem a ela uso comercial. No Brasil, esse

patamar é de 70 anos contados a partir do falecimento do autor² e nos Estados Unidos esse número se mantém a não ser que tenha sido feito sob encomenda, quando pode ser de 95 a 120 anos a depender do momento em que foi publicada³. Muitos países costumam adotar esse critério de 70 anos mais o tempo de vida do autor.⁴

Assim, uma publicação pode de forma costumeira ficar mais de 100 anos em domínio privado antes de entrar em domínio público. Antes de 1976, a regra vigente nos EUA era de 56 anos após a criação, período que, convenhamos, é mais do que suficiente para uma justa remuneração e incentivo à criatividade.⁵ Ainda que tenha ocorrido aumento da expectativa de vida da população, atribuir o aumento do tempo de proteção unicamente a esse fator é ignorar o poder da indústria cultural e dos intermediários da cadeia de produção perante os legisladores.

Seja como for, a cultura, até o século XX, do ponto de vista comercial, parecia ser imaginada para ser fruída de forma estática. A cultura digital que emergiu das conexões via Internet permitiu a criação de consumidores-criadores e não apenas consumidores passivos, como se via mais frequentemente em anos anteriores.⁶ *Memes*, sátiras e sobreposições de imagens, que recebem novas interpretações fazem parte dessa nova forma de participação social no debate e manifestações do público. O público *reinterpreta* e *reconstrói* um conteúdo inicial veiculada geralmente por veículos de mídia aproveitando-se das ferramentas eletrônicas que se tornam mais populares.

Feitas essas considerações iniciais, ganham relevo as situações em que os titulares dos direitos de autor não podem se opor a certos

2 BRASIL. Lei 9.610/98. Fonte: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm > acesso em 02/10/2017

3 ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Duration of Copyright. Copyright Office.. Fonte: < <https://www.copyright.gov/circs/circ15a.pdf> > acesso em 02/10/2017

4 REPÚBLICA DA ALEMANHA. Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act). Art. 64 Disponível em : <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html > Acesso em 10/03/2017.

5 ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, op. cit.

6 LESSIG, Lawrence. REMIX: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy. London: Bloomsbury, 2008, p. 28 ss.

usos das obras pela coletividade, pois são consideradas limitações aos direitos exclusivos. Como tais, independem de autorização dos titulares, considerando a função social de divulgação da cultura, informação e a liberdade de expressão.⁷ Quer dizer, o uso privado, a extração de cópia de pequenos trechos por estudantes, as traduções para o Braille, o oferecimento gratuito de obras por bibliotecas e as paródias estão fora do escopo dos direitos exclusivos dos titulares. Convém, portanto analisar essa importante modalidade de uso das obras autorais.

3. DEFINIÇÃO E ABRANGÊNCIA DAS PARÓDIAS

Uma primeira questão que pode ser colocada sobre as paródias reside no seu fundamento: seriam elas primariamente limitações autorais ou consequências da liberdade de expressão? De plano, parece-nos que são as duas coisas ao mesmo tempo. Daí porque talvez as paródias, considerando seu caráter original e transformativo, podem apanhar uma quantidade maior da obra original do que as demais limitações autorais.

Veremos diferentes previsões legais sobre as paródias para depois esboçar um conceito e identificação de sua abrangência.

Na Convenção de Berna para proteção de obras literárias e artísticas, na redação de 1967, houve esforço para delimitar os usos justos que limitavam os direitos exclusivos dos titulares. O artigo 9º, item 2, da citada norma criou a chamada regra dos três passos: deve ser objeto de legislação interna dos países da União a permissão da reprodução de tais trabalhos em certos e especiais casos; contanto que tal reprodução não atrapalhe com a exploração norma da obra nem prejudique de forma injustificável os interesses legítimos do autor.⁸

O Acordo TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) adotou regra semelhante em seu artigo 13:

7 ARIENTE, Eduardo Altomare. A função social da propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 303 ss.

8 UNESCO. CONVENÇÃO DE BERNA PARA A PROTEÇÃO DE OBRAS LITERÁRIAS E ARTÍSTICAS. Fonte: < http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_orof.pdf > Acesso em 02/10/2017

*“Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.”*⁹

A Lei brasileira de 1998, que reproduziu a redação do art. 50 da Lei anterior, de 1973, assim prevê:

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

A Diretiva 2001/29/EC, da Comunidade Europeia sobre harmonização de aspectos dos direitos autorais e sociedade da informação, recomendou aos países considerarem as paródias limitações aos direitos de autor (art. 5º, 3, alínea (k))¹⁰.

O Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos de Portugal, na redação modificada pela Lei n.º 16/2008, de 1 de abril, tratou das paródias expressamente quando as considerou *obra originária* e não obra derivada. (art. 1º, alínea “n”). De maneira menos explícita, podemos inferir que as paródias, Código Português, são admitidas como formas de *utilização livre* notadamente como *inclusão episódica de uma obra ou outro material protegido noutra material*; (art. 75, alínea “r”).¹¹

Na Alemanha, as paródias são regradas como “uso livre”. A lei de regência dispõe da seguinte forma: *trabalho independente criado a partir do trabalho de outra pessoa pode ser publicado ou explorado sem consentimento do autor da obra original*. (art. 24, I)¹².

9 AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. Disponível em < <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf> > Acesso em 01/08/2017

10 DIRETIVA 2001/29/EU - *Article 5* Exceptions and limitations [...] 3. Member States may provide for exceptions or limitations to the rights provided for in Articles 2 and 3 in the following cases: [...] (k) use for the purpose of caricature, parody or pastiche; Fonte: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF> > consulta em 08/03/2017

11 REPÚBLICA PORTUGUESA. Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos de Portugal. Fonte: < https://ciist.ist.utl.pt/docs_da/codigo_direito_autor_republicado.pdf > acesso em 02/10/2017

12 REPÚBLICA DA ALEMANHA. Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act). Disponível em : <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html > Acesso em 10/03/2017

Na legislação dos EUA, o artigo 107 do Copyright Act define 4 balizas para a definição de uso justo (Fair Use), do qual a paródia pode ser considerada espécie. São as seguintes: (1) *o propósito e características do uso, incluindo se tal uso tem natureza comercial ou se destina a finalidades educativas não comerciais*; (2) *a natureza do trabalho protegido por direitos autorais*; (3) *a quantidade e a relevância da porção utilizada em relação ao direito protegido no seu conjunto*; (4) *o efeito do uso sobre o mercado potencial para o valor da obra protegida*.¹³

Não há normas jurídicas que definam precisamente as paródias, o que nos leva a buscar tal significado no linguajar comum, obras doutrinárias e centros de pesquisa. Segundo consta de manual do Centro de Estudos de *Copyright e Fair Use* da Universidade de Stanford,

“Paródia é um trabalho que ridiculariza outro, normalmente bem conhecido, por imita-lo de uma forma cômica. Juízes entendem que, por sua natureza, a paródia requer algum trecho da obra original parodiada. Ao contrário de outras formas de uso justo, quantidade significativa do trabalho original é permitida para ‘evocar’ o original”.¹⁴

No Dicionário Literário de Massaud Moisés¹⁵ consta que paródia

“Designa toda composição literária que imita, cômica ou satiricamente o tema, ou/e a forma de outra obra. O intuito é ridicularizar uma tendência ou estilo que, por qualquer motivo, se torna apreciado ou dominante. De acordo com o sentido do prefixo ‘para’, a paródia pode conter oposição (contracanto) ou ser obra criada à semelhança de outra (canto paralelo). [...] De todo modo, o texto parodiado ostenta características relevantes, que o distinguem facilmente de outros.”

O Dicionário Caldas Aulete da língua portuguesa assim define paródia: “1. *Imitação engraçada ou crítica de uma obra (literária, teatral, musical)*; 2. *Imitação burlesca de qualquer coisa*”.¹⁶ De maneira semelhante,

13 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. COPYRIGHT ACT . FONTE: <<https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html>> Acesso em 01/03/2017

14 UNIVERSIDADE DE STANFORD. What Is Fair Use? Fonte: <<http://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/what-is-fair-use/>> Acesso em 09/03/2017

15 MOISES, Massaud. Dicionário de termos literários. São Paulo, Cultrix, 1997. p. 340-342.

16 DICIONÁRIO CALDAS AULETE DA LÍNGUA PORTUGUESA. <http://www.aulete.com.br/parodia>

o dicionário Houaiss define paródia como “*obra (literária, teatral, musical, etc.) que imita outra (ou os procedimentos de uma corrente artística) com objetivo jocoso ou satírico*”.

O mestre luso José de Oliveira Ascensão, compreende paródia como *elemento criativo antitético*. Por ser criativo, dotado de novidade, prescinde de autorização do criador da obra parodiada.¹⁷

Nessa conformidade, paródia é obra original - e não apenas derivada-, que imita ou copia porção significativa de uma outra, para fins de humor ou sátira.¹⁸ Pelo que se pode extrair das definições acima expostas, a ridicularização que se deve admitir é aquela da situação exposta, ao personagem retratado, ao estilo ou tendência dominantes. Somente pode ser visto como abusivo, nos limites autorais, o menosprezo à obra original ou ao criador dela. Fora dessas situações, a paródia deve ser livre em homenagem à liberdade de expressão e ao direito de crítica constitucionalmente assegurados.

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PARÓDIAS

A liberdade de expressão, em seu aspecto mais nobre, é aquele que permite aos cidadãos participarem ativamente do debate público sobre costumes, os rumos do país e do mundo, em termos de economia, política, meio ambiente e do futuro que desejamos às presentes e futuras gerações. Trata-se de direito oponível tanto perante o Estado (art. 5º, inciso e 220, da Constituição Federal), como perante os demais particulares. (art. 220 inciso).

Importante consignar que o direito ou liberdade de comunicar não se reduz ao recebimento pelos cidadãos de informações emitidas por empresas de comunicação, mas também demanda a possibilidade efetiva

17 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 65

18 Em sentido diverso, ver ANJOS, Marco Antonio. O Humor: Estudo à luz do direito de autor e da personalidade. Tese de Doutorado. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2009. Fonte: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03052010-111135/pt-br.php> > Acesso em 01/09/2017

de produção e divulgação dessas mensagens e informações pelos meios de comunicação de massa.¹⁹

Na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica:

*“Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de **buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza**, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.” (grifos nossos.)²⁰*

Nesse sentido, e ainda mais no contexto digital, ganham relevo as paródias como modalidades de crítica social mediante recursos satíricos que empregam imagens coletadas em sites de jornais e agências de notícia para fins humorísticos. Considerando que o acesso à radiodifusão, ao menos no Brasil, ainda é um tanto quanto inacessível à população, as paródias podem colaborar para transmitir críticas sociais com grande impacto, quantidade de visualizações em redes sociais e sites informativos.

Mesmo em veículos de comunicação de grandes corporações de mídia, o uso de material protegido por direitos exclusivos autorais pode ser utilizado em formato de paródia uma vez que a Lei brasileira não proíbe uso comercial e as paródias são formas de expressão do pensamento em formato humorístico.

Ao negar a possibilidade do uso da paródia com base em violação de direitos autorais, busca-se, por vezes, impedir que a crítica social veiculada possua maior visibilidade, como se fosse “censura autoral”.

5. ANÁLISE DE CASOS SOBRE PARÓDIA NO BRASIL E ESTADOS UNIDOS

5.1. BRASIL

19 ARIENTE, Eduardo Altomare. DIREITO À COMUNICAÇÃO NO BRASIL. Dissertação de Mestrado. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. São Paulo, 2006. Ver ainda

20 PACTO DE SÃO JOSE DA COSTA RICA. < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > Acesso em 22/09/2017

No Brasil, os julgados sobre paródias são deveras escassos. A maioria dos casos que localizamos trata da obrigatoriedade de mencionar o nome do autor da obra parodiada, sob pena de pagamento de danos morais, ou sobre a possibilidade de uso comercial da obra derivada, especialmente para fins publicitários.

Um primeiro caso que vale comentar diz respeito à imitação cômica realizada por programa de televisão da TV Record em face de apresentadores da Rede Globo.²¹ Esta última reivindicou interdição do programa em razão de violação de direitos autorais e concorrência desleal. O Desembargador que relatou o caso entendeu que, houvesse violação autoral no caso, por afetar direitos morais dos personagens retratados, inexistiria legitimidade da emissora Globo para demandar sua reparação.²² As obras satíricas deram novas denominações aos programas retratados, além de exagerar elementos visuais e características dos apresentadores, o que inviabilizou o argumento da empresa autora de confusão ao público.

A mesma Rede Globo, em razão de quadro do programa humorístico Zorra Total, foi condenada a pagar o valor de R\$ 60.000,00 em 2007, em função de utilizar música destinada ao público infantil de forma maliciosa e não ter indicado o autor da obra parodiada. O relator não vislumbrou a exceção do uso da paródia, pois duas estrofes da canção foram reproduzidas integralmente, mesmo que o sentido dado à obra seja substancialmente distinto do original. Nessa linha, teria que ser dada autorização expressa e prévia dos titulares para que o uso fosse legítimo.²³

A emissora Globo, em seus programas humorísticos, frequentemente utiliza paródias. Vejamos o exemplo do programa “Tá no ar”, protagonizado por Marcelo Adnet. O ator já fez paródia de Chico Buarque como sendo “de direita”²⁴. Quando contratado da MTV, Adnet

21 BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 3ª CAMARA CÍVEL. APELAÇÃO N. 0152937.46.2007. 8.19.0001. Disponível em < http://www.tjrj.jus.br/ca/web/guest/home/-/noticias/visualizar/101507?p_p_state=maximized >

22 Idem.

23 BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 17ª CAMARA CÍVEL. Apelação 65.892/2007. Rel. Des. Fabrício Paulo B. Bandeira Filho

24 <http://cultura.estadao.com.br/blogs/radar-cultural/marcelo-adnet-faz-parodia-com-o-chico-buarque-da-direita-no-programa-ta-no-ar/>

parodiou “Roda Viva”, também de Chico Buarque, no quadro “Indiretas já”, aludindo à adesão de emissoras comerciais ao regime militar.²⁵

Outro caso que pesquisamos, julgado pelo TJ-SP, condenou o site Yahoo! que hospeda página de chargista, que realizou paródia de uma foto divulgada na mídia, transformando-a para fins satíricos, à quantia de R\$ 8 mil. Pesou contra o chargista, mesmo reconhecida a paródia, o fato de não ser atribuído crédito à autora da fotografia.²⁶

Em sentido contrário, julgado do TJ-RJ absolveu chargista por fazer paródia de fotografia que mostrava desempenho ruim de atleta brasileiro nas Olimpíadas de 2008, mesmo sem indicação do nome do criador da obra parodiada.²⁷

O TJ-RJ, em decisão monocrática, negou pedido de indenização a herdeiro de compositor da música “A Grande Família” à Rede Globo em razão de o cantor Dudu Nobre ter efetuado adaptação da letra ao programa “Bem Amigos”, em tempo não superior a alguns segundos. Além de configurar pequeno trecho, tratava-se de paródia que em momento algum atribuiu descrédito ao autor ou à obra.²⁸

Outro julgado de destaque talvez tenha sido o de supermercado de grande porte, que utilizou fragmento de música para veicular publicidade nos intervalos comerciais das emissoras de televisão. Tal ação não foi entendida como paródia, tampouco como paráfrase pelo Ministro relator:

“a letra original da canção foi alterada de modo a atrair consumidores ao supermercado da ré, não havendo falar em paráfrase, pois a canção original não foi usada como mote para desenvolvimento de outro pensamento, ou mesmo em paródia, isto é, em imitação cômica, ou em tratamento antitético do tema. Foi deturpada para melhor atender aos interesses comerciais do promovido na

25 http://www.huffpostbrasil.com/2016/03/10/8-parodias-que-mostram-o-tamanho-da- genialidade-de-marcelo-adnet_a_21687131/

26 BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação cível n. 1045425-73.2013.8.26.0100. Rel. Des. EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE

27 BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 3ª CAMARA CÍVEL. APELAÇÃO 0415440-85.2008.8.19.0001.

28 BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 14ª Câmara Cível. Apelação n. 0342093-19.2008.8.19.0001. Rel. Des. CLEBER GHELFENSTEIN

propaganda.”²⁹

O uso humorístico da obra original, para fins de paródia, conforme a citada decisão, não poderia ser uso comercial. Nessa linha, ausente os elementos que dispensariam autorização prévia e expressa do autor, vigora a regra convencional da Lei de Direitos autorais segundo a qual os criadores podem assegurar, a título de direito moral (ou pessoal) a integridade, a higidez, de suas obras.

Em sentido diverso, em acórdão mais recente, o STJ julgou disputa entre o jornal Folha de São Paulo e site satírico à postura do jornal, denominado “*falha de são paulo*”. No caso em apreço, dois aspectos jurídicos foram analisados: o primeiro foi qual a norma jurídica serviria de referência a Lei de Propriedade Industrial, sobre a proteção das marcas, ou a Lei sobre os direitos autorais, mais amigável às paródias. Em segundo lugar, a paródia poderia ter uso comercial.

Por maioria de votos, prevaleceu a posição do Ministro Luis Felipe Salomão, Relator para o Acórdão, que assim registrou:

“3. No caso dos autos, no entanto, a disposição do direito marcário não deve ser invocada para solução da controvérsia. É que as duas empresas envolvidas na demanda, apesar de possuírem nomes semelhantes, Falha e Folha de São Paulo, prestam serviços, em tudo, diversos. Uma (Falha) produz crítica aos posicionamentos políticos e ideológicos da outra (Folha), sem a possibilidade de serem concorrentes. A Falha produz paródia com base nas matérias produzidas pela Folha, expressando-se, declaradamente, de modo contrário às opiniões expostas pelo jornal, por meio da sátira e do humor.

4. A paródia é forma de expressão do pensamento, é imitação cômica de composição literária, filme, música, obra qualquer, dotada de comicidade, que se utiliza do deboche e da ironia para entreter. É interpretação nova, adaptação de obra já existente a um novo contexto, com versão diferente, debochada,

29 BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.131.498 – RJ. Rel. Min. RAUL ARAÚJO

satírica.

5. Assim, a atividade exercida pela Falha, paródia, em contra, em verdade, regramento no direito de autor, mais específico e perfeitamente admitida no ordenamento jurídico pátrio, nos termos do direito de liberdade de expressão, tal como garantido pela Constituição da República.

[...]

8. A falta de conotação comercial é requisito dispensável à licitude e conformidade da manifestação do pensamento pela paródia, nos termos da legislação de regência (art. 47 da Lei n. 9.610/1998).³⁰ (grifos nossos)

Nesta conformidade, restou compatível com o ordenamento pátrio a caricaturização do jornal por site de nomenclatura parecida, ainda que este último tivesse feição lucrativa.

De acordo com legislação eleitoral brasileira, (Lei 9.504/97) as paródias são proibidas caso sirvam para atacar adversários, mediante qualquer recurso gráfico ou audiovisual que os ridicularize.³¹ Todavia,

nada impede que candidato use paródias a seu favor, sem prejudicar quaisquer adversários.

Foi o que ocorreu em São Paulo por candidata a prefeita em 2016 com reduzido orçamento de campanha. A rosto da candidata apareceu

30 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.548.849 – SP. Rel. para o acórdão Min. Luis Felipe Salomão. J. 20/06/2017

31 BRASIL. Lei 9.504/97. Art. 45. *Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário [...] II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito. Art. 45 § 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. Art. 45 § 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação.* Fonte: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm > acesso em 02/10/2017

em montagens sobre o corpo de Usain Bolt, recordista de velocidade em provas de atletismo em seguidos jogos olímpicos, satirizando o tempo percorrido pelo atleta na prova dos 100 metros rasos e os 10 segundo que ela possuía nos horários eleitorais destinados ao seu partido na radiodifusão.³² Parece claro que o autor da fotografia, diante da situação descrita, não poderia demandar indenização por ausência de autorização prévia de sua criação por conta da paródia.

Porém, quando o então candidato a Deputado Federal Tiririca recorreu a paródias da música “O portão” de Roberto e Erasmo Carlos em seu horário político, a gravadora EMI demandou reparação civil. Houve verdadeiramente a modificação de duas estrofes da canção, as mais conhecidas da obra criada em 1974.

Segundo entendeu o Desembargador que relatou o processo, a situação em exame não configura paródia, mas apenas de uso de obra protegida com fins eleitorais, uma vez ausente o caráter humorístico e antitético. Condenou o Deputado a pagar 20 vezes o valor que seria originalmente devido, em razão de dano presumido decorrente de modificação indevida de composição autoral.³³ Parece-nos, contudo, que a natureza eleitoral, por si só, não desvirtua o sentido da paródia. Nenhuma lei proíbe o uso de paródias para beneficiar o próprio candidato em matéria eleitoral.

Por derradeiro, em maio de 2017, diversos sites noticiaram que a Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência de República estaria notificando blogs satíricos por uso de imagens oficiais.³⁴ Segundo

32 Jornal Folha de São Paulo. Criador de Erundina Bolt e outros memes da candidata diz fazer piada por falta de opção. Fonte: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/eleicoes-2016/2016/09/1814586-criador-de-erundina-bolt-e-outros-memes-da-candidata-diz-fazer-piada-por-falta-de-opcao.shtml> > Acesso em 02/10/2017

33 BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. APELAÇÃO N. 1092453-03.2014.8.26.0100. 20ª CAMARA EXTRAORDINÁRIA DE DIREITO PRIVADO. Rel. Des. Salles Rossi.

34 Divulgaram o episódio o site G1 <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/presidencia-da-republica-faz-alerta-a-sites-que-criam-memes-com-fotos-de-temer.ghtml>, o UOL, <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/23/governo-nega-censura-ao-notificar-blogs-sobre-uso-de-imagens-em-memes-de-temer.htm> o EL PAÍS, https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/27/ciencia/1495899503_382776.html ,

mensagem eletrônica que teria sido enviada pelo remetente foto@presidencia.gov.br ,

“as fotografias (oficiais) estão liberadas para uso jornalístico e divulgação das ações governamentais”, [...] “para outras finalidades, é necessária autorização prévia da Secretaria de Imprensa da Presidência da República.”

Pelo que se pode perceber desse último caso, por intermédio dos direitos autorais das imagens, buscou-se vetar o uso de fotografias para fins satíricos e de crítica política. Porém, ao se verificar que os usos satíricos da obra protegida compõem um rol de usos autorizados por lei, pouco importa se a política de determinado órgão, público ou privado, restringe as finalidades comerciais da fotografia.

5.2. ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, dos casos mais emblemáticos por uso de paródia é o processo julgado em 1994 pela Suprema Corte dos EUA em processo movido por *Campbell em face de Acuff-Rose Music*, respectivamente produtoras do cantor Roy Orbison e da banda Live 2 Crew. A razão que motivou a ação foi o uso da música “*Oh Pretty Woman*”, de Orbison, que se tornou “*Pretty Woman*”, versão sampleada e mais erotizada da original.

Um primeiro obstáculo a ser superado para a utilização da obra parodiada foi o uso comercial dado a ela. A jurisprudência norte-americana, até então, era bastante resiliente, mas pela primeira vez, não viu impedimento para que o criador da paródia imprimisse a ela conteúdo econômico. Finalidade comercial não torna o uso da obra injusto. Ficou registrado na decisão que a legalidade da paródia, no direito estadunidense, deve ser apreciada caso a caso de acordo com as finalidades da lei do copyright e os demais fatores do fair use.³⁵ Os trechos

o POVO <https://www.opovo.com.br/noticias/mundo/2017/05/medida-contramemes-de-michel-temer-torna-se-pauta-no-the-new-york-tim.html> e o New York Times <https://www.nytimes.com/2017/05/26/world/americas/brazil-michel-temer-corruption.html?mcubz=0>
Acesso em 20/09/2017

35 ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. COPYRIGHT OFFICE. Fonte: < <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/campbell-acuff-1994.pdf> > acesso em 31/08/2017

copiados teriam sido razoáveis, bem como o caráter da paródia teria sido suficientemente transformativo em face da obra original. O efeito sobre o mercado potencial da obra original seria mínimo.³⁶

Em decisão subsequente, *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, para confirmar tal entendimento sobre as paródias, a Suprema Corte dos EUA admitiu uso comercial de obra que criticava elementos da peça “*E o vento levou*”, escrita em 1936 por Margaret Mitchell.³⁷ A obra derivada, segundo os cessionários dos direitos da obra original, teria copiado personagens, cenários, transcrito certos diálogos de forma integral.

A Suprema Corte viu a obra derivada como ato legal de paródia em razão de seus comentários e críticas à obra original. A peça derivada enfatizou a indiferença pela qual a obra original lidou com a escravidão. O fato de ser dado uso comercial à segunda obra foi superado em razão de substancial uso transformativo. O narrador, de 3ª pessoa, virou autor em 1ª pessoa que escrevia um diário. Além disso, não foi comprovada, no caso concreto, efeito negativo da segunda obra na comercialização da original.³⁸

Por derradeiro, o blog “*thischarmingcharlie*”³⁹ utiliza com frequência personagens do desenho “Snoopy” com letras de músicas da banda The Smiths. A criadora, Lauren LoPrete, foi notificada pela gravadora Universal, titular das canções, pelo sistema “*Notice and Takedown*”, de proteção ao copyright para derrubada da página eletrônica. O compositor Morrissey, líder da banda, manifestou-se publicamente a favor do blog, por ser, no entender dele, espécie de criação aceita pela lei americana de uso justo (Fair Use). Diante de tamanha repercussão que a medida ganhou, a gravadora recuou e não mais levou adiante os pedidos de remoção de conteúdo.⁴⁰

36 ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. COPYRIGHT OFFICE. Legal Information Institute. *Campbell v. Acuff-Rose Music* (92-1292), 510 U.S. 569 (1994). < <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html> >

37 ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. COPYRIGHT OFFICE. Fonte: < <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/suntrust-houghton-11thcir2001.pdf> >

38 Idem.

39 Fonte: <thischarmingcharlie.tumblr.com> Acesso em 02/10/2017

40 Jornal Los Angeles Times. Copyright law and This Charming Charlie. Ed. 26/09/2013.

6. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

Decorrencia do princípio da boa-fé objetiva e da confiança, a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), encontra eco em diversas legislações civis, inclusive na brasileira. Configura uma espécie de limitação aos direitos subjetivos. Não se proíbe o comportamento contraditório em si, tampouco a mudança de posturas, mas a violação da confiança legítima a terceiros.⁴¹

Trata-se de uma sequencia de comportamentos incompatíveis uns com os outros de um mesmo agente. Em função da necessidade de prestigiar a boa-fé objetiva, terceiros podem, de forma aceitável, entender que a conduta da parte manterá um mínimo de coerência.⁴²

A doutrina subdivide o *venire* nas seguintes etapas: A) uma conduta inicial ; b) confiança legítima de outra parte sobre tal comportamento; C) comportamento contraditório da primeira parte; D) o danos que resultaram dessa contrariedade.⁴³

Nessa conformidade, os criadores de conteúdo, que litigam proibindo terceiros de parodiar suas obras poderiam gerar expectativas de que não fariam o mesmo diante de materiais alheios. O problema aqui é criar expectativa de que as emissoras não iriam parodiar, promessa que não poderia se sustentar.

Por outro lado, quando produtores de conteúdo recorrem a obras autorais de terceiros para efetuarem paródias, devem gerar a expectativas de que não se oporão quando outros realizarem a mesma conduta.

7. CONCLUSÃO

Fonte: < <http://www.latimes.com/opinion/editorials/la-ed-copyright-peanuts-smiths-mashup-20130926-story.html> > Acesso em 02/10/2017

41 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A Função Social do Contrato. Ed. Saraiva, 2009, p. 89-90.

42 PENTEADO, Luciano de Camargo ; BOLOTTI, Isabela Maria Lopes. *Venire contra factum proprium*: uma análise comparativa da utilização da figura pela jurisprudência brasileira e italiana. Revista de Direito Privado | vol. 61/2015 | p. 145 - 172 | Jan - Mar / 2015 | DTR\2015\2324, p. 03-04

43 SCHRAIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 131

Diante dos argumentos traçados, definições obtidas, exemplos colhidos, análise de julgados brasileiros e jurisprudência comparada, podemos concluir que as paródias no Brasil, a partir dos casos analisados, vêm sendo atacadas, sob o argumento de ferir direitos autorais ou marcários, verdadeiramente com o objetivo de restringir a liberdade de expressão.

Em primeiro lugar, muito embora a legislação brasileira não proíba o uso comercial das paródias, ainda há diversas controvérsias. O precedente mais recente do STJ a respeito autorizou a sátira a jornal de grande circulação por site de nome semelhante, ainda que tivesse intuito lucrativo.

Para fins de comparação, como visto, a jurisprudência americana, por mais de uma vez já decidiu que as paródias, derivadas do Fair Use (uso justo da obra autoral), quando ultrapassados os quatro fatores, sobretudo quando atribui à nova criação uso transformativo, pode conviver perfeitamente com finalidade comercial.

A necessidade de citação do nome do criador original, pela amostra pesquisada de nossa escassa jurisprudência, mostrou-se dividida. Há julgado que admite ser elemento fundamental, ao passo que outro aceitou a legalidade da paródia, mesmo sem tal menção.

O descrédito da obra, figura que pouco apareceu nos julgados levantados, despertou pouca polêmica. Pareceu claro que o descrédito que poderia deslegitimar a paródia é aquele em face da figura do autor original ou menoscabo da obra.

Na jurisprudência dos EUA, a crítica social justificou o uso de obra criada por terceiros. Ainda que não fosse eminentemente com feição humorística, o uso transformativo conferiu legitimidade à criação secundária. Eis mais um exemplo das vantagens das regras mais flexíveis do *Fair use* em face do sistema pátrio. Assim, podemos afirmar que nesse caso, o descrédito não se confunde com sátira direcionada ao personagem ou personalidade retratados na obra subsequente, ou também a elemento presente na obra, como a tolerância com o racismo no livro que inspirou o filme “O Vento Levou” (*Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*).

A relação entre paródia e liberdade de expressão pareceu ser bastante próxima. As paródias têm por natureza o elemento satírico, sarcástico ou humorístico. Não há como imaginar uma democracia, cujo elemento substancial é a livre troca de ideias no debate público, sem a possibilidade de contestação ou resistência de ideias hegemônicas. As paródias, embora não necessariamente sejam engajadas politicamente, demandam proteção jurídica.

Os limites da paródia, como forma de liberdade de expressão, além de não poder ser meras reproduções da obra original, tampouco imputar descrédito à pessoa do autor à qualidade da obra, são os mesmos de qualquer tipo de divulgação de ideias: vedação do anonimato, do racismo, de manifestações de intolerância, violação da honra e da vida privada. Além disso, em matéria eleitoral, candidatos não podem menosprezar seus adversários sob qualquer forma de sátira ou paródia, mas poderiam, a nosso ver, usá-las em benefício próprio.

Por fim, convém mencionar que, baseado no princípio da boa-fé objetiva, especialmente na modalidade *venire contra factum proprium*, o comportamento errático dos produtores de conteúdo, que ora proíbem paródias de suas obras, ora parodiam conteúdo originado por terceiros, deve ser visto com ressalvas. Assim, os produtores de conteúdo, por vezes, colaboram para construir jurisprudências mais avessas às paródias, o que num futuro próximo, pode ser um estorvo à liberdade de expressão de todos.

REFERÊNCIAS

AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. Disponível em < <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf> > Acesso em 01/08/2017

ANJOS, Marco Antonio. O Humor: Estudo à luz do direito de autor e da personalidade. Tese de Doutorado. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2009. Fonte: < <http://www.teses.usp.br/teses/>

disponiveis/2/2131/tde-03052010-111135/pt-br.php > Acesso em 01/09/2017

ARIENTE, Eduardo Altomare. DIREITO À COMUNICAÇÃO NO BRASIL. Dissertação de Mestrado. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. São Paulo, 2006.

_____. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

BRASIL. Lei 9.810/98. Fonte: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm > acesso em 02/10/2017

_____. BRASIL. Lei 9.504/97. Fonte: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm > acesso em 02/10/2017

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.131.498 – RJ. Rel. Min. RAUL ARAÚJO

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.548.849 – SP. Rel. para o acórdão Min. Luis Felipe Salomão. J. 20/06/2017

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 3ª CAMARA CÍVEL. APELAÇÃO N. 0152937.46.2007. 8.19.0001. Disponível em < <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?numProcesso=2007.001.149140-4&USER> >

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 17ª CAMARA CÍVEL. Apelação 65.892/2007. Rel. Des. Fabrício Paulo B. Bandeira Filho

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO

DE JANEIRO. 3ª CAMARA CÍVEL. APELAÇÃO 0415440-85.2008.8.19.0001.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 14ª Câmara Cível. Apelação n. 0342093-19.2008.8.19.0001. Rel. Des. CLEBER GHELFENSTEIN

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação cível n. 1045425-73.2013.8.26.0100. Rel. Des. EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE

DICIONÁRIO CALDAS AULETE DA LÍNGUA PORTUGUESA.
<http://www.aulete.com.br/parodia>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. COPYRIGHT ACT . FONTE:
<<https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html>> Acesso em 01/03/2017

_____. Duration of Copyright. Copyright Office.. Fonte:
< <https://www.copyright.gov/circs/circ15a.pdf> > acesso em 02/10/2017

_____. COPYRIGHT OFFICE. CAMPBELL V. ACUFF MUSIC. <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/campbell-acuff-1994.pdf> > acesso em 31/08/2017

_____. COPYRIGHT OFFICE. SUNTRUST V. HOUGHTON < <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/suntrust-houghton-11thcir2001.pdf>

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A Função Social do Contrato. Ed. Saraiva, 2009

LESSIG, Lawrence. REMIX: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy. London: Bloomsbury, 2008

MOISES, Massaud. Dicionário de termos literários. São Paulo, Cultrix, 1997

PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > Acesso em 22/09/2017

PENTEADO, Luciano de Camargo ; BOLOTTI, Isabela Maria Lopes. Venire contra factum proprium: uma análise comparativa da utilização da figura pela jurisprudência brasileira e italiana. Revista de Direito Privado | vol. 61/2015 | p. 145 - 172 | Jan - Mar / 2015 | DTR\2015\2324

REPÚBLICA DA ALEMANHA. Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act). Disponível em : <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html > Acesso em 10/03/2017

REPÚBLICA PORTUGUESA. Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos de Portugal. Fonte: < https://ciist.ist.utl.pt/docs_da/codigo_direito_autor_republicado.pdf > acesso em 02/10/2017

SCHRAIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium, Rio de Janeiro: Renovar, 2007

UNESCO. CONVENÇÃO DE BERNA PARA A PROTEÇÃO DE OBRAS LITERÁRIAS E ARTÍSTICAS. Fonte: < http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_orof.pdf > Acesso em 02/10/2017

UNIÃO EUROPÉIA. DIRETIVA 2001/29/EU
Fonte: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF> > consulta em 08/03/2017

UNIVERSIDADE DE STANFORD. What Is Fair Use? Fonte: < <http://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/what-is-fair-use/> > Acesso em 09/03/2017

UNIVERSIDADE DE CORNELL. Legal Information Institute. Campbell v. Acuff-Rose Music (92-1292), 510 U.S. 569 (1994). <

<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html> >

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**USUCAPIÃO DE OBRAS DE
ARTES PLÁSTICAS**

Fernanda Galera Soler



USUCAPIÃO DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS

Autora: Fernanda Galera Soler¹

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)

Resumo: Com o intuito de analisar a possibilidade de aplicação do instituto do usucapião, aquisição derivada da propriedade de um bem, às criações protegidas pelo direito autoral, posto que são consideradas bens móveis nos termos da legislação pátria, é realizada uma análise sobre os limites, interesse e real efetividade desta transferência de titularidade especificamente para as obras de artes plásticas, visto que estas foram as principais obras objeto de tal apropriação ao longo dos séculos. O estudo é realizado por meio de uma revisão bibliográfica do tema, a qual incluiu análise da doutrina sobre a matéria, revisão de julgados e notícias que informam os problemas enfrentados pelos titulares de tais obras, para enfim concluir sobre a possibilidade ou não da aquisição da titularidade dos direitos autorais e de uma obra de artes plásticas pelo usucapião e, eventualmente, como efetivá-la.

Palavras-Chave: Direitos Autorais. Artes Plásticas. Usucapião. Domínio Público.

¹ *Fernanda Galera Soler.* Advogada e Consultora em São Paulo, Brasil. Integrante da Comissão da Comissão de Direito Autoral e Entretenimento da OAB SP. Mestranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP); Especialista em Propriedade Imaterial pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, da Seccional de São Paulo (ESA OAB/SP); Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). *E-mail:* fernandagalera@yahoo.com.br – *Linkedin:* www.linkedin.com/in/fernanda-galera-soler-15b8392b.

1. INTRODUÇÃO

Com o intuito de estudar as formas de aquisição das criações intelectuais, não é possível se furta uma das hipóteses de aquisição da propriedade que se origina do Direito Romano, no caso o usucapião. Em que pese ser amplamente debatido pela doutrina a possibilidade de usucapir determinados bens, especificamente quando se fala sobre a propriedade intelectual não existem muitos estudos, menos ainda quando se pretende tratar de direitos autorais, posto que são uma das criações mais abstratas e intimamente ligadas ao seu Autor. Por tal motivo, propõe-se uma análise destes dois institutos, através do questionamento: É possível a aquisição de uma obra, protegida pelo direito autoral, através do usucapião?

Ora, a relevância dessa questão é simples, garantir ao titular de obras intelectuais a justa proteção por seus bens, bem como, verificar quais são os direitos e as eventuais as limitações existentes ao detentor titular de uma obra protegida pelo direito autoral.

Ocorre que pela amplitude e especificações do tema, qual seja a aquisição de obras protegidas pelo direito autoral, faz-se necessária a delimitação do tipo de criação que será objeto de análise, visto que cada obra, possui especificidades única e distinta, que poderia alterar o estudo ora proposto. Dessa forma, devido à facilidade de entendimento e conhecimento deste tipo de criação, pela presença das mesmas desde a antiguidade e pela facilidade de transmissão é que optou-se por direcionar o estudo às obras de artes plásticas.

A Lei de Direitos Autorais (LDA - Lei 9.610, de 1998) em seu artigo 7º², traz um rol exemplificativo de obras protegidas. Mais especificamente no inciso VIII, é possível notar uma demonstração do que seriam obras de artes plásticas, sem, contudo, existir uma definição do que são estas obras. Como este é um conceito amplamente usado pela doutrina e pela própria sociedade em si, sem que exista o cuidado sobre

2 “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: (...) VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;”

o seu real significado, já que até mesmo os incisos X e XI³, do referido artigo, também informam obras que podem estar dentro do que seriam obras de artes plásticas, faz-se necessário buscar um conceito mais claro de quais obras serão analisadas.

O doutrinador Plínio Cabral um dos poucos que abordou este tema tão controverso ensinou que “O item VIII assegura o direito de autor de obras de artes plásticas – desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética, sendo esta última uma expressão em movimento, sem confundir-se com o audiovisual.”(CABRAL, 2009, pg. 111)

Em igual sentido temos a definição de “arte” trazida pelo dicionário online Merriam Webster, que diz: “1: art (as sculpture or bas-relief) characterized by modeling: three-dimensional art. 2: visual art (as painting, sculpture) especially as distinguished from art that is written (as poetry or music) — often used in plural.”

Temos assim que as obras de artes plásticas são as expressões de arte visualmente perceptíveis, sem a existência de sons, movimento, ou linguagem escrita. Contendo também em si, tanto o aspecto patrimonial, quanto o moral em sua essência, ainda que por vezes de difícil distinção, pela natureza da fixação da obra em um elemento único que não pode ser separado.⁴

Passando agora ao estudo do conceito de usucapião, temos uma figura do direito civil tão antiga quanto o próprio, visto que sua origem remonta ao Direito Romano, e que nas palavras de Washington dos Santos, em seu Dicionário Jurídico, significa “Modo de conseguir bem imóvel ou móvel, através da posse pacífica, por apenas certo tempo. No conceito de Clóvis Beviláqua, “é a aquisição do domínio pela posse

3 “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: (...) IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;”

4 Neste sentido temos novamente Plínio Cabral, que relembra que “O problema relacionado com as artes plásticas sempre foi fonte de dúvidas e controvérsias. Começa pelo fato de que ela contém, em si, de forma mais evidente, o direito de autor e a propriedade privada da obra, não raro de alto preço, sendo objeto até de transações milionárias.” (CABRAL, 2009, pg. 111)

prolongada.” (SANTOS. 2001. P. 244.).

Etimologicamente usucapião significa “aquisição pelo uso”, sendo definido como forma de aquisição de um bem pela posse qualificada da coisa, após o exercício do *animus domini*⁵, uma vez preenchidos determinados pressupostos legais, atualmente previstos nos artigos 1.260 a 1.262, do Código Civil⁶.

Ora, esta aquisição de propriedade ocorrerá de forma derivada, posto que ocorre após a posse mansa e pacífica de um bem, não sendo exigido outro requisito para a transferência da titularidade de tal bem, além dos legais acima referidos. Em que pese ser possível à análise deste instituto para bens móveis e imóveis, para este estudo faz-se necessário restringir novamente o objeto para o usucapião de bens móveis apenas, pelos motivos que serão a seguir descritos.

Realizados os esclarecimentos iniciais necessários e entendidos os conceitos circunscritos por trás do tema ora proposto, passamos a análise dos pontos de confluência destas definições, como aplicar o usucapião as obras de artes plásticas.

2. APLICAÇÃO DO USUCAPIÃO AO DIREITO DE AUTOR

Primeiramente, há de se verificar se esta modalidade de aquisição da propriedade pode ser aplicada aos direitos autorais. Em que pese os debates acerca da natureza jurídica de tais direitos se de propriedade ou não⁷, para fins deste artigo será levada em consideração a previsão legislativa atualmente existente e a sistema internacional que classifica tais

5 Livremente traduzido para: “agir como dono”.

6 “Art. 1.260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade. Art. 1.261. Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé. Art. 1.262. Aplica-se à usucapião das coisas móveis o disposto nos arts. 1.243 e 1.244.” Não nos alongaremos nos artigos 1243 e 1244, do Código Civil uma vez que os mesmos versam apenas sobre quais prazos podem ser computados para a aquisição da propriedade por meio do usucapião.

7 Neste sentido, temos os ensinamentos de Antônio Chaves (CHAVES, 1987, pg. 17): “Podendo embora constituir uma parte relevantíssima do patrimônio, não é uma verdadeira propriedade.”.

direitos como dentro do ramo da propriedade intelectual.

Neste sentido, temos o próprio artigo 3º, da LDA, que ensina que “Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.”, sendo referidos direitos bens/coisas, nos termos da lei, são propriedade e, em tese, e também, por consequência, podem ser objeto das demais previsões na legislativas, ainda que não previstas na lei específica de direitos autorais, mas que existentes no ordenamento jurídico as quais seriam aplicáveis por meio de uma interpretação sistemática, conforme ensina a inteligência do princípio da legalidade⁸.

Logo, a posse pacífica, ou não, e por determinado tempo de um bem móvel, que neste caso seria uma obra protegida por direitos autorais, visto que está nada mais é do que a fixação da criação do intelecto, por ter esta denominação poderia ser objeto de usucapião, já que o Código Civil não limita os bens móveis que seriam objeto de tal aquisição de propriedade e, tampouco, há vedação legal expressa neste sentido⁹.

8 Neste sentido, se não existe vedação legal que impeça tal entendimento, é cabível ao jurista analisar a aplicabilidade e a intersecção de direitos das mais variadas áreas do direito privado, conforme inteligência do art. 5º, II, da Constituição Federal: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

9 Há de ressaltar que a possibilidade de usucapião de obras deve observar também os demais institutos do direito, não podendo a obra que foi objeto de prática criminosa ter sua propriedade transferida por meio do usucapião, sem que existam as devidas análises legais para tanto, visto que de momento não seria permitido o usucapião de bens móveis que sejam objeto de furto e/ou roubo, salvo em casos específicos. Neste sentido temos o entendimento da doutrina tanto civilista quanto penal que informam que o objeto de furto ou roubo não pode ser utilizado em proveito de outrem, de momento, conforme previsto no art. 1208, do Código Civil: “Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.” Ademais, analisarmos esta questão do roubo e do desaparecimento se obras traz a baila outra temática atualmente está em debate, qual seja a questão do repatriamento de obras. Ora, uma vez que muitas criações foram perdidas com o advento de guerras e que seus titulares perderam suas propriedades injustamente, sabendo-se que, salvo as excepcionalidades previstas pelo ordenamento jurídico, não é possível a aquisição da devida propriedade por este meio, parece razoável pensarmos no repatriamento como o meio de devolvermos o que de direito a quem figurou como seu proprietário. Ocorre que neste debate estão envolvidas inúmeras legislações pátrias distintas, visto que a Convenção de Berna e as demais convenções internacionais relacionadas ao direito de autor não regulam esta

Em que pese de início soar lógica a aplicabilidade do usucapião aos direitos autorais, através de uma inteligência do Princípio da Legalidade, faz-se necessária uma análise aprofundada sobre a legislação e a doutrina autoralista com o intuito de verificar se realmente é adequado tal enquadramento. Neste sentido, trazemos o ensinamento de José de Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, 2007, p. 271/272):

“O direito de autor não pode ser adquirido por usucapião. Não é necessária declaração, por derivar necessariamente da inadmissibilidade de uma posse do direito do autor. A ser admitida, a aquisição por usucapião seria uma aquisição originária mas que supõe já uma titularidade precedente, que a usucapião ira justamente excluir. Em qualquer caso, supõe-se sempre que houve um direito originário, derivado da criação. Não é assim. Aliás, nem a concepção muito ampla de posse permitiria chegar a uma usucapião de direitos que não recaíssem sobre coisas. A exclusão da usucapião vale já como índice contra a caracterização do direito de autor como direito real”

Para o autor não seria possível o usucapião, pois este poderia desvirtuar o direito autoral em si, posto sua natureza dúplice, sendo este formado de um lado pelos direitos os morais, estes representando a ligação do autor a sua criação e, por consequência, não podem ser de qualquer modo transferidos a terceiros, nos termos do art. 27, da LDA¹⁰, e os patrimoniais, a expressão e a possibilidade de exploração da obra em si, os quais podem ser objeto de alienação, nos termos do art. 49, da

questão que traz uma abrangência interdisciplinar, bem como, existem os interesses de séculos de história, dos titulares e dos principais museus do mundo, que podem ser antagônicos, não é possível abordarmos tal temática neste pequeno recorte, sendo necessário para tanto a análise da questão em um estudo apartado devido à relevância e especificidade do tema, motivo pelo qual não será objeto de comentário no presente artigo o repatriamento de obras.

10 “Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.”

LDA¹¹, que relaciona a forma de realização de tal transferência.¹²

Em uma análise rápida, a própria LDA, em seu art. 37, corroboraria em parte o entendimento de que não é possível usucapir uma obra, vejamos:

Art. 37. A aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei.

Ocorre que pela leitura do artigo, podem restar dúvidas sobre o que afinal é adquirido pelo adquirente quando ele passa a ser o titular de uma obra, porém, sem a especificação, assinatura de um instrumento, que informe quais os direitos foram transferidos e se houve alguma mudança da titularidade dos direitos patrimoniais¹³.

Faz-se necessária uma nova distinção acerca das obras e dos direitos autorais, os quais por sua especificidade diferenciam o bem físico e material onde está a obra, da criação intelectual em si. Neste sentido

11 “Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita; III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos; IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário; V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato; VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato”

12 Com o intuito de melhor ilustrar a questão trazemos os ensinamentos de Eliane Y. Abraão (ABRAÃO, 2002, pg. 17): “Acerca da natureza jurídica da matéria, a melhor doutrina pátria (Antonio Chaves, Walter Moraes, Carlos Alberto Bittar, José de Oliveira Ascensão, Fabio Maria Mattia) é unanimemente dualista: direitos de autor são um conjunto de prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, que se interpenetram quando da disponibilização pública de uma obra literária, artística e/ou científica. Os direitos morais pertencem exclusivamente à pessoa física do criador e no caso da obra audiovisual, são exercidos pelo diretor. Os patrimoniais, ao criador originários, se não os transferiu, ou, ao terceiro, pessoa física ou jurídica, a quem os tenha cedido ou licenciado.”

13 Somente estes, já que os direitos morais de autor não podem ser objeto de transferência, conforme retro explicado.

temos os ensinamentos de Newton Silveira (SILVEIRA, 2012, p. 84):

“Já nas obras artísticas, as quais tem por objeto determinada forma, o alcance do direito do autor é determinado pela própria obra objetivada no suporte material.

Dessa forma, num caso ou em outro, o objeto do direito é uma coisa puramente intelectual, de natureza incorpórea ou imaterial, o que foi acentuado por Picard ao conceber sua teoria dos direitos intelectuais.”

Estamos falando da separação do *corpus mysticum*¹⁴, que nada mais é do que a criação do espírito do Autor em si, a sua inspiração o seu trabalho único e pessoal, o qual deve ser expressamente transferido para outrem e que não se confunde com o suporte material em que a obra se encontra, o meio no qual ela foi fixada, esse “objeto criado” em si é o conhecido como *corpus mechanicum*¹⁵.

Para melhor explicar essa questão, usaremos uma obra de arte plástica como exemplo, onde o quadro em si é o *corpus mechanicum*, porém, a proteção do direito de autor vai além desta fixação, seu *corpus mysticum* é a criação em si, é o que está no quadro, que pode ser reproduzido e explorado em outros meios, não somente no quadro.

Entendidos estes conceitos, o art. 37, da LDA esclarece que a aquisição do suporte físico da obra, não transfere a titularidade de direitos sobre criação em si, não existindo a transmissão do direito autoral, mas tão somente do quadro em nosso exemplo¹⁶. De tal sorte que, não seria possível assim o usucapião de direitos autorais, mas tão somente sobre o suporte físico, o *corpus mechanicum*, da obra.

Denis Borges Barbosa (BARBOSA, 2013, pg. 07), ao estudar o usucapião das criações intelectuais e em especial ao analisar a doutrina

14 Livrement traduzido para “corpo místico”.

15 Livrement traduzido para “corpo material”.

16 Tal previsão foi introduzida na lei com o intuito de esclarecer as questões relativas em especial à aquisição de obras de artes plásticas por museus e acervos particulares, os quais para a livre exploração das obras de seus acervos (exibição, reprodução, entre outros) precisam firmar um instrumento contratual próprio para tanto, que determine os direitos e os limites que existem para a exploração da obra adquirida.

portuguesa¹⁷, informa que neste país também é expressamente vedado o usucapião de tais direitos, esclarecendo que os efeitos da posse são distintos dos que permitem usucapir uma obra intelectual, conforme recorte abaixo:

“É que temos sérias dúvidas sobre a validade das razões invocadas por PIRES DE LIMA - ANTUNES VARELA, no sentido de excluir a posse de tal gênero de bens e até a posse de direitos de autor. O fato de a lei (Código do Direito de Autor, art. 54º, como já antes o Dec. Nº 13.375, de 27 - 5 - 1927, art. 39º) excluir a aquisição das obras de engenho por usucapião, pode, sem dúvida, significar muitas coisas, mas não significa, só por si, que o instituto da posse se exclua de tomo em todo. Uma coisa é a posse, outra é a usucapião, que é seu efeito defectível.”

Frente a tais esclarecimentos, ainda que não exista de forma expressa na legislação pátria a vedação da utilização do usucapião como forma de aquisição derivada da titularidade de direitos autorais, por inteligência da lei e, em linha, com a doutrina seria vedada a aplicação deste instituto do direito civil às obras intelectuais.

Com o intuito de encerrar a análise doutrinária acerca desta temática, há de se pontuar que não é unanimidade o posicionamento acima exposto, conforme a crítica realizada por Fabio Henrique Di Lallo Dias (DIAS, 2010, p. 104):

“em que pese a salutar doutrina supracitada, restringir a propriedade aos bens materiais não sustenta, pois a propriedade abrange também os direitos reais e bens incorpóreos. Nada obstante, restamos concluir pelo afastamento da usucapião na seara dos Direitos Autorais, cujas rédeas das criações não fogem do criador em hipótese alguma e os direitos que dali emanam são imprescritíveis.”¹⁸

17 Em igual sentido, ao longo da dissertação de mestrado Fabio Henrique Di Lallo Dias também constam a análise da doutrina portuguesa que ratificam o quanto falado por Denis Borges Barbosa.

18 Com a devida vênia, ao apontamento do autor, há de pontuar que a questão da imprescritibilidade dos direitos autorais não é uníssona na doutrina e, tampouco, pacificada pela jurisprudência, uma vez que a LDA não informa que os direitos autorais são imprescritíveis, mas tão somente que os direitos MORAIS ao de autor são inalienáveis e irrenunciáveis, nos termos do art. 27, da LDA (Vide nota de rodapé 10).

2.1. A SÚMULA 228, DO STJ

Entendidas o posicionamento doutrinário, faz-se necessário verificar se os Excelentíssimos Magistrados seguem o posicionamento adotado pela doutrina majoritária ou se inovam na possibilidade de ser aplicado o usucapião aos direitos autorais.

Primeiramente, o posicionamento majoritário é o expresso pela Súmula 228, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual: “É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral.”¹⁹ (Súmula 228, Segunda Seção, Julgado em 08/09/1999, DJ 08/10/1999).

Em que pese referido posicionamento ser baseado na análise de casos relativos ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, a respeito da defesa dos direitos dos direitos acerca da execução pública de obras musicais e lítero-musicais, em que o Emérito Tribunal entendeu não existir a posse de direitos autorais²⁰, bem como, sua análise ser baseada no

19 Neste sentido, se não será aceito o pedido judicial do possuidor, que tenha receio de ter sua posse molestada por outrem e que procura a Justiça com o intuito de evitar a realização de qualquer utilização alheia à sua vontade de sua posse, visto que o STJ entendeu que não existe posse de direitos autorais, por consequência, não seria possível a realização do usucapião para aquisição da propriedade/titularidade, posto que não há posse. Neste sentido é interessante a leitura de parte da ementa do julgamento do Recurso Especial nº 126.797/MG, que traz as explanações da doutrina as quais reiteram o acima exposto: “AS TURMAS QUE COMPÕEM A SEGUNDA SEÇÃO NÃO DISCREPAM AO AFASTAR O INTERDITO PROIBITORIO PARA A DEFESA DOS DIREITOS AUTORAIS.[...] Quanto a segunda, merece ser transcrita a lição de José Carlos Moreira Alves, verbis: A nosso ver, as criações do espírito (que dão origem, inclusive, ao direito autoral) em si mesmas não podem ser objeto de posse. Tem razão Oliveira Ascensão, ao escrever, com referência ao direito brasileiro: Todavia, hoje como ontem, parece-nos que a posse pressupõe necessariamente uma coisa sobre a qual se exerçam poderes. Mesmo a chamada posse de direitos não deixa de pressupor uma coisa sobre a qual recai o exercício do direito. Por isso a posse se perde pela destruição da coisa, por exemplo, e a referência a esta perpassa todo o regime da posse. O direito de autor, que não pressupõe uma coisa, não pode assim originar posse. [...]”(REsp 126797 MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/02/1998, DJ 06/04/1998).

20 “Direitos de autor. Interdito proibitório. Dele não se pode valer o Ecad, a pretexto de defender posse de tais direitos. Posse não há, inexistindo em consequência turbação ou esbulho. Precedentes da 4ª Turma do STJ: REsp’s n. 89.171 e n. 110.523. Recurso especial conhecido pelo dissídio, mas improvido” (REsp 67.478-MG, 3ª Turma, Proferido em 06/05/1997 – DJ 23.06.1997)

antigo Código Civil (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) e a antiga Lei de Direitos Autorais (Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973), referido posicionamento está em vigor até hoje.

Dessa forma, como a súmula permanece em vigor, sabendo-se que não existe previsão legislativa em sentido contrario, mas que a doutrina majoritária está de acordo com a sua redação e, ainda, que os fundamentos jurídicos que levaram a sua elaboração permanecem os mesmos, visto que apesar das mudanças legislativas não alteraram significativamente o debate sobre a posse de direito de autor, é que, parafraseando Fabio Henrique Di Lallo Dias, “se inadmissível a proteção possessória no tocante ao direito autoral, então inadmissível também a usucapião pela ausência de um de seus pressupostos, qual seja, a posse prolongada.” (DIAS, 2010, p. 103), sendo este o posicionamento pacificado da jurisprudência no momento.

3. O USUCAPIÃO DAS OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS

Em linha com o acima exposto, em teoria não é possível usucapir os direitos autorais sobre qualquer criação intelectual. Ocorre que há de se analisar outras questões que circundam as obras artísticas (criações intelectuais) e eventuais excepcionalidades cabíveis para as obras de artes plásticas em específico.

Se tomarmos por base que a obra se divide em *corpus mechanicumal* e *corpus mysticum*, temos que a proteção dos direitos autorais e a sua titularidade reside no corpo místico, sendo o corpo mecânico apenas a fixação da criação, a qual em tese deve ser mantida na íntegra, porém, que ao ser transferida a outrem não retira do Autor (titular originário da criação) os seus direitos.

Por tal motivo, se o entendimento é de que não pode existir o usucapião dos direitos autorais, conforme acima exposto, esta vedação se restringe ao *corpus mysticum* da obra, visto que é esta à criação em si. Por sua vez, se o *corpus mechanicumal* é apenas a fixação da obra intelectual, não existiriam óbices à aquisição da propriedade sobre e tão somente do corpo mecânico da obra, visto que os direitos autorais seriam mantidos.

Para melhor entendimento dessa questão trazemos um caso hipotético, apenas a título exemplificativo, no caso de um quadro, não é possível o usucapião dos direitos autorais em si sobre aquela criação, logo o detentor do quadro original não pode realizar qualquer exploração econômica sobre a obra, que não esteja prevista no momento, ou pelo instrumento, o qual foi realizada a aquisição da criação, visto que não teria qualquer direito autoral sobre a mesma, porém, se referida pessoa é a detentora do quadro original em si, ele detém o *corpus mechanicum* da obra e em tese poderia usucapir tal objeto, se respeitar as exigências do Código Civil²¹, sendo limitado o usucapião à fixação da obra em si, logo ao quadro original.

É certo que o usucapião se restringirá à fixação da obra, sendo vedada ao seu titular realizar qualquer alteração, modificação ou realizar qualquer uso da mesma, que não esteja expressamente previsto em lei, nos termos do art. 37 da LDA, posto que tal aquisição da propriedade se restringe ao seu *corpus mechanicum*, e não a criação/obra em si, a qual é vedada a aquisição pelo usucapião.

Em igual sentido para as obras que já estão em domínio público, ou seja, não existe mais o prazo de proteção dos direitos patrimoniais ao de autor²², seria possível usucapir também o *corpus mechanicum* da mesma, sem o receito do adquirente de utilizar-se indevidamente dos direitos de autor, tomando apenas as cautelas acerca as eventuais infrações aos direitos morais, os quais não se extinguem e estarão sobre a vigia do

21 Apenas a título elucidativo, trazemos um breve recorte dos arts. 1.260 a 1.262, que versam sobre o quanto necessário para usucapir um bem móvel: “Art. 1.260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade. Art. 1.261. Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé. Art. 1.262. Aplica-se à usucapião das coisas móveis o disposto nos arts. 1.243 e 1.244.”

22 Neste sentido, temos os artigos 41 a 45, da LDA que versam sobre os prazos de proteção das obras intelectuais e definem os demais detalhes sobre as questões que permeiam o domínio público. Outrossim, não é demais trazer o art.45, da LDA, que de forma indireta ratificam o que seria domínio público, conforme acima exposto: “Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.”

Estado²³.

Realizadas as reflexões acima, passamos a questão das obras de artes plásticas. Diferentemente da maioria das obras intelectuais protegidas pelo direito de autor, as obras de artes plásticas são uma das poucas em que é possível realizar a distinção entre o *corpus mechanicumal* e *corpus mysticum*, visto que a fixação da obra é tangível e constitui um original claro e de difícil reprodução²⁴, como por exemplo, um quadro, conforme no até mesmo o exemplo acima citado.

Ora, se é possível à distinção entre o *corpus mechanicumal* e o *corpus mysticum* nesta modalidade de criação intelectual, também seria aplicável o usucapião do original da obra de arte plástica, este enquanto corpo mecânico tão somente, não atingindo qualquer um dos direitos sobre a obra, nem mesmo o direito de expor ao público, posto que esta utilização seria uma exploração econômica da mesma.

Na eventualidade de obras de artes plásticas que estão em domínio público, estamos diante de uma situação relativamente comum no mundo contemporâneo, onde museus e acervos particulares adquirem obras pelos mais variados modos²⁵ e as exploram livremente, posto que já se encerrou o prazo de proteção dos direitos patrimoniais de autor e não são questionados da forma de aquisição da mesma, ou ainda da sua legitimidade para terem a posse e a própria propriedade da obra original.

De tal sorte, que seria cabível a uma destas instituições que já está em posse há anos de um quadro, por exemplo, o conservando e exibindo junto com a sua coleção, informar e defender que sua posse é legítima, posto que já passou o prazo de usucapião da mesma, sem que houvesse qualquer questionamento de terceiros.

23 Conforme deixa claro o § 2º, do art. 24, da LDA, abaixo recortado: “§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.”

24 Ressalvadas as hipóteses de reprodução digital. Neste caso citamos a hipótese de reprodução de um quadro, por exemplo, por outro quadro realizado com a mesma técnica, por exemplo, um novo óleo sobre tela, em reprodução ao original, o qual seria de difícil reprodução.

25 Não somente pela aquisição de obras de terceiros, mas também pela descoberta ou localização de obras a muito desaparecidas, entre outros modos possíveis de aquisição de uma obra de arte plástica original.

Novamente aqui há de se ressaltar, que o usucapião que poderia ser alegado por tais instituições seria o da fixação da criação, do objeto em si, do *corpus mechanicum*, sendo respeitados os direitos morais ao de autor e ainda sendo permitida a livre utilização da criação e/ou acesso a terceiros que tenham interesse em realizar tal procedimento, visto que estamos falando de obras em domínio público.

3.1. CASÍSTICA: O USUCAPIÃO PARA A MANUTENÇÃO DA PROPRIEDADE DA OBRA DE ARTE PLÁSTICA

Entendidos os posicionamentos atuais, há de se estudar as mais novos casos envolvendo direitos autorais dos últimos anos, a utilização de ações declaratórias de usucapião de obras de artes plásticas com o intuito de garantir/proteger os direitos dos titulares de obras de arte sacra sobre o seu acervo, os quais por vezes estão na família por anos.

Tais ações se tornam relevantes quando existem peças que são licenciadas/autorizadas para serem objeto de exposições de tempos em tempos para museus ou acervos particulares, sendo necessário que os proprietários demonstrem que tem a propriedade legítima da peça, bem como, como forma de evitar o questionamentos e eventuais ações possessórias que poderiam ser propostas por tais instituições, ou mesmo pelo Ministério Público, conforme já ocorreu em Minas Gerais²⁶.

26 Com o intuito de proteger o patrimônio histórico e cultural do país, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais entrou com uma ação requerendo a devolução de obras do famoso escultor Aleijadinho que está na posse de particulares há anos. Por mais distinta possa parecer à preocupação do Digníssimo *parquet*, o motivo da indignação entre os estudiosos se concentrou na utilização de uma lei da época do império como vigente, visto que não foi revogada expressamente, a qual informa que os bens da Igreja pertencem ao Estado, de forma que não é possível a propriedade de tais bens por particulares. A inovação deste caso foi à alegação do advogado de defesa sobre a existência do usucapião de obras de artes plásticas, e, por consequência, a propriedade da obra seria do Réu, titular e detentor da obra do Aleijadinho, a tese é juridicamente viável, lícita e totalmente aplicável ao caso, conforme amplamente exposto ao longo do presente artigo. Outrossim, em que pese à busca por maiores detalhes da ação, as informações específicas deste caso constam da reportagem realizada pelo Jornal Estadão – O Estado de São Paulo, na matéria de Antonio Gonçalves Filho (GONÇALVES FILHO, 2014, p.01) e também na reportagem da Agência Estado, datada de 12/12/2014.

Devido a relevância da questão, o sucesso dos primeiros casos e até mesmo à repercussão do julgamento favorável pelos tribunais da possibilidade de usucapião de obras de artes plásticas, que outros proprietárias de obras de arte, em especial os de arte sacra e do escultor Aleijadinho, estão buscando a justiça paulista e mineira, a fim de garantirem a titularidade, e a posse, de suas obras.²⁷

As ações propostas são de usucapião, as quais se baseiam nos fundamentos expostos ao longo deste artigo para terem validade, de forma que o cerne da questão é o cumprimento dos requisitos existentes no Código Civil, não sendo, em sua maioria, abordada a questão dos direitos autorais que poderiam ensejar maiores debates acerca da possibilidade ou não de aplicação do usucapião as obras de artes plásticas.

Para ilustrar essa questão, segue abaixo o recorte de uma das decisões acerca da possibilidade de usucapião de obras de arte sacra (obra de arte plástica que já está em domínio público):

“Maria Júlia Barreto da Silveira Arena ajuizou ação de usucapião de bens móveis em face de José Claudino da Nóbrega, sustentando em síntese que na década de 70 adquiriu do antiquário do réu (a) um par de tocheiros barrocos em madeira (cedro) entalhada sem pintura; (b) uma estátua em madeira (cedro) entalhada sem pintura, representando S. Domingos de Gusmão, faltando as asas e parte dos dedos da mão direita; (c) um trono, ou caldeirão de madeira (cedro) com braços torneados, com assento em couro tacheado e pirogravado, espaldar recortado em formato de rim encimado por pequenas volutas, pés retos amarrados por aranha em xis; (d) uma estátua em madeira (cedro) entalhada com resquícios de pintura, representando S. Francisco de Paula, apre-

27 Recomenda-se aqui a visualização de uma entrevista realizada pela apresentadora Marina Person, com o advogado Pedro Mastrobuono, no Programa Metrôpolis, realizado pelo canal de televisão aberta “TV Cultura”, onde o jurista explica o teor das ações envolvendo o usucapião das obras do Aleijadinho e traz importantes informações sobre os direitos autorais envolvendo obras plásticas, argumentos e conceitos esses que ratificam e por vezes explanam parte do conteúdo aqui abordado. Além de existir a própria crítica social, realizada por um especialista, sobre a disposição do patrimônio cultural, sua posse/propriedade e o universo jurídico. MASTROBUONO. Pedro Machado. Entrevista concedida ao programa “Metrôpolis”, exibido pelo canal de televisão aberta “TV Cultura”, de titularidade da Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas. Disponível em: <http://mais.uol.com.br/view/xiddtuwnvlqs/advogado-mineiro-explica-embate-juridico-com-obras-de-aleijadinho-04020C1B3260C8995326?types=A&>. Acesso em 28/09/2017.

sentando rachadura longitudinal na parte superior do tórax e na base e faltando dois dedos da mão direita; que se encontra na posse mansa e pacífica por mais de 40 anos; que exerce a posse com animus domini, emprestando-a para amostras culturais e exposições; que a aquisição, à época, não foi formalizada e a exibição das obras de arte implica contratação de seguro que não são possíveis em razão da ausência da documentação oficial; que para evitar desvios, apropriações indébitas ou atos ilícitos, requer a declaração de usucapião de referidos bens (fls. 01/17) [...] Do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido e extinto o feito com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, III, do Código de Processo Civil, para DECLARAR o domínio da autora sobre os quatro mobiliários descritos no relatório, que compõem seu acervo particular, servindo esta sentença como título para registro nos órgãos competentes, observadas, somente, as regularizações que eventualmente sejam necessárias.” (TJSP. Ação de usucapião de nº 1120694-84.2014.8.26.0100. Juíza Maria Cristina de Almeida Bacarim. Data de Julgamento: 24/02/2016. Data de Publicação: 02/03/2016).

Outrossim, apenas para engrandecer o debate e ressaltar o quanto acima debatido, é que para ilustrar a possibilidade de usucapião de obras de artes plásticas sem que a mesma encontre-se em domínio público, nos estritos limites amplamente expostos neste artigo, temos o recorte da sentença abaixo, na qual coube a Emérita Juíza analisar quem seria o proprietário de um quadro do Di Cavalcanti²⁸ após a cisão de uma sociedade empresarial:

“No caso dos autos, é incontroverso, ainda, que a obra de arte do pintor Di Cavalcanti descrita às fls. 35/38 está na posse da ré desde fevereiro de 2006, oportunidade em que houve a mudança de endereço da sede social da empresa. De fato, a ação foi ajuizada em janeiro de 2011 e, portanto, antes do decurso do prazo quinquenal da prescrição aquisitiva dos bens móveis (usucapião extraordinária). Todavia, comprovada a existência de justo título, bem como o exercício a posse de boa-fé, contínua, sem oposição e com animus domni há mais de três anos, consumou-se a prescrição aquisitiva do bem móvel em questão. Ora, restou evidenciado que a ré adquiriu a propriedade do aludido quadro por meio da prescrição aquisitiva (usucapião ordinária - CC, 1.260), pois exerce a posse sobre o aludido bem móvel há mais de três anos, de boa-fé e de forma contínua, mansa e pacífica, como já dito. E, ainda que assim não se entenda, observe que a autora confessa

28 Di Cavalcanti faleceu em 26 de outubro de 1976.

que o quadro foi deixado por longo período na sede social da ré até os tempos atuais, sem qualquer reivindicação anterior, o que é suficiente para caracterizar o abandono do bem móvel, pois, desde a mudança da sede social da ré, a autora perdeu o poder sobre o bem, deixando de se comportar como dona deste. Por outro lado, a ré está se comportando como dona do quadro, desde então, fazendo jus ao reconhecimento da aquisição de sua propriedade.” (TJSP. Ação Possessória nº 583.00.2011.106948-3. Juíza Patrícia Maiello Ribeiro Prado. Data de Julgamento: 14/10/2011. Data de Publicação: 07/11/2011)

4. CONCLUSÃO

Frente ao quanto exposto temos que o instituto do usucapião apesar de não ser aplicável aos direitos autorais em si, conforme a doutrina majoritária e a jurisprudência pacificada, é discutível e possível sua aplicação como forma de aquisição da obra de arte plástica em si, esta limitada ao *corpus mechanicum* da criação, ao bem móvel original, a fixação da obra em si e não a criação intelectual protegida em sentido amplo.

A relevância deste tema é ímpar como forma de efetivar a proteção ao titular de uma obra de arte plástica, bem como, definir que o mesmo não faz jus a quaisquer outros direitos sobre a criação intelectual, exceção feita na hipótese da obra já estar em domínio público, conforme acima exposto. Neste sentido, para concluir a presente explanação temos as justificativas trazidas pelo advogado Pedro Mastrobuono, precursor da atual defesa do usucapião de obras de artes plásticas nos tribunais, em uma entrevista realizada em 03 de maio de 2016:

“A questão gira entorno da longa história destas peças, algumas com 180 até 200 anos de idade. Em função desse longo tempo, mesmo se tratando de obras que nunca foram nem roubadas nem furtadas, a reconstituição de por quais mãos passaram desde o início vai ficando mais difícil. A usucapião é justamente um remédio jurídico para sanar questões crônicas, que se arrastam no tempo sem solução. É eficaz porque apaga a vida anterior da obra, que renasce para o mundo jurídico totalmente “zerada” do passado. Por tudo isso, os proprietários podem emprestar e até deixar suas obras em comodato com museus, pois com a Usucapião sabem

que a titularidade daquele bem é agora inquestionável, indiscutível. Não terão mais medo de exibir seus acervos.”.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

AGÊNCIA DO ESTADO. Advogado tenta manter posse de esculturas de Aleijadinho alegando usucapião. Publicada em 12/12/2014. Disponível em: <http://www.uai.com.br/app/noticia/e-mais/2014/12/12/noticia-e-mais,162463/advogado-tenta-manter-esculturas-de-aleijadinho-alegando-usucapiao.shtml>. Acesso em 28/09/2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 271/272.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito de Autor: Questões Fundamentais de Direito de Autor*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2013.

BARBOSA, Denis Borges. *Mais um retorno ao tema da usucapião de bens imateriais, com novas propostas*. Agosto de 2013. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/retorno_tema_usucapiao.pdf. Acesso em 25/09/2017.

CABRAL, Plínio. *Direito Autoral: Dúvidas e Controvérsias*. 3a Edição Editora Rideel. São Paulo, 2009.

CABRAL, Plínio. *A Nova Lei de Direitos Autorais – Comentários*. 4a Edição. Editora Harbra. São Paulo, 2003.

CHAVES, Antonio. *Direito de Autor I Princípios Fundamentais*. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1987.

DIAS, Fabio Henrique Di Lallo. *Usucapião da propriedade imaterial*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.

tde-06072011-110327. Acesso em 30/09/2017.

GONÇALVES FILHO, Antonio. Família move ação de usucapião para preservar obras de Aleijadinho. *Jornal Estadão – O Estado de São Paulo*. Publicada em 14/12/2014. Disponível em: <http://cultura.estadao.com.br/noticias/artes,familia-move-acao-de-usucapiao-para-preservar-obras-de-aleijadinho,1605627>. Acesso em 28/09/2017.

MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MASTROBUONO. Pedro Machado. Entrevista concedida ao *Jornal Estadão – O Estado de São Paulo*, na nota *Arte Conceituando*. Disponível em: <http://pmastrobuono.blogspot.com.br/2016/05/pedro-mastrobuono-entrevista-para-arte.html>. Acesso em 28/09/2017.

MASTROBUONO. Pedro Machado. Entrevista concedida ao programa “Metrópolis”, exibido pelo canal de televisão aberta “TV Cultura”, de titularidade da Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas. Disponível em: <http://mais.uol.com.br/view/xiddtuwnvlqs/advogado-mineiro-explica-embate-juridico-com-obras-de-aleijadinho-04020C1B3260C8995326?types=A&>. Acesso em 28/09/2017.

PLASTIC ART. Merriam Webster Dicionário Online. Disponível em: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/plastic%20art>. Acesso em 28/09/2017.

PELLEGRINI, Luis Fernando Gama. *Direito Autoral do Artista Plástico*. Letras Jurídicas. São Paulo, 2015.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

SILVEIRA, Newton. *Direito de Autor no Design*. Editora Saraiva, 2ª edição. São Paulo, 2012.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA:

BRASIL. Constituição Federal de 1.988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 11.09.2017.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em 11.09.2017.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 14.09.2017.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 228. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula228.pdf. Acesso em 30/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 67.478-MG. 3ª Turma. Relator: Ministro Nilson Naves. Data de Julgamento: 06/05/1997. Data de Publicação: 23/06/1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 126797 MG. 3ª Turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Data de Julgamento: 19/02/1998. Data de Publicação: 06/04/1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Possessória nº 583.00.2011.106948-3. Juíza Patrícia Maiello Ribeiro Prado. Data de Julgamento: 14/10/2011. Data de Publicação: 07/11/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação de usucapião de nº1120694-84.2014.8.26.0100. Juíza Maria Cristina de Almeida Bacarim. Data de Julgamento: 24/02/2016. Data de Publicação: 02/03/2016.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**FLOCK SOCIETY OU BUEN
CONOCER: UMA ANÁLISE
DA POLÍTICA PÚBLICA
DE ACESSO AOS BENS
IMATERIAIS NO EQUADOR**

Fernanda Oliveira Santos
Mildes Francisco dos Santos Filho



FLOCK SOCIETY OU BUEN CONOCER: UMA ANÁLISE DA POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO AOS BENS IMATERIAIS NO EQUADOR

Autores: Fernanda Oliveira Santos¹; Mildes Francisco dos Santos Filho²

Instituição: UNIVERSIDADE TIRADENTES (UNIT/SE)

Resumo: Em 2008 foi iniciado um movimento latinoamericano de constitucionalização dos valores dos povos tradicionais. Especificamente no Equador, a previsão constitucional gerou a discussão sobre as políticas adequadas a garantir o *Buen Vivir*. O *Buen Conocer ou Flok Society* é fruto dessa mudança de valores na constituição equatoriana e propõe mudar a forma de produção do conhecimento no continente. A rede mundial de computadores aparece como ferramenta de transição de uma economia do conhecimento capitalista para uma matriz produtiva social. Assim, o plano *Buen Conocer* se apresenta como uma reação contra-hegemônica ao poder econômico. A implementação dessas políticas públicas torna possível o amplo acesso aos bens culturais. O *Flok Society* não se limita a prescrever direcionamentos para o Estado, mas configura um novo modelo de relacionamento entre sociedade, Estado e atores culturais. A produção cultural é vista de forma mais complexa, visualizando o papel de cada agente e as possibilidades de otimização dessa participação. O presente artigo investiga o *Buen Conocer* equatoriano, apresentando seu embasamento teórico e as propostas concretas para a efetiva mudança na matriz de produção cognitiva do Equador. O estudo utiliza a técnica de pesquisa bibliográfica, com foco em artigos científicos e livros, em especial, no livro oficial que define os contornos do projeto *Flok Society*.

Palavras-chave: *Flok Society*. Contra-hegemônica. Acesso.

1 Professora Assistente do curso de Direito da Universidade Tiradentes (SE). Advogada e Mestra em Direitos Humanos. Email: oliveira.fernanda.adv@gmail.com; LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7873623638624409>.

2 Professor Assistente do curso de Direito da Universidade Tiradentes (SE). Advogado e Mestre em Direitos Humanos. Email: mildesadvocacia@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico cumpre o papel fundamental de modificar a relação que os indivíduos têm com a informação e com os bens culturais. A *internet* possibilitou a criação de um ambiente livre de impedimentos e controle, no qual não há escassez desses bens. Nesse sentido, o século XXI trouxe para o centro das discussões a necessidade de modificar o paradigma legal para a garantia do acesso e, paralelamente, resguardar os direitos patrimoniais e morais do autor.

Considerando a importância crescente do conhecimento nas sociedades em rede, é importante repensar o modo como ocorre a produção e o acesso aos bens imateriais, além de compreender quais interesses que o modelo de direitos autorais vigente atende. Desse modo, a rede mundial de computadores, ao facilitar o acesso aos bens imateriais, traz um questionamento sobre o modelo tradicional de propriedade intelectual baseado na produção de escassez.

A transformação na matriz tecnológica conduz a uma modificação na relação entre sociedade, produtores culturais e Estado. A existência de tecnologia capaz de promover o acesso livre retira o poder dos monopólios do conhecimento, como gravadoras, estúdios e editoras.

Nesse cenário, os Estados, que tradicionalmente atuam como garantidores do monopólio de exploração dos bens imateriais, veem-se diante de um impasse. De um lado, as normas restritivas de direitos autorais não são capazes de impedir a reprodução não autorizada no ambiente digital. Por outro lado, há uma demanda crescente na sociedade informacional³ pelos bens imateriais.

Surgem diversas questões a serem elucidadas, por exemplo: Será

3 O termo “sociedade informacional” não é sinônimo de “sociedade da informação”. A denominação sociedade da informação dá destaque à função da informação na sociedade, enquanto “sociedade informacional” parte da compreensão de que as transformações tecnológicas formaram o informacionalismo, no qual as novas tecnologias da informação e da comunicação formam a base do modelo social e econômico. A partir dessa concepção de sociedade informacional, entende-se a tecnologia como parte da vida social, econômica, cultural, política, etc. (CASTELLS, 2003).

que a propriedade intelectual⁴, inicialmente criada como forma de incentivar a produção de conhecimento objetivando assim o “bem da coletividade”, não é na verdade um entrave a este? Quais as motivações para a criação de uma proteção às ideias? Como compatibilizar o ideal de tornar a cultura acessível às mais diversas camadas com a questão prática de contraprestacionar o trabalho do criador?

Nesse contexto, surge na América Latina uma tentativa de implementar um modelo distante da matriz de produção capitalista do conhecimento, utilizando como inspiração na tradição dos povos indígenas. Assim, os povos tradicionais com o estilo de vida baseado no compartilhamento, tanto de recursos naturais quanto de conhecimento, trazem uma contribuição valiosa para a reformulação dos direitos autorais. O projeto equatoriano *Buen Conocer* ou Flok Society traça algumas diretrizes para nortear essa transição na forma de produzir e difundir conhecimento.

O objetivo central do trabalho é compreender essa política pública a partir do documento colaborativo elaborado em 2014 pela sociedade civil e Estado equatoriano, o qual traça as diretrizes do projeto. Como a proposta equatoriana modifica a propriedade intelectual em sua totalidade, o presente artigo faz um recorte metodológico e direciona sua análise para a questão dos direitos autorais.

Para este artigo parte-se da hipótese de que o modelo proposto pelo Equador ressignifica a noção de autoria e, portanto, representa uma resistência ao domínio globalizado do capitalismo neoliberal, tendo em vista que defende a retomada da noção de propriedade coletiva.

Assim, o presente estudo inicialmente situa a discussão sobre o contexto latinoamericano, com a apresentação do princípio do *Buen Vivir* previsto na constituição do Equador e seu desdobramento na criação do

⁴ O termo propriedade intelectual abrange tanto os direitos autorais quanto a propriedade industrial, de acordo com o artigo 2º da Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Portanto, abrange não só os direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, como também as invenções, marcas, desenhos, modelos industriais, etc. Cabe esclarecer que o presente artigo não irá trabalhar com questões concernentes à propriedade industrial.

projeto *Buen Conocer- Flok Society*. Posteriormente, apresenta-se o viés colaborativo que permeia o desenvolvimento do projeto, que contou com a participação direta de setores da sociedade civil. Ao final, o trabalho ainda discute a proposta equatoriana na perspectiva crítica dos direitos humanos, compreendendo a sua construção como reação ao modelo hegemônico dos direitos autorais.

Com esse estudo espera-se contribuir para o debate sobre os direitos autorais no século XXI, sendo a experiência equatoriana um possível modelo para uma mudança de paradigma da tutela autoral.

Na construção desse trabalho foi realizada uma revisão bibliográfica dos trabalhos que desenvolvem a temática em estudo, com especial foco no livro oficial do *Buen Conocer-Flok Society*, objetivando a melhor compreensão da questão posta para investigação.

2. FLOK SOCIETY OU BUEN CONOCER: REAÇÃO AO CAPITALISMO COGNITIVO

O aprofundamento da fase neoliberal do capitalismo trouxe para o centro da discussão os efeitos colaterais desse modelo socioeconômico, que é baseado na ideia de redução da interferência estatal e respeito à liberdade e propriedade privada (CARVALHO, 2016, p. 4). Como consequência desse processo de desregulação e privatização, há o desmantelamento das políticas públicas de compensação dos efeitos do capitalismo construídas pelo Estado do bem-estar social⁵.

O modelo da modernidade, focado no progresso e desenvolvimento tecnológico, mostrou-se inapto para alcançar a paz social. Na discussão sobre a descrença contemporânea no papel desempenhado pela ciência, Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 58) questiona “como é que a ciência moderna, em vez de erradicar os riscos, as opacidades, as violências e as ignorâncias, que dantes eram associadas à pré-modernidade, está de fato

5 Para aprofundar no debate sobre a transição do Estado do bem-estar social para a fase neoliberal do capitalismo, recomendamos a leitura do artigo intitulado “Do Estado do Bem-estar Social para o neoliberalismo” de Marciano Buffon e Bárbara Costa (2014).

a recriá-los numa forma hipermoderna?”.

Diante desse cenário, surge a proposta da adoção do *Buen Vivir*⁶ para orientar não só o estilo de vida das pessoas, como as políticas públicas dos países. Divergindo a lógica moderna que separa o homem da natureza e ignora os saberes tradicionais, o *Buen Vivir* está embasado numa visão holística. Assim, a construção dessa alternativa, inspirada nos primeiros habitantes da América Latina, busca edificar uma nova relação entre a sociedade e o Estado. (MORÓN; RUIZ, 2014, p. 50).

Em 2008, o Equador criou uma nova constituição que traz o modelo de *Buen Vivir* contrapondo a lógica capitalista do desenvolvimento. No ano seguinte, o movimento de constitucionalização dos valores tradicionais foi acompanhado pela Bolívia, inaugurando uma reação aos valores ocidentais que direcionam a América Latina desde o processo de colonização.

Es la primera vez en la historia del Ecuador y Latinoamérica que, en otras palabras, se procede a La aprobación de una constitución que se basa en concepciones de vida que no se basan exclusivamente en tradiciones occidentales. Hecho complejo e importante porque va más allá de los planteamientos que han sido hasta la fecha la matriz conceptual desde la que se ha procedido al diseño de discursos de “modernidad” en Ecuador. Observación que, más aún, se queda corta si consideramos que no estamos simplemente ante un acontecimiento de innegable importancia política; en el fondo, asistimos a un verdadero remesón del legado semita-cristiano en el que se prescribieron los marcos para el diseño posible de lo que había que concebirse como una vida legítima. Esto porque la construcción de um continente “latino” está históricamente ligada al paradigma de vida difundido por la Idea de “civilización” que la modernidad occidental construyó en estas tierras desde el legado cristiano. (CORTEZ, 2009, p. 1).

Especificamente no caso do Equador, a nova carta magna foi a base para a construção de planos para a concretização dos preceitos

6 “O *Buen Vivir* – e suas variações terminológicas do *Vivir Bien*, do *Socialismo del Buen Vivir*, do *Sumak Kawsay* ou do *Suma Quamaña* – vem se constituindo como um princípio de renovação da crítica à noção de desenvolvimento ou, ainda, como uma filosofia ou plataforma política de construção alternativa ao desenvolvimento, formulada e difundida, desde o final dos anos 90, por intelectuais, movimentos sociais e governos no contexto latino-americano.” (COGO; OLIVEIRA, LOPES, 2013, p. 2).

constitucionais. A questão do acesso aos bens culturais e economia do conhecimento⁷ foi debatida no plano *Buen Conocer* ou *Flok Society*⁸, propondo a construção de outro modo de enxergar o conhecimento, comprometido com o conhecimento tradicional e o amplo acesso.

O projeto *Flok Society* mistura a tradição latinoamericana com os avanços tecnológicos, a cultura do comum dos povos indígenas com a noção *commons* da internet. Portanto, o desafio é romper com o capitalismo cognitivo e a lógica da escassez produzida.

A concepção de cultura comunitária está presente na América Latina há milênios, facilitando, portanto, a adaptação para o contexto digital. Essas experiências podem ser observadas em processos de trabalhos coletivos realizados em favor da comunidade- chamados de *ayni* na Bolívia e *minga* no Equador. (BOTERO et al., 2014, p. 258).

O plano do *Buen Conocer* está formalmente estruturado para propor políticas públicas em quatro eixos: i) potencializar a inteligência coletiva; ii) propor infraestruturas abertas e livres; iii) capacidades produtivas materiais direcionadas aos comuns; iv) capacidades produtivas materiais orientadas à coletividade.

O ponto central dessa análise é a proposta da construção de uma inteligência coletiva, com enfoque no acesso e sustentabilidade na era da cultura livre⁹. O projeto discute de forma crítica o modelo vigente de gestão cultural voltado para as necessidades do setor privado e produção artificial de escassez, trazendo propostas que subvertem a lógica do mercado.

7 O Equador busca criar uma economia social do conhecimento em contraponto à economia tradicional do conhecimento. Desse modo, os bens imateriais são vistos pela ótica social, sob a perspectiva da abundância. Diferente da visão mercadológica que está relacionada com a propriedade privada.

8 “[...] el proyecto Buen Conocer / FLOK Society es un acontecimiento de alta importancia porque hace posible la convergencia y acción colectiva de varios actores de la sociedad para realizar una minga del conocimiento, con la finalidad de construir lineamientos y recomendaciones para la definición de políticas públicas a partir de nuevos enfoques.” (BOTERO et al., 2014, p. 14).

9 “Uma cultura livre apoia e protege os criadores e inovadores. Ela faz isso diretamente garantindo direitos sobre a propriedade intelectual. Mas ela o faz também indiretamente limitando o alcance de tais direitos, garantindo que os futuros criadores e inovadores mantenham-se o mais livre possível dos controles do passado. ” (LESSIG, 2005, p.18).

O continente latinoamericano, espoliado desde a chegada dos europeus, vivencia outra modalidade de exploração, a qual tem como característica a apropriação dos seus saberes. Sobre a situação, Botero et al. (2014, p.viii) pontua:

El modelo global de extracción de saberes, conocimientos, memoria y posibilidades de futuro es de tal intensidad y tan extenso que en su estructura lógica, casi se puede comparar en un plano digital con la pesadilla descrita en “Las venas abiertas de América Latina”. Por las nuevas venas de fibra óptica de América Latina, desde hace más de 10 años, la región está sometida a lo que podemos denominar un proceso de extractivismo 2.0. El nuevo expolio 2.0 de las redes abiertas de América Latina se caracteriza por la privatización de riquezas del común, mediante la extracción y privatización de valor (conocimiento, memoria, información) de las personas, por un intenso control social (espionaje masivo individual, de fuerzas sociales organizadas o emergentes, del sistema empresarial e incluso de las instituciones de los Estados), cortando los procesos por los que nuestros pueblos han atravesado la historia.

Assim, o uso da tecnologia adquire o significado de resistência contra a exploração, já que há uma subversão das ferramentas tecnológicas, que tradicionalmente representam o fruto do progresso e do desenvolvimento hegemônico. O mundo ocidental vem utilizando os avanços tecnológicos como forma de submeter os outros povos. Apropriar-se dessas armas e utilizá-las para o fortalecimento coletivo é ressignificar o instrumento tecnológico.

O *Buen Conocer* compreende o potencial colaborativo das redes digitais, que interligam a população ao redor do globo e estimulam relações de troca. Exemplo disso é o movimento software livre que interliga milhares de pessoas de diferentes partes do mundo, de forma voluntária e gratuita.

Desse modo, as políticas públicas do *Buen Conocer* englobam a participação do Estado e do setor privado. Ainda enxergam a valorização dos produtores de bens culturais em sentido amplo, ou seja, observam toda cadeia de produção.

3. CONSTRUINDO O *BUEN CONOCER*

A construção das políticas públicas no contexto democrático não advém da mera vontade do governante, essa formação depende da correlação de forças envolvidas. A prática democrática diverge da noção harmoniosa amplamente difundida, de acordo com Claude Lefor apud Luciano Oliveira (2010, p. 23-24) “[...] a democracia não é um regime que traz consigo a solução para o problema da convivência humana, colocando o ‘povo’ no poder e instituindo assim a ‘boa sociedade’.”

O choque de interesses é inevitável, especialmente numa questão delicada como é a dos direitos autorais. Permeada historicamente pelo embate entre interesses privados e públicos, como dos autores ou empresários e do público, sendo fundamental o papel do Estado como mediador dessa relação, especialmente com os crescentes avanços tecnológicos.

As transformações tecnológicas cumprem seu papel no processo de difusão dos bens imateriais e da informação, mas não podem ser entendidas fora do contexto social. A necessidade de estar conectado e de compartilhar informações é algo inerente ao âmbito da sociedade informacional. A tecnologia é criada pelos indivíduos e, paralelamente, cria novas subjetividades. Isso significa que, a tecnologia não pode ser vista como algo externo ao contexto social, há aqueles que defendem a existência de um determinismo tecnológico, isto é, que a tecnologia tem o potencial de dominar as escolhas dos agentes sociais. Em sentido oposto ao determinismo tecnológico, a teoria da construção social compreende a tecnologia como fruto da ação humana e, por isso, deve ser entendida e utilizada em seu contexto sociocultural. (COSTA; CRUZ; VERSUTI, 2015, p. 126-127).

Assim, o ente estatal cumpre o seu papel equilibrando essa relação por intermédio de normas de direitos autorais, além de garantir a elaboração e implementação de políticas públicas¹⁰ que facilitem acesso e

10 A noção de política pública não se restringe às ações voltadas à satisfação de necessidades sociais diretas, também conhecidas como políticas sociais, por exemplo, saúde, educação, moradia, dentre outras. Nesse sentido, ainda integram o rol de políticas públicas

ao mesmo tempo protejam o autor.

No período de 27 a 30 de maio de 2014 ocorreu a “*Cumbre del Buen Conocer*”. O evento que reuniu ativistas, acadêmicos, estudiosos nacionais e internacionais no intuito de traçar os contornos dessa transição do modelo de produção do conhecimento. Dentre os grupos representados estão: a organização Creative Commons do Equador, *el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador* (CODENPE), Ministério da Educação do Equador, Medialab (UFRJ-BR), Ubuntu, Nações Unidas (ONU), entre outros.

Seguindo a lógica colaborativa, o projeto foi desenvolvido coletivamente por militantes do direito ao acesso, comunidades tradicionais, produtores culturais e vários grupos envolvidos na discussão. Portanto, as discussões tentam abarcar a questão do acesso, sem ignorar os mecanismos de sustentabilidade da produção.

Nesse contexto, a experiência do Equador enquanto nação democrática não nasce de forma vertical, mas como uma demanda por maior participação dos povos indígenas nas decisões sociais e, consequentemente, mais respeito aos direitos originários desse grupo. (ARAÚJO; SHIRAIISHI NETO, 2015, p. 357).

A cúpula do *Buen Conocer* foi norteadada por um documento, que trouxe os pontos centrais a serem debatidos nos grupos de trabalho. Esse texto aponta a superação da matriz produtiva como meio para alcançar o *Buen Vivir* previsto no texto constitucional. Daniel Vazquez e Xabier Barandiaran (2013, p. 6) explicam no “*documento madre*” sobre a necessidade de uma articulação entre vários setores para a efetiva transformação:

Esta tarea de transformación, sin embargo, es extraordinariamente compleja, en una matriz productiva basada en el conocimiento convergen aspectos tan diversos como las políticas de desarrollo tecnológico, las instituciones académicas, la gestión de los saberes ancestrales, los formatos de documentación y datos públicos, la regulación del sector de telecomunicaciones o el desarrollo de software y la gestión de derechos culturales. El éxito de esta matriz

aquelas de natureza administrativa, fiscal ou ainda cultural. (RODRIGUES, 2013, p. 9).

productiva radica precisamente en un diseño integrado de toda una serie de transformaciones a diferentes escalas y en diferentes áreas de la producción, de la acción social y de los procesos institucionales.

Esse tipo de iniciativa destoa totalmente da noção restritiva de democracia, que reduz a participação popular ao voto. Como explica Verônica Marques et al. (2014, p. 275) “há um senso comum de que a democracia se reduz a eleições livres, com sufrágio universal e possibilidade de alternância de poder”. Desse modo, a experiência de convocar os atores sociais para criar as diretrizes de políticas públicas e de futuras normas a serem promulgadas representa um aprofundamento democrático.

4. UM CAMPO EM TRANSFORMAÇÃO: DIREITOS AUTORAIS, *BUEN CONOCER* E DIREITOS HUMANOS

A concepção de direito autoral semelhante à existente na atualidade, somente poderá ser encontrada na França, mais especificamente, no período da revolução francesa (TRIDENTE, 2009, p. 22). O autor não é visto apenas como o criador da obra, isto é, o indivíduo que empreendeu esforços intelectuais para conceber algo, como também é o proprietário, na medida em que sua criação é tratada juridicamente como “bem” ou “coisa” passível de apropriação.

Portanto, a tutela autoral integra o que a modernidade convencionou chamar de direito subjetivo, enquanto direito do indivíduo oponível em face de outrem. Reforçando a ideia do homem moderno, individualista e autossuficiente. Assim “os direitos subjetivos serão, portanto, o foco de realização desta subjetividade moderna no sistema jurídico”. (REBOUÇAS, 2012, p. 15).

Nesse raciocínio, o termo Direito Autoral ou Direito de Autor remete à proteção jurídica conferida ao criador da obra intelectual, a partir da qual ele possa usufruir das vantagens patrimoniais e morais resultantes desses bens. Essa é a ideia da concepção tradicional que embasa as normas jurídicas nacionais e internacionais. A ênfase está na defesa do autor ou de quem detenha tais direitos, seja pessoa física ou seja pessoa jurídica.

Como dito em linhas anteriores, o modelo de proteção jurídica se relaciona com a visão Moderna de direito subjetivo, isto é, direito do indivíduo em face da sociedade. Aderindo à visão restritiva, há pouco ou nenhum espaço para pensar a criação sob o viés do interesse social, ou ainda, pensar no acesso do público às obras. A despeito disso, a popularização das Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC's), ao romper com a lógica da produção da escassez, possibilitam o amplo acesso à produção cultural pela internet.

O campo tutela jurídica do autor se encontra imerso em dilemas sobre a justificativa para a concessão da proteção e a maneira de lidar com as novas formas de acesso, que, *a priori*, estão fora de controle. Será a criação de normas rígidas e manutenção da noção restrita o único caminho diante dos desafios postos pela Sociedade da Informação? Ou será que existe dentro do termo “Direito Autoral” um viés social negligenciado e que precisa ser resgatado?

Para além das definições jurídicas das normas internacionais e dos Estados sobre direitos autorais, as chamadas obras intelectuais são bens culturais, que compõem não só o patrimônio individual do autor, como também integram a expressão cultural dos povos, seguindo a visão da Convenção sobre a Diversidade Cultural da Unesco.

Observa-se que, apesar da ampliação da discussão sobre o acesso aos bens imateriais com o avanço das TIC's, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948 dispõe em seu artigo 27º, inciso I que “[...] Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam”. E no inciso seguinte reafirma a proteção dos interesses morais e patrimoniais do criador sobre a obra de sua autoria. Assim como no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹¹, a questão do acesso aos bens culturais

11 “Artigo 15 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) Participar da vida cultural; b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações; c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor. 2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura. ” (BRASIL,

e o Direitos do Autor são disciplinadas de forma conjunta.

Sob esse ângulo, pode-se extrair duas conclusões: a) o caráter indissociável entre a proteção dos interesses do autor e da promoção do acesso aos bens culturais; b) segundo a tradição ocidental, ambos os direitos integram o que se convencionou chamar de Direitos Humanos.

Ao prosseguir no raciocínio, nota-se que a promoção do acesso aos bens intelectuais integra o documento internacional de maior importância do século XX sobre Direitos Humanos, isto é, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948. Ainda assim, há a prevalência da defesa dos interesses patrimoniais e morais do autor. Boaventura de Sousa Santos (2006) aponta que a DUDH, apesar de pretensamente universal, é fruto do contexto ocidental, portanto, reflete os valores da Modernidade liberal.

A marca ocidental, ou melhor, a marca ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser facilmente identificada: na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com a única exceção do direito coletivo à determinação, o qual, no entanto, foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos cívicos e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais; e no reconhecimento do direito de propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito econômico (SANTOS, B., 2006, p. 444).

Conclui-se que a mera inclusão de um direito em documentos internacionais ou normas internas não garante o acesso aos bens intelectuais. Apesar de a DUDH afirmar que toda pessoa tem o direito de fruir das artes e de participar do progresso científico, na realidade o acesso é desigual, seja por questões econômicas, seja pela indisponibilidade do bem naquela região¹², ou por outro motivo. No

1992)

12 Liana Gross Furini e Roberto Tietzmann (2014) defendem que a internet atua como meio de divulgação das obras cinematográficas, utilizado pela Indústria Cultural para divulgar não só a obra, como também produtos derivados. Contudo, para os filmes que não estão no circuito *pop*, isto é, filmes *undergrounds*, filmes nacionais ou independentes, a internet funciona como ferramenta de promoção do acesso a essas obras, muitas vezes como único meio de acesso. Nesse sentido, Eduardo Altomare Arienti (2016), ao estudar as obras órfãs (materiais

entanto, não se pretende negar a importância do reconhecimento jurídico para a busca pela efetivação dos direitos, porém, esse não é o único caminho para a efetivação dos Direitos Humanos.

Mas o que se entende por Direitos Humanos? O que importa dizer que os Direitos Autorais integram os Direitos Humanos? Partindo da ideia de que Direitos Humanos, assim como o próprio direito, funcionam como instrumento para garantir o acesso aos bens pela sociedade, isto é, não são um fim em si mesmo, mas mecanismos para garantir a dignidade humana (FLORES, 2009, p. 24). A noção de Direitos Humanos defendida por Herrera Flores questiona a visão que limita o direito à norma, sem compreender o objetivo a ser alcançado, no caso, a dignidade humana.

Assim, a importância de entender os Direitos Autorais na esfera dos Direitos Humanos decorre da necessidade de afirmar acesso aos bens imateriais como parte construção da dignidade humana. Esta que é consequência e fim dos Direitos Humanos. Dentro dessa perspectiva de Direitos Humanos, o reconhecimento jurídico não é solução para os problemas, exigindo uma constante organização e luta pelo acesso aos bens.

De acordo com Herrera Flores (2009, p. 38), a visão crítica dos Direitos Humanos não se limita ao reconhecimento legal dos direitos, pois compreende que vivemos controlados por sistemas de valores que estabelecem o acesso desigual e hierarquizado os bens. Semelhante ao que acontece no campo dos bens imateriais, regidos por um modelo jurídico que prioriza interesses privados e, conseqüentemente, exclui as camadas mais pobres do acesso.

As Tecnologias da Informação e da Comunicação instrumentalizam as novas práticas de acesso aos bens intelectuais da cibercultura, proporcionando o acesso mais democrático e justo. Nesse contexto, surgem movimentos que contestam as restrições das normas nacionais e internacionais sobre Direitos Autorais. Tais como o Movimento *Software*

protegidos pelas normas de Direito Autoral, mas que os autores não estão identificados ou não foram localizados), observa a importância de iniciativas que disponibilizam essas obras na internet, por exemplo, o projeto *Google Books Library* criado com o objetivo de digitalizar e disponibilizar obras órfãs.

Livre¹³ e as Licenças Creative Commons¹⁴. A ação desses grupos é pautada pela ideia de ressignificação da tutela autoral, por intermédio da relativização dos direitos patrimoniais e resgate dos modelos pré-modernos de autoria, no intuito de estimular o acesso aos bens imateriais e a participação no processo criativo.

Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 28) chama a atual fase do capitalismo global de “globalização hegemônica”, caracterizada pelo neoliberalismo, que inspirou a expansão da visão maximalista dos Direitos Autorais na década de 1990. Em oposição a esse modelo, surge a globalização “contra-hegemônica”, pautada pela ação das minorias, ativistas ambientais, hackerativistas, ou grupos contra as opressões do modelo hegemônico. Nesse sentido, pode-se caracterizar as práticas dos grupos, que criam propostas alternativas à concepção tradicional de Direitos Autorais, como manifestação da globalização hegemônica.

[...] têm vindo a desenvolver-se discursos e práticas contra-hegemônicas que, além de verem nos direitos humanos uma arma de luta contra a opressão independente de condições geo-estratégicas, avançam propostas de concepções não ocidentais de direitos humanos e organizam diálogos interculturais sobre os direitos humanos e outros princípios de dignidade humana. À luz destes desenvolvimentos, creio que a tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceptualização e prática dos direitos humanos, de um localismo globalizado, num projecto cosmopolita insurgente (SANTOS, B., 2006, p. 445).

Em linhas gerais, percebe-se uma articulação entre movimentos

13 A compreensão do *software livre* não está adstrita aos aspectos técnicos dos programas de computador, mas integra um debate político de questionamento do modelo de produção e circulação desses bens. Assim, surge o Movimento Software Livre (MSL) baseado no ideal do livre compartilhamento e produção coletiva, contestando o padrão de produção de tecnologia restrito ao modelo proprietário. Observa-se no MSL que o modelo de autoria destoa da concepção Moderna, uma vez que a obra não é fruto do esforço individual, mas uma construção coletiva. Cada programador que modifica o *software* acrescenta elementos novos ou novas funcionalidades.

14 As licenças *creative commons* representam alternativas ao modelo tradicional de direitos autorais, propondo licenças que permitem ao criador da obra definir quais usos são permitidos. Para compreender melhor o funcionamento das licenças *creative commons*, recomendo a obra “O que é Creative Commons? : novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo” dos autores Sérgio Branco e Walter Britto.

contra-hegemônicos ao redor do globo, cada qual com pautas distintas que convergem na luta pela dignidade humana e contra as opressões do modelo de globalização hegemônica. Nesse sentido, a internet funciona como mecanismo de aproximação dos movimentos organizados e mobilização de novos atores sociais, por exemplo, nas Manifestações de Junho de 2013, Primavera Árabe de 2011 e *Occupy Wall Street*. (CASTELLS, 2013).

No tocante ao debate da propriedade intelectual, há a mobilização de diversos setores, como Estados em desenvolvimento e organizações sem fins lucrativos pela flexibilização do modelo de proteção jurídica autoral. A discussão sobre o acesso aos bens imateriais e as novas formas de promover difusão do conhecimento são centrais no projeto *Buen Conocer/Flok Society*, o qual surge como reação ao modo tradicional de pensar os direitos autorais, sendo os avanços tecnológicos primordiais nessa transformação na relação do Estado e da sociedade com os bens imateriais.

O projeto *Flok Society* ou *Buen Conocer* apresenta-se como reação à concepção clássica dos direitos humanos, ao entendê-los como processos. Em linhas gerais, como Herrera Flores afirma (2009, P. 117), entender direito como processo significa reconhecê-los como resultados imediatos das batalhas travadas com o objetivo de democratizar o acesso aos bens necessários a uma vida digna.

Boaventura de Sousa Santos (2006, p. 439) apresenta a noção de “cosmopolitismo subalterno ou insurgente” para representar um conjunto de reações, que surgem ao redor do globo, contra a ordem hegemônica ou localismo globalizado¹⁵. Essas iniciativas são heterogêneas, desafiando diretamente a lógica da modernidade. Cada experiência de resistência ao individualismo, desenvolvimentismo, universalismo, colonialismo e

15 Boaventura de Sousa Santos (2006, p.438) define localismo globalizado como “o processo pelo qual um determinado fenômeno, entidade, condição ou conceito local é globalizado com sucesso [...]. Neste processo de produção de globalização o que se globaliza é o vencedor de uma luta pela apropriação ou valorização de recursos, pelo reconhecimento hegemônico de uma dada diferença cultural, racial, sexual, étnica, religiosa ou regional, ou pela imposição de determinada (des) ordem internacional.

demais valores hegemônicos representa uma tentativa de construir modos de vida mais inclusivos. Em outras palavras, uma experiência que desafia a lógica capitalista da exclusão.

Desse modo, a mudança constitucional equatoriana inaugura um novo direcionamento para as políticas públicas, o qual se afasta da lógica do mercado voltada para a obtenção do lucro. Os valores inerentes ao *Buen Conocer* tratam o acesso a determinados bens como essencial ao bem-estar social, sem os quais não é possível alcançar a dignidade.

Como dito, a mera inclusão no texto não assegura a transposição para a vida real, sendo necessário que mudanças políticas e sociais ocorram. Assim, o *Flok Society* ou *Buen Conocer* não é simplesmente um conjunto de diretrizes estatais, mas, sim, um componente desse processo de descolonização.

[...] las tecnologías jurídicas están relacionadas con los modelos políticos y sociales en los que se generan y perviven. Al igual que la hegemonía del copyright y de las corporaciones transnacionales de producción cultural, contenidos de entretenimiento y software responde a una configuración concreta del capitalismo cognitivo, la generalización de las licencias libres y de este tipo de producción cultural solo es posible dentro de unos determinados ecosistemas políticos y sociales, que a su vez refuerzan. (BOTERO et al., 2014, p. 253).

A moldura jurídica clássica de direito autoral transforma um bem abundante em algo raro, criando escassez no intuito de satisfazer interesses privados. Enquanto a insurgência, sob o viés cognitivo, enxerga a riqueza no potencial criativo, não numa perspectiva financeira, e sim, como capacidade de composição de uma inteligência coletiva¹⁶.

Pierre Lévy (2004, p. 20), ao tratar da inteligência coletiva, salienta a incompletude do conhecimento individual, pois o saber total é parte da humanidade. Assim, a internet potencializa a sabedoria ao interligar as

16 “O princípio básico da inteligência coletiva é que, juntos, somos capazes de agir de forma mais inteligente do que individualmente. O resultado criado através do coletivo é maior do que aquele criado individualmente, pois permite que ideias sejam enxergadas e analisadas a partir de distintos pontos de vista.” (FIGUEIREDO, 2014, p. 30).

peessoas, encurtar as distâncias e derrubar obstáculos ao acesso. Proporcionando a construção de um amplo conhecimento partilhado e, consequentemente, demonstra o potencial de romper com a hegemonia dos localismos globalizados e dar visibilidade aos conteúdos marginalizados.

Nesse raciocínio, o projeto equatoriano ao propor a integração entre a lógica das práticas coletivas dos povos tradicionais e as novas tecnologias da informação e comunicação ressignificam a noção de direito autoral, caracterizando-se uma resistência ao modelo hegemônico do capitalismo do conhecimento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade informacional, o modo como os bens imateriais são produzidos e distribuídos adquire importância, não só pela facilidade que a internet proporciona na difusão, como também pela imprescindibilidade desses bens para uma vida digna.

A noção de propriedade tradicional não é adequada à satisfação das necessidades sociais, tanto na propriedade material quanto imaterial. No caso dos direitos autorais a situação é agravada pela popularização de tecnologias que permitem a livre disseminação dos arquivos na esfera digital.

Assim, o *Buen Conocer* ou *Flok Society* representa um foco de insurgência em face da concepção individualista hegemônica. A proposta tem como base repensar a maneira como a cultura é produzida e criar um ambiente propício a incentivar experiências que escapem à lógica do capitalismo do conhecimento.

A inovação do projeto equatoriano é reunir a prática dos bens comuns pertencente aos povos indígenas e as vivências colaborativas nascidas com a *internet*. Tais experiências demonstram que, diferente do discurso alardeado pelos defensores do capitalismo, a propriedade privada não é natural e o homem não é somente movido por recompensas

individuais.

Os saberes ancestrais inspiram a construção desse modelo pós-capitalista, a abundância e o amplo acesso são os pilares do projeto *Flok Society* ou *Buen Conocer*. A discussão sobre a sustentabilidade da produção é pensada como responsabilidade do Estado, sociedade e atores culturais.

Sob esse ângulo, o *Buen Conocer* representa a institucionalização de uma luta pela democratização dos bens culturais. Há no projeto um questionamento da utilidade do modelo de proteção autoral embasado na fabricação da escassez para garantir o lucro.

Desse modo, a perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos vem trazer para o debate a questão da luta pelos bens necessários para uma vida digna. Melhor dizendo, o *Flok Society* aparece como uma luta pela implementação do acesso aos bens culturais fundamentais para o alcance da dignidade humana na era da informação.

Percebe-se, por fim, a necessidade de uma reflexão crítica apta a desmascarar esse discurso que soa unívoco nos meios de comunicação, como uma defesa natural do autor e do direito de propriedade, sem problematizar as várias questões envolvidas, como o acesso aos bens. Dessa maneira, a importância do projeto *Flok Society* não se limita aos eventuais efeitos práticos, mas em romper a lógica dominante de elaborar políticas de direitos autorais sem a ampla participação da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marlon; SHIRAISHI NETO, Joaquim;. “Buen vivir”: notas de um conceito constitucional em disputa. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 20, n. 2, p. 351-375, 2015.

ARIENTE, Eduardo Altomare. A regulação jurídica das obras órfãs: legislação, políticas institucionais e efetividade. In: Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, 10., 2016, Curitiba. **Anais do X CODAIP**. Curitiba: Gedai, 2016. Disponível em: < <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/anais-do-x-codaip> >. Acesso em: 20 jan. 2017.

BARANDIARAN, Xabier.; VÁZQUEZ, Daniel. Sumak Yachay Devenir Sociedad del Conocimiento Común y Abierto Designing the Flok Society. **FLOK Society Design**, 2013. Disponível em:< <http://flokociety.org/wp-content/uploads/2014/04/Documento-madre1.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BOTERO, Carolina et al. **Buen conocer- Flok society**: modelos sostenibles y políticas públicas para una economía social del conocimiento común y abierto en el Ecuador. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2014. Disponível em:< http://book.flokociety.org/wp-content/uploads/2015/05/1_3_-_Cultura.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons?:** novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro : Editora FGV, 2013.

BRASIL. **Decreto nº 591, 6 de junho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BUFFON, Marciano; COSTA, Bárbara Josana. Do Estado de Bem-estar Social para o Neoliberalismo. **Revista Estudos Legislativos**, Porto Alegre, ano 8, n. 8, p. 103-127, 2014. Disponível em:< http://submissoes.al.rs.gov.br/index.php/estudos_legislativos/article/view/153>. Acesso em: 11 jan. 2017.

CARVALHO, Marco Antonio Correia de. Globalização e neoliberalismo na América Latina: limites entre teoria e prática. **Rehutec**, v. 5, n. 1, p. 9, 2016. Disponível em:< <http://www.fatecbauru.edu.br/ojs/index.php/rehutec/article/view/164>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos

sociais na era da internet. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2013.

COSTA, Carlos; CUNHA, Marco Aurélio R. da Cunha e; VERSUTI, Andrea Cristina. Contribuições ao debate sobre autonomia e liberdade de expressão em tempos de convergência e Educação Aberta. **Araucaria**, v. 17, n. 33, 2015.

COGO, Denise; OLIVEIRA, Catarina Teresa Farias; LOPES, Daniel Barsi. **Buen vivir e a crítica ao desenvolvimento**: reposicionando a comunicação e a cidadania no pensamento latino-americano **XXII Encontro Anual da Compós**, Universidade Federal da Bahia, 2013

CORTEZ, David. La construcción social del Buen Vivir (Sumak Kawsay) en Ecuador. **Aportes Andinos**, n.28, Quito, 1-23. 2011.

FIGUEIREDO, Janice. A construção do comum através da produção peer to peer. **P2P & inov.**, Rio de Janeiro, v. 1 n. 1, set./dez. 2014.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FURINI, Liana Gross; TIETZMANN, Roberto. Internet como meio de acesso a obras cinematográficas: evidências da pirataria no filme “Deixa Ela Entrar”. **Verso e Reverso**, v. 28, n. 68, p. 138-144, 2014. Disponível em: < <http://revistas.unisinos.br/index.php/versoereverso/article/viewFile/ver.2014.28.68.08/4189>>. Acesso em: 01 jan. 2017.

LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade. São Paulo: Trama, 2005.

LÉVY, P. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

MORÓN, Laura Yesica Perez; RUIZ, René Patricio Cardoso. Construcción del Buen Vivir o Sumak Kawsay en Ecuador: una

alternativa al paradigma de desarrollo occidental. **Contribuciones desde Coatepec**, n. 26, jan-jun, p. 49-66, 2014.

OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia**: o pensamento de Claude Lefort. Piracicaba: Jacintho Editores, 2010.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Tramas entre subjetividades e direito**: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RODRIGUES, Marta M. Assumpção. **Políticas Públicas**. São Paulo: Publifolha, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: _____. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006. p.433-470.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os direitos humanos nas zonas de contacto entre globalizações rivais. **Cronos**, UFRN, Natal, v. 1, n. 1, p. 23-40, 2007.

MARQUES, Verônica T.; OLIVEIRA, Samira R.M.; SÁTIRO, Guadalupe Souza. Conferências de Direitos Humanos e Democracia Participativa: conexão necessária. In: **Anais I Seminário nacional Democracia Direitos Humanos e Desenvolvimento**. 1ed. Aracaju: IB/ Paulus, 2014, v. 1, p. 271-282.

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

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:**
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**DIREITOS AUTORAIS
DA TATUAGEM E A
JUDICIALIZAÇÃO DOS
CONFLITOS**

Gabriel Massoto Gonçalves



DIREITOS AUTORAIS DA TATUAGEM E A JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS ¹

Autor: Gabriel Massoto Gonçalves ²

Instituição: Curso de Direito do Instituto Três Rios (ITR) da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ)

Resumo: a tatuagem enquanto forma de expressão artística deve ser protegida por Direitos Autorais, tendo em vista preencher todos os requisitos para receber o status de obra protegida, garantindo aos tatuadores a tutela legal de seus direitos, tanto de cunho moral quanto patrimonial. A judicialização dos conflitos envolvendo tatuadores e suas obras, apesar de recente, é de suma importância para a consolidação da atribuição de direitos de cunho autoral aos criadores das tatuagens enquanto autores de obras originais. A partir da análise dos casos judiciais referentes à tutela da tatuagem enquanto obra protegida é possível concluir que apesar da omissão legal e doutrinária sobre o tema, as garantias disponíveis aos autores de obras de arte também se estendem aos tatuadores, tendo em vista promoverem legítima criação do espírito na materialização de suas obras na pele de outras pessoas.

Palavras-Chaves: Direitos Autorais. Tatuagem. Obra Protegida.

1 Este trabalho foi desenvolvido sob orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza e contou, em parte, com o apoio financeiro do INCT PROPRIETAS e do CNPq.

2 Acadêmico de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ – ITR). Pesquisador de Iniciação Científica do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. E-mail gabrielmassoto@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A tatuagem, enquanto forma de expressão artística, vem ampliando cada vez mais sua popularidade e notoriedade dentre as diversas camadas da sociedade. Antes completamente marginalizada, as obras resultantes do processo de pigmentação da pele cada vez mais passam a ser apreciadas como arte, deixando para trás o estigma que acompanhou a prática durante boa parte da história.

O preconceito fundado em proibições religiosas e nos usos escusos em que a prática fora empregada no passado, como a marcação de criminosos e prisioneiros de guerra, fizeram com que a tatuagem não recebesse o mesmo respeito e proteção atribuído a outras formas de arte tradicionais.

Apesar da rica história da *tattoo* e de seu inegável caráter artístico, a omissão doutrinária e legal quanto ao tema relegou à tatuagem e aos tatuadores um lugar inferior em comparação com outras obras e autores tidos como plenamente protegidos.

A constante evolução dos Direitos Autorais vem trazendo à tona novos agentes, atribuindo-lhes a proteção que lhes foi historicamente negada, afastando os estigmas e voltando a atenção para o caráter artístico que legitima a proteção da obra. A tatuagem, enquanto personagem nesse cenário de evolução do direito autoral, vem passando por um período de aceitação gradual, onde as obras e seus autores passam a ganhar destaque e demandar tutela legal.

A judicialização dos conflitos envolvendo tatuagens, seus criadores e a reprodução não autorizada das obras consiste em importante passo para afirmar a garantia dos Direitos Autorais aos tatuadores e o status de Obra Protegida atribuído à tatuagem.

As decisões dos tribunais envolvendo tatuadores, suas obras e a reprodução não autorizada do material autoral são essenciais para atrelar definitivamente a dinâmica dos direitos autorais ao ramo da tatuagem, pois estabelecem os limites da proteção que a lei dispõe para o tatuador, criando precedentes para novas decisões e proporcionando segurança

jurídica para aqueles que criam obras de arte na forma de tatuagens.

A afirmação da tatuagem enquanto obra protegida é recente e calcada nas decisões favoráveis aos direitos dos tatuadores, sendo imprescindível que estas decisões sejam cada vez mais numerosas para tal afirmação ganhar solidez e ser respeitada pela sociedade, estendendo aos tatuadores a totalidade dos direitos atribuídos aos outros autores de obras de artes. Portanto, é necessário que os conflitos que envolvam a tatuagens e direitos autorais cada vez mais sejam trazidos aos tribunais, de modo a criar maior intimidade entre o tema e as vias judiciais.

Apesar de ser recente a judicialização, a análise dos casos trazidos denota a tendência dos tribunais nacionais e internacionais em garantir aos tatuadores tanto direitos morais quanto patrimoniais relativos as suas criações, atribuindo o status de obra protegida às tatuagens e promovendo a elevação ao status de autores os profissionais da *tattoo*.

1. VICTOR WHITMILL VS. WARNER (SE BEBER NÃO CASE)

Um dos casos de maior notoriedade relacionado aos direitos autorais de um tatuador e uma grande empresa foi o que envolveu o tatuador Victor Whitmill, criador da famosa tatuagem facial do astro do boxe Mike Tyson, e os estúdios Warner Brothers, detentores dos direitos sobre o filme “Se Beber Não Case 2”, originalmente “*The Hangover 2*”. O caso em questão ocorreu nos Estados Unidos, onde o tatuador acionou a Corte Federal de St. Louis, em abril de 2011, se opondo a reprodução, em um dos personagens do filme, da tatuagem sobre a qual detém direitos de *copyright*³.

Em um dado momento do filme, um dos personagens acorda, após uma bebedeira, com tatuagem semelhante a de Mike Tyson reproduzida em seu rosto, fato que gera grande repercussão na trama, sendo a imagem do personagem tatuado veiculada diversas vezes não só no decorrer do filme como em sua publicidade, em diversas mídias utilizadas na

³ Petição do caso Whitmill x Warner. Disponível em: < <http://s3.documentcloud.org/documents/96500/20110521tattoocomplaint.pdf>> Acesso em: 20 mai. 2017

divulgação.

Victor Whitmill afirma ter criado o desenho que está estampado na face de Mike Tyson em 2003. Outra afirmação é a de que o boxeador assinou contrato estabelecendo Victor como “único criador, autor e detentor dos direitos sobre a tatuagem original”⁴. O tatuador alega ainda não ter sido contatado pelos estúdios responsáveis pela produção do longa-metragem a fim de autorizar a reprodução da tatuagem criada por ele.

Victor procedeu em 2011 o registro da tatuagem, sob o título de “*Tribal Tattoo*” e na qualidade de “*artwork on 3-D object*”⁵. O procedimento de registro foi executado anos depois da criação da obra, mas apenas poucas semanas antes da propositura da ação, visando garantir que para qualquer uso de sua tatuagem obrigatoriamente constasse sua autorização⁶.

O tatuador exigiu que fosse interrompido o uso não autorizado da tatuagem pela Warner, tanto nos pôsteres de divulgação quanto no próprio filme, o que só seria possível com a interrupção do lançamento do longa-metragem⁷. Além disso, Victor exigiu indenização pelos constrangimentos e prejuízos causados pela reprodução não autorizada da sua obra⁸.

Os advogados da Warner se manifestaram, alegando que a interrupção da utilização da tatuagem no dado momento em que se

4 OLSSON, Juliana. This Tattoo is Under Copyright, Says Mike Tyson's Tattoo Artist. Article3, 3 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.article-3.com/this-tattoo-is-under-copyright-says-mike-tysons-tattoo-artist-91745.html>> Acesso em: 20 mai. 2017

5 Certificate of Registration ‘Tribal Tattoo’. Disponível em <<http://brandgeek.net/wp-content/uploads/2011/05/14-07f50314a0.jpg>> Acesso em: 20 mai. 2017

6 TENUTO, Justin. Warner Bros. Settle Tyson Tattoo Case Over Hangover II. Article3, 21 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.article-3.com/warner-bros-settles-tyson-tattoo-case-over-hangover-ii-92253.1.html>> Acesso em: 10 mai. 2017

7 COHEN, Noam. Tattoo Artist Settle Tyson Dispute With ‘Hangover 2’. The New York Times, Media Decoder, 21 de junho de 2011. Disponível em <<https://mediadecoder.blogs.nytimes.com/2011/06/21/tattoo-artist-settles-tyson-dispute-with-hangover-2/?mcubz=1>> Acesso em: 20 mai. 2017

8 Petição do caso Whitmill x Warner. Disponível em: < <http://s3.documentcloud.org/documents/96500/20110521tattoocomplaint.pdf>> Acesso em: 20 mai. 2017

encontrava a produção seria excessivamente custosa, e que a pretensão de Victor em controlar o uso de uma tatuagem feita no rosto de outro ser humano seria exagerada. Alegaram ainda que a reprodução em questão consistiria em uso livre, por fazer espécie de paródia de algo amplamente conhecido pela sociedade desde a primeira aparição, em 2003, de Mike Tyson com sua tatuagem facial, e que o *Copyright Act* balancearia os direitos de autor a fim de não sufocar a criatividade de outros autores.⁹

Em contrapartida, o advogado do tatuador afirmou que o *Copyright Act* dá ao autor de obras protegidas o controle sobre suas obras, e que no caso o seu cliente perdera tal controle.¹⁰ Afirma ainda que o caso em questão não se relaciona com a vontade ou aceitação de Mike Tyson enquanto detentor da tatuagem, mas da violação dos direitos de Victor, enquanto autor da obra autoral, pela empresa Warner, que reproduziu a tatuagem sem a devida autorização de seu criador. Foi anexado documento assinado por Mike Tyson, corroborando com a afirmação de que todos os direitos relativos aos desenhos e ao projeto da tatuagem pertenceriam a Victor Whitmill. Além disso, o advogado também anexou à reclamação o número de registro da obra, além de cópia do próprio certificado de registro.¹¹

Apesar de negar o pedido de Victor que exigia a interrupção imediata da divulgação de qualquer publicidade contendo a tatuagem objeto do litígio, bem como fosse impedido o lançamento do filme, a juíza Catherine D. Perry se pronunciou positivamente com relação aos direitos autorais da tatuagem, sendo enfática ao afirmar que a tatuagem é merecedora de direitos de *Copyright*, o que no nosso ordenamento equivale aos Direitos Autorais. Elucidou ainda que o que se pretende defender com tal afirmação é que a tatuagem e o próprio projeto devem ser protegidos pelo *Copyright Act*, e não que o tatuador pode limitar os

9 COHEN, Noam. On Tyson's Face It's Art. On Film, a Legal Issue. The New York Times, 20 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2011/05/21/business/media/21tattoo.html>> Acesso em: 20 mai. 2017

10 *Ibidem*.

11 Certificado de registro disponível em <<http://brandgeek.net/wp-content/uploads/2011/05/14-07f50314a0.jpg>>

direitos da pessoa tatuada, restringindo sua liberdade.¹²

O caso foi resolvido amigavelmente entre o tatuador e os estúdios Warner, segundo informações dos advogados de ambas as partes, o que possibilitou a distribuição do filme em todas as mídias sem maiores embaraços¹³. O desfecho ocorreu em uma audiência de mediação que contou com os advogados tanto do tatuador quanto da Warner, que entraram em um acordo extrajudicial¹⁴. Detalhes sobre o acordado, como o valor pago pela Warner Brothers ao tatuador a título dos direitos de reprodução da tatuagem, não foram divulgados por nenhuma das partes.

A repercussão de um caso como esse, que envolve o direito de um tatuador sobre sua criação e a reprodução não autorizada de sua obra por uma empresa de grande notoriedade, é importantíssima para garantir que os tribunais por todo mundo passem a ter maior intimidade com a tatuagem enquanto objeto de litígios, e também por trazer ao tatuador a certeza de que seus direitos enquanto criador de obras autorais serão observados e garantidos pelas vias judiciais.

2. CHRISTOPHER ESCOBEDO VS. THQ

O caso envolvendo o tatuador Christopher Escobedo e a empresa

12 Segundo a juíza Catherine D. Perry: “Of course tattoos can be copyrighted. I don’t think there is any reasonable dispute about that. They are not copyrighting Mr. Tyson’s face, or restricting Mr. Tyson’s use of his own face, as the defendant argues, or saying that someone who has a tattoo can’t remove the tattoo or change it, but the tattoo itself and the design itself can be copyrighted, and I think it’s entirely consistent with the copyright law.” COHEN, Noam. Tattoo Artist Settle Tyson Dispute With ‘Hangover 2’. The New York Times, Media Decoder, 21 de junho de 2011. Disponível em <<https://mediadecoder.blogs.nytimes.com/2011/06/21/tattoo-artist-settles-tyson-dispute-with-hangover-2/?mcubz=1>> Acesso em: 20 mai. 2017

13 COHEN, Noam. Tattoo Artist Settle Tyson Dispute With ‘Hangover 2’. The New York Times, Media Decoder, 21 de junho de 2011. Disponível em <<https://mediadecoder.blogs.nytimes.com/2011/06/21/tattoo-artist-settles-tyson-dispute-with-hangover-2/?mcubz=1>> Acesso em: 20 mai. 2017

14 BELLONI, Matthew. Warner Bros. Settles ‘Hangover II’ Tattoo Lawsuit. The Hollywood Reporter. 11 de junho de 2011. Disponível em <<http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/warner-bros-settles-hangover-ii-203377>> Acesso em: 20 mai. 2017

criadora de jogos THQ está relacionado a uma tatuagem feita por Escobedo no lutador Carlos Condit, que fora reproduzida pela empresa em um personagem dos jogos *UFC Undisputed 2010* e *UFC Undisputed 3*, ambos jogos de luta que fazem alusão ao campeonato de artes marciais mistas *Ultimate Figther Championship*. O personagem em questão faz referência ao lutador Carlos Condit, representando-o fielmente, inclusive contendo sua tatuagem na lateral do abdome. A obra reproduzida sem autorização consiste em uma escultura de um leão tatuada na pele de Carlos Condit em julho de 2009.

Christopher acionou a justiça americana em novembro de 2012, alegando terem sido feridos seus direitos autorais, ao reproduzirem sua arte original sem a devida autorização. Na inicial, as advogadas do tatuador, Maria Crimi Speth e Laura A. Rogal, afirmaram que as tatuagens que envolvem expressão artística devem ser consideradas arte e protegidas como tal, e que o trabalho de Christopher é altamente reconhecido não só pelos aficionados por tatuagem como pelo público no geral, pela qualidade e originalidade de suas obras. As advogadas enfatizaram na inicial que antes de transferir a tatuagem para a pele de Carlos o projeto foi desenhado em papel, e que o tatuador é o criador original da obra.¹⁵

As alegações são de que a empresa violou os direitos do tatuador ao reproduzir a tatuagem no personagem, sendo a imagem que infringe os direitos autorais veiculada não só no jogo como também no site da THQ, como forma de divulgação.

As advogadas afirmaram que Escobedo detém os direitos sobre a tatuagem em questão, disponibilizando como prova o número do registro da obra procedido em 2012, afirmando ainda que o direito de reprodução e distribuição da tatuagem é exclusivo do tatuador, bem como o direito de criar novos trabalhos derivados da mesma.

Cabe salientar que a alegação de Christopher de que não transferiu seus direitos sobre a tatuagem para ninguém, nem mesmo para Carlos

15 Petição do caso Escobedo x THQ, página 2, Arizona, 16 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://www.documentcloud.org/documents/535960-escobedo-v-thq.html>> Acesso em: 20 mai. 2017

Condit, tendo o lutador adquirido junto da tatuagem somente o direito de exibi-la publicamente em seu corpo, não tendo sido transmitido nenhum direito relativo a copiar ou fazer qualquer representação gráfica da tatuagem em qualquer meio de reprodução.¹⁶

A alegação é de que os artistas responsáveis pela criação dos gráficos do jogo *UFC Undisputed* não fizeram simples representação da imagem, mas sim recriaram a tatuagem, promovendo minucioso trabalho de reprodução e ‘renderização’, sem que houvesse autorização do legítimo detentor dos direitos sobre a obra. As advogadas alegam ainda que a empresa além de promover a reprodução não autorizada, também distribuiu a obra reproduzida sem autorização, insistindo na violação mesmo após notificada da ação judicial movida por Christopher.

Afirmção importante proferida por Christopher é de que mesmo que houvesse sido contato pela empresa, não teria concordado com a recriação de sua tatuagem por um animador¹⁷, o que demonstra que a THQ violou seus direitos enquanto autor da obra original de impedir a reprodução de seu material autoral quando esta for sua vontade.

O pedido indenizatório inicial seria de aproximadamente 4 milhões de dólares, como compensação pelos supostos danos sofridos pela reprodução e distribuição não autorizada da tatuagem. O alto valor encontrado pelas advogadas de Escobedo seria relativo a 2% dos royalties da venda dos jogos pela internet.¹⁸

Em audiência, a juíza Mary F. Walrath decidiu por reduzir o quantum indenizatório proposto pelas advogadas de Christopher para um máximo de 22.500 dólares, que seria o que Carlos Condit teria recebido para aparecer nos jogos, referente ao seu direito de imagem.¹⁹

16 *Ibidem*.

17 ESLER, Liam. THQ Sued Over Use of a Tattoo in UFC Undisputed 3. Player Attack, 18 de novembro 2012. Disponível em: <<https://www.playerattack.com/news/2012/11/18/52101/thq-sued-over-use-of-tattoo-in-ufc-undisputed-3/>> Acesso em: 20 mai. 2017

18 GARDNER, Eriq. Tattoo Artist Looks To Show Value of Copyright Claims Against Videogame Publisher”, Hollywood Reporter, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/tattoo-artist-looks-show-value-625509>> Acesso em: 20 mai. 2017

19 *Ibidem*.

A defesa de Christopher alega que os outros artistas envolvidos indiretamente na criação e elaboração do projeto dos jogos, responsáveis pelas trilhas sonoras e outras artes utilizadas, tiveram sua remuneração financeira negociada diretamente com os representantes da empresa, e que a Escobedo teria sido vedado o direito de negociar, bem como não lhe teriam sido veiculadas as informações necessárias para auferir o valor justo a receber pela reprodução de sua obra.²⁰

Os advogados da THQ se pronunciaram a respeito do quantum indenizatório, alegando que o valor da indenização deveria ser reduzido para refletir a importância relativamente pequena da tatuagem no universo do jogo, que além do personagem que faz menção à Carlos Condit disponibiliza centenas de lutadores e suas tatuagens, bem como faz a afirmação de que a tatuagem materializada no corpo de outra pessoa não poderia ser objeto de *copyright*. Outra alegação seria de que Carlos Condit teria licenciado à THQ sua imagem digital, o que incluiria a sua tatuagem, excluindo assim o direito do tatuador da apreciação. Ainda segundo a defesa da THQ, se a tatuagem em questão puder ser objeto de *copyright*, deveria ser o lutador considerado como coautor da tatuagem, cabendo à ele direitos relativos a licenciá-la a terceiros.²¹

Com a decisão do juízo de falência em manter a indenização no valor de U\$22.500,00 a ser paga pela THQ ao tatuador pela violação do seu direito de *copyright*, ao reproduzir e distribuir sem autorização sua obra protegida, a defesa de Christopher optou por recorrer do valor estipulado, levando um caso judicial entre um tatuador e uma empresa à

20 *Ibidem*.

21 Segundo os advogados da THQ: “As THQI demonstrated, the value of Escobedo’s claim must be reduced to reflect (a) the exceedingly low value of a license of a single tattoo to a game depicting more than a hundred fighters, hundreds of tattoos and songs, and myriad other creative elements, (b) the likelihood that a tattoo on another person’s body is not copyrightable, (c) the likelihood that Condit has an implied license to license to THQ his own digital image (including an image of the Lion Tattoo), without restriction by a tattoo artist; and (d) the likelihood that, if the Lion Tattoo is copyrightable, Condit would have to at least be considered a joint author of the tattoo with an equal right to license it to others.”. MARTIN, Damon. Tattoo Artist Continues Legal Battle over Art Featured in UFC Branded Video Game. Bleacher Report, 11 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://bleacherreport.com/articles/1770495-tattoo-artist-continues-legal-battle-over-art-featured-in-ufc-branded-video-game>> Acesso em: 20 mai. 2017

um patamar ainda não alcançado anteriormente na justiça americana, o que traz cada vez mais clareza aos limites de utilização das tatuagens pelo setor de entretenimento.²²

Com a venda dos direitos dos jogos UFC para empresa EA Games, os representantes da nova detentora dos direitos do jogo, a fim de evitar futuros problemas judiciais, preferiram não reproduzir no personagem que faz referência a Carlos Condit a tatuagem do leão, objeto da ação judicial proposta pelo tatuador contra a THQ²³.

3. CASO BRASILEIRO: MORDENTI VS. ENE ENE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS

O caso em questão envolveu o renomado tatuador brasileiro Marcelo Mordenti e a empresa Ene Ene Indústria e Comércio de Bebidas Ltda. A empresa em questão fez uso de um dos desenhos mais famosos do tatuador no rótulo de uma de suas bebidas. Mordenti, como é conhecido o artista no meio da tatuagem, ganhou notoriedade por seus desenhos originais e inovadores, em especial as belas índias criadas por ele, que se tornaram sua marca registrada.

O próprio Marcelo informou²⁴ que só tomou ciência da reprodução não autorizada a partir de amigos, que em tom de brincadeira lhe contaram que um de seus desenhos ilustrava o rótulo de uma bebida alcoólica de ervas, disponível para venda à época em bares da região. Uma garrafa foi dada ao tatuador como forma de gozação, o que comprovou não só que houvera realmente reprodução não autorizada do desenho no rótulo, como a bebida estava sendo plenamente distribuída e comercializada contendo a violação de direitos autorais na embalagem.

22 GARDNER, Eriq. Tattoo Artist Looks To Show Value of Copyright Claims Against Videogame Publisher, Hollywood Reporter, Disponível em: <<http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/tattoo-artist-looks-show-value-625509>> Acesso em: 20 mai. 2017

23 SIMON, Zane. “Due to past lawsuit trouble, EA’s UFC Game will not feature Carlos Condit’s tattoo”, Bloody Elbow, 17 junho de 2014. Disponível em: <http://www.bloodyelbow.com/2014/6/17/5818700/ea-ufc-video-game-carlos-condit-tattoo-left-out-lawsuit-mma-news> Acesso em: 20 mai. 2017

24 Informações obtidas a partir de entrevista com o próprio tatuador, em 02 de junho de 2017.

Mordenti afirmou que quando tomou ciência da violação já havia transmitido os direitos de reprodução sobre aquele desenho para alguns tatuadores, porém, como regra geral, as concessões de direitos autorais devem ser tratadas de forma restritiva²⁵ e, segundo o próprio Marcelo, sendo sua intenção permitir a reprodução dos desenhos somente por meio da tatuagem, qualquer reprodução em outro suporte que não a pele estaria vedada.

Marcelo acionou a empresa de bebidas na justiça, a fim de reclamar a reprodução não autorizada de seu desenho e interromper a distribuição da bebida contendo sua obra no rótulo. Ao ser acionado, o proprietário da empresa Ene Ene Indústria e Comércio de Bebidas Ltda. informou em juízo que a violação de direito autoral ocorrida não era de sua responsabilidade, tendo ele procurado uma gráfica a fim de produzir os rótulos para sua bebida, e que o funcionário da mesma disponibilizou o desenho de Mordenti como uma das opções de rótulos a serem produzidos, sem lhe informar que os direitos sobre a obra pertenciam ao tatuador²⁶.

Alegou ainda ter escolhido o desenho da índia sem saber que o mesmo era protegido por direitos autorais, e que sempre o utilizou de boa-fé para ilustrar o rótulo de sua bebida denominada “Raizeiro”, nome supostamente registrado como marca junto da imagem no INPI.

A sentença de primeiro grau deu parcial provimento ao pedido de Marcelo, condenando a empresa ré ao pagamento de R\$ 12.500 a título de danos materiais, e rejeitando o pedido fundado em danos morais.²⁷

25 A Lei de Direitos Autorais normatiza com relação aos negócios jurídicos que envolvam direitos autorais, em dois pontos: em seu artigo 4º que propõe: “Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.” e em seu artigo 49, inciso VI que afirma “não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.” BRASIL. Lei de Direitos Autorais, Lei 9610, de 19 de Fevereiro de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm> Acesso em: 30 mai. 2017

26 Informações obtidas a partir de entrevista com o próprio tatuador, em 02 de junho de 2017

27 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0022262-29.2008.8.26.0562, da Comarca de Santos, Relator Carlos Henrique Miguel Trevisan, São Paulo, 2 de Fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21185709/apelacao-apl-222622920088260562-sp-0022262-2920088260562-tjsp/inteiro-teor-110276515>> Acesso em: 30 mai. 2017

Ambas as partes apelaram. A parte autora requerendo que fosse julgado procedente também o pedido de danos morais em face da reprodução não autorizada sem nomeação à autoria, e a parte ré alegando prescrição do pedido indenizatório, bem como utilização legítima da marca supostamente registrada, além de pedir o acolhimento da denúncia à lide da gráfica responsável pela impressão dos rótulos.

A 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu por dar provimento ao pedido do autor, fundado no dano moral e patrimonial promovido pela reprodução não autorizada de sua obra, e negar provimento ao pedido da ré, não se configurando, segundo o entendimento do tribunal, a prescrição do pedido indenizatório. Não foi acolhida também a denúncia à lide intentada pela defesa.

Segue o acórdão:

DIREITO AUTORAL Obra artística – Uso sem autorização de desenho em rótulo de produto Ação de indenização por danos materiais e morais Sentença de parcial procedência, rejeitado o pedido de indenização por danos morais Apelação de ambas as partes Julgamento antecipado Prova exclusivamente documental Cerceamento de defesa não caracterizado Denúnciação da lide incabível Inexistência de inépcia da petição inicial Preliminares rejeitadas Ação não atingida pela prescrição Produto comercializado pela ré cuja marca abrange o desenho criado pelo autor Registro da marca perante o INPI não comprovado Ausência de certificado Uso indevido do desenho Ilicitude manifesta Indenizações devidas Dano moral caracterizado (*in re ipsa*) Apelo do autor provido Recurso da ré a que se nega provimento²⁸

Primeiramente, com relação a denúncia da lide, que chamaria ao processo a gráfica supostamente responsável pelo rótulo contendo reprodução não autorizada, o relatório esclarece com precisão o não cabimento:

Rejeita-se a primeira preliminar argüida na apelação interposta pela ré, e em consequência também o pedido de denúncia da lide, uma vez que, ao contrário do que ali se afirma, descabe falar em cerceamento em defesa, tendo a MM. Juíza de primeiro grau

28 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0022262-29.2008.8.26.0562,

optado acertadamente pelo julgamento antecipado da lide. Primeiro porque a prova documental trazida pelas partes é mesmo suficiente a permitir o exame das controvérsias, e segundo porque o eventual cabimento do pedido de denunciação da lide, à luz do preceito contido no artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil, estava condicionado à juntada de contrato do qual eventualmente constasse que a pessoa jurídica litisdenunciada se obrigou perante a ré a indenizá-la em ação regressiva, formalidade não passível de ser suprida pela prova testemunhal. Vale acrescentar que mesmo que ficasse demonstrado que, conforme alegado pela apelante, a imagem que consta do rótulo da garrafa foi criada pela empresa denunciada, ainda assim não seria o caso de se admitir a intervenção da terceira, mercê da circunstância de que é a ré quem obtém o benefício econômico proveniente da comercialização do produto contendo o desenho semelhante ao de fl. 15.29

Portanto, além de carecer de prova documental a ser produzida pela parte ré, que supostamente obrigaria a gráfica a indenizá-la em ação regressiva, o próprio fato de a empresa Ene Ene ter obtido lucro a partir da comercialização da bebida com o rótulo contendo reprodução não autorizada já seria suficiente para lhe ensejar responsabilidade em indenizar o autor da obra reproduzida.

Cabe ressaltar ainda trecho do relatório que trata do dano caracterizado e da decorrente responsabilidade de indenizar pela parte ré, tanto pelo dano material quanto moral:

É relevante observar que, conforme já mencionado, a afirmação trazida na petição inicial no sentido de que o autor criou a obra artística em litígio no ano de 1999 não foi objeto de contestação, de tal modo que, ao enfoque da técnica processual, deve ser reputada verdadeira. No plano do direito material, ao postulante é lícito defender os direitos daí decorrentes, à luz do artigo 22 da Lei nº 9.610/98 (“Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”) e buscar a cabível indenização

da Comarca de Santos, Relator Carlos Henrique Miguel Trevisan, São Paulo, 2 de Fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21185709/apelacao-apl-222622920088260562-sp-0022262-2920088260562-tjsp/inteiro-teor-110276515>> Acesso em: 30 mai. 2017

29 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0022262-29.2008.8.26.0562, da Comarca de Santos, Relator Carlos Henrique Miguel Trevisan, São Paulo, 2 de Fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21185709/apelacao-apl-222622920088260562-sp-0022262-2920088260562-tjsp/inteiro-teor-110276515>> Acesso em: 30 mai. 2017.

decorrente dos danos materiais na forma autorizada no artigo 122 do referido diploma legal (“O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível”). Releva observar também que o autor obteve o registro da obra junto à Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro em 25 de maio de 2006 (fls. 17/18), o que também lhe garante a proteção legal, não obstante sequer houvesse a necessidade de se valer do referido registro (“Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”).³⁰

O trecho do relatório transcrito é importantíssimo, pois demonstra que o entendimento do tribunal é de que o direito foi criado junto da materialização da obra, muito antes de que essa viesse a ser registrada pelo autor. O registro garantiu segurança na proteção legal da obra, porém como o próprio magistrado se referiu, não haveria necessidade de se valer do registro para ter essa garantia, bastando a criação da obra para obter a tutela legal, sendo o ato de registrar somente uma precaução extra.

Prosseguindo na análise do relatório, este trata agora da indenização por danos morais, negada em primeira instância:

Preservado o entendimento da MM. Juíza de primeiro grau, é devida também a indenização pelo dano moral, de modo que nessa parte a sentença deve ser reformada, acolhendo-se a apelação do autor. A exigibilidade da indenização sob tal modalidade decorre da previsão contida no artigo 108 da Lei nº 9.610/98 (“Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais...”) e de tratar-se da hipótese de dano *in re ipsa*, resultante tão somente do uso não consentido da obra artística. Reconhecido, portanto, o dever indenizatório, resta analisar o valor da reparação. O valor da indenização por danos morais deve estar, em regra, adequado às condições pessoais, sociais e profissionais do ofendido, às repercussões que o fato ocasionou à sua vida pessoal e ao grau de dor e sofrimento por ele experimentados, e, de outro lado, às condições econômicas e ao grau de intensidade da culpa do ofensor, de modo a que a sanção não seja irrisória a ponto de lhe ser insensível e, ainda, que não sirva de instrumento a desestimulá-la da prática de novos atos similares, e nem excessiva a ponto de tornar impos-

30 *Ibidem*.

sível o cumprimento da obrigação. Desse modo, observando-se a regra do artigo 944 do Código Civil (“A indenização mede-se pela extensão do dano”), e obedecido também o princípio da razoabilidade, arbitra-se o valor da indenização em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), o qual se considera adequado a reparar o dano moral e a punir a ré, levando-se em conta sua conduta, sua capacidade econômica e o grau de intensidade do agravo causado ao autor. Cabe acrescentar que o arbitramento de importância menos elevada resulta também do fato de a ré ter afirmado que cessou, em 26 de dezembro de 2008, a comercialização do produto contendo o desenho (fl. 242), o que foi confirmado pelo autor³¹

A decisão do Tribunal de reformar a sentença da primeira instância que deu parcial provimento ao pedido indenizatório, atribuindo nesse segundo momento o dever de indenizar Marcelo também por direitos de cunho moral, se pautou no dano moral sofrido pela não divulgação de sua autoria na reprodução de sua obra, bem como da própria carência da autorização do autor no ato da reprodução.

Cabe ressaltar o modelo utilizado pelos magistrados na estipulação do quantum indenizatório, que observou não só a conduta, como também o dano efetivamente causado ao autor, bem como as condições econômicas tanto da parte autora quanto da ré, estabelecendo indenização suficiente para reparar o dano ao mesmo tempo que em que visou desestimular a ré em reincidir no fato.

Ficou decidido no tribunal de segunda instância que a empresa Ene Ene ficaria responsável por indenizar o autor no valor de R\$12.500 reais a título de danos materiais e R\$5.000,00 a título de danos morais, pela utilização não autorizada da obra protegida.

A parte ré interpôs Recurso Especial, alegando violação dos artigos

31 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0022262-29.2008.8.26.0562, da Comarca de Santos, Relator Carlos Henrique Miguel Trevisan, São Paulo, 2 de Fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21185709/apelacao-apl-222622920088260562-sp-0022262-2920088260562-tjsp/inteiro-teor-110276515>> Acesso em: 30 mai. 2017

178³² e 206, §3º, V³³, do Código Civil; 131 da Lei 5.988/73³⁴; e 129 da Lei 9279/96³⁵.

Os argumentos para interposição do recurso se baseiam numa pretensa decadência no prazo de 4 anos do direito de pleitear anulação de negócio jurídico, bem como da prescrição do direito de reparação civil. Fundamenta o recurso especial utilizando norma da antiga lei autoral que afirmava estrar prescrita ação civil de reparação por violação de direito autoral em 5 anos, contados a partir da data da violação. Insistiu ainda a defesa que possuía registro válido da marca “Raizeiro” e que este compreenderia o desenho em questão, fazendo uso livre de sua marca e não incorrendo em violação dos direitos do autor. Ao Recurso Especial foi negado provimento.

Os advogados da empresa ré interpuseram ainda Agravo da decisão que negou seguimento ao Recurso Especial, sendo proferido o seguinte pelo Superior Tribunal de Justiça:

3. O inconformismo não merece prosperar.

32 Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I - no caso de coação, do dia em que ela cessar; II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade. BRASIL, Código Civil de 2002, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 30 mai. 2017

33 Art. 206. Prescreve: § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil” BRASIL, Código Civil de 2002, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 30 mai. 2017

34 Art. 131. Prescreve em cinco anos a ação civil por ofensa a direitos patrimoniais do autor ou conexos, contado o prazo da data em que se deu a violação. BRASIL. Lei de Direitos Autorais, Lei 5988, de 14 de Dezembro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm> Acesso em: 30 mai. 2017

35 Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

§ 1º Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

§ 2º O direito de precedência somente poderá ser cedido juntamente com o negócio da empresa, ou parte deste, que tenha direta relação com o uso da marca, por alienação ou arrendamento. BRASIL, Lei 9279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm> Acesso em: 30 mai. 2017

4. Os argumentos utilizados para fundamentar a pretensa violação legal somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o reexame das provas, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa da estampada no Acórdão recorrido, reavaliar o conjunto.³⁶

Com esta proposição do Ministro Relator Sidnei Beneti, negou-se provimento ao agravo sobre a decisão que impediu o seguimento do Recurso Especial proposto pela ré, dando fim ao processo e reiterando a responsabilidade da empresa Ene Ene de indenizar a parte autora, como ficou decidido em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a título de dano moral e material pela violação dos direitos do autor.

O caso de Marcelo contra a empresa Ene Ene é de suma importância para a garantia dos direitos de cunho autoral aos profissionais da tatuagem, por inaugurar em solo brasileiro a judicialização do tema. A decisão favorável aos direitos do tatuador demonstra que, apesar da omissão legislativa, a tatuagem merece o status de obra protegida e aos tatuadores devem ser garantidos os direitos, tanto de cunho moral quanto patrimonial, assim como é oferecido a outros autores de obras de arte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise dos processos judiciais, percebe-se que aos tatuadores, enquanto criadores de legítimas obras protegidas, é garantido o direito autoral e proteção judicial contra a ingerência de terceiros e o uso não autorizado de suas obras. A tendência dos tribunais em garantir-lhes os direitos à indenização pelo dano moral e patrimonial configurado pela reprodução não autorizada de suas obras demonstra que, apesar de a tatuagem sofrer com a omissão da legislação bem como da doutrina, aos seus autores estarão garantidos os direitos de exclusividade no uso da obra, bem como da nomeação da autoria, por exemplo, sendo assegurado portanto o âmbito de proteção dos direitos autorais aos tatuadores na

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 301.118-SP. Ministro Relator Sidnei Beneti. Brasília, DF, 5 de abril de 2013. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/52753211/stj-05-04-2013-pg-2436>> Acesso em: 30 mai. 2017

mesma proporção daquele oferecido aos outros autores.

Os casos americanos envolvendo tatuadores e grandes empresas demonstram que os litígios relativos às tatuagens e sua reprodução não autorizada são uma realidade não só em solo nacional como também em tribunais estrangeiros. As obras objeto dos litígios internacionais que continham as tatuagens reproduzidas de forma não autorizada, ambas de altíssimo investimento, não observaram os direitos dos tatuadores sobre suas obras, negando-lhes a condição de autor e os consequentes direitos de autorizar ou impedir tal reprodução, deixando além disso de remunerar os autores das tatuagens pela veiculação de suas obras, bem como lhes privando da nomeação à autoria.

O *Copyright Act*, que regula os direitos autorais em solo americano, assim como a Lei 9610/98 no Brasil, não faz menção expressa às obras produzidas na pele dentre aquelas protegidas pelos direitos de autor, porém o objetivo de tais leis, qual seja promover a garantia dos direitos daqueles que materializam verdadeiras criações do espírito em forma de arte, protegendo a obra da ingerência de terceiros, atribui também à tatuagem o status de obra protegida, garantindo a seus autores a faculdade de autorizar ou não sua reprodução, bem como de serem indenizados quando da reprodução carecer tal autorização, e de obrigar aquele que reproduzir suas obras a nomeá-los como legítimos autores.

No caso brasileiro, importantíssimo por inaugurar a judicialização envolvendo a tatuagem no Brasil, as decisões em ambas instâncias deram provimento ao pedido indenizatório do autor, em primeiro grau dando parcial provimento, atribuindo em um primeiro momento somente diretos de cunho patrimonial, e em segundo grau dando-lhe total provimento ao pedido, garantindo ao tatuador a proteção dos direitos de cunho patrimonial e moral sobre sua arte. Fica evidente portanto que a reprodução não autorizada de obras criadas para serem tatuagens gera responsabilidade indenizatória à parte que cometer a contrafação, não só em indenizar o legítimo detentor de direitos sobre a obra autoral, como também sofrer outras sanções, como a interrupção da venda do produto gravado com a reprodução não autorizada, independente do meio em

que se promova o uso da obra autoral, bastando para isso que não esteja autorizado pelo legítimo autor desta obra protegida.

Da análise dos casos judiciais extrai-se, portanto, que o status de obra protegida atribuído à tatuagem, apesar de o tema ainda não estar normatizado nem ter sido tratado pela doutrina, já vem sendo reconhecido pelos tribunais. Porém, no caso brasileiro, a decisão em primeira instância de negar a indenização por direitos morais ao tatuador pela reprodução não autorizada de sua obra sem a nomeação de sua autoria, denota que os direitos autorais da tatuagem ainda carecem de afirmação e estudos mais aprofundados, a fim de que seja completamente traçada sua amplitude e assegurada sua aplicação plena.

A judicialização dos litígios envolvendo tatuagens, tatuadores e os direitos autorais é essencial para confirmar o status de obra protegida às tatuagens bem como a atribuição dos direitos autorais para os tatuadores, de forma que não só as tatuagens autorais possam receber o mesmo status das outras obras, como também para que os profissionais da *tattoo* possam ter a certeza que terão seus direitos garantidos contra a atuação de terceiros.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **DIREITO AUTORAL**, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1997

BELLONI, Matthew. **Warner Bros. Settles ‘Hangover II’ Tattoo Lawsuit**. The Hollywood Reporter. 11 de junho de 2011. Disponível em <<http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/warner-bros-settles-hangover-ii-203377>> Acesso em: 20 mai. 2017

BRASIL, Código Civil de 2002, **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 30 mai. 2017

BRASIL, **Lei 9279**, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm> Acesso em: 30 mai.

2017

BRASIL. **Lei de Direitos Autorais**, Lei 5988, de 14 de Dezembro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm> Acesso em: 30 mai. 2017

BRASIL. **Lei de Direitos Autorais**, Lei 9610, de 19 de Fevereiro de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm> Acesso em: 10 mai. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 301.118-SP**. Ministro Relator Sidnei Beneti. Brasília, DF, 5 de abril de 2013. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/52753211/stj-05-04-2013-pg-2436>> Acesso em: 30 mai. 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0022262-29.2008.8.26.0562, da Comarca de Santos**, Relator Carlos Henrique Miguel Trevisan, São Paulo, 2 de Fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21185709/apelacao-apl-222622920088260562-sp-0022262-2920088260562-tjsp/inteiro-teor-110276515>> Acesso em: 30 mai. 2017

CERTIFICATE of Registration ‘Tribal Tattoo’. Disponível em <<http://brandgeek.net/wp-content/uploads/2011/05/14-07f50314a0.jpg>> Acesso 20 mai. 2017

COHEN, Noam. **On Tyson’s Face It’s Art. On Film, a Legal Issue**. The New York Times, 20 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2011/05/21/business/media/21tattoo.html>> Acesso em: 20 mai. 2017

_____, **Tattoo Artist Settle Tyson Dispute With ‘Hangover 2’**. The New York Times, Media Decoder, 21 de junho de 2011. Disponível em: <<https://mediadecoder.blogs.nytimes.com/2011/06/21/tattoo-artist-settles-tyson-dispute-with-hangover-2/?mcubz=1>> Acesso em: 20 mai. 2017

ESLER, Liam. **THQ Sued Over Use of a Tattoo in UFC Undisputed 3**. Player Attack, 18 de novembro 2012. Disponível em: <<https://www.playerattack.com/news/2012/11/18/52101/thq-sued-over-use-of-tattoo-in-ufc-undisputed-3/>> Acesso em: 20 mai. 2017

GARDNER, Eriq. **Tattoo Artist Looks To Show Value of Copyright Claims Against Videogame Publisher**, Hollywood Reporter, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/tattoo-artist->

looks-show-value-625509> Acesso em: 20 mai. 2017

MARTIN, Damon. **Tattoo Artist Continues Legal Battle over Art Featured in UFC Branded Video Game**. Bleache Report, 11 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://bleacherreport.com/articles/1770495-tattoo-artist-continues-legal-battle-over-art-featured-in-ufc-branded-video-game>> Acesso em: 20 mai. 2017

OLSSON, Juliana. **This Tattoo is Under Copyright, Says Mike Tyson's Tattoo Artist**. Article3, 3 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.article-3.com/this-tattoo-is-under-copyright-says-mike-tysons-tattoo-artist-91745.html>> Acesso em: 20 mai. 2017

PETIÇÃO do caso Escobedo x THQ, página 6, Arizona, 16 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://www.documentcloud.org/documents/535960-escobedo-v-thq.html>> Acesso em: 20 mai. 2017

PETIÇÃO do caso Whitmill x Warner. Disponível em: < <http://s3.documentcloud.org/documents/96500/20110521tattoocomplaint.pdf>> Acesso em: 20 mai. 2017

SIMON, Zane. “**Due to past lawsuit trouble, EA's UFC Game will not feature Carlos Condit's tattoo**”, Bloody Elbow, 17 junho de 2014. Disponível em: <http://www.bloodyelbow.com/2014/6/17/5818700/ea-ufc-video-game-carlos-condit-tattoo-left-out-lawsuit-mma-news>> Acesso em: 20 mai. 2017

SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**, volume IV, Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006.

TENUTO, Justin. **Warner Bros. Settle Tyson Tattoo Case Over Hangover II**. Article3, 21 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.article-3.com/warner-bros-settles-tyson-tattoo-case-over-hangover-ii-92253.1.html>> Acesso em: 10 mai 2017

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**EFICIÊNCIA E
CONCORRÊNCIA NA
GESTÃO COLETIVA DE
DIREITOS AUTORAIS
MUSICAIS NO BRASIL**

Giovani Lofrano Alves



EFICIÊNCIA E CONCORRÊNCIA NA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS MUSICAIS NO BRASIL

Autor: Giovani Lofrano Alves¹

RESUMO: O direito autoral tem grande relevância no sistema jurídico moderno, permeando o desenvolvimento nacional que é favorecido pela produção intelectual, e a preservação e apoio à cultura, que é essencial para a qualidade de vida de um povo. Este artigo aborda principalmente a eficiência e concorrência na gestão coletiva de direitos autorais no Brasil. A regulação dos direitos autorais aplicados à música no Brasil é analisada com foco na nova Lei de Direitos Autorais n.º 12.853 de 2013. Evidencia-se a existência de falhas de mercado, tais como o monopólio exercido pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, instituição privada criada pela Lei n.º 5.988 de 1973, que é o único órgão responsável pela arrecadação e distribuição destes direitos em território nacional, e que apresenta um histórico de irregularidades apontadas em uma Comissão Parlamentar de Inquérito, concluída em 2012. Investiga-se a defasagem da regulação vigente, vista sob a ótica da função social da propriedade intelectual e do direito concorrencial, analisando brevemente a possibilidade de criação de uma agência reguladora para o setor com uma diversificação de entidades arrecadadoras, a fim de garantir maior transparência, eficiência e, portanto, estabilidade do sistema de arrecadação e distribuição de direitos autorais e dos que lhe são conexos.

Palavras-chave: Desenvolvimento, Intervenção do Estado. Eficiência. Direito Autoral. ECAD.

¹ Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado, Curitiba-PR, Brasil. E-mail: giovanialves.adv@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o diploma legal que atualmente regula o Direito Autoral e dos que lhe são conexos é a chamada nova Lei de Direitos Autorais nº 12.853 de 2013. Antes da LDA/73, que esteve em vigor desde 14/12/73, da LDA nº 9.610/98 até a nova legislação em 2013, uma enorme quantidade de decretos, leis específicas e dispositivos constitucionais já haviam tratado do tema, de maneira não sistemática, o que sempre gerou problemas e até hoje, por vezes, tem sido motivo de dúvidas e interpretações conflitantes.

Desde a inclusão dos direitos autorais no âmbito da Organização Mundial do Comércio em 1996, através da assinatura do acordo TRIPs (Trade Related Intellectual Property Agreement), do qual o Brasil é signatário, o Direito Autoral passou a fazer parte do âmbito do comércio internacional, sem qualquer excepcionalidade.

Quando tratamos do Direito Autoral pertinente à música, o tema adquire maior ênfase, desde o fim do Conselho Nacional de Direitos Autorais (CNDA), em 1990, não havia qualquer ente do Estado que fizesse a fiscalização do sistema de arrecadação e distribuição dos direitos autorais aplicados à música. A instituição e suas competências, entre elas a fiscalização, estavam previstas na Lei de Direitos Autorais de 1973, com a nova legislação o Ministério da Cultura passa a exercer, em tese, esta prerrogativa.

Neste contexto, o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, instituição privada criada pela Lei nº 5.988/73, se configura como sendo o único órgão competente para a prática de arrecadação e distribuição autoral na música, e com a finalidade de viabilizar a consecução de suas atividades básicas, aplica o Regulamento de Arrecadação², que foi elaborado e aprovado por sua Assembleia Geral, composta por representantes das associações que o integram, classificando os usuários de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas em permanentes e

2 ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD. Regulamento de Arrecadação Consolidado. Dez 2012. Disponível em: <http://www.ecad.org.br>. Acesso em: 07 de Agosto de 2015.

eventuais, segundo as particularidades que apresentam.

Entretanto, em junho de 2011 teve início a mais importante Comissão Parlamentar de Inquérito envolvendo o ECAD, tendo como presidente e relator, respectivamente, os senadores Randolfe Rodrigues e Lindberg Farias, com o objetivo de investigar acusações de falta de transparência na arrecadação e distribuição de recursos, formação de cartel e abuso na cobrança de direitos autorais.

Conhecida como “CPI do ECAD”, ela foi concluída em abril de 2012. A CPI teve no seu relatório final a proposta de um projeto de lei (PLS 129/12), que previu um sistema de gestão coletiva de direitos autorais, através da criação de duas entidades: o Conselho Nacional de Direitos Autorais (CNDA, que havia sido desativado em 1990) e a Secretaria Nacional de Direitos Autorais (SNDA). Além disso, o relatório sugeriu o indiciamento de 15 pessoas ligadas à entidade, sob as acusações de apropriação indébita, fraude na realização de auditoria, formação de cartel e enriquecimento ilícito.

Em agosto de 2013 o projeto foi sancionado pela presidente Dilma Rousseff, também conhecida como Nova Lei de Direitos Autorais sob nº 12.853/2013. Através dela, o ECAD continua sendo o único arrecadador de direitos, porém, sob controle estatal através de fiscalização do Ministério da Cultura. Em junho de 2015, foi publicado no Diário Oficial da União (DOU) o Decreto nº 8.469, regulamentando as novas regras previstas na Lei nº 12.853/2013, além de trechos da antiga LDA 9.610/98. Dentre as normas, o decreto ressalta que as novas associações que desejarem exercer a atividade de cobrança de direitos autorais deverão obter habilitação no Ministério da Cultura, e que os preços cobrados devem ser estabelecidos pelas associações em assembleia geral. Além disso, as entidades deverão informar na internet seus cadastros de obras, formas de cálculo e critérios de cobrança, da mesma forma que as empresas de comunicação e estabelecimentos comerciais devem tornar públicas, na internet ou em suas sedes, as obras que executarem.

O tema escolhido tem importância para a pesquisa científica no Brasil porque, nas últimas décadas, o país passou por grandes mudanças

políticas e econômicas, o que levou à maior ocorrência de situações de posição dominante e monopólios tanto do setor privado quanto do Estado. Esse cenário tem mudado o foco de ação das autoridades de defesa da concorrência desde a análise dos atos de concentração e de investigações acerca da prática de cartéis, à importância do debate e de investigações de infrações cometidas por agentes econômicos em posição dominante.

Por consequência, aborda-se a visão reducionista da nova LDA nº 12.853/13 em permitir que apenas o ECAD seja responsável pela arrecadação e distribuição destes direitos, e a seguir demonstra-se que esta justificativa - através da contribuição da Análise Econômica do Direito - nem sempre é válida se analisada a partir do conceito de eficiência e concorrência. Por fim, o estudo pretende demonstrar que a regulação, vista a partir do Direito Concorrencial - no que tange a sua arrecadação e distribuição - visa garantir uma maior estabilidade desse sistema tornando o sustentável, o qual, após anos da criação do ECAD, ainda encontra-se defasado, permitindo a existência de práticas fraudulentas e abusivas que levam o setor à prática de monopólio.

2. CONCEITO JURÍDICO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade³ é um dos principais e mais sólidos direitos subjetivos existentes. A visão hegeliana da propriedade a relaciona com a auto-realização da personalidade no mundo fático, como um desdobramento da liberdade individual, que deve ser afirmado e assegurado como uma forma de evitar a arbitrariedade e a barbárie.⁴ É

3 Do ponto de vista jurídico, a propriedade é um conjunto de direitos. Esses direitos descrevem o que as pessoas podem e não podem fazer com os recursos que possuem: até onde elas podem possuir, usar, desenvolver, melhorar, transformar, consumir, exaurir, destruir, vender, doar, legar, transferir, hipotecar, alugar, emprestar ou excluir de outros de sua propriedade. Esses direitos não são imutáveis; eles poderão, por exemplo, mudar de uma geração para outra. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010, p. 92.)

4 BAVARESCO, Agemir; CHRISTINO, Sérgio Batista. **Lógica e Propriedade no Direito Abstrato de Hegel**. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol 17, nº3, p.384-400. Setembro a

uma extensão do indivíduo, para além do seu corpo físico, que deve ser garantido em virtude de um vínculo que foi formado pela criação ou aquisição de um bem por uma pessoa.

Além dessa relação entre o indivíduo e o bem, a propriedade consiste também em uma relação de oposição entre o proprietário e os demais indivíduos, no sentido de que o proprietário possui, diante destes, meios legais para excluí-los daquela relação.⁵

Existe, portanto, uma clara diferença entre direito de propriedade e exercício dessa propriedade, ambos não se confundem. O direito de propriedade é absoluto e subjetivo, enquanto o exercício da propriedade é condicionado à norma objetiva que o regula.

Ao longo da história, o direito de propriedade foi alvo de diferentes interpretações, ora ampliando seu significado, ora o delimitando, de acordo com o contexto histórico e suas respectivas necessidades econômicas e produtivas.

Na Idade Antiga, não havia direitos subjetivos oponíveis ao Estado (à *pólis*), a propriedade era coletiva e não havia liberdades ou ideais individualistas, o patrimônio estava todo vinculado a uma ordem estatal. A Lei das Doze Tábuas, no império romano, pode ser considerada a origem dos ordenamentos jurídicos que consagram a liberdade e a propriedade.⁶ Na Idade Média, o Estado feudal reconhecia, de certa forma, o valor do trabalho, garantindo a posse – não a propriedade – da terra a quem nela produzisse, em troca de uma parte dessa produção. Foi, contudo, com o iluminismo, a partir do século XVII e cujo apogeu acontece no século XVIII, por meio de pensadores como John Locke⁷, Rousseau⁸ e

dezembro de 2012.

5 REZENDE; NASCIMENTO, 2014, p.01

6 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 10ªed. São Paulo: Atlas, 2001.

7 LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001

8 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Coleção Os Pensadores. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

Montesquieu⁹, que as liberdades individuais passaram a ser efetivamente defendidas e valorizadas.

John Locke já relacionava, em sua teoria, a propriedade com o trabalho: o trabalho era meio de conquista de bens, ou seja, quando se retirava um objeto do estado de natureza e a ele se acrescentava o seu trabalho, criando ou transformando em algo novo, este objeto passaria a ser uma propriedade, merecedora de tutela jurídica¹⁰: “Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que exclui o direito comum dos outros homens”.¹¹

Rousseau, por sua vez, entende que a propriedade decorre de um ato unilateral do primeiro ocupante de um bem, que, afirmando a sua posse, a legitimará em um título positivo através do contrato social. O contrato social e o estabelecimento de leis ocasionaria a perda da liberdade natural, onde a única limitação é a força do indivíduo, e proporciona a liberdade civil, com a devida proteção de direitos invioláveis, entre eles, o da propriedade¹²: “Eis por que o direito de primeiro ocupante, assaz débil no estado de natureza, é para todo homem civil, respeitável.”¹³ Entretanto, Rousseau acreditava ser necessário impedir a excessiva desigualdade de patrimônio, protegendo a coletividade acima da liberdade individualista.

Montesquieu ressalta a proteção da propriedade através da lei, contra a ingerência de terceiros e do Estado:

A garantia de nossa liberdade dentro de uma sociedade, para além do nosso poder autônomo de determinarmos a nós mesmos, vem de uma Constituição que preveja as ameaças à nossa liberdade dentro da comunidade e crie os meios legais para a defesa do es-

9 MONTESQUIEU, Charles-Louis. **O Espírito das Leis**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

10 OLIVEIRA, Álvaro Borges de; FARIAS, Dóris Ghilardi de. **A concepção de Locke sobre propriedade**. Revista da ESMESC, v. 13, nº19, 2006, p.350.

11 LOCKE, op. cit., p. 9.

12 HENKES, Ricardo Augusto. **Rousseau e o direito de propriedade**. Revista Espaço Acadêmico, nº89, outubro de 2008. Disponível em: <https://www.espacoacademico.com.br/089/89henkes.pdf>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

13 ROUSSEAU, op. cit. p.62.

paço privado do indivíduo.¹⁴

Para os referidos pensadores iluministas, os homens deveriam buscar a sua autonomia diante do Estado, e isso incluía assegurar a propriedade privada e garantir que o proprietário pudesse usar e dispor livremente de seus bens.¹⁵ Para Oliveira e Farias: “O estado civil, ou melhor, a função do estado civil será, então, apenas o de conservar o direito de propriedade [...] a preservação da propriedade é o objetivo do governo, e a razão por que o homem entra na sociedade”.¹⁶

Esta concepção individualista de propriedade, consagrada pela modernidade e seus ideais burgueses/iluministas consta na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na Constituição Francesa (1791) e no Código Civil Francês (1804)¹⁷:

O Código Napoleônico é fonte de inspiração de várias outras codificações pelo mundo afora, passando a propriedade a figurar entre os direitos subjetivos protegidos constitucionalmente, sendo elevada também a instituto jurídico, garantindo aos indivíduos sua proteção contra os demais particulares e também contra o poder público.¹⁸

Nestes diplomas, a propriedade aparece como um direito inviolável e sagrado, do qual ninguém pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada exija, sob condição de justa e prévia indenização, atribuindo um valor monetário à propriedade.

Passa-se, em seguida, a uma visão pluralística da propriedade, não mais limitando o campo de sua análise à figura do proprietário e de seu respectivo bem, mas vislumbrando que a propriedade, além de garantir direitos, também obriga seu proprietário a praticar determinadas

14 MOSSO, Breno Ramos. **Em defesa da liberdade**. Dissertação. 43f. Universidade de Brasília. Brasília, janeiro de 2011, p.16.

15 BRAGA, Roberta Chaves. **Direito de Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. Monografia. 43f. Escola Superior da Magistratura – ESMEC. Universidade Vale do Acaraú, Fortaleza, julho de 2009.

16 OLIVEIRA; FARIAS. op. cit. p.349.

17 KERABON, Nicolas. **História do direito privado francês (do século V ao XX)**. In: MORAIS DA COSTA, Thales (Coord.). Introdução ao direito francês. Curitiba: Juruá, 2009.

18 OLIVEIRA; FARIAS. 2006, p.359.

condutas, consoante à Constituição de Weimar.¹⁹ Esta Constituição, de 1919, surgiu num contexto de movimentos sociais revolucionários, em que os direitos humanos e fundamentais adquirem maior relevância, incluindo os direitos sociais:

Isto, de certa forma, rompeu com o constitucionalismo clássico do século XVIII, dando vezo ao surgimento de um outro mais social, que elegeu determinados princípios/valores a serem perseguidos por uma sociedade e por um Estado comprometidos com a justiça social e integração humana.²⁰

Originava-se a teoria da função social da propriedade, erigida à categoria de princípio jurídico constitucional, que influencia e vige até o tempo presente nos Estados democráticos de direito, em virtude da supremacia do interesse público, tal qual ocorre na Constituição Federal brasileira de 1988; na Constituição espanhola de 1978, que estabelece a função social entre os princípios reitores da política social e econômica, na Constituição chilena de 1981, que prevê o direito de propriedade acompanhado das obrigações e limitações que derivam da função social; e na Constituição da República Italiana, em vigor desde 1948, que atribui grande relevância a este princípio, em virtude do qual deslocou a propriedade do núcleo dos direitos da personalidade e passou a tratá-la como fato econômico, rigorosamente regulado.²¹

Dois fatos relativos ao conjunto de direitos que constituem a propriedade são fundamentais para a compreensão do tema. Primeiro, o proprietário é livre para exercer os direitos sobre sua propriedade, e isso quer dizer que não há lei que proíba ou exija que o proprietário exerça esses direitos. Segundo, as outras pessoas estão proibidas de interferir no exercício dos direitos de proprietário, isso inclui pessoas privadas e

19 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, G. R. R.. Do Particularismo Normativo em Matéria de Propriedade Imaterial: Legislar para quê(m)? In: Antenor Demeterco Neto; Rodrigo Pironti Aguirre de Castro; Eduardo Ramos Caron Tesserolli, Victor Hugo Domingues; Vinicius Klein. (Org.). Temas de Direito Econômico: A Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. 1ed. Curitiba: Clássica Editora, 2013, v. 1, p. 1-19.

20 LEAL, Rogério Lasta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil:** aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 103.

21 BRASIL. Senado Federal. **Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras.** Vol. I. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987.

o governo. O conceito jurídico de propriedade é, portanto, o de um conjunto de direitos sobre recursos que o proprietário é livre para exercer e cujo exercício é protegido da interferência ou intromissão de outros. Essa definição geral de propriedade é compatível com muitas teorias para as quais direitos específicos devem ser incluídos no conjunto protegido e de como se devem proteger esses direitos.²²

No Brasil, atualmente, a propriedade é protegida constitucionalmente, no artigo 5º, como uma garantia fundamental, que não deixa de esclarecer que é garantido o direito de propriedade (inciso XXII), mas que esta atenderá a sua função social (inciso XXIII), além de ser um princípio da ordem econômica (artigo 170, inciso II).

No Código Civil, ao proprietário é conferido o direito de usar, gozar e dispor da coisa, podendo reavê-la do poder de quem quer que a injustamente a possua ou detenha (artigo 1.228), que são, conforme visto, as faculdades intrínsecas do conceito jurídico de propriedade, ainda que sempre respeitada a função social (§1º).

Além do conceito de propriedade, é importante também esclarecer a possibilidade de que seja classificada em diversas modalidades, entre as quais encontram-se a propriedade material e a propriedade imaterial.

A propriedade material ou corpórea é aquela que tem corpo, ou seja, é tangível, visível, palpável. É uma casa, um carro, uma jóia, etc. A propriedade imaterial ou incorpórea é exatamente o oposto, ou seja, é aquela invisível, intangível. Abrange os direitos contratuais, obrigacionais, ou seja, os direitos intelectuais.²³

O direito de propriedade intelectual (imaterial) abrange os direitos autorais e os direitos de propriedade industrial.

Os direitos imateriais visam à proteção do homem enquanto criador intelectual, defendendo a paternidade, a integridade de sua criação e a fruição dos proventos econômicos dentro da linha dos mecanismos de tutela individual. Dado que a autoria de uma obra intelectual é um ato

22 COOTER; ULEN. 2010, p. 92.

23 LIMA, João Ademar de Andrade. **Curso de propriedade intelectual para designers**. João Pessoa: Novas Ideias, 2006. p. 18.

voluntário de originalidade criatividade e formulação, na qual o autor corporifica uma ideia em uma forma de expressão.

3. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Atualmente, não há mais propriedade absoluta, como existiu em outros tempos, à exemplo do império romano e da revolução francesa. O proprietário deve adotar uma conduta adequada para os interesses da sociedade. A visão egoística da propriedade, portanto, foi substituída pela função social, que leva em conta as consequências do exercício do usar e fruir diante da coletividade.²⁴

A propriedade vinculada à função social vai além das garantias de prerrogativas e direitos, ela obriga e impele seu titular à adoção de práticas valoradas socialmente. A sistemática jurídica ao mesmo que garante o funcionamento do mercado e a operabilidade da ordem econômica através da manutenção do direito à propriedade, coloca freio no egoísmo humano, valorizando-se a fraternidade em detrimento de uma igualdade meramente formal entre proprietários e não proprietários.²⁵

A utilização da propriedade sob a ótica da função social impõe limitações ao proprietário, que não pode exercer seu direito de maneira abusiva, mas também representa uma garantia, para toda a coletividade, de que a coisa será protegida para que se mantenha útil para a realização dos anseios socialmente valorados.²⁶

[...] a função social penetra na própria estrutura e substância do direito subjetivo, traduzindo-se em uma necessidade de atuação promocional por parte do proprietário, pautada no estímulo a obrigações de fazer, consistentes na implementação de medidas hábeis a impulsionar a exploração racional do bem, com a finali-

24 REZENDE, Elcio Nacur; NASCIMENTO, Simone Murta. **Direito de Propriedade como elemento da psique humana**. Revista Crítica do Direito, nº4, vol. 62. Agosto a Outubro de 2014. Disponível em: <https://criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4---volume-62/direito-de-propriedade-como-elemento-da-psique-humana--o-limite-da-fruicao-frente-a-funcao-socioambiental>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

25 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. Volume 5, 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2012, p.313.

26 REZENDE; NASCIMENTO, op cit., p.02.

dade de satisfazer os anseios econômicos sem aviltar as demandas coletivas, promovendo o desenvolvimento econômico e social, de modo a alcançar o valor supremo no ordenamento jurídico: a Justiça.²⁷

A função social, portanto, resume-se a uma atuação do proprietário que seja capaz de realizar interesses sociais em consonância com seus direitos individuais, situação em que um não exclui o outro, na busca por um equilíbrio justo.

Trata-se de uma postura ética, que obriga o titular do direito a considerar aqueles indivíduos que o cercam e até mesmo os que ainda estão por vir, as gerações futuras. A propriedade intelectual segue este mesmo sistema, embora com suas próprias particularidades.

A função social da propriedade intelectual, que a faz ser merecedora de tutela jurídica, baseia-se nos aspectos moral e patrimonial que são resguardados para o criador devido ao seu vínculo com a obra, de forma que os recursos financeiros (aspecto patrimonial) e o reconhecimento (aspecto moral) são um estímulo para que o indivíduo continue se dedicando à produções intelectuais que, em última instância, beneficiam toda a sociedade, ou seja, há uma destinação social:

[...] os benefícios econômicos oriundos da arrecadação auferida dos direitos autorais asseguram o incentivo ao trabalho intelectual, que é exercido pelo autor. Sob este aspecto, quanto mais oportunidade de criar for dada ao autor intelectual, mais obras serão criadas e, conseqüentemente, maior será a disponibilidade das obras à população, o que propiciaria uma maior oportunidade de acesso às mesmas. Entretanto, a crítica que se faz é que, neste caso, a arrecadação oriunda dos direitos autorais, quando estendida aos sucessores ou herdeiros, deixa de ter a finalidade de incentivar o trabalho intelectual do autor para socorrer economicamente seus herdeiros ou para beneficiar seus sucessores.²⁸

Neste ponto, em que a arrecadação é estendida aos sucessores, se for estendida por tempo demais, a função social deixa de existir, justificando-se o prazo legal para a referida proteção. Após findo o prazo, não há mais

27 FARIAS; ROSENVALD, op cit., p.296.

28 LOT JUNIOR, Rafael Angelo. **Função social da propriedade intelectual**: o patrimonialismo autoralista em contraste com o direito de acesso à cultura. 2009. 106f. Dissertação – Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Fortaleza, agosto de 2009, p. 62.

direitos patrimoniais sobre a criação; permanece, entretanto, o aspecto moral, que garante o devido reconhecimento de autoria.

O vínculo que existe entre o produtor e o resultado de sua produção já era reconhecido por John Locke:

[...] ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem direito, exceto ela. Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos, são propriedade sua.²⁹

Enquanto Locke menciona o “trabalho do corpo e das mãos”, por analogia, pode-se dizer que o trabalho da mente e do intelecto de uma pessoa também se incluem nesta propriedade protegida. Essa pessoa, nos termos da Lei de Direitos Autorais n.º 9.610 de 1998, é o autor das obras intelectuais, assim definido em seu artigo 11º: “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”.

Nesta lei, a relevância que se dá ao trabalho do criador está prevista em seu artigo 18: “a proteção aos direitos de que trata esta lei, independe de registro”. O trabalho, por si só, constitui o direito à proteção, sendo o registro meramente declaratório.

Ademais, a lei exige ainda que a função social seja atendida também pelas associações de titulares de direitos de autor, ou seja, preza-se por uma gestão coletiva consciente e eficaz dos direitos autorais, visto que estes, em última instância, beneficiam a toda a sociedade, sua identidade, sua cultura e seu desenvolvimento.

Outra peculiaridade da propriedade intelectual “refere-se ao fato de ser um bem não-rival. Referida terminologia significa dizer que, ainda que utilizada por terceiros, esta modalidade de propriedade não perde o valor e a utilidade para o seu titular”.³⁰ Por outro lado, vigora no ordenamento jurídico brasileiro o direito fundamental do acesso à informação, previsto constitucionalmente, no artigo 5º, inciso XIV.

29 LOCKE, 2001, p. 98.

30 SILVA, Camilla Polonini Salgado. **Função social da propriedade intelectual e sua relação com a sociedade da informação**. Revista Horizonte Científico. Vol 3, nº 2, Fevereiro de 2009, p.18.

Qualquer restrição ao direito de informação, ou de expressão, equivale à censura. Trata-se de direito fundamental pois considera-se que a informação é imprescindível para a liberdade de opinião, de pensamento, e, portanto, para a independência da pessoa humana.

Desta forma, a função social da propriedade intelectual é atendida quando a proteção dada aos bens tutelados pela propriedade intelectual não obsta demasiadamente o acesso à informação de que necessita a população para seu desenvolvimento e para a garantia dos interesses sociais. Neste sentido, é necessário que haja uma análise minuciosa no caso concreto, tendo em vista os princípios de hermenêutica constitucional, de forma a maximizar os direitos do particular e da sociedade [...].³¹

Cabe ainda ressaltar que, nos termos do artigo 23, inciso V, da Constituição Federal, é dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, proporcionar meios de acesso à cultura. Sendo assim, a cultura é um direito social que deve ser observado na função social da propriedade intelectual, como uma realização do interesse público e da dignidade da pessoa humana.

4. PORQUE REGULAR OS DIREITOS AUTORAIS MUSICAIS NO BRASIL

A regulação, atividade-fim das agências reguladoras, é criada como uma correção estatal para as situações em que o mercado apresenta falhas. Nos setores considerados de interesse público, essa preocupação é ainda maior.

Na sua protohistória o Direito Administrativo moderno edificou-se sobre o discurso basilar de que o Estado é responsável pela busca do interesse público como um “dever negativo” garantidor da felicidade individual (sustentada pelo ideal de autonomia). Isso ocorre seja pela identificação da vontade geral do povo pelo poder legislativo, com a sua consequente enunciação dos diplomas legais, seja pela aplicação desse interesse geral pela Administração Pública, por meio da concretização dos comandos da lei. Tal interesse, na França pós-revolucionária, giraria em torno do respeito

31 Ibidem. p.19.

às liberdades individuais e do impedimento de quaisquer interferências, não autorizadas pela lei, da Administração nas esferas jurídicas dos particulares.³²

O conceito de *interesse público*, por sua vez, “[...] tem sido utilizado para alcançar interesses sociais, interesses indisponíveis do indivíduo, interesses coletivos, difusos, transindividuais; a expressão ainda aparece associada com frequência a outras expressões semelhantes, como interesse geral, utilidade pública, ou ainda, bem de todos.”³³ Em sentido lato, portanto, o interesse público é aquele que atinge a sociedade como um todo, sendo que “aceita-se como critério para a identificação do que seja interesse público considerar-se como tal aquilo que o povo quer ver preservado ou promovido.”³⁴ Fala-se em preservar a cultura “referindo-se às obras e práticas da arte, da atividade intelectual e do entretenimento”³⁵, ainda que vistas como uma atividade econômica. A música está associada, portanto, ao contexto cultural de um povo, que a utiliza como uma forma de expressão. Dessa forma, está inserida no que determina o artigo 1º, inciso III, da Lei n.º 8.313 de 23 de dezembro de 1991, a Lei Rouanet, que estabelece para o Estado brasileiro a função de apoiar, valorizar e difundir o conjunto das manifestações culturais e seus respectivos criadores.

Na mercantilização da cultura, ou, da música, constata-se a ocorrência de falhas de mercado. A intervenção do Estado na economia independe do seu modelo econômico. Tanto no modelo capitalista, como no socialista, o Estado promove, em graus diferentes, ações interventivas na economia, o que faz da intervenção a ferramenta permanente. Em grau menos invasivo, a intervenção acontece, por exemplo, com o objetivo de coibir abusos praticados por particulares nas práticas empresariais, a

32 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 173.

33 MELLO JUNIOR, João Cândio. **O conceito polêmico de interesse público**. Revista Jurídica do Ministério Público. Belo Horizonte, AMMP, v.17 (edição especial), 1994, p. 279.

34 Ibidem, p. 295.

35 CANEDO, Daniele. **Cultura é o quê? Reflexões sobre o conceito de cultura e a atuação dos poderes públicos**. V ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. Universidade Federal da Bahia, Salvador, maio de 2009, p.5.

fim de evitar situações de monopólio.³⁶ A nova LDA nº 12.853/2013, mesmo sendo recente, é ineficiente em seu artigo 99³⁷, ao prever que as associações mantenham apenas um único escritório central para a arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública das obras musicais.

O efeito mais visível de um monopólio são os preços mais altos. A concorrência leva as empresas a oferecer seus produtos a um preço próximo do custo de produção. Em um monopólio perfeito e estável essa pressão desaparece.

O capitalismo traz consigo a desigualdade de renda. O público costuma aceitar essa desigualdade desde que não seja excessiva, seja vista como parte de um sistema que beneficia a todos, e mais importante, seja justificada por um princípio que boa parte da população considere “justo”. Um sistema competitivo de livre mercado possibilita as três coisas. A concorrência limita a possibilidade de obter lucros extraordinários, e assim limita também a desigualdade de renda. A concorrência garante que os consumidores desfrutem dos benefícios da inovação. A concorrência cria pressão no sentido da eficiência e, portanto, da meritocracia, sistema no qual as responsabilidades são designadas às pessoas mais capazes de produzir resultados e no qual as recompensas são vistas então como prêmio justo. A concorrência traz ainda mais do que isso: proporciona aos consumidores a liberdade de escolher. O fato de os consumidores poderem passar de um fornecedor para outro os protege de empresas que tentam explorá-los com preços altos, e também garante que seu bem-estar seja aumentado. Para se manter em atividade, as empresas oferecerão aos consumidores os termos mais favoráveis. Quando um negócio ganha poder de mercado excessivo, a ponto de conseguir aumentar os preços indiscriminadamente, os consumidores podem buscar proteção por meio do processo político. Mas, quando um negócio obtém poder de mercado e poder político, a fuga se torna impossível. Sob tais circunstâncias, o sistema começa a se assemelhar a uma

36 MORAES JUNIOR, Ariel Salete de; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Intervenção no domínio econômico: ajustes e desajustes no Brasil**. 2013, v. I, p. 07-25.

37 Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.

economia socialista em vez de uma economia de livre mercado.³⁸

Embora a nova LDA n.º 12.853/2013 tenha inovado quanto à fiscalização do Ecad pelo Ministério da Cultura, o referido diploma ainda mantém o monopólio do referido instituto como sendo o único órgão competente para a arrecadação e distribuição dos direitos autorais aplicáveis à música no Brasil.

Mas o mais poderoso argumento em favor da legislação antitruste raramente é apresentado: a legislação antitruste reduz o poder político das empresas. A maioria dos economistas (incluindo Greenspan) concorda com a afirmação segundo a qual o pior e mais duradouro monopólio é aquele sancionado pelo poder estatal. Mas a capacidade de obter essa chancela do governo é diretamente proporcional ao tamanho de uma empresa (ou cartel) – quanto maior a empresa, mais fácil se torna arcar com custo fixo da atividade lobista, e maior será o retorno. Da mesma maneira, quanto maior a firma, maior sua probabilidade de usar o poder do Estado em benefício próprio.³⁹

A manutenção do escritório central para a arrecadação e distribuição de direitos autorais apenas se justifica se forem aprovados requisitos mínimos de transparência e controle público a respeito das atividades desempenhadas pelo mesmo. Sem a aprovação de regras estabelecendo maior transparência e responsabilidade pública para o Ecad, deve-se abrir a arrecadação de direitos autorais à livre concorrência, nos termos dos princípios que regem a Ordem Econômica da Constituição Federal.⁴⁰

Destarte, uma vez que, sob os preceitos da regulação, o serviço público passa a ser prestado diretamente pelo particular, é necessário que as regras de regulação permaneçam inalteradas, sob pena de se estabelecer situação em que a assimetria de informação ocasionada pela alteração desmotivada da norma reguladora ocasione o surgimento de uma externalidade negativa.⁴¹

Nessa hipótese, um regime de concorrência levaria as entidades arrecadadoras a competir por eficiência e transparência, visando a

38 ZINGALES, L. **Um capitalismo para o povo**. São Paulo: BEI, 2015, p.24-25.

39 Ibidem, p.33.

40 CPI DO ECAD. **Relatório final apresentado**. Abril 2012, p. 399.

41 COUTO, C. S.; CASTILHO, M. **Regulação e eficiência administrativa no Brasil: um estudo a partir dos referenciais da Teoria da Análise Econômica do Direito**. 2014, v. 1, p.8.

sua legitimação perante os autores e o público em geral, algo que não acontece hoje, já que artistas e público pagante pelo uso das obras não têm alternativas quanto ao desempenho destas atividades, que são prestadas em regime de monopólio.⁴² Para tanto, o Direito Concorrencial se mostra fundamental na busca dessa regulação de mercado.

Assim, pode-se dizer que com o Direito Concorrencial os Estados buscam dois tipos de objetivos (ainda que estes objetivos possam se desdobrar em outros): de um lado regular a concorrência interna, dentro de sua jurisdição, de forma que o mercado não gere monopólios e não se feche para a entrada de novas empresas; de outro lado, paradoxalmente, incentivar as concentrações empresariais e os monopólios, de forma a favorecer a concorrência em escala mundial relativamente aos grandes grupos empresariais incentivados pelos Estados ou comunidades nos quais concentram suas riquezas.⁴³

Segundo a Convenção constitutiva da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, de 1967 (OMPI/WIPO): Artigo 2 – Definições: Para os propósitos dessa Convenção: [...] (viii) “propriedade intelectual” deve incluir os direitos relativos a: [...] proteção contra concorrência desleal e todos os outros direitos resultantes da atividade intelectual nos campos industrial, científico, literário ou artístico.

[...] propriedade intelectual não serve somente a interesses patrimoniais, tutelando também a faceta moral da criação, que se relaciona com o enaltecimento do vínculo entre autor e obra. É devido ao reconhecimento deste liame moral que se pode reclamar, por exemplo, a manutenção da integridade da obra ou o reconhecimento de sua autoria.⁴⁴

O aspecto patrimonial da proteção da propriedade intelectual existe porque considera-se que, na maioria das vezes, o criador não apenas teve o esforço de desenvolver aquela obra específica, mas ainda, que para ter essa capacidade de desenvolvimento, deve ter passado por um período de

42 CPI DO ECAD, op. cit.

43 STARKE, F.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Eficiência e concentração empresarial: o caso do setor de bebidas frias**. In: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuszk, Maria Stela Campos da Silva. (Org.). DIREITO E ECONOMIA. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. I, p. 226.

44 LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos. **PROPRIEDADE INTELECTUAL NO SÉCULO XXI: Em busca de um novo conceito e substrato teórico**. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008, p. 170.

estudos e preparação para tal, onde precisou investir recursos – financeiros ou o próprio tempo – e que merecem, agora, ser recompensados.⁴⁵ A fiscalização do Ecad pelo Ministério da Cultura, de que trata art. 2º do Decreto n.º 8.469/15⁴⁶, (que regulamenta as novas regras previstas na Lei n.º 12.853/2013), além de trechos da antiga LDA n.º 9.610/98, também não se mostra eficiente. A situação do Ministério da Cultura é incerta, tanto é que foi extinto brevemente pelo presidente interino Michel Temer por meio da medida provisória n.º 726 em 12 de maio de 2016, entretanto em 23 de maio de 2016, o governo restabeleceu novamente o Ministério pela medida provisória n.º 728.

A CPI do Ecad de 2011 que criou o projeto de lei (PLS 129/12), previu um sistema de gestão coletiva de direitos autorais, através da criação de duas entidades: o Conselho Nacional de Direitos Autorais (CNDA, que havia sido desativado em 1990) e a Secretaria Nacional de Direitos Autorais (SNDA). Ambas seriam geridas pelo Ministério da Justiça, com competência para regulamentar, mediar conflitos e fiscalizar a Gestão Coletiva de Direitos Autorais, entretanto essas medidas não foram adotadas pela nova legislação, tampouco se falou em agência regulatória nessa seara.

Nesse contexto, a credibilidade regulatória para os direitos autorais no Brasil depende de um desenho institucional no qual as agências regulatórias sejam independentes da “mão invisível” do Estado, sem intervenções de curto prazo. Desta forma, devem ter a finalidade de promover políticas de Estado, com mecanismos flexíveis que possam acompanhar as inovações tecnológicas dos setores regulados.

A mudança econômica é um processo ubíquo, incremental e contínuo que é resultado das escolhas que os atores individuais e os empresários das organizações fazem todo dia. Embora a grande maioria dessas decisões seja rotineira, algumas envolvem alterar “contratos” existentes entre indivíduos e organizações, às vezes,

45 Ibidem, p. 170.

46 Art. 2º. O exercício da atividade de cobrança de direitos autorais a que se refere o art. 98 da Lei nº 9.610, de 1998, somente será lícito para as associações que obtiverem habilitação no Ministério da Cultura, nos termos do art. 98-A da referida Lei, observadas as disposições deste Decreto.

essa repactuação pode ser realizada dentro da estrutura existente de direitos de propriedade e regras políticas, mas, às vezes, formas novas de contratação exigem uma alteração nas regras. Da mesma forma, as normas de comportamento que guiam as trocas serão gradualmente modificadas ou enfraquecidas. Em ambos os casos, as instituições estão sendo alteradas. As modificações ocorrem porque os indivíduos percebem que poderiam sair-se melhor reestruturando as trocas (políticas ou econômicas). A fonte das percepções alteradas pode ser exógena à economia — por exemplo, uma alteração do preço ou qualidade de um produto competitivo em outra economia, que altera as percepções dos empresários na economia em questão sobre oportunidades de lucro. Mas a fonte de mudanças de longo prazo mais fundamental é o aprendizado dos indivíduos e dos empresários das organizações.⁴⁷

Interessante seria importar, do direito norte-americano para o direito brasileiro, um conjunto de três princípios que devem ser observados na criação e funcionamento de agências reguladoras, legitimando a sua existência: (i) o princípio da informação, que estabelece duas fases para o processo regulatório; a primeira relaciona-se com as informações que devem ser angariadas e consideradas no decorrer do processo normativo; a segunda, trata da obrigatoriedade de tornar público o processo normativo e o regulamento confeccionado, assegurando que essas informações alcancem os interessados, democratizando e garantindo transparência à agência; (ii) o princípio da participação, que admite a importância do envolvimento dos interessados na edição de regulamentos, com a possibilidade de apresentarem sugestões e emendas; (iii) o princípio da responsabilidade, que consiste na rigorosa fiscalização das agências reguladoras, controlando o seu orçamento, investigando permanentemente as suas atividades e garantindo a possibilidade de terem seus atos revistos pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário — esta possibilidade já é estabelecida no direito brasileiro.⁴⁸ O triunfo de uma agência reguladora consistiria, principalmente, no fato de que a sua atuação seria pautada em uma postura equidistante das partes envolvidas.

Este arranjo institucional deve ser combinado com a garantia do

47 NORTH, Douglass C. **Desempenho econômico através do tempo**. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set/dez 2010, p.19.

48 LEHFELD, Op cit. p. 179-180.

bem-estar dos titulares de direitos autorais, com escolhas racionais através de mecanismos que permitam a participação dos mesmos nas decisões do órgão arrecadador. Afinal, o comportamento humano é racional diante das escolhas, sendo que muitas vezes o indivíduo se sujeita a determinada consequência sabendo que não poderia ser diferente, ou seja, esperou-se por aquele fato que decorreu de uma escolha lógica e racional.⁴⁹

A indução do comportamento é feita pela via econômica, na pressuposição da ausência de norma que o proíba ou obrigue, ou seja: juridicamente, o comportamento é lícito: tanto pode ser quanto pode não ser adotado, e nenhuma sanção a ele é dada. Nas abstrações jurídicas, como o comportamento é permitido, ou facultado, sua adoção é livre; como, na práxis da vida real, o comportamento acaba sendo induzido, muitas vezes, com tal intensidade que se torna proibitivo ou de realização inevitável. É o direito, mesmo não proibindo, tornando um comportamento proibitivo. Ou, mesmo não obrigando, tornando-o de adoção praticamente obrigatória.⁵⁰

A dimensão de direitos autorais deve ser tratada como estratégica para a política cultural, com a proteção dos direitos dos criadores e intérpretes brasileiros como uma dimensão econômica significativa, com estrutura administrativa que disponha de recursos orçamentários, estrutura física e pessoal qualificado para exercer a regulação, mediação e fiscalização com a máxima eficiência econômica das entidades de gestão coletiva de direitos autorais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo modelo atualmente implantado no Brasil, a arrecadação e distribuição relativa à execução de obras musicais, literomusicais e fonogramas é feita por uma única instituição, o ECAD, sem que exista qualquer contrapartida, como a supervisão estatal ou transparência, ao

49 KOLLER, Carlos Eduardo. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Racionalidade econômica e a negociação coletiva de trabalho**. In: Revista de Direito Empresarial: RDEmp. – ano 12, n.1 (jan./abr. 2015). Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.34.

50 FOLLONI, André. **Isonomia na tributação extrafiscal**. Revista Direito GV, 10-1, jan/jun/2014, p. 205.

contrário do que ocorre em outros setores da economia que possuem limitações à concorrência ou administram recursos de terceiros. Vários fatos, conforme explanados neste estudo, apontam que essa situação está longe de ser ideal.

Os direitos de propriedade são eficientes quando maximizam a riqueza de uma nação. As políticas moldam significativamente o desempenho econômico porque elas definem e aplicam as regras da economia. Portanto, uma parte essencial da política de desenvolvimento é a criação de organizações políticas que criem e façam valer os direitos de propriedade eficientes. Não está claro, até o momento, que a nova LDA nº 12.853/2013 venha a suprir, com a eficiência econômica almejada, as lacunas do sistema de direito autoral brasileiro.

É necessário repensar este setor empresarial frente ao conceito de desenvolvimento econômico, sobretudo, com a concretização de uma estratégia nacional de desenvolvimento, onde diversos fatores e instituições a eles relacionadas estejam agindo de forma cooperada, o que não acontece neste momento.

Evidencia-se uma clara falha neste mercado, essa imperfeição se demonstra pelos desvios das condições de mercado competitivo através da instituição do ECAD. A dimensão de direitos autorais da obra musical deve ser tratada como estratégica para a política cultural, com a proteção dos direitos dos criadores e intérpretes brasileiros como uma dimensão econômica significativa, com estrutura administrativa que disponha de recursos orçamentários, estrutura física e pessoal qualificado para exercer a regulação, mediação e fiscalização com a máxima eficiência econômica das entidades de gestão coletiva de direitos autorais ligados à música.

REFERÊNCIAS

BAVARESCO, Agemir; CHRISTINO, Sérgio Batista. **Lógica e Propriedade no Direito Abstrato de Hegel**. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol 17, nº3, p.384-400. Setembro a dezembro de 2012.

BRAGA, Roberta Chaves. **Direito de Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. Monografia. 43f.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras**. Vol. I. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987.

CANEDO, Daniele. **Cultura é o quê? Reflexões sobre o conceito de cultura e a atuação dos poderes públicos**. V ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. Universidade Federal da Bahia, Salvador, maio de 2009, p.5.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010.

COUTO, C. S.; CASTILHO, M. **Regulação e eficiência administrativa no Brasil: um estudo a partir dos referenciais da Teoria da Análise Econômica do Direito**. 2014, v. 1, p.8.

CPI DO ECAD. **Relatório final apresentado**. Abril 2012, p. 399.

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD. **Regulamento de Arrecadação Consolidado**. Dez 2012. Disponível em: <http://www.ecad.org.br>. Acesso em: 07 de Agosto de 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. Volume 5, 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2012, p.313.

FOLLONI, André. **Isonomia na tributação extrafiscal**. Revista Direito GV, 10-1, jan/jun/2014, p. 205.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 173.

KERMABON, Nicolas. **História do direito privado francês (do século V ao XX)**. In: MORAIS DA COSTA, Thales (Coord.). Introdução ao direito francês. Curitiba: Juruá, 2009.

KOLLER, Carlos Eduardo. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Racionalidade econômica e a negociação coletiva de trabalho**. In: Revista de Direito Empresarial: RDEmp. – ano 12, n.1 (jan./abr. 2015). Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.34.

LEAL, Rogério Lasta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 103.

LIMA, João Ademar de Andrade. **Curso de propriedade intelectual para designers**. João Pessoa: Novas Ideias, 2006. p. 18.

LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos. **PROPRIEDADE INTELECTUAL NO SÉCULO XXI: Em busca de um novo conceito e substrato teórico**. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008, p. 170.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOT JUNIOR, Rafael Angelo. **Função social da propriedade intelectual**: o patrimonialismo autoralista em contraste com o direito de acesso à cultura. 2009. 106f. Dissertação – Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Fortaleza, agosto de 2009, p. 62.

HENKES, Ricardo Augusto. **Rousseau e o direito de propriedade**. Revista Espaço Acadêmico, nº89, outubro de 2008. Disponível em: <https://www.espacoacademico.com.br/089/89henkes.pdf>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

MELLO JUNIOR, João Cândio. **O conceito polêmico de interesse**

público. Revista Jurídica do Ministério Público. Belo Horizonte, AMMP, v.17 (edição especial), 1994, p. 279.

MONTESQUIEU, Charles-Louis. **O Espírito das Leis.** Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 10ªed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES JUNIOR, Ariel Salete de; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Intervenção no domínio econômico: ajustes e desajustes no Brasil.** 2013, v. I, p. 07-25.

MOSSO, Breno Ramos. **Em defesa da liberdade.** Dissertação. 43f. Universidade de Brasília. Brasília, janeiro de 2011, p.16.

NORTH, Douglass C. **Desempenho econômico através do tempo.** Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set/dez 2010, p.19.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de; FARIAS, Dóris Ghilardi de. **A concepção de Locke sobre propriedade.** Revista da ESMESC, v. 13, nº19, 2006, p.350.

REZENDE, Elcio Nacur; NASCIMENTO, Simone Murta. **Direito de Propriedade como elemento da psique humana.** Revista Crítica do Direito, nº4, vol. 62. Agosto a Outubro de 2014. Disponível em: <https://criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4---volume-62/direito-de-propriedade-como-elemento-da-psique-humana---o-limite-da-fruicao-frente-a-funcao-socioambiental>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, G. R. R.. **Do Particularismo Normativo em Matéria de Propriedade Imaterial: Legislar para quê(m)?** In: Antenor Demeterco Neto; Rodrigo Pironti Aguirre de Castro; Eduardo Ramos Caron Tesserolli, Victor Hugo Domingues; Vinicius Klein. (Org.). Temas de Direito Econômico: A Copa do

Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. 1ed. Curitiba: Clássica Editora, 2013, v. 1, p. 1-19.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Coleção Os Pensadores. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SILVA, Camilla Polonini Salgado. **Função social da propriedade intelectual e sua relação com a sociedade da informação**. Revista Horizonte Científico. Vol 3, nº 2, Fevereiro de 2009, p.18.

STARKE, F.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Eficiência e concentração empresarial: o caso do setor de bebidas frias**. In: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuska, Maria Stela Campos da Silva. (Org.). DIREITO E ECONOMIA. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. I, p. 226.

ZINGALES, L. **Um capitalismo para o povo**. São Paulo: BEI, 2015, p.24-25.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

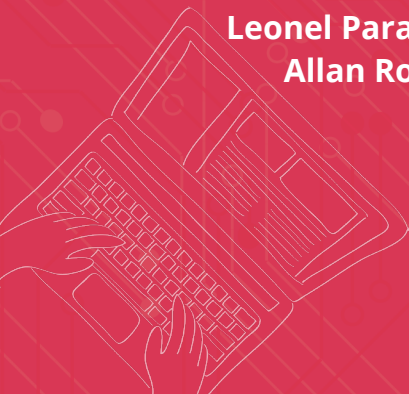
Eixo temático:

**DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:**
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**FUNÇÃO SOCIAL DA
GESTÃO COLETIVA DE
DIREITOS AUTORAIS**

**Leonel Paraguassu Andrade
Allan Rocha de Souza**



FUNÇÃO SOCIAL DA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS ¹

Autores: Leonel Paraguassu Andrade²; Allan Rocha de Souza³

Instituição: Curso de Direito do Instituto Três Rios (ITR) da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ)

Resumo: A lei 12.853 de 2013 alterou a lei de direitos autorais no que tange à gestão coletiva e, para fins deste trabalho, uma das principais mudanças foi a submissão das atividades do escritório central de arrecadação e distribuição de direitos autorais (ECAD) à realização do interesse público, por meio do cumprimento de sua função social. A atuação estatal, por meio das mudanças promovidas por essa lei, veio a ser objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade promovidas pelo ECAD e pelas associações que fazem parte do escritório central. Com base nas razões e debates nas ações judiciais, este trabalho busca compreender o significado constitucional e alcance da função social da gestão coletiva de direitos autorais.

Palavras-chave: Função Social. Gestão coletiva. Direitos Autorais.

1 Este trabalho foi desenvolvido sob orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza e contou com o apoio financeiro do INCT PROPRIETAS e do CNPq.

2 Acadêmico do de Direito do Instituto Três Rios da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ-ITR). Bolsista e pesquisador de Iniciação Científica do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. E-mail Leonelpaandrade@gmail.com. CV Lattes <http://lattes.cnpq.br/9045080560661244>.

3 Professor e Pesquisador de Direito Civil e Propriedade Intelectual no Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR). Professor e Pesquisador de Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento na UFRJ (PPED/IE/UFRJ). Pesquisador Visitante do Oxford Intellectual Property Research Centre (OIPRC), Faculty of Law, Oxford University. Vice Coordenador e Pesquisador do INCT PROPRIETAS. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: allanrsouza@gmail.com . CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>

1. INTRODUÇÃO

O escritório central de arrecadação e distribuição de direitos autorais (ECAD) é uma instituição de direito privado que tem como objetivo fiscalizar, arrecadar e distribuir valores provenientes das músicas executadas em locais de frequência coletiva. Contudo, após ser objeto de diversas comissões parlamentares de inquérito, tornou-se evidente a necessidade de uma regulamentação do setor, que legislativamente foi concretizada com a promulgação da lei 12.853 em 2013.

A aprovação dessa lei alterou a lei de direitos autorais, modificando a parte que trata da gestão coletiva de direitos autorais. A exclusividade de atuação concedida pelo Estado ao ECAD na atividade passa a ser regulamentado pelo Estado, que se omitiu durante anos. As principais mudanças declaradas foram no sentido de proporcionar uma maior transparência, eficiência, modernização, regulação e fiscalização á atividade, os cinco pontos centrais apontados pelo CPI do Senado Federal.⁴

A atuação estatal legitimada pela lei 12.853 de 2013 foi objetivo de duas ações diretas de inconstitucionalidade promovidas pelo ECAD e pelas associações que compõem o Escritório central. Um dos pontos fundamentais da ponderação entre a submissão das atividades do ECAD e a liberdade associativa do escritório central gira entorno na individualização da função social da gestão coletiva de direitos autorais.

Para a melhor análise do conteúdo da função social da gestão coletiva de direitos autorais, objeto deste trabalho, é necessário verificar de que maneira as atividades do ECAD influenciam na remuneração dos direitos dos autores sobre a obra e satisfação dos interesses coletivos surgidos a partir da produção da obra intelectual.

Isto posto, o presente artigo tem por finalidade verificar de qual modo o interesse público é satisfeito a partir dessas mudanças, por meio da efetivação da sua função social. Recorre-se ao método indutivo, a

4 BRASIL. Senado Federal. Comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo ECAD, relatório final, página 367.

partir da análise do relatório da CPI do Senado, acompanhamento do processo legislativo e dos documentos referentes ao julgamento das ações.

2. PROCESSO DE FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, verifica-se uma transformação hermenêutica qualitativa no Direito nacional no qual a Constituição passou a desfrutar, além da sua supremacia formal, de uma supremacia material e axiológica, se tornando efetivamente o centro do ordenamento jurídico. Logo, esse processo de constitucionalização do direito, além de compatibilizar a estrutura dos outros ramos com os objetivos constitucionais e os integra entre si. .

Apartir dessa passagem da constituição para o centro do ordenamento jurídico, as instituições do direito civil tiveram que se adequar a axiologia constitucional, caminhando para a superação da dicotomia existente entre a axiologia do direito público e do direito privado. Anteriormente a esse processo, o Código Civil era considerado como a “constituição do direito privado” e a Constituição não possuía significativa eficácia normativa dentro das relações civis, quando comparado aos tempos atuais. A norma constitucional passa a ser a razão e a validade das normas ordinárias, funcionalizando os institutos tradicionais de acordo com seus valores e princípios. E com o novo pressuposto hermenêutico, os institutos civilistas devem ser interpretados conforme à constituição e o código civil passou a ter como objetivo central a tutela do livre desenvolvimento da personalidade, deixando de ser um código essencialmente patrimonial..

Portanto, a partir da nova sistematização do direito, tendo como eixo central a Constituição Federal , a axiologia constitucional passou a nortear a estrutura e a função dos institutos do direito civil.

O fluxo de mudanças por óbvio alcançou também o instituto do direito de propriedade, que deve ser reconstruído visando a adequação à normativa constitucional no âmbito das relações privadas. A forma tradicional de se entender o direito de propriedade apenas sob o aspecto estrutural, tutelado unicamente os direitos e poderes natribuídos ao

proprietário torna-se superada, devendo ser compatibilizada com os interesses sociais as quais a propriedade está inserida, pois

[...] sendo o direito de propriedade instituto tipicamente de direito privado e central ao Estado Liberal não foi diferente, pois seus sentidos e escopo sofreram igualmente os efeitos das mudanças. Tendo em vista que estrutura e função são elementos que compõem quaisquer direitos subjetivos, a função do direito de propriedade que se esgotava na esfera individual do proprietário tem sido modificada ao passar dos anos para atender aos preceitos e garantias do Estado Social.⁵

E a mudança funcional adotada pelo ordenamento no instituto do direito de propriedade a partir do prisma constitucional, passa a ter como eixo central a dignidade da pessoa humana, com o advento da personificação do direito civil, pois

[...] no panorama constitucional, a propriedade privada deixa de atender apenas aos interesses proprietários, convertendo-se em instrumento para a proteção da pessoa humana, de tal sorte que o exercício do domínio há de respeitar e promover situações jurídicas subjetivas existenciais e sociais por ele atingidas.⁶

Torna-se assim evidente que a Constituição Federal de 1988 foi um marco para a mudança do tratamento jurídico dado ao instituto da propriedade. A inserção da tutela desse instituto à satisfação dos interesses coletivos e transindividuais se tornou tão relevante para a contemplação dos objetivos constitucionais que tornou-se necessário a elaboração do código civil de 2002, repaginando as estruturas e funções do direito privado, tendo como objetivo principal os valores existenciais, pautados nos princípios e valores constitucionais.

A constituição Federal de 1988 garantiu no artigo 5º, inciso XXII, o direito fundamental à propriedade, do mesmo modo que, no inciso XXIII, positivou que “a propriedade atenderá a sua função social”, ou

5 SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. *A propriedade privada no Brasil: reflexos a partir da Constituição Federal de 1988*. In Anais do Congresso, Nova York: Latin American Studies Association, 2016, p. 06.

6 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a constituição da República*. Rio de Janeiro. Renovar, 2011, p. 501.

seja, ao passo que reconheceu, de um lado, o direito de propriedade, de outro, criou a obrigação para o titular de dar ao bem uma destinação condizente com os objetivos constitucionais. Logo, o proprietário, ao exercer seus direitos de usar, gozar e dispor, deve funcionalizá-los aos valores existenciais da constituição.

A propriedade, como um direito subjetivo, possui duas dimensões que devem ser analisadas no exercício desse direito pelo titular. O primeiro deles é a dimensão estrutural desse instituto, o qual consiste na faculdade do proprietário de usar, gozar e dispor. Contudo, do mesmo modo, deve ser compreendida a dimensão funcional, que insere a propriedade com o meio pelo qual são satisfeitos os interesses sociais legitimamente reconhecidos.

Portanto, a partir do processo de constitucionalização do direito civil, além da dimensão estrutural, o instituto do direito de propriedade deve satisfazer sua dimensão funcional. Logo, propriedade e função social se tornam conceitos indissociáveis, na qual o pressuposto para a tutela, por parte do ordenamento, da situação proprietária é o cumprimento da sua função social, daí podermos afirmar que:

o Código Civil de 1916 tratou da propriedade apenas sob seu aspecto estrutural, como um feixe de poderes atribuídos ao proprietário.(...) “A noção encontra-se de tal forma consolidada na experiência brasileira dos últimos anos, que não há dúvidas de que a garantia da propriedade não pode ser vista mais à parte de sua conformação aos interesses sociais.[...] Não há, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão-somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social.”⁷

A função social não deve, contudo, ser entendida como um conjunto de limites para o exercício do direito de propriedade, como antes o era, pois passou a ser entendida como a própria razão pela qual o direito de propriedade fora atribuído. Portanto, essa cláusula geral passa a consistir como elemento do núcleo interno do domínio da propriedade, sendo a variável de legitimidade do instituto, já que:

⁷ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *A garantia de propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Junho de 2005, p.10.

O preceito, como se vê, condiciona a fruição individual pelo proprietário ao atendimento dos múltiplos interesses não proprietários. A proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses trabalhadores são interesses tutelados constitucionalmente, e passaram a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária.[...]os poderes concedidos ao proprietário só adquirem legitimidade na medida em que seu exercício concreto desempenhe função merecedora de tutela.”⁸

Ou, ainda, que

[...] é o consequente processo de funcionalização dos institutos que condiciona os direitos dos particulares à ordem constitucional, de tal modo que seus atos só se justificam na medida em que estiverem adequados à essência da atual perspectiva constitucional, consolidada a partir do processo de irradiação dos valores constitucionais e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, justificadores da natureza solidarista e paritária estabelecida no ordenamento jurídico.⁹

Portanto, torna-se evidente que a partir da Constituição de 1988 o campo semântico da Função Social da Propriedade se expandiu e solidificou, deixando de ser apenas um princípio que limita os direitos subjetivos proprietários, passando a fazer parte do núcleo interno do domínio desse instituto. Logo, para a legitimação da tutela por parte do ordenamento do direito subjetivo do proprietário, é preciso que seja satisfeita a dimensão funcional desse instituto, resultando nos deveres que o proprietário possui para satisfazer os interesses sociais. E, por fazer parte do núcleo interno do domínio, podemos afirmar que as relações proprietárias são, na verdade, uma situação jurídica complexa, no qual a sociedade deverá respeitar o direito do proprietário e este deverá satisfazer as pretensões sociais geradas pelo seu direito tutelado pelo ordenamento.

Portanto, podemos concluir que com a projeção da função social nas relações proprietárias, a atribuição do direito de propriedade é

8 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a constituição da República*. Rio de Janeiro. Renovar, 2011, p. 502.

9 SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. *A propriedade privada no Brasil: reflexos a partir da Constituição Federal de 1988*. In Anais do Congresso, Nova York: Latin American Studies Association, 2016, p. 08.

acompanhada da imposição de deveres e obrigações, cuja observância concretiza como condição de tutela daquele direito e,

Sendo assim, a categoria de direito subjetivo é substituída pela de situação jurídica subjetiva complexa, composta de direito, dever e por meio da qual se realizam os interesses individual e coletivo, de modo a concretizar assim, a função de solidariedade constitucional.

Referida construção aplicada à propriedade permite concebê-la não mais como uma situação de poder por si só abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas como ‘una situazione giuridica soggettiva típica e complessa’, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.¹⁰

Não podemos olvidar que estas alterações no instituto proprietário se deve ao reconhecimento da dinâmica própria das relações sociais e

[...] essa necessidade de relativização se dá pelo fato do conceito constitucional de propriedade não ser fixo, estático; mas, necessariamente dinâmico, o que legitima novas definições de seu conteúdo, como é o caso da fixação de limites que visam assegurar sua função social. A função social da propriedade ‘impõe ao legislador um dever de atualização das disposições disciplinadoras do direito de propriedade, tornando, muitas vezes, inevitável uma mudança do próprio conteúdo’, compatibilizando, por conseguinte, o espaço garantido à autonomia privada com o interesse coletivo. Deve o legislador, portanto, considerar a liberdade individual constitucionalmente garantida e o princípio de uma ordem de propriedade socialmente justa- elementos que se encontram em relação dialética na Lei Fundamental- para o fim de, mediante adequada ponderação, consolidar relações equilibradas e justas.¹¹

A função social, por se tratar de uma cláusula geral, técnica legislativa que se utiliza de conceitos com determinada vagueza com intuito de ampliar o campo semântico da norma, para que não haja uso indiscriminado e vago do conceito, se torna fundamental a atuação da

10 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a constituição da República*. Rio de Janeiro. Renovar, 2011, p. 503.

11 SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. *A propriedade privada no Brasil: reflexos a partir da Constituição Federal de 1988*. In Anais do Congresso, Nova York: Latin American Studies Association, 2016, p. 11.

doutrina e jurisprudência para que ocorra o processo de individualização da norma ao caso concreto, chegando, dessa forma, a compatibilização entre a observância dos preceitos constitucionais e a segurança jurídica.

Portanto, o legislador do código civil de 2002, ao inserir a cláusula geral da função social da propriedade, passa, de certa forma, a função concretiva do poder legislativo ao juiz, ao interprete, que deverá analisar a situação de fato e definir o alcance e sentido da função social no caso concreto.

o efetivo controle desta conformidade somente pode ser feito em concreto, pelo Poder Judiciário, no exame dos conflitos que se estabelecem entre os interesses proprietários e aqueles não- proprietários.¹²

Sendo assim, a função social passa a ser o critério de interpretação do instituto proprietário, o qual deve ser realizada conforme os princípios constitucionais, sendo os juízes e operadores do direito os protagonistas nesse processo de definição do seu sentido e alcance. E com o advento do novo Código de Processo Civil, esse relevante papel exercido pelo julgador se torna ainda mais primordial, devido a necessidade da fundamentação das decisões reiterada pela nova codificação, o que pode ajudar no processo de individualização dessa cláusula geral ao caso concreto, evitando a insegurança jurídica.

Vale destacar que o processo de individualização da função social a ser realizada pela doutrina e jurisprudência deve sempre se adequar a situação de fato, o caso concreto, devendo estar compatíveis com as pretensões sociais no qual a propriedade está inserida.

Portanto, não é possível circunscrevermos os limites semânticos da função social a um único sentido geral, esta será concretizada com diferentes feições, a depender do tipo proprietário, o contexto no qual está inserido e o tempo, que molda as pretensões sociais. Sendo assim, esse mesmo instituto poderá ter dimensões bens distintas da atual, sendo papel imperioso da doutrina e jurisprudência, sempre pautada nos princípios constitucionais, manter o campo semântico dessa cláusula

12 TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *A garantia de propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Junho de 2005, p. 11.

geral compatível aos interesses sociais que estão em constante mudança, pois

[...] Se é verdade que a certeza do direito não se obtém desconsiderando o dado normativo, este por sua vez não há de ser tomado pelo intérprete como elemento estático devendo ser reconstruído continuamente na dinâmica própria de tensão dialética fato-norma. Ambos os elementos são indispensáveis ao processo interpretativo e o predomínio de um em detrimento do outro representaria a perda do contacto com a chamada norma viva.¹³

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS

O parágrafo primeiro do artigo 97 da lei de direitos autorais (12.853 de 2013) estabelece que as associações de titulares de direitos autorais exercem atividade de interesse público e devem atender a sua função social. Dessa forma, o legislador, ao reconhecer o interesse público na atividade praticada por uma pessoa jurídica de direito privado a identifica como um espaço público não estatal.¹⁴

Para podermos analisar se a estrutura da gestão coletiva de direitos autorais está de acordo com a finalidade para a qual esta foi criada, faremos uma análise sobre a sua função social, que deve ser vista como instrumento para a consecução de interesses maiores, que vão além da atividade de arrecadar e distribuir recursos provenientes de músicas executadas em locais de frequência coletiva.

A gestão coletiva atua como instrumento para a satisfação dos interesses patrimoniais dos autores e para assegurar o acesso às obras musicais. De um lado, a função social da gestão coletiva tutela o interesse individual e patrimonial do autor, principalmente o seu direito de ser remunerado pelo uso de sua obra, como também atua na satisfação dos interesses coletivos que envolvem a obra, como o acesso à cultura,

13 TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In Temas de Direito Civil. Ed 3. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 12.

14 BRASIL. Lei 12.853 de 14 de agosto de 2013. Acesso em 29 de setembro de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm.

educação e informação.

Visto esse relevante papel instrumental da gestão coletiva, torna-se evidente que tanto a produção cultural, quanto o acesso a esta, pelos usuários, estão umbilicalmente ligados e vinculados à satisfação da função social por este órgão, uma vez que a partir de uma atuação eficiente calcada na consecução deste conjunto de interesses as associações, ao mesmo tempo que buscariam maior eficiência e uma arrecadação mais transparente e eficiente, iriam também distribuir os valores arrecadados de forma mais célere e justa, e viabilizar meios eficazes de licenciamento e autorização.

A partir dessa atuação, os autores teriam o retorno financeiro esperado da produção de suas obras, o que torna a atividade satisfatória e lucrativa, promovendo, em tese, o desenvolvimento de novas obras artísticas. Uma das finalidades instrumentais do ECAD é o estímulo a criação intelectual.

Do mesmo modo, a partir de uma atuação mais eficaz da gestão coletiva, se torna mais acessível para o público executar as obras musicais, fato esse que torna um maior repertório de obras musicais disponíveis ao público em geral. No sentido de circunscrever a função social da gestão coletiva aos interesses sociais, o relator do ADI 5062, Ministro Luiz Fux, destaca o relevante papel transindividual desse órgão:

Esse relevante papel econômico é traduzido juridicamente como a função social das associações participantes da gestão coletiva de direitos autorais. E mais: a importância social dessa função (ao permitir a existência do mercado e, a fortiori, o aumento de bem-estar de autores e usuários, bem como incremento da oferta e do consumo de cultura) revela a natureza transindividual de tais associações, a justificar o interesse público na sua existência e no seu adequado funcionamento.¹⁵

O cumprimento da função social da gestão coletiva de direitos autorais facilita a atuação do mercado e aumenta o bem-estar e retorno

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062/DF. Tribunal Pleno. Relatoria e Voto do Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de outubro de 2016, p. 73. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5062&processo=5062>>. Acesso em: 29 de setembro 2017.

financeiro dos autores e titulares, como também incrementa a oferta e o consumo de cultura. Ao revelar a natureza transindividual das associações, justifica o interesse público no adequado funcionamento do órgão.

4. A GESTÃO COLETIVA E AS RAZÕES PARA A MUDANÇA LEGISLATIVA

O constituinte originário de 1988 assegurou ao criador de obras autorais, como direito fundamental, os direitos patrimoniais provenientes de sua produção e também o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras pelos autores. . Como é a utilização da obra pelo público que lhes proporciona a remuneração à qual a proteção lhes dá direito, e devido à impossibilidade prática de se efetuar individualmente uma fiscalização sobre o uso público das suas obras, com o objetivo de garantir o recebimento pelo uso das mesmas, os titulares são forçados a recorrerem a uma associação de gestão coletiva, sendo este o modo identificado como mais efetivo para a tutela de seus interesses.

Neste contexto, o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autoais), que reúne as diversas associações de autores, possui como funções o licenciamento, arrecadação e distribuição de direitos decorrentes de execução pública de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas. Essa associação civil de direito privado, por força do artigo 99 da Lei de direitos autorais (9.610 de 1998), possui a exclusividade de atuação na cobrança dos valores provenientes de músicas executadas em locais de frequência coletiva, tendo, em contrapartida, o dever de distribuir os valores arrecadados entre as associações que fazem parte do escritório central e estas repassam esse valor arrecadado aos titulares dos direitos autorais.¹⁶

Dessa forma, os órgãos da gestão coletiva atuam de maneira a instrumentalizar a relação entre autores ou titulares e usuário, possuindo o papel de intermediador nesse processo, excluindo o vínculo direto

¹⁶ BRASIL. Lei 9.610 de 20 de fevereiro de 1998. Acesso em 29 de setembro de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm.

entre esses agentes, o que reduz os custos de fiscalização e redistribuindo os valores arrecadados entre os titulares de direitos autorais. Portanto a relação que era direta entre o criador e usuário, destinatários da obra, passa a ser intercedida pelos órgãos de gestão coletiva que deve possuir como finalidade a tutela dos interesses patrimoniais do autor e bem como da coletividade, a qual a obra passa a ter função instrumental de formação e cultura.

Após a extinção do CNDA (Conselho Nacional de Direitos Autorais), órgão responsável pela regulação e fiscalização, e a consequente desregulação estatal, permitiu ao ECAD agir sem nenhum tipo de atuação do Estado no sentido de fiscalizar o cumprimento dos seus objetivos. A exclusividade concedida pelo Estado acrescido com a falta de fiscalização nas atividades, abriu grande margem de discricionariedade na atuação do ECAD, dando margem ao desvio de finalidade e abusos de poder.

Após ser objeto de investigação de quatro Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) nos últimos 20 anos, ficou comprovada a necessidade de uma nova regulamentação de sua atuação, uma vez ter sido constatado que o ECAD fazia a distribuição dos valores arrecadados de forma duvidosa e com critérios incompreensíveis, além de pouca transparência nos procedimentos, tornando inevitável a conclusão de que a instituição e as associações vinculadas não estavam agindo em prol da tutela dos interesses dos autores, mas sim dos próprios interesses.

No relatório da CPI do Senado Federal, emitido em 2012, foram propostos cinco eixos de mudanças, que foram concretizadas pela lei 12.853 de 2013, que veio para regular mais incisivamente a gestão coletiva de direitos autorais no Brasil.

A necessidade de uma maior transparência nas atividades do ECAD foi contemplada pela imposição ao usuário de tornar pública a relação completa enviada ao ECAD das obras utilizadas em seu estabelecimento, juntamente com os valores pagos. (Artigo 68, § 6). Dessa maneira, torna-se mais acessível ao autor e a coletividade fiscalizar o montante arrecado pelo escritório central para uma determinada obra.¹⁷

17 BRASIL. Lei 12.853 de 14 de agosto de 2013. Acesso em 29 de setembro de 2017. Disponível

Para uma maior eficiência nas atividades do ECAD, o inciso III do artigo 98-B expressa a necessidade de reduzir o custo operacional por meio de melhor eficiência, visando diminuir os custos administrativos. Desse modo, a redução dos custos iria beneficiar os autores de forma imediata, que teriam uma menor parte retida do que foi arrecado por sua obra e, do mesmo modo, a coletividade, que, em tese, teria o custo de acesso à obra reduzido.¹⁸

Para modernizar a estrutura de arrecadação e distribuição de direitos autorais, outro eixo apontado pela CPI do Senado, o inciso V do artigo 98 impõe ao ECAD o dever de aperfeiçoar seus sistemas para apuração para tornar cada vez mais acurada a aferição das execuções públicas. Impôs-se o dever modernizar a técnica de apuração do que foi tocado, uma vez que ficou que a técnica de apuração por amostragem é insuficiente e insatisfatória para a mensuração das obras que foram utilizadas nos espaços públicos.¹⁹

Outro eixo fundamental de mudança realizada pela Lei 12.853 de 2013 foi o atendimento da necessidade de regulação e supervisão das atividades realizadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais, que passou a estar subordinado ao Ministério da Cultura.²⁰

Outro ponto levantado pela CPI do Senado é o idêntico percentual que as sociedades que compõe o ECAD cobram de taxa administrativa (7,5%). A Lei 12.853 inseriu o parágrafo 12 ao artigo 97, deixando expresso que a taxa de administração praticada pelas associações deverá ser proporcional ao custo efetivo de suas operações, considerando as peculiaridades de cada uma delas. Sendo assim, a partir desse dispositivo, pretende-se combatida a prática de cartel entre as associações, uma vez que não se justifica a cobrança da mesma taxa de administração, devido ao fato das associações não possuírem fins lucrativos e cada uma delas

em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm.

18 Idem.

19 Idem.

20 BRASIL. Lei 12.853 de 14 de agosto de 2013. Acesso em 29 de setembro de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm.

possuírem uma forma de atuação diversa, o que leva a um custo de administração distinto.²¹

Note-se que a taxa cobrada pelas associações (7,5%), somada com a taxa de administração cobrada pelo ECAD (17,5%), diminui em 25% os valores arrecadados destinados à distribuição, o que influi diretamente no aumento dos preços cobrados no mercado. Portanto, o público fica insatisfeito com o preço cobrado e os criadores também saem insatisfeitos por pouco receberem.

Essa prática de cartel na taxa administrativa realizada pelas associações que compõe o ECAD teve sua legitimidade questionada pela CPI do Senado:

É incompreensível que todas as sociedades que compõe o ECAD fixem o mesmo valor a título de taxa administrativa (7,5%). Ora, cada sociedade possui administração, sede, pessoal, história e estrutura de custos distintos. Não faz sentido, nem te, guarita na lei, o fato de que todas adotem uniformemente o mesmo percentual. É preciso abrir mais esta caixa-preta e desnudar a curiosa composição destes preços.²²²³

Diante desse quadro, se tornou indispensável a modificação da lei de direitos autorais, uma vez que ficou comprovada o desvio de finalidade nas atividades do ECAD. O Órgão que deveria servir como instrumento para a tutela e satisfação dos direitos do autor e a promoção dos interesses da coletividade, a partir da execução pública da obra, estava agindo principalmente de acordo com os seus próprios interesses, ficando distante da satisfação da sua função social, como também distante de justificar a exclusividade da atividade concedida pelo Estado.

5. A CONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

21 Idem.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062/DF. Tribunal Pleno. Relatoria e Voto do Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de outubro de 2016, p. 73. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5062&processo=5062>>. Acesso em: 29 de setembro 2017.

23

A constitucionalidade da Lei 12.853 de 2013 foi objeto das Ações Diretas de inconstitucionalidade (ADI's) 5.062 e 5.065, originárias do Distrito Federal, proposta pelo ECAD e outras associações partícipes do sistema de gestão coletiva. Impetradas perante o Supremo Tribunal Federal, coube ao Ministro Luiz Fux a relatoria e o voto.

A ADI 5065 questionava a constitucionalidade formal da Lei 12.853 devido ao regime de urgência adotada para a sua aprovação. Essa pretensão não prosperou, por ter sido respeitado a solenidade exigida para a aprovação de uma lei ordinária. Já na ADI 5062 coube a discussão sobre a constitucionalidade material da lei, sendo esta a principal pretensão das associações. Para os impetrantes da Ação, a gestão coletiva de direitos autorais não teria condão de transformar o interesse privado em interesse público, afastando a constitucionalidade das alterações legislativas.²⁴

Sendo assim, o ponto principal do caso levado ao STF é se há interesse público nas atividades exercidas pelas associações de gestão coletiva, e caso a resposta fosse positiva, este interesse maior abriria margem para a atuação estatal na atividade de uma pessoa jurídica de direito privado, caso contrário, a lei seria inconstitucional, confrontando, principalmente, com a liberdade de associação.

Isto posto, estamos diante de um conflito de interesses constitucionalmente relevantes. De um lado temos a liberdade de associação, sendo o Estado vedado de interferir em seu funcionamento (artigo 5, XVIII, CF), de outro, temos a função social do ECAD e dos direitos autorais (artigo 5, XXIII, CF), além dos direitos de acesso a cultura, informação e educação.

Não há preceito constitucional que garanta um direito absoluto a nenhum tipo proprietário e, assim sendo, para a solução dos conflitos de interesses postos na questão é preciso que seja identificado o interesse

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062/DF. Tribunal Pleno. Relatoria e Voto do Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de outubro de 2016, p. 73. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&cs1=5062&processo=5062>>. Acesso em: 29 de setembro 2017.

público por trás das atividades do ECAD e que esses sejam suficientes para limitar, no caso concreto, a liberdade de associação e o alcance de sua regulamentação.

O ministro e relator do caso enfrentou, logo de início, o ponto central da questão, afirmando que as associações titulares de direitos autorais exercem atividade de interesse público e devem atender a sua função social, sendo a gestão coletiva de Direitos Autorais, portanto, um espaço público não estatal.

A partir dessa constatação abre-se o espaço de regulamentação da atividade pelo Estado, que atuará, desse modo, com vistas a realização do pleno cumprimento da função social do ECAD. Portanto, o relator considerou as mudanças legislativas como sendo promocionais aos interesses dos autores e da coletividade, em suas palavras:

Tais regras consubstanciam meios proporcionais voltados à promoção da transparência da gestão coletiva de direitos autorais, finalidade legítima segundo a ordem constitucional brasileira, porquanto capaz de mitigar o viés rentista do sistema anterior e prestigiar, de forma imediata, os interesses tanto de titulares de direitos autorais (CRFB, art. 5, XXVII) quanto de usuários (CRFB, art. 5, XXXII)e, de forma mediata, bens jurídicos socialmente relevantes ligados à propriedade intelectual como a educação e o entretenimento (CRFB, art. 5, XIV).²⁵

Outro ponto relevante na ADI 5062 foi a alegação de que as alterações legislativas consubstanciariam em uma limitação a liberdade dos titulares de direitos autorais de definir as regras aplicáveis em suas respectivas associações e de dispor livremente dos seus direitos, que são de natureza privada que integram o seu patrimônio. Também foi alegado que, como se trata de direitos disponíveis, estaria afasta a possibilidade de interesse público na atividade.

Essas alegações também não prosperaram, uma vez que a gestão

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062/DF. Tribunal Pleno. Relatoria e Voto do Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de outubro de 2016, p. 73. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5062&processo=5062>>. Acesso em: 29 de setembro 2017.

coletiva exerce um papel fundamental ao instrumentalizar o mercado de execução de obras musicais. E, , por envolver direitos de propriedade, há a imposição legal de cumprimento da sua função social. Além disso, essa atividade envolve interesses que vão além da esfera privada, como os direitos coletivos, de acesso à cultura, educação e informação.

Na mesma esteira, a Advocacia Geral da União se posicionou a favor da tutela da função social da gestão coletiva, afastando a tese de que não seria constitucional o Estado atuar na supervisão de uma atividade de uma pessoa jurídica de direito privado, mesmo que essa possua a prerrogativa do monopólio legal oferecido pelo Estado:

Ademais, nota-se que o ECAD exerce um monopólio legal na arrecadação e distribuição dos direitos autorais, razão pela qual a própria lei possui o poder-dever de regular a forma como ele será exercido. Nessa linha, esse Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que “as associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal.

Conclui-se, portanto, que, por não restar evidenciada a atividade tipicamente associativa, porquanto jungida a uma função social consubstanciada na garantia da máxima efetividade do direito dos autores à justa remuneração pelo uso de suas obras em todas as suas modalidades de fruição, com transparência, imparcialidade e equilíbrio perante os potenciais detentores desses direitos, encontra-se justificada a extensão do modelo de supervisão dessa atividade, tendo em vista o interesse público.²⁶

As mudanças legislativas vieram a tentar oferecer uma tutela mais sólida aos interesses dos autores e dos usuários, impondo deveres de transparência e eficiência ao ECAD. Esse órgão possui o dever de instrumentalizar essa relação entre autor- usuário, logo a atuação posta pela lei vai ao encontro dos objetivos estruturais da gestão coletiva, não cabendo a alegação que a intervenção estatal está sendo desproporcional.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062/DF. Tribunal Pleno. Relatoria e Voto do Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de outubro de 2016, p. 160. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&cs1=5062&cprocesso=5062>>. Acesso em: 29 de setembro 2017.

Na mesma esteira, o Ministro Luís Roberto Barroso entende que as imposições normativas estão de acordo com a função social da gestão coletiva:

Em quarto lugar, penso que a Lei, ao impor obrigações de transparência na gestão coletiva de direitos autorais de forma proporcional, ela, em lugar de violar, a meu ver, protege os interesses dos titulares de direitos autorais e também dos usuários ao mesmo tempo em que preserva e promove bens jurídicos socialmente relevantes relacionados à propriedade intelectual, tais como educação, entretenimento, acesso à cultura e à informação.²⁷

Percebe-se, com o exposto, que as garantias pleiteadas pelos autores, como liberdade de iniciativa, propriedade privada e liberdade de associação, são, realmente, pilares do Estado Democrático de Direito e, justamente por isso, não são incompatíveis com a atuação e regulação estatal, de modo que todas as alegações de inconstitucionalidade das alterações trazidas pela Lei 12.853 de 2013, foram julgadas improcedentes, restando, portanto, válidas e eficazes para dar à gestão coletiva dos Direitos Autorais caminho consonante à promoção das finalidades constitucionais, sejam de modo direto no atendimento aos interesses dos titulares dos Direitos Autorais e de seus usuários, ou indireto, consubstanciados nos direitos fundamentais de acesso à cultura, educação e informação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da individualização da função social da gestão coletiva de direitos autorais, fica evidente a relevância da atuação estatal nas atividades do ECAD, visto o relevante interesse público envolvido na atividade de licenciar, precificar, fiscalizar, recolher e distribuir os valores arrecadados da execução pública das obras.

Os interesses patrimoniais dos autores e titulares sobre as obras, que têm por objetivo estimular a criação de novas obras, somados aos interesses da sociedade na atividade, que consubstanciam nos direitos à educação, informação e cultura, concretizam a função social que o ECAD

²⁷ Idem.

deve satisfazer para justificar a exclusividade de atuação concedida pelo Estado em sua atividade.

Logo, as mudanças postas pela Lei 12.853/13 condizem com a concretização da função social da gestão coletiva de direitos autorais, como por exemplo, a sujeição da gestão coletiva ao interesse público, a ampliação das competências do Ministério da Cultura para averbar e autorizar ou não o funcionamento das organizações de gestão coletiva e as obrigações de transparência na arrecadação e prestação de contas na atividade do ECAD.²⁸

Portanto, por estar condizente com os interesses dos autores e da sociedade, as mudanças postas pela Lei 12.853, estão, do mesmo modo, compatibilizadas com os objetivos que o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais deveria ter. O papel instrumental da gestão coletiva, que intermedia a relação autor-público, é reforçada pelas mudanças legislativas, por oferecer uma maior transparência a atividade e sujeitá-la ao interesse público, como se aduz da decisão que confirmou a constitucionalidade das mudanças

As entidades de gestão coletiva exercem importante função social ao facilitar trocas voluntárias de mercado envolvendo direitos de propriedade, o que justifica o interesse público pelo seu correto funcionamento. Portanto, não acho que haja invasão indevida do Poder Público em atividade estritamente privada, pelas razões que foram, a meu ver, adequadamente expostas pelo eminente Relator.²⁹

Portanto, os pontos questionados pelas associações de gestão coletiva na ADI 5062, alegando a inconstitucionalidade com base numa supostamente indevida intervenção estatal em assuntos privados como os direitos autorais não lograram êxito, com base no interesse público por trás da atividade exercida pelo ECAD, devendo esse órgão cumprir com

28 BRASIL. Lei 12.853 de 14 de agosto de 2013. Acesso em 29 de setembro de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062/DF. Tribunal Pleno. Relatoria e Voto do Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de outubro de 2016, p. 160. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5062&cprocesso=5062> >. Acesso em: 29 de setembro 2017.

plenamente sua função social para justificar a sua própria existência.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A função promocional do direito*. In Da estrutura á função: Novos estudos de teoria do Direito. Rio de Janeiro: Manole, 2007.

BRASIL. Lei 12.853 de 14 de agosto de 2013. Acesso em 2 de Outubro de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm

BRASIL. Lei 9.610 de 20 de fevereiro de 1998. Acesso em 2 de Outubro de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo ECAD. Relatório final, p. 367. Acesso em 2 de Outubro de 2012. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062/DF. Tribunal Pleno. Relatoria e Voto do Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de outubro de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&sl=5062&processo=5062>

EDISON, Carlos. *Usucapião Imobiliária Urbana independente de metragem mínima: Uma concretização da função social da propriedade*. Revista Brasileira de Direito Civil, Volume 2, Dezembro de 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho.- 23. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de : Maria Cristina De Cicco. 3.Ed., Rev. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006

SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Azougue, 2012.

SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. *A propriedade privada no Brasil: reflexos a partir da Constituição Federal de 1988*. In Anais do Congresso, Nova York: Latin American Studies Association, 2016.

SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de S. P.; ANDRADE, Leonel. *O plano nacional de cultura e a regulamentação da gestão coletiva de direitos autorais*. In Anais do VIII Seminário Internacional de Políticas Culturais. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 2017.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a constituição da República*. Rio de Janeiro. Renovar, 2011.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *A garantia de propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Junho de 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In Temas de Direito Civil. Ed 3. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**PATRIMÔNIO PÚBLICO
OU PRIVADO?**
**OS PRAZOS DE PROTEÇÃO
DE DIREITOS DE AUTOR
EM OBRAS ORIGINADAS
DE CONHECIMENTOS
ÉTNICOS E TRADICIONAIS**

Paloma Elaine Santos Goulart



PATRIMÔNIO PÚBLICO OU PRIVADO?

OS PRAZOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS DE AUTOR EM OBRAS ORIGINADAS DE CONHECIMENTOS ÉTNICOS E TRADICIONAIS

Autora: Paloma Elaine Santos Goulart

Instituição: Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)¹

Resumo: O presente estudo trata das diferentes concepções do termo patrimônio, em uma abordagem integrada à área das ciências sociais. Analisa concepções gerais acerca do termo e as concepções específicas no contexto dos Direitos Culturais, mostrando a presença de interesses e direitos privados e públicos associados à essas concepções. Em seguida, apresenta o estudo de caso Família Guiga, demonstrando o fluxo empreendido no grupo em questão para a viabilização de Direitos Culturais incidentes às obras que mantém, via oralidade, há mais de cem anos. Além disso, propõe a interpretação do prazo de exploração econômica dos Direitos Autorais sobre essas músicas, uma vez que podem ser enquadradas como obras vindas de conhecimentos tradicionais e étnicos, o que, segundo a Lei 9610 de 1998, excepciona o prazo geral de caimento em domínio público. Os resultados sugerem um tratamento jurídico atípico aplicado às obras analisadas e implicam em desafios ao pensamento que confronta os interesses de criadores a interesses públicos.

Palavras-Chave: Patrimônio. Direitos Autorais. Domínio Público.

¹ Doutora e Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

O termo patrimônio é uma categoria de pensamento presente não apenas entre discussões jurídicas, mas difusa em sociedade. Tem sentidos diversos e, na perspectiva interna, do Direito, pode-se conceber, pelo menos, três: como identidade estatal, como identidade de grupos específicos, como valor econômico.

A todos esses sentidos incidem interesses públicos e privados e normas de Direito Público e Privado. Um exemplo desse fluxo complexo está na análise da tradição musical oral e centenária da Família Guiga, que será feita pelo artigo. As músicas transmitidas intergeracionalmente nessa família ou a forma como são transmitidas e mantidas parecem ser o substrato necessário para o reconhecimento da tradição como patrimônio cultural. Contudo, olhando-se para as mesmas músicas, de outro ângulo, por meio de normas do Direito Privado, depara-se com a discussão sobre o alcance dos Direitos Autorais aplicáveis a essas obras e sobre a possibilidade e não aplicação do instituto do domínio público. A esses debates é dedicado o presente artigo.

2. PATRIMÔNIO: SIGNIFICADOS DIVERSOS EM SOCIEDADE E NO CAMPO JURÍDICO.

O termo patrimônio, correntemente utilizado por operadores do Direito e amplamente pela sociedade, carece de reflexões. Que sentidos se pode atribuir ao termo patrimônio?

Alertou o antropólogo José Reginaldo Santos Gonçalves (2005, 2010) que aprendemos a usar a palavra patrimônio em termos econômicos, imobiliários, culturais, arquitetônicos, genéticos, ecológicos, históricos, artísticos, intangíveis.

Sendo assim, é possível encontrar na edição de um jornal “do dia” vários empregos da palavra patrimônio, usadas em sentidos bem diversificados. Nomeia-se como patrimônio o capital das empresas impactado devido à baixa cotação das ações na bolsa de valores. Patrimônio

é também o casarão recentemente tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico – IPHAN. É o recurso contido no gene humano. É o valor presente na diversidade da fauna e flora. É o recurso dos royalties gerados pela transmissão de músicas via *streaming*. É a memória ancestral que se quer registrar e divulgar. É a casa, o apartamento, o carro, os recursos destinados à poupança. É a pesquisa científica. É o quadro, a escultura, a música e outras tantas expressões artísticas e culturais.

No contexto da civilização romana - pregressa em nossas noções do tempo, mas tão influente em nas concepções atuais do Direito brasileiro - essa palavra remetia ao direito de herança exercido pelos homens naquela sociedade patriarcal. Constituía-se, assim, a visão do *patrimonium*. Despertando um trocadilho confuso: também herdamos o patrimônio – no sentido de herança - do que se chamava em Roma de *patrimonium*. Mas agora com outras conotações, bem mais amplas do que no sentido restritivo que era concebido - tanto no quesito sexo, pois apenas os homens exerciam o direito de herança naquela sociedade, quanto no quesito do alcance semântico - afinal, há nosso “patrimônio” pode significar herança, mas também uma infinidade de outros sentidos. Muitos bens, situações e valores nomeados na atualidade como patrimônio não necessariamente circunscrevem-se a interesses predominantemente individuais, como o eram os interesses em torno do antigo *patrimonium*.

Mas haveria, dentre os vários sentidos atuais, algum mais universalizante para a palavra patrimônio? Algum ângulo específico deste incógnito termo poderia remeter a certo aspecto ou elemento presente nas mais diversas culturas de diferentes povos ou agrupamentos?

Rememorando lições de José Reginaldo Gonçalves (2003, 2005, 2010), todos os povos concebem alguma modalidade de patrimônio, ou categorias de pensamento que exercem a função de mediação entre o tempo passado, presente e futuro; entre vivos e mortos; entre humanos e divindades, céu e terra e valores abstratos; e se expressam em bens materiais e incorpóreos. O patrimônio, para ele, pressupõe três atributos: a ressonância, a materialidade e a subjetividade (GONÇALVES, 2005).

A ressonância é a capacidade da expressão ou bem cultural de gerar

em seu público o reconhecimento do valor atribuído na manifestação e, mais que isso, despertar o sentimento de pertencimento e, ao mesmo tempo de agência – de legítimo interventor do bem ou expressão. O caminho para a compreensão do atributo da ressonância passa pelo entendimento de que “a noção de patrimônio se confunde com a de propriedade” (GONÇALVES, 2005, p.18) e tal afirmação exige uma elasticidade do pensamento por parte dos operadores de direito, pois o ângulo de onde se olha é, neste momento, oferecido pelas ciências sociais. Compreendendo melhor: em diversas sociedades, é bastante comum a existência de certos bens aos quais são atribuídos valores, a um só tempo, práticos, mas também mágicos, religiosos². Eles “pertencem” aos seus membros de forma integral, dão sentido à vida individual e coletiva.

O segundo atributo, a materialidade, significa que o patrimônio se expressa em bem ou bens corpóreos, físicos – ainda que “registrado” em órgãos oficiais do Estado como Patrimônios Imateriais.

Arelada ao terceiro atributo, subjetividade, está a ideia de que os patrimônios são fruto de consciências individuais e coletivas e são criadores de subjetividades. Em último, as concepções de patrimônios são fruto do constante processo de recriação e de negociação de identidades (POLLAK, 1992). Mas é importante ressaltar que a percepção acerca de um dado patrimônio cultural variará, a depender de quem lança sobre ele o olhar. Um exemplo disso é a variação de sentido que um mesmo bem pode ter para mantenedores de uma dada tradição cultural religiosa e para os pesquisadores daquela mesma tradição.

No Brasil, desde a primeira metade do século XX já havia o desenvolvimento de políticas nacionais de patrimônio cultural, estruturadas em lei. O século XXI também é marcado por constantes intervenções estatais protetivas no âmbito do patrimônio cultural, agora com uma novidade: há dois ramos específicos especializados ao reconhecimento de patrimônios, o material e o imaterial sendo este último destinado ao registro e salvaguarda de saberes, fazeres, modos de expressão

2 GONÇALVES (2005) vale-se de definições de fato social total de Marceu Mauss, para demonstrar a relação de proximidade de percepção entre patrimônio e propriedade, vivenciada nas experiências humanas:

e lugares: bens ou manifestações que não se amoldavam perfeitamente às regras e concepções jurídicas relacionadas aos atos de Tombamento.

Seria correto afirmar que o reconhecimento de identidades - processo indissociado ao da expansão ou amadurecimento da democracia no país e a consequente necessidade de inclusão e acolhimento dos vários grupos e suas culturas - seria o fator explicativo para a ideia crescente de reconhecimentos dos patrimônios, no âmbito das políticas públicas?

É possível que haja outras razões de explicação ou compreensão do fenômeno. Regina Abreu (2007), por exemplo, verifica que a concepção de tempo das sociedades ocidentais é bem diferente da concepção de tempo das sociedades tradicionais e tributa a essa diferença o entendimento do por quê temos - as sociedades ocidentais - a necessidade de desenvolvimento de políticas e ações de preservação de patrimônios culturais. Segundo ela, para cada um desses modelos societários, há uma percepção do tempo diferente, o que influi no processo de constituição de memórias. Nas sociedades ocidentais, a percepção do tempo é linear. Recorrendo a uma imagem para definir essa ideia, é como se uma flecha pudesse atravessar, de forma precisa, o passado, o presente e, depois, o futuro. Assim, os acontecimentos se apresentam de forma irreversível. O registro de memórias e a produção cultural é notadamente marcada pelo registro escrito, pela constituição de documentos. Já nas sociedades tradicionais, o tempo é percebido ciclicamente, os acontecimentos estão postos em um eterno retorno, são reversíveis, tal como a natureza e seus fenômenos que sempre se repetem. Nessas sociedades, as narrativas são marcadas pela oralidade, pelas festas e rituais. Ali está o loco de produção e fortalecimento da memória social.

Postas essas diferenças, a necessidade de patrimonializar, no sentido de criar e fortalecer institutos jurídicos e políticos de preservação de memórias e expressões seria um fenômeno típico das sociedades que vivenciam a concepção linear do tempo. Quando a memória social já não se apresenta difusa e fortalecida no tecido social, surge a necessidade de gravá-la em outros meios. Os discursos de temor quanto à “perda”

das culturas – ou, a retórica da perda³, ou ainda, o receita aculturação – podem operar, neste sentido, como aliados ao sistema de justificativas para o fortalecimento das ações preservacionistas do patrimônio cultural.

Outro fator explicativo para a profusão dos fenômenos associados ao reconhecimento de patrimônios seria o vazio gerado pelo sentimento de fragmentação da vida no mundo contemporâneo, aliado às dúvidas quanto à possibilidade de um futuro melhor para a humanidade (GONÇALVES, 2005, 2010; HUYSEN, 2004). O passado seria, então, o local de fuga e o fortalecimento de ideias preservacionistas de culturas de longa tradição, que remetem ao passado, ganham força. Mas o que é mesmo “cultura”?

Longe de adentrar para complexidade e infinidade de conceitos para a cultura, pode-se afirmar, singelamente, que “de tempos em tempos”, surgem conceitos e definições capazes de dirimir, temporariamente, o problema insuperável dos cientistas em ter que eleger um nome específico para o imenso manancial composto de produções, fazeres, expressões e sentidos humanos. A palavra cultura é um rótulo bastante utilizado com esse intuito.

Hoje e, especialmente, nos meios acadêmicos e nas referências legais de desenvolvimento de políticas públicas recentes, a “cultura” é uma palavra que remete aos sentidos da pluralidade, da inclusão, do respeito, do incentivo à diversidade, à multiplicidade, à abertura para os diferentes e coexistentes modos de viver e de se expressar em sociedade. Direccionamento bem distinto dos estudos que impulsionaram o fortalecimento da Antropologia como ciência no século XIX, época em que a observância das diferenças culturais eram utilizadas como reforços de teorias sociais evolucionistas. O darwinismo social operava como pressuposto corrente, tendo sido construídas várias teorias que justificavam supostos estágios

3 Gonçalves (1997) propõe a leitura crítica das estruturas narrativas dos discursos de Rodrigo Melo Franco de Andrade e Aloísio Magalhães, dois primeiros superintendentes do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN (instituição criada em 1937 para gerir a política nacional de patrimônio cultural, hoje IPHAN) e constata que nas estratégias discursivas utilizadas por estes intelectuais está presente a noção da perda que, segundo o autor, traduz um sentido de desejo, como a própria ideia de nação também transformada em objeto de desejo, no discurso de preservação de patrimônios culturais (GOULART, 2012).

de evolução social. Distintas culturas eram analisadas à luz da sedutora ideia do progresso e os elementos culturais encontrados em uma ou outra sociedade, eram utilizadas como diagnósticos classificatórios de encaixe das sociedades observadas em algum ponto da suposta escala evolutiva social. O que diferenciava as sociedades ditas civilizadas das sociedades que estavam em outros estágios evolutivos – estágios inferiores, segundo a visão de autores expoentes à época - seria a presença de um poder central burocrático racional de organização societária ao molde dos Estados modernos, de tecnologias e ciências conforme o que se vinha sendo desenvolvido na Europa, bem como da existência da propriedade privada e dos respectivos instrumentos jurídicos racionais que lhe sustentam. Vê-se que esses pensamentos, etnocêntricos, acabavam se tornando bastante úteis a elaboração ou fortalecimento de, pelo menos, uma justificativa de legitimação para as práticas de colonização e de dominação de povos não europeus: a “apresentação” de todas as instituições e recursos dos povos civilizados aos povos “não civilizados” operaria uma catalização dos processos civilizatórios entre esses.

Essa tendência altera-se a partir da década de XX e com a influência dos estudos de Frans Boas (1858-1942), cujos estudos culturais que desenvolveu romperam com a visão evolucionista, primando pelo que hoje nomeamos de “relativismo cultural”. Boas acolhe a noção de que a cultura abrange os diversos modos de expressão humanos, sem pressupor elementos hierarquizantes entre diversas culturas .

Essa noção de que não se devem hierarquizar culturas foi sendo aprimorada e está presente nas concepções atuais dos Direitos Culturais, área que envolve “direitos efetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes” (CUNHA FILHO, 2000, p.34).

Em termos mais pragmáticos, a apresentação desses direitos associados ao tema da cultura, ou das culturas, no formato de um rol favorece o planejamento das ações políticas em torno do setor. E, nesse sentido, existem várias propostas.

Para o constitucionalista José Afonso da Silva, são Direitos Culturais: a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica; o

direito de criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas; o direito de acesso às fontes da cultura nacional; o direito de difusão das manifestações culturais; o direito de proteção à manifestação das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; o direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura – que assim ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público (SILVA, 2001 *apud* COSTA, 2012, p. 76).

Na visão do historiador e cientista político Bernardo Mata Machado (2008), os Direitos Culturais garantidos à pessoa humana enquanto indivíduo seriam os direitos de autor e o direito à participação na vida cultural (que engloba os direitos à livre criação, livre fruição e livre participação nas decisões de política cultural); já os Direitos Culturais garantidos aos povos são o direito à diversidade e a identidade cultural (ou de proteção do patrimônio cultural) e o direito/dever de cooperação cultural internacional. E há outras propostas de categorização diferentes, mas o ponto de concordância entre todos, ou quase todos, é de que existem listas abertas, tal como é aberto e amplo o conceito antropológico da cultura.

O Patrimônio, em geral, sempre é incluído nessas listas que criam categorias de Direitos Culturais, inclusive nas referências de José Afonso da Silva e de Bernardo Mata Machado feitas acima. Na lista do primeiro autor, existe a menção à proteção das várias expressões culturais em território nacional e o direito à liberdade de expressão, contudo, o termo “patrimônio” nessa lista enfatiza a ideia de valorização dos bens simbólicos de identificação do Estado nacional. Na lista do segundo autor, a palavra patrimônio enfatiza o reconhecimento às identidades dos vários povos e grupos existentes dentro do território nacional. Enquanto no primeiro caso o termo patrimônio apresenta-se como categoria afinizada às narrativas de construção dos símbolos representativos da nação, no segundo caso insere uma espécie de lupa sobre a nação, desconstruindo uma visão que encobre diferenças socioculturais no território nacional.

Então, na perspectiva da área específica, Direitos Culturais, o termo “patrimônio” ganha mais duas conotações, além das várias outras existentes já mencionadas anteriormente. A conciliação dessas duas possibilidades de compreensão do “patrimônio” dentro do campo dos Direitos Culturais, de forma geral, pode ocorrer quando o Estado efetiva o reconhecimento à certas expressões ou manifestações culturais como Patrimônios e esses patrimônios possuem os atributos descritos por Gonçalves (2005).

Mas ainda não se esgotam as possibilidades de sentidos para o termo patrimônio dentro da área dos Direitos Culturais. Além das duas vistas acima, nas previsões normativas de proteção aos Direitos Autorais - que são acolhidos pela grande área dos Direitos Culturais - é possível identificar mais um sentido para a palavra patrimônio, a partir da noção dos “Direitos Autorais Patrimoniais”. Explicando, a proteção aos Direitos Autorais, ou seja, o conjunto dos direitos conferidos aos autores de obras literárias e artísticas, envolvem uma dimensão moral expressa em direitos como reivindicar a autoria das obras, ter o nome ou pseudônimo veiculado na circulação das obras, conservar as obras como inéditas, dentre outros previstos em lei⁴, e uma dimensão econômica, chamada “patrimonial”, que assegura o direito de exploração econômica das obras por certo prazo temporal⁵.

Essa segunda dimensão, patrimonial, traz mais um sentido do termo “patrimônio” dentro da área dos Direitos Culturais, que é a perspectiva econômica, ou a possibilidade de rendimentos econômicos. Mais um sentido, portanto, que pode ser acrescido aos outros dois já mencionados no âmbito dos Direitos Culturais: o de patrimônio enquanto conjunto de símbolos da nação e de patrimônio como identidade de grupos.

3. INSTITUTOS OU CAMINHOS JURÍDICOS ARTICULADOS AOS DIFERENTES SENTIDOS PARA “PATRIMÔNIOS”.

⁴ Artigos 24 a 27 da Lei 9610 de 1998.

⁵ Artigos 28 a 45 da Lei 9610 de 1998.

Os direitos e políticas incidentes a cada um dos três sentidos atribuídos para o termo “patrimônio” dentro da área dos Direitos Culturais - o sentido de identidade cultural de grupos, o sentido de identidade nacional, o sentido econômico - podem variar.

O reconhecimento de identidades culturais pode se dar tanto pela viabilização de políticas de patrimônio cultural – material e imaterial e suas intervenções de proteção e salvaguarda, respectivamente – quanto pela efetivação de direitos identificáveis como “privados”, em especial, os direitos autorais conferidos aos autores de obras literárias e artísticas. Ou seja, a um só tempo, é possível que um grupo mantenedor de uma expressão cultural possa pleitear o reconhecimento dessa expressão como patrimônio cultural em algum dos âmbitos da federação – ou seja, ser entitulado como patrimônio cultural do município, ou do estado ou nacional, à depender do alcance da ressonância, materialidade de subjetividade da expressão, que pode ser local, regional ou nacional - e também a explorar comercialmente.

Ao sentido de patrimônio como expressão de identidade nacional – ou mesmo de identidade de outros entes: o estado, o município - estão associadas as ações de reconhecimento de patrimônios culturais materiais e imateriais e a implementação de ações de preservação ou salvaguarda dos bens ou expressões tombados ou registrados, respectivamente. Como já foi dito anteriormente, os procedimentos de reconhecimento de patrimônios por parte do Estado devem favorecer o amplo envolvimento e participação da sociedade, ou do público que diretamente vivencia e/ou contribui para a existência do bem, para evitar que se intervenham em bens sem ressonância social.

O terceiro sentido de patrimônio dentro da área dos Direitos Culturais, o econômico, está atrelado à manipulação do direito de exclusividade da exploração patrimonial das obras protegidas pelos Direitos de Autor feita pelo(s) autor(es) dessas obras.

Na manipulação desses direitos e políticas, a dicotomia público versus privado pode se fragilizar⁶. Compreendamos melhor: interesses

⁶ Pelo menos, desde Weber (ano obra), já se sabe que a divisão entre Direito Público e Privado

públicos e privados podem incidir concomitantemente sobre um bem cultural. Por isso, inclusive, a possibilidade de que um bem cultural seja declarado patrimônio, pelo Estado, e também aos seus mantenedores sejam garantidas proteções de Direitos de Autor, coexistindo a manipulação de normas de Direito Público e Privado, no fomento de um mesmo bem, portanto.

4. O PÚBLICO E O PRIVADO NO ESTUDO DE CASO “FAMÍLIA GUIGA” E O PRAZO DE PROTEÇÃO DAS OBRAS AUTORAIS.

A proposta dessa seção é apresentar o estudo de caso de um grupo de pessoas que vem buscando o acesso à direitos e políticas, vinculados ao “reconhecimento de identidades culturais”, um dos sentidos atribuídos ao termo “patrimônio”, dentro da grande área dos Direitos Culturais. Na narrativa desse percurso, busca-se, sobretudo, interpretar as normas de Direitos Autorais aplicadas às obras produzidas no bojo desse grupo, lançando propostas quanto ao prazo e forma de transmissão dos Direitos de Autor Morais e Patrimoniais, considerando a possibilidade de enquadramento das mesmas como obras vindas de “conhecimentos étnicos e tradicionais”, expressão de que se vale a Lei 9610 de 1998 para excepcionar a aplicabilidade do instituído do domínio público⁷. Para a possibilidade de realização desse enquadramento, é necessário conhecer a história e forma de perpetuação das obras dentro do grupo, que é também uma família, e a esse objetivo as próximas linhas serão dedicadas.

No “Catálogo de Memórias da Tradição Musical da Família Guiga: uma medida de salvaguarda da cultura imaterial do estado de Minas Gerais (2009)”, obra que condensa a pesquisa realizada por Célio Augusto Souza Pereira, conta-se que Antônio Gregório Pereira (1886-1961), ou

não externa com precisão a confluência entre interesses públicos e privados na manipulação do direito.

7 Parte das interpretações apresentadas foi desenvolvida em estudo pregresso feito pela autora, intitulado “Direitos Autorais, Culturas Populares e Conhecimentos Tradicionais: estudo de caso das músicas da Família Guiga”, publicado pela editora Lumen Juris no ano de 2015.

“sô” Guiga, foi quem deu início à tradição musical da família. Natural da cidade de São João Nepomuceno/MG, Guiga era uma criança órfã, criado por uma madrinha, que lhe proporcionou o acesso à educação, feita por um “mestre-escola”. Tendo aprendido calcular, escrever e outros conhecimentos – raros no contexto em que vivia – conseguiu trabalho em uma venda. Certo dia, um caixeiro viajante passou por lá, tentando vender uma viola ao menino, que não tinha dinheiro para comprá-la. O viajante decide dar-lhe o instrumento, deixando-o afinado. Conta-se que, no mesmo dia, ele fez uso do instrumento – que nunca havia tocado até aquele momento. Iniciou desafinando e afinando, corda por corda, até gravar o ponto de cada uma delas. Em seguida compôs uma valsa, batizada pelos descendentes do mestre, anos mais tarde, como “De presente a viola”.

Depois de adulto, Guiga passa a ser referência na região em que morava como músico, poeta, artesão e mestre escola. Era bastante requisitado, por pessoas de diferentes classes sociais, para tocar em eventos familiares, festivos, religiosos e políticos, para dar aulas nas fazendas da região e, além disso, também era requisitado como uma espécie de conselheiro. Ao que parece, sua postura desinteressada pelas possibilidades de vantagens econômicas que lhes eram oferecidas por pessoas influentes à época, somada aos conhecimentos que possuía – conferiam à Guiga uma espécie de legitimação social como “sábio”.

A forma de produzir músicas à época da maior circulação das obras feitas por Guiga, início do século XX, era diferente da que se tem hoje. A autoria não consistia em uma preocupação central no fazer artístico. Compositores utilizavam livremente temas comuns para criar e recriar músicas. Somente com a expansão da indústria fonográfica, a partir de seu epicentro na então Capital carioca e, com a entrada em vigor do Código Civil de 1916 (que deixou duvidosa a determinação quanto à obrigatoriedade do registro de músicas no país, como requisito para obtenção de benefícios decorrentes de direitos autorais)⁸, é que inicia-se

8 Embora a Convenção de Berna (1886), tratado internacional ratificado pelo Brasil em 1975, já havia estabelecido a não obrigatoriedade de registros para gozo de Direitos Autorais.

uma corrida dos músicos para o registro de obras. Não sem a geração de muitas polêmicas, pois em um contexto em que as músicas eram feitas e executadas em “rodas” (encontros), de tal forma que cada músico incrementava uma parte da obra, muitos sentiam-se “donos” das mesmas músicas⁹. Mas, paralelamente a essa corrida pelo registro, Antônio Gregório Pereira permanecia vivendo em outro “Brasil”, interiorano e separado em distância física e social da efervecente Rio de Janeiro. Portanto, ele nunca registrou uma música sequer - até porque todas elas estavam no âmbito da oralidade. Mas não é de se espantar com a possibilidade de que alguma composição sua possa ter sido registrada como se de outra pessoa fosse. Havia músicos que transitavam entre os fluxos Rio-Minas, Rio-São Paulo, Minas-São Paulo e que conheciam a obra de Guiga. Tanto que, embora não tendo chegado a fazer parte dos grandes círculos musicais que se estruturavam no Rio de Janeiro (local em que era feito o registro), apresentou suas obras nessa cidade, bem como em São Paulo. No Rio, se apresentou na casa de Otávio Bernardes, sobrinho do ex-presidente Arthur Bernardes e, no ano de 1957, Guiga foi à São Paulo, a fim de gravar de um disco de 78 RPM, patrocinado pelo enteado de Guiga José Rodrigues. Outro fato que corrobora com a narrativa do notório reconhecimento de Guiga não apenas no âmbito das comunidades rurais de Minas Gerais, mas também por pessoas e grupos externos a elas foi o recebimento de um presente, uma viola, especialmente encomendada à Tranquilo Gianini por, segundo relatos, Artur Bernardes. Esses contatos de Guiga com meios sociais fora do Estado foram pontuais, o território de maior circulação das músicas do compositor era entre municípios mineiros, em eventos familiares e comunitários.

Os filhos de Guiga também foram, ao longo da vida, criando um conjunto extenso de obras musicais, também elaboradas via oralidade, em rodas de “tocação”, à semelhança do formato característico do pai: em termos de recursos melódicos e rítmicos e guardando um sentido patrimonial, identitário que liga o passado, o presente e as expectativas de

9 “Pelo Telefone”, tido por primeiro samba brasileiro e registrado por Donga, é bastante mencionado na literatura como exemplo de obra cuja autoria foi reivindicada por muitos outros compositores, após seu registro.

permanência para o futuro. Há uma predominância da visão cíclica do tempo, nos termos descritos por Abreu (2007) e uma pertinência com o sentimento de comunidade, marcado por:

(...) intimidade pessoal, profundidade emocional, engajamento moral, coerção social e continuidade no tempo. (...) A comunidade é a fusão do sentimento e do pensamento, da tradição e da ligação intencional, da participação e da volição. (...). O elemento fundamental do liame comunitário é a antítese, real ou imaginária, representada no mesmo ambiente social pelas relações não comunitárias de competição ou conflito, utilidade ou consentimento contratual. Face ao seu caráter relativamente impessoal e anônimo, essas relações evidenciam a estreita ligação pessoal que prevalece na comunidade. (NISBET, 2008, p.215-216) [grifos nossos].

Fazem parte dessa tradição hoje também netos e, mais recentemente, bisnetos tem sido iniciados. As músicas tradicionais da Família Guiga hoje são conhecidas por pessoas fora da tradição familiar, em locais diferentes dos de origem da tradição, mas ainda se mantém a produção e a difusão comunitária das músicas. A produção e transmissão musical da Família Guiga frequentemente é associada ao ensinamento de conhecimentos diversos em comunidade, ligados à arte, à vida no campo e à religiosidade, dentre outros. E, embora tenha todas essas características, não houve o reconhecimento estatal da música de Guiga, perpetuada pela família – bem como da própria música produzida pelos membros sob as mesmas bases etnomusicológicas que as músicas produzidas por Guiga – como Patrimônio Cultural, no âmbito local (no município em que mora hoje o mestre mais velho) e nem em âmbito estadual (no estado de Minas Gerais), embora o projeto Memorial Família Guiga tenha contado com o apoio do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico de MG, que reconheceu a pesquisa como uma importante iniciativa de inventário livre – promovido a partir da liderança da sociedade civil - de patrimônio cultural. É de se dizer também que não houve um pedido oficial por parte da família de se efetivar esse reconhecimento, mas, por outro lado, ambas as instâncias federativas conheceram a história dessa Família e não tomaram a iniciativa de se proceder à formalização do inventário e

do registro, afinal, o poder/dever de agir do poder Executivo quanto à preservação e fomento cultural impescinde de “provocação”, entendido como solicitação formal, da sociedade civil.

Mas algo interessante que ocorreu no decurso da pesquisa Memorial Família Guiga foi que, por ter produzido livros, CD e filme, houve a necessidade de se proceder a alguns trâmites burocráticos que prescindiam da informação de autoria das músicas e de informações quanto aos legitimados para decidir questões de ordem moral e patrimonial das obras. À primeira vista, suspeitou-se que todas as músicas de Guiga deveriam estar em domínio público. Parece haver uma espécie de senso comum, difundido não só nos meios jurídicos, mas também em sociedade, que tende a disseminar a ideia de que as músicas atreladas a tradições orais, com certa antiguidade no tempo, estão todas em domínio público. Talvez este seja ainda outro sentido atribuído ao termo patrimônio na contemporaneidade, portanto.

Contudo, a partir de um olhar mais cauteloso, foi realizado um estudo (GOULART, 2015), que desvendou uma trama complexa de normas, de diferentes hierarquias, cronologias e contendo diferentes paradigmas de tratamento dos Direitos Autorais. Todas aplicáveis às músicas de Guiga e, partindo da análise dessas normas constatou-se uma possibilidade interpretativa oposta à suposição inicial, de domínio público. As próximas linhas são a síntese desse estudo.

Uma das normas investigadas foi a Lei 3.071 de 1916, ou Código Civil de 1916, primeira a regularizar pormenorizadamente os Direitos de Autor no Brasil (Artigos 649 a 673 e 1.346 a 1.362). As disposições desse Código foram revogadas anos depois com a Lei 5.988 de 1973 que, por sua vez, foi revogada pela Lei nº 9.610 de 1998, em vigor. Dos mais de 100 artigos contidos nessa, versando sobre vários tipos de arte e de contratos no campo da música, cinema, dança etc, apenas um tímido inciso menciona as obras vindas de conhecimentos tradicionais e étnicos , expressão apropriada para se referir às obras de “sô Guiga”: “

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio públi-

co: (...) II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais. (BRASIL, 1996).

Considerando o artigo acima e demais normas citadas, passa-se a listar algumas indagações e respectivas sugestões interpretativas, com a finalidade de compreender o alcance e prazo protetivo dos Direitos Autorais que incidem sobre as músicas de Guiga.

A) Há a aplicabilidade do instituto do domínio público sobre as obras de Guiga? Por quê?

A regra geral contida na Lei nº 9.610 de 1998 é que “ Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.”. Mas, pela natureza das obras - vindas de conhecimentos tradicionais, deve-se aplicar a regra específica contida no Artigo 45, inciso II citado acima. Então, as músicas não estariam em domínio público. E há elementos presentes na concepção das músicas do compositor e na transmissão dessas músicas aos membros de sua família, justificando este enquadramento. Perfeitamente aplicável, portanto, o inciso II do artigo 45 da Lei nº 9.610 de 1998 às músicas do mestre Guiga, no sentido de não deixá-las cair em domínio público. Não enquanto as músicas estiverem sendo tocadas pelos membros da família, ou enquanto tiverem vida, sendo perpetuados via oralidade e praticados dentro da família, como legítimos conhecimentos tradicionais, integradores deste grupo. A equidade (justiça aplicada ao caso concreto) resolve a questão de caírem ou não em domínio público as músicas do mestre Guiga. Este critério é o possível a ser aplicado, já que há uma lacuna em do caso concreto é composta por duas normas em conflito em uma mesma lei, impossibilitando, portanto, a resolução dessa primeira pergunta, por meio de outros critérios interpretativos, a saber: o hierárquico, cronológico ou da especialidade adotado.

A proposta da não aplicação do domínio público ao presente caso intenta a mitigação de impactos simbólicos sobre a obra, através do uso por terceiros. Certa vez, uma rainha Conga em Minas Gerais descreveu, oralmente, um dos problemas que podem ocorrer, a partir da gravação

de uma música da tradição religiosa por um cantor popular: caso o refrão seja cantado de forma diferente da tradição, os jovens e recém iniciados esquecem-se da forma, segundo ela, correta, de entoar os versos, conforme a tradição..

Além disso, abre-se a possibilidade de exploração econômica para os herdeiros, por um prazo excepcional, considerando o valor também bastante particular que as obras possuem para o grupo que as mantém¹⁰.

O fim social e o bem comum, contidos na Lei nº 9.610 de 1998, concernentes a assegurar que obras originadas de conhecimentos tradicionais não caiam em domínio público, parecem não ferir os Direitos de Acesso à Cultura ou a função social dos Direitos de Autor, como se poderia pensar num primeiro momento. Ao contrário, tal proteção encontra-se em sintonia com os valores constitucionais e também supra constitucionais.

As obras vindas de conhecimentos tradicionais e étnicos, presentes em algumas comunidades, como no caso da Família Guiga, e em outras como Guardas de Congado e Moçambique, Candombes, na Marujada, nos Batuques, no Caxambu etc, estão atreladas aos processos de formação de identidade e coesão social nas comunidades que mantêm essas expressões. Por isso a Lei nº 9.610 de 1998 prevê a proteção das obras advindas de conhecimentos tradicionais: primeiramente a fim de evitar o fenômeno da apropriação agressiva e prejudicial de expressões de certas comunidades étnicas e tradicionais, que lesiona a integridade desses agrupamentos e, em segundo lugar, para garantir o uso pleno dos conhecimentos que detêm os membros de certas comunidades ou grupos. A aludida lei, ainda

10 A solução do não caimento em domínio público, em relação às obras tradicionais, faz lembrar a finalidade contida no Direito de Sequência, que visa corrigir o abismo temporal entre a colocação de uma obra no mercado e a valorização da mesma, permitinherdo que os autores – ou seus herdeiros - possam receber do valor advindo da comercialização de suas obras e revendas futuras, quando houver valorização das mesmas no mercado. Um dos casos que motivou o concepção do Direito de Sequência foi, segundo PIMENTA (2004, p.283-284), um fato divulgado pelo francês Forain, pintor, que presenciou uma cena que o sensibilizou profundamente: em um leilão de quadros em Paris, viu uma filha de Millet vendendo flores na rua. O contexto indicava sinais de grande vulnerabilidade social. Enquanto isso, uma tela de seu pai, que no passado havia sido vendida por ele a um preço muito baixo, era comercializada agora por terceiros, a valores significativamente altos.

que de modo discreto, se sintoniza, portanto, ao preceito democrático de proteção às minorias, às quais podem ter tratamento desigual e favorecido, de modo a promover o equilíbrio nas relações que firmam em sociedade. Por isso, as obras vindas de conhecimentos étnicos e tradicionais não caem em domínio público, regra esta aplicável às obras do mestre Guiga.

B) O gozo dos Direitos Autorais pelos herdeiros de Guiga devem ter por referência a regra contida no Código Civil de 1916? Se sim, qual será a consequência?

A resposta para a primeira pergunta é sim, pelo seguinte motivo: a Lei 9610 de 1998 informa que a ordem de vocação hereditária deve ser regida pela Lei Civil. Analisando o Código Civil de 2002 em vigor, este informa que a ordem de vocação hereditária será regida pela lei vigente à abertura da sucessão. No presente caso, aplica-se, então, o Código Civil de 1916, pois Guiga falecera em 1961. Nesse, a regra sucessória especial contida no Título “Da Propriedade” é que a transmissão do exercício dos Direitos de Autor aos filhos do mestre Guiga se dá de forma exclusiva e vitalícia, não autorizando a transmissão a outros parentes (Art.649, §3º):

DA PROPRIEDADE LITERÁRIA, CIENTÍFICA E ARTÍSTICA

Art.649. Ao autor de obra literária, científica ou artística pertence o direito exclusivo de reproduzi-la. (Redação dada pela Lei nº 3.447, de 23.10.1958)

§ 1º Os herdeiros e sucessores do autor gozarão desse direito pelo tempo de 60 (sessenta) anos, a contar do dia de seu falecimento.

§ 2º Se morrer o autor, sem herdeiros ou sucessores até o 2º grau, a obra cairá no domínio comum.

§ 3º No caso de caber a sucessão aos filhos, aos pais ou ao cônjuge do autor, não prevalecerá o prazo do § 1º e o direito só extinguirá com a morte do sucessor. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 3.447, de 23.10.1958) (BRASIL, 1916) [destaque inexistente no texto original]

[...]

TÍTULO II

DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

CAPÍTULO I

DA ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Art.1.603.A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I-aos descendentes;

II-aos ascendentes;

III-ao cônjuge sobrevivente;

IV-aos colaterais;

V-aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União. (BRASIL, 1916)

Trata-se de um direito adquirido pelos filhos do mestre Guiga, uma exceção jurídica à regra atual. Assim, serão eles a decidir, em conjunto, se as músicas devem ser registradas formalmente, divulgadas, exploradas patrimonialmente etc. Mas, antes de chegar essa constatação, de um direito adquirido, testou-se algumas possibilidades, que passa-se a narrar.

Primeiramente, tratamos de descobrir se a incompatibilidade entre a Lei nº 9.610 de 1998 e o Código Civil de 1916 seria aparente ou real, no ponto específico sobre a sucessão de Direitos de Autor que, para a primeira, cabe apenas aos filhos e, para a segunda, cabe a todos os legitimados conforme regras do Código Civil de 2002. Como não existe regra de direito intertemporal apta a solucionar o caso na Lei nº 9.610 de 1998, passamos a testar então os critérios cronológicos e da especialidade. Não testamos o critério da hierarquia, por ser inadequado, afinal sob análise estavam duas leis de natureza ordinária. O critério cronológico, donde lei recente revoga lei antiga, não resolveu o conflito porque ele não pode ser tomado de forma absoluta. Quando o legislador não demonstra a intenção de afastar definitivamente qualquer aplicação da norma anterior, é possível a compatibilização dos dois instrumentos normativos. Assim, quando a Lei nº 9.610 de 1998 determinou que o prazo de 70 anos de gozo patrimonial das obras por sucessores de Direitos de Autor é aplicável a obras póstumas, é possível interpretar que esta se referiu apenas às obras

póstumas, a partir de sua vigência (ano de 1998), não querendo estender tal aplicação às obras póstumas previamente à vigência normativa. Pelo critério da especialidade, tentamos averiguar se a Lei nº 9.610 de 1998 supriria o Código Civil de 1916, partindo do pressuposto de ser aquela especial, ou por conter elementos especializantes de Direitos de Autor em relação ao Código. Novamente esbarramos com o fato de o critério posto ser recusável, pois os fundamentos dos limites temporais em cada caso referem-se a paradigmas diferentes (um do tempo em anos, outro em razão do grau de parentesco), impossibilitando a comparação e, mais, impossibilitando asseverar, com certeza, que a inteligência da lei “especial” neste caso, seria mais adequada. O gozo temporal dos Direitos de Autor por sucessores limitado em 70 anos, conforme regra da Lei nº 9.610 de 1998, contempla a possibilidade de que tais direitos sejam passíveis de sucessão aos netos do mestre Guiga. Já o gozo temporal limitado ao período em que viverem os filhos do sucessor, previsto no Código Civil de 1916 (que, na prática, pode significar menos ou mais de 70 anos, a depender de quanto tempo viverão os filhos), não contempla possibilidade de transmissão aos netos do mestre Guiga. Vê-se, portanto, paradigmas diferentes. Não é possível depreender que haja motivações especializantes para a adoção da regra da Lei nº 9610 de 1998 em detrimento do Código Civil de 1916 para o caso concreto, pois os comandos de ambas as leis tangenciam o mesmo ponto: limite temporal temporal o gozo de direitos patrimoniais, por sucessores, mesmo estando erigidas em paradigmas diferentes.

Assim, como nenhum dos critérios (hierárquico, especializante e cronológico) era aplicável, ainda restaram lições doutrinárias (Diniz, 2000) sobre interpretação teleológica, análise do bem comum e do fim social aptos à compreensão das regras sucessórias na Lei nº 9.610 de 1998 e do Código Civil de 1916.

As regras sucessórias de Direitos de Autor de ambas as leis resguardam os atributos personalíssimos das obras: é este o sentido da transmissão de Direitos Morais, que estão associados à emanção da personalidade do autor. Quanto à transmissão de Direitos Patrimoniais,

as regras sucessórias das duas leis visam proporcionar recursos para os herdeiros dos autores das obras. Mesmo que os prazos de gozo patrimonial sejam diferenciados, o fim social buscado é valorar o trabalho de artistas e escritores, de tal forma que eles possam, inclusive, ter a expectativa de que o fruto do trabalho realizado alcance os familiares no futuro, beneficiando-os economicamente. O bem comum também foi alcançado pelas regras sucessórias de ambas as leis, na medida em que geram igualdade de direitos (comparando o trabalho e a herança deixada por artistas e escritores aos demais trabalhos realizados em sociedade).

Assim sendo, restou alternativa de optar pela regra mais justa, novamente lançando mão da equidade (além de considerar o respeito ao direito adquirido), sendo razoável optar pela regra concernente a transmitir exclusivamente os Direitos de Autor das músicas do mestre Guiga aos seus filhos, ao menos enquanto vivos forem.

3) Como as músicas do mestre Guiga são originárias de conhecimentos tradicionais, não é possível afirmar que as obras cairão automaticamente em domínio público após a morte desses filhos. Então, quem seria chamado a suceder após a morte desses ?

Em apertada síntese das idéias desenvolvidas, a partir das indagações “1ª” e “2ª” acima, as músicas do mestre Guiga foram enquadradas como obras “vindas de conhecimentos tradicionais”, o que implicou na afirmação de que não cairão em domínio público, enquanto viva for a tradição, nos termos do inciso II, Artigo 45 da Lei nº 9610 de 1988. Também está garantido o direito adquirido aos filhos vivos de Guiga de exercício dos Direitos de Autor Patrimoniais e Morais vitaliciamente e, enquanto vivos, exercendo-os com exclusividade. Mas, após a morte dos filhos, como serão exercidos tais direitos?

O direito de representação é proibido pela regra específica de transmissão de Direitos de Autor no Código Civil de 1916, como já visto. Todavia a Lei nº 9610 de 1998 garante a transmissibilidade dos Direitos Morais e Patrimoniais a outros sucessores, após a morte dos filhos. O Código Civil de 1916, em regra geral relativa a Direitos Sucessórios também garante o direito de representação. Entendemos, então, que

há possibilidade de compatibilizar tais regras, afinal mesmo quando falecerem os filhos do mestre Guiga, as músicas do compositor não cairão em domínio público (como quer o inciso II, do Artigo 45 da Lei 9610 de 1998, no tratamento diferenciado aos conhecimentos tradicionais). Na medida em que ainda existam pessoas na família, netos, bisnetos etc do compositor, às quais são transmitidas as músicas, estas mantêm viva a tradição.

A proposta que se faz de compatibilização da regra geral (exclusividade do uso das obras pelos filhos do mestre Guiga) com a regra especial (inclusão das outras linhas sucessórias, portanto, direito de representação assegurado aos netos do mestre Guiga) é a seguinte: os filhos vivos do compositor gozarão do direito adquirido supracitado e, quando não mais restarem estes, todos os netos do compositor são chamados a suceder. Afinal, no presente caso, seriam esses os legitimados, em uma linha sucessória comum.

Tal solução pode propiciar a equidade, visto que o Código Civil de 1916, por meio de regras gerais de sucessão, garantiu o direito de representação (o que é seguido pelo Código Civil de 2002). O valor social hodierno para a sucessão (inclusive no caso dos Direitos de Autor) inclui o direito de representação, então, é justo que este seja conferido aos outros herdeiros do mestre Guiga, porém, respeitando-se antes o prazo de exercício de Direitos de Autor, adquiridos pelos filhos do compositor.

Haveria ainda a seguinte possibilidade: se, quando chamados a suceder, apenas alguns dos netos forem os mantenedores destes conhecimentos tradicionais, o exercício dos Direitos Patrimoniais e Morais de Autor decorrentes das obras do mestre Guiga deveriam ser analisados separadamente. Em uma situação hipotética, de reclamação por parte dos netos de equivalência de percepção de eventuais frutos patrimoniais das obras após a morte dos filhos do mestre Guiga, o exercício dos Direitos Morais (e, portanto, a definição de como será utilizada a obra) deveria ser deferido aos netos mantenedores da tradição, responsáveis únicos e direitos pela aplicação da exceção legal, que fará com que a obra não caia em domínio público. Apenas os legítimos portadores da tradição familiar

poderão definir se as músicas serão divulgadas, se serão registradas e até mesmo se serão objeto de exploração patrimonial. Um critério imperioso é aqui utilizado: o do costume jurídico, caracterizado por dois elementos: a prática social reiterada e a convicção de obrigatoriedade da prática. Explica-se melhor: nas comunidades tradicionais é comum a eleição de uma ou algumas pessoas (geralmente as mais velhas) que respondem e aconselham atos em comunidade. Trata-se de uma espécie de procuração tácita, em que a comunidade reconhece legitimamente ‘procuradores’ aos seus atos, um costume que existe em vários grupos guardiões de conhecimentos étnicos ou tradicionais, inclusive na Família Guiga, grupo mantenedor de conhecimentos tradicionais. Mestre Guiga era Procurador em seu tempo. Hoje, é o seu filho vivo, detendo o mais alto grau de respeitabilidade entre todos os membros da tradição. Futuramente, quando esse filho de Guiga, que hoje conta com anos, já não mais existir, caberá aos netos mantenedores da tradição das músicas terem o poder de definir o que será feito com as mesmas.

O não acolhimento do costume jurídico da “procuração tácita” como critério para que a definição do exercício da transmissibilidade dos Direitos Morais de Autor decorrentes das músicas do mestre Guiga, poderia gerar os seguintes problemas: todos os netos teriam poderes para decidir sobre todo e qualquer uso da obra, sendo isto impraticável, pois a família é muito grande e seus membros estão espalhados por várias regiões rurais, de difícil comunicação; mesmo sendo possível acessar todos os netos para decidir o futuro da obra, conflitos poderiam surgir, levando a demandas judiciais desnecessárias; é evidente que quem pode decidir o futuro das obras, que aqui defende-se como tradicionais, são os portadores dessa tradição.

Á época em que foi desenvolvido o estudo prévio a esse artigo, lançou-se essa possibilidade interpretativa, quanto a essa espécie de “devolução” do exercício dos Direitos Autorais a outros legitimados a suceder, após a morte dos filhos de Guiga. Contudo, hoje, lança-se ainda outra hipótese, ou possibilidade interpretativa: a de que somente aos descendentes mantenedores da tradição (após falecimento dos filhos

de Guiga) fosse facultado o exercício dos Direitos Morais e os eventuais frutos de exploração patrimonial das obras - Direitos Patrimoniais. Resguardando-se uma justa razão que justificasse a exceção do “não caimento em domínio público”, contida na Lei 9610 de 1988, à saber: a condição de ser um mantenedor das obras vindas de conhecimentos étnicos e tradicionais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interpretação do caso Família Guiga lança vários desafios para os operadores de Direito. Em primeiro lugar, nota-se a incidência de mais de uma perspectiva do “patrimônio”, ao olhar para a obra musical deixada pelo compositor Guiga. Há a perspectiva identitária do grupo e há, ainda, a possibilidade de pensá-la em sua perspectiva econômica, o que justifica análise sobre a sucessão de Direitos Autorais feita na seção 4 desse artigo.

Ao propor vias interpretativas para o emaranhado de normas chamados à compreensão dos Direitos Autorais incidentes à obra de Guiga e, por consequência, à compreensão da sucessão desses direitos e prazos para sua fruição, depara-se com a desconstrução da aplicabilidade automática do instituto do “domínio público”, contrariando um senso comum atribuído às obras vindas conhecimentos tradicionais. Mas, diante dessa constatação, outros problemas surgem, especialmente em relação ao tempo de fruição dos Direitos pelos sucessores e à definição dos legitimados para essa fruição.

As propostas de interpretação feitas no estudo de caso podem gerar o desconforto aos leitores que aguardam a ponderação da aplicabilidade do instituto do domínio público pelo direito de acesso à cultura. De outra forma: até que ponto o sentido identitário para o patrimônio pode sustentar a perspectiva econômica do estudo de caso em questão? Ou ainda, considerando a exceção de não caimento em domínio público, previsto pela Lei 9610 de 1998, até quando perduraria a exclusividade de fruição econômica da música tradicional, de geração em geração? São indagações em aberto e que se espera vê-la debatidas em continuação

desse estudo de caso ou no estudo de outros casos de natureza análoga.

REFERÊNCIAS

ABREU, Regina Maria do Rego Monteiro. Patrimônio cultural: tensões e disputas no contexto de uma nova ordem discursiva. Em: LIMA FILHO, Manuel Ferreira; ECKERT, Cornelia; BELTRÃO, Jane Felipe (org). **Antropologia e Patrimônio Cultural: diálogos e desafios contemporâneos**. Blumenau: Nova letra, 2007. P. 263-286.

COSTA. Rodrigo Vieira. **Federalismo e Organização Sistêmica da Cultura: o Sistema Nacional de Cultura como Garantia de Efetivação dos Direitos Culturais**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Fortaleza, 2012.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Os direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2007. 526 p.

GONÇALVES, José Reginal Santos. **A retórica da perda**. Rio de Janeiro: UFRJ/IPHAN, 1996.

GONÇALVES, José Reginaldo Santos. **Os patrimônios e o tempo**. *Ciência Hoje*. Abril de 2010. Suplemento Trimestral.

GONÇALVES, José Reginaldo Santos. Patrimônio como categoria de pensamento. In: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (Org.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 21-29

GONÇALVES, José Reginaldo Santos. **Ressonância, materialidade e subjetividade: as culturas como patrimônios**. Horizontes Antropológicos. Vol11, nº23, Porto Alegre. Jan/jun 2005.

GOULART, Paloma Elaine Santos. **Direitos Autorais, Culturas Populares e Conhecimentos Tradicionais**. Rio de Janeiro: Lume Juris 2015.

GOULART, Paloma Elaine Santos. **Patrimônio cultural imaterial: valores, sentidos, imaginários e ação social relacionados à proteção, promoção e valorização dos conhecimentos e expressões tradicionais na contemporaneidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2012. 181p.
Dissertação de Mestrado. Programa de Pós Graduação em Sociologia.

HUYSEN, Andreas. Passados Presentes: mídia, política, amnésia. Em: **Seduzidos pela memória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aeroplano Ed., 2004. p. 9-40.

MACHADO, Bernardo Novais da Mata. **Direitos Culturais**: uma síntese. Belo Horizonte: Fundação Municipal de Cultura, 2008. Palestra proferida em Semana de Capacitação aos funcionários do Centro de Cultura Lagoa do Nado, em Belo Horizonte, em 05/04/2008.

MINTZ, Sidney W. **Cultura**: uma visão antropológica. Traduzido por James Emanuel de Albuquerque. Em: "Culture: An Anthropological View publicado originalmente em The Yale Review, XVII (4), 1982, p. 499-512. Revisão de Leda Maia, Maria Regina Celestino de Almeida e Cecília Azevedo.

NISBET, Robert A. Comunidade. In: FORACCHI, Marialice Mencarine; MARTINS, José de Souza. **Sociologia e Sociedade**: Leituras de Introdução à Sociologia. Rio de Janeiro: LTC, 2008. p. 215-221.

PEREIRA, Célio Augusto Souza. **Catálogo de Memórias da Tradição Musical da Família Guiga: uma medida de salvaguarda da cultura Imaterial do estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Catitu Publicações, 2009.

PIMENTA, Eduardo Salles. **Princípios de Direitos Autorais**: um século de proteção autoral no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. 433p.

POLLAK, Michael. **Memória e Identidade Social**. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 10, 1992, p. 200-2012.

VADE MECUM Saraiva. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:**
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**AS LICENÇAS CREATIVE
COMMONS COMO
MÉTODO ALTERNATIVO DE
PROTEÇÃO AOS DIREITOS
AUTORAIS NO BRASIL**

**Vanessa Ziebarth Schilling
Sandro Mansur Gibran**



AS LICENÇAS CREATIVE COMMONS COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL

Autores: Vanessa Ziebarth Schilling¹; Sandro Mansur Gibran²

Resumo: O presente artigo objetiva analisar brevemente a evolução histórica da tutela dos direitos autorais em âmbito interno e internacional, destacando legislações e tratados relevantes, bem como visa ressaltar aspectos controversos acerca destes direitos no ordenamento jurídico brasileiro. A partir da demonstração da existência de lacunas e da excessiva rigidez dos dispositivos legais que pouco se adequam às novas tecnologias, aponta-se como modelo alternativo as licenças *Creative Commons* que, além de legalmente compatíveis, permitem uma maior flexibilização destes direitos, o que as tornam as mais apropriadas para o mundo digital, contribuindo assim para um maior intercâmbio de conhecimento entre as mais diversas culturas.

Palavras-chave: Direitos Autorais. Licenças. *Creative Commons*.

1 Advogada. Bacharel em Relações Internacionais (UNICURITIBA) e em Direito (UNICURITIBA). Pós Graduada em Direito Civil e Empresarial (PUC-PR).

2 Advogado. Mestre em Direito Social e Econômico (PUC-PR) e Doutor em Direito Econômico e Socioambiental (PUC-PR).

1. INTRODUÇÃO

É de inequívoca importância a proteção das relações jurídicas surgidas a partir da criação de obras artísticas, científicas ou literárias, as quais são o escopo da tutela dos Direitos Autorais. Tal informação traduz-se verdadeira diante do *status* constitucional concedido a este instituto, ramificação do estudo da Propriedade Intelectual, quando da presença de dispositivos no rol de direitos e garantias fundamentais do Artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Entretanto, estes direitos sempre foram permeados de conceitos controversos assim como foram fonte de conflitos ao longo da história, principalmente entre o interesse privado e o da coletividade em geral.

Esta afirmação evidencia-se, por exemplo, em relação à Lei nº 9.610 de 1998, a Lei de Direitos Autorais (LDA), lei que, atualmente, é referência no que tange ao arcabouço jurídico de proteção dos direitos autorais no Brasil e cujas críticas revelam-se inesgotáveis.

Muitos apontamentos são feitos em razão de sua excessiva rigidez enquanto outros são tecidos em relação a não adequação de seus dispositivos legais com a realidade social, mais precisamente com as novas tecnologias como a *Internet*, numa era em que “não se pode desconsiderar que os avanços das técnicas e meios de comunicação vêm produzindo fortes impactos nas discussões relativas às relações jurídicas”³.

A partir destes avanços que marcam o século XXI, como o fenômeno da globalização e o advento das novas tecnologias, verifica-se um aprofundamento nas relações econômico-sociais e, também, político-culturais entre indivíduos dos mais diversos locais do mundo, o que faz com que a *Internet* e o mundo digital em geral se tornem o ponto de integração entre diferentes culturas, permitindo a troca de informações e conhecimento em tempo real.

Diante destes novos tempos, surge a necessidade de reflexão acerca da compatibilização destes novos artifícios tecnológicos com os

3 BARROS, Carla Eugênia Caldas. Manual de Direito da Propriedade Intelectual. Aracaju: Evocati, 2007, p. 558.

parâmetros legais existentes.

Através de uma breve análise dos gargalos e eventuais lacunas vislumbradas no ordenamento jurídico brasileiro no tocante aos direitos autorais, as quais não raras vezes acarretam num embate entre estes direitos com demais direitos constitucionalmente protegidos como o direito à cultura, à educação, à informação e ao desenvolvimento tecnológico, tecer-se-ão apontamentos acerca das licenças *Creative Commons* que têm como objetivo uma maior flexibilização da proteção dos direitos autorais de forma a compatibilizar esta tutela com a nova realidade social, ao ponto que permite que, ao mesmo tempo, se tutele os direitos do criador intelectual e que se possibilite o compartilhamento e o uso das criações pela sociedade, acompanhando-se desta forma o processo de difusão da informação e fazendo jus a real função social dos direitos autorais.

2. O CONCEITO DE DIREITO AUTORAL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 O CONCEITO DE DIREITO AUTORAL

Conceituar o direito autoral revela-se uma tarefa complexa, entretanto, de maneira sucinta, este pode ser definido como a denominação atribuída a uma série de direitos pertencentes ao autor, criador, pesquisador, artista, entre outros, em relação à sua obra, seja ela literária, científica ou artística. Antônio Chaves expõe que,

Podemos defini-lo como o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade: de ordem extrapecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.⁴

Ao analisar este conceito, entende-se que o direito autoral é um

4 CHAVES, Antônio. Criador da obra intelectual. São Paulo: LTR, 1997, p. 28.

englobamento de prerrogativas garantidas àqueles a quem determinada criação intelectual é imputada. Afinal, são de suma importância para o indivíduo a proteção e o controle de suas criações.

Mister salientar que a proteção jurídica conferida não se limita somente à criação em si, mas abarca também a distribuição, a reprodução, a publicação e a eventual comercialização da obra, evidenciando-se o aspecto de direito moral bem como o direito de natureza patrimonial⁵.

Acerca do aspecto de direito moral, Pimenta expõe que este é “um direito absoluto que permite ao autor fazer respeitar sua personalidade em sua atividade criadora e em sua obra”⁶. Taxativamente, são considerados direitos morais:

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;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.⁷

Estes direitos são considerados “inalienáveis e irrenunciáveis,

5 Ainda que haja divergência doutrinária acerca de sua natureza jurídica, reconhece-se, pela doutrina majoritária, a natureza dúplice do direito autoral: o caráter moral e o patrimonial.

6 PIMENTA, Eduardo. Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil. 1898-1998. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 289.

7 Artigo 24 da Lei 9.610/98, a Lei de Direitos Autorais (LDA).

[...] oponíveis *erga omnes*, [...] imprescritíveis”⁸ e possuem caráter extrapatrimonial, visto que os referidos direitos “não comportam quantificação pecuniária”⁹.

O aspecto patrimonial, por sua vez, se apresenta de forma díspar dos morais, pois mantém relação direta com a ideia de exploração econômica da criação intelectual ao

Conferir ao autor da obra intelectual a prerrogativa de auferir vantagens pecuniárias com a utilização da obra. É a remuneração do autor pela exploração econômica da obra intelectual [...] que pode ser realizada pelo próprio autor ou por pessoa autorizada pelo autor¹⁰.

Este aproveitamento se operacionaliza, basicamente, com a reprodução em sentido amplo, quer dizer, com a “reprodução, publicação, apresentação ou utilização remunerada”¹¹ da obra. Depreende-se ainda que a referida exploração pode ser feita pelo próprio autor, a quem a legislação remete exclusividade¹², ou por outro indivíduo por ele autorizado. No tocante a este último, evidencia-se uma característica diversa daquela pertinente aos direitos morais, tal qual, a alienabilidade, pois se permite que os direitos patrimoniais¹³ sejam “transferidos a terceiros, total ou parcialmente, temporária ou definitivamente, por meio de autorização, concessão, cessão e outros meios jurídicos”¹⁴ de acordo com o Artigo 49 da LDA.

Acrescenta-se ainda que, para a legislação pátria, compreende-se por direitos autorais “os direitos de autor e os que lhe são conexos”¹⁵, ou seja, tutela-se também os direitos inerentes à figura dos “artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de

8 BARROS, 2007, p. 515.

9 LINS, Bruna Rego. O prazo prescricional nas ações relativas à violação dos direitos autorais. In: BARBOSA, Denis Borges (Org.). Aspectos polêmicos da propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 133.

10 Ibid., p. 134.

11 LINS, loc. cit.

12 Artigo 28, LDA.

13 Artigo 29, LDA.

14 LINS, 2004, p. 134.

15 Artigo 1º, LDA.

radiodifusão”¹⁶ que,

Apesar de não possuírem conteúdos autorais, equiparam-se aos de autores, uma vez que seus titulares difundem suas obras ou atuam nelas. Portanto, os direitos conexos não se confundem com os direitos de autor, mas se aproximam ou se assemelham a eles, porque seus titulares não contribuem na criação das obras, apenas as difundem¹⁷.

A partir da compreensão destes conceitos, é plausível o anseio para que os referidos direitos tenham amparo jurídico, propiciando àquele que contribui para a construção do acervo cultural mundial, meios para que seja reconhecido como o criador intelectual da obra, evitando a utilização indevida de seu feito e a aniquilação de seus direitos fundamentais.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Embora este instituto jurídico seja inegavelmente relevante, vislumbra-se que o devido reconhecimento só ocorrerá no século XV, ainda que as criações intelectuais sejam atribuições do homem desde os tempos mais remotos.

Em Roma, é que se pode afirmar que o direito autoral adquire uma forma jurídica ainda que de modo incipiente. Blum e Abrusio apontam que, ao autor, atribuía-se “somente a glória e as honras que adivinham do feito, de sorte que o direito à remuneração pertencia ao copista ou, sendo o autor escravo, ao seu senhor”¹⁸, ou seja, ao autor se atribuía o caráter moral, este atinente à atividade criativa dispendida para o advento da obra, sua criação intelectual, ainda que o mesmo não ocorresse no que tange ao caráter patrimonial.

Estes copistas, responsáveis pela reprodução das obras, mais tarde substituídos pelos editores e livreiros, são figuras marcantes na evolução histórica do direito autoral. Além de dar uma conotação econômica à

¹⁶ Artigo 89, LDA.

¹⁷ BARROS, 2007, p. 542.

¹⁸ BLUM, Renato Opice; ABRUSIO, Juliana Canha. Direito autoral eletrônico. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo. (Orgs.) Conflitos sobre nomes de domínio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 290.

propriedade da obra, foram peças-chave em embates na busca de uma estruturação jurídica, de um ordenamento a ser seguido.

Na Idade Média, estes eram em grande parte compostos por religiosos que viviam enclausurados, pois a Igreja era detentora da produção intelectual da época, o que acarretava certa monopolização das obras escritas, não sendo raros os casos de censura.

O “ponto de eclosão”¹⁹ dos direitos autorais ocorre em 1436 a partir das invenções de Johannes Gutenberg: a prensa de imprimir e as tintas de impressão. Estas foram essenciais para a reprodução de obras em série e a custos mais baixos, o que suscitou no homem o anseio pela lucratividade e, conseqüentemente, trouxe à tona a necessidade de se estabelecerem contornos mais definidos deste mercado.

À época, os copistas foram perdendo seu espaço para os monopólios criados por editores e livreiros, aos quais eram concedidos privilégios²⁰ de reprodução e, por outro lado, a atribuição de autoria passou a agregar valor à obra intelectual haja vista a vigência do “*Licensing Act*”, de 1662, que reconheceu ao autor a propriedade de sua obra.

Contudo, a insatisfação com a política de privilégios acarretou, em 1709, na instauração do “*Copyright Act*”, também de origem inglesa, o qual previa regras genéricas e aplicáveis a todos, caracterizando um avanço na regulamentação dos direitos de edição ao passo que colocara fim a concessão de privilégios²¹. Através deste, resguardava-se o reconhecimento da titularidade dos autores das obras por prazos determinados, mas, para que estas fossem publicadas, era essencial utilizar-se do instituto da cessão de direitos aos editores. Diversas críticas podem ser apontadas, mas revela-se que o instituto ficara menos sujeito às arbitrariedades com a adoção deste meio de concessão.

Anos depois, em meio ao turbilhão de novos ideais que permeavam

19 SANTIAGO, Oswaldo. Aquarela do direito autoral: história, legislação, comentários. Rio de Janeiro: Mangione, 1946, p. 11.

20 PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. Direitos autorais. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 15.

21 Ibid., p. 17.

a sociedade francesa em tempos de revolução²², consagrou-se o “direito do autor à condição de princípio legal, reconhecendo a obra como sua propriedade”²³ ou, conforme Paranaguá e Branco, “um decreto-lei regulou, de maneira inédita, os direitos relativos à propriedade de autores de obras literárias, musicais e de artes plásticas, como pinturas e desenhos”²⁴.

Dando continuidade a evolução histórica do direito autoral, diversos países iniciaram a promulgação de leis versando acerca do tema desde a última década do século XVIII bem como, em âmbito internacional, diversos foram os acordos e convenções firmados com o intuito de aprimorar a tutela dos direitos autorais, com destaque para a Convenção de Berna e Genebra, de 1886 e 1952, respectivamente; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1946; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; e a Diretiva 2001/29/CE da União Europeia.

A Convenção de Berna, ratificada pelo Brasil, merece grande destaque, pois estabeleceu parâmetros à proteção. Por exemplo, versava, com base no Princípio da Proteção Automática, um de seus mais importantes princípios, que a obra independia de formalidades, tal qual o registro, bastando a exteriorização da ideia para que fosse tida como protegida, ou seja, a apreensão desta pelos sentidos. Entende-se que este fora um “passo verdadeiramente decisivo para a inserção dos direitos autorais no âmbito internacional²⁵”. A de Genebra, por sua vez, não obtivera adesões suficientes ainda que acrescentasse certos requisitos à de Berna com o intuito de harmonizar as vertentes do *copyright* e do *Droit d’Auteur*.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais possui chancela da Organização das Nações Unidas e é de extrema relevância para esta seara, pois, além da maior concentração na pessoa

22 Aponta-se que à época inaugurou-se uma nova vertente para o direito autoral, o *Droit d’Auteur*, que se difere da vertente anglo-saxã do *copyright* ao dar ênfase no aspecto moral dos direitos autorais, não limitando seu âmbito na esfera patrimonial.

23 SANTIAGO, 1946, p. 14.

24 PARANAGUÁ; BRANCO, op. cit., p. 16.

25 BARROS, 2007, p. 475.

do autor do que em sua obra, trouxe à tona dispositivos que conferem aos seus signatários uma maior participação na vida cultural, o desfrute do progresso científico e o reconhecimento do “direito de cada um à educação como fator de desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade”²⁶.

Neste mesmo sentido, atuou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, apontando, ainda que de forma implícita, o direito de acesso à informação em seu Artigo XIX, *in verbis*: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”²⁷.

A Diretiva 2001/29/CE, com origem no seio da União Europeia, teve como propósito a harmonização das legislações dos países integrantes deste bloco econômico no tocante a tutela dos direitos autorais. Em suas disposições, fica clara a importância e o incentivo à produção intelectual e sua difusão assim como se almeja o desenvolvimento pleno de uma sociedade de informação.

Vislumbra-se a ênfase dada em relação à necessidade de imposição de restrições aos direitos autorais “em favor do princípio da liberdade de acesso à informação nas tecnologias de informação e comunicação”²⁸, desde que não haja um prejuízo significativo aos direitos e aos “legítimos interesses do autor”²⁹.

Pode-se dizer que todos os institutos supracitados expressaram-se em prol da tutela dos direitos autorais, não se olvidando da necessidade de acesso à informação e de estímulo ao desenvolvimento de uma sociedade informada, inadmitindo, conseqüentemente, a suspensão ou a restrição do direito à liberdade.

Em âmbito interno, além destes tratados internacionais, ressalta-se

26 Ibid., p. 480.

27 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Ministério da Justiça. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm

28 AVANCINI, Helenara Braga. O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. In: ROVER, Aires José. Direito e informática. Barueri: Manole, 2004, p. 367.

29 AVANCINI, loc. cit.

a importância da Constituição Federal, do Código Penal e das legislações infraconstitucionais na tutela destes direitos.

Historicamente, desde a criação dos primeiros cursos de Direito do país, a questão autoral começou a ser debatida. As primeiras disposições que se têm notícia versam sobre a repressão à reprodução não autorizada de obras bem como demais usos sem a devida autorização³⁰.

Na esfera constitucional, tem-se que os direitos autorais foram temas recorrentes em todas as Constituições, salvo a de 1937. Faz-se primordial ressaltar que, em razão da hierarquia das normas, a partir do momento que estes direitos estão incluídos no seio das Cartas Magnas, estes passam a servir como vetores hermenêuticos aos operadores jurídicos, o que justifica sua relevância.

A Constituição vigente, de 1988, comumente conhecida como “Constituição Cidadã”, é repleta de diversos direitos sociais e em matéria de direitos autorais, destacam-se os incisos do XXVII e XXVIII do Artigo 5º:

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

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 participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Outrossim, são ainda objeto da tutela constitucional o direito

30 BARROS, 2007, p. 485.

à cultura³¹, à educação³², à informação³³ e ao desenvolvimento tecnológico³⁴, direitos que, conforme será vislumbrado adiante, muitas vezes conflitam com os direitos autorais e é diante destes conflitos que emerge a ideia de função social dos direitos autorais, dado o caráter de direito de propriedade, que, inclusive, é visto como princípio basilar da ordem econômica³⁵.

Em âmbito infraconstitucional, têm-se legislações específicas em relação à matéria, dentre as quais se destacam a Lei nº 5.988 de 1973 que fora substituída em 1998 pela Lei nº 9.610, a LDA.

Com o advento da Lei nº 5.988, ficara estabelecido que não é necessário o registro da obra para que esta fosse devidamente reconhecida como propriedade de seu autor, posição que coaduna com os critérios adotados, por exemplo, pela Convenção de Berna. Criou-se ainda o ECAD, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, que visa a “arrecadação e distribuição de direitos autorais incidentes sobre a execução pública de músicas nacionais e estrangeiras”³⁶ e que é um órgão alvo de constantes críticas em razão do rigor na interpretação das disposições legais quando da aplicação em casos concretos, principalmente quando se trata de assuntos relacionados à *Internet*.

Ainda que muitas disposições tenham sido mantidas, esta lei fora revogada com a promulgação da Lei nº 9.610. Acerca desta, em

31 Artigo 215, CF: “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”.

32 Artigo 205, CF: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

33 Artigo 5º, XIV, CF: “[...] É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

34 Artigos 218 e 219, CF: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.”; “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”, respectivamente.

35 Artigo 170, III, CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade [...]”.

36 BARROS, 2007, p. 548.

vigência, aponta-se que fora mantida a ideia dos direitos autorais, em sua acepção genérica, compreendendo em sua tutela os direitos do autor, dos titulares destes direitos e os direitos conexos. O legislador frisou ainda peculiaridades acerca dos aspectos moral e patrimonial, buscou conceituar as expressões utilizadas no corpo da lei assim como se preocupou com os institutos da coautoria e das obras coletivas e em excluir certos casos da esfera de proteção. Por exemplo, as ideias, em si, não podem ser objeto de tutela, salvo quando devidamente exteriorizadas.

Através de uma interpretação sistemática e teleológica da lei, extrai-se que o rol de obras intelectuais tidas como protegidas pelo estatuto legal devem preencher determinados requisitos, tais quais: a intelectualidade, pois a proteção deve recair sobre frutos da produção intelectual humana; a criatividade, ou seja, não basta ser uma mera informação ou a repetição de algo já existente; a originalidade, pois, ainda que seja um conceito complexo, nada mais é do que a revelação de que a obra possui um caráter próprio, não se configurando como objeto de cópia; a temporalidade, em razão da existência de dispositivos legais que impõem que a proteção se limita a certo lapso temporal que, quando findo, levará à obra ao domínio público e, ainda, vislumbra-se que não será objeto de tutela dos direitos autorais aquilo que o próprio legislador elencou que não seria objeto de proteção.

Merece destaque ainda o Marco Civil da *Internet*, a Lei nº 12.965/2014 que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil. Cumpre ressaltar que a referida lei denota a importância da *Internet* para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural ao elencar como fundamentos a colaboração e a finalidade social da rede e, como objetivos, a garantia de acesso à informação, à participação na vida cultural e a difusão de novas tecnologias, entre outros. Em matéria de direitos autorais, especificamente, o marco regulatório permanece deficiente³⁷, principalmente nos casos de responsabilidade pelos danos decorrentes de conteúdo gerado por

37 SOMBRA, Thiago. Direitos autorais na Internet após o Marco Civil. Disponível em: <https://jota.info/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/direitos-autorais-na-internet-apos-o-marco-civil-27122016>

terceiros na rede.

3. AS LICENÇAS *CREATIVE COMMONS* COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NO DINAMISMO DO SÉCULO XXI

3.1. O DINAMISMO DO SÉCULO XXI

O século XXI nasce como uma promessa de novos tempos e este não têm como raiz somente o desenvolvimento informático-tecnológico, mas abarca também a ideia de globalização, esta em sentido lato.

A globalização é um acontecimento que se processa diante de nossos olhos, sem possibilidade de ser negada. Cada vez mais povos saem do isolamento para passar a participar de uma supersociedade comum. Cada vez são mais os eventos que se repercutem sobre todos os países, embora frequentemente em medidas diferentes³⁸.

Por mais que seja um processo sujeito a muitas críticas, estas nos mais diversos campos, a globalização é inegável. As transformações são, primeiramente, de ordem econômica e política, mas não excluem o aspecto sociocultural, pois este se encontra, de certa forma, intrinsecamente ligado a elas. Basicamente, trata-se de um fenômeno, de um processo de integração, uma quebra de fronteiras que facilita a criação de “laços de interdependência”³⁹ entre os países por mais distantes que estejam entre si. Ademais,

A globalização aproxima as civilizações e as pessoas, colocando todos em contato potencial com todos, o que é positivo, pois manifesta a unidade do gênero humano. Permite a rápida propagação dos conhecimentos e das experiências, sendo um elemento catalisador e difusor do progresso. [...] Oferece grandes oportunidades à formação das pessoas. Aumenta espantosamente os meios culturais disponíveis. Aproxima os povos através do conhecimento

38 ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. In: WACHOWICZ, Marcos. Propriedade intelectual e internet. Curitiba, Juruá, 2005, p. 16.

39 Ibid., p. 17.

recíproco⁴⁰.

Em suma, “todos estão cada vez mais em contato com todos”⁴¹. Esta afirmação não revela só o corolário do fenômeno supracitado, mas também um outro pilar que emerge nos novos tempos: a sociedade da informação. Em razão do desenvolvimento das telecomunicações e, claro, da informática, com destaque, nesta última, para o advento da *Internet*, “impõe-se globalmente um sistema de *rede aberta* nas telecomunicações, que permite que a informação circule sem obstáculos alcançando todos os pontos do planeta.”⁴²

Por conseguinte, a informação e o acesso a esta passa a ser um “elemento estratégico decisivo da evolução social e um fator determinante no comportamento dos povos”⁴³. Em virtude ser um vasto campo de estudo, aponta-se como essencial a concentração na *Internet*, esta o meio pelo qual as licenças *Creative Commons* emergiram. De acordo com Lemos, a grande promessa da *Internet* era

Romper com as barreiras entre produtor e consumidor da cultura, entre público e artista. Criar um território neutro, aberto, que tornasse o indivíduo o centro da informação. Um território em que não necessariamente seria preciso reproduzir o modelo de concentração de mídia que predominou em todo o século XX. Em outras palavras, tornar a cultura um produto da interação entre todos, permitindo a qualquer um participar criativamente na sua constituição.⁴⁴

Contudo, o que se vislumbra é que este ambiente cuja essência é livre, passou a sofrer inúmeras restrições, principalmente na esfera dos direitos autorais, onde, não raras vezes, tem-se uma atuação um tanto quanto exacerbada, inclusive, de grandes conglomerados de empresas de *copyright*.

Frente a estas profundas transformações e no intuito de evitar que estas estejam sujeitas às arbitrariedades de um sistema impositivo, faz-se

40 Ibid., p. 20.

41 ASCENSÃO, 2005, p. 16.

42 Ibid., p. 19.

43 ASCENSÃO, loc. cit.

44 LEMOS, Ronaldo. *Creative Commons, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 1

necessária a adaptação dos ordenamentos jurídicos à nova era e é neste limiar, ainda, que “a estrutura jurídica dos direitos autorais enfrenta o desafio de adequar-se ao desenvolvimento tecnológico, este com efeitos sobre a produção criativa, a difusão e reprodução das obras, sob pena de esvaziar-se.”⁴⁵ Afinal,

Historicamente, todos os veículos de comunicação que compõem a sociedade convergente passaram a ter relevância jurídica a partir do momento em que se tornaram instrumentos de comunicação em massa, pois a massificação do comportamento exige que a conduta passe a ser abordada pelo direito, sob pena de se criar insegurança no ordenamento jurídico e na sociedade⁴⁶.

O cuidado que emerge neste sentido é que, não raras vezes, por mais que os meios de comunicação utilizados pela sociedade da informação estejam com seu uso consolidado, o ordenamento jurídico não evolui no mesmo sentido e isto não pode justificar a “aplicação da lei tradicional nessa mídia não-tradicional”⁴⁷ como ocorre no Brasil, onde a legislação autoral não faz menção direta⁴⁸ à *Internet*, o que enseja a adoção de mecanismos alternativos como, por exemplo, o proposto pelo *Creative Commons*.

3.2. AS LICENÇAS *CREATIVE COMMONS*

45 SOUZA, Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da produção jurídica. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 121.

46 WACHOWICZ, Marcos. Os direitos da informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: WACHOWICZ, Marcos. Propriedade intelectual e internet. Curitiba, Juruá, 2005, p. 26.

47 LESSIG, Lawrence. A regra dos direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos. Propriedade intelectual e internet. Curitiba, Juruá, 2005, p. 36.

48 Menciona-se que não há uma proteção direta dada a inexistência de normas específicas acerca do direito autoral na Internet, visto que se aplicam de forma análoga as regras utilizadas nos meios tradicionais em razão, inclusive, do Artigo 7º da LDA abarcar esta possibilidade quando menciona que “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. A Internet, por sua vez, é um suporte intangível e, em termos temporais, a LDA fora elaborada numa época na qual este fenômeno era ainda incipiente no país.

A partir das expressivas mudanças que marcaram as últimas décadas na seara social e tecnológica, surge, em meados dos Anos 80, o Movimento do *Software* Livre cujo fundamento é o compartilhamento do conhecimento através da rede mundial de computadores. Um movimento com raízes na ideia de solidariedade.

Indignados com a proibição de acesso aos códigos-fonte dos *softwares*, indivíduos ligados à área de informática criaram a *Free Software Foundation*, uma organização sem fins lucrativos cujo objetivo era propiciar a produção de um sistema livre de programas de computador, eliminando assim eventuais impedimentos e restrições.

Para concretizar tal anseio, esta organização criara licenças, as quais, desde que com a devida autorização do autor, permitiam aos indivíduos a liberdade de estudo e até mesmo de adaptação ou modificação do *software*, mantendo-se, desta forma, os códigos-fonte abertos.

Duas décadas depois, a partir do conceito de *software* livre criado por esta organização, de projetos colaborativos⁴⁹ baseados no *copyleft*⁵⁰ e de anseios pessoais, Lawrence Lessig criou a *Creative Commons*, uma organização também não governamental e sem fins lucrativos que tem como princípio a expansão da quantidade de obras criativas disponibilizadas ao público, disseminando-se assim a cultura e o conhecimento ao redor do mundo.

A partir da adoção de suas licenças, caracterizadas pela flexibilidade de combinação entre si, facilita-se o procedimento de cópia e compartilhamento, o que, sem dúvida, remodela o conceito tradicional dos direitos autorais. Vale ressaltar que o “objetivo não é derrotar o direito autoral, e sim facilitar para os criadores o exercício de seus direitos de

49 Um dos projetos colaborativos mais conhecidos no mundo é a Wikipédia, que através de seu licenciamento via Creative Commons, permite a qualquer indivíduo interessado contribuir de forma a melhorar os seus artigos, por exemplo, adicionando novas informações, independentemente de autorização, pois esta já fora previamente concedida quando da escolha pela licença.

50 Ainda que uma análise literal e superficial faça com que se interprete copyleft como uma ideia antagônica à do copyright, aponta-se que, bem em verdade, tal afirmação está equivocada, pois o copyleft é tido como um mecanismo jurídico que permite o licenciamento das obras além dos limites previstos pela lei, ou seja, com o amparo desta e não renegando a legislação tradicional.

forma mais flexível e barata”⁵¹.

Ademais, além da busca pela simplicidade, é permitido a qualquer criador intelectual ou entidade, apontar o que pode e o que não pode ser feito com a sua obra, o que confere liberdade e, nas palavras de Matte, “liberdade é desejável”⁵².

As razões para um autor, um criador intelectual, preferir licenças públicas ou licenças *Creative Commons* às formas tradicionais, ou seja, escolher pelo “alguns direitos reservados”⁵³ ao “todos os direitos reservados”⁵⁴, são as mais diversas⁵⁵.

Crespo⁵⁶ aponta que o *Massachusetts Institute of Technology* registrou seus trabalhos e estudos com o intuito de propalar a produção acadêmica. A BBC de Londres, por sua vez, percebeu que não havia razão em manter as milhares de horas de produções sem acesso em virtude de restrições de direitos autorais e passou à adotar as licenças *Creative Commons*.

Além destes exemplos, é comum que artistas em início de carreira ou até mesmo aqueles simplesmente desinteressados em auferir ganhos financeiros diretos, pois já têm carreira consolidada no mercado, optem por esta forma de licenciamento.

Para os primeiros, muitas vezes é extremamente burocrático e envolve altos custos buscar uma produtora ou editora para divulgar a sua obra além do fato que estas só investirão quando do interesse das mesmas.

51 ARAÚJO, Honácio Braga. Creative Commons e o direito à cultura livre: as licenças criativas frente às limitações do direito autoral na internet. Disponível em: <http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/textolivre/article/view/102>, 2011, p. 9.

52 MATTE, ANA CRISTINA FRICKE. Liberdade em duas palavras: Creative Commons. Disponível em: <http://periodicos.letras.ufmg.br/index.php/textolivre/article/view/73>, 2010, p. 5

53 Some Rights Reserved.

54 All Rights Reserved.

55 É pertinente destacar que, na prática, dificilmente é o próprio autor quem escolhe o tipo de licença que será utilizado e sim, intermediários, como editoras ou produtoras, que, a partir de contratos de cessão de direitos, passam a deter os direitos sobre a obra. Diante disto, pode-se dizer que ao optar por uma licença Creative Commons, o autor passa a exercer com maior liberdade os direitos que possui sobre sua criação intelectual.

56 CRESPO, Sílvia. Reforma agrária no audiovisual: Creative Commons: difusão de obras, memória e produção colaborativa. In: LEMOS; BRANCO, 2005, p. 14

Já para os últimos, muitas vezes estes passam a se preocupar mais com a disseminação da cultura e em lucros indiretos, ou seja, aqueles que não são auferidos diretamente da obra, do livro ou da música em si, mas sim, de produtos, entrevistas, *shows*, entre outros. Sob este enfoque, Araújo acrescenta que

O *Creative Commons* é dirigido principalmente a autores que visam a ampla circulação de suas obras. Ou seja, autores novatos, que desejam distribuir a sua obra na *Internet* e por isso a disponibilizam gratuitamente, e aqueles consolidados, que procuram um meio de publicidade desvinculado da indústria cultural (editores e produtores, por exemplo), pois às vezes é conturbada a relação entre os autores e as empresas que se apropriam da titularidade das obras⁵⁷.

Além das razões supracitadas que são, de longe, meramente exemplificativas e não exaustivas, vislumbra-se que

Existe um grande número de autores, detentores de direitos e criadores de um modo geral que simplesmente não se importa que outras pessoas tenham acesso às suas obras. Há músicos, produtores de vídeos ou escritores que desejam o exato oposto: querem que as pessoas tenham acesso às suas obras, ou, eventualmente, que outras pessoas continuem o seu trabalho, seja reinterpretando-o, seja reconstruindo-o ou recriando-o. Para essas pessoas, não faz sentido nem econômico, nem artístico, que seus trabalhos se submetam ao regime de “todos os direitos reservados”⁵⁸.

Todas as licenças *Creative Commons* têm sua redação estandardizada, ou seja, padronizada, e estão disponíveis em três métodos de escrita diferentes em razão de seu público-alvo. Uma para leigos, uma para operadores jurídicos e outra para profissionais ligados à área de computação, que possuem uma linguagem técnica.

No tocante ao âmbito de aplicação, as licenças “podem ser utilizadas em quaisquer obras, tais como música, filme, texto, foto, blog, banco de dados, compilação, *software* ou qualquer obra passível de proteção pelo direito autoral”⁵⁹. Sendo assim, atendem a uma vasta gama de interesses e

57 ARAÚJO, 2011, p. 5.

58 LEMOS, Ronaldo. Direito, tecnologia e cultura. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 83.

59 Ibid., p. 85.

necessidades de criadores intelectuais, detentores de direitos, entre outros indivíduos que querem “exercitar o ‘monopólio legal’ criativo”⁶⁰. Após a obtenção da licença, o autor é quem define como pretende disponibilizar a sua criação intelectual. Na era da *Internet*, destacam-se as redes de compartilhamento *peer-to-peer*, comumente utilizadas para este tipo de difusão.

Destacam-se como principais licenças⁶¹ a de “Atribuição”, a de “Vedadas Obras Derivativas”, a “Vedados Usos Comerciais”, a de “Compartilhamento pela Mesma Licença”, e a “CC-GPL e CC-LGPL”, estas últimas ligadas ao licenciamento de *software* sob os padrões do *Creative Commons*.

A licença de Atribuição, talvez a mais importante, permite ao licenciado o compartilhamento praticamente sem restrições, ou seja, será possível a cópia, a distribuição e a transmissão da obra; a possibilidade de remixar, ou seja, de criar obras derivadas⁶² e até mesmo de fazer uso comercial desta desde que o autor ou licenciante receba os devidos créditos pela autoria ou detenção dos direitos.

É imprescindível salientar que a licença não atinge a esfera dos direitos morais do autor, somente a esfera patrimonial, e que esta é uma das razões pela qual é possível a aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Aponta-se que o direito moral é o que confere ao criador, inclusive, a garantia de menção em referência à sua obra.

Diante da essencialidade do autor receber o devido crédito pela sua criação intelectual, a licença de Atribuição é obrigatória, não podendo ser afastada quando da escolha por este mecanismo alternativo de proteção às obras. Ademais, esta pode ser combinada com as demais licenças fornecidas pelo *Creative Commons*, a depender dos anseios do criador

60 ARAÚJO, 2011, p. 5.

61 CREATIVE COMMONS BRASIL. Disponível em: <http://creativecommons.org.br/as-licencas/>

62 Com a utilização desta licença, elimina-se a necessidade de licenciar a obra nos termos do Artigo 29, LDA, a qual dispõe que depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra seja por qual for a modalidade, pois a autorização já está sendo concedida quando da obtenção da licença de Atribuição.

intelectual, pois, não raras vezes, é possível que este opte por conferir certas limitações ao manejo de sua obra por terceiros pelos mais diversos motivos.

As licenças “Vedadas Obras Derivativas”, “Vedados Usos Comerciais” e a de “Compartilhamento pela Mesma Licença” são espécies de limitações que podem ser impostas ao licenciado.

No tocante aos termos da licença de “Vedadas Obras Derivativas”, tem-se que, através desta, o autor “autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra”⁶³, mas, “requer que a obra seja sempre mantida intacta, sendo vedada sua utilização para a criação de obras derivativas”⁶⁴, sejam elas eventuais alterações, reedições ou até mesmo a remixagem, esta última uma das principais linguagens criativas existentes atualmente.

Já no que tange a licença “Vedados Usos Comerciais”, Lemos aponta que por mais que seja autorizada a cópia, distribuição e utilização da obra, o criador intelectual que opta por esta licença veda aos interessados que estes procedimentos autorizados sejam utilizados visando fins lucrativos. Por exemplo, veda-se a venda da cópia. Frisa este que quando um autor licencia a sua obra somente para fins não comerciais, caso seja ela utilizada para fins comerciais, os direitos autorais deverão ser normalmente pagos. Isto evidencia ainda mais a ideia de que o projeto *Creative Commons* atua em consonância com a legislação autoral tradicional.

Por sua vez, através da licença “Compartilhamento pela Mesma Licença”,

O autor impõe a condição de que, se a obra for utilizada para a criação de obras derivativas, como, por exemplo, uma música ser incluída em um filme ou uma foto ser incluída em um livro, ou mesmo uma reconstrução da obra original, o resultado deve ser necessariamente compartilhado pela mesma licença. Assim, uma obra licenciada pela modalidade “Compartilhamento pela Mesma Licença” só pode ser utilizada em outras obras se essas outras obras também forem licenciadas sob a licença *Creative Commons*⁶⁵.

63 LEMOS, 2005., p. 86.

64 LEMOS, loc. cit.

65 LEMOS, 2005, p. 87.

Após a análise destas licenças e da possibilidade de combinação entre estes, aponta-se que, atualmente, tem-se vislumbrado ao redor do mundo o crescimento exponencial da utilização destas licenças alternativas, o que confirma o anseio pelo “desenvolvimento livre da cultura e pelo direito coletivo de acesso ao conhecimento e à informação”⁶⁶, direitos constitucionalmente protegidos.

3.3. APONTAMENTOS ACERCA DA APLICAÇÃO DAS LICENÇAS *CREATIVE COMMONS* COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sob a ótica legal, ainda que as licenças *Creative Commons* tenham sido redigidas com base no modelo norte-americano do *copyright*, em virtude da existência de tratados internacionais em matéria de direito autoral como, por exemplo, a Convenção de Berna, citada anteriormente, tem-se que seus termos foram redigidos conforme os ditames legais internacionais e, em decorrência disto, ocorre uma facilitação no que tange à integração das disposições destas licenças nos ordenamentos jurídicos internos. O Brasil se enquadra nesta afirmação, pois, após a ratificação da referida convenção, a inserção dos dispositivos legais das licenças e a conjugação com o ordenamento existente foi facilitada.

Além disto, faz-se essencial ressaltar que, atualmente, todas as licenças se encontram devidamente traduzidas e adaptadas à legislação brasileira e que a representação da organização no país se faz através da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, mais especificadamente no seio de seu Centro de Tecnologia e Sociedade.

Diante disto, o *Creative Commons* apresenta-se então como uma iniciativa economicamente viável para a produção cultural do país, principalmente em razão da inexistência de dispositivos legais específicos para tutelar o direito autoral nas novas tecnologias, o que muitas vezes conduz a conflitos de interesses, dada a rigidez na aplicação dos dispositivos

66 ARAÚJO, 2011, p. 1

constantes ao ordenamento jurídico, ou até mesmo a afrontas a direitos constitucionalmente protegidos.

Por exemplo, em relação ao acesso à livre informação e à cultura, vislumbra-se que os adventos tecnológicos propiciaram a troca instantânea de informações bem como possibilitaram o intercâmbio de conhecimento entre diversas culturas e indivíduos.

Paralelamente a este considerável avanço, aumentou-se a esfera de proteção dos direitos autorais em razão das inúmeras obras intelectuais que passaram a permear estes novos meios, evidenciando-se assim a necessidade de se encontrar um ponto de convergência entre os interesses do autor e da coletividade em geral⁶⁷.

Contudo, não se pode esquecer da necessidade que países em desenvolvimento, caso do Brasil, têm de se preocupar com eventuais limitações que os direitos autorais podem impor ao desenvolvimento cultural e informacional da sua população, pois a inclusão digital é atributo essencial àqueles que almejam o desenvolvimento, ainda mais num cenário mundial globalizado⁶⁸.

O mesmo ocorre no caso do direito à educação ante a inexistência de um dispositivo legal na LDA que permita a reprodução integral de uma obra. De acordo com o Artigo 46, II, da LDA, “não constitui ofensa aos direitos autorais: [...] a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”. O artigo em tela apresenta uma limitação ao direito do autor, contudo, esta é revestida de nebulosas repercussões, por se tratar, conforme Queiroz, de uma “norma aberta”⁶⁹.

Ao se tecer um paralelo entre as Leis 5.988/73 e 9.610/98, depreende-se o enrijecimento do legislador no que tange à limitação das cópias

67 CARBONI, Guilherme. Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. In: CARVALHO, Patrícia Luciane (Coord.). Propriedade intelectual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 435.

68 CARBONI, loc. cit.

69 QUEIROZ, Daniel Pessoa Campello. As limitações aos direitos autorais na legislação brasileira e a questão da cópia privada. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10064/as-limitacoes-aos-direitos-autorais-na-legislacao-brasileira-e-a-questao-da-copia-privada>, 2007, p. 1.

privadas. A primeira permitia a reprodução integral desde que inexistente o intuito lucrativo enquanto a segunda, em vigência, somente permite a reprodução de “pequenos trechos”, sem definir especificadamente no que consiste esta expressão,⁷⁰ o que a torna ineficaz na prática cotidiana.

Ademais, “a cópia da obra para uso privado não pode, nem deve, estar limitada, notadamente quando se trata de uso privado, sem intuito de lucro, e para fins educacionais”⁷¹. É de conhecimento notório que o ambiente acadêmico muitas vezes infringe os direitos autorais, por exemplo, ao disponibilizar artigos, trechos ou até mesmo a integralidade de uma obra aos alunos, mas, neste caso em específico, há de se analisar que o que se busca é a transmissão de conhecimento, tornando-o acessível às pessoas que muitas vezes não tenham facilidade em obtê-lo, e não a obtenção de incentivos econômico-financeiros⁷².

Há de se ressaltar ainda os conflitos dos direitos autorais com o direito à tecnologia. Não restam dúvidas que o ambiente digital hoje é visto como um meio através do qual as obras podem ser difundidas numa proporção que até poucos anos atrás era inimaginável. Cada vez mais aumenta o número de *blogs* e de redes sociais, o que torna o ambiente ainda mais fluido. Nesta seara, aponta-se que o uso da tecnologia *peer-to-peer*, a qual permite a troca interativa de arquivos entre usuários no meio digital é tida como ilegal diante de uma interpretação literal do ordenamento jurídico, pois somente é permitida a cópia para uso privado. Sendo assim, ainda que o usuário esteja de boa-fé e sem visar um fim lucrativo, simplesmente intercambiando conhecimento *on-line*, este estará infringindo a lei.

A partir destes breves apontamentos, evidencia-se que, em razão do engessamento legislativo, há uma incapacidade de acompanhamento da dinâmica desta nova era tecnológica pelos institutos jurídicos, o que

⁷⁰ Ibid., p. 4.

⁷¹ QUEIROZ, loc. cit.

⁷² Em países que adotam a vertente do copyright, impera a doutrina do fair use, do “uso justo”, na qual se autoriza o uso de determinada obra à pessoa não autorizada em virtude do fim legítimo a que se destina como, por exemplo, para fins educacionais. Ressalta-se que esta doutrina tem fulcro em uma vasta gama de princípios, os quais são figura basilar em países que adotam o sistema do Common Law.

ressalta a necessidade de harmonização da tutela dos direitos autorais com a realidade que se apresenta, sempre à luz da razoabilidade.

Visando a compatibilização entre o interesse do autor e o da coletividade, principalmente na esfera digital, o *Creative Commons* traz um modelo alternativo à legislação autoral tradicional que maximiza o poder do criador intelectual em relação à sua obra, visto que este irá optar pela licença que melhor se adequar ao uso que ele quer que seja feito, não sendo mais necessários obstáculos burocráticos e até mesmo o intermédio de editores, produtores e demais indivíduos responsáveis pela difusão das obras que muitas vezes atuam de maneira controversa.

Com a adoção destas licenças, estimula-se a interação digital e se apoia a vasta gama de projetos colaborativos existentes bem como se harmonizam os direitos autorais com os direitos de acesso à cultura, à informação, à educação e ao desenvolvimento tecnológico, fazendo-se jus a real função social dos direitos autorais, ainda que esta esteja implícita na Carta Magna.

Afinal, por mais que a criação seja fruto da intelectualidade individual, o homem como “ser coletivo e membro de uma sociedade tem um dever social a desempenhar, tanto moral, físico, intelectual que propicie a evolução de todos na sociedade”⁷³, ainda mais por muita vezes esta ser a origem de suas inspirações.

Neste sentido, tenta o *Creative Commons* “recuperar a promessa libertária original da *Internet* e da tecnologia digital de emancipação criativa [...] fazendo do direito não um instrumento de preservação do passado, mas de transição para o futuro”⁷⁴.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

73 PIMENTA, Eduardo Salles; PIMENTA FILHO, Eduardo Salles. A limitação dos direitos autorais e a sua função social. In: PIMENTA, Eduardo Salles. Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 73.

74 LEMOS, 2005, p. 92.

A partir da análise do presente artigo, evidenciou-se o quão complexa e, muitas vezes controversa, é a seara do direito autoral. Não raras vezes, o ordenamento jurídico no que tange à matéria revela-se extremamente rígido ou até mesmo inadequado e por isso diversas são as críticas tecidas em relação à Lei 9.610/98, a lei que disciplina os direitos autorais no Brasil.

Além de possuir lacunas e termos inespecíficos, esta tem em seu corpo dispositivos que, bem em verdade, são incoerentes com o ordenamento jurídico como um todo. Por exemplo, ao vedar a cópia integral para uso privado e sem fins lucrativos, a referida lei acaba muitas vezes afrontando direitos constitucionalmente garantidos como o acesso à cultura, à educação e à informação.

Ademais, restrições como esta sequer existiam em leis anteriores, o que denota que com o passar do tempo, o legislador optou por enrijecer as disposições acerca do direito autoral, ação esta que não só está sujeita a críticas dos operadores do direito, mas também da coletividade em geral, a qual vê seu campo de atuação extremamente limitado, o que inibe muitas vezes comportamentos que poderiam colaborar com o aprimoramento sociocultural do país.

Com o advento das novas tecnologias e o aprofundamento da globalização, o acesso às informações e a inclusão digital passaram a ser vistos não somente como um elemento inerente ao desenvolvimento do país em termos econômicos, mas também como um fator de evolução social.

Neste âmbito, a *Internet* se destaca ao proporcionar aos indivíduos a troca de informações e de conhecimento, em tempo real, estejam estes onde estiverem. Entretanto, este meio, que tinha como escopo a criação de um ambiente livre para a integração e o compartilhamento de conhecimento bem como ser um instrumento de emancipação criativa, não se desvencilhou dos ditames dos direitos autorais.

Frisa-se que não há intenção de afirmar que as obras intelectuais disponíveis na *Internet* não devam ser devidamente protegidas, mas ressalta-se que a tutela deve ser concedida de forma compatível com o

ambiente na qual ela se insere, o que não ocorre, por exemplo, com a aplicação integral da Lei 9.610/98.

Visando certo equilíbrio entre a proteção dos direitos autorais e o interesse da coletividade, as licenças *Creative Commons* são vistas como um modelo alternativo à tutela tradicional que melhor se enquadra à esfera digital bem como propiciam a maximização do poder de escolha do autor e a concretização de direitos constitucionalmente garantidos. Oriundas do movimento do *copyleft*, estas são vistas como um mecanismo jurídico através do qual os titulares de direitos autorais podem licenciar o uso de suas obras conforme sua conveniência.

Atualmente, mostra-se crescente o número de projetos colaborativos no ambiente digital, bem como este talvez seja o meio menos custoso e menos burocrático para novos artistas, escritores e músicos, entre outros, lançarem suas criações. Sem contar, é claro, que o acesso a estas obras pela sociedade se tornou praticamente instantâneo. Ademais, o compartilhamento de informações e a troca interativa de arquivos através da tecnologia *peer-to-peer* tem aumentado de forma expressiva.

Diante do exposto, pode-se depreender que as licenças *Creative Commons* são instrumentos jurídicos ao alcance dos indivíduos que se mostram compatíveis com os anseios dos novos tempos. Ao se optar por elas, concretiza-se a real função social dos direitos autorais, pois os direitos individuais do criador intelectual passam a coexistir harmonicamente com os demais direitos tidos como fundamentais e inerentes à coletividade, tais quais o direito à educação, à cultura, à informação e, ainda, ao desenvolvimento tecnológico. Direitos estes que são essenciais na busca pelo desenvolvimento pleno não só da sociedade, mas do país como um todo.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Honácio Braga. **Creative Commons e o direito à cultura livre: as licenças criativas frente às limitações do direito autoral na internet.** Disponível em: <http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index>.

php/textolivre/article/view/102, 2011, p. 1, 5, 9.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Sociedade da informação e mundo globalizado**. In: WACHOWICZ, Marcos. Propriedade intelectual e internet. Curitiba, Juruá, 2005, p. 16, 17, 19, 20.

AVANCINI, Helenara Braga. **O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais**. In: ROVER, Aires José. Direito e informática. Barueri: Manole, 2004, p. 367.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de Direito da Propriedade Intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007, p. 475, 485, 515, 542, 548, 558.

BLUM, Renato Opice; ABRUSIO, Juliana Canha. **Direito autoral eletrônico**. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo. (Orgs.) Conflitos sobre nomes de domínio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 290.

BRASIL. **Constituição** (1988). *Constituição* da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de Outubro de 1988. Acesso em: Setembro de 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 19 de Fevereiro de 1998. Acesso em: Setembro de 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de Abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 19 de Fevereiro de 1998. Acesso em: Setembro de 2017.

CARBONI, Guilherme. **Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico**. In: CARVALHO, Patrícia Luciane (Coord.). Propriedade intelectual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 435.

CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTR, 1997, p. 28.

CREATIVE COMMONS. Disponível em: <http://creativecommons.org/>
Acesso em: Setembro de 2017.

CREATIVE COMMONS BRASIL. Disponível em: <https://br.creativecommons.org/licencas/> Acesso em: Setembro de 2017.

CRESPO, Sílvio. **Reforma agrária no audiovisual: *Creative Commons***: difusão de obras, memória e produção colaborativa. In: LEMOS; BRANCO, 2005, p. 14

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Ministério da Justiça. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: Setembro de 2017.

DIRETIVA 2001/29/CE. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>. Acesso em: Setembro de 2017.

LEMOS, Ronaldo. ***Creative Commons*, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 1

_____. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 83, 85, 86, 87, 92.

LESSIG, Lawrence. **A regra dos direitos autorais**. In: WACHOWICZ, Marcos. Propriedade intelectual e internet. Curitiba, Juruá, 2005, p. 36.

LICENSING ACT, LONDON, 1662. Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em: http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord.php?id=record_uk_1662. Acesso em: Setembro de 2017.

LINS, Bruna Rego. **O prazo prescricional nas ações relativas à violação dos direitos autorais**. In: BARBOSA, Denis Borges (Org.). Aspectos polêmicos da propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 133, 134.

MATTE, ANA CRISTINA FRICKE. **Liberdade em duas palavras: Creative Commons**. Disponível em: <http://periodicos.letras.ufmg.br/index.php/textolivre/article/view/73>, 2010, p. 5

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Ministério da Justiça. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: Setembro de 2017.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 15, 16, 17.

PIMENTA, Eduardo. **Princípios de direitos autorais**: um século de proteção autoral no Brasil. 1898-1998. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 289.

PIMENTA, Eduardo Salles; PIMENTA FILHO, Eduardo Salles. **A limitação dos direitos autorais e a sua função social**. In: PIMENTA, Eduardo Salles. Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 73.

QUEIROZ, Daniel Pessôa Campello. **As limitações aos direitos autorais na legislação brasileira e a questão da cópia privada**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10064/as-limitacoes-aos-direitos-autorais-na-legislacao-brasileira-e-a-questao-da-copia-privada>, 2007, p. 1, 4.

SANTIAGO, Oswaldo. **Aquarela do direito autoral**: história, legislação, comentários. Rio de Janeiro: Mangione, 1946, p. 11, 14.

SOMBRA, Thiago. **Direitos autorais na Internet após o Marco**

Civil. Disponível em: <https://jota.info/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/direitos-autorais-na-internet-apos-o-marco-civil-27122016> Acesso em: Setembro de 2017

SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais:** uma interpretação civil-constitucional dos limites da produção jurídica. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 121.

WACHOWICZ, Marcos. **Os direitos da informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos.** In: WACHOWICZ, Marcos. Propriedade intelectual e internet. Curitiba, Juruá, 2005, p. 26.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**A EXPERIÊNCIA DO OLHAR
NA ARTE: APROPRIAÇÃO,
AUTORIA, CIRCULAÇÃO**

Flávia Sangiorgi Dalla Bernardina



A EXPERIÊNCIA DO OLHAR NA ARTE: APROPRIAÇÃO, AUTORIA, CIRCULAÇÃO

Autora: Flávia Sangiorgi Dalla Bernardina

Instituição: UFPR-GEDAI – Grupo de Estudos em Direitos Autorais e Industriais

Resumo: Trata-se de artigo que discorre sobre a experiência do olhar na arte, especificamente do contato do espectador com a obra de arte. Através de uma breve análise da imagem, pelo pensamento dos filósofos Giorgio Agamben e Arthur Danto, nota-se que o vácuo que existe entre o que é apresentado pelo artista e o que é visto pelo olhar espectador, se torna imprescindível para que a obra se revele. A obra de arte não se posiciona de uma maneira passiva, pois na medida em que se modifica conforme ‘a presença de quem vê’, ela aporta algo a mais, algo que os próprios atores em cena, por vezes, não se dão conta. É o que Agamben chama de autor como gesto, esse jogo empreendido entre autor e espectador, que são colocados a enfrentar o intervalo entre o que é mostrado e o que se vê. Nesse jogo de alteridades, o artigo traz a questão da autoria pela análise de apropriação/reprodução de obras, bem como da circulação das mesmas.

Palavras-chave: Autoria. Apropriação. Experiência. Circulação. Arte.

Hamlet: - Você não vê nada lá?

A Rainha: - Nada mesmo; mas tudo que é, eu vejo.

(Shakespeare: Hamlet, Ato III, Cena IV)

No texto “O mundo da arte” o filósofo norte americano Arthur C. Danto¹ ilumina a forma de como Hamlet e Sócrates trataram “a arte como um espelho anteposto à natureza” – embora, como o próprio autor diz, “respectivamente de modo elogioso e depreciativo.”² Ele inicia seu raciocínio em Sócrates, que numa visão pessimista ou reducionista, se assim ousamos dizer, tinha os espelhos como reflexos daquilo que já podemos ver, assim como a arte. Já Hamlet experimentava a superfície refletora como reveladora de algo que não podemos perceber, “nossa própria face e forma”, nos dizeres de Danto.

Assim, na visão shakespeariana, a arte não atua como mero reflexo, mas aporta algo a mais do que simplesmente devolver uma imagem: ela revela quem vê. E vai além: revela aquilo que não é conhecido de si, por quem vê. Por esse e outros motivos, talvez menos profundos que esse, Danto considera a teoria de Sócrates defeituosa. Num silogismo, se Sócrates considera que a imagem espelhada de algo é uma imitação desse algo, e se arte é imitação, então imagens espelhadas seriam arte. É importante contextualizar que nesse momento histórico os artistas empenhavam-se na imitação, sendo ela parte do sistema que validava o que era arte. A insuficiência desta teoria só foi notada, de fato, com o advento da fotografia.

Seguindo em seu raciocínio, Danto esclarece que “se essa teoria requer que os classifiquemos (os espelhamentos) como arte, ela, exatamente por isso, mostra sua inadequação: ‘é uma imitação’ não será condição suficiente para ‘é arte’.”³

Esse pensamento foi usado pelo filósofo no texto citado, para defender que as teorias da arte possibilitam a sua existência, porque

1 DANTO, Arthur C. O mundo da Arte. Artefilosofia: Ouro Preto, n. 1, p.13, jul. 2006.

2 Ibid., p. 13.

3 Ibid., p. 14.

nos ajudam a discriminá-la do resto. Se sabemos usar a palavra arte e diferenciar o que são objetos de arte de objetos comuns, é porque existe uma teoria que suporta essa certeza.

Teorias essas, que tiveram suas estruturas abaladas quando Danto declarou o fim da história da arte, na análise do percurso artístico de Andy Warhol, sobretudo marcado a partir das Brillo Box. Warhol levantou questões sobre a identidade da arte, demandando um engajamento intelectual da mesma, na medida em que objetos comuns foram alçados a condição de objeto de arte ao serem deslocados de gôndolas de supermercados – no caso das caixas Brillo – para o contexto da galeria de arte.

A Pop Art inaugurou um nova experiência do olhar para a arte, uma relação simbiótica onde duas coisas distintas (uma caixa de sabão em pó e uma obra de arte, por exemplo) se unem e se misturam pela imagem.

Iniciando o diálogo com Giorgio Agamben e contextualizando seu pensamento ao tema abordado, ele diz que “a imagem não é uma substância, mas um acidente, que não se encontra no espelho como em um lugar, mas como em um sujeito.”⁴ Essa visão coaduna com a introdução oferecida por Arthur Danto em seu “Mundo da Arte”: menos socrática e mais shakespeariana, a imagem não reflete o que alguém vê, mas quem vê, conforme o movimento do olhar, muito mais interno que externo.

Segundo Agamben, os filósofos medievais eram fascinados pelos espelhos e caracterizavam as imagens ali refletidas como algo insubstancial, porque não existem por si, mas mediadas por outra coisa. A imagem só existe através do outro. Para Agamben, a natureza insubstancial da imagem desdobra duas características primordiais:

Não sendo substância, ela não tem realidade contínua, nem se pode dizer que se mova através de um movimento local. Aliás, ela é gerada a cada instante de acordo com o movimento ou a presença de quem a contempla: ‘assim como a luz é criada cada vez de novo segundo a presença do iluminante, **assim também dizemos acerca da imagem no espelho que ela é gerada toda**

4 AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. 2007, p.51. Texto: ‘O ser especial’.

Esse é o gatilho para que nos reportemos à experiência do olhar na arte, tema central deste artigo. Danto confessa que Warhol o despertou do que Kant chamava de “sono dogmático”, causado por uma certa ignorância do que acontecia no mundo na década de 60, que pouco se parecia com arte. Na música, John Cage subvertia a diferença entre os sons musicais e os ruídos da vida comum. Na dança, membros do Fluxus conduziam estudos experimentais do movimento – sentar-se numa cadeira e ali restar imóvel ou cruzar o palco caminhando poderia ser considerado dança.

Para Danto, antes ainda para Duchamp, o desafio era responder a pergunta que não cessava de ecoar: o que fazia de tais objetos de arte, arte, enquanto que aqueles mesmos objetos a que eles se assemelhavam mantinham-se na condição do que ele chamava de “meras coisas reais”. Isso seria superar o abismo entre arte e vida, uma diferença que não poderia ser percebida somente pelos olhos.

Se seguirmos o pensamento do personagem Hamlet, nesse caso, a arte não é uma mediadora passiva, uma mera imagem refletida nos olhos da plateia. Ela traz algo que o próprio espectador não vê.

Ao que parece, essa hora habitual é o vácuo onde se espreita o artista contemporâneo para capturar o espectador desavisado: tornar a desacostumar seu olhar, inquietá-lo, instigá-lo, lançar luz sobre sua escuridão – que para ele pode até parecer claridade – afinal, a retina se adequa à luminosidade disponível. Supomos que se trata de “a presença de quem olha”, mencionada por Agamben. Aquele espaço de tempo precioso, onde eu me encontro comigo mesmo através do outro – no caso, a obra de arte.

Sobre as lacunas da autoria e esse espaço aparentemente vazio entre o autor e o espectador, Agamben, no texto, “O Autor como

5 Ibid., p. 51.

Gesto”⁶, discorre sobre a divisão entre o sujeito autor e os dispositivos que consolidam a sua função na sociedade. Segundo ele, nesse intervalo reaparece um gesto que marca justamente a estratégia foucaultiana da função-autor, que seria um sujeito-autor que se manifesta unicamente por meio da sua ausência. Como vimos, pelo diagnóstico de Foucault “a marca do escritor reside na singularidade da sua ausência; a ele cabe o papel de morto no jogo na escritura.”⁷

Remetemos a escritura mencionada na tese de Foucault e repensada por Agamben, à obra de arte, segundo o qual o gesto artístico que fixa algo que parece subtrair toda a apresentação possível, como se a linguagem surgisse apenas para continuar sem expressão. O gesto seria o não expresso em cada ato de expressão.⁸

Seria esse o mesmo ato criador de Duchamp, com os *readymades*, de Rauschenberg em *Erased De Kooning*, e de Warhol, nas *Brillo Box*. Aquele que abre espaço entre o artista-obra-espectador para que o vazio se instale, vazio esse que nunca conseguirá ser preenchido, no máximo poderá obter contornos. Precisamente, o gesto ilegível, o lugar que restou, é o que torna possível a leitura.⁹ Vale a transcrição de Agamben:

“O gesto do autor garante a vida da obra unicamente através da presença irreduzível de uma borda inexpressiva... ele volta infatigavelmente a se fechar no aberto que ele mesmo criou.”¹⁰

A mesma reflexão que deu início a esse texto, remete à exposição “Cromática” do artista Waltercio Caldas, exposta na Casa França-Brasil, em 2012, no Centro do Rio de Janeiro. Nessa exposição, o artista apresenta imensos objetos monocromáticos e o convite para visitar a tensão entre o que parece e o que é. Não por acaso, a primeira obra apresentada numa caixa de vidro logo na entrada trazia a frase: “Aqui apenas os fatos são inventados.” Não se trata, portanto, de meras representações simbólicas

6 AGAMBEN, 2007.

7 Ibid., p. 58.

8 AGAMBEN, 2007, p. 59.

9 Ibid., p. 62.

10 Ibid., p. 62.

ou metafóricas. Não há retórica, nem explicação, apenas a intenção de fazer as coisas aparecerem. Segundo o artista estamos sempre diante de um detalhe do que vemos, afinal, para ele o objeto de arte é um objeto desconhecido.

O texto da diretora da instituição, à época – Evangelina Seilen – chama a atenção para essa noção do olhar:

“(…) Ao fazer valer o lugar do espectador no espaço, o artista neutraliza e esvazia a dimensão discursiva do seu trabalho. Tudo o que há para se ver está explícito, não há sobra ou segredo. Não basta apenas ver para ser tragado por essas situações. **É preciso reaprender a silenciar o olhar, e sobretudo, distinguir o que é da ordem da informação e da ordem da percepção**, do sentido em sua origem. Interpretações e devaneios teóricos não passam de vagas lembranças da concretude formal do que se vê na exposição. (...) O sentido da obra de Waltércio é precisamente estar diante da obra de Waltércio.” (grifo meu)

Isso quer dizer que o azul e o vermelho que dominam tais obras, nada mais são que as cores azul e vermelha. Como diz o próprio artista: “neste estado de absorção original não há separação possível entre o pensamento e a sensação. Tudo está em jogo quando se está frente a uma obra de arte.”

O lugar do pensamento e do sentimento estaria naquilo que escapa ao autor no ato da criação da obra, escape esse onde se manifesta o vazio pelo qual alguém (um outro) se arrisca adentrar. Ou, como sugere Agamben, um sentimento e um pensamento exigem um sujeito que os pense e experimente “para que se façam presentes, importa, pois, que alguém tome pela mão o livro, arrisque-se na leitura.”¹¹

Sem embargo, o indivíduo que fruir da obra pode ocupar exatamente o lugar vazio deixado pelo criador, repetindo o mesmo gesto deixado como rastro de sua ausência. Por esse motivo, o lugar da obra, ou o ter lugar, segundo Agamben, não está na obra, no artista, ou no espectador: está no gesto no qual autor e leitor, criador e espectador se

11 AGAMBEN, 2007, p. 62.

põem em jogo na obra e, ao mesmo tempo, se afastam.¹²

O que fica registrado através desse gesto é a condição do vazio, a não expressão, esse jogo constante em que se colocam autor e espectador frente à obra de arte. Nesse sentido, inútil seria tentar construir a subjetividade do autor através de sua obra ou tornar seu gesto como um senha para sua interpretação (da obra).

Segundo Agamben, o sujeito não é algo que possa ser alcançado, como se presente substancialmente em algum lugar, mas sim como ponto de encontro do corpo a corpo com os dispositivos em que foi posto em jogo.¹³

Nesse sentido, o excesso de informação em exposições, segundo Francisco Régis Lopes Coutinho, no excelente texto “Museus e Comunicação – Exposições como objeto de estudo”¹⁴, trata da imposição da palavra sobre o objeto, ou como o mesmo diz “a relação de dependência entre o mutismo dos utensílios e o falatório das letras.”

Segundo o autor, no processo de musealização “a palavra cerca o objeto, atribuindo-lhe existência específica, para atender a certas demandas.”¹⁵ Tanto na arte contemporânea quanto em lugares de memória, a imagem carece de palavras, e o ato de nomear manifesta um desejo de apropriação.

A apropriação fragmenta o objeto e a nomeação aumenta a distância entre quem vê e o objeto nomeado. Para Giorgio Agamben, a transformação da espécie – o ser cuja essência coincide com a sua revelação – em identidade é o pecado original da nossa cultura. “Só personalizamos algo se sacrificamos a sua especialidade”, diz o filósofo, e “o ser especial é delicioso, porque se oferece por excelência ao uso comum, mas não pode ser objeto de propriedade pessoal.”¹⁶

Retomando a guia que nos conduziu até aqui, parece que essa foi a

12 Ibid., p. 62.

13 Ibid., p. 63.

14 Cf. Livros do Museu Histórico Nacional. Rio de Janeiro, 2010.

15 AGAMBEN, op. cit., p.160.

16 AGAMBEN, 2007, p. 54.

intenção da Pop Art, mas também da música de Cage e da movimentação do Fluxus. Ao fragilizar as teorias que sustentavam a arte vigente, levaram objetos de uso comum para as galerias, ruídos da vida tornaram-se música, a imobilidade foi coreografada. Equivale a dizer que as obras de arte se reergueram em outros solos, fazendo com que seus reflexos e a maneira como eles são recebidos, tanto pelas instituições que as sustentam, quanto pelos espectadores também tivessem que se reorganizar.

Um exemplo citado no texto de Lopes Coutinho nos interessa para lançar luz à uma outra questão ligada ao tema em evidência: o ato que empreende Holly Golightly – a Bonequinha de Luxo de Capote - ao não dar nome ao gato vira-latas que encontra perto de um rio. Não nomear libera a protagonista de qualquer vínculo com o animal. Ela apenas não contava que a aparente independência da relação seria abalada justamente pela convivência, que “havia costurado relações mais profundas.”

Essa convivência é o jogo de presença entre quem faz e quem olha, e que é mediado pelo gesto na obra de arte. É a comunicação entre artista e espectador, ciclo esse que concretiza a noção de autoria, independente de nomeações e assinaturas. Noção essa que defende a prevalência da linguagem e não de um “eu”. Essa foi uma antevisão de Mallarmé, citado por Roland Barthes, em “A morte do autor”¹⁷, cuja poética consiste em suprimir o autor em prol da escrita, visando restaurar o lugar do leitor. Só assim ele estabelece relação com a obra. Por analogia, podemos falar dessa mesma poética na obra de arte.

Seria como a Rainha em Hamlet, que se oferece para ver tudo aquilo que é possível, mesmo que não haja nada. Ou o ser especial de Agamben, cuja essência é o seu dar-se a ver, a sua revelação. O espelho é onde descobrimos que nossa imagem não nos pertence. “Entre a percepção da imagem e o reconhecer-se nela há um intervalo que os poetas medievais denominavam amor.”¹⁸

Talvez essa seja a proposição dessa reflexão. O mergulho no

17 BARTHES, Roland. Image, music, text. Ensaio: The death of the autor. Londres: Fontana Press, 1977.

18 AGAMBEN, 2007, p.53.

intervalo do reflexo, tempo ideal entre quem vê e o que é visto, para que o gesto autoral se revele, de modo que o lapso temporal não se prolongue excessivamente a ponto de virarmos um fantasma, ou curto demais a ponto de nos tornamos desconhecidos.

APROPRIAÇÃO

Pelo dicionário Houaiss, a palavra ‘apropriação’ significa o ato de tornar própria (coisa) sem dono ou abandonada. Na história e crítica de arte o termo indica a incorporação de objetos “não-artísticos”, se assim podemos nomear, nos trabalhos de arte.

No conceito do dicionário Houaiss a questão gira mais em torno no fato de que a coisa não possui dono ou é abandonada, sendo essa condição primordial para caracterizar a apropriação. Já na arte, essa posse é ignorada e utilizada como forma de potencializar o discurso artístico, ressignificando o objeto apossado em outro contexto.

É possível detectar um ponto de convergência em ambas as versões de significados: apropriar-se implica em (re)nomear algo que já existe e cuja posse é desconhecida ou ignorada.

Ainda utilizando o estofo intelectual de Giorgio Agamben¹⁹, vale abrir um parêntese para o pensamento do filósofo do italiano sobre a questão da nomeação:

“Das substâncias simples não pode haver logos, mas apenas nome. Segundo essa concepção, é indizível não aquilo que de modo nenhum está atestado na linguagem, mas sim aquilo que, na linguagem, apenas pode ser nomeado; o dizível, pelo contrário, é aquilo de que se pode falar num discurso definitório, ainda que, eventualmente, não tenha nome próprio. A distinção entre dizível e indizível passa, pois, pelo interior da linguagem, que aquela divide como uma crista afiada entre duas vertentes a pique.

O que as proposições dizem não é o que o nome invocou. É por isso que o pensamento não para no limiar do nome, e não conhece, para lá dele, outros nomes mais secretos: no nome, ele

19 AGAMBEN, Giorgio. *A ideia da prosa*. Trad.: João Barrento. São Paulo: Autêntica, 2012.

persegue a ideia.”

Segundo Agamben, a nomeação em si é irrelevante. O dizível é aquilo que pode ser enquadrado numa definição, ainda que sem nome. Já o indizível, é aquilo que ultrapassa o nome, e busca, além dele, a ideia.

Poderíamos dizer que a apropriação vai além da nomeação, caracterizando justamente o indizível: muito antes - ou muito além - do nome, a ideia.

Quando Duchamp, no início do século XX, ao tomar posse de um objeto de uso cotidiano – uma roda de bicicleta – e o expor como obra de arte, desloca a problemática do processo criativo para dar evidência ao olhar do artista em direção ao objeto, revelando a desimportância da habilidade manual. Um elogio à sorte e à impessoalidade através da negação da ideia de gosto.

Virgínia Cândida Ribeiro no texto “Apropriação na arte contemporânea: colecionismo e memória” afirma que “o ato de eleger basta para fundar a operação artística: dar uma nova ideia, um novo significado a um objeto já é uma produção.”²⁰

Nesse deslocamento provocado pela apropriação, é possível afirmar que a ideia se sobrepõe ao nome e o indizível encontra alento na resignificação.

APROPRIAÇÃO NA ARTE

Historicamente, no campo artístico, essa prática teve início com as colagens cubistas de Picasso e Braque, a partir de 1912. Recortes de jornais, pedaços de madeira, rótulos de garrafa e outros materiais eram agregados à superfície das telas, para enfatizar que aquilo era de fato uma estrutura bidimensional e não uma janela para o mundo, como instaurado na arte renascentista.

Antes disso, tanto Braque quanto Picasso já descontextualizavam as máscaras africanas, passando a utilizá-las de forma serial em suas obras.

De toda sorte, foi Duchamp, com os *ready-mades* que em 1913

20 Artigo submetido no 17º Encontro Nacional da ANPAP - Associação Nacional de Pesquisadores em Artes Plásticas - Panorama da Pesquisa em Artes Visuais – em agosto de 2008.

instaura decisivamente a prática de apropriação no campo artístico, através da incorporação ao trabalho de arte de signos da cultura de massa e de consumo, além de objetos e materiais de uso comum – a exemplo da roda de bicicleta e do urinol.

Como se vê, apropriação na arte sempre existiu de alguma maneira, mas o termo só passou a ser incorporado a partir da década de 70, como forma de reação à superprodução de imagens da cultura de massa e de consumo.

Para Richard Wollheim a apropriação levaria em conta não somente o desejo do artista, mas também dos espectadores, caracterizando a operação como algo público, passível de ser compartilhada entre artista e observador.

Citado por Fernanda Pequeno no verbete “Apropriação”²¹, o filósofo inglês na palestra “Pintura, textualidade e apropriações”, defende que, quando uma apropriação incorpora o conteúdo de uma pintura, a parte da obra que a imagem apropriada evidencia ou reforça deve necessariamente fazer menção ao seu contexto original. Para ele, a apropriação deve revelar a fonte da qual se apropriou, apresentar-se de certa forma objetiva, para que o público assimile sua origem e contexto.

O que a autora questiona do posicionamento do filósofo britânico é que esse conceito descaracterizaria as obras de Braque, Picasso e Duchamp, uma vez que suas apropriações dizem mais do mundo contemporâneo do que de uma arte anterior.

Para ela, o termo apropriação se aplica aos dois casos: tanto da menção à origem, quanto da ressignificação de materiais do mundo.

É nesse movimento que uma leva de artistas, como a emblemática Sherrie Levine²², se apropria de imagens e as expõe como suas, evidenciando que o mundo é como uma grande enciclopédia que os artistas carregam e da qual se alimentam. Levine apropria-se declaradamente justamente

21 CAMPOS, Marcelo (org.). História da Arte – ensaios contemporâneos. Ed. UERJ: Rio de Janeiro, 2011.p. 323.

22 Tradução do inglês da autora. Sherrie LEVINE, Statement, 1982. In: EVANS, David (org.). Appropriation, 2009: 81

para reagir ao excesso do mundo:

“O mundo está tão cheio que sufoca. O homem colocou sua marca em cada pedra. Cada palavra, cada imagem é arrendada ou hipotecada. Sabemos que uma pintura é senão um espaço no qual uma variedade de imagens, nenhuma delas originais, misturam-se e confrontam-se. Uma pintura é um tecido de citações saídas dos inumeráveis centros de cultura. Semelhante a Bouvard e Pécuchet, esses eternos copistas, nós apontamos o profundo ridículo que é precisamente a verdade da pintura. Nós podemos apenas imitar um gesto que é sempre anterior, nunca original. Sucedendo o pintor, o plagiador não possui mais em si paixões, humores, sentimentos, impressões, mas sim, esta imensa enciclopédia de onde ele extrai. O observador é o espaço onde se inscrevem todas as citações que compõem a pintura, sem que nenhuma delas sejam perdidas. O significado de uma pintura situa-se não em sua origem, mas em seu destino. O nascimento do observador deve ser à custa do pintor.”

A artista considera a superprodução não como um problema, mas como uma condição como forma de enfrentar o excesso de imagens. Além disso, para ela a obra de arte se funda ignorando a origem e mirando no destino.

Melhor ainda é a declaração do artista conceitual Douglas Huebler, que afirmou em 1968: “O mundo está cheio de objetos, mais ou menos interessantes; não desejo adicionar-lhe mais nenhum. Prefiro, simplesmente, declarar a existência de coisas em termos de tempo e espaço”.

O discurso desses artistas coaduna-se com as teorias pós estruturalistas de Roland Barthes, questionando a noção de autoria. É no ensaio de 1967, “A Morte do Autor”²³, que Barthes afirma que o “escritor não pode deixar de imitar um gesto sempre anterior, nunca original”.

Para ele o mundo seria um imenso dicionário ao qual os artistas e escritores recorrem para apropriar-se e construir suas obras.

Nesse sentido, o curador e professor Marcelo Campos²⁴ no texto “Tornar-se alferes: declarações do eu e autoficções” afirma que o autor

23 BARTHES, Roland. O rumor da língua. Lisboa: Edições 70, 1984.

24 CAMPOS, Marcelo (org.). História da Arte – ensaios contemporâneos. Ed. UERJ: Rio de Janeiro, 2011.p. 303.

sempre ocupa o lugar de um morto, posição ratificada por Walter Benjamin e Giorgio Agamben, que em seus escritos se ocuparam de evidenciar o hiato entre a narrativa e o narrador, autoria individual e domínio público.

AUTORIA E CIRCULAÇÃO

Uma evidente problemática que a apropriação revela é a questão da autoria e da originalidade, noções românticas que valorizam o nome e o gesto criador do artista.

Sobre a prática da apropriação o artista Richard Prince considera que “o espectador sempre foi o autor do trabalho de um artista. O que é diferente agora é que o artista pode se tornar autor do trabalho de outra pessoa.”

Esse raciocínio explicita exatamente do que se trata a apropriação na arte contemporânea. Não há a necessidade de se intitular original, mas do contrário de evidenciar a não originalidade, como uma forma de coragem frente à manipulação dos signos.

Assim como não se questiona qualquer limite da arte, como pretendia a apropriação nos anos sessenta, mas sim, de revelar a vontade de inscrever a obra nessa imensa teia de sentidos e excessos, sem qualquer pretensão de alçá-la à condição de autônoma.

Para Luiz Cláudio da Costa “toda apropriação é uma leitura e provém de interesses que acarretam definições éticas”²⁵. O que a arte contemporânea faz a partir dos saberes constituídos é a sua verdadeira vocação.

A apropriação também evidencia outra questão contemporânea importante, além da autoria: a circulação da obra em reproduções. Para Harold Rosenberg “o principal atributo de uma obra de arte em nosso século não é a imobilidade, mas a circulação”.²⁶ Segundo o autor, o

25 CAMPOS, Marcelo (org.). *História da Arte – ensaios contemporâneos*. Ed. UERJ: Rio de Janeiro, 2011.p. 33.

26 CAMPOS, Marcelo (org.). *História da Arte – ensaios contemporâneos*. Ed. UERJ: Rio de

objeto de arte tende a diluir-se cada vez mais em reproduções e ideias preconcebidas sobre seu significado.

Analizando essa afirmação, ainda Luiz Cláudio da Costa²⁷ atesta que a obra de arte na contemporaneidade inverteu seu destino em direção à vida, ampliando sua sobrevivência através de uma tecnologia voltada para a partilha e tendo múltiplas destinações e testemunhos. Ele também afirma:

“A apropriação, a reprodução, a coleção, a tradução e a transferência multiplicam suas atualizações possíveis e permitem uma circulação que não dilui seu poder estimulante. Ao contrário, quando esses processos são simultâneos à obra – e não posteriores –, essas práticas e tecnologias artísticas potencializam os sentidos dela e as ações poéticas na recepção.”

Essa é uma questão que a arte já vem enfrentando e que o direito, de alguma forma, tenta dar conta, considerando que uma série de artistas já foram e são processados em razão da utilização de obras alheias, a exemplo de Andy Warhol e Richard Prince.

No movimento pós-moderno, onde as âncoras do nome há muito foram içadas da obra e o autor se desatrela da sua genialidade e se aproxima da sua imperfeição, ele se apropria e na apropriação perde as referências de si, isentando-se de um nome, de uma biografia, de um sentido único, reverenciando o campo de todas as possibilidades.

Lugar esse onde as potencialidades do coeficiente artístico aumentam e o artista cede lugar não só ao espectador, como também a outro artista que ocupa esse duplo espaço privilegiado. Independente de ser autor, espectador ou ambos, o fato é que todos estão irremediavelmente convocados para comparecer frente à obra e fornecer-lhe infinitas hipóteses de significado.

CONCLUSÃO

Walter Benjamin, como livre pensador que foi, deixa-nos uma herança robusta sobre as questões atinentes à imagem, à obra de arte e

Janeiro, 2011, p. 34.

27 Op.cit. p. 34.

sua reprodutibilidade. Tais questões se evidenciam na modernidade, e, para ele, o homem moderno é um homem da vivência, e não mais da experiência, aquela que pode ser apreendida através de atividades como a agricultura, o artesanato e as viagens.

O vivente é aquele que se submete ao tempo do choque, que se mobiliza com toda sua energia para dar respostas à esse tempo que destrói e reconstrói e destrói de novo - em velocidades de máquina – sob pena de esfacelamento do Eu, em nome de um progresso duvidoso.

A arte não passou ilesa nesse processo do homem na multidão, identificado por Benjamin como o operário diante da máquina, do pedestre em meio ao tráfego. E o homem diante da obra de arte?

Para Walter Benjamin “aquilo de que se sabe que logo não mais se terá diante de si se torna uma imagem”²⁸, e a obra de arte quando perde seu valor de culto, e através da sua reprodutibilidade, cresce em seu valor de exposição tornando-o preponderante, incitando questões sobre as novas funções que assume, inclusive a de que a função artística possui um caráter secundário.

Nesse movimento, paira o questionamento constante sobre aspectos intrínsecos à teoria (colocando-a em xeque), como por exemplo o que é arte, o que é autoria. E tais indagações da teoria convocam o direito a pensar como transpor temas de tamanha complexidade subjetiva às relações sociais, quando lhe cabe entrar em cena.

Se o gesto autoral se instaura nessa espécie de jogo entre quem faz e quem vê, onde as conexões são estabelecidas naquilo que escapa a ambos, de fato, estamos vivendo tempos sombrios com relação à alteridade que poderia nos oferecer respostas que nos revelam mais do que aquilo que poderíamos ver.

Em tempos onde tudo se transforma em mercadoria, fechando qualquer possibilidade de leitura a não ser a panfletária ou pela ordem do capital, discursos manipuladores e de culto ao medo reduzem as imagens

28 BENJAMIN, Walter. “A Paris do Segundo Império de Baudelaire. In: Charles Baudelaire: Um lírico no auge do capitalismo – Obras Escolhidas III – Trad. Alves Baptista, H. São Paulo: Brasiliense, 1994.

vistas a um único inimigo, e assim pretendem esvaziar os sentidos da arte e da autoria. Essas leituras enviesadas e reducionistas tamponam os buracos deixados para que não se estabeleça laços de qualquer tipo, mas apenas censura.

Não pretendemos avançar com exemplos, para que os sentidos do que se pretende dizer avancem o ano corrente. É preciso se alienar, no melhor sentido elucidado por Umberto Eco, para “aprender a mover-se e a identificar as novas possibilidades de autonomia, as direções de liberdade possível.”²⁹

Para Benjamin “que tudo continue assim” é a própria catástrofe em franca operação. É preciso estar no mundo, como artista, autor, espectador, imbuído do gesto do historiador/alegorista benjaminiano - um dos antídotos revelados pelo pensador alemão ao refletir sobre o mundo moderno, igualmente em tempos sombrios: ser aquele que se volta para os destroços da história, e se vale dos seus cacos para reinvestir as imagens de sentido, despertando-as a partir do tempo de agora.

Ainda que esse tempo seja o choque cada vez mais intenso, com intervalos de descanso cada vez mais curtos, ainda que não exista tanta memória assim para resgatar ou que o passado mais distante tenha acontecido no dia anterior, é preciso ser contemporâneo o suficiente para:

“(...) viver aceitando uma série de relações que, contudo, são constantemente focalizadas por uma *intentio secunda* que nos permite vê-las em transparência, denunciando suas possibilidades de paralisação; relações sobre as quais *agir*, desmascarando-as constantemente, sem que desmascará-las signifique anulá-las.”³⁰

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. **A ideia da prosa**. Tradução de João Barrento.

29 ECO, UMBERTO. “Obra Aberta”. 10ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

30 Op.Cit. fls. 287.

São Paulo: Autêntica, 2012.

BARTHES, Roland. **Image, music, text. Ensaio:** The death of the autor. Londres: Fontana Press, 1977.

_____. **O rumor da língua.** Lisboa: Edições 70, 1984.

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política.** Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1994. (Obras escolhidas, v.1).

_____. **A Paris do Segundo Império de Baudelaire.**
In: *Charles Baudelaire: Um lírico no auge do capitalism – Obras Escolhidas III* – Trad. Alves Baptista, H. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CAMPOS, Marcelo (org.). **História da Arte – ensaios contemporâneos.** Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2011.

DANTO, Arthur C. O mundo da Arte. **Artefilosofia:** Ouro Preto, n. 1, p.13, jul. 2006.

ECO, UMBERTO. **Obra Aberta.** 10ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

LEVINE, Sherrie. Statement. 1982. In: EVANS, David (org.).
Appropriation. Cidade: Londres: Whitechapel Gallery, 2009.

RIBEIRO, Virgínia Cândida. Apropriação na arte contemporânea: colecionismo e memória. Anais... Artigo submetido no 17º Encontro Nacional da ANPAP - Associação Nacional de Pesquisadores em Artes Plásticas - Panorama da Pesquisa em Artes Visuais, ago. 2008.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**DIREITO DE AUTOR E
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:**
Direitos Culturais e a Regulação
dos Direitos Autorais

Título:

**DIREITO AUTORAL E
OS LIMITES TÉCNICOS
NA PROTEÇÃO DA
INTEGRIDADE DA OBRA DE
ARTE**

**UM ESTUDO DE CASO:
FRANS KRAJCBERG VS
FUNDAÇÃO CULTURAL DE
CURITIBA**

**Anna Carolina Brandalise
Marcos Wachowicz**



DIREITO AUTORAL E OS LIMITES TÉCNICOS NA PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE DA OBRA DE ARTE.

UM ESTUDO DE CASO:

FRANS KRAJCBERG VS FUNDAÇÃO CULTURAL DE CURITIBA

Autores: Anna Carolina Brandalise, Marcos Wachowicz

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar o caso Frans Krajcberg v. Fundação Cultural de Curitiba, no processo judicial envolvendo o conjunto de obras de arte doadas a cidade de Curitiba-PR, na Ação de Cumprimento de Contrato de Doação mediante revogação de doação com encargos com fundamento na violação de direitos morais e patrimoniais do autor com base na Lei n. 9.610/98, que trata da tutela dos Direitos Autorais.

A obra de arte ao ser restaurada pode configurar violação de direitos morais do autor quando se manifesta no sentido de proteger a integridade da obra, o estudo revela a inexistência de limites legais para que os profissionais técnicos de restauro não violem os Direitos Morais do autor. No presente estudo se esboça quais os critérios que devem ser observados para que não ocorra a violação de Direitos.

Palavras-chave: Direitos Autorais. Restauro de Obras de Arte. Direitos Morais. Direitos Patrimoniais.

1. O OBJETO DO ESTUDO DE CASO

O presente estudo de caso analisa a tutela dos direitos autorais no conjunto de obras denominado “A Revolta”, do artista nascido na Polônia e naturalizado brasileiro - Frans Krajcberg, no tocante aos direitos morais do autor, especificamente quando se tratar de intervenção de conservação-restauração em obras de arte por terceiros. Quais os limites dos direitos do autor para proteger a integridade da obra no caso de restauro? Quais os limites dos profissionais técnicos de restauro que não violem os direitos morais do autor? Quais critérios devem existir ou devem ser observados para não ocorrência de violação da integridade da obra? Pode o autor ceder contratualmente que terceiros façam no futuro restauro em suas obras, mesmo se tratando de direito moral inalienável? Poderá a intervenção se utilizar de outros materiais não-originários ou deverá empregar o mesmo material utilizado pelo artista, sob pena de falsificar a obra?

No estudo de caso em questão, analisar-se-á especificamente a tutela dos direitos morais envolvidos nos autos n.º 11869/2010 de Medida Cautelar Preparatória e de Produção Antecipada de Prova e autos n.º 16823/2010 de Ação de Cumprimento de Contrato de Doação mediante revogação de doação com encargos, em que é requerente Froim (Frans) Krajcberg e requerido Fundação Cultural de Curitiba e que tramitaram em primeira instância na 2ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Estado do Paraná.

O autor ingressou com as ações no ano de 2010, por considerar que as obras de sua autoria estavam sofrendo degradação por descaso da Fundação Cultural de Curitiba, que detinha a obrigação de preservação e guarda desde a doação de cento e quatorze obras para a Cidade de Curitiba. Com a doação, foi criado o Espaço Cultural Frans Krajcberg, que era tanto aberto ao público em geral, quanto destinado à guarda e conservação das peças. Segundo o autor da ação, o valor de cada obra alcançava no mercado cerca de U\$\$ 150.000 (cento e cinquenta mil dólares).

Assim, alegando desde 2006 sofrer dificuldades para promover a

preservação de suas obras e tendo em vista o grau de degradação do acervo, que foi reconhecido e divulgado pela imprensa, Krajcberg ingressou com a ação, relatando, em síntese que:

o autor doou à Ré um expressivo acervo de 114 obras para a constituição do “Espaço Frans Krajcberg”, no Jardim Botânico, em 2004;

desde 2006 enfrentava dificuldades para promover a preservação de suas obras;

Krajcberg tentou levar as obras ao seu atelier para reparos, mas teve o pedido negado pela ré, a qual insistia que os reparos fossem efetuados por terceiros;

Krajcberg pretendia assumir a intervenção nas próprias obras que criou, argumentando que somente ele possuía os materiais necessários, em seu atelier situado no Estado da Bahia, como por exemplo as tinturas naturais extraídas de plantas, sendo estas as mesmas que utiliza para criar suas obras;

assevera Krajcberg que ainda que tenha doado acervo à Cidade de Curitiba, permanece com os Direitos de Autor, sendo assegurado-lhe, pela legislação autoral brasileira, opor-se a modificações e deformações, para garantir a integridade de sua Obra.

O processo em supramencionado tramita em Recurso Especial ao STJ para decidir questões referentes a honorários advocatícios, tendo revogado em 2ª instância a doação das obras de Krajcberg à Fundação Cultural de Curitiba, que não executou fielmente o encargo conferido.

2. O SISTEMA INTERNACIONAL DE TUTELA DO DIREITO AUTORAL

O Sistema Internacional de tutela dos Direitos Autorais foi criado a partir da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas em 1883, a qual é aperfeiçoada e atualizada periodicamente a cada avanço tecnológico.

A tutela à propriedade intelectual se opera no âmbito do Direito Interno e do Direito Internacional, visando à proteção do criador. Num

primeiro momento, o Autor estaria protegido de acordo com as leis de seu Estado. Num segundo, pelas normativas internacionais ou comunitárias que regulavam a propriedade intelectual.

A Constituição de 1988, seguindo a tradição ^{brasileira}, contemplou os Direitos de Autor no capítulo destinado aos Direitos Fundamentais do Cidadão, ao estabelecer em seu artigo 5.º, inciso XXVII: “aos autores, pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

Ressalte-se que a Constituição de 1988, ainda no artigo 5º, expressamente no inciso XXVII,¹ ampliou tais direitos aos participantes de obras coletivas, como também garantiu às associações dos autores o privilégio de fiscalizar o aproveitamento econômico de sua produção intelectual.

A Lei nº 9.610/98 tutela as obras intelectuais fruto da criação do espírito humano, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, sejam estes perceptíveis pelos sentidos humanos ou não, bem como aqueles que venham a ser inventados no futuro. Assim recebem proteção por força do artigo 7º da Lei nº 9.610/98, os seguintes bens: (i) os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; (ii) as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; (iii) as obras dramáticas e dramático-musicais; (iv) as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; (v) as composições musicais, tenham ou não letra; (vi) as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; (vii) as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; (viii) as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; (ix) as ilustrações, cartas geográficas e outras

1 Constituição Federal, artigo 5.º, inciso XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

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

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.

obras da mesma natureza; (x) os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; (xi) as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; (xii) os programas de computador; (xiii) as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

Estes bens protegidos pelo direito autoral são para todos os efeitos legais considerados como bens móveis, sendo seus contratos, cláusulas e demais atos negociais interpretados restritivamente no que concerne a qualquer negócio realizado sobre Direitos Autorais.

O caso em questão trata da discussão sobre a revogação do contrato de doação de 114 obras de arte, celebrado entre o autor e criador Frans Krajcberg e a Fundação Cultural de Curitiba, de modo que, por ter a Instituição descumprido o encargo que abrangia a preservação das obras, o autor requereu o direito de intervir nelas em seu espaço de criação, situado no Estado da Bahia. Ainda, o autor restauraria as obras utilizando-se dos mesmos materiais de que são feitas.

As obras em litígio formam um conjunto denominado *A Revolta* e fazem parte de um contexto da poética de Krajcberg, que envolve engajamento contra a destruição do meio ambiente. O autor, nascido na Polônia em 1921, posteriormente naturalizado brasileiro, viveu o contexto da Segunda Guerra Mundial, quando foi preso, teve sua família morta em campos de concentração e foi oficial do exército polonês. Após o fim da guerra, mudou-se para a Alemanha e estudou na Academia de Belas Artes de Stuttgart. Em 1948 chegou ao Brasil, morando no Rio de Janeiro, e posteriormente no Paraná e Bahia, onde reside atualmente.

Sua temática envolve pesquisa e utilização de elementos na criação que enfatizam as formas naturais. Estes elementos, tais como cipós, troncos, folhas, rochas, pigmentos, também foram coletados durante viagens no Paraná, na Amazônia, Mato Grosso, quando registrou sua percepção dos danos causados ao meio ambiente, incorporando-a às

linguagens da gravura, da escultura e da fotografia. A morte, o fogo e a destruição são elementos de sua trajetória, metáforas de seu passado.

Assim, a mostra *A Revolta* aborda as queimadas realizadas no preparo de terras para plantio, sendo que as obras foram feitas com galhos retorcidos, troncos de árvores queimadas com 4,5m de altura e cascos de tartaruga, transformadas em escultura. Considerada pelo artista mais um ato político que artístico, o trabalho de Krajcberg, artista nacional e internacionalmente reconhecido, pretende mostrar essa perturbação contra a degradação do meio ambiente.

Em 1995 a mostra ocupou o Jardim Botânico de Curitiba. Devido ao sucesso dessa exposição e pela consciência ecológica então atribuída à capital curitibana, em 2003 o Jardim Botânico passou a abrigar uma exposição permanente de suas obras, cujo espaço passou a ser denominado como “Espaço Cultural Frans Krajcberg”, criado por meio do decreto 381 de 6 de maio de 2003. Em setembro de 2005, foi firmado entre Krajcberg e a Fundação Cultural, o Termo de Doação nº 62/2005.

A motivação do referido decreto foi o interesse do artista em doar acervo ao Município e o interesse do Município em preservar as obras, considerando a relevância para a atividade cultural da cidade. Em seu art. 7º, verifica-se o compromisso da Fundação Cultural de Curitiba em relação ao acervo: “a Fundação Cultural de Curitiba deverá fazer a adequada conservação do acervo e poderá restaurar as obras com a prévia autorização do artista”.

Porém, o artista verificou a existência de danos às obras, agravados pela precariedade da instalação onde se encontravam, a qual não foi adaptada pela Fundação. As obras estavam em contato direto com umidade, sofriam esbarros por parte dos visitantes, eram limpas inadequadamente e possuíam sinais de infestação por agentes biológicos e sujidades.

Deste modo, o autor ingressou com as ações, requerendo a concessão de liminar para a retirada de suas obras com finalidade de proceder ao restauro das peças. Na contestação, a Fundação Cultural de Curitiba alegou interesse em preservar as obras, sem que as mesmas fossem removidas pelo autor, dizendo que a ausência do acervo promoveria desfalque no

turismo e no patrimônio da cidade e sugeriu que o restauro fosse realizado no local e por terceiros. Para tanto, ingressou com interdito proibitório, na tentativa de evitar a intervenção do artista em sua própria obra e invocou como argumento a defesa do patrimônio público e o respeito aos contratos. Segundo a Fundação, embora tenha, sem sucesso, procurado o doador para obter a autorização de restauro, asseverou que as obras se encontravam em bom estado segundo laudo preparado pelo laboratório de conservação da Universidade de Minas Gerais, e que os reparos se resumiam na colagem de fragmentos, recuperação de trincas e limpeza das obras, o que poderia ser feito no local e, portanto, disponibilizaria verbas, apoio material e logístico para realizá-lo.

Em 2010, os argumentos do autor foram acolhidos e então obteve a concessão de liminar para retirar suas obras e efetuar o restauro em seu atelier na Bahia. Face isso, a Fundação Cultural de Curitiba interpôs agravo de instrumento, improvido pelo fato do Tribunal considerar que um trabalho de restauro acarreta modificação na obra de arte e é aceitável que o artista o realize, por força do estabelecido nos artigos 22 e 24, inciso IV da Lei 9.610/1998. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entendeu que é direito moral do autor realizar pessoalmente as intervenções que considerar necessárias para a conservação de suas obras, no que diz respeito à necessidade de intervenção e sua extensão, pois os direitos morais do artista não foram transferidos ao donatário pela celebração do contrato de doação, devendo ser respeitada a decisão do artista -, vivo e em atividade, devendo ser resguardados seus direitos morais.

Após a sentença, prolatada em dezembro de 2011, que confirmou a liminar para autorizar a retirada das obras pelo prazo de 2 anos com o fim de realizar a intervenção, mas que não concedeu a revogação do contrato de doação por ingratidão, o artista apelou ao Tribunal, solicitando-a, injuriado em razão do abandono e deterioração de suas obras, cuja conservação se configurou como encargo moral da apelada em benefício do interesse geral.

O acórdão invocou o artigo 23, incisos III e IV da Constituição

Federal, que discorre sobre o dever do Poder Público de proteger as obras de arte e o artigo 112 do Código Civil de 2002, que remete à intenção da declaração de vontade, mais do que à literalidade do que dispõe, para se referir ao encargo de preservação no contrato de doação, que deveria ter sido observado pela Fundação Cultural de Curitiba. Assim, vinculou sua obrigação ao interesse geral, pelas ações educativas propostas pelo espaço criado, pela defesa do patrimônio público e pela construção de memória do artista. Desta maneira, o Tribunal entendeu se tratar de doação modal, visto que não são meros bens móveis, mas obras de arte - bens infungíveis, cuja cláusula de conservação se constituía sim em encargo, gerando direito limitado de propriedade e que poderia ser revogada, conforme artigo 555 do Código Civil.

Em dezembro de 2013, a apelação foi provida para julgar procedente a ação principal proposta por Krajcberg e consequentemente revogar a doação das 114 obras de arte que formaram o acervo do Espaço Cultural Frans Krajcberg, restituindo o patrimônio ao autor. Em 2016, o espaço foi extinto, conforme Decreto Municipal 410/2016.

3. DIREITOS AUTORAIS ENVOLVIDOS NO ESTUDO DE CASO

O Direito Autoral é na doutrina² subdividido em duas esferas distintas: patrimoniais e morais. No presente estudo de caso, a *vexata questio* englobou as duas esferas.

2 Neste sentido ver: HAMMES, Bruno Jorge. O direito de propriedade intelectual. São Leopoldo: Editora Unisinos, 3.a ed. 2002, p. 69 a 80; ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. Rio de Janeiro: Renovar. 2.a ed. 1997, p. 129 a 156; BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.a ed. 2002, p. 18; ABRÃO, Eliane Y Abirão. Direito de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 74 a 79; CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da propriedade industrial. Rio de Janeiro: Forense, 1946, vol. I, tomo, p. 69-70; ROCHA, Daniel. Direito de Autor. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001, p. 21-22; CHAVES, Antônio. Direitos autorais na computação de dados. São Paulo: LTr, 1996, p. 147-148; SANCHES, Hércules Tecino. Legislação Autoral. São Paulo: LTr, 1999, p. 99 a 101; CABRAL, Plínio. A nova lei de direitos autorais. Porto Alegre: Editora Sagra, 1998, p. 74 a 80; GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à Internet. São Paulo:

Os direitos patrimoniais são aqueles passíveis de alienação ligados às características econômicas e pecuniárias, que consiste na faculdade de fruir, de modo exclusivo, todas as vantagens materiais que a reprodução da obra possa oferecer.

Os chamados direitos morais do autor são aqueles inerentes à sua personalidade, direitos inalienáveis, ligados à paternidade da obra, nominação ou alteração.

No caso em questão, artista Frans Krajcberg em sua pretensão judicial aduziu violação de direitos morais na questão do restauro das obras, com repercussões patrimoniais, vez que culminou com a revogação da doação do conjunto das obras à Fundação Cultural de Curitiba, por não ter executado fielmente o encargo conferido.

3.1. DIREITOS MORAIS VIOLADOS

A expressão Direitos Morais, no Direito Autoral, tem sua origem na doutrina francesa baseada na teoria dualista, que reconhecia no direito do autor elementos de duas ordens diferentes: uma pautada na relação criativa entre o autor e sua obra e outra, no direito de utilização da obra economicamente (*droit de suite*).³

Entende-se por direitos morais certos direitos irrenunciáveis e inalienáveis do autor sobre a sua obra tais como reivindicar sua paternidade;

Record, 4ª ed., 2001, p. 37-38; BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. São Paulo: Forense Universitária, 4.a ed. 2002, p. 2; COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral no Brasil. São Paulo: FDT, 1998, p. 72 a 76; BARBOSA, Denis Borges. Propriedade intelectual. Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, 5-6; SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual e as novas leis autorais. São Paulo: Saraiva, 2.a ed., 1998, p. 66-67; ZUCCHERINO, Daniel R. El derecho de propiedad del inventor. Buenos Aires: AdHoc, 1995, p. 174.

3 “A nomenclatura usual é direito moral, que foi usada pela primeira vez por André Morillt, na França, em 1872, para indicar as prerrogativas, que tem a personalidade do autor, sobre sua criação intelectual – a obra. O que fez no livro intitulado De la Personalité du Droit de Copie qui Appartient à um Auteur Vivant. Motillot entendia que: “o direito moral origina-se antes do direito natural que do direito positivo. Na sua opinião, o direito moral não tem necessidade de ser especialmente consagrado por nenhum texto.” PIMENTA, Eduardo. A jurisdição voluntária nos Direitos Autorais. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 71.

o de nele inserir o seu nome, sigla ou marca; o de conservá-lo inédito ou retirá-lo de circulação e o de suspender a autorização para sua utilização.

Os Direitos Morais do autor seriam reconhecidos e introduzidos no direito internacional pela Convenção de Berna, a partir da Revisão de Berlim de 1908, por não possuírem qualquer categoria estética e serem direitos subjetivos do titular dos direitos autorais, de caráter personalíssimo.⁴

Assim é que a legislação brasileira estabelece que os Direitos Morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis⁵, no presente estudo de caso, o artista Krajcberg como detentor de seguintes direitos personalíssimos, ou seja, os direitos morais se traduz na faculdade do autor de reivindicar a paternidade sobre a criação e no direito de opor-se a alterações não-autorizadas, nesta perspectiva é que, veio o artista Krajcberg a exercê-los judicialmente, a saber:

Direito de nomeação: que o direito de atribuir à obra o seu nome, pseudônimo ou sinal, no caso em questão de atribuir a denominação “a revolta” ao conjunto das 114 obras como todas formando uma amálgama única;

Direito de divulgação: que é o direito do autor de oferecer a obra ao público, seja através da publicação ou de qualquer outro meio de divulgação, no caso em estudo está em se estipular no ato de doação que o acervo das 114 obras de arte, no seu conjunto, fosse disponibilizado ao público em geral, no Espaço Cultural Frans Krajcberg especialmente criado para tal finalidade;

Direito de integridade: Possui o feitiço negativo, que é o direito de opor-se contra quaisquer modificações não autorizadas na obra, veio

4 “Tem, como aspecto moral do direito autoral esse fundamento original de se exigir para o criador intelectual o respeito no que tange à sua pessoa, seu espírito criativo e sua ligação com a obra, podendo, ao revés, combater tudo o quanto venha a prejudicar sua boa fama enquanto autor, ou a qualidade de sua criação.” ARAUJO, Edmir Netto de. Proteção Judicial do Direito de Autor. São Paulo: 1999, p. 33.

5 Os direitos morais são personalíssimos. Sua transferência somente ocorrerá por causa mortis do autor a seus sucessores, no exercício do direito, mas nunca na autoria dos mesmos. Isto nos termos do parágrafo primeiro do artigo 24 da Lei n.º 9.610/98.

o artista Krajcberg opor que terceiros realizasse restauro das obras, bem como, utilização de técnicas ou materiais que alterem a obra original. Trata-se de assegurar a integridade da obra, rejeitando modificações na mesma, ou utilizações em contextos diversos que possam causar prejuízos à reputação ou à honra do criador.

Direito de modificação: Possui o feitiço negativo, que é o direito que o autor detém de poder modificar a obra, antes ou depois de utilizada, o artista Krajcberg entendia que o restauro das obras, realizadas com outros materiais, estariam adulterando a obra originária. José de Oliveira Ascensão⁶ o Direito Moral do Autor à integridade com o direito de modificação. Entendendo, que integridade será uma potencialidade negativa, vale dizer, o poder de negar e contestar futuras modificações, ao passo que, o direito de modificação, seria uma potencialidade positiva, de permitir impor modificações no exercício da faculdade jurídica, de modo que poderiam ser aglutinados num direito só. No caso em questão os atos de modificação do conjunto da obra do artista Krajcberg se distinguem dos atos de transformação, pois o restauro não pode ser considerado uma criação ou obra derivada a partir do original. A obra derivada é uma segunda obra, uma obra modificada, mas sempre será ainda a mesma obra.

Independentemente do exposto, a questão da extensão dos direitos morais e sua aplicabilidade no tocante ao restauro merece maior atenção de análise, pois os direitos morais do criador da obra de arte, no caso o conjunto de 110 obras denominado de “A Revolta” de Krajcberg, dele se opor à alterações não-autorizadas, persistirá após o prazo de proteção de setenta anos, depois do qual a obra de arte cairá em domínio público, uma vez que tal direito se reveste de quatro características fundamentais: é um direito pessoal, perpétuo, inalienável e imprescritível.

Da mesma forma pode-se indagar sobre a quem competirá em última análise a defesa da integridade de uma obra de arte se que eventualmente venha a cair em domínio público, a qual poderá ser

⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: direito de autor e direitos conexos. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

livremente reproduzida e restaurada. Neste caso, aplicar-se-á o disposto no parágrafo 2.º da Lei n.º 9.610/98, que atribuiu competência ao Estado na defesa da integridade e autoria da obra.

O primado clássico do Direito Autoral assenta a diferença entre o Direito Moral e o Direito Patrimonial do Autor sobre sua obra. O primeiro, relativo aos direitos personalíssimos do autor, que não podem ser alienados a terceiros seriam em tese imprescritíveis. E, o segundo, no sentido econômico de exploração da obra e sua comercialização criando-se o direito de exploração exclusiva da mesma que pode ser transferido a terceiros.

3.2. DIREITOS PATRIMONIAIS

A princípio entende-se por direitos patrimoniais, o caráter vitalício e transmissível por sucessão hereditária ou *inter vivos*, bem como apresentar a forma de usar, fruir e dispor através de licença ou cessão para comercialização da obra criada tutelada pelo Direito Autoral. Os direitos patrimoniais do autor perduram por toda a sua vida, e se transferem aos seus herdeiros pelo prazo mais 70 (setenta) anos contados do 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento. Após este lapso temporal, a obra cai em domínio público, sendo livre sua reprodução ou uso por qualquer pessoa.

Toda e qualquer alienação dos direitos patrimoniais somente terá validade se for expressa, e somente será definitiva se estipulada em contrato, caso contrário o prazo máximo de transferência será de cinco anos.

Ademais, a transferência total ou parcial da obra sempre é considerada onerosa, podendo ser averbada à margem do registro da obra no órgão competente. Do contrato de cessão devem constar as obras que estão sendo cedidas, bem como as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço, a teor do artigo 50 da Lei n.º 9.610/98.

Portanto, qualquer instrumento de cessão de direitos patrimoniais

de autor terá sua interpretação sempre restritiva, havendo de se atender estritamente às condições avençadas em contrato, sendo a utilização da obra sempre permitida nas formas expressamente elencadas no instrumento.

Assim a legislação brasileira estabelece que os Direitos Patrimoniais do autor consistem no direito de uso, gozo e disposição do bem intelectual pactuado contratualmente. No presente estudo de caso o artista Krajcberg formalizou uma doação com encargos de suas obras para com cidade de Curitiba, para exposição em espaço cultural de ampla visitação, não houve na doação estipulação sobre eventuais restauros ou a extensão deste sobre o conjunto da obra objeto da doação.

4. DIREITOS AUTORAIS E OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DE RESTAURO DE UMA OBRA

Os limites técnicos e éticos do restaurador para que sua intervenção em uma obra não atinja ou violem os direitos morais do autor é uma preocupação crescente, que tem ganho importância no cenário internacional. A exemplo da tentativa fracassada de restauro que ocorreu na cidade de Borja, Espanha, quando em 2012 uma senhora octogenária resolveu “restaurar” a obra *Ecce Homo*, executada por Elías García Martínez na década de 1930 no Santuário de Nossa Senhora das Mercês. Embora o retoque bem-intencionado tenha causado reação pelo país, tornando a nova imagem um ícone, aqui se levanta a questão de riscos que a atividade de restauro pode gerar para não infringir o direito moral de modificação da própria obra pelo autor⁷

No Brasil, na década de 2010 houve um movimento em prol da regulamentação da profissão de conservador-restaurador que culminou com a apresentação do projeto de lei nº 370/07 de autoria do Senador

7 PEREIRA, Mariana. *Ecce Homo*. Um restauro desastroso feito milagre. *Diário de Notícias*, Lisboa, 22 ago. 2016. Disponível em <https://www.dn.pt/artes/interior/ecce-homo-um-restauro-desastroso-feito-milagre-5349833.html> . Acesso em set. 2017.

Edison Lobão (PMDB/MA)⁸, vetado pela Presidência da República em 2013⁹.

Ante a responsabilidade de se lidar com bens culturais móveis, a proposta foi criada na tentativa de evitar que pessoas não qualificadas intervissem nesses bens, pelas particularidades dos critérios de intervenção, desta forma restringindo o exercício da profissão àquelas que a proposta considerou como habilitados e possuidores de formação superior. Esse enfoque já vinha sendo discutido no Brasil com a elaboração de um Código de Ética, no qual participaram profissionais e instituições do país, tendo como base os Códigos elaborados anteriormente pelo Conselho Internacional de Museus, pelo Instituto Americano de Conservação e a Federação Europeia das Organizações de Conservadores-Restauradores¹⁰.

Neste trabalho, pela questão levantada com o caso Krajcberg, indaga-se qual o limite do restaurador para que sua intervenção em uma obra não atinja o direito moral do artista criador, visto que as decisões prolatadas demonstram a tendência de proteção ao direito de modificação de uma obra pelo artista, mais do que ao direito do proprietário de tê-la restaurada por terceiro, fundamentado no Código de Ética Profissional e na teoria do restauro.

A conservação-restauração abrange um conjunto de práticas que

8 BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei 370 de 2007. Dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão de Conservador-Restaurador de Bens Culturais Móveis e Integrados e autoriza o Poder Executivo a criar o Conselho Federal de Conservação-Restauração de Bens Móveis e Integrados e seus Conselhos Regionais, e dá outras providências. Brasília, 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=601125. Acesso em set. 2017.

9 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENCADERNAÇÃO E RESTAURO. Executivo veta projeto de regulamentação da profissão de conservador-restaurador. São Paulo, s/d. Disponível em: <http://www.aber.org.br/noticia/executivo-veta-projeto-de-regulamenta%C3%A7%C3%A3o-da-profiss%C3%A3o-de-conservador-restaurador>. Acesso em set. 2017.

10 INTERNATIONAL COUNCIL OF MUSEUMS - ICOM. Comitê Brasileiro do Conselho Internacional de Museus (ICOM - BR). Código de Ética para Museus. 2008; GOVERNO DA ITÁLIA. Ministério de Instrução Pública. Circular nº 117. Carta do Restauro. Itália, 6 abr. 1972. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20do%20Restauro%201972.pdf>. Acesso em set. 2017; ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE CONSERVADORES E RESTAURADORES DE BENS CULTURAIS. Código de Ética. São Paulo, 2005.

se destinam a estabilizar o suporte de um bem cultural, recuperando os elementos que possibilitem sua “leitura”, ou seja, que o tornem compreensível e utilizável, de modo a poder transmiti-lo integralmente ao futuro.

Tais práticas foram construídas historicamente por diversos autores que pensaram os procedimentos a serem adotados diante de um bem degradado, seja pela ação do tempo, por más condições de conservação ou por ação humana, sendo que atualmente adotam-se principalmente as teorias de Cesare Brandi e de Salvador Viñas¹¹.

A seguir, são apresentados quatro limites que devem ser considerados pelo restaurador na intervenção de obras de arte, que levem a seu distanciamento em relação à criação da obra de arte, considerando a preeminência do direito moral de autor, confirmado no caso *Krajcberg vs Fundação Cultural de Curitiba*, quer sejam a mínima intervenção nas obras de arte, a fidelidade histórica, a possibilidade de reversão e a documentação exaustiva das técnicas empregadas.

4.1 LIMITES PELA DOCUMENTAÇÃO EXAUSTIVA.

A documentação exaustiva é o primeiro passo a ser seguido em um processo de restauração. O método refere-se à revelação dos processos de produção de uma obra de arte, mostrar que danos a obra já sofreu, ligá-los aos seus fatores originais e o que a faz obra de arte, como feita pelo homem, situando-a no tempo e no espaço.¹² Após o estudo, deve-se motivar e justificar a intervenção por escrito, apontando os resultados a serem atingidos, elaborando-se um relatório, que incluirá a pesquisa,

11 Para aprofundar o assunto, ver BRANDI, Cesare. *Teoria da restauração*. 3. ed. Cotia, SP: Ateliê editorial, 2008; VIÑAS, Salvador Muñoz. *Contemporary Theory of Conservation*. Oxford, UK: Elsevier Butterworth-Heinemann, 2005; BOITO, Camillo. *Os restauradores*. 3. ed. Cotia, SP: Ateliê editorial, 2008; VIOLLET-LE-DUC, Eugène Emmanuel. *Restauração*. 3. ed. Cotia, SP: Ateliê editorial, 2008. RUSKIN, John. *A lâmpada da memória*. Cotia, SP: Ateliê editorial, 2008.

12 Sobre o tratamento documental, ver LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. 5a. edição. Campinas, SP: Unicamp, 2003.

documentação fotográfica e o procedimento adotado.

O restauro, segundo Brandi¹³, é um ato crítico que envolve o reconhecimento de uma obra de arte em sua instância histórica e estética. Nesse sentido, a intervenção em uma obra de arte inicia por uma observação atenta da origem da obra: quem é o artista, qual a constituição da obra, que técnicas foram empregadas, sua composição, quais materiais foram utilizados, suas características físico-químicas, seu estado de conservação, enfim, tudo o que se pode depreender da matéria e de seu contexto a partir da observação e de pesquisa, por meio de exames organolépticos e científicos, que podem abranger, de modo geral, exames de raio-X, infravermelho, de luz rasante, etc. Com isso, gera-se conhecimento sobre a obra, e que justamente por isso, sua análise deve ser extensamente documentada, por meio de relatórios, fotografias, gráficos, mapas, tabelas e análises estatísticas.

Utilizando-se destes dados e passando ao tratamento, todo tipo de trabalho efetuado sobre a peça deve ser anotado: se foi efetuada limpeza, quais produtos químicos, em que proporção foram utilizados, as técnicas empregadas, seus efeitos e resultados. Para tanto, também deve-se fotografar todas as etapas, registrando o estado da obra antes, durante e após a intervenção.

Pela elaboração desta documentação (fotos, textos, indicações, justificativas, dentre outros elementos), sempre que seja fruto exclusivo do esforço intelectual do restaurador ser-lhe-á atribuído Direitos Autorais pela concepção deste material produzido.

4.2. LIMITES PELA MÍNIMA INTERVENÇÃO

Por uma questão de respeito à autoria e à obra, a intervenção em um artefato deve se restringir somente ao tratamento necessário, visando principalmente à estabilização do objeto, cujo tratamento deve ser, dentro das possibilidades, reversível. Ainda, qualquer alteração efetuada

13 BRANDI, Op. cit.

no objeto original deve ser identificável. A justificativa para esse preceito é que criar cabe ao artista, não ao restaurador. Um restaurador que opera uma obra e que não emprega meios que identifiquem sua operação, estará criando e, portanto, tomando o lugar do artista, o que gera a falsificação.

O limite gerado pela mínima intervenção exige que o restaurador atue dentro de uma zona de segurança. Nela, estão inscritos os limites de seu conhecimento e dos equipamentos que dispõe, agindo com cautela para evitar excessos, que podem causar danos ao bem, às pessoas em volta ou ao meio ambiente.

O limite de seu conhecimento sobre a melhor proposta de intervenção em um bem e dado o caráter multidisciplinar da profissão, que envolve conhecimentos de biologia, química, física, arte e história, não impede que especialistas sejam consultados, sempre que for necessário ou adequado, para a tomada de decisões coletivas, restritas apenas ao tratamento necessário.

Uma vez que a regra da mínima intervenção impede a prática da falsificação de autoria e do perigo de retirar da obra seus aspectos históricos, são admitidas intervenções que: a) acrescentem partes acessórias que tenham a função de sustentar a obra; b) sejam executadas reintegrações de partes pequenas, desde que estejam evidenciadas, com determinação do contorno dos pontos de encontro com as partes antigas, adotando-se material diferenciado do original e a ele harmônico, de modo que sejam distinguíveis ao olhar; c) o aspecto da ação do tempo sobre a peça deve ser respeitado e portanto uma limpeza não deve alcançar o estrato da cor e nunca deverá chegar à superfície basilar da matéria de que são constituídas as obras; d) a reconstrução ou reintegração de uma obra, efetuadas a partir do estudo de suas peças ou fragmentos, efetuadas com novos materiais, deve ser amplamente documentada e efetuada com técnica claramente distinguível ao olhar, ou efetuá-la em nível diferente do original, sem reintegrar zonas de figuração e sem inserir elementos que sejam determinantes à figuração da obra; e) se internamente à obra for efetuada uma modificação ou inserção, que vise à conservação da estrutura interna ou de seu substrato, não é permitido que essa intervenção possa

alterar a matéria ou as cores da obra.

Do mesmo modo, é defeso: a) efetuar reintegrações semelhantes ao conteúdo original, ainda que simplificadas, mesmo que existam documentos que indiquem como era ou deveria ser o aspecto da obra acabada; b) remover e/ou alterar aspectos que apaguem ou falsifiquem a trajetória da obra ao longo do tempo, salvo se for para remover aquilo praticado anteriormente que tenha mudado o valor histórico da obra ou o que tenha sido adicionado, dando-lhe caráter de falso.

Proceder à estabilização de um artefato e devolver-lhe a leitura, sem atingir a história que lhe é inerente, atuando de forma mínima e delimitada, sem interferir no que é criação do artista, é o limite dado pela regra da mínima intervenção. Nunca se deve intervir interpretativamente no objeto, nunca se deve imitar o objeto, em virtude de que tal atitude do restaurador, poderá acarretar violação aos Direitos Morais do autor quanto à integridade da obra.

Ressalte-se que, por outro lado, nessa operação mental de restauro realizada pelo restaurador, desde que de alguma maneira expressa e documentada, é que se poderá atribuir propriedade intelectual pelo trabalho realizado.

4.3. LIMITES PELA FIDELIDADE HISTÓRICA

Fidelidade histórica, outra condição indispensável da restauração, corresponde a respeitar o original por preservar a época em que foi produzido. Significa estabilizar o original, preservando e demonstrando os vestígios da passagem do tempo sobre a obra. A manutenção dos vestígios da ação do tempo serve de meio para a comprovação da autenticidade da obra.

Isto também explica a razão pela qual as adições, os acréscimos devem ser realizados com material contemporâneo: para não enganar o observador, levando-o a confundir o que é original com a intervenção, como se tivessem sido feitas ao mesmo tempo, quando na realidade

a operação atual deve se distinguir da obra, de forma harmônica ao conjunto. Caso não fique claro o que é original do que é intervenção, comete-se o erro da falsificação histórica, pois se uma intervenção fosse realizada usando os mesmos materiais do original, sem distinção, não se saberia a olho nu o que é e o que não é próprio da obra, quando foi criada por um artista em determinado tempo e lugar, vez que os objetivos da ação do restaurador é conservar e revelar aspectos históricos e estéticos, respeitando os materiais autênticos, que são matéria já transformada pelo tempo.

A falsificação histórica da obra de arte viola os Direitos Morais do autor o qual detém o poder de modificar a obra.

Com efeito, a incorporação de outros materiais que retirem os aspectos históricos e estéticos intrínsecos à obra original pelo trabalho de restauro acarreta adulteração que fere os direitos de modificação do autor.

4.4. LIMITES PELA REVERSIBILIDADE

Esta última prescrição, a da reversibilidade, relaciona-se com as anteriores na medida em que, se eventualmente for necessário realizar outra intervenção, a documentação completa do trabalho, a proeminência de materiais utilizados e a visibilidade da operação realizada pela peça, assegurarão que no futuro outras intervenções não sejam inviabilizadas pelo uso de técnicas e materiais que não podem ser revertidos ou retirados.

Nessa lógica, deve-se ter em mente que as técnicas e os materiais empregados não devem interferir na possibilidade de outros diagnósticos, tratamentos ou análises que venham a ser considerados como mais adequados do que a decisão tomada para o tratamento naquele momento. Isso abrange o uso de produtos e materiais que possam colocar a obra em risco, da mesma forma engloba a retirada de materiais originais e acrescentados à obra, salvo se a retirada for imprescindível para a preservação, sem que interfira em seu valor histórico e estético. As amostras que forem removidas para serem encaminhadas a análises científicas, com o consentimento do proprietário do bem, são conservadas e seguirão anexas

ao laudo de restauro. Da mesma forma, não se considera ético que o restaurador, modifique, oculte ou dissimule perdas e acidentes, de modo a alterar as características e condições físicas do artefato após o evento.

A norma da reversibilidade garante que as modificações necessárias introduzidas pelo restaurador não venham a integrar definitivamente a obra, e assim ser entendida como uma dissimulação do trabalho do artista e como uma solução definitiva para a obra. Considerando que a obra seguirá sua trajetória temporal, corre-se o risco de que a solução encontrada não tenha sido a mais adequada, conforme a ação de aspectos físico-químicos, intrínsecos e extrínsecos ao artefato.

É preciso ter-se claro que, a importância da norma da reversibilidade é garantir que a obra originária objeto de restauro continue sendo única e que a intervenção de restauro não crie qualquer hipótese derivação da obra originária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo de caso apresentado neste trabalho, de Frans Krajcberg *vs.* Fundação Cultural de Curitiba analisa questões sobre a extensão dos direitos do artista de restaurar sua própria obra.

No caso, entende-se a vontade do artista de restaurar suas próprias obras como exercício de seu direito moral de modificá-la livremente, o que estava sendo negado pela Fundação, sob o argumento de que o artista não poderia intervir em suas próprias obras, sendo-lhe então, já externas.

No contrato de doação mencionado, havia cláusula de que intervenções necessárias seriam realizadas com a autorização do artista. Por ele entender que deveria realizar pessoalmente o restauro de suas obras e que possuía os materiais necessários para tanto, quer sejam de mesma qualidade que os empregados na preparação das mesmas, invocou seu direito de autor e negou as propostas da ré de que o restauro fosse efetuado por terceiros, o que foi concedido pelo juízo *ad quo* e confirmado em recurso. Ao longo do tempo, pela demora e pelo aumento do estado

de degradação das peças, o autor da ação pode configurar a ingratidão da ré em manter a integridade das obras e obteve a revogação do contrato de doação das obras.

Interessante foi notar pela pesquisa, que os códigos de ética profissionais consultados mencionam a relação do profissional da restauração com instituições, com proprietários/responsáveis e com a obra-objeto, porém não mencionam a relação do profissional com o artista criador daquele objeto.

Embora a atribuição da autoria de obras possa não ser algo relativamente explícito, se faz necessária uma revisão das condutas praticadas pelo restaurador, como forma de precaução em seu mister quanto à possíveis violações de direito de autor. Portanto, sugere-se que antes de proceder à prática, entre-se em contato com o autor/artista, requerendo autorização para o restauro.

A partir disso, pode ser enviado ao artista um questionário sobre aspectos de seu processo criativo, da concepção à construção, sobre a técnica e materiais utilizados assim como seus significados, o que agregará conhecimento à análise histórica da obra e também lhe indagando seus apontamentos sobre estado de conservação e deterioração da peça em questão. Não se trata de tornar do artista um restaurador, pois conforme consta, em tese ele não teria conhecimento técnico nem formação para intervir em bens culturais. Mas tratando-se de sua própria obra, é medida necessária para evitar a violação de direitos autorais.

Assim, para evitar o atentado a direitos de autor, existem condutas esperadas pelo profissional conservador-restaurador em sua atuação. São critérios, limites que devem ser observados para não ocorrer violação à integridade da obra. Dentre eles, discorreu-se neste trabalho sobre as prescrições da documentação exhaustiva, da mínima intervenção, da fidelidade histórica e da reversibilidade. Aqui, esses preceitos foram considerados como limites ao restaurador para que se evite violações de direito de autor, que poderiam pender para a falsificação da obra quanto à autoria e falsificação da obra quanto à época em que foi produzida, não sendo admitida a utilização pelo restaurador de materiais originariamente

empregados pelo artista. Ao contrário, as intervenções devem ser claras e nesse caso, os materiais adicionados devem ser contemporâneos à época do procedimento.

Com isto e pelo julgado, denota-se que a diferença está na atuação do restaurador e do direito de modificação da própria obra pelo artista, que pode reunir a ação de restauro. É eticamente proibido ao restaurador criar em uma intervenção, devendo deixar claro na obra o que foi feito e também deixar registrado quem foi o responsável, que pesquisa foi procedida, que exames realizados e que procedimentos adotados, sendo tudo justificado por método científico. Com isso, se obtém um documento, o qual deve acompanhar a peça, e lhe é parte integrante, a ser utilizada caso seja necessária uma futura intervenção ou até mesmo responsabilização civil do restaurador, se houver o entendimento de que a operação causou algum dano ao autor. A produção intelectual do restaurador advém da uma elaboração criteriosa deste documento, que contém a pesquisa e os métodos empregados para a recuperação da obra, que a integra, mas dela não deriva, como meio de valorização da obra e valorização do trabalho do restaurador.

O restauro em obras de arte mesmo que expressamente tenha sido autorizado pelo autor no próprio contrato de doação/venda da obra, trata-se de mera autorização para que terceiros procedam a manutenção e os trabalhos de restauro. Isto porque, o autor sempre estará legitimado para se opor, no futuro, às eventuais restaurações que julgue violar os Direitos Morais que possui sobre sua obra, vez que são inalienáveis e imprescritíveis. Daí reside a importância de o trabalho de restauro observar os limites da intervenção de restauro de uma obra.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y Abraão. **Direito de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ARAUJO, Edmir Netto de. **Proteção Judicial do Direito de Autor**.

São Paulo: 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENCADERNAÇÃO E RESTAURO. **Executivo veta projeto de regulamentação da profissão de conservador-restaurador**. São Paulo, s/d. Disponível em: <http://www.aber.org.br/noticia/executivo-veta-projeto-de-regulamenta%C3%A7%C3%A3o-da-profiss%C3%A3o-de-conservador-restaurador>. Acesso em set. 2017.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE CONSERVADORES E RESTAURADORES DE BENS CULTURAIS. **Código de Ética**. São Paulo, 2005.

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade intelectual. Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4^a ed. São Paulo: Forense Universitária, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.^a ed., 2002.

BOITO, Camillo. **Os restauradores**. 3. ed. Cotia, SP: Ateliê editorial, 2008.

BRANDI, Cesare. **Teoria da restauração**. 3. ed. Cotia, SP: Ateliê editorial, 2008.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei 370 de 2007**. Dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão de Conservador-Restaurador de Bens Culturais Móveis e Integrados e autoriza o Poder Executivo a criar o Conselho Federal de Conservação-Restauração de Bens Móveis e Integrados e seus Conselhos Regionais,

e dá outras providências. Brasília, 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=601125. Acesso em set. 2017.

CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**. Porto Alegre: Editora Sagra, 1998.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, tomo, 1946.

CHAVES, Antônio. **Direitos autorais na computação de dados**. São Paulo: LTr, 1996.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo: FDT, 1998.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à Internet**. 4ª ed. São Paulo: Record, 2001.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. 3ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

INTERNATIONAL COUNCIL OF MUSEUMS - ICOM. Comitê Brasileiro do Conselho Internacional de Museus (ICOM - BR). **Código de Ética para Museus**. 2008.

GOVERNO DA ITÁLIA. Ministério de Instrução Pública. Circular nº 117. **Carta do Restauro**. Itália, 6 abr. 1972. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20do%20Restauro%201972.pdf>. Acesso em set. 2017.;

LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. 5a. edição. Campinas, SP: Unicamp, 2003.

PEREIRA, Mariana. Ecce Homo. Um restauro desastroso feito milagre. **Diário de Notícias**, Lisboa, 22 ago. 2016. Disponível em <https://www.dn.pt/artes/interior/ecce-homo-um-restauro-desastroso-feito->

milagre-5349833.html . Acesso em set. 2017.

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

RUSKIN, John. **A lâmpada da memória**. Cotia, SP: Ateliê editorial, 2008.

SANCHES, Hércules Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo: LTr, 1999.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**. São Paulo: Saraiva, 2.^a ed., 1998.

VIÑAS, Salvador Muñoz. **Contemporary Theory of Conservation**. Oxford, UK: Elsevier Butterworth-Heinemann, 2005.

VIOLLET-LE-DUC, Eugène Emmanuel. **Restauração**. 3. ed. Cotia, SP: Ateliê editorial, 2008.

ZUCCHERINO, Daniel R. *El derecho de propiedad del inventor*. Buenos Aires: AdHoc, 1995.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E OS
PRIMADOS CONSTITUCIONAIS:

Acesso à Cultura e ao
Conhecimento

Título:

**O FAIR USE COMO
INSTRUMENTO
DE EFETIVAÇÃO
DE GARANTIAS
FUNDAMENTAIS NO
ÂMBITO DO DIREITO
AUTORAL BRASILEIRO**

Ana Flávia Costa Ferreira



O FAIR USE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO

Autora: Ana Flávia Costa Ferreira

Resumo: Os Direitos Autorais representam uma composição de interesses diversos e muitas vezes conflituosos, pois se prestam não somente à proteção e remuneração do autor por seu trabalho criativo, como também à efetivação de direitos fundamentais como o acesso à cultura e à informação. Para que esses objetivos sejam concretizados é necessária uma legislação compatível com os preceitos constitucionais e adaptável às mudanças experimentadas por uma sociedade complexa, digitalmente conectada e em acelerada evolução. A constatação da incapacidade do sistema brasileiro de limitações aos direitos autorais de atender a estas demandas tem promovido uma busca por modelos alternativos e mais flexíveis, como o Fair Use norte-americano. Este estudo se presta a analisar a possibilidade de adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro de uma estrutura de exceções aos direitos autorais nos moldes daquela observada na lei estadunidense de Copyright. A análise dos dois modelos de legislação e de sua interpretação pela jurisprudência indica falhas em ambos os formatos, bem como a existência de espaço para diálogo e aprimoramento conjunto.

Palavras-chave: Direito Autoral. *Fair Use*. Direitos Fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

A essência humana sempre esteve atrelada à criação. Desde os hieróglifos estampados nas paredes das pirâmides no Egito, até as mais recentes descobertas da medicina biomolecular, a produção intelectual, artística e científica tem moldado mentalidades, estilos de vida e a identidade cultural de diversos povos, desempenhando importante papel na definição dos rumos da história da humanidade. Juntamente a seus inúmeros benefícios, o potencial criativo humano também trouxe consigo conflitos. Traçar limites sobre questões como autoria e monopólio se tornou um desafio, agravado ainda mais pela revolução digital e a cultura do compartilhamento.

Qualquer tentativa de regulamentação dos Direitos Autorais vai de encontro a um impasse: a difícil missão de se compatibilizar suas duas esferas de funcionalidade. De um lado, a necessária proteção do autor, mediante a garantia de uma remuneração digna por seu trabalho, fomentando a produção intelectual e científica. De outro, seu papel determinante na definição dos parâmetros de acesso à cultura e informação, sendo elemento decisivo na progressão dos esforços de redução das desigualdades e promoção da inclusão social.

Neste contexto, a definição de limitações aos direitos autorais é medida essencial para garantir que os benefícios da criação protegida alcancem a coletividade, de forma que a proteção do autor, mediante a concessão do monopólio, não se torne obstáculo à efetivação de garantias constitucionais.

Para que tais pretensões se consolidem, é imprescindível a escolha de um modelo de regulação que permita um ajuste adequado dos parâmetros de proteção autoral ao contexto socioeconômico nacional, que promova uma gestão sustentável do acervo intelectual, propiciando um ambiente fértil para sua criação e democrático quanto aos seus resultados.

Por esta razão, passa-se a analisar o modelo brasileiro de regulação de direitos autorais e seus impactos frente às demandas sociais que permeiam esta esfera do Direito. Para tanto, é essencial que se discuta

o recente movimento de constitucionalização do direito brasileiro, que tem impactado não somente o Direito Civil, mas também o âmbito dos Direitos de Autor.

Através de um estudo comparativo com o modelo norte-americano, pretende-se, por fim, avaliar quais são os perfis de instrumentos regulatórios mais e menos propícios à efetivação de todas as funções dos direitos autorais, discutindo perspectivas de adaptação e adequação no cenário brasileiro.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS AUTORAIS

O direito brasileiro tem experimentado, ao longo das últimas décadas, um movimento de constitucionalização de seus institutos, caracterizado pela adoção de uma compreensão sistêmica do ordenamento jurídico, interpretando toda forma de regulação em consonância com o fundamento primordial do sistema: a Constituição da República de 1988. Esta lógica interpretativa se presta, essencialmente, à preservação de um sistema jurídico harmônico e coeso.

É evidente a necessidade de interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos da Lei de Direitos Autorais à luz dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, conforme já evidenciado na jurisprudência pátria. A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação de nº 0013138-16.2012.8.26.0066, ao tratar sobre a Lei de Direitos Autorais, sustenta que a interpretação sistemática e teleológica é “indiscutivelmente aplicável como técnica exegética a qualquer norma do ordenamento, à luz da Constituição Federal”

Nesse sentido, o julgado contextualiza: “a proteção dos direitos do autor [...] deve ser relativizada nos casos em que a reprodução da obra musical tenha se dado [...] com o fim de promover interesse público ligado ao exercício de direito fundamental também garantido constitucionalmente”.

Esta corrente de constitucionalização do direito reflete o espírito do Estado Democrático de Direito, promovendo a ampliação da interferência da esfera pública do direito na esfera privada, com a ruptura da ultrapassada dicotomia entre estes dois campos, viabilizando a flexibilização dos direitos subjetivos, sobretudo da autonomia da vontade.

Destaca-se, neste contexto, a questão da despatrimonialização do direito. A tutela de questões existenciais assume posição mais relevante do que a de situações patrimoniais. A interpretação do direito passa a privilegiar a dignidade do indivíduo, conforme as garantias constitucionalmente previstas para sua preservação. Isto pressupõe, no campo autoral, a preservação da dignidade de todos os indivíduos mediante a harmonização de todos os interesses envolvidos, com a busca do equilíbrio entre a proteção do autor enquanto criador, e a necessidade de concretização de garantias como a liberdade de expressão, o direito à informação, à educação e à cultura, previstos nos arts. 5º, IX e XIV, e 215 da Constituição.

De outro lado, também se observa o fenômeno da funcionalização do direito, sendo este a constante busca pela função dos institutos jurídicos em meio ao sistema normativo em que se inserem. Assim, o direito de propriedade é flexibilizado e relativizado, passando a ser visto como “situação jurídica subjetiva complexa em que se inserem direitos, deveres, ônus e obrigações” (ADOLFO, 2008, p. 308). Este viés teleológico se consubstancia no princípio da função social da propriedade, consolidado na Constituição Federal nos artigos. 5º, XXIII; 170; 182; 184, caput e parágrafo único; e 186 e assimilado pelo Código Civil em seus artigos 1.228, §§1º e 3º; e 2.035, parágrafo único.

É incontestável a existência de uma esfera patrimonial nos direitos de autor, que se soma à outra esfera, de caráter moral. Acerca desta questão, José de Oliveira Ascensão afirma que a Constituição, ao tratar da propriedade, abrange todos os direitos patrimoniais privados, incluindo os direitos intelectuais exclusivos, monopólios que compõem o aspecto patrimonial do direito autoral, ainda que estes sejam somados a faculdades pessoais (ASCENSÃO, 2002).

Explica que os direitos exclusivos “são criados tendo em vista um interesse social”, e, portanto, “não podem na sua existência ignorar a função social que os justifica” (ASCENSÃO, 2002). Portanto, é impossível dissociar os direitos autorais do princípio da função social da propriedade.

O princípio da função social do direito de autor é também reconhecido internacionalmente pelas entidades ligadas à proteção da propriedade intelectual. Neste sentido, o Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos de Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento, da Organização Mundial do Comércio (OMC) demonstra como os direitos de propriedade intelectual são compreendidos enquanto instrumento de maximização do bem-estar social.

A função social da propriedade intelectual também está presente no texto do acordo TRIPS (Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), em seus arts. 7 e 8.

Como explica Guilherme Carboni, o direito autoral tem como função social “a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo” (CARBONI, 2008, p. 97).

Nesse contexto, o princípio da funcionalidade desempenha papel de instrumento de correção de distorções e repressão aos abusos de direito, ao proporcionar a relativização dos Direitos Autorais mediante a limitação de seu exercício. A existência de uma finalidade para o direito é o que o torna relativo, sendo possível que seu uso se torne abusivo (ADOLFO, 2008, p. 375).

3. AS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL

Na busca pelo delicado equilíbrio entre a proteção e remuneração do autor e a consecução dos fins sociais de sua criação, a Lei de Direitos

Autorais prevê hipóteses em que é excepcionado o direito do autor, possibilitando o uso de sua obra pelo público independentemente de sua autorização.

Estas chamadas limitações aos direitos de autor estão sistematizadas no ordenamento brasileiro conforme o modelo de “enumeração de exceções” ou “sistema continental europeu”, em que a legislação antecipa as circunstâncias nas quais a utilização das obras protegidas deve ser permitida. Elas estão dispostas no Capítulo IV da LDA, entre os artigos 46 e 48.

As hipóteses do art. 46 perpassam diversos aspectos da vida em sociedade, tratando de temas de grande relevância como acesso a informação (inciso I, alíneas a e b), acessibilidade para deficientes físicos (inciso I, alínea d), produção de provas em âmbito judiciário ou administrativo (inciso VII), educação, estudo e crítica (incisos III, IV e VI), lazer (inciso VI) e promoção da concorrência (inciso VI).

Estas previsões, contudo, não são absolutas. Elas comportam restrições em sua aplicação quando confrontam garantias fundamentais como o direito à honra, imagem e privacidade, como no caso do inciso I, alínea c.

Dois incisos merecem especial atenção. O primeiro deles, inciso II, garante o direito à reprodução “em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”. A conceituação de “pequenos trechos” deixa margem a interpretações extremamente restritivas e torna-se especialmente prejudicial quando aplicada no âmbito da esfera acadêmica.

Por outro lado, Leonardo Poli observa que “no caso de legítimo possuidor do exemplar, a cópia para uso privado pode atingir a obra integral, pois tem a finalidade de salvaguarda, e não afeta o exclusivo de exploração econômica” (POLI, 2008, p. 71). Este posicionamento se fundamenta especialmente na Lei 10.695/03, que alterou a redação do art. 184 do Código Penal Brasileiro, descriminalizando a cópia integral em único exemplar para uso do copista sem o intuito de lucro.

Também merece destaque o inciso VIII o qual autoriza a reprodução em novas obras de “pequenos trechos de obras preexistentes (...) 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”. Este dispositivo remete à regra dos três passos presente no art. 9 da Convenção de Berna e aborda o caráter transformativo da obra nova.

Este tipo de previsão é essencial em uma legislação que pretende fomentar a produção intelectual, uma vez que a cultura sempre se autorreferencia. Como afirma Sérgio Branco: “A cultura se auto-alimenta, de modo que cada composição artística só é possível na medida em que absorve uma série de influências (muitas vezes inconscientes por parte de seu autor) do repositório natural existente ao alcance de todos” (BRANCO, 2007. p. 129).

Em sequência, no artigo 47 está assegurado o direito de execução de paráfrases e paródias, desde que não representem “verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito”. É possível a exploração de grande extensão de uma obra para os fins de paródia, o que faz com que tal classificação seja utilizada de forma recorrente como argumento de defesa em litígios que envolvem a tutela de direitos autorais.

Já o artigo 48 compreende a chamada “liberdade de panorama” (expressão derivada do termo alemão *Panoramafreiheit*), bastante controversa no cenário europeu, que permite a livre representação de obras situadas permanentemente em logradouros públicos, e assegura aos cidadãos o uso tanto pessoal quanto comercial de fotografias tiradas nesse contexto (SEILER, 2017).

Uma leitura sistemática do rol de limitações permite observar que o legislador procurou recepcionar, em cada uma das limitações listadas, um ou mais princípios ou garantias constitucionais, que lhes serviram de inspiração, tais como o direito à intimidade e à vida privada, o acesso à cultura e informação, e o desenvolvimento nacional (POLI; POLI, 2011, p. 31). Este esforço demonstra o reconhecimento da necessidade da associação da tutela dos direitos autorais à promoção de seus fins sociais.

Contudo, o legislador pecou ao definir a estrutura organizacional do capítulo de limitações da LDA. A disposição assistemática e bastante aleatória das hipóteses de limitações gera insegurança no aplicador do direito e torna-se um obstáculo à sua aplicação de forma coesa. Uma de suas carências mais incômodas é a ausência de um artigo introdutório que delimite os princípios gerais ou postulados que regessem a interpretação das limitações individualmente e enquanto sistema (LEWICKI, 2007. Pg. 109-110).

Sérgio Branco também questiona a inconsistência do conjunto de exceções, que ora permitem o uso integral de uma obra e ora não, bem como em algumas circunstâncias levam em consideração os propósitos comerciais do uso, e em outras dispensam a análise de tal aspecto (JUNIOR, 2011, p. 83). Quanto à estrutura do capítulo de exceções, o autor também pontua que “melhor seria o legislador ter se valido de cláusulas gerais no caput, tentando identificar nos incisos hipóteses mais flexíveis de limitações aos direitos autorais” (JUNIOR, 2011, p. 83).

Outra controvérsia associada a este capítulo da LDA se refere à questão da taxatividade das limitações nele previstas. Este tema foi recentemente analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Recurso Especial nº 964.404 - ES (2007/0144450-5), interposto pela Mitra Arquidiocesana de Vitória, contra o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD).

O tribunal decidiu pela “necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial” de maneira que se assegure a “tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião”.

Em seu voto, o relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, argumenta que não é possível considerar o rol exaustivo, tendo-se em vista que as limitações representam o resultado de uma ponderação de valores entre as garantias constitucionais que as embasam e a própria garantia constitucional do direito à propriedade autoral.

Este ponto também foi sustentado pelo Desembargador Grava Brazil em seu voto enquanto relator no Recurso de Apelação nº 0013138-16.2012.8.26.0066 – TJSP, no qual declara: “Impõe-se, assim, reconhecer que o rol de limitações do art. 46, da Lei n. 9.610/98, é exemplificativo, abarcando, além daquelas ali enumeradas, outras hipóteses que, embora não previstas expressamente, relacionem-se, dentre outros, à proteção do exercício de direito fundamental constitucional”.

Nestes termos, a interpretação das limitações como possuidoras de caráter *numerus clausus* não parece ser a que melhor atende aos propósitos sociais identificados na lei. Como afirma Guilherme Carboni, “tais limitações e exceções não são suficientes para resolver os conflitos entre o direito individual do autor e o interesse público à livre utilização das obras intelectuais” CARBONI, 2008, p. 97).

Segundo levantamento da *Consumers International* (federação mundial que reúne entidades de defesa ao consumidor), em colaboração com o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), o Brasil possui um dos regimes mais rigorosos de direitos autorais do mundo, ocupando a quarta pior posição na edição de 2011 (CONSUMERS INTERNATIONAL, 2011).

Seu desempenho especialmente baixo no quesito “possibilidades educacionais”, é justificado, por exemplo, pela previsão extremamente restritiva do direito à cópia privada. Esta garantia se torna essencial em qualquer regime de direitos autorais que tenha por objetivo o alcance de um sistema educacional democrático e prolífico, tendo em vista que estudantes e pesquisadores dependem do acesso a obras alheias para a consecução de seus trabalhos.

Como explica Eduardo Magrani, “Além de ser quase impossível fiscalizar o cumprimento do disposto na lei, é ainda inviável e distante da realidade exigir-se deles a compra de todo material de leitura, restringindo a eles o direito de copiar as obras necessárias ao seu estudo.” (MAGRANI, 2015, p.56). A excessiva rigidez que tem permeado a regulação dos direitos autorais no Brasil, no entanto, ao privar o indivíduo de um mínimo de liberdade, opera efeito contrário ao pretendido, gerando uma objeção de

consciência, e inibindo sua eficácia (POLI; POLI, 2011, p. 27).

Sobre este aspecto, Sérgio Branco pontua que quanto maior for a restritividade da lei mais dependente será a sociedade do domínio público para efetivar seus direitos de acesso à cultura e à informação (JUNIOR, 2011, p. 80). Esta dependência, no caso brasileiro, é impraticável, haja vista o prazo injustificadamente extenso de duração dos direitos patrimoniais de autor previsto no art. da LDA.

Tendo em vista as deficiências apontadas no sistema brasileiro de limitações aos direitos autorais, e a latente demanda por sua adaptação às novas tecnologias, muitos doutrinadores têm questionado a alteração de sua estrutura. Considera-se, sobretudo, uma aproximação do sistema norte-americano de exceções e seu conceito de “*fair use*”, como uma alternativa para a flexibilização do instituto.

4. O *FAIR USE*

O *Fair Use* (uso justo ou razoável), doutrina de origem jurisprudencial presente na seção 107 da lei de Copyright, regula as limitações aos direitos de exclusividade do autor no direito norte-americano. Consubstanciada em um formato de cláusula geral, a doutrina prevê diretrizes genéricas para a identificação de possíveis limitações aos direitos autorais, atribuindo ao magistrado papel decisivo na identificação e validação de tais limitações.

Não obstante as provisões das seções 106 e 106A, o uso justo/razoável de uma obra sob direito de autor, incluindo a sua reprodução em cópias ou registros sonoros ou por qualquer outra forma especificada nesta seção, para fins como os de crítica, comentário, reportagem de notícias, ensino (incluindo múltiplas cópias para uso em sala de aula), ou investigação não é uma infração do direito de autor.

Para determinar se a utilização feita de um trabalho para um caso particular é “*fair use*” os fatores a serem considerados devem incluir:

o propósito e forma de utilização, incluindo se o mesmo é de natureza comercial ou educacional sem fins lucrativos;

a natureza da obra copiada;

a quantidade e proporcionalidade do copiado em relação ao todo;
e

o efeito do uso relativamente ao mercado potencial ou valor do trabalho tutelado.

O fato de um trabalho ainda não ter sido publicado não será obstáculo à consideração de “*fair use*”, se forem devidamente considerados todos os fatores acima. (Tradução livre)

Como se depreende da estrutura da cláusula, o *Fair Use* é uma doutrina aplicável caso a caso, em que se sugere a consideração de 4 parâmetros, ou passos, para a determinação da legalidade de certos usos não previstos de obras protegidas por copyright. Trata-se de uma cláusula complementar, que se soma às demais previsões de limitações elencadas no código, de forma a preencher lacunas por elas deixadas, auxiliando a regular o imprevisto.

Importa salientar, contudo, que embora sejam enumerados diversos propósitos de uso passíveis de enquadramento na previsão da cláusula, como crítica, comentário, e ensino, estes não consolidam uma lista taxativa. Tampouco se restringem aos 4 listados os fatores a serem considerados na avaliação da incidência do *Fair Use*. As intenções do legislador ficam evidentes no uso das expressões “para fins como os de” e “devem incluir”, que indicam um mero direcionamento ao aplicador do direito.

Como esclarece Eduardo Magrani, “os fatores devem ser examinados conjuntamente e o resultado deve advir de um exercício de ponderação entre estes fatores, não se excluindo a consideração de outros fatores adicionais em função das circunstâncias do caso concreto” (MAGRANI, 2015, p.63).

Por outro lado, também é necessário esclarecer que nenhum destes fatores é necessariamente decisivo. Eles podem adquirir pesos e relevâncias diferentes em virtude de circunstâncias específicas de cada caso analisado. A redação da cláusula e sua forma de aplicação tornam o instituto extremamente maleável e essencialmente vinculado a um

trabalho de ponderação de circunstâncias e impactos sobre um cenário real determinado ou determinável.

Um mesmo ato praticado por diferentes propósitos ou meios pode obter resultados diferentes sob o *Fair Use*. Da mesma forma, a prática de um ato idêntico em conuunturas históricas diferentes pode resultar em conclusões diversas, devido às particularidades sociais, tecnológicas e culturais de cada contexto.

Naturalmente, a doutrina coleciona tanto simpatizantes quanto opositoristas. David Nimmer tece diversas críticas acerca das interpretações feitas pelos tribunais sobre os quatro fatores, acusando grandes discrepâncias e, conseqüentemente, um alto grau de imprevisibilidade da doutrina. O autor afirma que, na prática, os quatro fatores não atingem seu propósito de guiar a análise do caso, servem somente como suporte para justificar conclusões previamente tomadas pelos magistrados.

Segundo ele, “As cortes tendem a primeiramente julgar se o objeto final é um uso justo ou injusto, e então alinhar os quatro fatores para se adequarem da melhor forma possível ao resultado ” (NIMMER, 2003, p. 281). Nimmer culpa congresso norte-americano por incluir, na Lei de Copyright, de um alto grau de subjetividade e imprecisão em cada um dos fatores, bem como em sua aplicação cumulativa, que resultam em interpretações contraditórias acerca dos mesmos pelos diversos tribunais nacionais.

Para além dos comentários de Nimmer, a crítica mais frequentemente elaborada acerca do *Fair Use* se refere à ausência de previsão, pela legislação, de princípios norteadores da interpretação da doutrina e seus fatores, bem qual seria o objetivo primordial da cláusula. Os magistrados, em sua aplicação, frequentemente divergem sobre qual seria o propósito ou objetivo final da doutrina. A discordância generalizada impactaria em padrões de julgamento muito diversos, que levariam a certa irregularidade e imprevisibilidade em sua utilização.

Por outro lado, Pamela Samuelson esclarece que atualmente as justificativas mais comuns para o *Fair Use* são o fato de representar

uma “resposta a uma falha de mercado, ser uma doutrina interna ao *Copyright* que acomoda a liberdade de expressão e livre expressão de interesses da Primeira Emenda, que promove a democracia semiótica e/ ou que previne o enrijecimento da criatividade, a qual a lei de *Copyright* foi desenvolvida para promover” (SAMUELSON, 2009. p. 69).

A autora entende ser possível destacar uma finalidade global do *Fair Use*, ao associá-la à própria função primordial do *Copyright*, monopólio limitado cujo propósito principal é a promoção do bem público, ou do progresso da ciência e das artes, como previsto na Constituição estadunidense.

Pamela Samuelson também reconhece as vantagens do modelo *Fair Use*, sobretudo os efeitos positivos de sua considerável flexibilidade no equilíbrio entre os interesses dos autores e daqueles que pretendem fazer uso de suas obras. A doutrina se provou especialmente eficiente, por exemplo, na adaptação da legislação de direitos autorais à ascensão de novas tecnologias, promovendo competição, inovação tecnológica, e a expansão do acesso público à informação.

5. A ADOÇÃO DE UMA CLÁUSULA GERAL PELO SISTEMA BRASILEIRO DE DIREITOS AUTORAIS

Nas últimas décadas a doutrina brasileira tem denunciado um processo de “envelhecimento” do código civil e dos instrumentos de regulação do direito privado. Este fenômeno se revelou sobretudo em função do ultrapassado modo de legislar marcado pela determinação ou tipicidade, característico da casuística, ou técnica de regulamentação por *fattispecie*.

Isto pois, como afirma Judith Martins-Costa, “por conduzirem o intérprete a uma subsunção quase automática do fato sob o paradigma abstrato, as disposições definitórias, tais como as da casuística, têm um caráter de rigidez ou imutabilidade” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7). Este sistema codicista, ao pretender a completude, tentando oferecer uma resposta a todos os problemas existentes, falha ao se adaptar à complexa e

mutável realidade social.

Em consequência, as correntes contemporâneas têm primado pela adoção de uma legislação por meio de princípios, mediante a inserção de certos tipos de normas que não mais se atêm à definição pormenorizada de hipóteses de sua incidência. A nova sistemática de cláusulas gerais, ou cláusulas abertas, se assemelha à lógica do *Fair Use*, afastando-se do princípio da tipicidade e introduzindo uma imprecisão intencional, mediante o uso de conceitos vagos, fluidos, ou abertos na formulação de hipóteses.

O emprego de termos dotados de campo semântico de ampla extensão permite a “incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta (...), do que resulta (...) a constante formulação de novas normas” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7). Desta forma, o sistema torna-se, “geneticamente aberto, de estrutura dialética, dialógica e plural, conferindo maior efetividade ao Direito” (ADOLFO, 2008, p. 43).

Este modelo não se presta a tentar cobrir todos os problemas da realidade, deixando que a jurisprudência construa suas respostas. Confere-se a competência ao juiz para que, diante dos casos concretos, “crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 8), mediante a observação de circunstâncias e valores não compreendidos naquele regulamento.

Assim, uma mesma norma ou hipótese é capaz de abarcar uma ampla variedade de casos, tornando-se normas jurídicas de alcance geral. Diante de todas as possíveis especificidades dos casos abarcados, a consolidação do sentido e dimensão da normatividade da cláusula é então definida pela reiteração dos julgados e reafirmação de sua fundamentação.

Como explica Topedino, a adoção das cláusulas gerais “evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento”. (TOPEDINO, 2004, p. 10 apud ADOLFO, 2008, p. 44).

Por esta razão, as cláusulas gerais se apresentam como uma solução mais viável à mobilidade do sistema, sendo um método eficiente e necessário para a modernização do Direito. Esta conclusão tem feito muitos estudiosos do Direito Autoral direcionarem sua atenção às cláusulas gerais, a exemplo do *Fair Use*, como alternativa para o ultrapassado regime autoral brasileiro.

Guilherme Carboni é um dos defensores deste projeto, propondo uma regulamentação das exceções conforme parâmetros principiológicos “tal como o fair use norte-americano”, devido ao fato de o princípio geral poder “ser moldado pelo juiz no caso concreto, além de sobreviver mais facilmente às mudanças sociais e tecnológicas” (CARBONI, 2008.p. 237).

Luiz Gonzaga Silva Adolfo também defende a adoção de uma cláusula geral como medida necessária ao aprimoramento do sistema jurídico brasileiro de direitos autorais, afirmando haver uma “necessidade de inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma cláusula geral de limitações que, vinculada ao comprometimento do Brasil na esfera do Direito Internacional Público à Regra dos Três Passos, tornaria o sistema autoral brasileiro mais maleável e flexível às mudanças que os novos tempos trazem” (ADOLFO, 2008, p. 413).

Conforme o autor, a proposta “vai ao encontro de uma linha de certo modo “aberta” que já foi adotada na redação da Lei Autoral” (ADOLFO, 2008, p. 414) evidenciada no uso da expressão “tais como” no caput dos artigos 7º e 29, que expande, respectivamente, a definição das obras que são objeto de proteção pelo Direito Autoral e os usos que não ofendem os direitos patrimoniais de autor.

O apoio ao projeto de adoção de uma cláusula geral também foi manifestado em recente tentativa de atualização da Lei de Direitos Autorais. Foi submetido à consulta pública o anteprojeto da lei que alteraria a LDA, tendo a Associação Brasileira da Propriedade Intelectual exposto seu posicionamento favorável à substituição do rol de limitações ao Direito de Autor por princípios gerais, como observado no *Fair Use*.

A jurisprudência pátria já tem aparentado sinais de assimilação do

modelo, sendo observada a citação do *Fair Use* em julgados nacionais, como na decisão do Recurso Especial Nº 983.357 - RJ (2007/0217818-7) em que se argumenta que a realização de cópias privadas de uma obra cuja licença foi legalmente adquirida e não ofende o mercado potencial das obras reproduzidas “está abrangida no uso razoável (“fair use”) que se pode esperar da licença de divulgação ao público que a recorrida obteve junto ao ECAD (...)” sendo sua vedação uma forma abusiva de exercício do direito.

Também se identifica nos julgados brasileiros frequentes referências à Regra dos Três Passos, prevista no art. 9.2 da Convenção de Berna. Estruturada em um formato de cláusula aberta, como o *Fair Use*, a regra elenca parâmetros para autorização de um eventual uso legítimo de obras intelectuais e incentiva a adoção pelos países signatários de regimentos mais abertos e valorativos em relação às exceções aos direitos autorais.

No Brasil, este dispositivo serviu de fundamento ao já citado Recurso Especial nº 964.404 – ES, bem como em outras decisões como a do recurso de Apelação nº 0013138-16.2012.8.26.0066, julgado pelo TJSP.

Este tipo de modelo se mostra especialmente importante no contexto digital atualmente vigente. A era da informação trouxe consigo uma cultura de produção colaborativa em níveis nunca antes experimentados, “um novo tipo de proposta estética, calcada na interatividade, na recombinação e na criação como ato coletivo” (CARBONI, 2008, p. 230).

As limitações relativas a obras derivadas ganham extrema relevância neste contexto diante do surgimento de novas modalidades de produção cultural, como a cultura do *remix* e *mashups*, bem como o software livre e as licenças *creative commons*, que desempenham importante papel no questionamento do monopólio da indústria do entretenimento e da comunicação sobre a distribuição das obras intelectuais, bem como no redirecionamento do direito de autor à sua função social.

É necessário um sistema que reduza obstáculos a “formas mais dinâmicas de criação e circulação de bens intelectuais, visando a

manifestações sociais mais abertas à criatividade e, consequentemente, com maior amplitude democrática” (CARBONI, 2008, p. 229).

Contudo, é notório que o direito de autor da forma como foi concebido não é apto a compreender esta “recontextualização das obras intelectuais”. A enumeração de limitações é excessivamente restritiva e engessada, incapaz de se adaptar a estas novas demandas do mercado autoral, o que demonstra a urgente necessidade de abertura do sistema a um modelo mais flexível e apto a evolução.

Uma eventual cláusula geral, por outro lado, estaria “aberta” às novas possibilidades tecnológicas, (...) não fecharia o sistema autoral, antes o deixaria flexível e constantemente atualizado, não exigindo que a cada nova tecnologia surgida fossem necessárias inserções específicas delas no rol de limitações” (ADOLFO, 2008, p. 413-414).

Este movimento de abertura do sistema de direitos autorais não se restringe ao cenário brasileiro. Ele vem tomando dimensões globais, com crescente número de adeptos fomentando a discussão ao redor do mundo. Sean Flynn, do Programa de Justiça Informacional e Propriedade Intelectual da American University Washington College of Law, é um pesquisador que tem dedicado seu trabalho à expansão do modelo *Fair Use*, através de sua campanha “Globalizing Fair Use: Exploring the Diffusion of General, Open and Flexible Exceptions in Copyright Law”.

Seu relatório submetido ao Comitê de Produtividade da Austrália, analisa o impacto econômico da implantação do *Fair Use* em outros países, como Filipinas, Israel, Coréia do Sul, Malásia e Singapura, sugerindo possíveis benefícios da adoção do sistema pelo ordenamento jurídico australiano.

O trabalho aponta vantagens como a promoção da inovação, geração de benefícios difusos ou “externalidades positivas” à sociedade, e correção de falhas de mercado. O estudo também desmente impactos frequentemente sugeridos como decorrentes da medida, como prejuízos à indústria editorial, enfraquecimento de organizações de gestão coletiva de direitos autorais e aumento da litigância, os quais não foram observados nos países que adotaram o modelo.

Entende-se, contudo, que o mero transplante de uma doutrina alienígena no ordenamento jurídico brasileiro não seria a opção mais adequada, sendo necessária uma adequação ao contexto e às demandas nacionais.

Alguns autores argumentam que não seria viável a adoção do modelo pelo ordenamento jurídico brasileiro, em virtude das origens diversas dos dois sistemas autorais e da consequente natureza excessivamente “econocêntrica” da lei norte-americana. Contudo, o que se pretende aqui não é a mera importação acrítica do instituto, mas sim a proposição de uma reelaboração da regra prevista na Lei de Copyright, de forma a moldá-la às características do sistema jurídico brasileiro e às demandas sociais de seus destinatários.

Assim, uma previsão de “uso justo/razoável” no sistema autoral brasileiro deveria, necessariamente, respeitar parâmetros constitucionais como a função social da propriedade e a efetivação de garantias fundamentais. Seria preciso reformular os fatores que instruem a aplicação da norma, de forma a melhor transparecer as intenções do ordenamento brasileiro. Deve-se, para tanto, compreender a posição do Brasil enquanto país em desenvolvimento, marcado por altos índices de desigualdade social e níveis educacionais extremamente baixos.

Neste sentido, interessa analisar o Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento, produzido pela Organização Mundial do Comércio (OMC). O relatório tece recomendações aos países em desenvolvimento e ressalta a necessidade de criação de políticas nacionais próprias de direitos de propriedade intelectual, em conformidade com suas necessidades.

O documento sugere que os países em desenvolvimento adotem exceções abrangentes para usos em educação, pesquisa e bibliotecas em suas leis de direitos autorais, em virtude da ainda maior relevância do acesso à informação e à cultura para o desenvolvimento social e econômico deste grupo. O relatório também trata do papel fundamental que o uso livre de ferramentas digitais desempenha na mitigação das deficiências de acesso

a informação como instrumento de democratização do conhecimento.

Desta forma, seria de se considerar, em uma eventual cláusula de *fair use* brasileira, por exemplo, uma diretriz que autorizasse o uso livre de obras intelectuais desde que realizado por usuários de baixa renda, de forma a facilitar seu atualmente precário acesso à educação. Como explica Sérgio Branco, “na maioria dos casos, os alunos pobres estão fora do mercado porque simplesmente não têm dinheiro para obter os bens imateriais de que precisam para sua formação”. Assim, a liberação do uso das obras e este público não causaria prejuízo ao autor, “pois se não fosse pela possibilidade de cópia, os alunos não teriam acesso a esses bens de qualquer outra forma” (BRANCO, 2007, p. 12).

Ademais, seria justificável uma disposição que diferenciase obras disponíveis daquelas atualmente inacessíveis no mercado. A LDA não traz esta distinção, obstando um indivíduo que busca uma obra rara ou fora de circulação comercial ainda protegida por direitos autorais de obter sua cópia integral, restringindo seu acesso à informação (BRANCO, 2007, p. 12). Esta questão é muito recorrente no ambiente acadêmico. A maioria das bibliotecas possuem acervos insuficientes e livros esgotados, e os estudantes frequentemente se veem impossibilitados de adquirir toda a bibliografia indicada por seus mestres, devido aos elevados preços do mercado editorial. Como resultado, tem-se um aprendizado mais raso e, consequentemente, uma produção intelectual menos rica.

A efetivação de garantias como o acesso à cultura e à educação demanda uma política mais flexível quanto ao acesso às obras, para que haja um acesso verdadeiramente democrático à informação e que o campo brasileiro de produção científica e artística possa explorar todo seu potencial.

Estas são apenas algumas considerações sobre os contornos que um eventual *fair use* brasileiro poderia tomar, mas é evidente que a formulação de tal norma demandaria um estudo aprofundado de todos os objetivos que o direito autoral pretende alcançar, com a colaboração das diversas esferas interessadas da sociedade. Seria um longo e trabalhoso processo, contudo, não se deve jamais deixar de questionar como a legislação e o

sistema jurídico podem melhor contribuir para a criação de uma sociedade mais justa e uma vida mais digna aos seus participantes.

6. CONCLUSÃO

O regime autoral brasileiro vem enfrentando, nas últimas décadas, um problema sistemático associado à rigidez de suas formas: a dificuldade de adaptação de seus regulamentos aos novos tempos e às suas novas demandas. Se enfrenta agora de maneira agravada o conflito da harmonização entre a tutela do autor e a satisfação do anseio da sociedade por cultura e educação.

O atual padrão de produção intelectual colaborativa, pautada no amplo compartilhamento de textos, imagens, vídeos e outros materiais e a nova percepção gerada acerca do acesso à informação criaram a demanda por uma regulamentação na esfera autoral que fosse flexível e adaptável aos novos meios de compartilhamento, como o *streaming* e as licenças *creative commons*, que se multiplicam com rapidez.

Desta forma, é preciso uma reestruturação do formato brasileiro de limitações aos direitos autorais, que não mais se preocupe em cobrir todas as hipóteses possíveis de usos de obras intelectuais, tarefa evidentemente impossível, mas se proponha a regular situações imprevistas, com base em princípios e diretrizes gerais que direcionem a interpretação do juiz conforme os valores do sistema.

Neste contexto, se provou extremamente vantajoso observar a experiência norte-americana do *Fair Use*, sistema regulatório “aberto” que vem se disseminando mundialmente como proposta de flexibilização dos direitos autorais. Não apenas para copiar suas cláusulas, mas também para compreender suas falhas, e adequadamente moldá-lo às necessidades e especificidades do ordenamento jurídico e da sociedade brasileira.

Esta parece uma solução potencialmente eficiente para se atualizar e aperfeiçoar o sistema autoral, adotando um regime aberto, adaptável e socialmente consciente e, sobretudo, em conformidade com os ditames

constitucionais, preservando garantias fundamentais e auxiliando na construção de um país mais capacitado para conhecer e explorar de toda a riqueza cultural e criativa que tem a oferecer.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: A dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008

ASCENSÃO, José de Oliveira. A PRETENSE “PROPRIEDADE” INTELLECTUAL. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v. 20/2007, p. 243-261, Jul-Dez/2007

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 3, p. 125-145, mar. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27320>>. Acesso em: 20.05.2017

BRANCO, Sergio. A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/a07v4n6.pdf>. Acesso em 02.05.2017

BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06.05.2017

BRASIL. Decreto Nº 75.699, De 6 De Maio De 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 04.05.2017

BRASIL. Lei Nº 5.988, De 14 De Dezembro De 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm. Acesso em: 04.05.2017

BRASIL. Lei Nº 9.610, De 19 De Fevereiro De 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 04.05.2017

BRASIL. Lei Nº 10.695, De 1º De Julho De 2003. Altera e acresce parágrafo ao art. 184 e dá nova redação ao art. 186 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, alterado pelas Leis nos 6.895, de 17 de dezembro de 1980, e 8.635, de 16 de março de 1993, revoga o art. 185 do Decreto-Lei no 2.848, de 1940, e acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.695.htm. Acesso em: 04.05.2017

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0013138-16.2012.8.26.0066. Voto do Relator Desembargador Grava Brazil. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo>.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E OS
PRIMADOS CONSTITUCIONAIS:
Acesso à Cultura e ao
Conhecimento

Título:

**FUNÇÃO SOCIAL DA
PROPRIEDADE INDÍGENA E
OS DIREITOS CULTURAIS**

**Augusto Rodrigues de Freitas
Allan Rocha de Souza**



FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INDÍGENA E OS DIREITOS CULTURAIS ¹

Autores: Augusto Rodrigues de Freitas²; Allan Rocha de Souza³.

Instituição: Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro / Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR)

Resumo: O presente artigo tem como objetivo servir de exposição de análise desenvolvida a fim de pormenorizar o contexto histórico bem como o estado atual de efetivação da proteção concernente não só à propriedade *latu senso* como, mais especificamente, à propriedade indígena. Não menos importante, através deste trabalho, ocorre também a elucidação quanto ao entendimento e proteção dados pelos Tribunais Superiores no que tange ao seu usufruto pelos povos originários. Conclui-se que, hoje, a propriedade se verifica de forma muito mais funcionalizada do que em um passado não muito distante e que o entendimento das cortes superiores vem se voltando mais a proteção de interesses existenciais, em detrimento de individuais.

Palavras-Chave: Propriedade Indígena. Direitos Culturais. Função Social.

1 Este trabalho foi desenvolvido sob orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza e contou, em parte, com o apoio financeiro do INCT PROPRIETAS e do CNPq.

2 Acadêmico de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ – ITR). Pesquisador de Iniciação Científica do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. E-mail rodrigues.af97@gmail.com. CV Lattes <http://lattes.cnpq.br/1603736620156503>.

3 Professor e Pesquisador de Direito Civil e Propriedade Intelectual no Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR). Professor e Pesquisador de Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento na UFRJ (PPED/IE/UFRJ). Pesquisador Visitante do Oxford Intellectual Property Research Centre (OIPRC), Faculty of Law, Oxford University. Vice Coordenador e Pesquisador do INCT PROPRIETAS. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: allanrsouza@gmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>

1. INTRODUÇÃO

O trabalho, que será desenvolvido no contexto da Rede INCT Proprietas e do Grupo de Pesquisa de Direitos Fundamentais Relações Privadas e Políticas Públicas - coordenado pelo Professor Allan Rocha de Souza - se apresenta como um esboço de uma pesquisa muito mais vasta que está se iniciando, tendo como objetivo tratar de garantias dadas aos povos indígenas, mais especificamente nos voltaremos ao estudo da questão da propriedade indígena, pormenorizando-a e mostrando um pouco de sua relação com os direitos culturais.

No decorrer de nosso estudo, trataremos inicialmente da questão da funcionalização da propriedade iniciado no século XX, junto com toda uma modificação hermenêutica do Direito por completo, e que até hoje ganha contornos diversificados, deixando de ser objeto das vontades de um indivíduo e passando a levar em conta também outros preceitos, interesses de suma importância que não só os do proprietário.

Será analisada a forma como o constituinte originário tratou da propriedade quando da elaboração da Constituição de 1988 e como as Cortes Superiores vêm formatando seu entendimento sobre tema tão caro, desde então.

Ato contínuo, trataremos da importância dada aos povos indígenas de acordo com as normas constitucionais, através de uma breve síntese histórica das garantias que foram estabelecidas nas mais diversas codificações pátrias em paralelo a uma sistematização e posterior explicação das normas e de sua aplicabilidade na atual conjuntura.

Não menos importante, o desmembramento de dois julgados do STF que demonstram um pouco do que lutam as populações indígenas para ter direitos, garantidos por lei, cumpridos na prática, servindo de forma a revelar a forma pela qual são vistos, não só por uma pequena parcela da população, porém chegando até representantes de governos de estados componentes da União que deveriam, em tese fazer valer o

que foi disposto em 88 e não marginalizar e caçar povos que formaram em grande parte a nossa cultura, história, de nosso gene, quando em detrimento de outros interesses.

Ampliaremos também a partir desse estudo a ideia quanto à interação da questão da propriedade indígena e os direitos culturais, uma vez que o solo para esse povo não tem apenas a função de servir como abrigo - fator que já deveria ter grande relevância na prática - mas servindo também como forma de imortalizar sua história - através da passagem de geração para geração - e de fazer florescer e ganhar público a sua cultura.

2. PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL

A propriedade visualizada a partir de uma diretriz funcionalizada no contexto do direito brasileiro na virada do século XIX para o XX era, no mínimo, de difícil desenredo para qualquer operador, doutrinador ou interessado na área jurídica. Parte pelo papel da constituição no ordenamento; parte por características da sociedade da época.

Esse instituto se modifica a partir da segunda metade do século XX em que, por meio de um processo de constitucionalização do ordenamento, ocorre uma modificação no processo de elaboração e interpretação das normas integrantes do texto constitucional, que começa a ter maior visibilidade e buscar responder aos anseios sociais.

A partir daí inicia-se um processo de constitucionalização pelo a carta constitucional deixa de ser mero regulador da estrutura estatal para se tornar o texto jurídico fundamental com força jurídica e eficácia normativa e efetivamente assumindo sua posição no centro do ordenamento, espalhando seus efeitos por todos os ramos do ordenamento, tanto os tradicionalmente de direito privado quanto do público. Um dos resultados desta transformação hermenêutica a funcionalização das normas jurídicas, pois

Os institutos jurídicos, partes integrantes da vida de relação, passam a ser estudados não apenas em seus perfis estruturais (sua constituição e seus elementos essenciais), como também – e prin-

cialmente – em seus perfis funcionais (sua finalidade, seus objetivos). (MONTEIRO FILHO, 2014, p.13).

Um dos efeitos deste processo de transformação é a incontestável modificação no entendimento da propriedade e do conjunto de direitos e deveres que com ela despontam, ao ponto de podermos apenas considerá-la como legítima de proteção quando e enquanto atender aos anseios comunitários incidentes. Deste modo, como resultado dessa série de modificações, representadas nas mais diversas codificações a partir de então, o processo de funcionalização da propriedade se concretiza conceitualmente com a passagem de um entendimento da propriedade como instituto de plena sujeição às vontades de seu dono, para um que exige a satisfação da função social como dever essencial .

Exemplo máximo da posição conquistada por este instituto a partir do processo de constitucionalização e com o desenvolvimento de novas regulamentações se faz claro com a posição e importância dadas pelo constituinte originário que elencou como garantia fundamental no inciso XXII, do artigo 5º da Constituição Federal⁴ o direito à propriedade, condicionando sua efetiva proteção à função social logo em seguida, no inciso XXIII⁵, obrigando sua integração.

Outrossim, foram estipulados alguns critérios objetivos para a funcionalização do instituto, como observamos, por exemplo, nos artigos

4 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XXII - é garantido o direito de propriedade; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

5 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

182⁶ e 186⁷, referentes às propriedades urbana e rural, , evidenciando-se assim a importância dada pelo constituinte originário ao tema, dado que o mesmo objetivou

(...) incentivar as condutas coletivamente favoráveis, instituindo sanções positivas que se mostram capazes de estimular as atividades do proprietário, constituindo uma genuína obrigação de fazer e não fazer em prol da coletividade. (BOBBIO *apud* SOUZA; FAIRBANKS, 2016, p. 8)

Parte-se hoje da premissa de que a função social é intrínseca à ideia de propriedade, uma vez que todo instituto engloba suas próprias estrutura e função, não ocorrendo porém um embate entre os interesses sociais e a vontade do proprietário, mas uma garantia da propriedade na justa medida da satisfação de sua função social. . Neste sentido, expõe Tepedino

A função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário em toda sua essência, constituindo '*il titolo giustificativo, la causa*

6 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

7 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

dell'attribuzione dos poderes do titular, ou seja, *'il fondamento dell' attribuzione, essendo divenuto determinante, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo com la sua appartenenza ad um organismo sociale'*. (TEPEDINO, 2004, p. 318)

Ao passo que o proprietário continua como principal beneficiário da proteção proprietária ao bem, o real objetivo do instituto se afasta da definição de poder absoluto entranhado na ideia de direito subjetivo, buscando sua concretização no interesse social, mas não negativamente, como uma limitação extrínseca, mas intrinsecamente, como pressuposto inafastável para a garantia da proteção jurídica.

Não menos importante, após modificação conceitual e hermenêutica trazida a cabo com o processo de constitucionalização e funcionalização, a noção de propriedade perdeu sua rigidez clássica, substituindo a visão estática do instituto pelo reconhecimento de sua dinamicidade. Deste modo sua área de atuação se amplia de forma a abarcar não só o uso, o gozo e a disposição de um bem físico, alargando-se para atender a questões como: impostos, política urbana, política agrícola e fundiária. O processo de funcionalização não se limita, contudo, à propriedade imobiliária, mas alcança os diversos tipos de propriedade, como, por exemplo, a propriedade industrial, autoral.

Diante de inigualável modificação interpretativa, levada a cabo por um processo de constitucionalização não só do direito privado, mas do ordenamento como um todo, cabe ao judiciário, através de uma atuação voltada ao efetivo controle da aplicação das diretrizes constitucionais, concretizar estas determinações ao julgar os casos que se apresentam.

Seguindo esta linha, diversos tribunais pátrios vêm desempenhando seu papel de forma a contribuir para o avanço da matéria, pelo menos no que tange a funcionalização da propriedade privada, como se pode perceber, por exemplo, pelo julgado do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao ingresso de pacientes e de médicos não componentes de seu corpo de funcionários:

(...) daí que a sentença, baseando-se na função social da propriedade, e se louvando igualmente, no particular, em prestígio

doutrina, deu à espécie, a meu sentir, correta solução. Com efeito, no caso de internamento de pacientes, existe interesse maior (do próprio paciente, ou de seu médico), e olhem que a saúde é de todos embora seja dever do Estado!, interesse que nem sempre há de coincidir com o do proprietário do hospital privado. (...) o direito aqui nestes autos proclamado não se choca com o direito de propriedade, pois este, em sendo um direito, é um direito sujeito a limitações, ou, noutras palavras, a propriedade é privada, mas a sua função é social. (STJ, REsp. nº 27.039-3/SP, voto do Ministro Nilson

Naves, 1993)

Ou em situações como a do recurso extraordinário 422.349, originalmente do estado do Rio Grande do Sul, analisado pelo Supremo Tribunal Federal, que em um conflito sobre a metragem do plano diretor municipal e usucapião urbano, foi garantido a usucapião de terreno com metragem inferior ao mínimo exigido no plano diretor municipal.⁸

Porém, quando tratamos de propriedades públicas - que após a modificação hermenêutica resultante da funcionalização da propriedade, têm condão de não ser apenas uma forma de atender as necessidades da população, porém de cumprir com o papel de provedor de ferramentas para sanar as necessidades de caráter social - a atuação do judiciário se mostra defasada, não condizente com o que atualmente se espera, deixando claro que avanço foi obtido no que concerne à propriedade privada, como mencionado, fator que não acoberta a necessidade de melhora quanto à proteção insuficiente da função social da propriedade pública.

Conforme visto, em razão da funcionalização ocorrida a partir do início do século XX que além de modificar a hermenêutica jurídica, colocando como centro do sistema jurídico a Constituição Federal, com normas capazes de gerar unicidade e mediar conflitos gerados a partir de interpretações divergentes e legislação contraditória, traz em seu bojo a necessidade de cumprimento de pressupostos relacionados ao atendimento de interesses existenciais e sociais, extra proprietários, como

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 422.349/RS. Voto do Min. Dias Toffoli. Brasília, 29 de abril de 2015, p. 13. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9046379>>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.

única forma de garantia da propriedade por parte do Estado.

Hoje a função social tem um papel tão essencial em nosso ordenamento que se destaca em sua importância, contando com uma série de critérios objetivos e normas específicas em diversas regulações que possuem como objetivo apresentar formas diferentes de atender às demandas sociais para cada tipo de propriedade.

Em uma análise prática, percebe-se que o entendimento dos tribunais vem sendo modificado à medida que vão sendo apresentadas causas relacionadas a conflitos do gênero, mostrando-se pacíficos em decisões sobre a necessidade de atendimento da função de certas propriedades, tendo, porém, uma atuação menos satisfatória quanto a outros tipos proprietários. Almejamos que, com o passar do tempo e com o enfrentamento de uma maior variedade de questões, os mais diversos empecilhos possam ser superados com maior efetividade. É neste contexto que se situa a questão da propriedade indígena, que será abordada a seguir.

3. PROPRIEDADES INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Objeto de um processo de modificação da hermenêutica constitucional na qual foi deixado de ser levado em conta apenas o caráter estrutural do Direito, voltando-se mais ao compromisso de atendimento a demandas de caráter existencial, o constituinte originário estabeleceu um rol de normas a fim de ampliar a visibilidade, respeito, de forma a favorecer a inclusão dos mais diversos grupos minoritários e marginalizados. Foi estabelecido um rol normativo voltado não só à proteção da propriedade como à atuação do Estado a fim de valorizar a cultura, história e princípios dos povos indígenas.

A proteção aos grupos indígenas já foi objeto de codificações anteriores - sendo a Carta Régia de 30 de julho do ano de 1609⁹ o

9 Apontamentos sobre a legislação colonial e imperial voltada ao tratamento das terras ocupadas pelos índios no Brasil, 2012. Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com.br/search/label/ind%C3%ADgenas>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

primeiro documento a reconhecer o direito de posse por esses povos. Outros exemplos normativos são a norma de 06 de junho do ano de 1755¹⁰, determinando a concessão de sesmarias de terras aos habitantes originários; ou a a Lei 601 de 18 de setembro de 1850¹¹, que determinava a criação de reservas findadas à proteção desses povos; o Código de 1934¹² que garantia, em seu artigo 129, o direito dos índios terem sua posse permanente respeitada, desde que não viessem a alienar os territórios que estivessem em seu poder. No entanto, a Constituição Federal de 1988 atribuiu a mais vasta gama de garantias aos nativos brasileiros, através da criação de diversos dispositivos voltados tanto à proteção de suas terras quanto à valorização e perpetuação de sua cultura.

O Título VIII - DA ORDEM SOCIAL, da Constituição Federal contém oito capítulos sendo que um deles, o VII, inteiramente dedicado aos direitos dos povos indígenas, nos artigos 231 e 232.

O artigo 231¹³ da Constituição Federal estabelece que “são

10 Lei de 6 de junho de 1755. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/42ztthrup3x8yg2d/1755-06-06.pdf>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

11 Lei Nº 601, de 18 de setembro de 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm. Acesso em 29 de setembro de 2017.

12 Constituição da república dos estados unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 29 de setembro de 2017.

13 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo

reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Assim reconhece a singularidade desses povos, e ao mesmo tempo sua diversidade e variedade internas, também buscando garantir o direito originário de ocupar as terras que tradicionalmente já os pertenciam, determinado à União a competência para demarcá-las.

A questão da terra se torna então um ponto crucial dentro da discussão no que tange aos direitos indígenas, pois, para esses povos ela tem um valor ligado tanto à sobrevivência física como cultural e, sendo assim, nenhuma proteção efetiva estará sendo dada aos povos originários se a posse permanente e a possibilidade de seu usufruto não forem legitimadas.

O legislador constitucional reconheceu essas terras como direito originário dos povos indígenas, concordando com a proposição do Instituto do Indigenato¹⁴, cancelando o princípio de que, nas terras oferecidas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, seus legítimos e iniciais detentores. Sendo assim a Constituição Federal firmou o entendimento de que, por aqui habitarem desde tempos remotos, os povos indígenas têm direitos independentes da atribuição de quaisquer títulos de propriedade.

Vale ressaltar que esse instituto não se confunde com da ocupação, pressuposto para a caracterização de posse territorial, uma vez que

independente de legitimação e a ocupação, um fato posterior que

que cesse o risco. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. ; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

14 Os índios em face à Constituição Federal/88, 2004. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1602/Os-indios-em-face-a-Constituicao-Federal-88>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

depende de requisitos que a legitimem.

Ressalta-se que foi estipulado na Constituição Federal, no artigo 20, mais especificamente no inciso XI¹⁵, o pertencimento das terras originalmente ocupadas por povos indígenas à União, sendo vinculado no artigo 22, XIV¹⁶, o dever da União de legislar sobre as populações indígenas em sua integralidade.

Já no parágrafo 4º do artigo 231¹⁷ foram determinadas algumas características das terras indígenas, quais sejam: inalienabilidade, não sendo permitida a disponibilização dessas terras a qualquer título; indisponibilidade, não podendo ser destinadas a qualquer outra finalidade que não seja a preservação da vida indígena e, por fim, a imprescritibilidade, de forma que os direitos sobre elas não têm condão de se esvaírem com o passar do tempo.

O parágrafo 1º do artigo 231¹⁸ trata da tradicionalidade das terras ocupadas por povos indígenas, estabelecendo quatro pressupostos necessários à concretização dessa característica, que são os seguintes (i) habitação permanente; (ii) atividades produtivas; (iii) preservação dos recursos ambientais; e (iv) reprodução física e cultural.

Desta forma, a fim de obter a designação como tradicionalmente ocupadas por povos indígenas as terras deverão passar por um estudo a fim de se concluir o real caráter de sua ocupação, se permanente ou não, analisando também se sua destinação se dá em decorrência de atividades produtivas essenciais ao desenvolvimento dos índios. Também deverão ser observadas se as glebas ocupadas são imprescindíveis à preservação dos recursos necessários ao seu bem-estar e, não menos importante, a análise da necessidade de manutenção da posse para fins de reprodução

15 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 20 São bens da União: XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

16 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XIV - populações indígenas; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

17 Ibidem, p. 7.

18 Ibidem, p. 7.

física e cultural. Deve-se levar em conta os legítimos usos e costumes de cada população bem como suas tradições durante a aferição dessas características.

A posse aqui tratada não tem o mesmo significado da posse resguardada pelo Código Civil que se relaciona ao poder de fato sobre a coisa, mas sim da posse como habitat físico e cultural. Neste sentido, quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas são destinadas à sua posse em caráter permanente o que se quer é a garantia quanto a uma proteção futura, de forma a estabelecer que essas terras serão para sempre seu habitat independente de demarcação e não estabelecer pressupostos à uma ocupação efetiva.

Já os parágrafos 2º e 3º do artigo 231¹⁹ tratam da questão do uso permanente e privativo dos recursos naturais - recursos hídricos, potenciais energéticos e extração de riquezas minerais - vinculando a exploração e extração dos mesmos pelas iniciativas pública e privada à autorização do Congresso Nacional, devido a sua competência exclusiva (artigo 49, XVI, CF/88)²⁰.

Os recursos naturais situados em solo brasileiro são propriedade da União, como consta no artigo 176 da Constituição Federal²¹, porém os povos indígenas gozam de um direito de propriedade pleno, circunscrito à atuação como usufrutuário permanente, podendo explorar a terra, os rios e os lagos que estiverem sobre seus cuidados, desde que legalmente.

19 Ibidem, p. 7.

20 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

21 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. § 2º - É assegurada

Em paralelo, pesquisas devem ser desenvolvidas quanto ao proveito das comunidades afetadas, restando-lhes garantida a participação nos lucros obtidos, desde que na forma da lei. Deste modo, em caso de exploração por iniciativas que não encabeçadas por populações nativas, estas têm pleno direito de participarem dos lucros desde que anteriormente ouvidas e respeitadas, cabendo ao Congresso, de modo a dar mais igualdade de direitos e mais visibilidade aos interesses afetados, julgar cada situação com suas respectivas peculiaridades, desde que respeitando os pressupostos estabelecidos nos parágrafos do artigo 176, quais sejam: a prévia autorização ou concessão da União para extração e estudo de recursos minerais e para o aproveitamento de potenciais energéticos, se para interesse nacional ou de empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País.

Todo esse processo deve ser realizado em conformidade com a regulamentação legal, que estabelecerá as especificidades caso estas atividades estiverem sendo realizadas em determinadas condições, como estabelece o parágrafo primeiro. Já o parágrafo segundo versa sobre a participação, predeterminada por lei, do proprietário do solo nos lucros advindos da atividade. No que tange ao parágrafo terceiro, deve haver o respeito ao prazo determinado para as atividades de exploração, sendo vedada a transferência, em todo ou em parte, das autorizações e concessões previstas neste artigo, sem prévia anuência do poder concedente. Finalizando, o parágrafo quarto estabelece que os potenciais de energia renováveis de capacidades reduzidas não dependerão de autorização ou concessão para aproveitamento.

Bem como determina o parágrafo 7º do artigo 231²²: Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. Desta forma fica

participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei. § 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente. § 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

22 Ibidem, p. 8.

vedado ao Estado fomentar a organização da atividade garimpeira em terras indígenas, bem como privilegiar a entrega destas para a exploração para organizações com ou sem características de cooperação, independente da proteção ambiental destinada à consecução da atividade.

Ato contínuo, o legislador constitucional, no 5º parágrafo do artigo 231²³, agiu no sentido de vincular também à decisão do Congresso atos que possam remover populações indígenas de suas terras. Hipótese apenas permitida em casos de eminentes catástrofes ou epidemias que possam via a colocar em risco a saúdes dos nativos ou em casos que interessem a Soberania do País, desde que garantida em quaisquer dos casos o retorno imediato após a superação do motivo de remoção.

Não menos importante frisar que o parágrafo 6º²⁴ estatuiu como nulos e extintos - sendo assim, sem a produção de efeitos jurídicos - atos que tenham como objetivo a ocupação, domínio ou a posse das terras indígenas indicadas no decorrer deste artigo, ou a exploração de qualquer recurso nelas existente se não de acordo com legislação competente e por interesse público ou da União.

De certa forma munindo também os povos indígenas contra quaisquer ataques aos seus interesses, dentre os quais se situam os interesses proprietários de particulares, o legislador originário estatuiu o artigo 232 da Constituição²⁵ de modo a avalizar a entrada em juízo de índios, suas comunidades e de organizações atuantes em favor de seus interesses, reconhecendo-os como partes legítimas em demandas judiciais. Vincula também que o Ministério Público se faça presente nestes litígios, uma vez que esse tem como uma de suas funções institucionais a de defensor dos direitos e interesses desses povos, como preceitua o artigo

23 Ibidem, p. 8.

24 Ibidem, p. 8.

25 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

129, V²⁶ da Constituição Federal. Determinado em seu artigo 109, XI²⁷, a competência dos juízes federais para processar e julgar lides que tenham como objeto a disputa sobre direitos indígenas.

Cabe relatar ainda a importância e protestar contra o descaso dado ao artigo 67 localizado no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²⁸, que estabelece a obrigatoriedade de conclusão de demarcação de terras indígenas no prazo de cinco anos após a promulgação da Constituição. Preceito colocado como uma das principais obrigações impostas ao Estado pelo Constituinte Originário e que, além de não ter sido cumprida no prazo almejado, até hoje não surte grandes efeitos.

A demarcação de terras indígenas, se concretizada, contribuirá com a redução do número de conflitos de terra, propiciando aos Estados e Municípios melhores condições de cumprir com suas atribuições constitucionais de atendimento digno a seus cidadãos, com atenção para às especificidades dos povos indígenas. Pois, a partir daí, incentivos fiscais e repasse de recursos destinados, por exemplo, a atividades voltadas a melhor manutenção da terra indígena ou a própria educação desses povos serão mais bem destinadas, a fim de atender de forma eficaz as necessidades da população inserida dentro e fora das reservas de proteção. Enfim, a demarcação de terras indígenas garante uma maior presença e controle estatal nessas áreas especialmente vulneráveis e, em muitos casos, de remoto acesso.

Os benefícios gerados pela demarcação tocam também, ainda que indiretamente, a sociedade de forma geral, visto que a efetivação dos

26 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

27 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: XI - a disputa sobre direitos indígenas; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

28 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

direitos territoriais dos povos originários fomenta o desenvolvimento de uma sociedade multicultural e munida de novos saberes. Ademais, é dever da União e das Unidades Federadas, conforme disposto no Art. 24, inciso VII da Carta da república²⁹, a proteção ao patrimônio histórico e cultural brasileiro, estando as terras indígenas inclusas nesta conceituação.

Tal medida protetiva contribui também para a proteção do meio ambiente, da biodiversidade, bem como para o controle climático global, visto que as terras indígenas são consideradas áreas de proteção extrema. Desta forma, em respeito ao art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁰, a demarcação de terras indígenas também

29 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

30 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal,

contribui para que seja garantido ao Brasil e ao restante do mundo um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por fim, cabe menção aos artigos 210, § 2º³¹ e 215, §1º³², ambos também da Constituição, que estabeleceram os direitos ao respeito e a valorização à cultura indígena no âmbito escolar determinando também a proteção de manifestações culturais populares tanto de povos de matriz afro-brasileiras quanto indígenas, atuando de forma a garantir a perpetuação da história e dos valores referentes a esses povos e ao povo brasileiro. Isto posto, as escolas situadas em territórios indígenas deverão ensinar paralelamente a portuguesa a língua dos respectivos povos nativos, ficando determinado ao estado implementar medidas que possam proteger e incentivar a produção e manifestação de culturas populares.

4. TERRAS INDÍGENAS E TEMPORALIDADE

A fim de ilustrar as questões trazidas neste artigo, serão agora analisadas as Ações Cíveis Originárias³³ 362 e 366 demandadas pelo estado

sem o que não poderão ser instaladas. § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

31 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

32 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 215. 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. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Votos nas Ações Cíveis Originárias nº 362 e 366. Relator: AURÉLIO, Marco. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe>.

do Mato Grosso em 1986 e 1987, respectivamente e apenas recentemente julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. Essas ações demonstram um pouco do processo de marginalização e vulnerabilidade dos povos indígenas e de seus interesses na sociedade brasileira, em que pese as normas constitucionais.

Na Ação Cível Originária 362 o Estado do Mato Grosso, autor da ação, demandava indenização em face da União e da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) pela desapropriação indireta de terras, sob a alegação de ter sido, à época, vítima de esbulho de terras aparentemente devolutas que estavam sob seu domínio. Cabe menção ao fato de que as terras de que esta ação se tratava eram, em sua maioria, destinadas à reserva de preservação do Xingú.

Já na Ação Originária 366, de 12 de março de 1987 - não muito tempo após a primeira ação - o mesmo demandante pedia indenização por desapropriação, também em caráter indireto, em face das mesmas entidades do primeiro pleito aqui mencionado, só que agora alegando que sofrera esbulho de terras devolutas destinadas aos Paresi, Nambiwara e Enaewnê-Nawê, terras essas denominadas “Salumã”, “Utiariti” e “Tirecatinga”.

A FUNAI, em sua contestação na primeira das demandas, alegou que a natureza da área em litígio era incontestavelmente de ocupação pelos povos originários, datando-se desde o século XIX, sendo assim, vários anos antes da criação do já mencionado parque de preservação. Alegando a união preliminarmente que devido ao caráter reivindicatório do pleito, este teria que ser julgado improcedente uma vez notada a carência de provas de domínio real sobre o solo e também por falta de distinção dos espaços ocupados.

No que tange à segunda ação, a Instituição de Proteção da Vida Indígena alegou em juízo preliminar a carência da ação, pelos mesmos termos narrados pela união em sua defesa na Ação 362. Já em análise meritória, alegou que pesquisas voltadas à análise e identificação das áreas já haviam provado a sua ocupação e pertencimento aos grupos indígenas

[asp?idConteudo=352624](#). Acesso em 30 de setembro de 2017.

mencionados. Requereu ao final a improcedência do pedido. Já a União, em sua resposta, alegou a ilegitimidade do estado-membro em entrar com o pedido e a tentativa de beneficiar um processo de massificação de desapropriações indiretas³⁴. Mencionou também a obscuridade quanto a especificação da origem das comunidades naquela época situadas nas terras objeto da lide, relatando o direito tradicional por parte dos povos indígenas de as possuírem.

Através de perícias realizadas nos processos, foi constatado que, em ambos os casos, as terras eram tradicionalmente ocupadas por grupos indígenas, estando em acordo com o artigo 231³⁵ da Constituição Federal e seus parágrafos. A Procuradoria Geral da União se posicionou contra o deferimento de ambos os pleitos.

Em nota técnica dada no decorrer do processo e julgamento das Ações Originárias, o Ministério Público da União, embasado em entendimentos obtidos através de julgados e da interpretação da Constituição Federal, baseou-se nos argumentos que se seguem a fim de se posicionar contrariamente à possível concessão dos objetos pleiteados.

Em fundamentação idêntica tanto para a Ação 362 quanto para 366, inicia sua defesa dos povos nativos, explanado um pouco sobre o conceito de terras tradicionalmente ocupadas. No decorrer da elucidação, além de uma rápida explicação sobre a definição de terra tradicionalmente ocupada, não só pela melhor doutrina como pela Constituição, em seu artigo 231, pontos cruciais para a concreta definição de terra tradicionalmente ocupada foram apresentados, como a análise de forma a distinguir cada povo e seu trato específico com a terra, a numeração de fatores que podem auxiliar na definição dessas áreas e a necessidade de um estudo antropológico para se demonstrar ou não o atendimento dos pressupostos, como se denota do trecho a seguir: “O estudo antropológico é fundamental para se demonstrar concretamente o (não) atendimento dos pressupostos constitucionais para se concluir se a área é (ou não) tradicionalmente ocupada.” (NT, ACO 362, MT)

³⁴ Ibidem, p.13.

³⁵ Ibidem, p. 7.

Ainda de acordo com o parecer do MPF, foi indicado o fato do direito sobre o solo preponderar mesmo diante de títulos existentes. Sendo assim, mesmo que seja apresentado título que possa de alguma maneira comprovar a propriedade, os direitos dos grupos indígenas se sobrepõem aos títulos. Posição esta que foi fundamentada em normas constitucionais expressas e entendimento prévio dos Ministros da Suprema Corte referentes ao tema, como se segue: “A constituição inclui (seguindo constituições anteriores) as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios no rol de bens da União (art. 20, XI)³⁶, declarando nulos ou extintos quaisquer títulos sobre elas existentes (art. 231, §6º)³⁷”.

Igualmente relevante é o entendimento do Ministro Eros Grau em seu voto no caso Raposa Serra do Sol:

As terras indígenas são de propriedade da União, porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios. A propriedade aqui - propriedade da União --- resulta da sua ocupação tradicional pelos índios. Essas terras - leio em parecer do professor Moreira Alves que veio m meu gabinete - são protegidas contra os esbulhos posteriores a Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. (PET 3388/ PR *apud* NT, ACO 362/ MT).

Nota-se que o principal argumento de sustentação era o da “impropriedade de se tratar qualquer tipo de marco temporal em desfavor dos índios, que possuem a proteção da posse exclusiva desde o império, e, em sede constitucional, a partir de 1934.” O “marco temporal”³⁸ pode ser entendido como uma tese político-jurídica inconstitucional, pregando que os povos indígenas só teriam direito às terras que estavam sob sua posse em cinco de outubro de 1988. Servindo isso apenas de forma a legitimar e legalizar em sua totalidade todos os atos violentos cometidos contra os povos até o dia 04 de outubro de 1988.

Por fim foi exposto o caráter constitucional da propriedade e as diversas formas de se agredir a manutenção da posse mansa por esses

36 Ibidem, p. 7.

37 Ibidem, p. 7.

38 APIB: Nosso Direito é Originário! #MarcoTemporalNão!, 2017. Disponível em: <https://www.xapuri.info/direitos-indigenas/apib-direito-originario-marco-temporal/>. Acesso em 30 de setembro de 2017.

povos ao se reafirmar renitentemente o caráter de ilegalidade de sua ocupação e ao se tentar paulatinamente retirá-los de sua comunidade, de sua terra por direito.

Quando do julgamento, ocorrido em 16 de agosto de 2017, em seu voto, o relator Ministro Relator Marco Aurélio Mello, se posicionou contra os pedidos de ambas ações. Inicialmente foram afastadas as preliminares contidas nas defesas tanto da União quanto da FUNAI, devido ao fato de se confundirem com a parte meritória. Em ato contínuo, o Ministro foi enfático ao dizer - em ambos pareceres - que o conflito analisado já havia sido dirimido no julgamento da Ação Cível Originária de número 79, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, na qual a União demandava em face de empresas, que se dizendo colonizadoras daquela região, eram detentoras de grandes unidades de terra (sem autorização do Senado para tanto) e, nas palavras do Ministro Marco Aurélio,

(...) o estado do Mato Grosso – não tenho a menor dúvida – acabou transferindo o domínio de áreas à citada fundação [Fundação Brasil Central]. E o fez de uma forma, a meu ver, muito, mas muito extravagante, porque a transferência apanhou terras indígenas. Em várias passagens nos autos – leio o parecer da Procuradoria-Geral da República, e talvez por isso mesmo existam na área os conflitos que temos e que ainda vamos resolver -, está comprovado que houve concessões de terras de tribos indígenas daquela região. Terras indígenas que não seriam do Estado, que seriam da titularidade – como todos sabemos – da União. (ACO nº 79 *apud* ACO nº 362, voto relator, p. 6).

Nota-se a referência aos artigos nos quais estava garantido o direito a posse de terras nas quais os povos indígenas já estivessem ocupando desde a Constituição de 1934 até a de 1988, a fim de corroborar o fato de que desde então, da primeira metade do século passado, não há mais a possibilidade de se classificar terras sob posse de povos indígenas como terras dominicais.

Foi também ressaltado o precedente obtido a partir de julgamento que analisava a constitucionalidade da Lei nº 1.077/1950 - versando sobre a redução da área habitada pelos povos indígenas. Na oportunidade, a Suprema Corte julgou como inconstitucional a referida Lei embasando-

se em argumentos com o que segue:

[...] Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo.

Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu em dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a posse estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo.

Finalizando suas razões, o Relator particulariza seu parecer final em cada uma das ações, citando o estudo de caráter pericial denominado “A ocupação indígena na região dos formadores e do alto curso do rio Xingu (Parque indígena do Xingu)”, de autoria da professora Bruna Franchetto, elaborado em 1987, juntado as folhas 1.053 a 1.174 dos autos da ACO 362, realizado com a finalidade de detalhar o contexto histórico da ocupação indígena na região.

Neste estudo foram descritas análises obtidas através de outras expedições, como a de Von Den Steinen – trabalho vanguardista na catalogação de povos nativos brasileiros- e a expedição Roncador-Xingu, também muito cara ao tema, valendo-se também de outras análises obtidas ao longo do século XX. Deste modo chegando-se a conclusão incontestável de que a ocupação da área pelos povos nativos tem caráter histórico e imemorial. Interessante, também, o laudo produzido por João Dal Poz Neto, que chegava a conclusão de que os povos indígenas habitavam área objeto de conflito há, pelo menos, 800 anos. Foi referido como decisivo na tomada de decisão o de autoria do antropólogo Reinaldo Sérgio Vieira

Arruda, que através de toda uma análise histórica da ocupação das terras citadas na inicial, comprovou a existência de índios Paresi na área desde o ano de 1553. Informação essa obtida a partir de relatos e documentos da Coroa Portuguesa e de expedições, como a de Candido Rondon.

Desta forma, o relator concluiu que as terras em disputa já eram de posse dos povos originários, restando-se assim sem respaldo a alegação de posse feita pelo estado do Mato Grosso, sendo o pedido então julgado improcedente e o autor condenado a pagamento das custas processuais junto à indenização e honorários no valor de R\$ 50,000. 00. No que concerne a sua explicação final no voto da Ação 366, o Ministro Marco Aurélio julgou improcedente o pleito condenando o governo do referido estado a arcar com custas processuais e honorários advocatícios em montante idêntico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de um longo processo de reorganização no que tange ao posicionamento da constituição diante do ordenamento como um todo e de reorganização hermenêutica a fim de fornecer visibilidade a demandas outras que não as individuais, a CF/88 e o Código Civil de 2002 se estabeleceram como marcos teóricos quanto à garantia de direitos de segunda e terceira dimensão.

A regulamentação da propriedade, nesta seara, sofre com consideráveis modificações, a fim de abarcar não só os interesses do proprietário, mas também interesses existenciais, de terceiros, para isso sendo reformadas normas voltadas a garantia de propriedade, elevado a um posicionamento inédito o instituto da função social e incluídos critérios objetivos a cada tipo proprietário. Apenas sendo cumpridos esses requisitos o bem receberá amparo legal e terá sua manutenção protegida.

Todo esse processo refletiu em questões de grande relevância histórica e cultural, evidenciando questões como a dos povos indígenas, antes tomadas como invisíveis por nossa população e governos, não obstante a regulamentação que já existia.

A Constituição Federal reconheceu toda a cultura indígena e seus costumes, assegurando direitos - como a valorização de cultura, perpetuação de sua história em âmbito escolar etc. - em consonância com sua singularidade, legitimando sua propriedade permanente, garantindo seu usufruto se verificados determinados requisitos que tornem a posse tradicional, visto que, por habitarem o país há tempos não datados, possuíam esse direito - independente da posse efetiva de seus territórios - imperante a outros títulos de caráter público ou particular, sendo suas terras um habitat, lar independente de demarcação.

Não menos importante, a consecução da proteção dos povos indígenas, estabelecida em normas esparsas através da CF, resguardo-os de quaisquer ataques que possam vir a serem acometidos seus bens. Atuação essa inédita e muito mais protetiva por parte do legislador.

De suma importância, a questão da demarcação de terras postergada, que deveria ter sido concluída há quase quinze anos, teria alcançado a almejada redução de conflitos de terra, atendendo, também em outros aspectos levantados, a eficaz garantia dos povos dentro e fora das reservas de proteção, assim, um maior controle estatal.

Extremamente relevante é a relação estabelecida entre a cultura e o território, que não é só o habitat para suprir as suas necessidades físicas, mas também a reprodução cultural dos grupos. Isso nos dá clareza quanto a validade e eficácia dos direitos culturais – ainda que as políticas públicas resistam à sua efetivação. Este trabalho que, como dito, é a investigação inicial de uma pesquisa de maior vulto, tem o seu ponto principal na construção do alicerce inicial para o enfrentamento mais profundo sobre a proteção do conhecimento tradicional e as expressões culturais tradicionais destes e outros povos tradicionais. E o substrato jurídico para o enfrentamento das questões referentes a titularidade, alcance da proteção, autorizações, usos, remuneração do conhecimento tradicional e as expressões culturais tradicionais destes e outros povos tradicionais está no reconhecimento destes como direitos de propriedade imaterial cultural, em que são entrelaçadas as dinâmicas contemporâneas do instituto proprietário, já funcionalizado, com a transversalidade dos

direitos culturais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2017

BRASIL. Ministério da Justiça. Demarcação de Terras. (s.d.), disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-25-20>> Acesso em 30 de setembro de 2017

BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-divulga-notas-tecnicas-sobre-o-regime-juridico-das-terras-indigenas>> Acesso em 30 de setembro de 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. Nota Técnica - Ação Civil Originária, Supremo Tribunal Federal n. 362. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NTACO362_1.pdf> Acesso em 30 de setembro de 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal . Nota Técnica - Ação Civil Originária, Supremo Tribunal Federal n. 366. Acesso em 30 de setembro de 2017, disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NTACO366.pdf>>

DONZELE, Patrícia Fortes Lopes. *Legitimação da Posse*. Acesso em 30 de setembro de 2017, disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1494/Legitimacao-de-posse>>

EDSON FILHO, Carlos. *Usucapião Imobiliária Urbana Independente de Metragem Mínima: Uma Concretização da Função Social da Propriedade*. Revista Brasileira de Direito Civil, 2014.

LIMA, Sabrina Ferreira. *Os índios em face à Constituição Federal/88*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1602/Os-indios-em-face-a-Constituicao-Federal-88>> Acesso em 30 de setembro

de 2017

SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso*. Rio de Janeiro, 2010.

SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre. *A propriedade Privada no Brasil: Reflexos a partir da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*. v. 14. título III, p. 233-268. Editora Saraiva, 2011

TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. *A garantia da propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n.6, jun. 2005, p. 101-119.

XAPURI. *APIB: Nosso Direito é Originário*. Disponível em: <<https://www.xapuri.info/direitos-indigenas/apib-direito-originario-marco-temporal/>> Acesso em 30 de setembro de 2017.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E OS
PRIMADOS CONSTITUCIONAIS:

Acesso à Cultura e ao
Conhecimento

Título:

**DEPÓSITO LEGAL,
DIGITALIZAÇÃO DE
ACERVO E ACESSO AO
CONHECIMENTO**

Bruno Cesar Affonso Gonçalves
Elisa Gremen Mimary Leone



DEPÓSITO LEGAL, DIGITALIZAÇÃO DE ACERVO E ACESSO AO CONHECIMENTO

Autores: Bruno Cesar Affonso Gonçalves; Elisa Gremen Mimary Leone

Resumo: Tendo como foco principal o instituto do depósito legal, que trata da obrigatoriedade de entrega de ao menos um exemplar de toda a produção literária nacional para a Biblioteca Nacional, o objetivo do artigo é analisar este instituto como fonte de um acervo que poderia ser digitalizado e disponibilizado ao público através de terminais de consulta interligados inclusive com outras bibliotecas. O trabalho analisa a possibilidade de digitalização do acervo e disponibilização deste ao público face às restrições e necessidade de autorização previstas na Lei de Direitos Autorais. Utilizando como metodologia a pesquisa bibliográfica da doutrina atual sobre o assunto, o artigo encontrou como resultado da análise os impasses causados pela Lei de Direitos Autorais que impedem o atendimento pleno do direito de acesso à informação, à cultura e ao conhecimento através da disponibilização do acervo proveniente do depósito legal.

Palavras-chave: Depósito legal. Digitalização de acervo. Acesso ao conhecimento.

1. INTRODUÇÃO

O depósito legal é um instituto antigo, previsto desde 1822 e que garante que ao menos um exemplar de qualquer produção literária nacional seja entregue a Biblioteca Nacional.

Tendo em vista a existência de um instituto que garante um acervo completo de toda a produção intelectual nacional e de outro lado a precariedade dos acervos das bibliotecas espalhadas pelos mais remotos municípios do país e a falta de atendimento às políticas públicas que garantem acesso a informação e ao conhecimento à população em sua maioria, resta clara a importância de se realizar uma análise deste cenário e os possíveis pontos de melhoria.

O artigo tem por objetivo analisar o instituto do depósito legal e explorar sua potencialidade como fonte de conteúdo e como forma de atender ao direito de acesso à informação, cultura e conhecimento, além de abordar os possíveis conflitos com os direitos de autor, uma vez que tratam-se de produções intelectuais protegidas.

Na primeira parte do trabalho será abordado o instituto do depósito legal, seu histórico e finalidade, tratando desde seu objetivo inicial até sua aplicação nos dias atuais.

Na sequência será analisada a possibilidade de digitalização do acervo proveniente do depósito legal como forma de preservação do conteúdo, uma vez que o suporte físico corre risco de deterioração, e o obstáculo criado pelo direito de autor por conta da alteração do suporte de físico para digital.

Também será analisada a possibilidade de disponibilização deste acervo digitalizado ao público, na forma de um banco de dados ou biblioteca digital, e o conflito existente mais uma vez com o direito autoral, em razão da comunicação do acervo ao público.

Por fim, o artigo faz uma análise global do instituto do depósito legal e da possibilidade de digitalização do acervo como forma de atender ao direito de acesso ao conhecimento e os entraves atuais que impedem a

prática do cenário construído ao longo do artigo.

A metodologia adotada será a consulta bibliográfica, com referências e citações à trabalhos anteriores sobre os temas abordados, buscando trazer a visão atual da doutrina sobre o assunto.

2. DEPÓSITO LEGAL

O depósito legal, como explica a doutrina, surgiu na França com o decreto *Ordonnance de Montpellier*¹ do Rei Francisco I, tal decreto vetava a comercialização de livros sem a devida entrega de um exemplar à Biblioteca Real. A princípio tinha o intuito de controle e censura, tendo em vista que possibilitava ao Estado ter o conhecimento do que estava sendo escrito por sua população.

Ao longo do tempo, outros países² foram incluindo em seu ordenamento o depósito legal, e indiretamente começaram a preservação do acervo cultural do País. Posteriormente, as bibliotecas reais tornaram-se as respectivas bibliotecas nacionais de cada Estado, e por consequência, mantenedoras, via depósito legal, de todo o acervo do patrimônio histórico-cultural e principalmente dos livros produzidos em seu território.

No Brasil não foi diferente. Sua primeira aparição no Brasil independente foi em 1822. A Junta Diretora da Tipografia Nacional³ obrigava a remessa de um exemplar de todas as obras, folhas periódicas e volantes que se imprimiram na mesma tipografia, e de quaisquer reimpressões que ali se fizessem, e na ocasião em que se publicassem, ou se

1 “Se obligó el deposito de un ejemplar en la Biblioteca Real de toda obra publicada en Francia, prohibiendo la venta de todo libro del que no se hubiere hecho el depósito”; Em tradução livre: Se obrigou o depósito de um exemplar na Biblioteca Real de toda obra publicada na França, proibindo-se a venda de todo livro que não havia sido feito o depósito. (CADAVID, 2013).

2 Concepção em massa de depósito legal utilizada por diversos países se deu principalmente pela ideia de enriquecimento cultural e controle: os monarcas, ao mesmo tempo em que enriqueciam suas coleções, acreditavam no controle da fonte de informação livro que emergia em consequência da invenção da imprensa. (ANDRADE, 2014).

3 “[...] a Junta Diretora da Tipografia Nacional, faça remeter para a Biblioteca Imperial e Pública desta Corte, um exemplar de todas as obras, folhas periódicas, e volantes que se imprimirem na mesma Tipografia, e de quais quer reimpressões que ali se fizerem, e na ocasião em que se publicarem, ou se expuserem à venda [...]” (BRASIL, 2011)

expuserem à venda. Desde então, a matéria ficou um pouco “esquecida” pelo legislador, haja vista que sofreu pouquíssimas atualizações (5 atualizações⁴) ao longo de 195 anos, não acompanhando de fato a evolução da matéria.

As discussões sobre o depósito legal foram sendo debatidas ao longo dos anos, demonstrando que há o que podemos considerar como finalidades secundárias ou indiretas, além da simples preservação do patrimônio cultural histórico de seu respectivo Estado.

O ápice da discussão ocorreu em Paris, no Congresso Internacional sobre as Bibliografias Nacionais. A UNESCO em conjunto com o IFLA (Federação Internacional de Associações e Instituições Bibliotecárias) organizaram o evento no qual foi gerado um relatório final⁵. Tal documento tem como finalidade estabelecer diretrizes básicas sobre as políticas de controle bibliográfico, inclusive apresentando um norte para as legislações sobre o tema, com o intuito de garantir plena eficiência na manutenção do controle bibliográfico.

2.1. FINALIDADE

O instituto do depósito legal, como visto, começou na França como meio de “censura”, pois visava a possibilidade do Estado ter conhecimento e controle do que estava sendo escrito e comercializado. O Estado, indiretamente, criou o acervo de sua produção literária.

Atualmente, sua finalidade é a manutenção pelo Estado do acervo cultural literário. Subsidiariamente, tem a finalidade de dar acesso ao público às obras ali depositadas, promovendo o acesso à cultura e ao conhecimento⁶.

4 Decreto n. 433, de 3 de julho de 1847; Decreto n. 1.283 de 26 de novembro de 1853; Decreto n. 1.825, de 20 de dezembro de 1907; Lei n. 10.994, de 14 de dezembro de 2004; Lei n. 12.192, de 14 de janeiro de 2010;

5 Sylvestre, G. 1987. Guidelines for national libraries. Paris: Unesco. (PGI-87/WS/17).

6 “Percebe-se que mudanças de paradigma vem moldando, ao longo da história, as finalidades do depósito legal. O paradigma atual faz com que o seu objetivo principal convirja para a preservação do patrimônio cultural e a construção de uma memória documental nacional.”.(RODRIGUES, 2017)

Todavia, Estados de proporções continentais como o Brasil, esbarram, além da sua extensão territorial, em outros problemas que somados impedem que o depósito legal exerça de fato uma função social e não seja uma mera obrigação legal.

Superados esses empecilhos que atualmente temos, o depósito legal pode se transformar em uma ferramenta importantíssima para a difusão da cultura e do conhecimento, inclusive, como política pública.

Um dos principais pontos que travam esse avanço e discussão é a Lei de Direitos Autorais brasileira⁷, que é extremamente paternalista e protege de forma quase exacerbada os interesses do autor em detrimento o interesse público.

A flexibilização da legislação atual de direitos autorais é condição *sine qua non* para que haja a possibilidade de se utilizar do depósito legal como política pública de acesso à cultura e ao conhecimento⁸.

A Biblioteca Nacional brasileira, por estar localizada na cidade do Rio de Janeiro/RJ, acaba por restringir geograficamente o acesso às obras de seu acervo às pessoas presentes local, impedindo dessa forma o contato por pessoas de outras localidades, que teriam que deslocar-se fisicamente ao Rio de Janeiro para consultar as obras disponíveis na principal biblioteca do país.

Soma-se a isso a vedação intrínseca⁹ contida na Lei de Direitos Autorais que impede a digitalização das obras que não estão em domínio público, presentes no acervo.

7 Lei nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998.

8 “A finalidade social do depósito legal, por sua vez, vai ao encontro do papel de uma biblioteca nacional, que é, entre outros, o de promoção cultural, criando mecanismos de difusão de suas coleções à sociedade como um todo.” (RODRIGUES, 2017).

9 Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

(...)

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Diante deste cenário, é possível perceber que própria legislação nacional causa impeditivos para que a Biblioteca Nacional execute e seja responsável pela política governamental de difusão da produção intelectual do País, conforme previsto em seu próprio estatuto¹⁰.

3. DIGITALIZAÇÃO DE ACERVO

Com a popularização da computação e dos mecanismos para digitalização de obras físicas, esta se tornou cada vez mais frequente como método de preservação e ampliação do acesso.

O suporte físico, o papel, é sensível ao manuseio, frágil e deteriorável, por essa razão, a disponibilização pelas bibliotecas ao seu público de exemplares únicos e, por vezes, raros, não é possível de forma generalizada. Exemplares com essas características normalmente ficam separados e só são acessíveis mediante solicitação e autorização, ou seja, seu acesso é extremamente limitado.

Desde a invenção do papel com pasta de madeira no século XIX,

10 Decreto nº 8.297, de 15 de Agosto de 2014. Anexo I, Art. 2º:

Art. 2º. À Fundação Biblioteca Nacional, órgão responsável pela execução da política governamental de captação, guarda, preservação e difusão da produção intelectual do País, compete:

- I - captar, preservar e difundir os registros da memória bibliográfica e documental nacional;
- II - adotar as medidas necessárias para a conservação e proteção do patrimônio bibliográfico e digital sob sua custódia;
- III - atuar como centro referencial de informações bibliográficas;
- IV - atuar como órgão responsável pelo controle bibliográfico nacional;
- V - ser depositária e assegurar o cumprimento da legislação relativa ao depósito legal;
- VI - registrar obras intelectuais e averbar a cessão dos direitos patrimoniais do autor;
- VII - promover a cooperação e a difusão nacionais e internacionais relativas à missão da Fundação Biblioteca Nacional; e
- VIII - fomentar a produção de conhecimento por meio de pesquisa, elaboração e circulação bibliográficas referentes à missão da Fundação Biblioteca Nacional.

livros são impressos em papel de celulose, material ácido, e lentamente se decompõem no tempo. À medida que restam menos cópias e elas se tornam mais frágeis, tais livros param de circular ou de ficar disponíveis para empréstimos inter-bibliotecas, tornando-os virtualmente inacessíveis para leitores potenciais. (PES-SERL, 2011)

A digitalização, além de servir para preservar os exemplares físicos, já que a consulta seria à sua forma digitalizada, também ampliaria o acesso a mais de uma pessoa por vez, já que o arquivo poderia ser aberto em mais de um computador ao mesmo tempo.

Através do depósito legal obrigatório, pelo menos um exemplar de cada obra produzida estará no acervo da Biblioteca Nacional. Pensando dessa forma, temos que está garantido ao público o seu direito de acesso a toda produção intelectual do país. Porém, analisando a realidade, esse direito de acesso fica prejudicado pela fragilidade do exemplar, conforme explicado anteriormente.

Não é porque o exemplar foi entregue à biblioteca em cumprimento do depósito legal que ele estará automaticamente disponível ao público. Seja pela raridade da obra, por burocracia ou por intenções comerciais, o exemplar por vezes apenas fica depositado na biblioteca, sem finalidade.

Porém, ao digitalizar o acervo existente, a biblioteca esbarra na proteção prevista pela legislação autoral, conforme explica José de Oliveira Ascensão:

Os problemas surgem quando entre esse acervo se encontram obras protegidas pelo direito de autor. Põe-se então a questão da licitude de proceder à digitalização, se não houver o consentimento dos autores. A digitalização implica uma reprodução e as leis consagram entendimentos vastíssimos de reprodução. (ASCEN-SÃO, 2011)

A digitalização do acervo neste caso, serviria para preservar os exemplares únicos entregues através do depósito legal, e para dar acesso por meio de terminais de consulta, à população que não teria acesso de outra forma, seja por falta de condições financeiras, pela raridade da obra, ou pela distância geográfica, como será explicado a seguir.

3.1 ALTERAÇÃO DE SUPORTE

O conflito entre a digitalização do acervo, alteração do suporte e os direitos autorais é tema que há tempos é debatido. Sobre este embate, também José de Oliveira Ascensão traz que:

Teremos de nos resignar a bibliotecas digitais constituídas somente por obras tombadas no domínio público, porque para compensar o investimento o custo dos direitos autorais a pagar por obras protegidas seria inoportuno? Então seriam apenas bibliotecas sem atualidade, com óbvio prejuízo da Cultura. (ASCENSÃO, 2011)

Conforme dito anteriormente, a digitalização serve como solução para preservação da integridade do exemplar físico, que ao longo do tempo deteriora-se, dificultando a sua manutenção. A digitalização e os acervos digitais seriam assim uma solução plausível e acessível.

O próprio mercado editorial já realiza as suas publicações, também, em formato digital. Nas palavras de Monica Rizzo Soares Pinto:

A mudança de cenário, com a introdução maciça de publicações eletrônicas no mercado, deve ser considerada como um desafio a ser enfrentado, pois a Biblioteca Nacional tem sido, ao longo dos séculos, a instituição responsável pela manutenção da “Coleção Memória Nacional” e como tal deve se manter na vanguarda do processo de preservação do patrimônio digital. (PINTO, 2011)

Porém, é necessário lembrar que a Lei de Direitos Autorais brasileira impede a alteração de suporte sem autorização do autor. A lei individualiza cada formato de suporte, sendo que para cada transformação de obra física para digital seria necessária a autorização do respectivo autor.

O que se discute é, sendo a digitalização necessária para a preservação da obra, estaria essa necessidade de autorização relativizada?

Segundo Guilherme Carboni, o direito de acesso à informação e à cultura é o que tem uma maior possibilidade de embate com o direito de autor, principalmente na sociedade:

Como exemplo de um conflito concreto entre o direito de autor e o direito de acesso à informação e à cultura, podemos mencionar o projeto de digitalização do acervo de algumas discotecas muni-

cipais, com o intuito de proteger as obras musicais da deterioração dos discos. O intuito desses projetos é evidentemente social, isto é, o de garantir o direito da população de continuar ouvindo as músicas contidas no acervo da discoteca.

(...)

Na Lei 9.610/98, não há qualquer previsão de que a reprodução integral de uma obra intelectual deveria ser permitida em determinadas situações, a serem definidas com base na finalidade da reprodução e no seu impacto mercadológico. Se, no exame da sua finalidade, verificar-se que o interesse público deva prevalecer, o direito de autor – a nosso ver – deveria sofrer uma limitação. (CARBONI, 2006).

Para garantir a integridade do conteúdo da obra, em caso de avaria ou perecimento do suporte, uma vez que se trata de exemplar único, o direito do autor cederia espaço à necessidade de preservação e ao interesse público?

A análise feita até o momento trata da digitalização como solução para proteger o exemplar do perecimento, porém, outra finalidade da digitalização seria a multiplicação do acesso. Um arquivo digital, presente em uma base de dados, pode ser acessado por mais de uma pessoa ao mesmo tempo, o que não é possível de se fazer com o exemplar físico. Assim, pensando obras raras e de difícil acesso, a digitalização do suporte serviria também para atender ao direito de acesso ao conhecimento, ampliando a disponibilidade daquela obra ao público.

Segundo Manoel J. Pereira dos Santos, a criação de um acervo digital poderia atender a algumas funções primordiais. A primeira delas seria a preservação do patrimônio cultural, evitando que as obras tornem-se indisponíveis por deterioração do suporte material: “o exemplar único e raro de uma obra geralmente necessita que, por meio de processo reprodutivo, tenha sua memória conservada.”. Outra função, ainda segundo o autor, é a facilitação do acesso à informação, permitindo a todos conhecer e utilizar as obras, principalmente para fins didáticos e de pesquisa: “A preservação do patrimônio cultural ficaria comprometida se o documento histórico ou a obra intelectual devesse continuar a ser utilizada e seu suporte original, de forma que o acervo digital viabiliza o

acesso às fontes de informação sem oferecer risco à sua preservação”. Além disso, uma terceira função seria a difusão da cultura através da circulação das obras à um número maior de usuários, sem as barreiras tradicionais de uma biblioteca convencional, como a distância, a dificuldade de reprodução e os custos de acesso. (SANTOS, 2013)

Uma vez que a digitalização do acervo, além de servir para a preservação dos exemplares, poderá ser aproveitada para suprir o direito de acesso, disponibilizando as obras ao público através de terminais de consulta, a pergunta que deve ser feita é: o direito de acesso ao conhecimento relativiza a necessidade de autorização do autor para a disponibilização?

4. DISPONIBILIZAÇÃO DE ACERVO

Conforme dito anteriormente, uma forma de aproveitar a existência da obrigatoriedade do depósito legal para atender ao direito de acesso à informação e ao conhecimento seria disponibilizar o acervo, já digitalizado (que não está em domínio público), para além dos terminais de consulta da biblioteca onde o exemplar está disponibilizado.

Este artigo considera a existência de uma rede interligada de terminais de consulta nas bibliotecas públicas do país como forma de diminuir a barreira geográfica do acesso. Sendo assim, uma pessoa em Rio Branco, no Acre, interessada numa obra depositada na Biblioteca Nacional no Rio de Janeiro, poderia acessar sua versão digitalizada no terminal de consulta de uma biblioteca pública local, com as mesmas regras e restrições de uma consulta a um exemplar físico. O cenário idealizado aqui não defende a disponibilização através da internet, de forma que qualquer pessoa possa acessá-la através de qualquer dispositivo. Esse formato traria risco de reproduções indevidas do conteúdo e usos que fugiriam ao controle. Dessa forma, limitar a disponibilização à uma rede interligada, mas acessível apenas no espaço físico das bibliotecas existentes pelo país, parece ser o formato que melhor preserva os direitos de autor.

Outro ponto importante a ser ressaltado nas formas de acesso é o eventual depósito legal feito apenas em formato digital, como se daria a consulta deste material que não existe no ambiente físico da biblioteca?

A ideia da disponibilização do acervo digitalizado em uma rede integrada visa também a disponibilização ao público do material já depositado em formato digital, visto que este é cada vez mais frequente, de forma a integrá-lo no acervo disponível da biblioteca.

Considerando superada a questão da digitalização do acervo, a disponibilização deste mesmo acervo esbarra novamente na necessidade de uma autorização do autor, prevista também no artigo 29 da Lei de Direitos Autorais.

Para Manoel J. Pereira dos Santos, “a digitalização da coleção de obras e o acesso ao acervo digital para outros fins que não a preservação são questões em aberto. Nesse aspecto reside a parte mais controversa das permissões aplicáveis a bibliotecas e arquivos digitais.” (SANTOS, 2013).

O artigo 29 citado acima prevê que depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero, além quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

A disponibilização está prevista na Lei de Direitos Autorais dentro do conceito de comunicação ao público, previsto no inciso V do artigo 5º, por este inciso, *comunicação ao público* é o “ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares”, considerando *distribuição* qualquer forma de transferência de posse ou propriedade da obra (inciso IV do mesmo artigo), o que não ocorre no ato de consulta da obra pelo usuário na biblioteca.

Logo, a disponibilização do acervo digitalizado se encaixa nessa definição do inciso V citado acima, sendo necessária a autorização do

autor, pois sem ela o público em geral ficaria tolhido do acesso as obras. Na visão de Allan Rocha de Souza:

Os direitos patrimoniais do autor e, em alguns casos, os direitos morais restringem o acesso e a própria liberdade de criação e manifestação. Esta restrição, contudo, é justificada pelo suposto incentivo à produção cultural, com consequências positivas para a formação do patrimônio cultural brasileiro. A inserção dos direitos autorais entre os direitos fundamentais legitima esta exceção ao acesso plenamente livre e irrestrito às obras artístico-culturais.

Isso não implica em dizer que esta exclusividade de uso seja limitada ou absoluta. Jamais o foi, pois estes direitos já surgiram limitados, no tempo e no alcance. As limitações aos direitos autorais são legitimadas por outros direitos fundamentais, inclusive os direitos culturais, com especial atenção ao direito de acesso à cultura. O cerceamento jurídico ao direito de acesso e à liberdade de criação e manifestação não pode ultrapassar os limites da razoabilidade e deve, por excepcional, ser interpretado restritivamente (SOUZA, 2011)

Porém, considerando que essa disponibilização é feita de forma a atender ao direito de acesso à informação e ao conhecimento, e dentro do ambiente da biblioteca, questiona-se se essa necessidade de autorização também poderia ser relativizada.

4.1. RELATIVIZAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO E O DIREITO DE ACESSO

Ponderando o direito de acesso com o direito autoral temos que, embora ambos tenham proteção constitucional, o direito de acesso atende à coletividade, à instrução cultural da população, dessa forma, é prudente que, em eventual conflito entre esses direitos, o equilíbrio se dê de forma a garantir a equidade dos interesses.

No entendimento de José de Oliveira Ascensão, ao refletir sobre o tema:

(...) há uma conclusão a que não podemos fugir: a Cultura não é só criação intelectual. É também a difusão, em termos de facultar o acesso aos bens culturais. A proteção do autor justifica-se: a

defesa do direito de autor por invocação do fomento da criação não é falsa. Mas é insuficiente, se não nos lembrarmos simultaneamente que o direito à Cultura implica que o público tenha meios efetivos de acesso à Cultura. (ASCENSÃO, 2011)

Segundo Allan Rocha de Souza o direito de acesso à cultura tem suma importância, haja vista que as possibilidades e formas de acesso são condicionadas ao próprio direito cultural, afetando sua realização e amplitude. O acesso é condição indispensável para a concretização de quaisquer dos direitos culturais.

Sem acesso, não é possível a inclusão, emancipação, cidadania, democracia ou desenvolvimento culturais, nem a formação, criação, manifestação, produção ou expressão culturais, que somente são viáveis com acesso e fruição dos bens culturais. Assim, da perspectiva dos direitos culturais, a exceção jurídica é a restrição ao acesso, porque afeta negativamente a participação e o próprio exercício dos direitos culturais. (SOUZA, 2011)

Para Manoel J. Pereira dos Santos, os direitos autorais devem ser respeitados, mesmo frente ao direito de acesso à informação. O autor defende que os direitos autorais devem atender ao interesse da coletividade, ao mesmo tempo que protege a exploração econômica, como forma de haver um equilíbrio:

Portanto, há uma inegável tensão entre, de um lado, o Direito de Acesso à Informação – compreendendo aqui outras vertentes correlatas, como o Direito de Acesso ao Conhecimento e o Direito à Educação e à Cultura -, e, de outro, o Direito de Autor, na medida em que um parece condicionar ou qualificar o outro.

Trata-se, porém, de um conflito aparente de normas constitucionais para cuja solução impõe-se estabelecer a necessária harmonização entre os diferentes interesses envolvidos, mediante a aplicação do princípio da ponderação de valores. Com efeito, é clássica a noção de que o Direito de Autor deve estabelecer um justo equilíbrio entre o interesse da coletividade de acesso à obra intelectual e o interesse privado por sua exploração econômica como forma de promover a cultura e o conhecimento. (SANTOS, 2013)

Sobre a ponderação entre os direitos de autor e de acesso à informação, Maria Beatriz Leonardos entende que:

Quando se levanta a preocupação com a necessidade de reforço

à cultura, um grande obstáculo é composto pelas questões dos direitos do autor em que os interesses privados se confrontam diretamente com os interesses públicos, e estes não são analisados profundamente na referida lei, o que pode dificultar o avanço no projeto de ampliação à difusão e desenvolvimento da cultura. Na sistemática quotidiana de resolução de conflitos, é necessário que se adote o critério da ponderação dos princípios envolvidos no caso concreto, para se chegar à melhor solução, a uma conciliação, e não através da atribuição de privilégio a um em detrimento do outro, uma vez que não há posição hierárquica distinta entre eles.

(LEONARDOS, 2010)

Assim, tem-se que os direitos autorais não devem ser de todo prejudicados em prol dos direitos da coletividade, por essa razão busca-se um equilíbrio entre dar acesso à população que tem na biblioteca a única fonte de conhecimento literário, em razão da baixa renda, ou àqueles que necessitam do acesso para pesquisa e estudo, mas ao mesmo tempo garantir que a exploração econômica da obra não fique prejudicada, podendo o autor auferir renda, independentemente da obra estar disponível no acervo digital das bibliotecas ou não.

A obra entregue à biblioteca através do depósito legal, a menos que esteja indisponível por algum motivo, continuará disponível ao público para compra, ou seja, o autor/titular não deixará de explorá-la comercialmente por conta do exemplar ter sido depositado na Biblioteca Nacional.

No exercício normal de suas funções, uma biblioteca já dá acesso aos seus usuários para as obras pertencentes ao seu acervo, sem que isso configure violação ao direito de autor. Por sua natureza, a biblioteca não viola nem prejudica os direitos de autor ao promover o acesso do público as obras de seu acervo, tal qual um museu. A disponibilização dos exemplares ao público já é uma atividade incontestada, permitida, aceita pelos autores sem qualquer objeção ou questionamento.

A Convenção de Berna não menciona bibliotecas ou arquivos entre seus limites expressos. Portanto, a autoridade para adoção de um limite para bibliotecas, sob Berna, é fundado no Artigo 9(2), que preconiza a regra dos três passos. Existem diversos limites intrínsecos (expressos) que tratam das bibliotecas, dividindo-se

grosso modo em três categorias: reprodução de obras protegidas para propósitos de pesquisa e estudo (usos das obras por usuários), preservação e substituição de materiais (usos pela biblioteca), e fornecimento de documentos e empréstimos inter-bibliotecas. (PESSERL, 2011).

Considerando essa permissão existente, a disponibilização das obras em formato digital, dentro de uma rede interligada, nada mais seria do que uma ampliação das atividades da biblioteca. A disponibilização não fugiria da finalidade central da biblioteca, apenas seria um desdobramento, uma inovação, que daria ainda mais acesso à população atingindo ainda mais a finalidade da instituição.

Importante não esquecer que as bibliotecas podem ser públicas ou privadas. As bibliotecas privadas geralmente estão vinculadas à uma instituição de ensino ou alguma instituição privada, motivo pelo qual limita o acesso físico a um determinado grupo de pessoas. A maioria dessas bibliotecas já possui com as editoras contratos de licenciamento que permitem aos usuários acessarem remotamente o conteúdo das obras em formato digital, através de uma senha de acesso. Por se tratar de instituições privadas que visam lucro, a disponibilização sem a autorização/licenciamento, poderia ser interpretada como violação aos direitos patrimoniais de autor.

Diferentemente, as bibliotecas públicas possuem natureza jurídica diversa, são criadas por lei, possuem seu orçamento vinculado ao tribunal de contas e tem o objetivo de atender políticas públicas e sociais. *In casu* a **Fundação** Biblioteca Nacional, assim como as outras bibliotecas públicas, por sua própria natureza jurídica, são impedidas de obterem lucro com suas atividades.

O que é necessário deixar claro é que a Fundação Biblioteca Nacional (e qualquer outra biblioteca pública) e o mercado editorial **não** são concorrentes entre si. As atividades e atribuições da Biblioteca Nacional em nada interferem no *core business* das editoras.

Portanto, a análise feita neste artigo não visa prejudicar a exploração econômica da obra, fonte de rendimentos do autor/titular. O que é idealizado aqui é a disponibilização do acervo para a população que não

tem condições de adquirir a obra, ou necessita acessar apenas trechos para pesquisa e estudo, e se dirige a biblioteca local para consultá-la, como faria se o exemplar físico estivesse disponível na própria biblioteca.

Atualmente é possível adquirir obras literárias em formato digital com apenas poucos cliques e seu custo costuma ser menor do que o exemplar físico, ou seja, a pessoa que pretende adquirir o livro para si não o deixará de fazer para ir até a biblioteca local lê-lo toda vez que desejar.

Hoje em dia existe inclusive disponibilização de livros em formato *streaming*, como se faz com músicas e obras audiovisuais. Diante disso, fica claro que não será a disponibilização das obras digitalizadas em terminais de consulta de uma biblioteca que irá prejudicar a exploração econômica das obras.

Dessa forma, analisando a disponibilização do acervo em comparação com a exploração normal das obras literárias, é possível dizer que seu acesso pela população se encaixaria nas limitações previstas pela regra dos três passos, conforme explica Marcos Wachowicz:

A regra dos três passos a nível internacional funciona como orientação para que, no momento de interpretação das limitações estabelecidas a livre circulação dos bens intelectuais estabelecidas pelas legislações nacionais, estas não sejam absolutas ou impeditivas do acesso. A regra do três passos basicamente consiste em dizer que: (i) a limitação cabe em certos casos especiais, (ii) desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra, e, (iii) nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. (WACHOWICZ, 2010)

Sendo assim, temos que a disponibilização atenderia a regra dos três passos¹¹, visto que essa afasta a ilicitude do uso quando a situação acumular três condições: (1) tratar-se de um caso especial, no caso o acervo digital estaria contido no ambiente das bibliotecas, para consultas, leituras e pesquisas através de um terminal, não sendo uma disponibilização generalizada ao público através da internet sem controle algum; (2) que não prejudicar a exploração normal da obra, o que conforme já explicado anteriormente, se aplica ao caso das bibliotecas, vez que a exploração pelo autor, inclusive no formato digital, não é afetada pela existência do

11 Artigo 9º, item 2 da Convenção de Berna.

acervo; e (3) não causar prejuízo injustificado aos interesses do autor, o que também se aplica ao caso uma vez que a disponibilização do acervo seria apenas uma extensão das atividades exercidas pelas bibliotecas. Ou seja, a disponibilização do acervo digitalizado ao público, assim como a atividade da biblioteca em si, atende à regra dos três passos, podendo ser considerada um “uso justo” da obra, não infringindo os direitos do autor.

Guilherme Carboni, em sua exposição no Seminário de Direitos Autorais e Acesso à Cultura sobre as limitações e exceções à Lei de Direitos Autorais, comenta sobre a interpretação do uso da obra perante a regra dos três passos:

Saber se uma utilização afeta ou não a exploração normal da obra significaria saber se tal utilização pode ser vista como substituta em relação à aquisição de um exemplar original.

(...)

A regra dos três passos deveria ser interpretada de forma a não colidir com direitos fundamentais, como, por exemplo, direito à educação (...) e com a questão do interesse público, especialmente com relação ao desenvolvimento científico e cultural.” (CARBONI, 2008)

Diante de todo o exposto, é possível considerar que a disponibilização do acervo estaria dentro das hipóteses de exceções e limitações ao direito de autor, já aplicadas para as bibliotecas, o que permite a sua relativização em atendimento ao direito de acesso e a ausência de necessidade de autorização do autor para esse fim, como atualmente ocorre com os exemplares físicos disponíveis para consulta nos acervos das bibliotecas.

5. O DEPÓSITO LEGAL COMO FONTE DE ACESSO

O depósito legal *per se* como fonte de acesso não se sustenta sozinho, depende de outras leis para que atue em conjunto, pois somente assim tem o poder de se tornar uma ferramenta útil para auxílio no acesso das obras.

O principal e mais difundido modelo é aquele que estabelece o

depósito legal através de lei especial, prevendo-se o seu procedimento mediante regulamento. Este é o modelo adotado na África do Sul, Brasil, França, Grécia, Indonésia, Noruega, Portugal e Suécia, dentre outros. Um segundo modelo é aquele que incorpora o depósito legal nas normas de direito de autor, como é o caso de Austrália, Reino Unido e Estados Unidos da América. Já nos ordenamentos jurídicos do Canadá, Japão e Nigéria, um terceiro modelo pode ser encontrado, no qual o depósito legal contempla-se dentro das disposições legais que regem as bibliotecas nacionais. (FAZIO, 2010)

A implementação de uma legislação de depósito legal que contemple as publicações eletrônicas é um componente chave de uma estratégia de preservação digital em longuíssimo prazo e tem sido empregada pela maioria das bibliotecas nacionais (...) (PINTO, 2011)

Diante disso, há de se unir a possibilidade de digitalização e disponibilização do acervo com o instituto do depósito legal, que serve como garantia de recebimento pelas bibliotecas de toda a produção intelectual nacional.

As bibliotecas nacionais estão se beneficiando do depósito legal de publicações eletrônicas para evitar o buraco negro. Contudo, ficou claro que há pouco propósito em coletar esse tipo de material a não ser que este possa ser acessado. A maior parte das bibliotecas nacionais permite somente a consulta local. (PINTO, 2011)

A utilização do depósito legal como mero mecanismo de arquivo e preservação, sem a possibilidade de digitalização e disponibilização ao público do conteúdo não explora o potencial que o instituto teria como ferramenta de ampliação do acesso à informação, cultura e conhecimento.

Vale lembrar que a combinação do depósito legal com a possibilidade de digitalização e disponibilização do acervo atende completamente aos intentos de nossa legislação, especialmente a Política Nacional do livro e Plano Nacional de Cultura.

Lei 10.753/2003 (Política Nacional do Livro):

Art. 1º Esta Lei institui a Política Nacional do Livro, mediante as seguintes diretrizes:

I - assegurar ao cidadão o pleno exercício do direito de acesso e uso do livro;

Lei 12.343/2010 (Plano Nacional de Cultura)

(...)

3.1.16 Implantar, ampliar e atualizar espaços multimídia em instituições e equipamentos culturais, conectando-os em rede para ampliar a experimentação, criação, fruição e difusão da cultura por meio da tecnologia digital, democratizando as capacidades técnicas de produção, os dispositivos de consumo e a recepção das obras e trabalhos, principalmente aqueles desenvolvidos em suportes digitais.

3.1.17 Implementar uma política nacional de digitalização e atualização tecnológica de laboratórios de produção, conservação, restauro e reprodução de obras artísticas, documentos e acervos culturais mantidos em museus, bibliotecas e arquivos, integrando seus bancos de conteúdos e recursos tecnológicos.

3.1.18 Garantir a implantação e manutenção de bibliotecas em todos os Municípios brasileiros como espaço fundamental de informação, de memória literária, da língua e do design gráfico, de formação e educação, de lazer e fruição cultural, expandindo, atualizando e diversificando a rede de bibliotecas públicas e comunitárias e abastecendo-as com os acervos mínimos recomendados pela Unesco, acrescidos de integração digital e disponibilização de sites de referência.

Resta claro que, assim como a maioria dos problemas nacionais, não é a falta de legislação ou regulamentação, mas a falta de aplicação e atualização da própria legislação existente.

Segundo Daniela Oliveira Rodrigues, “a garantia do acesso à cultura e ao patrimônio cultural encontra-se prevista nos artigos 215 e 216 da Carta Magna. Porém, com exceção da previsão do Plano Nacional da Cultura, não foram apontadas pelo legislador constitucional diretrizes para a adoção de políticas públicas” (RODRIGUES, 2011)

As implementações de políticas públicas com finalidade educacional não podem ser barradas por meros caprichos do autor ou do titular dos direitos patrimoniais, tendo em vista que, apesar de ser superprotetiva, a legislação autoral tem o viés de regular e proteger o autor nas relações privadas, nas quais o autor seria parte hipossuficiente.

A transformação na estrutura econômica moderna, que trouxe a

informação ao centro de sua organização, e a revolução nas tecnologias de comunicação, que ampliaram o espectro das possibilidades de compartilhamento de conteúdos, exige, porém, que a aplicação do direito de autor se afaste do discurso tradicional aqui criticado, e que tenha a obra em consideração àquilo que ela é: não a expressão da individualidade de alguém, mas uma expressão comunicativa e, por isso (e só por isso) culturalmente valorosa. (GRAU-KUNTZ, 2011)

José de Oliveira Ascensão ao discorrer sobre os direitos autorais e sua proteção constitucional explica que a defesa do direito autoral como uma espécie de soberania sobre a obra ou prestação é equivocada. O direito autoral é protegido tendo em vista sua contribuição para o progresso social. Sendo assim, o direito autoral está sujeito a todas as finalidades da Constituição, como, por exemplo, o serviço da cultura, do ensino, da investigação científica, da informação, da comunicação social, do acesso às fontes de informação. (ASCENSÃO, 2010)

Lembramos por fim, que toda essa discussão poderia ter fim, se houvesse de fato um interesse na atualização da Lei de Direitos Autorais, pois, o Projeto de Lei Nº 3133/2012 que revisa a legislação atual traz em seu texto a solução para todos os problemas aqui apontados.

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais a utilização de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, nos seguintes casos:

(...)

XIII – a reprodução necessária à conservação, preservação e arquivamento de qualquer obra, sem finalidade comercial, desde que realizada por bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas, na medida justificada para atender aos seus fins;

(...)

XVII – a comunicação e a colocação à disposição do público de obras intelectuais protegidas que integrem as coleções ou acervos de bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas, para fins de pesquisa, investigação ou estudo, por qualquer meio ou processo, no interior de suas instalações ou por meio de suas redes fechadas de

informática;

(...)

§1.º As bibliotecas poderão colocar obras de seu acervo à disposição para empréstimo a usuários associados, por qualquer meio ou processo.

Verifica-se, portanto, que o mecanismo que poderia suprir todo o embate entre a grande discussão sobre direitos autorais x direito de acesso à cultura e ao conhecimento está aguardando aprovação desde 2012, sem perspectiva de um desfecho próximo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo procura demonstrar que o país, além de não possuir uma preocupação com a preservação do suporte deteriorável das obras físicas, tampouco explora a potencialidade do depósito legal como fonte de divulgação de conhecimento.

Pelo que foi pesquisado, o depósito legal tem sido tratado como mero mecanismo de controle e arquivo, funcionando mais para estatísticas e alimentação de um acervo físico, nem sempre acessível.

O que se buscou esclarecer é o potencial do depósito legal como fonte de obtenção dos exemplares e a possibilidade de digitalização dos exemplares físicos e a possibilidade de divulgação desse acervo digital em uma rede interligada de terminais de consulta em bibliotecas públicas.

Por conta da obsolescência da Lei de Direitos Autorais, esta cria obstáculos tanto para a digitalização do acervo, ao não permitir a alteração do suporte sem a autorização do autor, como também para a disponibilização deste acervo ao público, por conta também da necessidade de autorização. Há portanto uma necessidade de atualização da legislação nacional de direitos autorais, de forma a prever limitações e exceções relacionadas ao conteúdo presente no acervo das bibliotecas.

Dessa forma, é possível concluir que, embora o país já possua diversos mecanismos e políticas para o atendimento ao direito constitucional de acesso ao conhecimento, cultura e informação, estes direitos não são

plenamente atendidos por conta dos entraves causados pela lei de direitos autorais desatualizada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE. Lucas Veras de. Depósito legal no Piauí: histórico, finalidades e importância. BIBLOS: Revista do Instituto de Ciências Humanas e da Informação, v. 28, n. 2, p. 47-57, jul./dez. 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Autoral numa Perspectiva De Reforma. *In* Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais [Recurso eletrônico] / Marcos Wachowicz, Manuel Joaquim Pereira dos Santos (organizadores). – Florianópolis : Fundação. 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Digitalização, Preservação e Acesso ao Patrimônio Cultural Imaterial. In: Direito da Sociedade da Informação. v.IX. Coimbra: Coimbra, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3133/2012. Altera a Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534039> Consulta em 27/09/2017.

BRASIL. Secretaria de Estado dos Negócios do Império. [Aviso, 12 de novembro de 1822]. Cópia mss. In: AVISOS. Rio de Janeiro, 25 de outubro de 1822 – 30 de dezembro de 1833 (Loc.: MSS, 70, 04, 009) apud Pinto, Mônica Rizzo Soares. Preservação de publicações eletrônicas: a questão do depósito legal. – Rio de Janeiro, 2011. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Memória Social. Disponível em: <http://www.memoriasocial.pro.br/documentos/Disserta%C3%A7%C3%B5es/Diss275.pdf>

CADAVID, Jhonny Antonio Pabón. “Introducción al depósito legal como herramienta para el patrimonio documental”, La Propiedad Inmaterial, n.o 17, noviembre de 2013, pp. 113-144.

CARBONI, Guilherme. Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. *In*: Revista da ABPI, nº 85, nov/dez, 2006. P. 46.

CARBONI, Guilherme. Limitações e Exceções da Lei *In* Anais do Seminário Direitos Autorais e Acesso à Cultura. 27 e 28 de Agosto de 2008 – Brasília: Ministério da Cultura, Coordenação Geral de Direito Autoral, 2008. P. 23

FAZIO, Iracema. Papel e eficácia do registro de direito de autor e do depósito legal –II. Revista da ABPI, nº 105, mar/abr 2010. P. 4.

GRAU-KUNTZ, Karin. A quem pertence conhecimento e cultura? Uma reflexão sobre o discurso de legitimação do direito de autor. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 405-415, set. 2011.

LEONARDOS, Maria Beatriz. O conflito entre a proteção aos direitos autorais e o interesse da sociedade na livre disseminação de ideias., cultura e informação. *In* Revista da ABPI, nº 108, set/out 2010. P. 39.

PINTO, Mônica Rizzo Soares. Preservação de publicações eletrônicas: a questão do depósito legal. – Rio de Janeiro, 2011. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Memória Social.

PESSERL, Alexandre Ricardo. A biblioteca pública digital [dissertação] : direito autoral e acesso na sociedade informacional; orientador, Marcos Wachowicz. – Florianópolis, SC, 2011, pp 95-96.

RODRIGUES, Daniela Oliveira. O sistema nacional da proteção dos direitos autorais e a promoção do acesso ao conhecimento. *Boletim científico ESMDU*, Brasília a-10, nº 35. Jul/dez 2011. P. 40.

RODRIGUES, Marcia. O depósito legal na Argentina: análise da Ley 11.723/1933. *In*: *Informacion, Cultura y Sociedad*. 36, 29-42, Junho 2017. ISSN: 15148327.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Direitos autorais e direito de acesso à informação: a digitalização de acervos. *In* GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca (org.). Temas de Propriedade Intelectual: 25 anos de Gusmão & Labrunie – São Paulo: Gusmão & Labrunie Advogados, 2013. Pp. 409 – 413)

SOUZA, Allan Rocha. Direitos autorais e acesso à cultura. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 416-436, set. 2011.

WACHOWICZ, Marcos. A revisão da lei brasileira de direitos autorais. *In* Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais [Recurso eletrônico] / Marcos Wachowicz, Manuel Joaquim Pereira dos Santos (organizadores). – Florianópolis : Fundação. 2010.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E OS
PRIMADOS CONSTITUCIONAIS:
Acesso à Cultura e ao
Conhecimento

Título:

**FUNÇÃO SOCIAL NOS
DIREITOS AUTORAIS:
NOVOS SENTIDOS NO
ÂMBITO EDUCACIONAL**

**Daniel de Paula Pereira
Allan Rocha de Souza**



FUNÇÃO SOCIAL NOS DIREITOS AUTORAIS: NOVOS SENTIDOS NO ÂMBITO EDUCACIONAL¹

Autores: Daniel de Paula Pereira²; Allan Rocha de Souza³

Instituição: Curso de Direito do Instituto Três Rios (ITR) da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ)

Resumo: Diante da nova perspectiva constitucional da funcionalização de institutos privados, o direito autoral vê incidir sobre seu ordenamento os valores constitucionais da função social da propriedade. A conjuntura atual muda a perspectiva patrimonialista do direito autoral obrigando-o a equilibrar os interesses extrapatrimoniais da coletividade, como o direito a educação, com os interesses individuais do proprietário. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) acata o novo entendimento a respeito dos limites do direito autoral, de aplicação da interpretação extensiva aos limites estabelecidos, afirmando que as limitações expressas na Lei de Direitos Autorais devem ser interpretadas de maneira exemplificativa, sendo o rol apenas casuístico das situações em que o interesse coletivo se sobressai ao individual. Sendo assim, afirma-se a possibilidade de a função social dos direitos autorais incidir sobre demais casos concretos não expressamente positivados na lei especial. Dessa forma, utilizando-se do método indutivo ao examinar doutrina e jurisprudência, o projeto busca analisar a harmonização entre a exclusividade dos direitos autorais e o direito à educação, mais propriamente. Dentre as principais

1 Este trabalho foi desenvolvido sob orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza e contou com o apoio financeiro do INCT PROPRIETAS e do CNPq.

2 Acadêmico de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ – ITR). Bolsista e pesquisador de Iniciação Científica do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. E-mail: danieldepaulape@gmail.com. CV Lattes <http://lattes.cnpq.br/2819851442523060>.

3 Professor e Pesquisador de Direito Civil e Propriedade Intelectual no Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR). Professor e Pesquisador de Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento na UFRJ (PPED/IE/UFRJ). Pesquisador Visitante do Oxford Intellectual Property Research Centre (OIPRC), Faculty of Law, Oxford University. Vice Coordenador e Pesquisador do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: allanrsouza@gmail.com . CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>.

conclusões é perceptível que a aplicação da interpretação extensiva é um dos passos para a concreção da funcionalização do direito autoral, e é de fácil constatação que o direito fundamental à educação abarca inúmeras situações não consagradas na legislação de regência.

Palavras-chave: Função social. Direitos autorais. Educação.

1. INTRODUÇÃO

Jamais a função social da propriedade se viu de modo tão concreto quanto após a constitucionalização do direito advinda com a Constituição Federal de 1988. A nova hermenêutica jurídica exige uma renovada interpretação do Direito Privado de acordo com os preceitos e princípios constitucionais, no qual os valores existenciais passam a prevalecer sobre os patrimoniais. Disso decorre a funcionalização dos institutos privados, em que a função social se torna núcleo do domínio do exercício de direitos proprietários, sendo a própria razão para a proteção da propriedade.

Neste paradigma, o proprietário passa a se encontrar em uma relação jurídica complexa, no qual a atribuição de direitos sobre a propriedade inclui também deveres frente à coletividade. Isso porque a função social da propriedade é demanda constitucional obrigatória em todo e qualquer meio proprietário, sendo assim, tal princípio deve incidir de maneira concreta no direito autoral e, consequentemente, nas propriedades intelectuais. Isto é, a extensão dos direitos e limites proprietários é estabelecida de modo a balancear seus interesses com os da coletividade. Dentre os interesses coletivos, o de educação é um dos que mais tencionam os limites com interesses individuais.

É evidente a nova perspectiva do direito autoral nacional, uma vez que a mudança hermenêutica substituiu a essência patrimonialista pela existencialista, caminhando em conjunto com os demais ramos do direito. Atualmente o debate a respeito da interpretação dos limites elencados na lei de direitos autorais foi pacificado, com o entendimento jurisprudencial em favor da teoria extensiva.

Desse modo, a função social incide na interpretação dos direitos do autor, obrigando a sua aplicação extensiva, em que os limites elencados pelo legislador são interpretados de modo exemplificativo uma vez que não correspondem a totalidade de situações em que o interesse público, extra proprietário, se sobrepõe ao interesse do titular, e, desta maneira, o interesse do autor pode ser limitado por interesses coletivos mesmo em situações não previstas expressamente na legislação, a depender da preponderância no caso concreto.

Superado este passo, sob a nova hermenêutica que se consolida, ocorre a indagação a respeito dos parâmetros para basilar a efetivação da função social da propriedade intelectual e aplicação da interpretação extensiva das limitações, e, sendo assim, a partir de análises dos critérios doutrinários e justificativas jurisprudenciais, o trabalho busca analisar a nova aplicação e influência da função social no direito autoral com enfoque principal nas questões relativas ao direito fundamental à educação.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O processo de Constitucionalização da ciência do Direito é o ponto de partida para as mudanças hermenêuticas ocorridas nas últimas décadas. Este processo é impulsionado pela aceleração das mudanças e inovações sociais, pois a casuística dos Códigos não é mais capaz de acompanhar os anseios sociais⁴. O Direito estava imerso em uma dicotomia entre Direito Público, composto estruturalmente pela Constituição Federal e os Direitos Administrativo, Tributário e Processual, e o Direito Privado, que detinha de paradigmas específicos, como o Código Civil e também inúmeras normas especiais.

A fragmentação das fontes do Direito em que a multiplicidade jurídica se apresentava na forma de microssistemas isolados, no qual

4 SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto- A propriedade privada no Brasil: reflexos a partir da Constituição Federal de 1988. In Anais do Congresso, Nova York: Latin American Studies Association, 2016. Página 3.

todas as normas detendo de mesmo grau hierárquico e linguajar setorial. O processo de especificação fazia com que, muitas vezes, os comandos normativos se tornassem contraditórios entre si, ocasionando assim, “a incerteza ao intérprete do Direito e descrença ao jurisdicionado”⁵, visto que, com legislações com comandos contraditórios, observamos a quebra de preceitos basilares do Estado Democrático de Direito, como a segurança e previsibilidade jurídica⁶.

Nessa situação, torna-se relevante, diante da fragmentação das fontes jurídicas, a busca de uma reunificação do Direito, ou seja, a reconstituição de um ordenamento jurídico que seja uno. Paulatinamente o centro normativo passa então a ser de fato e a própria Constituição, o que resulta no processo de constitucionalização do Direito. Este movimento encontra a Constituição em um papel renovado, ao não poder mais ser considerada mero documento político, tratando apenas da organização do Estado, mas passa a incorporar também questões relativas à defesa das pessoas e dos grupos sociais.

Então, a Constituição Federal de 1988 passa de fato a ser o centro do ordenamento jurídico pátrio, em um processo de substancial hierarquização no qual se encontra no topo, de onde irradia para as demais normas seus valores e princípios. Com a constitucionalização, todo o ordenamento deve se pautar e respeitar os preceitos constitucionais para que lhe seja atribuída validade sistêmica. Portanto, em nosso tempo, a Constituição faz o papel de harmonização e unificação do sistema.

Dentro dessa nova hermenêutica, a dignidade da pessoa humana torna-se um dos pilares do Estado Democrático de Direito, tornando as questões existências, principalmente o respeito à vida digna, condições primeiras para qualquer interpretação jurídica, fazendo com que haja um processo de despatrimonialização do Direito Civil⁷, no qual os interesses existenciais devem prevalecer sobre os patrimoniais.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal torna-se “um modo de

5 Idem. Página 4.

6 Idem. Página 5.

7 Idem. Página 5.

olhar e interpretar todos os demais ramos do direito”⁸, de modo que os atos particulares só se justificam na medida em que estejam adequados à essência da atual perspectiva constitucional⁹. Desta forma, com a dignidade da pessoa humana como princípio norteador da República, os direitos fundamentais representam o parâmetro interpretativo de quaisquer relações, apresentando efetividade horizontal diante dos demais ordenamentos.

3. FUNCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

O processo de constitucionalização do Direito expressa especial importância no que se refere a propriedade, uma vez que é possível visualizar neste instituto a superação da dicotomia entre Direito Público e Privado, pelo qual a interpretação da legislação infraconstitucional deve ter como fundamento a Constituição. Nesta mesma toada, identificamos também a superação do individualismo e da patrimonialidade como fim em si mesmo, em favor da pessoa e de sua plena realização existencial¹⁰. O Direito civil constitucionalizado prevê a garantido desenvolvimento de uma vida digna.

Segundo Gustavo Tepedino¹¹ a ideia da função social da propriedade vem para romper com a concepção individualista e liberal do direito de propriedade. Porém, a inclusão do ideal funcional de propriedade no

8 BARROSO, Luis Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional, São Paulo: Atlas, 2008.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos da Teoria do Direito. 1ª Ed. Barueri: Manole, 2007.

Página 243.

9 SOUZA Allan Rocha; FAIRBANKS Alexandre de Serpa. A Propriedade no Brasil: reflexos a partir da Constituição de 1988. Página 5.

10 TEPEDINO, Gustavo. Comentários ao Código Civil – Direito das Coisas – arts. 1.196 a 1276. Coordenador: Antônio Junqueira de Azevedo. 1º. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Página 240.

11 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. A Garantia da propriedade no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n.6, jun. 2005. Página 102.

ordenamento se deu de modo gradual, iniciando com a Constituição de 1934 que alude ao interesse social e coletivo¹², ao vedar o exercício do direito de propriedade que lhe fosse contrário¹³. Posteriormente, a Constituição Federal de 1946, fruto de uma política intervencionista, introduziu no ordenamento a preocupação com o interesse social na propriedade¹⁴. Em seguida, a Constituição de 1967, devido a Emenda Constitucional número 1 de 17/10/1969, eleva à função social a categoria de princípio da ordem econômica e social¹⁵.

O ideal de funcionalização da propriedade se dá primeiramente no âmbito das Constituições para posteriormente ingressar na codificação civil. O Código Civil de 1916¹⁶, devido à essência latifundiária do país, tratava da propriedade apenas sob o seu aspecto estrutural, “como um feixe de poderes atribuídos ao proprietário”¹⁷. Assim sendo, a propriedade

12 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em 27/09/2017.

13 TEPEDINO, Gustavo. Comentários ao Código Civil – Direito das Coisas – arts. 1.196 a 1276. Coordenador: Antônio Junqueira de Azevedo. 1º. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Página 236.

14 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm > Acesso em 27/09/2017.

15 BRASIL. Emenda Constitucional 1 de 17/10/1969. Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm >. Acesso em 27/09/2017.

16 BRASIL. Lei 3.071/1916. Código Civil de 1916. Art. 524: A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reaver-lhes do poder de quem quer que injustamente os possua. Parágrafo único. A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do capítulo VI deste título. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em 28/09/2017.

17 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. A Garantia da propriedade no direito

servia unicamente aos interesses individuais, acarretando assim em diversos abusos praticados frente aos não proprietários.

Com a mudança hermenêutica e inovação da técnica legislativa após a constitucionalização do direito, o Código Civil de 2002 apresenta inovações ao tratar de propriedade. Em seu artigo 1.228 §1º vincula, conforme a Constituição já havia feito anteriormente, o exercício do direito de propriedade em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, ou seja, ocorre a funcionalização da propriedade. Constata-se a transposição expressa do preceito constitucional da função social para as relações privadas proprietárias elencadas no Código Civil, “de modo a compatibilizar a propriedade com situações não proprietárias”¹⁸.

Além disso, nos demais parágrafos o legislador trata de hipóteses de perda da propriedade em razão da função social. O §3º¹⁹ refere-se a duas formas de privação da propriedade: desapropriação, no qual, devido à necessidade pública, impõe ao proprietário a perda do bem; e requisição pública, em que, a privação do bem particular é temporária, devido a caso de iminente perigo público. Em seguida, o §4º²⁰ versa sobre a ação reivindicatória, que ocorre quando há a posse ininterrupta de boa fé por mais de cinco anos com realização de obras e serviços de interesse social em extensa área coletivamente utilizada por número considerável de pessoas. Importante ressaltar que em todos os casos elencados no artigo 1.228 a perda da propriedade é feita por meio de justa indenização.

Conforme já salientado, em conjunto com a perspectiva da despatrimonialização do Direito Civil, tem-se a nova hermenêutica

brasileiro. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n.6, jun. 2005. Página 102.

18 Idem. Página 249.

19 BRASIL. Lei 10.406/2002. Código Civil. Artigo 1.128 §3º: O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 28/09/2017.

20 BRASIL. Lei 10.406/2002. Código Civil. Artigo 1.128. §4º: O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 28/09/2017.

da funcionalização das situações jurídicas subjetivas, e dentre elas, de grande importância, a funcionalização da propriedade. Neste renovado arcabouço, a propriedade não se manifesta mais como um direito real de maneira absoluta, no qual o proprietário detém o poder pleno sobre o bem, isto é, a funcionalização da propriedade não mais permite que sua dinâmica se esgote na esfera individual. O proprietário de hoje se vê impedido de exercer seus direitos subjetivos de maneira irrestrita, visto que a atribuição da titularidade proprietária é acompanhada de deveres de satisfação dos interesses sociais, comunitários, extra proprietários. Sendo assim, o exercício de seu direito está diretamente vinculado à satisfação de interesses coletivos, inclusive extrapatrimoniais. Assim, a propriedade, que era apenas um instrumento para atender os interesses proprietários, torna-se um instrumento para a proteção da pessoa humana de forma em que o exercício de tal direito deve resultar e promover situações jurídicas existenciais e sociais por ele atingidas ²¹.

Importante ressaltar que a propriedade continua privada e o proprietário permanece com todos seus direitos – usar, dispor, gozar –, porém, também possui deveres, ônus e obrigações para com a coletividade, ou seja, o direito subjetivo é alterado para uma relação jurídica complexa, com obrigações de fazer e não fazer em prol do interesse social. Torna-se inconstitucional tanto o proprietário com poderes demasiados quanto o proprietário sem poderes necessários para a execução de seus interesses legítimos²². A função social torna-se “a própria causa pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito” ²³, sendo a razão e o fundamento da proteção jurídica a propriedade. Pode-se dizer que o direito subjetivo de propriedade, nesta nova realidade, só é legítimo e tutelado caso cumpra a sua função social.

A função social passa então a compor a propriedade, obrigando assim a conformação do uso proprietário aos interesses sociais relevantes,

21 TEPEDINO, Gustavo. Comentários ao Código Civil – Direito das Coisas – arts. 1.196 a 1276. Coordenador: Antônio Junqueira de Azevedo. 1º. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Página 244.

22 Idem. Página 250 e 251

23 PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Página 226

para que haja a tutela de tal direito. Em outras palavras, o ordenamento só atribui proteção à propriedade que cumpre sua função social. A observância dos deveres e obrigações impostos pela funcionalização da propriedade é condição de tutela daquele direito, então, a função social é a própria razão para a garantia da propriedade estando ambas em uma união indissociável. Dessa forma, tal princípio passa a fazer parte do “núcleo interno do domínio da propriedade”²⁴, sendo capaz de realizar a relação entre os interesses subjetivos do proprietário e os valores sociais e existenciais do ordenamento.

Por fim, vale salientar que a função social, como conceito vago, desenvolve diferentes conceitos para os diferentes estatutos proprietários (intelectual, rural, urbano, privado, público, e etc.) todos tendo, ou devendo ter, função social²⁵.

4. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E CLÁUSULA GERAL

Como visto, até recentemente, o princípio da função social não apresentava a força normativa necessária para a sua aplicação de modo eficaz. A falta de requisitos objetivos fazia com que seu conteúdo variasse de acordo com os interesses em questão. Isto é a função social se dava por conceituações vagas, dependentes do exame subjetivo dos interpretes do direito, portanto, faltaria na Constituição e na legislação a enumeração de requisitos para que o desrespeito a função social seja constatado diante de fatos no caso concreto. Sendo assim, mesmo com a previsão constitucional, a função social da propriedade não adquiria eficácia jurídica e a dogmática proprietária se mantinha com o ideal individualista.

Diante deste histórico, a Constituição de 1988, fruto da evolução legislativa e doutrinária, trata a função social da propriedade de modo mais amplo, porém, lhe dá a concretude necessária para garantir sua

24 SOUZA Allan Rocha; FAIRBANKS Alexandre de Serpa. A Propriedade no Brasil: reflexos a partir da Constituição de 1988. Página 8.

25 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. A Garantia da propriedade no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n.6, jun. 2005. Páginas 111 e 112.

eficácia. A Constituição apresenta grande importância ao efetivar no seu texto a garantia da função social da propriedade, ao consagrá-la não apenas como alicerce da ordem econômica, mas como direito fundamental. Paralelamente, de modo inédito, o constituinte atribuiu critérios objetivos mínimos²⁶ para o controle do exercício subjetivo da propriedade²⁷, evitando assim, flutuações políticas de seu conteúdo.

Garantiu o constituinte em seu artigo no artigo 5º, XXII o direito de propriedade e, logo em seguida, no artigo 5º, XXIII, lhe é imposta o dever de respeito a sua função social, sendo esta a própria razão para a proteção da propriedade. Assim sendo, “a propriedade tem que satisfazer os interesses individuais, mas também os coletivos e sociais, só havendo garantia, no texto constitucional brasileiro, à propriedade que cumpre a sua função social”²⁸.

E para a efetiva concreção da funcionalização da propriedade, o legislador atuou mediante recurso às cláusulas gerais, isto é, “técnica legislativa na qual há o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos”²⁹. Com isso busca-se que a efetiva aplicação da função social e delineamento dos contornos das propriedades seja feita mediante a interpretação do Poder Judiciário.

Isto se dá devido ao intenso dinamismo social, no qual o direito não se vê capaz de acompanhar e, muitas vezes, no próprio trâmite de criação da legislação esta já se encontra ultrapassada. Diante disso, o legislador ordinário se utiliza de termos polissemânticos e abertos, ou

26 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Exemplos: Propriedade Rural: Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27/09/2017.

27 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. A Garantia da propriedade no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n.6, jun. 2005. Página 105.

28 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. A Garantia da propriedade no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n.6, jun. 2005. Página 105

29 MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em contrução”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Brasília, 1998. Página 7.

seja, não discorre sobre cada situação –fugindo em alguns casos da técnica casuística– com intuito de transferir ao poder judiciário o ato de concretude de tais conceitos, permitindo que as respostas sejam progressivamente construídas pela jurisprudência³⁰.

Segundo Judith Martins-Costa³¹, a cláusula geral tem função primeira individualizadora, devido ao fato do judiciário aplicar o direito àquele caso concreto, permitindo, em seguida, a partir de um conjunto de decisões reiteradas, a função generalizadora, de modo que a decisão é utilizada como parâmetro e fundamento para os demais casos. Por último, as cláusulas gerais permitem também uma integração intra e extra sistêmica, entre normas de um mesmo conjunto, de outros ramos do Direito e outras áreas do saber, como entre o Código Civil e as leis especiais, entre estas e a Constituição e entre, por exemplo, a antropologia ou economia e o Direito normativo.

Então, de acordo com o caso concreto serão analisados os contornos da função social da propriedade, e após o desenrolar jurisprudencial revelar-se-á o entendimento tal instituto ou matéria de modo geral, em outras palavras, após a decisão reiterada em casos individuais, se terá o entendimento que será expandido de modo geral. Então, a função social da propriedade não detém de conceituação fixa, visto que o contrário levaria a sua ineficácia por rápida desatualização, portanto, seu conceito se renova sempre que necessário de modo mais rápido e eficiente por meio da jurisprudência.

5. FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS AUTORAIS

A proteção à produção artística e intelectual é identificada já na Grécia antiga, visto o reconhecimento jurídico da materialidade da criação. Porém, apenas no século XV as primeiras formas expressas de proteção à criação intelectual são configuradas sob a forma de privilégios de edição – ou invenção. E somente em meados do século XVII há a

30 Idem. Página 8.

31 Idem. Página 10 e 11.

criação da categoria jurídica de direitos autorais. Desde então se questiona a extensão desses direitos e seus limites, de modo a balancear os interesses do autor e os interesses sociais.

A obra autoral envolve os interesses do criador intelectual, de terceiros e da coletividade, nesta, o interesse coletivo a educação é de grande valia, visto a importância dos produtos intelectuais para a efetivação desse direito fundamental. Como compor os interesses diversos é tema recorrente nos direitos autorais nas várias etapas históricas da proteção, tanto nos países individuais como no plano internacional. Tal debate no Brasil se intensifica após Constituição Federal de 1988 e a consequente constitucionalização do sistema jurídico, já supramencionado, e decorre da mudança hermenêutica na interpretação e aplicação do Direito. A Constituição Federal como do centro do ordenamento jurídico irradia seus princípios e valores para todas as normas infraconstitucionais, incluindo o direito autoral. Isto posto, a função social da propriedade é demanda constitucional obrigatória em todo e qualquer forma proprietária.

Muito se debateu doutrinariamente a respeito da interpretação das limitações e exceções expressas na lei de direitos autorais³². Por um lado, mais tradicional, defende-se a interpretação restritiva das limitações, considerando como taxativo, exaustivo, o rol elencado nos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9610/98, argumenta que toda exceção ao direito autoral deve estar contida nas hipóteses casuísticas previstas na lei de regência e, caso contrário, somente a autorização do titular legitima o uso da obra. Mencionada corrente apresenta uma visão individualista e privatista dos limites ao direito autoral, defendendo a subsunção do fato à norma, na qual a função social não desfrutaria de força normativa para limitar a propriedade intelectual. Não surpreendentemente esta posição é principalmente defendida por advogados e pessoas vinculadas as indústrias corporativas de direitos autorais.

Por outro lado, visão concorrente, mais contemporânea, defende

32 Lei 9610, 19 de fevereiro de 1998. Artigos 46 a 48. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 22/09/2017.

como adequada a interpretação extensiva das limitações, argumentando que os artigos 46, 47 e 48 apresentam um rol de caráter exemplificativo apenas. Defendem a existência de situações não previstas expressamente na legislação no qual há a preponderância do interesse coletivo, acarretando assim na legítima limitação do interesse do autor. Justifica a utilização das cláusulas gerais em detrimento da técnica casuística e da subsunção, que não detém da efetividade necessária para abarcar todos os casos em que o uso proprietário não cumpre com sua função. Deste modo, cabe ao Poder Judiciário o ônus de verificação no caso concreto da relevância dos interesses coletivos sobre os individuais.

Recentemente, em 2011, em decisão paradigmática, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) acatou o entendimento de que as situações previstas expressamente na legislação sobre as limitações e exceções aos direitos autorais devem ser interpretadas extensivamente, pois são apenas exemplos de harmonização entre os direitos autorais e os demais direitos fundamentais, não englobando todas as situações previstas.

O artigo 46 e seus incisos devem ser entendidos como exemplos casuísticos da efetivação da função social em casos em que o interesse coletivo se destaca, sendo assim, é evidente que a interpretação das limitações deve, inevitavelmente, ser feita de maneira extensiva, restringindo, por consequência, o direito patrimonial dos autores.

Superado este passo, inicia-se o questionamento a respeito dos parâmetros para basilar a função social dos direitos autorais, que não consignou a nível constitucional critérios objetivos para sua concreção, como no exemplo da propriedade rural³³ e urbana³⁴. A jurisprudência atual pauta-se como limite das limitações a regra dos três passos prevista

33 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 186: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

34 BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil. Artigo 182, § 2º: A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

na Convenção de Berna³⁵ e no Acordo TRIPS, que estabelece que os Estados são livres para estabelecer suas próprias limitações se: (i) estiver diante de certos casos especiais; (ii) a utilização não prejudicar a exploração normal da obra; e (iii) a utilização não causar prejuízo injustificada aos legítimos interesses do autor.

É nítida a importância da regra dos três passos ao estabelecer os parâmetros para a interpretação extensiva das limitações, porém, no âmbito da função social, tal regra não é suficiente, visto que o seu foco não são os interesses coletivos, e sim a preocupação de não prejuízo patrimonial do titular dos direitos autorais.

A efetivação da função social como fundamento das limitações aos direitos autorais em favor dos interesses da coletividade representados pelo direito fundamental à educação apresenta legislação tímida, permitindo, se aplicada uma interpretação literal e restritiva – inadequada e restrita a apenas a representação teatral e a execução musical no recesso familiar, ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo qualquer intuito de lucro³⁶.

Ocorre que é notório que a educação abarca muito mais situações que não são previstos pelo legislador, como: as bibliotecas, preservação de obras, utilização em sala, arquivamento, reprodução por pesquisadores e estudantes, etc.³⁷

Diante do exposto, vale resgatar na íntegra alguns dos desafios avançados, em trabalho anterior, por Allan Rocha de Souza³⁸, que será o ponto de partida para o futuro desenvolvimento deste trabalho:

Ciente dos desafios contemporâneos, atento à questão sobre quanto de nossos bens intangíveis devemos enclausurar, objetivando principalmente emergir o debate sobre quais usos são ou devem ser permitidos à sociedade brasileira, independentemente do tempo de proteção, sem pretensão de concluir-se definitiva-

35 Decreto nº 75699, de 6 de maio de 1975. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dec reto/1970-1979/d75699.htm> Acesso em 23/09/2017.

36 BRASIL. Lei 9.610/98. Artigo 46, VI.

37 BRASIL. Lei 10.406/02. Código Civil. Artigo 1.228 parágrafo 3º.

38 SOUZA, Allan Rocha. A função social dos direitos autorais. Rio de Janeiro: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006. Páginas 258-261.

mente, vem-se sugerir que, representando o respeito aos direitos da coletividade juridicamente previstos em nosso ordenamento, e de acordo com os princípios apontados antes, as situações apresentadas a seguir constituem os deveres sociais mínimos dos titulares dos direitos autorais e portanto a expressão de sua função social, sendo, portanto, obrigatórias ao sistema autoral vigente no país:

direito permanente e ausência de remuneração para o empréstimo público e gratuito de obras feitos por bibliotecas ou instituições equivalentes, sejam públicas ou privadas, ressaltando que para a relação de comodato é necessário que ocorra a transferência da posse da obra, o uso da obra por um terceiro, o tempo limitado de uso pelo comodatário, e ausência completa de contraprestação pelo empréstimo em si;

permissão gratuita para o arquivamento digital, microfilmado ou por outros meios equivalentes, de todos os tipos de obra autoral, em bibliotecas ou instituições de arquivamento equivalentes e acessíveis ao público, ainda que sob condições específicas, mas sem fins lucrativos, objetivando a preservação da integridade da obra, a proteção dos bens culturais nacionais regionais ou locais e garantindo sua existência para o advento do domínio público;

autorização genérica para a digitalização e armazenamento privado de obra própria, sem fins lucrativos ou objetivos de divulgação, para fins de preservação pessoal do material legitimamente adquirido;

exclusão da obrigatoriedade de cópias privadas legalmente estabelecidas serem feitas apenas pelo próprio indivíduo;

permissão de representação e execução de toda obra autoral no âmbito privado, cujo significado deve ser aquele espaço onde realizam-se atividades gratuitas com pessoas cujo relacionamentos se pautam por afinidade, parentesco ou afeto, fechadas ao público, incluindo aí os casamentos, batizados, bodas, aniversários, etc., mas excluindo comemorações de empresas, clubes e associações;

permissão de representação e execução de toda obra autoral nas instituições de ensino, públicas ou gratuitas, regularmente registradas, com funcionamento autorizado, direcionada a qualquer nível de escolaridade, apresentadas exclusivamente para a comunidade institucional, que inclui professores, alunos, administradores, funcionários, pais e parentes dos alunos, sem que as apresentações tenham qualquer objetivo de lucro, embora permitindo o pagamento de mensalidades escolares regulares, e com isso al-

bergando e efetivando os compromissos pedagógicos e culturais destas instituições;

utilização e reprodução de material gráfico, textual, sonoro ou audiovisual exclusivamente para instrução em instituições de ensino ou pesquisa, obrigatoriamente mencionando a fonte e autoria, sem quaisquer fins lucrativos, excluindo desta possibilidade o material especificamente e exclusivamente direcionado para fins didáticos, devendo serem inutilizados ao final do curso;

permissão para reprodução de material acadêmico para estudantes e pesquisadores, seja parcial ou total, mediante remuneração justa pré-estabelecida;

reprodução livre, sem fins lucrativos, parcial ou integral, por indivíduos, instituições ou bibliotecas, de livros indisponíveis por quaisquer razões, especialmente por estarem esgotados, fora de catálogo ou serem de difícil acesso, até que sobrevenha a sua disponibilização razoavelmente precificada pelo titular;

aplicação da interpretação restritiva em favor do autor apenas nas relações derivadas de negócios jurídicos, excluindo esta premissa das relações entre direitos de ordens diversas, como ocorre entre os direitos privados e coletivos;

aplicação da interpretação extensiva quanto às limitações legalmente estipuladas, de forma a incluir todas as situações não expressas onde o balanceamento entre os diversos interesses resulte na supremacia do interesse público da sociedade sobre os particulares dos titulares originais – autores – ou derivados – empresas.

6. DECISÕES JUDICIAIS

Agora, resta saber de que forma o Poder Judiciário tem realizado a interpretação dos interesses coletivos, especialmente, para os fins deste trabalho, o direito fundamental à educação, e sua harmonização frente aos interesses individuais dos titulares nas obras protegidas por direito autoral. Para tal, vamos analisar algumas decisões recentes sobre as limitações de direitos autorais no que tange ao direito à educação, no sentido amplo.

6.1. RECURSO ESPECIAL Nº 964.404³⁹

Trata-se do litígio envolvendo Mitra Arquidiocesana de Vitória, recorrente, e Escritório de Arrecadação e Distribuição ECAD, recorrido, versando sobre a possibilidade de cobrança de direitos autorais em razão de execuções musicais ocorridas em evento com fins didáticos em estabelecimento de ensino.

Ocorre que no evento de Abertura do Ano Vocacional da escola, foi realizada solenidade religiosa, gratuita, sem fins lucrativos e voltada para estudantes, familiares e o corpo docente da instituição, com a execução de músicas e sonorização ambiente. Diante disso, discute-se a legitimidade de cobrança por parte do ECAD. O Recurso é originário do estado do Espírito Santo, cujo tribunal teve o entendimento pela permissibilidade da cobrança sobre a recorrente, partindo de uma concepção restritiva e taxativa das limitações aos direitos do autor expressas na legislação especial, concluindo assim que o fato de o evento educacional-religioso não estar elencado na legislação o traz a obrigatoriedade de pagamento, incorrendo no artigo 68, parágrafo 3º⁴⁰.

Em sede de recurso ao STJ, afirma a recorrente a não violação de direitos autorais visto que o ocorrido estaria disposto no artigo 46, VI⁴¹ afastando os encargos em face da execução musical realizada com finalidade

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 964.404. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701444505&dt_publicacao=23/05/2011> Acesso em 24/09/2017.

40 BRASIL. Lei nº 9.610 de 1998. Art. 68: Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas: § 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

41 BRASIL. Lei nº 9.610 de 1998. Art. 46: Não constitui ofensa aos direitos autorais: VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro.

didática, sem fins lucrativos em estabelecimento de ensino. O Ministro Relator, Paulo de Tarso Sanseverino, com maestria, discorda do Tribunal *a quo* interpretando o caso sob a ótica de um Direito constitucionalizado, no qual, as normas constantes nos diplomas legais fixam apenas o âmbito de proteção *prima facie* da propriedade autoral, tendo os artigos referentes às limitações do direito autoral⁴², caráter exemplificativo. Portanto, os direitos e garantias do autor devem ser ponderados frente aos direitos e interesses coletivos, consignados nos demais direitos fundamentais.

Completa o relator que adoção em entendimento contrário conduziria a violação de direito ou garantia fundamental que em determinada hipótese concreta devesse preponderar sobre o direito do autor⁴³, logo, valores como a educação devem ser considerados quando da conformação do direito a propriedade intelectual.

O julgado recorre à regra dos três passos, prevista na Convenção de Berna⁴⁴ e no Acordo TRIPS⁴⁵, como limite à interpretação extensiva, e consigna que o evento é um caso especial que não conflita com a exploração normal da obra, visto não deter fins lucrativos, e, da mesma forma, não prejudica injustificadamente os legítimos interesses do autor, uma vez que ancorado em direito fundamental, preponderando assim, no caso concreto, o interesse social frente ao interesse do proprietário.

O entendimento do tribunal, firmado em 15 de março de 2011, consolidou a perspectiva da interpretação extensiva do direito autoral, pois, pela primeira vez neste Tribunal foi enfrentada a questão e aplicada a interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais, demonstrando que a propriedade intelectual deve conter proteção na medida em que cumpre sua função social. Consolidou-se também importante precedente para as demais decisões que reconhecem situações em que os direitos da coletividade se sobrepõem aos direitos individuais.

42 BRASIL. Lei nº 9.610 de 1998. Capítulo IV. Artigos 46, 47 e 48.

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 964.404. Página 5.

44 BRASIL. Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm > Acesso em 30/09/2017.

45 BRASIL. Decreto 1.355 de 1994. Disponível em < <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf> > Acesso em 30/09/2017.

Trata-se de uma evolução do entendimento jurisprudencial sobre os direitos autorais, ao analisar o caso diante da ponderação e equilíbrio entre direitos e garantias constitucionais, devendo o direito do autor harmonizar com os demais direitos fundamentais que com o dele interagem. Diante disso, em 15 de março de 2011, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, pela não permissão da cobrança de direitos autorais no caso recorrido.

6.2. RECURSO ESPECIAL Nº 1.320.007⁴⁶

A presente decisão diz respeito a permitir ou não a cobrança de encargos autorais devido à festa de formatura. É parte recorrente o Centro de Treinamento Bíblico Thema Brasil Aracajú e recorrido o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD. O litígio se inicia devido à cobrança de encargos autorais por parte do Escritório Central de Arrecadação em razão de execução de músicas em festividade de formatura realizada pela parte Centro de Treinamento Bíblico Thema Brasil Aracajú. Afirma o ECAD que o caso se amolda no artigo 68, parágrafo 2º, da Lei nº 9.610 devido à reprodução não autorizada em local de frequência coletiva.

Declara a ora recorrente, ser instituição educacional religiosa e que ao realizar duas cerimônias de formatura, seguidas de culto evangélico, nos dias 02/12/2009 e 03/12/2009, foi informada que deveria pagar uma quantia para utilização de quaisquer músicas em sua festividade. Afirma também que se trata de evento educacional, cujo objetivo é o ensino das escrituras bíblicas, sem fins lucrativos e com interesse de confraternização entre os discentes, docentes, familiares e amigos.

O Recurso Especial tem como origem o Tribunal do Sergipe, no qual, em primeira instância foi declarada indevida a cobrança realizada

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.320.007. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200822344&dt_publicacao=09/09/2013. Acesso em 23/09/2017.

pelo ECAD, porém, após recurso interposto, a segunda instância do tribunal decidiu pela obrigatoriedade de pagamento dos direitos autorais.

Diante disso, já no STJ, a Ministra Relatora Nancy Andrichi, reitera o entendimento da interpretação extensiva das limitações contidas no artigo 46 da Lei de Direito Autorais, enfrentando mais especificadamente o sentido do termo “recesso familiar” contido em seu inciso VI⁴⁷. Utiliza-se como balizador o precedente o REsp nº 964.404, já comentado.

Concebe o termo em sentido *lato sensu*, não sendo considerando como sinônimo do ambiente privado da residência, mas sim qualquer local que, mesmo momentâneo, se encontra com a intenção de gerar um ambiente familiar. Nesse sentido, conclui-se pela adequação da norma ao caso, visto que se trata de evento realizado somente com a presença de familiares e amigos próximos com o intuito de confraternização, configurando assim, um ambiente familiar.

Em seguida preleciona a Relatora que o evento sem fins lucrativos, com entrada gratuita e finalidade didática e religiosa, não conflita com a exploração normal da obra, bem como não prejudica injustificadamente os interesses dos autores e, deste modo, está de acordo com a regra dos três passos da Convenção de Berna.

Com esse entendimento, é considerado o interesse coletivo sobre a propriedade intelectual, propriedade essa que, segundo as palavras da Ministra⁴⁸, “se inspira na própria sociedade em que vive, o que gera a previsão legal de um direito dessa mesma sociedade como uma contrapartida”. A obra então, não é concebida somente sob a perspectiva do detentor de direitos, mas também sob interesses coletivos.

Em voto-vista o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, acompanhou o entendimento da Ministra Relatora, em contrapartida o Ministro Sidnei Beneti divergiu ao considerar que a festa de formatura não configuraria um ambiente familiar. Por último, o Ministro Paulo Tarso Sanseverino

47 BRASIL. Lei nº 9.610 de 1998. Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro.

48 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.320.007. Página 11.

acompanhou o voto da relatoria. Decidindo então a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 04 de junho de 2013, por maioria, pela não legitimidade de cobrança de direitos autorais pela execução pública, não havendo, portanto, necessidade de autorização por parte do autor para a utilização, tornando assim, mais acessível o uso da música e do teatro vinculados à educação.

6.3. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 818.567⁴⁹

Trata a decisão da limitação e o consequente uso livre de trechos de obra pré-existente em obra nova, com as devidas citações. São partes a Sociedade Brasileira de Cardiologia, ora agravante, e SJT Saúde Educação Cultura e Editora LTDA – EPP, agravado.

Ocorre que a Sociedade Brasileira de Cardiologia organizou um livro, intitulado “TEC – Título de Especialista em Cardiologia Guia de Estudo” com a finalidade de servir de auxílio ao estudo de matéria técnica destinado aos médicos interessados em especialização em cardiologia. Para atingir a finalidade educacional a didática utilizou de questões, com as devidas citações, de propriedade da parte agravada. Requer a Editora à cobrança de encargos a título de direitos autorais, devido ao fato de, em sua opinião, a agravante ter citado questões em percentual elevado, constituindo assim uma violação de seus interesses.

À vista disso, já em sede de STJ, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão preceitua que o caso se encaixa no artigo 46, III da Lei 9.610/98⁵⁰, em que, ainda que em percentual considerável, os apelados apenas citaram as questões para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e

49 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 818.567. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502769649&dt_publicacao=24/06/2016> Acesso em 23/09/2017.

50 BRASIL. Lei nº 9.610 de 1998. Art. 46: Não constitui ofensa aos direitos autorais: III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra.

a origem da obra⁵¹. Argumenta também a divergência de finalidade entre as obras das partes litigiosas, visto que enquanto a primeira apresenta material didático para auxílio em especialização, a segunda há simples questões de exames pretéritos.

Verificando a incidência da regra dos três passos, trata-se de um caso especial em que não há prejuízo injustificado aos interesses do autor, uma vez que as citações foram feitas para fins didáticos, e como as obras apresentam finalidades diversas não representa confronto com sua exploração normal. Diante do exposto, em 02 de fevereiro de 2016, decidiu o Ministro Relator pela inexistência de violação ao direito autoral. Vê-se na matéria, a preponderância do interesse coletivo sobre o interesse do proprietário, sendo assim, o julgado busca atender os interesses educacionais.

6.4. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 270.293⁵²

A presente decisão trata de uma controvérsia a respeito de cobrança de encargos autorais devido à realização de festa junina com reprodução de músicas folclóricas. É parte agravante o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD, e agravado, Sistema COC de Educação e Comunicação LTDA.

O Sistema COC, ora agravado, promoveu festa junina em seu estabelecimento escolar, com o fim de proporcionar, além do caráter pedagógico, o entretenimento dos discentes, pais e docentes, sem objetivo do lucro. Defende que, pelas características do evento não há a necessidade de cobrança de direitos autorais. Por outro lado, o ECAD, nesta ocasião agravante, alega que houve a execução pública de obras musicais sem autorização, sendo assim, é legítima a cobrança de direitos autorais de acordo com o artigo no artigo 68, parágrafo 2º, da lei nº 9.610.

51 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 818.567. Pagina 1

52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº270.293. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201202555669&dt_publicacao=27/05/2015>. Acesso em 30/09/2017.

Ao discorrer sobre o caso, o Ministro Relator Raul Araújo conclui que a execução de músicas folclóricas em festa junina, gratuita, em escola, com objetivo de entretenimento e sendo parte do projeto pedagógico, não representa caso de necessidade de autorização prévia do titular da obra ou pagamento de encargos a título de direito autoral.

O evento trata de caso especial, visto que não é evento realizado de forma recorrente, além disso, não há confronto com a exploração normal da obra, uma vez que se trata de evento fechado ao público geral. Também não há prejuízos injustificados ao autor, devido ao fato de a festa junina representar apenas uma integração entre escola e família, sendo assim, não há violação a regra dos três passos.

Julgado em 21 de maio de 2015, contrário ao tribunal *a quo*, decidiu o Ministro pela consolidação do entendimento extensiva das limitações aos direitos autorais, sendo ao caso aplicada a norma contida no artigo 46, VI, da Lei 9610/98, em que a execução musical realizada para fins didáticos em estabelecimento de ensino e sem o intuito do lucro, não constitui ofensa ao direito autoral. Portanto, a propriedade intelectual e os direitos autorais devem sim ser interpretados de acordo com seus fins sociais, por meio de uma ponderação entre os interesses do autor e da coletividade, sendo o último predominante no caso.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As propriedades ostentam novo papel no ordenamento jurídico atual, devido à modificação do Estado Liberal, individualista e patrimonial, para o Estado Social, no qual os interesses sociais denotam de importância colossal. Seu exercício não se dá unicamente pela autonomia da vontade do proprietário no exercício dos seus poderes, mas sim levando em conta os interesses sociais partes da relação proprietária.

A Constituição Federal de 1988 institui a união indissociável entre a função social e a propriedade, sendo a função social quesito de legitimidade para a tutela Estatal da garantia da propriedade. Sob o mesmo prisma, o Código Civil também vincula o exercício da propriedade à

função social e versa hipóteses de privação da propriedade em caso de descumprimento de sua funcionalização. Já no contexto específico da lei de direitos autorais, a legislação é tímida, tratando em seu capítulo IV as limitações ao exercício dos interesses de autor sem menção direta ao princípio constitucional da função social ou explicitação de critérios, na forma de uma cláusula geral, para efetivação de sua função social.

No entanto, é nítido que os artigos que tratam dos limites ao exercício do direito autoral devem ser considerados como exemplos casuísticos da efetivação da função social em casos em que o interesse coletivo se destaca. Na doutrina, ao menos desde 2005, a interpretação extensiva das limitações como forma de efetivação da função social é defendida. A jurisprudência, conforme analisado, desde 2011, a partir de decisão paradigmática, adota a posição doutrinária supramencionada e utiliza-se da interpretação extensiva para identificar como exemplificativo os casos específicos elencados na Lei de Direitos Autorais, sendo assim, cabe ao Poder Judiciário a constatação, em demais casos concretos, da preponderância dos interesses coletivos sobre o interesse do autor.

A jurisprudência pauta-se na regra dos três passos oriunda da Convenção de Berna para estabelecer o teto e diretrizes para a interpretação extensiva. Logo, o caso concreto deve apresentar-se como caso especial, sua utilização não prejudicar a exploração normal da obra e o seu uso não causar prejuízo injustificado aos interesses do autor. Contudo, conforme já analisado, tal regra não é suficiente para servir como fonte balizadora da função social dos direitos autorais.

Superado o debate sobre a interpretação dos limites de exercício do direito autoral, é evidente que a função social de direitos autorais ainda carece de critérios objetivos para que sua aplicação seja feita de maneira mais eficaz. Diante disso, é de grande valor o empenho para que a funcionalização dos direitos autorais seja efetivamente realizada, visto a sua importância para o desenvolvimento da pessoa humana e sua realização existencial, devendo a preocupação com os interesses extrapatrimoniais incidir de maneira legítima no direito subjetivo de propriedade.

Assim, é evidente que não há a efetivação dos interesses coletivos

a educação de modo efetivo, visto que a legislação apenas prevê, em seu artigo 46, VI da Lei 9.610/98, a representação teatral e a execução musical no recesso familiar ou para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, sem intuito de lucro.

O STJ, como visto, tem promovido a expansão do espaço das limitações por reconhecer reiteradamente a insuficiência da legislação. E neste sentido enfrenta o conceito de instituição de ensino, de uso didático e espaço escolar. Porém outros elementos do direito à educação precisam ser levantados e harmonizados com os direitos autorais, como a questão das bibliotecas, do acesso aberto, da reprodução para fins de pesquisa, das atividades culturais relacionadas à educação, etc. Porém, para tal, faz-se importante a identificação e proposição de critérios objetivos de concretização da função social dos direitos autorais, para que assim se objetive a efetivação da função social como a limitador dos bens intelectuais em favor do interesses da coletividade vinculados ao direito fundamental à educação. Mas este é tópico para os trabalhos que se seguem a este.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da Teoria do Direito*. 1ª Ed. Barueri: Manole, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*. *As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Brasília, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Direito GV. 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto- *A propriedade privada no Brasil: reflexos a partir da Constituição Federal de 1988*. In Anais do Congresso, Nova York: Latin American Studies Association, 2016.

SOUZA, Allan Rocha de; FERREIRA, Luisa Lemos. *As limitações dos Direitos Autorais no Superior Tribunal de Justiça*. In Anais do X CODAIP, 2016.

SOUZA, Allan Rocha de. *A Função social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacases: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil – Direito das Coisas – arts. 1.196 a 1276*. Coordenador: AntônioJunqueira de Azevedo. 1º. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª Ed. Renovar, 2004. Páginas 300 – 329.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Rio de Janeiro: *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2ª ed. Renovar 2007.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. *A Garantia da propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n.6, jun. 2005

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

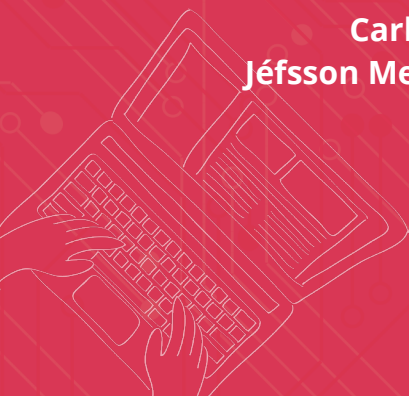
Eixo temático:

**DIREITO DE AUTOR E OS
PRIMADOS CONSTITUCIONAIS:**
Acesso à Cultura e ao
Conhecimento

Título:

**O DIREITO DE AUTOR E A
LIBERDADE DE EXPRESSÃO
SOB A PERSPECTIVA DOS
DIREITOS HUMANOS**

Carlos Costa
Jéfsson Menezes De Sousa



O DIREITO DE AUTOR E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Autores: Carlos Costa¹; Jéfsson Menezes De Sousa²

Instituição: UNIVERSIDADE TIRADENTES (UNIT)

Resumo: O presente trabalho busca estabelecer o diálogo da liberdade de expressão com o direito de autor sob a perspectiva dos direitos humanos, concebendo o primeiro como um instrumento de meditação, promoção e desenvolvimento dos direitos humanos sem pretensões de indicar a adequada argumentação de solução para os conflitos de interesse resultantes deste encontro. A partir disso, situa a liberdade de expressão como uma das liberdades individuais indispensáveis ao desenvolvimento crítico e reflexivo dos direitos humanos. Assim, longe de categorizar a liberdade de expressão como um direito superior e absoluto, objetiva demonstrar o alargamento da liberdade de expressão e condições de exercício com fim a promoção dos direitos humanos, já que a participação livre na vida política sempre foi a principal arma no processo reivindicatório dos direitos humanos. Concluindo que a liberdade de expressão deve ser entabulada a partir das diretrizes da teoria crítica dos direitos humanos, afastando-se dos ideais de universalismo, abstração, positivação e descontextualização, bandeiras da teoria tradicional, de forma que subsidiada por princípios que garantam a capacidade de compartilhamento de conhecimento e cultura sem restrição indevida decorrente dos direitos autorais.

Palavras-chave: Teoria crítica dos direitos humanos. Liberdade de expressão. Internet.

1 Professor Adjunto I do curso de Direito da Universidade Tiradentes (UNIT). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. E-mail: carlos-costadv@hotmail.com

2 Professor Assistente I do curso de Direito da Universidade Tiradentes (UNIT). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. E-mail: menezes.sousadv@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Com a Internet o processo de interação social deixou de ser territorial, físico, limitado, homogêneo e linear para conexões e interações de diferente construção, onde os meios de comunicação e participação são de todos para todos, de qualquer lugar para todos, de várias formas, em conjunto e, especialmente, de natureza inclusiva ao conectar as pessoas e informações independentemente de padrões, classes ou estereótipos.

É neste novo território que estão inseridas as redes sociais, plataformas digitais compostas por pessoas abertas a publicar e criar conhecimentos e partilhar momentos da sua vida, que transformam não só o *modus operandi* dos relacionamentos interpessoais como fizeram emergir uma nova forma de criação, armazenamento e compartilhamento de informações: a colaboracionista (CASTELLS, 2013).

A temporalidade e geografia que emergiram com a Internet pugna pela necessidade de uma reflexão transdisciplinar e cosmopolita dos importantes aspectos da liberdade de expressão (CUNHA E CRUZ, 2010) em prol da emancipação (SANTOS, 2002) da personalidade humana, individual e socialmente considerada.

Esta nova ordem social organizada em rede (CASTELLS, 2003) remodelou a tradicional concepção da liberdade de expressão, visto que a relação de comunicação deixou de ser do emissor para indivíduos isoladamente considerados e passou a ser interconectada e coletiva, permitindo a entrada de manifestações que antes nunca fora ouvida por força do modelo homogeneizante e dominante.

Por sua vez, a estrutura econômica foi renovada pelo acréscimo de mais um fator de produção: o saber, responsável pela promoção da ciência e da arte que reflete no objetivo dos direitos autorais que tem como finalidade beneficiar a sociedade facilitando o seu crescimento ao dar apoio à criatividade e disseminar a expressão cultural. Na chamada economia informacional (BARBERO, 2012), a informação e o conhecimento passaram a ser a matéria-prima de todos os bens de consumo. Em outro aspecto, a flexibilização temporal e espacial da Internet transformaram

em economicamente viáveis regiões outrora esquecidas pelo mercado tradicional e multiplicaram rapidamente a visibilidade e velocidade na comercialização dos produtos e serviços divulgados nas plataformas digitais dos provedores.

A informatização das relações intersubjetivas e a sua inclusão no cotidiano das pessoas as tornaram reciprocamente emissoras e receptoras das informações, “de modo que cada pessoa pode ser potencialmente um meio de comunicação” (APARICI, 2012, p. 26). Assim, pelo fato da Internet promover o indivíduo como portador da comunicação, a liberdade de expressão adotada neste escrito será a *lato sensu* entendida como a possibilidade de se comunicar por qualquer forma: verbal, gestos, mímicas, escritos e símbolos, abrangendo tanto o âmbito das ideias e dos pensamentos quanto a ação concreta, exteriorização (CUNHA E CRUZ, 2010; MEYER-PFLUG, 2012).

O fato da forma da comunicação na Internet ser livre, informal e horizontal recolocou a liberdade de expressão no centro das atenções políticas, notadamente, pelo poder de participação construtiva da informação e da subjetividade coletiva. A ausência de censura prévia e a desnecessidade de coincidência geográfica dos meios de comunicação via Internet, elevam o dinamismo dialético e democratizam a forma pela qual as informações são transmitidas.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo estabelecer o diálogo da liberdade de expressão com o direito de autor sob a perspectiva dos direitos humanos à luz da teoria crítica dos direitos humanos, adotando como embasamento teórico perspectiva de desenvolvimento de Amartya Sen, da ampliação da concepção de direitos humanos de David Sánchez Rubio e a observância da proporcionalidade nos casos de conflitos entre direitos humanos e no caso em específico, do direito de autor, a partir da doutrina de Dimitri Dimoulis e Alexandre Pagliarini e a técnica de ponderação dos interesses trazida por Robert Alexy.

A abordagem metodológica utilizada foi a qualitativa, por permitir o emprego de “[...] diferentes concepções filosóficas; estratégias de investigação; e métodos de coleta, análise e interpretação dos dados”

(CRESWELL, 2010, p. 206). Em relação ao objeto, a pesquisa foi do tipo bibliográfico-documental. A pesquisa bibliográfica foi utilizada com vista a obtenção do referencial teórico que fundamenta o texto argumentativo em torno da temática contemplada. Ao final são oferecidas as conclusões.

2. A GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

A informatização das relações intersubjetivas ao ampliar e maximizar os espaços para o fluxo de informações, ideias e pensamentos contribuiu para o acréscimo dos pontos de conexão entre a liberdade de expressão e os demais direitos humanos.

A vida em sociedade, por si só, reclama limites, já que os indivíduos não existem e sim coexistem, e sob esta perspectiva, a harmonia e equilíbrio do convívio social depende não só de restrições institucionais e privadas, como também de regras descritivas, proibitivas, prescritivas e permissivas da projeção do eu na sociedade. Pensar uma sociedade como um campo aberto, sem cercas para a liberdade de expressão e para os demais direitos humanos, é desconstituir a sua própria natureza.

Por outro lado, pensar os direitos humanos de forma escalonada e classificada em gerações (BOBBIO, 2004) na atual sociedade em rede, aberta, interativa e organizada a partir das novas tecnologias de informação (CASTELLS, 2003) é imprimir uma visão simplista e reducionista (PIOVESAN, 2011) dos pontos de contatos e influência que cada direito humano exerce sobre os outros, notadamente, na sociedade contemporânea em que a concepção holística e a interação entre os direitos humanos foram exponencialmente potencializados pela Internet, o que levou a ARTICLE 19 (2013, p. 7) convidar diversas organizações e pessoas a subscreverem os princípios do direito ao compartilhamento em razão do reconhecimento de que, “[...] a tecnologia digital tem potencializado significativamente a liberdade de expressão e a diversidade cultural, mas simultaneamente fazendo com que a proteção dos direitos autorais crie restrições cada vez mais graves a estas atividades”.

Neste diapasão, o pensar a liberdade de expressão e o direito de autor sob a perspectiva dos direitos humanos é conceber a conexão do primeiro como um instrumento de meditação, promoção e desenvolvimento dos direitos humanos, sem pretensões de indicar a adequada argumentação de solução, os conflitos de interesse resultantes do encontro com os direitos autorais.

Em defesa da emancipação e contra a concepção atomizada e excludente da relação dialogal dos direitos humanos, Cançado Trindade (2003, p. 43) testifica que visão sistemática e integral destes é uma prioridade da ciência jurídica contemporânea, vez que “os direitos humanos não se sucedem ou substituem uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais”.

Com o amanhecer da Sociedade da Informação customizada com a Internet a liberdade de expressão volta a ser o ícone da temporada, iluminando a estrutura-base dos direitos humanos que é a pluralidade humana (de olhares) em função das particularidades de cada um. A garantia da liberdade de expressão, à luz da teoria crítica, acarreta a libertação e desenvolvimento dos sujeitos, na medida em que estabelecem diálogos horizontais e emancipatórios.

A perspectiva de desenvolvimento de Amartya Sen (2010, p. 16) “como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” se complementa com a afirmação de Celso Lafer (1988, p. 299) acerca da necessidade do “juízo reflexivo como afirmação da liberdade humana e fundamento para a reconstrução tópica dos direitos humanos”.

Neste caminhar, Amartya Sen (2010) sustenta que o primeiro passo para alcançar o desenvolvimento individual e coletivo é assegurar aos cidadãos autonomia e liberdade para participar da vida política, tendo suas opiniões ouvidas e respeitadas. Ao ressaltar, a reflexão, a crítica, o ativismo e a exteriorização dos pensamentos como condicionantes para a garantia das liberdades individuais aliada aos processos de desenvolvimento, Sen (2010) privilegia o debate aberto e o conflito de opiniões, posicionando,

desta maneira, a liberdade de expressão como uma das liberdades individuais mais caras ao desenvolvimento crítico e reflexivo dos direitos humanos.

A promoção dos direitos humanos não significa categorizar a liberdade de expressão como um direito superior e absoluto e sim em buscar o seu alargamento e condições de exercício, já que a participação livre na vida política sempre foi a principal arma no processo reivindicatório dos direitos humanos, assim como a “circulação livre de informação é fundamental para o acesso ao conhecimento e à cultura, que é uma herança comum a toda humanidade e que deve ser apreciada, cumprida e tornada acessível para o benefício de todos” (ARTICLE 19, 2013, p. 6).

Neste processo de desenvolvimento dos direitos humanos, a liberdade de expressão acarreta o empoderamento dos sujeitos de direitos tornando-os capazes “de lutar contra qualquer situação que impossibilite esta capacidade de criar, significar e ressignificar as instituições socialmente construídas” ampliando a concepção dos direitos humanos além da sua noção formalista, positivista, estatal, pós-violatória e delegatória (RUBIO, 2013, p.166), bem como ressignificando os direitos autorais a partir da ideia de complementação desses com a liberdade de expressão no sentido de que o objetivo dos direitos autorais é “a promoção da criatividade literária, musical e artística, o enriquecimento da herança cultural e a disseminação do conhecimento e da informação ao público em geral” (ARTICLE 19, 2013, p. 9).

As técnicas ao longo da história foram modificando as sociedades e igualmente o conteúdo das liberdades e o intercâmbio com os demais direitos da mesma categorização. Com efeito, a liberdade de expressão não pode ser concebida apenas como um instrumento de defesa contra os ataques do Estado e dos particulares que ameaçam ou impedem o seu exercício.

Tal percepção é por demais limitadora e não corresponde às exigências do mundo atual permeado por relações dinâmicas, flexíveis, geograficamente dispersas e fluidas, que por sua vez, exigem cada vez a presença do Estado com respostas e regulamentações com os mesmos

adjetivos. Se na sociedade agrária e urbana o Estado era visto como o maior transgressor das liberdades e do exercício dos direitos fundamentais, na sociedade atual – Sociedade Informatizada – a defesa das liberdades mais caras depende da tutela do poder público. Esta exigência da intervenção estatal é ventilada por Pérez Luño (2005) como um dos paradoxos da sociedade digital.

Assim como os direitos humanos são marcados pela adaptação, construção e reconstrução, se reinventando com a sociedade, as interações entre este e a liberdade de expressão no ciberespaço, que deixou de ser um universo paralelo para ser parte integrante do cotidiano das pessoas e instituições (HERRERA FLORES, 2009; SANTAELLA, 2010), deve ser acordo com as formas democráticas colocando “em frente da liberdade a democracia” (MIRANDA, 1979, p. 288).

Nesta esteira, o diálogo da liberdade de expressão com os demais direitos humanos deve ser entabulado a partir das diretrizes da teoria crítica dos direitos humanos (HERRERA FLORES, 2009; SANTOS, 2007; RUBIO, 2013), afastando-se dos ideais de universalismo, abstração, positividade e descontextualização, bandeiras da teoria tradicional. Isto, não significa em desconsiderar a produção e conquistas já consolidadas e sim em criar novos mecanismos para assegurar, ampliar e remodelar os direitos já adquiridos, bem como garantir aquisição de novos direitos.

Como visto, o caráter participativo, colaborativo e emancipador das relações entabuladas na Internet é consequência da sua engenharia descentralizadora que atribui o poder do efeito da rede nas periferias, nos pontos de recepção, transformação e comunicação das informações. De igual modo, Herrera Flores (2009) entende que a visão dos direitos humanos deve ser da periferia para o centro, pois este é único, dominante e uniforme e aquele é múltiplo, emancipador e naturalmente diversificado.

Nesse sentido, deve-se conceber que “a Internet é um bem público que se tornou essencial para o exercício efetivo do direito à liberdade de expressão” (ARTICLE 19, 2013, p. 7).

A liberdade de expressão enquanto objeto de lutas sociais teve seu papel de destaque como realizador da vida social entre os particulares e

deste para com o poder público reconhecido e positivado como direitos fundamentais. Na sua comunicação com os demais direitos, a atenção do aplicador do direito não deve se prender a apegos terminológicos, embora as nomenclaturas ao longo da história da civilização tenham adquiridos significados diversos.

O constituinte da Carta Magna de 1988 atento a diversidade das expressões utilizadas para os direitos que tem como objeto os bens e valores mais essenciais da pessoa humana utilizou várias expressões ao longo do seu texto, que valendo da pesquisa de Dimoulis e Martins (2012, p. 39) podem ser assim descritas:

“direitos sociais individuais (Preâmbulo); direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II); direitos humanos (art. 4º, II, art. 5º, § 3º, art. 7º do ADCT); direitos e liberdades fundamentais (art.5º, XLI); direitos e liberdades constitucionais (art.5º, LXXI); direitos civis (art.12º, § 4º, II, b); direitos fundamentais da pessoa humana (art. 34, VII, b); direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV); direitos (art. 136, § 1º, I); direito público subjetivo (art. 208, § 1º).”

No campo doutrinário as variações terminológicas continuam. Para uns (SARLET, 2006; CANOTILHO, 2002) a liberdade de expressão por se encontrar positivada na Constituição é classificada como direito fundamental, outros (PIOVESAN, 2011; BARROS, 2003) entendem redundantes a diferenciação de direitos fundamentais dos direitos humanos, haja vista que ambas possuem o mesmo objeto, sendo indiferente a sua dimensão constitucional e as limitações territoriais e, por fim, existem aqueles (MIRANDA; RODRIGUES JÚNIOR; FRUET, 2012) que defendem o paralelismo entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade sob o argumento de que os direitos humanos encontram-se sua base normativa tanto no Código Civil quanto no Texto Constitucional. Utilizar-se-á aqui, sem adentrar a fundo na ótica da semântica, a expressão direitos humanos que em razão do seu alcance mais amplo, abarca todos os direitos fundamentais positivados em âmbito nacional e internacional (PÉREZ LUÑO, 2005).

No estudo realizado sobre os limites dos direitos humanos os

doutrinadores Dimoulis e Martins (2012) chamam atenção para a comum confusão terminológica entre colisão, situação concreta em que um direito fundamental embaraça ou restringe o exercício de outro direito fundamental, e concorrência, hipótese fática em que mais de um direito fundamental do mesmo titular é violado.

Colisões ou, para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real. Neste ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de preferência (ALEXY, 2008, p. 139)

Em que pese à sociedade ao longo da história ter sido constituída sob diferentes valores, a liberdade de expressão não pode ser entendida como aquela livre de limites externos, onde os indivíduos podem fazer o que lhe aprouver, limitados apenas a lei do estado da natureza (LOCKE, 2001). A afirmativa (CUNHA E CRUZ; TIBURSKI; MOREIRA 2013) de que a liberdade de expressão se mostra como a via para a exteriorização do pensamento, possibilitando tanto a crítica política e social, como o livre desenvolvimento da personalidade não pode ser utilizada, como obstáculo para o Estado não estabelecer regras e limites ao exercício da liberdade de expressão.

“Não podem ser impostas restrições ao direito de expressão com base na proteção dos direitos dos outros, incluindo os direitos autorais, a não ser que o Estado possa demonstrar que as restrições estão previstas por lei e são necessárias em uma sociedade democrática para a proteção desses interesses. O ônus de demonstrar a validade das restrições pertence ao Estado.” (ARTICLE, 2013, p. 7)

Apesar de o regime democrático exigir a liberdade de expressão e de ser a Internet um instrumento alternativo de acesso às informações e propagador da livre manifestação dos cidadãos, não se pode defender a tese de que tudo pode em nome da liberdade de expressão. Como não existem direitos absolutos (BORGES, 2005), o seu exercício e extensão podem sofrer limitações. O Estado, ao desempenhar esta função controle, deverá motivar a sua intervenção observando a reserva legal qualificada

– expressa ou tácita, mas sempre permita pela Lei Maior – e o critério da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a manter incólume o substrato essencial da garantia.

Nos diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, IV, VI, IX, XIV, XXXIII, LX; art. 37, caput; art. 93, IX, art. 150, VI, “d”; art. 206, II; art. 216, I; art. 220, §1º, §2º) que garantem a liberdade de expressão depreende-se não só que os meios expressos, mas também que as formas tácitas de sua limitação no caso de colisão entre os direitos fundamentais encontram-se no próprio texto constitucional, assegurando o direito de indenização por dano material e moral decorrente de sua violação, dentre outros. Tais limitações poderão ser genéricas enquanto abstratamente enunciadas pelas normais gerais e casuísticas, aquelas que exigem do Poder Judiciário um enfrentamento dogmático para decidir, após o conflito concreto entre direitos fundamentais, aquele que irá prevalecer (DIMOULIS E MARTINS, 2012).

O crescimento das relações intersubjetivas e a rapidez com as estas nascem e se modificam acarretaram a proliferação dos pontos de intercâmbios entre os direitos humanos, especificadamente, dos bens jurídicos potencialmente conflitantes e igualmente tutelados. Paralelamente, a técnica enquanto aptidão criativa intelectual e racional (LÉVY, 2000) utilizada para equalizar os conflitos viu-se na contingência de evoluir para atender a expansão temporal e espacial dos valores e interesses consubstanciados nos direitos humanos.

Barroso (2003) defende que diante da colisão entre os direitos fundamentais ou humanos é salutar o emprego de técnicas de interpretação que garantam a unicidade da Constituição mediante a análise concreta dos valores e interesses em jogo, afastando-se da ideia de existência de superioridade entre tais direitos, embora as particularidades do caso *sub judice* permitam episodicamente estabelecer uma relação de preferência entre eles. O contrário, segundo Farias (2000), seria estabelecer critérios abstratos de precedências independentemente do sopesamento das particularidades fáticas, elegendo um direito e o colocando no topo da pirâmide, a salvo de toda e qualquer limitação.

Embora a liberdade de expressão possibilite reivindicar a proteção dos direitos humanos já positivados, bem como o exercício das lutas sociais para o respeito e tutela de novos direitos, não se trata aqui, de defender o pensamento da jurisprudência norte-americana que, abstratamente e *a priori*, categoriza a liberdade de expressão como uma garantia integrante dos direitos do primeiro bloco (THOMPSON, 2012). Esta extensa e vertical proteção a liberdade de expressão tem como fundamento a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos que expressamente proíbe o Congresso Americano de elaborar leis que constituem direta ou indiretamente ameaça de cerceamento da liberdade de expressão.

A teoria estadunidense da *preferred position* eleva abstratamente a valoração da liberdade de expressão em detrimento de outros direitos igualmente essenciais para o desenvolvimento democrático da sociedade, evidenciando sua natureza absoluta. Analisando os mais recentes e emblemáticos julgados do Supremo Tribunal Federal relacionados à limitação prévia ou *a posteriori* da liberdade de expressão, Cunha e Cruz (2010) e Meyer-Pflug (2012) após constatarem a oscilação da jurisprudência, testificam que o Alto Tribunal ainda se inclina para a tradicional liberdade de natureza libertária/absolutista em detrimento da democrática. Já no direito comparado, Farias (2000) pontifica que o Tribunal Constitucional Alemão e Espanhol outorga a liberdade de expressão um caráter preferencial sobre os demais direitos fundamentais, se exercida dentro dos limites da proteção constitucional.

O relativismo e a mitigação da liberdade de expressão defendida pela doutrina especializada quando em colisão com outros direitos humanos é ilustrado por Robert Alexy (2008) a partir da técnica de ponderação, utilizada quando mais de uma norma de idêntica hierarquia preveem soluções distintas para um caso concreto.

Assim, o aplicador do direito deverá analisar detalhadamente as circunstâncias concretas, o processo de interação destas com as normas aplicáveis e valendo-se do instrumento de sopesamento de valores decide qual interesse prevalecerá naquele conflito específico, sem que esta prática retire a iluminação de todos os direitos envolvidos. Entrementes, não se

pode olvidar que a proposta deste escrito não é a discussão das técnicas da decisão judicial, e sim uma abordagem científica das subunidades de análises do caso concreto sob o olhar transdisciplinar de várias matérias.

não há outra forma racional de decisão nos casos duvidosos a não ser estabelecer uma relação entre as razões para a restrição e o direito fundamental a ser restringido. Uma análise isolada das razões para a restrição pode fornecer inúmeras informações, mas não é capaz de dar uma resposta bem fundamenta à questão sobre se essas razões são importantes o suficiente para restringir algo também importante como um direito fundamental (ALEXY, 2008, p. 128).

Em sentido contrário e crítico ao uso da técnica da ponderação para solucionar questões complexas, Dimolius e Martins (2012, p. 173) sustentam que duas são as armas para eliminar os casos de conflito entre direitos fundamentais: i) a interpretação sistemática que consiste em analisar o direito fundamental em conjunto com todos os dispositivos legais pertinentes; ii) critério da proporcionalidade entendido como o limite do poder limitador. Defendem que sem o exame da proporcionalidade sucessivamente pela “natureza classificatória (adequação), eliminatória (necessidade) e axiológica (proporcionalidade em sentido estrito)” a argumentação jurídica perde sua natureza e as discussões jurídicas se transformam em debates políticos ou morais.

Decerto, a observância da proporcionalidade (DIMOULIS; MARTINS, 2012) na técnica de ponderação dos interesses (ALEXY, 2008) impõe a restrição ao uso do direito em si e não a delimitação da carga axiológica que se depreende do seu conteúdo, de modo que todos os valores dos direitos envolvidos no conflito permaneçam em evidência, embora uns com mais intensidade, tudo isso, preso às circunstâncias concretas.

Dentro da teoria relacional de Alexy (2008) os direitos fundamentais considerados em si mesmos não podem sofrer restrições, mas sim quando reciprocamente considerados, vez que a conciliação entre os diversos direitos fundamentais é uma exigência do direito individualmente considerado quando em conflito. Entretanto, não se pode olvidar, que antes da tensão entre os direitos humanos é possível atribuir abstratamente

um peso maior na proteção da liberdade de expressão individualmente considerada, mas mesmo assim esta não será absoluta, pois limitar-se-á pelos os valores da dignidade, igualdade e liberdade, considerados o tripé da democracia (CARDON, 2012).

Ao analisar a relação do judiciário brasileiro com as decisões envolvendo os direitos humanos, José Eduardo Faria (1994, p. 99) revela que a tradição lógica-formal do sistema jurídico consiste no principal empecilho para solucionar, “através de critérios de racionalidade substantiva” os atuais conflitos entre os direitos humanos denominados de “conflitos-limite”, isto é, os limites dos direitos humanos são delineados a partir dos conflitos com outros direitos humanos. Assim, para o autor o raciocínio para resolver o embate entre a liberdade de expressão e demais direitos humanos deve conduzir a uma resposta que identifique e neutralize o conflito, sem almejar uniformizar as opiniões e sentimentos distintos.

Perez Luño (2005), por sua vez, acentua a dignidade, liberdade e igualdade como os pontos nucleares onde se desdobram todos os direitos humanos. Logo, se a reivindicação dos direitos humanos historicamente foi em torno destes valores, são eles que deverão ser preservados e alcançados em toda decisão que envolva conflitos de interesses consubstanciados por mais de um direito humano, aqui considerado o direito de autor encarado como a possibilidade de ser do indivíduo de forma plena por meio de sua arte.

As restrições à liberdade de expressão ou a qualquer outro direito humano devem ter natureza estritamente legal, sob pena de se cometer arbitrariedades e discricionariedade. A liberdade deve ser livre e nos dizeres de Locke (2001, p. 18) o “objetivo da lei não é abolir ou restringir, mas preservar e ampliar a liberdade”. Muito embora a liberdade de expressão seja prejudicial para o exercício de outros direitos fundamentais, é forçoso ratificar a reflexão de Paesani (2013, p. 8) que “toda liberdade, por mais ampla que seja, encontra limites, que servem para garantir o desenvolvimento ordenado da sociedade e dos direitos fundamentais de qualquer sujeito (...)”.

Impedir a exteriorização da opinião é tanto um mau presente quanto futuro e prejudica igualmente os seus defensores e opositores. Qualquer tentativa de controlar ou silenciar a manifestação das opiniões parte de uma falsa percepção de infabilidade. A livre circulação do pensamento é necessária para existir a divergência de opiniões, debate de ideias e, por conseguinte, o respeito às individualidades (MILL, 2011).

Stuart Mill (2011) com base no princípio do dano utiliza a periculosidade manifesta como paradigma para restringir a liberdade de expressão, ao afirmar que os pensamentos e opiniões somente podem ser censurados quando ocorrer um flagrante risco de incitamento à violência.

Indo para além da fronteira brasileira, a garantia da liberdade de expressão e as hipóteses de sua restrição quando em contato com outros direitos humanos estão presentes nos documentos internacionais mais relevantes, a saber: no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH-48), no art. 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (Decreto nº 592, de 06/07/1992) – PIDCP-66-, no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Decreto nº 678, de 6/11/1992) - Pacto de San José da Costa Rica (PSJCR-69).

É fato incontroverso que o fluxo de opiniões e informações na plataforma virtual é um fenômeno mundial objeto de debates e regulamentos a nível nacional e internacional. O reconhecimento da proteção da liberdade de expressão *on line*, isto é, aquela exercida através da nova tecnologia de informação, a Internet, teve como ponto de largada a Resolução A-HRC-20-L13, de 29/06/2012 da Organização das Nações Unidas. Desde então, os relatórios das Comissões e Comitês de Direitos Humanos não retiram de pauta os reflexos do exercício da liberdade de expressão na Internet nas relações intersubjetivas.

Analisando os dispositivos que disciplinam a liberdade de expressão nos textos internacionais supraditos, é possível identificar os seguintes alicerces que estruturam a sua concepção: i) fluida, pois pertence, indistintamente, a qualquer pessoa; ii) se exterioriza por qualquer mídia; iii) inclui o direito à informação, de buscar, receber e transmitir; iv) não

possuem fronteiras; v) abrange opiniões de qualquer natureza. Percebe-se que os pilares que definem a liberdade de expressão são totalmente conectados e harmoniosos com os caracteres das relações informatizadas e com pontos a serem refletidos pelo aplicador de direito ao buscar uma solução para a colisão entre os direitos fundamentais e a liberdade de expressão.

Assim como os padrões nacionais, os estatutos internacionais pregam que o fundamento que confere a liberdade de expressão ampla proteção, independentemente do meio pelo qual se manifesta, é o mesmo que determina a extensão e o limite do seu exercício. A categorização de direitos humanos é simultaneamente protetora e limitadora, vez que não existe hierarquia entre tais direitos.

Dentre os instrumentos que regulamentam a liberdade de expressão no quadro dos direitos humanos internacionais, é forçoso reconhecer que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 ao prever no seu parágrafo 3º, do art. 19 os parâmetros a serem observados na restrição a liberdade de expressão foi o que de longe anteviu os futuros desdobramentos tecnológicos e os complexos conflitos envolvendo a liberdade de expressão. Tais critérios de restrições conhecidos como o teste das três partes são: a) estar previamente prevista em lei de forma clara e objetiva, evitando a insegurança jurídica decorrente das interpretações abusivas e tendenciosas; b) ter como propósito salvaguardar o respeito aos direitos ou da reputação de outrem, a segurança nacional, ordem pública, saúde e moral públicas, e c) ser adequada, proporcional e estritamente necessária para tutelar o intuito legítimo, buscando o menor grau de perturbação e intromissão na esfera de outro direito.

Esse entendimento foi ratificado pela da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) na Opinião Consultiva nº 5/85, e da maioria dos Ministros do STF nos julgamentos mais emblemáticos que tratam desta liberdade, pois nenhuma liberdade não pode ir de encontro ao princípio basilar dos direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004; ADPF 130, Rel. Min. Ayres

Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009).

Por oportuno, convém recordar que no § 39 da Opinião Consultiva nº 5/85, da CIDH, pugnou-se pela obediência ao artigo 13.2 do PSJCR-69, estabelecendo que a restrição à liberdade de expressão deve observar (a) a existência de causas de responsabilidade previamente estabelecidas; (b) a definição expressa e taxativa dessas causas pela lei; (c) a legitimidade dos fins perseguidos ao estabelecê-las; (d) que sejam necessárias para assegurar tais fins (OEA, 2012).

No mesmo tom, a Observação geral Nº 34, do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, no 102º período de sessões, de 12 de setembro de 2011, em comentários ao art. 19 do PIDCP-66, concluiu que somente serão admitidas restrições aos provedores de Internet na medida em que sejam compatíveis com o parágrafo 3º (ONU, 2011) Por fim, insta relatar que a Organização das Nações Unidas com a Resolução A-HRC-20-L13, de 29/06/2012 exorta a liberdade de expressão *on line*, mas suas restrições hão de ser remetidas ao art. 19 da DUDH-48 e do PIDCP-66 (UNHRC, 2012).

Fixadas as premissas maiores de que a ordem jurídica pátria e internacional vedam todo e qualquer procedimento que visa reproduzir comportamentos autoritários, impeditivos da livre circulação de ideias e que a formação plural da opinião pública é fator condicionante da democracia e do exercício dos demais direitos humanos, toda e qualquer limitação à liberdade de expressão deve ser especificadamente motivada, lastreada por leis previamente existentes, proporcional no sopesamento os interesses colidentes e ter como objetivo último a preservação do seu conteúdo mínimo, essencial para a preservação do Estado Democrático de Direito.

É de maior proveito para a concretização dos direitos humanos que o processo de solução dos conflitos entre a liberdade de expressão com os demais direitos humanos inicialmente estabeleça garantia as liberdades para depois construir as legítimas restrições em atenção às peculiaridades de cada conflito, sob pena de acarretar insegurança jurídica.

A opinião sem amarras e manipulações na sua origem, recepção

e exteriorização, a diversidade de ideias e, principalmente, o respeito e audição das opiniões contrárias e minoritárias constituem as premissas maiores que conduziram Samanta Meyer Pflug (2012, p. 499) a asseverar que “não existe uma verdade absoluta ou incontestável que possa justificar uma limitação a liberdade de expressão do indivíduo”. A liberdade de expressão é controlada com sua ampliação, isto é, com o discurso livre, aberto e sem preconceitos.

A participação democrática no debate público, que cada vez mais é exigida do Estado que a assegure, não tolera o impedimento, a suspensão e a necessidade de autorização antecipada (licença) para a manifestação de pensamentos, ideias e opiniões. O estabelecimento de filtros na Internet para evitar eventuais lesões a direitos humanos implicaria na revogação da independência do ciberespaço, acarretando uma verdadeira pane no funcionamento da grande rede que se alimenta da interatividade e conectividade, corolários da liberdade de expressão.

Depreende-se que a liberdade de expressão e a sua interação com os direitos humanos vista nesta atual geografia humana desenhada pela mobilidade, acessibilidade, conectividade e construção colaborativa da coletividade, denominada de ciberespaço (LÈVY, 1999; CASTELLS, 2013) é o *locus* em que está emergindo um novo espírito coletivo, um novo *ethos* delineado pelas novas tecnológicas de comunicação da Internet (PÉREZ LUÑO, 2002).

3. CONCLUSÕES

A partir do estabelecimento do diálogo da liberdade de expressão e o direito de autor sob a perspectiva dos direitos humanos à luz da teoria crítica, chega-se às seguintes conclusões: (i) a garantia da liberdade de expressão, à luz da teoria crítica, acarreta a libertação e desenvolvimento dos sujeitos, na medida em que estabelecem diálogos horizontais e emancipatórios; (ii) a liberdade de expressão não representa um direito superior e absoluto, do contrário, não se pode defender a tese de que tudo pode em nome da liberdade de expressão, logo, o seu exercício e extensão

podem sofrer limitações; (iii) no processo de desenvolvimento dos direitos humanos, a liberdade de expressão acarreta o empoderamento dos sujeitos de direitos, pois estimula a livre circulação de ideias e a formação plural da opinião pública, fator condicionante da democracia e do exercício dos demais direitos humanos, e por fim, (v) o diálogo da liberdade de expressão com os demais direitos humanos deve ser entabulado a partir das diretrizes da teoria crítica dos direitos humanos, afastando-se dos ideais de universalismo, abstração, positivação e descontextualização, bandeiras da teoria tradicional, contribuindo assim para que os direitos já adquiridos sejam assegurados, bem como garantir aquisição de novos direitos, de forma que subsidiada por princípios que garantam a capacidade de compartilhamento de conhecimento e cultura sem restrição indevida decorrente dos direitos autorais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

APARICI, Roberto. **Conectividade no ciberespaço**. In: APARICI, Roberto (coordenador). **Conectados no ciberespaço**. São Paulo: Paulinas, 2012.

ARTICLE 19. **Direito ao Compartilhamento**: princípios sobre a liberdade de expressão e direitos autorais na era digital. 2013. London. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/3716/13-04-23-right-to-share-PO.pdf>>. Acesso em 01 out. 2017.

BARBERO, J. M. Desafíos Estratégicos: Sociedad De La Información y Derechos Humanos. In: MONTIEL, A. V. (Org.). **Comunicación y derechos humanos**. Colección Alternativas, 2012.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos**: paradoxos da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BORGES, R. C. B. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** de 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos:** volume I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDON, Dominique. A democracia internet: promessas e limites. Trad. Nina Vincent e Tiago Coutinho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CRESWELL, J. W. Projeto de pesquisa: método qualitativo, quantitativo e misto. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 206.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; TIBURSKI, C.; MOREIRA, Q. C. Direitos Humanos e Internet: liberdade de expressão, direito à honra e a responsabilidade civil do provedor de conteúdo no STF. In: 2 Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direito da Sociedade em Rede, 2013, Santa Maria-RS. Anais do 2 Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: GT 2 Mídia

e liberdades. Santa Maria-RS: UFSM, 2013, v. 2. p. 265-279.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. A liberdade de expressão e o direito à informação na jurisprudência do STF: comentário de três casos emblemáticos. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 1, p. 99-154, 2010.

DIMOULIS, Dimitri e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte. Fórum, 2012.

FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FARIAS. Edilsom Pereira de **Liberdade de Expressão e Comunicação. Teoria e proteção constitucional**. São Paulo: RT, 2004.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. 9. reimpr. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2000.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis: Vozes, 2001.

MEYER-PFLUG, S. R. **A liberdade de expressão na Constituição de 1988**. In: LUCCA, N. De; MEYER-PFLUG, S. R.; NEVES, M. B. B. (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao*

professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 495-507.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. **Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado**. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1-23.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1979.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. **Observación general Nº 34**. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión. ONU. Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JctThapJZwAJ:www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34_sp.doc+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **A associação obrigatória de jornalistas**. Opinião Consultiva nº 5/85. Costa Rica, 13 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaración Conjunta sobre libertad de expresión en Internet del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinion y de Expresion y la Relatora Especial para la libertad de expresión de la CIDH**. (2012). Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=888&lID=2>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de expressão, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: Altas,

2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución**. 3ª ed. Madri: Teccnos, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Internet y los derechos humanos. **Derecho y conocimiento**: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento, N°. 2, p. 101-121, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed., rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RUBIO, D. S. **Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos**. In: RUBIO, D. S. e FRUTOS, J. A. S. de. **Teoría crítica del Derecho: nuevos horizontes**. México: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2013.

SANTAELLA, Lucia. **A ecologia pluralista da comunicação: conectividade, mobilidade, equidade**. São Paulo: Paulus, 2010.

SANTOS, Boaventura de S. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 4ª edição. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Mota; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

THOMPSON, Marcelo. **Marco Civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na Internet do Brasil**. Revista

de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, p. 203-251, set./dez.2012.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. **The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet.** UN. New York, 2012. Res. A/HRC/20/L.13. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G12/147/10/PDF/G1214710.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**DIREITO DE AUTOR E OS
PRIMADOS CONSTITUCIONAIS:
Acesso à Cultura e ao
Conhecimento**

Título:

**SOBRE A APLICABILIDADE
DA FUNÇÃO SOCIAL
DA PROPRIEDADE
À PROPRIEDADE
INDUSTRIAL:
BREVES CONSIDERAÇÕES
SOBRE O CASO ANFAPE**

Patrícia Naomi Asakura



SOBRE A APLICABILIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE À PROPRIEDADE INDUSTRIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO ANFAPE

Autora: Patrícia Naomi Asakura¹

Resumo: Trata-se de um estudo sobre a proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro à propriedade intelectual das autopeças, com o objetivo de verificar se nesse caso pode haver um abuso de direito por parte de seus titulares, capaz de desencadear ofensas à livre concorrência. Por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, a partir do caso prático do processo administrativo nº 08012.002673/2007-51 desencadeado pela ANFAPE, é possível verificar a conduta de algumas montadoras de veículos que, valendo-se da tutela conferida pelo registro de desenhos industriais sobre suas peças, promovem medidas judiciais e extrajudiciais com vistas a excluir os fabricantes independentes (FIAPS) do mercado. Existe, com isso, um conflito de interesses, por um lado, as montadoras estariam exercendo seu legítimo direito de exclusividade decorrente da propriedade industrial, por outro, os FIAPS, os consumidores e a sociedade em geral seriam potencialmente prejudicados por essa prática anti-concorrencial. Conclui-se que a solução para esse conflito de interesses deve ficar adstrita aos princípios constitucionais, em especial, o princípio da função social da empresa.

Palavras-chave: Setor automobilístico. Direito concorrencial. Peças *must-match*.

¹ Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
E-mail: patricia@asakura.com.br

1. INTRODUÇÃO

Desde o ano de 2007, está em trâmite um processo administrativo decorrente da representação formulada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE), que denunciou ao CADE a conduta de determinadas montadoras de veículos que teriam utilizado os registros de desenho industrial de suas peças automotivas como um impeditivo aos fabricantes independentes de fornecerem produtos alternativos para o reparo e manutenção de seus veículos.

Trata-se de um caso que pode ter repercussões que extrapolam a órbita de seu mercado relevante, tendo em vista que seu julgamento gerará um importante precedente para a defesa (ou não) da livre concorrência no mercado brasileiro.

Embora o fundamento da propriedade industrial seja criar uma exceção dentre as práticas que caracterizam condutas comerciais desleais, a fim de franquear um monopólio com respaldo legal, não se pode dizer que o direito de propriedade intelectual existe apenas para assegurar a justa remuneração de seu titular, já que ele visa também e principalmente proteger a inovação e estimular o desenvolvimento econômico.

Assim, este trabalho se justifica pela necessidade de se debruçar sobre este caso prático, para que, diante da iminência de sua solução, seja possível ao final avaliar a adequação desse desfecho aos princípios gerais da atividade econômica no Brasil, nos termos da Constituição Federal, e em especial, no que tange à função social da propriedade.

O objetivo geral do estudo é demonstrar a possibilidade (e a necessidade) de se conciliar a propriedade industrial com a função social da propriedade.

Por sua vez, os objetivos específicos são apresentar conceitos fundamentais acerca da propriedade industrial, principalmente no que tange aos seus fundamentos e objetivos; analisar o caso ANFAPE; e, finalmente, abordar a possibilidade de conciliação entre a propriedade e o direito concorrencial, especialmente, permeando o princípio constitucional da função social da propriedade.

Para tanto, a pesquisa fará uso de documentação indireta, tanto a pesquisa documental (leis, sentenças e pareceres), quanto a bibliográfica (livros, artigos e periódicos). Além de leis, sentenças e doutrina nacional, será buscada também a literatura estrangeira sobre a matéria, principalmente, de origem norte-americana.

2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A humanidade é dotada de uma capacidade de raciocínio que lhe permite compreender o mundo e transformá-lo de maneiras inimagináveis. Assim, no transcurso de alguns séculos, os homens já cruzaram mares e continentes a bordo de caravelas, já alcançaram o espaço sideral, embarcados em espaçonaves, e já podem até mesmo dar a volta ao mundo, a qualquer momento e de qualquer lugar, apenas com um clique do mouse ou um toque na tela de seus aparelhos smartphones.

No entanto, o deslumbramento causado por essas conquistas não pode desvanecer a lembrança de que elas demandaram muitos sacrifícios, esforços e recursos, tanto de ordem intelectual, como financeira, além de inestimável tempo e muita dedicação, o que agrega ainda mais valor a cada vitória e torna imprescindível o devido reconhecimento aos responsáveis por isso, de tal modo que

o direito autoral surgiu justamente para proteger a inovação e ao mesmo tempo equilibrar a vontade do acesso público e coletivo da obra (que ocorre quando cai em domínio público) e a remuneração de seu criador para retornar o investimento feito em sua criação. Não proteger o direito autoral na Sociedade do Conhecimento é o mesmo que estimular a paralisia do pensamento. Por que criar algo se copiar é mais fácil afinal? (PINHEIRO, 2013, p. 143).

Embora o poder criativo seja inerente à humanidade, muitas vezes não se dá o devido valor e respeito aos esforços anteriormente aplicados nessa empreitada. Quanto a isso, veja-se que, com o surgimento da imprensa (DORIA, 2000, p. 137), quando uma obra literária já não mais

poderia se resumir ao único volume existente manuscrito por seu autor, percebeu-se que a obra humana não se esgota em si mesma, sendo passível de reprodução e apropriação por terceiros, ainda que de maneira injusta, sem qualquer retribuição ao legítimo autor ou proprietário da obra.

Veja-se, assim, que a propriedade intelectual ocupa-se dos bens intangíveis. No exemplo dado, quando se diz “obra literária”, não se refere mais ao livro em sua forma física, com páginas impressas, capa, contracapa e lombada, mas deve-se ter em mente aquilo que deriva do intelecto humano, ou seja, o texto em si, entendido como as ideias ali concatenadas de acordo com o estilo próprio de cada autor, que vindo a se fixar em qualquer suporte material (inclusive nos modernos e-books ou livros digitais), será inevitavelmente objeto da mesma proteção legal.

Assim, “surgia uma nova categoria de bens de natureza imaterial, tão vinculados à posse do autor, e tão dignos de tutela quanto os bens materiais de que fosse proprietário” (DORIA, 2000, p. 138). Em face de todo o investimento intelectual e financeiro, não seria justo que, por exemplo, o direito do inventor de uma determinada máquina se restringa à propriedade daquela unidade física de seu invento. A contrapartida justa para seu esforço e dedicação seria o direito sobre a invenção em si, de tal forma que um terceiro, tendo notícia sobre essa novidade, não poderia apropriar-se de sua ideia e reivindicar a autoria que não é sua.

Desta forma, com vistas a proteger o proprietário dessa nova categoria de bens, houve o surgimento do instituto da propriedade intelectual. Esse direito na verdade abrange um rol de outros direitos, conforme apresentados no artigo 2º da Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, promulgada pelo Decreto nº 75.541, de 31 de março de 1975:

ARTIGO 2.º Definições

Para os fins da presente Convenção, entende-se por: viii) «Propriedade intelectual», os direitos relativos: Às obras literárias, artísticas e científicas, Às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, Às invenções em todos os domínios da ativida-

de humana, Às descobertas científicas, Aos desenhos e modelos industriais, Às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, À proteção contra a concorrência desleal, e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Em face da infinidade dos objetos da propriedade intelectual, é cediço classificá-los em três grupos: 1) os direitos de autor e conexos, que são aqueles concedidos aos autores de obras literárias, artísticas e científicas, bem como a suas interpretações artísticas e execuções, fonogramas e transmissões por radiodifusão, além dos programas de computador; 2) a propriedade industrial, que compreende os direitos concedidos com o fim de proteger criações com aplicação industrial, como é o caso das marcas e patentes; e 3) os bens que fogem às categorias anteriores, mas que ainda assim são dignas de proteção jurídica, tratados como direitos *sui generis*, dentre os quais se podem citar as novas variedades de plantas.

Dentre os direitos de propriedade industrial, interessa a esta pesquisa principalmente o estudo do desenho industrial.

No mundo globalizado atual, onde há uma enorme variedade de produtos, muito mais acessíveis ao consumidor com o desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação, ganha ainda mais destaque o design, ou seja, a concepção do produto quanto a sua funcionalidade e, principalmente, sua forma física.

A princípio, qualquer peça de roupa deve servir ao seu fim primordial de proteger o corpo de quem a veste, contudo, o vestuário passa a ser também principalmente uma forma de expressão individual. Diante da infinidade de produtos disponíveis no mercado, muitas vezes o menor preço ou a melhor técnica já não são mais suficientes para cativar o consumidor: o que mais o atrai ao primeiro contato é uma forma, uma cor, uma estampa em especial; e esse fenômeno tem se verificado em diversos outros mercados, desde automóveis a eletrodomésticos, que podem apresentar as mesmas funcionalidades, mas variam muito quanto à sua aparência visual, e até mesmo uma embalagem diferenciada pode significar a vantagem competitiva buscada por uma empresa perante seus

concorrentes.

Esse aspecto visual de cada objeto, que o destaca e o distingue dos demais disponíveis no mercado, é objeto de proteção pelo direito, por meio do instituto do desenho industrial.

O Art. 95 da Lei nº 9279/96 dispõe que

Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

O desenho industrial trata-se, pois, de um título de propriedade cuja finalidade é conceder ao seu titular o monopólio sobre o uso, fabricação e comercialização de determinada forma ornamental de um objeto, resguardando, com isso, o legítimo proprietário de eventual uso indevido por parte de terceiros.

Da leitura do artigo supramencionado, é possível extrair três requisitos para a concessão desse direito: 1) novidade, 2) originalidade e 3) aplicação industrial.

Quanto ao primeiro requisito, a Lei nº 9279/96, em seu Art. 96, afirma que a novidade se verifica quando o desenho industrial não se encontra no estado da técnica, sendo esta tudo aquilo que já esteja acessível ao público, por qualquer meio, antes da data do depósito do pedido, seja no Brasil, seja no exterior.

Existe, contudo, um período de graça, ou seja, não será levado em conta como estado da técnica o desenho industrial cuja divulgação tenha se dado em até 180 (cento e oitenta) dias antes do depósito do pedido ou reivindicação de prioridade, conforme previsão do §3º do artigo em comento. Isso quer dizer que o próprio autor, ou outra pessoa por ele autorizada, pode proceder à divulgação de seu trabalho, por exemplo, em feiras ou eventos científicos, sem prejuízo de seu direito de registro, desde que observe o prazo legal.

Por sua vez, o quesito da originalidade é definido no Art. 97 da

mesma lei, segundo a qual, será original o desenho industrial que apresente uma configuração visual distinta em comparação aos objetos anteriores, ainda que seja resultante de uma combinação de elementos já conhecidos, mas desde que sejam respeitados eventuais direitos de terceiros sobre esses elementos.

Finalmente, o último requisito determina que o desenho industrial tenha aplicação industrial, isto é, que ele seja passível de reprodução em escala industrial. Dessa forma, um produto artesanal não seria registrável, tendo em vista que cada objeto produzido é único e nunca será totalmente idêntico aos demais, ainda que sigam um mesmo padrão. Pelo mesmo raciocínio vale observar que também não será registrável a obra de caráter puramente artístico, consoante dicção do Art. 98. Isso porque ela representa a expressão pessoal do autor e, independentemente do valor financeiro que a obra possa alcançar, esse montante muitas vezes está adstrito à sua característica de singularidade, e portanto sua proteção se dá pelo direito autoral, que independe de registro e surge com o próprio nascimento da obra.

Além disso, a mesma lei em seu Art. 100 dispõe que não se pode registrar como desenho industrial: aquilo que for contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas, ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou ideia e sentimentos dignos de respeito e veneração, nem a forma necessária comum ou vulgar do objeto ou, ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais.

Dessa leitura, vale ressaltar que o desenho industrial se restringe à disposição externa do objeto, não estendendo sua proteção a aspectos técnicos, como o processo de fabricação ou o material utilizado, nem à forma de funcionamento da coisa, tendo em vista que esses aspectos acabam sendo objeto de proteção de outras modalidades de propriedade intelectual, ou nem mesmo são passíveis de registro.

Nesse ponto, oportuno trazer a concisa diferenciação quanto a essas modalidades elaborada por Denis Borges Barbosa (2010, p. 8):

Assim, se a criação é técnica, teremos uma hipótese de patente de invenção ou de modelo industrial. Se a criação é puramente estética, sem aplicação a produto industrial, poder-se-á ter a proteção pelo Direito Autoral; tendo-se uma obra de arte aplicada, com a qualificação de poder servir de tipo de fabricação industrial, estamos no domínio do desenho industrial.

Por fim, cumpre observar que tal proteção encontra limites temporais e geográficos. Isso porque a vigência de seu registro é de 10 anos, prorrogável por até três períodos de 05 anos cada um (totalizando o prazo máximo de até 25 anos), e fica restrita à circunscrição territorial do país que concedeu esse título, nos termos do Art. 108 da lei sob análise.

Uma vez compreendidos os conceitos fundamentais acerca da propriedade industrial, principalmente no que tange aos seus fundamentos e objetivos, bem como, analisada de maneira mais detida a proteção conferida pelo desenho industrial, passa-se ao estudo do caso prático envolvendo a representação formulada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE), junto ao CADE, denunciando o possível mau uso dos registros de desenho industrial por algumas montadoras de veículos automotores.

3. CASO ANFAPE: A PROPRIEDADE INDUSTRIAL COMO UMA FERRAMENTA ANTICOMPETITIVA?

Em 04 de abril de 2007, a Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) formulou representação perante a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que culminou com a instauração do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, no qual denunciou ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) condutas anticompetitivas praticadas pelas montadoras de automóveis “Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda.”, “Fiat Automóveis S.A.” e “Ford Motor Company Brasil Ltda”.

Segundo ali consta, as empresas representadas teriam feito uso de medidas judiciais e extrajudiciais, com vistas à cessação do uso, fabricação

e comercialização pelos Fabricantes Independentes de Auto Peças (FIAPs) de todos e quaisquer desenhos industriais e marcas pertencentes às montadoras, bem como de quaisquer outros sinais e/ou designs semelhantes a estes.

Conforme discorrido na seção anterior do presente estudo, a finalidade da propriedade intelectual é justamente resguardar os direitos de propriedade e exclusividade de seu titular. Por essa linha de raciocínio, as montadoras estariam apenas exercendo o seu legítimo direito de se valerem das medidas necessárias para a proteção de seus bens imateriais. Ocorre que, segundo a ANFAPE, em sua representação, essas ações foram praticadas com evidente abuso de direito.

A fim de demarcar os limites para o exercício razoável desse direito, cumpre tecer algumas breves considerações sobre o mercado automobilístico.

Esse setor envolve, basicamente, dois mercados: o mercado primário (também conhecido como “foremarket”), no qual as montadoras concorrem entre si no fabrico e comercialização de veículos novos, e o mercado secundário (ou “aftermarket”), que abrange o comércio de peças necessárias à reparação e manutenção daqueles automóveis (MARTINS; SILVA, 2017, p. 107).

Já no mercado secundário, é possível fazer nova divisão, pois ele envolve dois tipos de peças: os componentes internos, como, por exemplo, o motor do carro, e os componentes externos, como os faróis e para-choques (MARTINS; SILVA, 2017, p. 108).

Essas peças que ficam visíveis no uso normal do veículo são denominadas “must-match”, expressão inglesa que pode ser traduzida como “combinação obrigatória”, pois, para que possam cumprir sua função reparadora do veículo, “tal peça deve se encaixar perfeitamente restabelecendo a aparência final do conjunto (veículo)” (ANFAPE, 2009, p. 12).

Desse modo, ao consumidor não resta opção senão adquirir uma peça que apresente a mesma configuração e aparência daquela que

originalmente constituía seu automóvel. Isso porque tal aquisição é motivada pelo desgaste natural ou eventual colisão do veículo, o que leva seu proprietário a buscar novas peças capazes de restaurar a aparência e utilidade anteriores a essas ocorrências.

Tal situação é distinta, portanto, daquela pessoa que compra autopeças visando personalizar o seu carro (o que se conhece por “tuning” ou “customização”), tendo em vista que, nesse caso, seu intento é justamente modificar a aparência ou performance do veículo, mediante a aquisição de peças e acessórios que não integravam o design original de fábrica.

Por outro lado, o consumidor do mercado de peças “must-match” adquiriu um veículo no mercado primário, porque dentre todas as opções disponíveis, escolheu aquele modelo em especial, mas se viu obrigado a recorrer ao mercado secundário, em razão de uma colisão automotiva, por exemplo, que desfigurou ou incapacitou seu carro e, por isso, precisa de reparos para retornar às condições que motivaram a sua compra inicial.

Em razão disso, esse consumidor não tem liberdade plena de escolha ao ingressar no mercado automobilístico pela segunda vez. Nesse momento, sua única opção é encontrar uma peça capaz de suprir funcional e visualmente a falta da peça que foi descartada sem a sua intenção.

Entretanto, as montadoras não costumam produzir por si só todas as peças que compõem os seus veículos: muitas delas são fornecidas por fabricantes especializados em determinado componente, que podem pertencer ou não ao grupo empresarial da montadora. Além disso, esses fornecedores geralmente também atuam no varejo independente, na comercialização desses mesmos produtos, porém, sob o rótulo de suas próprias marcas (MARTINS; SILVA, 2017, p. 109).

Assim, é possível verificar ao final a existência de três tipos de peças no mercado, de acordo com sua origem: quando as peças são vendidas pelas próprias montadoras em suas concessionárias, elas se denominam peças genuínas; por outro lado, quando essas mesmas peças são comercializadas pelo fabricante, sob a rubrica da marca desse fornecedor, elas recebem o nome de originais; e por fim, existem as peças paralelas ou similares,

que são produzidas por fabricantes independentes, que não têm relação com as montadoras ou com suas revendedoras autorizadas (MARTINS; SILVA, 2017, p. 109).

E são esses Fabricantes Independentes de Auto Peças (FIAPs) que são representados pela ANFAPE no caso ora em estudo.

Conforme já mencionado antes dessa breve digressão, a ANFAPE apresentou representação sustentando que três montadoras de veículos teriam praticado abuso de poder econômico, ao impor seus direitos de propriedade industrial em face dos fabricantes independentes do mercado secundário, visando impedi-los de comercializar essas peças e, com isso, eliminar a concorrência nesse setor.

No entanto, a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE), em averiguação preliminar, entendeu que as empresas representadas estavam atuando no exercício regular de seu direito e, portanto, decidiu pelo arquivamento do feito, com o consequente recurso de ofício ao CADE, além de remessa de cópia do feito ao Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual, bem como ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor.

A seu turno, o Plenário do CADE, por unanimidade, deu provimento ao recurso de ofício e determinou a instauração de Processo Administrativo, a fim de apurar possível violação, pelas representadas, ao artigo 20, incisos I, II e IV, c/c o artigo 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94, no setor de autopeças de reposição, que é o cerne da presente pesquisa.

Embora já esteja em tramitação há mais de dez anos, esse processo ainda não encontrou seu desfecho e, a depender do resultado, a decisão final poderá até mesmo afetar outros mercados, extrapolando o âmbito das autopeças, razão pela qual é de interesse sua melhor compreensão.

4. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E DIREITO CONCORRENCIAL

Em suas origens remotas, as patentes já eram concedidas na Idade média aos inventores, como uma forma de reconhecimento ao seu trabalho desempenhado pelo interesse público; consequência disso é o fato de que os prazos de proteção eram números múltiplos dos períodos de aprendizado nas guildas, o que revela o objetivo de se resguardar o uso exclusivo da invenção, enquanto esta era ensinada aos aprendizes da associação. “Essa origem remota justifica, portanto, plenamente a visão das patentes como um monopólio legal, excepcional em relação a qualquer regra concorrencial” (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 13).

Assim, pode-se dizer que o fundamento da propriedade industrial seria criar uma exceção dentre as práticas que caracterizam condutas comerciais desleais, para franquear um monopólio com respaldo legal.

Todavia, conforme já se adiantou anteriormente, a propriedade industrial não se limita a servir unicamente ao seu proprietário, pelo contrário, ela deve também (ou principalmente) servir à sociedade em geral, de maneira a conciliar esses dois grupos de interesses.

Em face disso, procede-se ao estudo da propriedade industrial, sob a ótica dos interesses de seu titular, para depois analisar o mesmo instituto sob o prisma do interesse coletivo, a fim de encontrar um ponto de equilíbrio entre ambos.

O primeiro ponto a se observar é que a principal razão ensejadora do registro de um objeto do direito de propriedade industrial é a recuperação de custos de pesquisa e desenvolvimento (P&D). Consoante já discorrido anteriormente, o surgimento de uma invenção envolve o empenho de diversos recursos, que justamente merecem uma contrapartida, que, no mundo capitalista, encontra a forma de retorno financeiro.

Desse modo, a exclusividade na exploração do invento é uma garantia de que o titular de seu direito de propriedade poderá aproveitar-se de todas as vantagens possivelmente proporcionadas pelo objeto registrado, bem como auferindo todos os proveitos realizáveis no prazo de seu monopólio.

Nas palavras de Denis Borges Barbosa (2003, p. 31):

Os direitos de propriedade intelectual, ao tornar exclusiva uma oportunidade de explorar a atividade empresarial, se aproximam do monopólio. O monopólio é a situação fática ou jurídica em que só um agente econômico (ou uma aliança entre eles) possa explorar um certo mercado ou segmento desse.

É de ver-se, portanto, que esse privilégio atribuído pela lei constitui um incentivo a inovações, tendo em vista que se apresenta como uma garantia e um estímulo àquele que pretende investir seu tempo, dinheiro e dedicação para desenvolver uma ideia.

Essa situação acaba também por refletir-se no interesse coletivo, à medida que pode servir como um fator de crescimento econômico e social, contanto que sejam observados certos parâmetros na regulamentação desse monopólio legal.

As balizas para o seu exercício se concentram na Constituição Federal: o Art. 1º, inciso IV, indica como fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, por sua vez, o Art. 170, inciso IV, dispõe 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, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência”.

Assim, é imprescindível anotar que a tutela da propriedade industrial deve necessariamente respeitar “os ditames da justiça social” e a “livre iniciativa” (ou “livre concorrência”). É dizer, em hipótese nenhuma, o monopólio legal pode ser exercido de forma desregrada, visando tão somente o atendimento dos interesses individuais de seu titular.

Nesse ponto, oportuno trazer a “equação de legitimação da propriedade intelectual” elaborada por Karin Grau-Kuntz (2010, p. 75), nos seguintes termos:

Nova informação = novo produto atrativo = consumo =
geração de capital = desejo dos concorrentes de também
lucram no mercado = incentivo para que os concorrentes
inovem = novo produto ainda melhor e mais atrativo = fo-
mento do bem estar social

Com isso, pode-se observar que esse sistema, em sua forma ideal, tende a atender tanto os interesses do titular da propriedade industrial (mediante a geração de capital), quanto os interesses coletivos (por meio do desenvolvimento econômico e social), proporcionando, assim, um equilíbrio entre as duas esferas de interesse.

Diante dessa questão, vale recordar a teoria das falhas de mercado (ou “market failure”, em sua língua original), de origem norte-americana, segundo a qual, o mercado seria capaz de se autorregular, pelo princípio da oferta e da demanda, entretanto, existem falhas do mercado que obrigam o Estado a nele interferir, a fim de restaurar seu equilíbrio.

Denis Borges Barbosa (2003, p. 73) discorre sobre essa tese da seguinte forma:

Assim, se um agente do mercado investe num desenvolvimento de uma certa tecnologia, e esta, por suas características, importa em alto custo de desenvolvimento e facilidade de cópia, o mercado é insuficiente para garantir que se mantenha um fluxo de investimento. Com efeito, a apropriação pelo concorrente da nova solução técnica permite que este reduza as margens de retorno do primeiro investidor. Quem não investe aufer, assim, maior prêmio do que aquele que realiza os gastos com o desenvolvimento da tecnologia. Temos aí a imperfeição do mercado, que desfavorece a continuidade do investimento em inovação.

Desse modo, “o mérito da teoria da market failure em matéria de propriedade intelectual é prover uma doutrina coerente para explicar como uma patente, marca ou direito autoral, sendo um monopólio ou quase-monopólio, resta compatível com os pressupostos da livre concorrência” (Denis Barbosa, 2003, p. 75).

Com efeito, a informação em si (como objeto dos direitos de propriedade industrial) é inesgotável e tende a se espalhar com facilidade, sendo, portanto, praticamente impossível contê-la, salvo na hipótese de sigilo absoluto. Disso decorre a principal diferença entre os bens materiais e imateriais, já que quanto a estes inexiste rivalidade de consumo, ou seja, a informação pode ser consumida infinitamente sem se esgotar.

Ocorre que enquanto as informações circularem livremente, elas não interessam ao mercado, em razão de não possuírem valor econômico, assim, o legislador lhes atribui exclusividade, por meio dos registros de propriedade industrial, e com isso também as submete às forças da oferta e da demanda (GRAU-KUNTZ, 2010, p. 73-74).

Diante dessa realidade, pode-se concluir que “a tensão constitucional máxima em matéria de propriedade intelectual existe entre a liberdade constitucional básica da livre cópia e o direito constitucional de exclusividade sobre as criações intelectuais” (Denis Barbosa, 2003, p. 94). E tal tensão se apresenta também no mercado de autopeças, conforme já dito em passagem anterior.

Karin Grau-Kuntz (2010, p. 79-80) sustenta que “concorrência implica necessariamente em algum grau de diferenciação entre produtos”, assim, inexistente concorrência propriamente dita no mercado de peças must-match, já que essas peças devem ser igualmente capazes de restaurar o veículo à sua forma original e, portanto, a única diferença entre si seria quanto à sua origem/fabricante.

No entanto, em sua defesa, as montadoras alegam que essa pluralidade de fabricantes, seria, em verdade, prejudicial.

Isso porque não haveria garantia de que os produtos fornecidos pelas FIAPS tenham qualidade e segurança. Contudo nem mesmo o registro de desenhos industriais é garantia desses atributos, razão pela qual não se pode dizer que sua falta esteja diretamente relacionada com esses problemas.

Situação distinta se verifica quando fabricantes independentes buscam comercializar suas peças como se fossem produtos originais. Tal prática é notadamente prejudicial, tanto para a empresa falsificada, quanto para os consumidores, que têm sua confiança traída e muitas vezes acabam com um produto de baixa qualidade. Em razão disso, essa conduta é vedada em nosso ordenamento jurídico e configura crime contra a propriedade intelectual.

Além disso, não se pode acusar os FIAPS em geral de serem

falsificadores de autopeças, tendo em vista que, via de regra, também possuem suas próprias marcas registradas e, assim, não tentam se passar por qualquer outra empresa no mercado.

O que ocorre de fato, todavia, é a utilização das marcas das montadoras de veículos, a fim de informar aos consumidores acerca da compatibilidade entre a peça paralela e o veículo original, afinal, conforme já se ressaltou extensamente, trata-se de um mercado must-match, no qual as autopeças se destinam à restauração de um determinado carro. Vale apotar que, nesse caso, quando o uso de marca alheia se dá para fins de informação, cuida-se de uma conduta legal, franqueada pelo ordenamento jurídico, conforme Art. 132, inciso II da Lei nº 9.279/96.

Outro ponto questionado pelas montadoras diz respeito à forma de produção das autopeças paralelas, especialmente quando isso se dá por meio da engenharia reversa, de modo a configurar um “free riding”².

Luca Schirru (2014, p. 272/274), em seu estudo sobre esse fenômeno no tocante aos programas de computador, verificou que a proteção desses objetos por meio do direito autoral acaba favorecendo a realização da engenharia reversa, tendo em vista que essa modalidade de direito intelectual não abrange o seu conteúdo tecnológico. Dessa forma, não seria vedado que, diante da observação de um software já existente no mercado, as empresas concorrentes se debrucem sobre ele e consigam desenvolver outro software que possua a mesma função. Pelo contrário, desde que se respeitem os direitos autorais de terceiros, tal prática pode até ser benéfica à sociedade por ensejar o desenvolvimento tecnológico.

Essa mesma situação se repete no mercado automobilístico, tendo em vista que

O lançamento de novos modelos inaugura diversos nichos no mercado de reparação. Por conseguinte, os fabricantes independentes entram na disputa desenvolvendo moldes das peças de reposição por meio do processo conhecido

2 O “freeriding” trata-se de uma falha de mercado que ocorre quando as pessoas aproveitam a possibilidade de usar um recurso ou bem sem pagar a devida contrapartida, de tal modo que alguém se beneficia do trabalho de outra pessoa injustamente, o que tende a ser visto como uma prática imoral (HARDIN, 2003, s. p.).

como “engenharia reversa”, que permite a fabricação dos produtos em escala industrial. A existência das fabricantes independentes é positiva ao mercado, uma vez que contribui para um ambiente competitivo e eficiente para o consumidor (MARTINS; SILVA, 2017, p. 108)

Não obstante os questionamentos acerca da plausibilidade desses benefícios práticos, a questão é que não existe outra maneira para o mercado secundário independente produzir as peças de colisão, tendo em vista que elas devem corresponder identicamente às peças originais, então os FIAPS necessitam estudar o veículo pronto, para assim produzirem a peça necessária ao consumidor.

A forma legítima para se produzir um determinado produto registrado seria mediante a obtenção de Licença para Exploração de Desenho Industrial (EDI). Contudo, a Lei de Propriedade Intelectual dispõe em seu Art. 68 que a patente poderá ser licenciada compulsoriamente se seu titular “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”.

Embora esteja voltado às patentes, tal raciocínio também pode ser aplicado à tutela dos desenhos industriais e a postura das montadoras parece denotar o abuso de direito de propriedade vedado pelo ordenamento jurídico.

Newton Silveira (2010, p. 108) discorre que a finalidade principal da proteção ao desenho industrial é estimular o desenvolvimento na área, o que, no caso do mercado automobilístico, tem por foco a produção de veículos, como um todo. Dessa forma, o registro de autopeças por parte das montadoras evidenciaria a má-fé dessas empresas, que extrapolam seu direito registral, buscando o monopólio também no setor secundário, e, “assim fazendo, em lugar de exercerem a função social da propriedade industrial (Constituição. Art. 5º, XXIX), praticam evidente disfunção social”.

Isso se dá porque, segundo o autor (2010, p. 117), as partes veiculares não constituem desenho industrial autônomo. Dessa forma, “mesmo que registrados tais desenhos, só podem ser interpretados em relação ao

todo e não em relação às partes fabricadas independentemente”, razão pela qual, esses registros seriam nulos e ineficazes perante os fabricantes independentes.

Nos termos do que a ANFAPE (2009, p. 05) aduz:

Não se pode extrair do caso vertente (sobreposição dos interesses da indústria automobilística) qualquer limitação ou impedimento à fabricação de cada unidade parcial (peça de reposição) de um produto complexo (automóvel) para fins exclusivos de substituição, sob pena de se inviabilizar o mercado de reposição de autopeças, o que notoriamente colide com os objetivos constitucionais, sobretudo a função social da propriedade (art. 5º, incisos XXIII e art. 170, incisos III) e a defesa indeclinável dos consumidores (art. 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V). Frise-se que a proteção decorrente do registro de desenho industrial de autopeças deve conferir tão somente proteção do design do resultado final da obra (automóvel) e não de cada uma de suas partes para efeito do mercado de reposição.

Portanto, muito embora o INPI conceda o registro de desenho industrial para as autopeças e independentemente da legalidade ou não dessa proteção, o exercício desse direito deve respeitar os preceitos constitucionais da função social da propriedade e da defesa dos consumidores.

Quanto à proteção consumerista, a maior preocupação envolve o denominado efeito “Lock in”, que ocorre no comércio de bens duráveis que exigem manutenção periódica e serviços de reparos, de tal modo que o consumidor fica “preso” (tradução livre da expressão inglesa “lock in”), isto é, acaba vinculado ao fabricante do produto que adquiriu para conseguir as peças e serviços de manutenção eventualmente necessários, não lhe restando qualquer liberdade de escolha quanto ao fornecedor (FRAZÃO, 2009, p. 15).

Essa situação é perigosa, pois a ausência de competição pode acarretar a elevação dos preços, em prejuízo dos consumidores.

Consoante já exposto, o monopólio legal se destina à recuperação dos investimentos aplicados no desenvolvimento do produto. Entretanto,

no mercado automobilístico, o retorno desse capital tende a se dar no setor primário, com a venda do veículo novo, até porque não há garantia de que o consumidor venha a necessitar do setor secundário, de tal modo que seria insensato atribuir a compensação de custos a receitas duvidosas.

Quanto a isso, Karin Grau-Kuntz (2010, p. 81) observa que a presunção de que a indústria automobilística repassaria os custos de inovação de peças must-match ao setor secundário só pode levar à conclusão de que sua justificativa é a busca do lucro fácil. Isso porque, ao invés de disputar o mercado primário, onde regem as regras da livre concorrência e, portanto, os preços são ajustados conforme essa ordem, a montadora recorre ao setor de reposição, já que ali tem o lucro certo e sem concorrentes, pois ela já ganhou seu cliente quando fez a venda do veículo “zero km”.

Além dos prejuízos financeiros aos clientes, o abuso do direito de monopólio pode provocar também a baixa oferta de autopeças (já que passariam a existir apenas os fornecedores de autopeças genuínas), questionamento da qualidade dos produtos (já que a ausência de competição é um desestímulo à melhoria constante) e a escassez de produtos (em razão da preferência das montadoras em utilizar as peças na fabricação de novos carros, em vez de vendê-los separadamente no mercado de reposição) (MARTINS; SILVA, 2017, p. 110-111).

Tais implicações práticas evidenciam claramente a ocorrência de infração econômica, conforme definida pelo Art. 36 da Lei nº 12.529/2011:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Com efeito, ao longo do presente estudo, foram levantadas questões que se encaixam a cada um desses quatro incisos, o que evidencia a

ilicitude das condutas da indústria automobilística.

Além disso, o outro parâmetro constitucional para o exercício da exclusividade legal consiste na observância da função social da propriedade, como princípio norteador da ordem econômica nacional, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assim arrolada no inciso III do Art. 170 da Constituição Federal.

Conforme já se discorreu anteriormente,

A raiz histórica e os fundamentos constitucionais da propriedade intelectual são muito menos naturais e muito mais complexos do que a da propriedade romanística; como se verá, disto resulta que – em todas suas modalidades – a propriedade intelectual é ainda mais funcional, ainda mais condicionada, ainda mais socialmente responsável, e seguramente muito menos plena do que qualquer outra forma de propriedade. (BARBOSA, 2003, p. 27)

Desse modo, é indispensável que a propriedade intelectual seja exercida com a estrita observância de sua função social, visando o respeito e a valorização da livre iniciativa e dos consumidores.

Assim sendo, pode-se dizer que a função social da propriedade tem por base “a preocupação de que os direitos subjetivos possam e devam ser instrumentos de construção de uma sociedade mais justa e solidária, resgatando o compromisso dos mesmos com a liberdade e a emancipação não apenas dos seus titulares, como também dos demais membros da sociedade” (FRAZÃO, 2009, p. 13).

De igual modo, a empresa também possui uma função social, “que exige que os empresários exerçam sua livre-iniciativa sem causar danos desnecessários ou desproporcionais aos envolvidos, especialmente aos outros concorrentes e aos consumidores” (FRAZÃO, 2015, p. 451).

Em face dessa dupla dimensão, é de ver-se que, de maneira nenhuma, o exercício do direito de propriedade industrial pode se esquivar da observância de sua função social, tanto como atributo inerente à propriedade, quanto pelo fato de que seu titular é uma empresa que também se submete a esse princípio.

Embora ainda não tenha havido uma conclusão definitiva para o processo administrativo, ora denominado caso ANFAPE, certo é que, independentemente de quem venha a conseguir o direito de atuar no aftermarket, essa empresa só poderá fazê-lo mediante a observância da função social da propriedade e da empresa, o que perpassa por todos os questionamentos levantados nesse estudo.

Ou seja, a conclusão a que se chega é que, da mesma forma que a propriedade já não pode mais servir unicamente ao seu titular, a empresa também não pode guiar-se apenas pela consecução do lucro, e, desse modo, a propriedade industrial deve observar a função social em dupla medida, adotando para si como valores mais caros o respeito e a valorização dos consumidores, bem como de seus concorrentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou analisar se a propriedade industrial pode ser desvirtuada de seu objetivo principal, qual seja, estimular o desenvolvimento científico e tecnológico, a ponto de servir como um mecanismo legal para a prática de condutas anticompetitivas e desleais e, em caso positivo, verificar se a função social da propriedade poderia ajudar a esclarecer esse problema.

A partir da análise do caso ANFAPE, verificou-se que a propriedade industrial pode sim servir como um mecanismo propício e legal para o desenvolvimento de condutas anticompetitivas e desleais. Muito embora ainda não tenha sido alcançado o desfecho definitivo para o processo administrativo em questão, a decisão mais recente ali proferida parece caminhar no sentido de que o exercício do monopólio legal deve estar coadunado com os princípios constitucionais.

Desse modo, o resgate da função social da propriedade e sua aplicação à propriedade industrial poderiam nortear o seu uso de modo a se conciliar os direitos dos titulares de propriedade industrial com os interesses das demais empresas, dos consumidores e da sociedade em geral.

A despeito disso, é possível que ao final do trâmite do caso ANFAPE, seja alcançada a conclusão de que o monopólio é consequência natural do regime de propriedade industrial, ou até mesmo, o verdadeiro objetivo de sua aplicação prática, de tal modo que isso não se trataria de uma decorrência nefasta capaz de implicar na prática de concorrência desleal.

Outra variável se relaciona à inaplicabilidade do princípio da função social da propriedade ao instituto em comento, tanto por sua incompatibilidade prática, quanto por empecilhos legais. Finalmente, é possível que já existam alternativas para conciliar a propriedade industrial e o direito concorrencial, que não levem em consideração a função social da propriedade.

É de ver-se, portanto, que o caso prático ora analisado ainda pode apresentar muitas variantes com o desenvolvimento de seu estudo, que podem se estender para além da decisão definitiva do processo administrativo, tendo em vista que esta criará um precedente que poderá ser benéfico ou prejudicial ao direito concorrencial.

De todo modo, a conclusão provisoriamente obtida no presente trabalho foi a de que a propriedade industrial não deixa de ser uma forma de direito de propriedade e, assim, deve ser exercida com a estrita observância dos ditames constitucionais, com vistas à promoção do bem estar social, por meio do atendimento à livre iniciativa e a função social da propriedade e da empresa.

6. REFERÊNCIAS

ANFAPE. **Representação**. Repte: Associação Nacional de Fabricantes de Autopeças - ANFAPE. Repdos: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda, Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda. 4 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.anfape.org.br/imagens/Representacao-CADE-04-04-07.pdf>>. Acesso em: 28 Mai. 2017.

_____. **Representação**. Repte: Associação Nacional de Fabricantes de Autopeças - ANFAPE. 13 mar. 2009. Disponível em: < <http://www>.

anfape.org.br/imagens/Representação-Consumidor%20MPF-RS%2013-03-2009.pdf>. Acesso em: 28 Mai. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Segunda Edição. Revista e Atualizada. 2003. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 24 Set. 2017.

_____. **Da nossa proposta de mudança das normas brasileiras relativas aos desenhos industriais**. 2010. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/proposta_mudanca_normas_brasileiras_di.pdf>. Acesso em: 28 Mai. 2017.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51**. Repte: Associação Nacional de Fabricantes de Autopeças - ANFAPE. Repdos: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda, Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda. Rel.: Cons. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. J.: 15/12/2010. Disponível em: <<http://www.anfape.org.br/imagens/Voto-Conselheiro-Carlos-E-J-Ragazzo15-12-10.pdf>>. Acesso em: 28 Mai. 2017.

_____. **Nota Técnica nº 15/2016/CGAA1/SGA1/SG/CADE**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Disponível em: <<https://goo.gl/AyJeuN>>. Acesso em: 28 Mai. 2017.

DORIA, Dylson. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRAZÃO, Ana. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: **Direito Civil Contemporâneo**. VIEGAS, Frederico (Org.). 1ª ed. Brasília: OBCursos Editora, 2009.

_____. Direito Concorrencial das Estruturas. In: **Tratado de direito comercial**, volume 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência. COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). São Paulo: Saraiva, 2015.

GRAU-KUNTZ, Karin. O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis. In: **Revista Eletrônica do IBPI**, São Paulo, Revel, Especial, Artigos publicados na plataforma IBPI. 2010. Disponível em: <http://ibpieuropa.org/?media_dl=327>. Acesso em: 28 Mai. 2017.

HARDIN, Russell. “The Free Rider Problem” in **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 21 Mai. 2003. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/free-rider/>>. Acesso em 28 Mai. 2017.

MARTINS, Diogo Lucas Martins; SILVA, Leandro Novais e. O caso ANFAPE: o que nos diz a experiência internacional. In: **Revista de Defesa da Concorrência - RDC**, Vol. 5, nº 1. Maio 2017. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/download/316/155>>. Acesso em: 28 Mai. 2017.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, direito concorrencial e interesse público. In: **Revista CEJ**, Brasília, n. 35, p. 12-19, out./dez. 2006.

SCHIRRU, Luca. A engenharia reversa de programas de computador no Brasil. Uma análise a respeito da viabilidade legal. In: **Anais do VIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. WACHOWICZ, Marcos; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; STAUT JR, Sérgio; COSTA, José Augusto Fontoura (coord.). Curitiba: GEDAI/UFPR, 2014.

SILVEIRA, Newton. O abuso das montadoras face às fabricantes independentes de autopeças. In: **Revista Eletrônica do IBPI**, São Paulo, Revel, Especial, Artigos publicados na plataforma IBPI. Jan/2010. Disponível em: <http://ibpieuropa.org/?media_dl=280>. Acesso em: 28 Mai. 2017.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**DIREITO DE AUTOR E OS
PRIMADOS CONSTITUCIONAIS:**

Acesso à Cultura e ao
Conhecimento

Título:

**OS FUNDAMENTOS
CONSTITUCIONAIS DO
ACESSO ABERTO**

Wemerton Monteiro Souza



OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO ACESSO ABERTO

Autor: Wemerton Monteiro Souza ¹

Instituição: Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios (UFRRJ-ITR)

Resumo: Tendo em vista a importância do acesso aberto para difundir o conhecimento científico, buscou-se analisar os principais direitos fundamentais, previstos na Constituição brasileira de 1988, que sustentam a necessidade de promover e viabilizar o referido movimento. Os direitos fundamentais de acesso à informação, à educação e à cultura são normas constitucionais que defendem a dignidade da pessoa humana e, como toda norma constitucional, devem ser observados pelos Poderes constituídos e pela administração pública, direta e indireta, em todas as suas esferas. Em um segundo momento, elaborou-se, no presente estudo, uma breve análise de algumas decisões relevantes do STJ sobre o tema em questão. Tais decisões mostram a possibilidade de uma harmonização entre os Direitos Autorais e o Acesso Aberto ao Conhecimento. Recorreu-se, majoritariamente, a artigos científicos que versam sobre o tema “Acesso Aberto ao Conhecimento Científico”, bem como livros, nacionais e estrangeiros, nas temáticas de Direitos Fundamentais e Direitos Autorais.

Palavras chave: Acesso Aberto. Direitos Autorais. Direitos Fundamentais.

¹ Acadêmico de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ – ITR). Bolsista e pesquisador de Iniciação Científica do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. E-mail wemertonmonteiro@hotmail.com. CV Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8130172Y8>.

1. INTRODUÇÃO

O movimento de Acesso Aberto nasceu da vontade de pesquisadores e cientistas de publicarem os resultados de suas pesquisas em revistas científicas sem a necessidade de pagamento para a publicação ou pelo acesso às pesquisas. Estes pesquisadores almejavam a difusão do conhecimento científico e do desenvolvimento social alinhado ao desenvolvimento tecnológico, isto é, a internet, marco histórico das transformações das tecnologias da informação e comunicação (TIC) para toda a sociedade e, particularmente, para a Ciência da Informação.

A internet², como mecanismo de comunicação, tornou-se suporte para a difusão e consolidação desse movimento em diversos países. Além disso, possibilitou a eliminação de barreiras de acesso ao material científico, viabilizando, desse modo, a difusão da literatura científica por via eletrônica e em escala global.

O movimento de acesso aberto busca promover um acesso livre e irrestrito às publicações científicas e, como consequência, o enriquecimento da pesquisa e da educação, bem como o desenvolvimento social firmado no diálogo intelectual entre os mais diversos atores do mundo acadêmico e científico.

Infere-se, assim, que a internet e as demais TICs propulsionaram o aprofundamento da interação social, cultura, política e econômica, e, desse modo, romperam com a estrutura tradicional de difusão e absorção da literatura científica. Além disso, nesse novo cenário foi redesenhada a comunicação científica e criados novos anseios sociais a serem atendidos.

2 Segundo SARMENTO E OUTROS, “O desenvolvimento das tecnologias de informação proporcionou o surgimento de novos modelos de publicação, especialmente a publicação tendo como suporte a Internet. O acesso em linha ao texto completo conquistou rapidamente o interesse de todos os envolvidos no processo de comunicação, ou seja, produtores, consumidores, bibliotecários e editores. Surgiu então o movimento que defende o acesso livre às publicações científicas, que vem ganhando adeptos e suporte governamental em todo o mundo”. SARMENTO, Fernanda; MIRANDA, Ângelo; BAPTISTA, Ana Alice; RAMOS, Isabel. Algumas considerações sobre as principais declarações que suportam o movimento Acesso Livre. In: World Congress on Health Information and Libraries, 2005. Salvador, Bahia, Brasil, p. 8. Anais. 2005. Disponível em: <<http://eprints.rclis.org/8512/>>. Acessado em: 20 jun. 2017.

Inevitável que o Direito, como significativo mecanismo de intervenção social, deve aperfeiçoar-se para abarcar os mais singulares casos que emergem desses novos embates.

O direito ao acesso à educação, à informação e à cultura, estão previstos em tratados internacionais de direitos humanos e na Constituição brasileira. Tais direitos são imprescindíveis para o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Segundo STEINMETZ (2013, p. 301)³, o acesso à informação “contribui para o livre, consciente e responsável desenvolvimento da personalidade”.

Neste contexto, o objetivo principal do presente estudo é aprofundar a análise dos fundamentos constitucionais do acesso aberto ao conhecimento científico, uma vez que os direitos fundamentais vinculam a atuação do Poder Público, incidem sobre as relações privadas e devem ser observados pelos membros da sociedade. Além disso, analisou-se algumas decisões do STJ sobre a aplicação da interpretação extensiva das limitações dos direitos autorais.

Em relação à metodologia empregada, o tema do presente trabalho é de uma origem recente e, desse modo, não há uma legislação concernente ao assunto nem um número substancial de estudos sobre sua fundamentação constitucional. Sendo assim, fez-se um levantamento documental e teórico mais amplo sobre o tema para alcançar os objetivos estabelecidos.

Utilizou-se como fontes de pesquisa, majoritariamente, artigos científicos que versam sobre o tema em questão: Acesso Aberto ao Conhecimento Científico. Ademais, recorreu-se a livros, nacionais e estrangeiros, que versam sobre Direitos Fundamentais e Direitos Autorais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: ACESSO À INFORMAÇÃO, À EDUCAÇÃO E À CULTURA.

Os direitos fundamentais, individuais ou coletivos, são normas

3 CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

que devem ser cumpridas, garantidas e promovidas pelo Estado e pela própria sociedade, uma vez que a Constituição, Lei Maior, deve ser indubitavelmente aplicada, sob pena de vício de inconstitucionalidade⁴. Considerando esta premissa, o objetivo desse tópico é, justamente, abordar os principais fundamentos de validade constitucional para o acesso aberto ao conhecimento científico e, desse modo, evidenciar a importância da promoção e aplicação dos preceitos do acesso aberto.

Uma abordagem geral é necessária para mostrar a importância do acesso aberto para concretizar os fundamentos e objetivos do Estado Brasileiro. A seguir são abordados artigos específicos da Constituição Federal brasileira que são bases justificadoras para o desenvolvimento do Acesso Aberto e, por fim, a competência constitucional para aplicar tais direitos.

O neo-constitucionalismo foi o principal responsável pelo reconhecimento e incorporação dos direitos fundamentais aos ordenamentos jurídicos. Como assevera CANOTILHO (2003, p. 378)⁵, “a constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos”.

Nesse contexto, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito⁶ que tem como fundamentos a

4 Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “o princípio da supremacia da constituição significa que a constituição e, em especial, os direitos fundamentais nela consagrados situam-se no topo da hierarquia do sistema normativo, de tal sorte que todos os demais atos normativos, assim como os atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário (mas também e de certo modo todo e qualquer ato jurídico), devem ter como critério de medida a constituição e os direitos fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

5 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria Constitucional. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003.

6 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 20 jun. 2017.

dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). A dignidade da pessoa humana é entendida como um valor intrínseco de todos os seres humanos que, no plano jurídico, está na origem de um conjunto de direitos fundamentais, como o direito à vida, à igualdade, à integridade física e psíquica, entre tantos outros⁷. Segundo BARROSO (2014, p. 45)⁸, “como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais”.

Na mesma esteira aduz SARLET (2013, p. 127)⁹:

Embora na ordem constitucional brasileira, especialmente em face da amplitude do catálogo constitucional, nem todos os direitos fundamentais tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana (o que não lhes retira necessariamente a condição de direitos fundamentais), segue sendo correta a afirmação de que, em sua maioria, os direitos fundamentais constituem, em maior ou menor medida, explicitações, ou, como preferem outros, densificações do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito de acesso à cultura, à informação, à educação e ao conhecimento científico também são direitos fundamentais necessários à formação da identidade individual de cada ser. O acesso aberto é, assim, instrumento capaz de concretizar valores indispensáveis da constituição da identidade humana.

Além disso, o legislador constituinte preocupou-se em criar diretrizes para atenuar as desigualdades em nossa sociedade, visando ensejar a criação de uma sociedade livre, justa e solidária. Dirimir as desigualdades fáticas de oportunidade é um dos caminhos para se garantir o desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil¹⁰.

7 BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Brasília: Ed Fórum, 2014, p. 72.

8 BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

9 CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

10 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre,

Percebe-se, assim, que os objetivos do acesso aberto estão consonantes com os objetivos fundamentais do nosso Estado. O acesso livre à literatura científica possibilita um maior diálogo entre os pesquisadores de diversos países, ensejando, assim, um desenvolvimento mais célere da pesquisa científica e, conseqüentemente, do próprio país. Sem dúvidas, esse diálogo livre e gratuito entre os pesquisadores concretiza o próprio Princípio da Solidariedade, elencado no artigo 3º, I da CRFB/88.

Entende-se, ainda, que o acesso aberto ao conhecimento científico, em última análise, atende o disposto no Parágrafo Único do artigo 4º da CRFB/88¹¹, pois a comunicação livre dos resultados da pesquisa científico entre os povos da América Latina possibilita a integração social e cultural dos mesmos. Os avanços e descobertas científicas produzidos no Brasil, segundo as diretrizes do acesso aberto, poderão ser utilizados por outros países e, dessa forma, permitirão o desenvolvimento em diversas áreas do conhecimento, além de ampliarem a visibilidade da informação científica brasileira.

. Vale ressaltar que não é objeto do presente trabalho esgotar os fundamentos de validade jurídica do acesso aberto, mas, tão somente, estruturar sistematicamente os direitos fundamentais e sociais que asseguram a promoção, difusão e proteção ao movimento em questão,

justa e solidária; Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 20 jun. 2017.

11 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 4º Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 jun. 2017.

como nos direitos de acesso à Informação¹², Cultura¹³ e a Educação¹⁴.

O direito de acesso à informação¹⁵ é garantido no art. 5º, XIV da CRFB. O constituinte originário preferiu diferenciar a liberdade de informar, vinculado aos meios de comunicação social (arts. 220 a 224 da CRFB), do direito fundamental de acesso à informação, previsto no rol dos direitos fundamentais e compreendido como um direito coletivo. Assim, é garantido a todos o direito de acesso à informação. Para SILVA (2013)¹⁶, “é o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, ideias e pensamentos, veiculados pelos meios de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixara de ser mera função individual para tornar-se função social”.

Segundo STEINMETZ (2013, p. 301)¹⁷,

o direito de acesso à informação protege, *prima facie*, as ações ou condutas de procura, levantamento, consulta, pesquisa, coleta ou recebimento de informações. A pessoa tem um direito a que o Poderes Públicos e, em certos casos, também os particulares não obs-

12 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º - XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 jun. 2017.

13 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 215. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 jun. 2017.

14 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 jun. 2017.

15 Segundo Wilson Steinmetz, a Constituição não definiu o que é informação. Nesse caso, utilizando de uma interpretação ampla do termo, informação é “qualquer juízo de fato ou de valor sobre pessoas, coisas, fatos, relações, ideias, conceitos, representações, opiniões, crenças, etc”. CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 301.

16 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 263.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

taculizem ou impeçam essas ações. Trata-se de direito de defesa. Assevera o mesmo autor, ainda, que

o direito fundamental de acesso à informação contribui para a livre formação das ideias, opiniões, avaliações, convicções e crenças da pessoa sobre assuntos ou questões de interesse público, relativos ao Estado e à sociedade civil, e de interesse individual ou de grupo. Contribui para o livre, consciente e responsável desenvolvimento da personalidade” (SEINMETZ, 2013, p. 301)¹⁸.

Nessa lógica, o acesso aberto ao conhecimento científico cumpre uma função social e não um mero exercício individual de informar. Ele concretiza o direito de acesso coletivo à informação científica, além de permitir o avanço das pesquisas científicas através das trocas de informações e de dados científicos.

Em relação ao direito de acesso à educação (art. 6º da CRFB/88)¹⁹, tal garantia é um direito social, de segunda dimensão, que foi querido pelo constituinte originário. A educação é necessária para o desenvolvimento pessoal da criança e do adolescente tanto para sua interação social quanto para sua inserção no mercado de trabalho. Nesse sentido, afirma MALISKA (2013, p. 1964)²⁰ que “o direito do pleno desenvolvimento da personalidade humana consiste em formar indivíduos capazes de autonomia intelectual e moral e respeitadores dessa autonomia em outrem, em decorrência precisamente da regra de reciprocidade que a torna legítima para eles mesmos”.

Segundo PIAGET (1973, p. 39)²¹, “o indivíduo não poderia adquirir suas estruturas mentais mais essenciais sem uma contribuição exterior, a exigir um certo meio social de formação, e que em todos os

18 Idem.

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 jun. 2017.

20 CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

21 PIAGET, Jean. Para onde vai a educação?. Tradução portuguesa por Ivette Braga. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1973.

níveis (desde os mais elementares até os mais altos) o fator social ou educativo constitui uma condição do desenvolvimento”.

Ademais, a educação é imprescindível ao preparo para o exercício da cidadania. Nos ensinamentos de HESSE (1998, p. 133)²², a democracia é “um assunto de cidadãos emancipados, informados, não de uma massa de ignorantes, apática, dirigida apenas por emoções e desejos irracionais que, por governantes bem intencionados ou mal intencionados, sobre a questão do seu próprio destino, é deixada na obscuridade”.

Esse direito é de competência comum entre os entes federativos, onde os mesmos devem proporcionar os meios de acesso à educação. A Constituição, ainda, vincula a própria sociedade para atuar, juntamente com Estado, na concretização desse direito. Assim, é dever do Estado e da família, bem como da sociedade, proporcionar o acesso à educação, visto que ele é necessário para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205 da CRFB/88)²³.

Segundo SARLET e OUTROS (2015, p. 664)²⁴, “o art. 205 também assume afeição de norma impositiva de tarefas e objetivos aos órgãos públicos e, em especial, ao legislador, servindo, além disso, como parâmetro obrigatório para a aplicação e interpretação das demais normas jurídicas [...]”.

Percebe-se que o direito à educação é querido pelo legislador constituinte e, nesse sentido, o acesso aberto busca romper com as barreiras econômicas que impedem o acesso ao material científico produzido, principalmente, por órgãos financiados por verbas públicas.

22 HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Reck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

23 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 jun. 2017.

24 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

Assim sendo, o Acesso Aberto pode ser considerado como instrumento necessário para impulsionar e expandir o direito à educação, uma vez que o diálogo científico é fundamental para sua efetivação.

Por fim, o direito à cultura também é outra garantia à pessoa humana que tem ligações estreitas com o acesso aberto. Como expõe SOUZA (2012, p. 54)²⁵, “o exercício dos direitos culturais é imprescindível para o desenvolvimento sadio e integral da personalidade humana, tanto por serem as experiências culturais constitutivas das identidades como instrumentos de socialização”.

O constituinte de 1988 dispôs no art. 215 da CRFB/88 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”. Segundo MOLINARO e DANTAS (2013, p. 1982)²⁶,

a expressão cultura utilizada pelo constituinte de 1988 tem endereço certo, dirigindo imediatamente a significação das capacidades do fazer humano e todas as suas manifestações, espirituais, artísticas, intelectuais e científicas, bem como a formação de uma *subconstituição* cultural, que pode inclusive caracterizar um *Estado de Cultura*, onde a expressão máxima está vinculada ao acervo comum da identidade de cada um dos grupos que coopera para a identidade nacional, desde suas memórias históricas, condições éticas, produção artística, intelectual, filosófica e sociológica.

Nesse contexto, o acesso aberto visa garantir o direito de acesso à cultura, visto que a desburocratização dos meios de comunicação informacional, rompendo, principalmente, os óbices econômicos, garantirá o maior exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional e internacional. É indiscutível, no âmbito científico, que a troca de material científico, em todos suas vertentes, é importante tanto para o sólido desenvolvimento dos trabalhos e resultados das pesquisas científicas, bem como para incentivar uma valorização e difusão das manifestações culturais.

25 SOUZA, Allan Rocha de. Os Direitos Culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012, p. 46.

26 CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Além disso, o protecionismo exacerbado dado aos direitos patrimoniais do autor, pela legislação vigente, acaba dificultando o acesso das pessoas às obras artísticas, científicas e literárias. Desse modo, o pleno desenvolvimento da pessoa humana fica comprometido e o conteúdo da obra não atinge o seu real potencial de difusão, não cumprindo o disposto no art. 215 da CRFB/88.

Assim sendo, o acesso aberto pode e deve ser entendido como necessário para o completo desenvolvimento da pessoa humana enquanto membro do corpo social. Ele permite o desenvolvimento educacional, informacional e cultural dos indivíduos e é imprescindível tanto às relações interpessoais como à formação profissional adequada ao mercado de trabalho. Como acentua SOUZA (2012)²⁷, o acesso à cultura é essencial à formação da pessoa humana e indispensável para uma vida digna, bem como “à construção das identidades, onde o particular e o social se encontram, à inclusão e exercício da cidadania cultural, à capacitação para o diálogo intercultural e ao desenvolvimento socialmente sustentável”.

3. O ACESSO ABERTO E A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL

Os direitos fundamentais garantidos na Constituição brasileira são parâmetros de organização, limitação e conservação dos entes federativos, de seus respectivos poderes e das instituições públicas a eles vinculados.

A competência constitucional é um mecanismo pelo qual o legislador constituinte repartiu tais deveres, direitos e obrigações entre seus entes federativos. A competência pode ser classificada em *comum* ou *concorrente*. A competência comum permite que os entes combinem esforços para fomentar interesses constitucionais. A regra é a cooperação entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, mas se houver conflitos de interesse deverá prevalecer os interesses da União, pois

27 SOUZA, Allan Rocha de. Os Direitos Culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012, p. 46.

os mesmos são mais amplos em relação aos dos Estados, mais restritos²⁸.

A competência concorrente é a competência para legislar, que está prevista no art. 24 da Lei Maior, onde cabe à União legislar as normas gerais e aos Estados-membros e ao Distrito Federal as normas específicas. É nesse sentido a redação do §2º do referido artigo, pois afirma que os Estados-membros e o Distrito Federal possuem competência suplementar²⁹.

Em relação à competência constitucional para promover os direitos que fundamentam o acesso aberto, o artigo 23, V da Constituição afirma que é competência comum dos entes federativos *proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação* (art. 23 da CRFB/88)³⁰. Tendo em vista que o acesso aberto é um instrumento que permite a concretização dos referidos direitos, cabe a todos os entes federativos a sua promoção. Portanto, podemos inferir que além do direito de acesso ao conhecimento científico ser fundamental, ele é de competência comum dos entes federados.

Além disso, a Constituição dispõe, em seu art. 24, IX³¹, que a competência legislativa sobre tais matérias é concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal. Percebe-se que somente os Municípios não possuem competência para legislar sobre “educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação”, contudo, aos mesmos é assegurado a competência para proporcionar os meios que concretizem o acesso aberto, como fora

28 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10º ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 840.

29 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 jun. 2017.

30 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 jun. 2017.

31 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 jun. 2017.

explicado.

Está claro que o legislador constituinte preocupou-se com o acesso à informação científica, visto que o mesmo é fundamental para a concretização de um real acesso à educação, à cultura, à ciência, à pesquisa, ao desenvolvimento, à inovação e a tantos outros direitos imprescindíveis à formação da identidade humana. Nesse sentido, cabe ao Estado garantir, incentivar e promover o acesso aberto, uma vez que a Constituição dispõe, em seu art. 218, que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”.

4. O ACESSO ABERTO E OS DEVERES DOS PODERES E INSTITUIÇÕES

Como já visto, o legislador constituinte dispôs que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (art. 23, inciso V da CRFB). Já a competência legislativa sobre tais matérias é concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal (art. 24, IX da CRFB).

Com efeito, é dever do Poder Legislativo editar normas que regulamentem o direito de acesso ao conhecimento científico, visto que a atuação do legislativo pode impor às instituições públicas de pesquisa a observância às diretrizes do Acesso Aberto ao Conhecimento Científico. Por mais que o legislador tenha a tarefa de restringir o direito de acesso ao conhecimento científico para garantir e conservar os direitos dos autores, terá de respeitar o núcleo básico ou essencial daquele, não podendo o legislador ficar inerte de tal maneira que torne impraticável o exercício do direito de acesso, e vice-versa.

O legislador, como os demais poderes, órgãos e instituições públicas, está vinculado a todos os direitos fundamentais estampados na Constituição

e, como ensina BRANCO (2015)³², “há de se respeitar o núcleo essencial do direito, não se legitimando a criação de condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o direito previsto pelo constituinte”. Dessa forma, não poderá o legislador legitimar condições desproporcionais que garantam o exercício do direito de autor, mas não conservam a essencialidade do núcleo do direito de acesso ao conhecimento. Contudo, quando se trata da difusão da literatura científica, isto é, do direito de acesso ao material científico, o legislador brasileiro aparenta não querer enfrentar a questão. Pelo menos essa impressão foi observada em relação às propostas e trâmites legislativos que enfrentaram este assunto.

Em relação ao Poder Executivo, também vinculado aos direitos fundamentais, é essencial notar que tanto as pessoas jurídicas de direito público, como as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público devem interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais dispostos na Constituição. Segundo BRANCO (2015)³³, “A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais”. Sendo assim, cabe às instituições públicas e as privadas que exerçam função pública a concretização, promoção e a manutenção do direito de acesso ao material científico, pois o direito de acesso é um direito fundamental que deve guiar a atividade administrativa.

Ao Poder Judiciário cabe a tarefa de defender os direitos fundamentais de qualquer violência efetiva ou de mera ameaça de violência que eles possam sofrer. Os juízes e os tribunais detêm o poder-dever de garantir a soberania da constituição, ou seja, defender os direitos fundamentais é pressuposto básico da função jurisdicional³⁴ (art. 5º, XXXV, CF).

32 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10º ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 148.

33 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10º ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 149.

34 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 jun. 2017.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 jun. 2017

Nesse sentido, as decisões judiciais devem sempre solucionar os litígios que envolvem direito autoral e direito de acesso ao material científico no sentido de não esgotar ou esvaziar o núcleo essencial de nenhum desses direitos.

Por fim, cabe as instituições de pesquisa, públicas e privadas, a criação de seus próprios repositórios institucionais de acesso aberto. Os repositórios institucionais reúnem toda a produção científica ou acadêmica, em formato digital, desenvolvida na instituição de pesquisa. Todavia, a simples criação dos repositórios não é suficiente, uma vez que os mesmos não são autossustentáveis. Deve-se, também, desenvolver uma política institucional de acesso aberto para regulamentar, através de seu texto, os pontos fundamentais que possibilitem uma existência substancial e funcional do respectivo repositório institucional. Assim, ela irá dispor sobre os direitos e deveres dos autores, as licenças de uso, termos e condições, a obrigatoriedade do depósito, entre outros tantos pontos cruciais.

5. DIREITO AUTORAL E ACESSO ABERTO AO CONHECIMENTO: UMA HARMONIZAÇÃO POSSÍVEL

A constitucionalização do Direito, imposta com a promulgação da Constituição da República de 1988, exigiu uma renovação na dogmática de diversos setores do Direito. O Direito Civil, especialmente, sofreu profundas transformações à luz dos valores constitucionais, bem como superou a clássica dicotomia entre direito público e privado.

Segundo BODIN DE MORAES (2010, prefácio), o chamado direito civil constitucional³⁵ é caracterizado, entre outros aspectos, pelos

35 Ver, por todos, sobre a doutrina do direito civil-constitucional: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., ver. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Para uma compreensão mais aprofundada sobre a chamada constitucionalização do direito civil na experiência e cenário brasileiros, torna-se imprescindível a leitura de MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil-constitucional*. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 3-20 e *Perspectivas a partir do direito civil constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas*

pressupostos que se seguem: (i) reconhecimento da centralidade da Constituição no direito privado, ao invés do Código Civil, cujo caráter hierárquico estendido a todos os ramos do direito; (ii) a prevalência das situações existenciais em relação às patrimoniais; (iii) reconhecimento da historicidade das regras jurídicas; e, (iv) a valorização da função dos institutos jurídicos.

Percebe-se, assim, que a constitucionalização do direito civil exigiu maior atenção à dignidade da pessoa humana e da solidariedade constitucional. Tal perspectiva promoveu um deslocamento axiológico do *ter* para o *ser*, ou seja, do patrimonial para o existencial, visto que a dignidade da pessoa humana é o vetor axiológico central e é fundamento do Estado brasileiro. Desse modo, deve ocorrer a prevalência das situações jurídicas existenciais em detrimento das relações puramente patrimoniais. A solidariedade constitucional se sobrepõe ao individualismo, bem como a dignidade da pessoa humana ao patrimonialismo.

A constitucionalização e a funcionalização são os principais fenômenos responsáveis pelo deslocamento axiológico. A primeira é responsável pela releitura das leis infraconstitucionais à luz dos valores e regras constitucionais. A segunda tende a afastar a simples concepção estruturalista, isto é, observar a funcionalização de determinado instituto jurídico, para além de sua mera existência formal³⁶. As relações privadas não escapam da incidência dos direitos fundamentais, e devem alcançar os fins constitucionais, ou seja, suas funções.

Além disso, é imprescindível que o sistema jurídico vigente se mantenha coeso e harmônico. Toda interpretação deve ter a Constituição como ponto de partida, pois ocupa o vértice do ordenamento jurídico, sendo critério de validade para todas as normas infraconstitucionais, bem como ter supremacia perante todas as outras fontes do direito. Essa incidência constitucional, quando aplicada às relações privadas, em razão

à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2007, p. 29-41; e, TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas sobre a constitucionalização do direito civil. In: Temas de Direito Civil, 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

36 Aprofundar sobre o tema em: BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

da posição nuclear dos direitos fundamentais, é também denominada pela doutrina de *efetividade horizontal dos direitos fundamentais* nas relações privadas.

A efetividade horizontal dos direitos fundamentais nas relações autorais não foi tão célere como no direito civil. Entretanto, a jurisprudência e doutrina nacional sinalizou no sentido de interpretar as relações autorais conforme os valores constitucionais.³⁷ Atualmente, vem prevalecendo o entendimento de que os interesses coletivos se projetam nas relações de direitos autorais e, por consequência, impõem restrições aos direitos patrimoniais do autor e econômico dos investidores. Seus efeitos se projetam principalmente sobre a interpretação das limitações aos direitos autorais

Em sentido contrário, existe a tradicional construção restritiva do acesso aos direitos autorais. Essa corrente, defendida principalmente pelas organizações empresariais, sustenta que os direitos autorais são absolutos e a interpretação das limitações ao direito patrimonial do autor, por conseguinte, deve ser restritiva, visto que a interpretação extensiva das limitações traria abusos por parte da coletividade e incerteza jurídica.

Esse entendimento não coaduna com a realidade constitucional, uma vez que a hermenêutica contemporânea não permite a supressão total do núcleo de qualquer direito fundamental³⁸. A possibilidade de eventuais abusos não justifica a restrição do direito de acesso às obras científicas pela sociedade, devendo, assim, resolver tais situações através

37 Para estudo mais aprofundado sobre o tema, ver SOUZA, Wemerton Monteiro; SOUZA, Allan Rocha; ALMEIDA, Vitor de Azevedo. Os direitos autorais na perspectiva civil-constitucional. Revista Brasileira de Direito Civil, Rio de Janeiro, IBDCivil, v. 8, Abr./Jun., 2016. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume8/rbdcivil_vol_8_02_os-direitos-autorais-na-perspectiva-civil-constitucional.pdf>. Acessado em: 20 de set. 2017

38 “Fazendo os direitos da coletividade, motivados pelo interesse público, parte da estrutura nuclear destes direitos, não é razoável a aplicação de uma interpretação restritiva aos seus dispositivos, especialmente quando se reconhece a extensividade da interpretação quanto às formas de utilização exclusiva e mesmo aos tipos de obras protegidas. Diante disso, a interpretação mais adequada, e única condizente com os mandamentos constitucionais e por isso juridicamente sustentável, é a extensiva, devendo suportar o Judiciário o ônus da verificação da demonstração satisfatória da existência e relevância dos interesses da coletividade apresentados nos casos concretos”. SOUZA, Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais. Campos, RJ: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

de instrumentos jurídicos disponíveis, como a responsabilidade civil.

Segundo SOUZA (2006)³⁹, as limitações ao direito patrimonial do autor expressam o princípio da livre utilização, onde o interesse social prevalece sobre o interesse individual do autor ou do titular de direitos autorais e, desse modo, é necessário para o desenvolvimento da sociedade. Sustentam esse posicionamento os autoralistas Bruno Lewicki (2007, p. 164-165)⁴⁰ e Carlos Affonso Pereira de Souza (2009, p. 212)⁴¹.

Para PERLINGIER (2008, p. 940)⁴²:

Em um sistema inspirado pela solidariedade política, econômica e social e pelo pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel promocional, de maneira que a disciplina das formas proprietárias e a sua interpretação deverão ocorrer de forma a garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.

A interpretação extensiva das limitações é coerente e necessária à luz dos valores constitucionais, visto que a interpretação restritiva não encontra um equilíbrio jurídico fundado na Constituição Federal. Isto posto, concluímos que no ordenamento jurídico pátrio, inexistem direitos ou garantias absolutos e os direitos autorais, à luz da perspectiva constitucional, podem ser limitados. Os limites às limitações são estabelecidas pela Regra dos Três Passos, previstas na Convenção de Berna e em TRIPS, ou seja, cabe aos Estados estabelecer suas próprias limitações aos direitos autorais, desde que não causem prejuízos injustificáveis aos interesses de seu titular, bem como não conflitem com a exploração normal da obra.

É nesse sentido que as decisões do Superior Tribunal de Justiça

39 SOUZA, Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais. Campos, RJ: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 173.

40 LEWICKI, Bruno Costa. Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

41 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Abuso do direito autoral. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

42 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., ver. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

estão sendo adotadas. No Recurso Especial nº 964.404, que tratou da possibilidade ou não de cobrança pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) de direitos autorais em razão de execuções musicais e sonorizações ambientais ocorridas durante a abertura do Ano Vocacional em Escola, qualificado como sendo um evento religioso e sem fins lucrativos. Mesmo tal situação não estando expressamente prevista no rol das limitações aos direitos autorais, disposto na Lei 9.610/98, entendeu a corte que as limitações aos direitos autorais – arts. 46, 47 e 48 da referida lei –, possuem caráter exemplificativo, conforme sustentado pelas proposições doutrinárias de Allan Rocha de Souza e Leonardo Macedo Poli.

Afirmou a Corte, ainda, que o caso em tela adequava-se a “regra dos três passos”⁴³, pois é um evento especial – abertura do Ano Vocacional em Escola –, que não conflita com a exploração comercial normal da obra – pois se trata de evento exclusivamente religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita. Por fim, não houve prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor, tendo em vista que o evento não foi realizada para alcançar um grande público, mas fora restrito aos indivíduos que possuíssem algum vínculo com aquela entidade.

Já o Recurso Especial nº 1.320.007 versa sobre a realização de evento educacional-religioso pelo Centro de Treinamento Bíblico Rhema Brasil Aracajú, ora recorrente, que ensejou cobrança de direitos autorais pelo ECAD em razão de execução musical em cerimônia de formatura da instituição educacional bíblica. A Corte entendeu que ao caso em questão deveria ser aplicado a interpretação extensiva da limitação disposta no inciso VI do artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, que dispõe que a

⁴³ Afirma o acórdão que esta ponderação não pode ocorrer de forma arbitrária, devendo sempre observar os critérios estipulados pela Convenção de Berna e o Acordo OMC/TRIPS, que se consubstanciam na “regra do teste dos três passos (‘three-step-test’)” segundo o qual “a reprodução não autorizada de obras de terceiros é admitida nas seguintes hipóteses: (a) em certos casos especiais; (b) que não conflitem com a exploração comercial normal da obra; (c) não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor”. O recurso a este critério, internacionalmente estabelecido, serve como limite à analogia e interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais.

execução musical realizada em recesso familiar⁴⁴ e sem fins lucrativos não constitui ofensa aos direitos autorais.

O Agravo em Recurso Especial nº 270.923, também evidencia outra posição do STJ no sentido de reconhecer a interpretação extensiva para harmonizar o direito autoral com outros direitos fundamentais. O referido agravo foi interposto contra decisão que entendia não ser cabível a cobrança de direitos autorais em razão da execução de músicas folclóricas em festa junina, sem intuito lucrativo, realizada em estabelecimento escolar e voltada unicamente para os alunos, corpo docente da própria instituição de ensino e familiares. Segundo o ECAD, agravante, a cobrança de direitos autorais era devida, visto a ocorrência de execução pública de obras musicais.

O relator negou provimento ao respectivo agravo, pois entendeu que no presente caso deveria aplicar a interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais, conforme jurisprudência já consolidada no Superior Tribunal de Justiça⁴⁵. O relator afirmou que às festas juninas escolares é aplicável o artigo 46, VI, da Lei 9.610/98, que dispõe que não constitui ofensa aos direitos autorais a execução musical para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino e sem intuito lucrativo.

Por fim, o Agravo em Recurso Especial nº 818.567 tratou de questão onde envolvia a Sociedade Brasileira de Cardiologia, ora agravante, que elaborou um livro destinado a médicos e a estudantes da área médica, chamado de “Título de Especialista em Cardiologia Guia de Estudo” e que continha grande número de citações de questões relativas a exames. A agravada, Saúde, Educação, Cultura e Editora LTDA, alegou violação aos direitos autora, visto que era grande o percentual de citações no referido

44 No mesmo julgado, a Ministra Relatora Nancy Andrighi enfrentou o conceito de “recesso familiar”: “entende-se por “recesso familiar” não apenas o recinto do lar, em sentido estritamente físico. (...) a execução que se der num local onde não seja a residência da família, mas se encontra, momentaneamente, a intenção de gerar um ambiente familiar, não deve sofrer a incidência de encargos autorais”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.320.007/RS. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 04 de junho de 2013. Disponível em: Acesso em: 10 jun. de 2017.

45 Ver Recurso Especial n. 1.320.007/SE, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.278.263/RJ e Recurso Especial n. 964.404/ES.

livro.

Segundo o Ministro Relator Luís Felipe Salomão, no caso em tela deve-se recorrer à uma interpretação extensiva do artigo 46, III, da Lei 9.610/98, que preceitua não constituir ofensa aos direitos autorais a citação em qualquer meio de comunicação, de passagens de obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir.

Como visto, os Direitos Autorais devem ser interpretados conforme a nova realidade constitucional, isto é, a proteção dos direitos autorais deve refletir a confluência entre os interesses individuais e coletivos. Assim, não é possível defender uma interpretação restritiva dos limites acatados na legislação autoral, uma vez que os direitos da coletividade são assegurados pela Constituição e devem possuir equilíbrio frente aos direitos patrimoniais do autor.

Esse entendimento, como verificado, se consolidou no STJ, onde a interpretação das limitações não pode se limitar às hipóteses expressamente previstas em lei, mas, sim, a outras situações onde os direitos da coletividade devem se sobrepor aos direitos patrimoniais do autor, no sentido de alcançar um equilíbrio jurídico. Os direitos autorais devem ser analisados por uma perspectiva teleológica a fim de estar funcionalizado – como todos os outros direitos de propriedade que devem observar a função social –, para atingir os interesses sociais, conforme estabelecido na Constituição Federal.

As interpretações que restrinjam os usos permitidos pelas limitações dos direitos autorais estabelecerá privilégios desproporcionais aos direitos patrimoniais do autor, bem como aos direitos econômicos dos investidores em detrimento dos direitos fundamentais coletivos, tais como o direito de acesso à informação, à educação, ao conhecimento científico e à cultural. Nesse caso, a única interpretação dos limites do direito de autor, constitucionalmente possível, é a extensiva, visto que os direitos da coletividade, dispostos na Constituição, não se encontram equilibradamente refletidos na legislação atual.

6. CONCLUSÃO

Assim, como abordado, o acesso aberto é necessário para garantir um equilíbrio em relação ao interesse individual do autor e o interesse da coletividade, esculpido nos direitos fundamentais de acesso à educação, informação, conhecimento e cultura. Esses direitos constitucionais gozam de exigibilidade e é necessário a intervenção dos entes federativos para concretizá-los. Eles são imprescindíveis para o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

O reconhecimento da interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais permite a disponibilização das obras científicas para fins educacionais, didáticos, desde que não haja intuito de obter lucro ou de prejudicar os interesses comerciais do autor. Dessa forma, tal interpretação vem ao encontro dos objetivos do acesso aberto, visto que este não busca causar prejuízos aos autores, pelo contrário, almeja trazer maior acessibilidade às obras do mesmo, bem como permitir maior diálogo entre os membros da sociedade científica.

Além da interpretação extensiva das limitações, vale ressaltar que o domínio público e os contratos de cessão de direitos autorais são mecanismos de direito autoral que podem ser explorados pelas instituições de pesquisa, visto que o primeiro permite o uso gratuito e desimpedido das obras em domínio público, e os últimos trazem maior segurança e estabilidade jurídica às instituições de pesquisa e aos autores e titulares de direitos autorais.

Não obstante, devemos ressaltar que os direitos de autor também são reconhecidos como direitos fundamentais, dessa forma, tais direitos devem ter seus núcleos preservados, como os direitos morais do autor, principalmente os direitos de atribuição e proteção da integridade da obra. Os direitos comerciais podem ser reservados e garantidos ao autor, sem prejuízo das exceções, pois o que se objetiva é a disponibilização pública da obra, sem finalidades lucrativas e sem intuito de causar prejuízos injustificáveis aos autores e titulares de direitos autorais.

Assim, infere-se que os objetivos do acesso aberto são possíveis de

serem alcançados pela atuação, conjunta ou não, do Estado, agências de fomento e instituições de pesquisa, públicas e privadas, como na criação dos repositórios institucionais e no desenvolvimento de sólidas políticas institucionais. A comunicação entre as próprias instituições de pesquisa científicas, através de seminário e palestras sobre o acesso aberto, são valiosas, pois indicam os caminhos, obstáculos e formas de superação das dificuldades e efetivação substancial dos repositórios.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direitos de autor e direitos conexos. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Brasília: Ed Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4º. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ºed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 818.567/SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 29 de abril de 2016. Disponível em: Acesso em: 20 de set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 270.923/SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Raul Araújo, 21 de maio de 2015. Disponível em: Acesso em: 20 de set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.320.007/RS. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Nancy Andriighi, 04 de junho de 2013. Disponível em: Acesso em: 20 de set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.343.961/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 06 de outubro de 2015. Disponível em: Acesso em: 20 de set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.371.835/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 26 de março de 2013. Disponível em: Acesso em: 20 de set. 2017.

CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COSTA, Sely Maria de Souza; KURAMOTO, Hélio, e LEITE, Fernando L. M. Acesso Aberto no Brasil: aspectos históricos, ações institucionais e panorama atual. In: Eloy Rodrigues, Alma Swan e Ana Alice Baptista (editores). Uma Década de Acesso Aberto na UMinho e no Mundo. Braga: Universidade do Ninho, 2013, p. 133-150. Disponível em:<<https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/8982/1/Biblioteca%20Digital%20do%20IPB.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

KURAMOTO, Hélio. Acesso livre: caminho para maximizar a visibilidade da pesquisa. Revista de Administração Contemporânea. Curitiba, v. 12, n. 3, p. 861-872, jul./set. 2008. Disponível em:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=84012313>>. Acesso em: 20 set. 2017.

KURAMOTO, Hélio. Acesso Livre: uma solução adotada em todo o globo; porém, no Brasil parece existir uma indefinição. RECIIS – Revista Eletrônica de Comunicação Informação e Inovação em Saúde., 2014, vol. 8, n. 2., p. 166-179. Disponível em: <<http://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/630/1270>>. Acesso em: 20 set. 2017.

LEWICKI, Bruno Costa. Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. 2007. 299 f. Tese

(Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10º ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., ver. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIAGET, Jean. Para onde vai a educação?. Tradução portuguesa por Ivette Braga. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1973.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, M.; MIRANDA, A.; BAPTISTA, A.; RAMOS, I. Algumas considerações sobre as principais declarações que suportam o movimento Acesso Livre. In: World Congress on Health Information and Libraries, 2005. Salvador, Bahia, Brasil, 20-23 Set. Anais. 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10760/8512>>. Acesso em: 20 set. 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

SOUZA, Allan Rocha. A função social dos direitos autorais. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha. Direitos Culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Azougue, 2012.

SOUZA, Wemerton Monteiro; SOUZA, Allan Rocha; ALMEIDA, Vitor de Azevedo. Os direitos autorais na perspectiva civil-constitucional. Revista Brasileira de Direito Civil, Rio de Janeiro,

IBDCivil, v. 8, Abr./Jun., 2016. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume8/rbdcivil_vol_8_02_os-direitos--autoraais-na-perspectiva-civil-constitucional.pdf>. Acessado em: 20 set. 2017.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E OS
PRIMADOS CONSTITUCIONAIS:
Acesso à Cultura e ao
Conhecimento

Título:

**APROPRIAÇÃO CULTURAL
E DIREITOS CULTURAIS:
PRIMEIRAS REFLEXÕES**

**Yanka Basile Catão
Allan Rocha de Souza**



APROPRIAÇÃO CULTURAL E DIREITOS CULTURAIS: PRIMEIRAS REFLEXÕES ¹

Autores: Yanka Basile Catão²; Allan Rocha de Souza³

Instituição: Curso de Direito do Instituto Três Rios (ITR) da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ)

Resumo: A diversidade é um elemento que caracteriza a sociedade brasileira, de modo a gerar uma pluralidade cultural. A partir desse ponto surgem temas como a apropriação cultural, em que se discute se um grupo pode se apropriar e utilizar símbolos culturais de outro grupo de maneira ilegítima. Ao mesmo tempo que a Constituição Federal garante a proteção dos elementos culturais dos grupos tradicionais, garante também a liberdade de expressão, criando uma tensão entre estes princípios. Assim, o principal objetivo deste trabalho é analisar casos concretos em que há a discussão da apropriação cultural, levantando quais pontos estão sendo discutidos e analisa-los sob a perspectiva dos direitos culturais no Brasil, a fim de entendermos se e em que medida símbolos étnicos podem ser ressignificados e utilizados por integrantes de grupos distintos ou também se podem ser comercializados e apropriados economicamente.

Palavras-chave: Direitos Culturais. Diversidade Cultural. Apropriação Cultural.

1 Este trabalho foi desenvolvido sob orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza e contou com o apoio financeiro do INCT PROPRIETAS e do CNPq.

2 Acadêmica de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ – ITR). Bolsista e pesquisador de Iniciação Científica do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. E-mail: yankabasile@yahoo.com.br. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8121557116342763>.

3 Professor e Pesquisador de Direito Civil e Propriedade Intelectual no Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR). Professor e Pesquisador de Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento na UFRJ (PPED/IE/UFRJ). Pesquisador Visitante do Oxford Intellectual Property Research Centre (OIPRC), Faculty of Law, Oxford University. Vice Coordenador e Pesquisador do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: allanrsouza@gmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>

1. INTRODUÇÃO

A pluralidade e a diversidade são elementos caracterizadores da cultura brasileira, uma vez que uma sociedade composta por pessoas de múltiplas etnias, grupos sociais e crenças, consequentemente será rica em manifestações culturais. É neste contexto de pluralidade e miscigenação que surge o debate acerca da apropriação cultural. E deste debate, a principal pergunta a enfrentar neste trabalho: tratando-se de uma sociedade tão diversa é possível considerar algum grupo social titular, proprietário e detentor exclusivo de determinada expressão cultural? Pensando no caso específico que será trabalhado, o turbante é propriedade da cultura negra, sendo de uso exclusivo de afrodescendentes?

Esta questão será enfrentada a partir da perspectiva dos direitos culturais, em especial dos paradigmas apresentados no trabalho “Os direitos culturais no Brasil”⁴, e em particular dos contornos da diversidade e pluralidade conforme dispõe a Constituição Federal. Além disso será verificado se os institutos da propriedade e função social iluminam possibilidades de melhor entendimento do problema. Ao final, será também analisada a interação entre a liberdade de expressão cultural e propriedade cultural.

Não se deve perder de vista, contudo, que este trabalho está em seu estágio primeiro, sendo, portanto, exploratório na sua natureza. Deste modo, as ponderações antepostas neste trabalho são iniciais, devendo ser melhor aprofundadas no decorrer da pesquisa.

Metodologicamente, o trabalho será desenvolvido a partir da identificação das normas constitucionais que dizem respeito à propriedade, especialmente à propriedade cultural, análise de decisões judiciais dos tribunais superiores (STJ e STF), seleção de súmulas que estão conectadas ao tema e estudo de doutrinas sobre propriedade e função social. Serão também acompanhadas as discussões sociais a respeito do tema e analisadas estas questões sob o viés das ciências sociais.

⁴ SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso. Rio de Janeiro, 2010.

2. APROPRIAÇÃO CULTURAL NA ARENA PÚBLICA: OS TURBANTES

Em fevereiro deste ano de 2017, uma menina de 19 anos, alegadamente diagnosticada com leucemia, recorria ao uso de turbante para esconder a queda de cabelo provocada pela quimioterapia. Em determinada ocasião, ela foi abordada por um grupo de mulheres negras que lhe disseram que ela, como branca, não poderia usar o turbante, pois este representaria uma manifestação da cultura negra, tendo significado muito maior do que um mero acessório de cabelo. Na oportunidade, a jovem, indignada, publicou o episódio em suas redes sociais, iniciando um movimento chamado “#VaiTerTodosDeTurbanteSim”, através do qual defendia que qualquer pessoa, independente da etnia, pode usar o acessório.

O caso foi noticiado por diversos portais como *Catraca Livre*⁵, *El País*⁶, *Folha de São Paulo*⁷, *Extra*⁸, *Estado de São Paulo*⁹, *Huffpost Brasil*¹⁰ e *Carta Capital*¹¹, além de ter sido assunto debatido em outras de plataformas digitais como o Youtube, como foi o exemplo da ativista negra e youtuber Nataly Neri, que viralizou o vídeo “Apropriação

5 “Questionada sobre turbante, jovem com câncer adverte ativista” Disponível em <www.catracalivre.com.br/geral/cidadania/indicacao/questionada-sobre-turbante-jovem-com-cancer-adverte-ativista/> Acesso em: 27 set. 2017

6 “De uma branca para outra” Disponível em <www.brasil.elpais.com/brasil/2017/02/20/opinion/1487597060_574691.htm> Acesso em: 27 set. 2017

7 “Uso de acessório provoca polêmica sobre apropriação cultural” Disponível em <www.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1861267-polemica-sobre-uso-de-turbante-suscita-debate-sobre-apropriacao-cultural.shtml> Acesso em: 27 set. 2017

8 “Crítica por apropriação cultural, jovem com câncer rebate: ‘uso o que eu quero’” Disponível em <www.extra.globo.com/noticias/viral/critica-por-apropriacao-cultural-ao-usar-turbante-jovem-com-cancer-rebate-uso-que-queiro-20912104.html> Acesso em: 27 set. 2017

9 “Jovem com câncer leva bronca por usar turbante e faz desabafo” Disponível em <www.emais.estadao.com.br/noticias/comportamento,jovem-com-cancer-que-sofreu-represalia-por-usar-turbante-faz-desabafo,70001662157> Acesso em: 27 set. 2017

10 “Notas sobre ‘apropriação cultural’” Disponível em <www.huffpostbrasil.com/roberto-dalmo/notas-sobre-apropriacao-cultural_a_21712050/> Acesso em: 27 set. 2017

11 “O uso de turbantes por pessoas brancas é apropriação cultural?” Disponível em <www.cartacapital.com.br/sociedade/turbantes-e-apropriacao-cultural> Acesso em: 27 set. 2017

cultural existe? Pode branca de turbante?”¹² No vídeo, Neri rebate alguns argumentos de quem defende que o uso de turbantes por pessoas brancas não se trata de apropriação cultural.

Um desses argumentos é o de que o Brasil é um país miscigenado, portanto, sua cultura não pode ser segregada entre os brasileiros, devendo ser considerada propriedade de todos. E sobre esse ponto, Neri defende que o fato de um elemento possuir um grande significado para um grupo específico, como o turbante representa para os negros, isso não indica que essas pessoas sejam donas da cultura. Contudo, ressalta o contexto histórico da cultura afro-brasileira, que passou por um longo processo de negação e destruição de sua ancestralidade, de modo que o tema da apropriação cultural está ligado diretamente à necessidade de valorização de certos símbolos da cultura negra.

A ativista defende, ainda, que o caso da jovem branca que foi questionada por usar o turbante deturpou as reais reivindicações e conceitos discutidos pelo movimento negro, que deseja evitar a banalização de seus símbolos culturais e históricos, uma vez que a industrialização de tais artefatos esvazia seus significados, importante elemento de identidade de grupo.

A jornalista Ana Carolina Moraes escreveu um artigo¹³ para o portal Medium em que comenta o caso em questão e critica que sua repercussão midiática não trouxe uma discussão a respeito do conceito de apropriação cultural, salientando que tal debate “é bem mais complexo do que a discussão sobre o uso- ou não- de itens de outras culturas por uma dominante”.

Moraes ressalta a marginalização sofrida pela cultura negra no Brasil, relembrando lutas históricas enfrentadas pelo movimento negro como a criminalização da capoeira e a discriminação recorrente das religiões de matrizes africanas, que sempre são vistas através de um olhar pejorativo.

12 Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=8Q_H99xE9_U> Acesso em: 27 set. 2017

13 MORAES, Ana Carolina. *Ainda temos o que falar sobre apropriação cultural?*. Disponível em <<https://medium.com/@anacarolinamoraes/ainda-tem-o-que-falar-sobre-apropriacao-cultural-da/0c3f6bb0bb>> Acesso em 27 set. 2017

Além disso, destaca o processo de “embranquecimento” por qual passa a cultura negra, tomando como o exemplo o padrão de beleza imposto pela indústria da moda e estética que institui que o “belo” consiste em cabelos lisos e traços finos, fato que vai diretamente de encontro à miscigenação brasileira. Dessa forma, frisa que os símbolos da cultura negra só passam a ser aceitos e bem vistos pela sociedade quando são usados por brancos, afirmando que

Se tem desigualdade entre grupos, não há diálogo democrático e horizontal entre as culturas. Isso porque a cultura dominante apresenta os padrões aceitáveis e incorpora símbolos de uma cultura não dominante sem absorver seus sentidos e significados. Desta forma, a branquitude garante os privilégios para que a cultura dos brancos sobreponha às demais.

Contudo, defende que qualquer pessoa pode vestir o que quiser, devendo, porém, refletir sobre tais questões e tentar entendê-las, a fim de evitar que um objeto que representa um símbolo de resistência e identidade torne-se banalizado pela indústria de consumo, descaracterizando a cultura de um povo, salientando que “a luta não é pela exclusividade no consumo, mas sim pelo respeito e consciência no uso e aquisição destes itens”.

Cabe aqui destacar também o artigo da escritora Stephanie Ribeiro para o site da revista Capitolina¹⁴, no qual responde a uma série de questões sobre a apropriação cultural, iniciando com a própria definição de apropriação cultural:

Apropriação cultural é um fenômeno estrutural e sistêmico. Isso significa compreender que ele não pode ser entendido ou problematizado sob o ponto de vista particular, individual. Claro que um indivíduo pode usufruir da apropriação cultural de um grupo ou povo, quando não possui autocrítica ou conhecimento sobre o tema. No entanto, as consequências desse processo são sempre em nível coletivo, na estrutura: favorecimento do processo de marginalização desses grupos ou povos socialmente invisibilizados e oprimidos inconscientemente.

Ademais, Ribeiro rechaça o argumento de que o uso do turbante

14 RIBEIRO, Stephanie. *O que é apropriação cultural ?* Disponível em < <http://www.revistacapitolina.com.br/o-que-e-apropriacao-cultural/> > Acesso em 27 set. 2017

por pessoas de qualquer etnia faz parte do processo de globalização, alegando que a indústria da moda exclui as negras do protagonismo, só tornando os símbolos culturais afro-brasileiros relevantes quando são usados por brancos.

Por fim, sustenta que o respeito é a palavra-chave quando se trata de apropriação cultural:

O que inclui só usar se o grupo de permite isso, afinal, num mundo onde pessoas que pertencem às minorias não possuem voz, se você quer ser justo, tem que escutar o que elas têm a dizer sobre o assunto, ou seja, se dizemos não a apropriação, é não

Já o escritor Roberto Dalmo escreveu para o portal HuffPost Brasil¹⁵ apontando que deve ser considerada a intenção da pessoa que usa o turbante, analisando o caso sob seus dois aspectos: o símbolo da cultura negra banalizado pela indústria da moda e a jovem com câncer criticada por usar o acessório e indaga: “quem está desrespeitando quem?”

O antropólogo João Batista de Jesus Felix¹⁶ defendeu, em entrevista para o portal Repórter UNESP¹⁷, que, na verdade, não existe cultura negra ou cultura branca, mas apenas práticas culturais, afirmando que “no Brasil, nós temos o samba e a capoeira que, a princípio, podem ter sido iniciados por negros, mas que hoje estão aí para o uso de todos”.

A escritora Eliane Brum, colunista do jornal El País, publicou um artigo¹⁸ sobre o tema, na forma de uma carta de resposta à jovem, em que destaca a questão da empatia e da importância de se colocar no lugar do outro. Brum destaca o contexto histórico de racismo no Brasil, apontando para o fato de que os negros sempre viveram em detrimento dos brancos, de modo “que nem para cozinhar, lavar e limpar sem limite

15 DALMO, Roberto. *Notas sobre “apropriação cultural”* Disponível em <http://www.huffpostbrasil.com/roberto-dalmo/notas-sobre-apropriacao-cultural_a_21712050/> _ Acesso em 27 set. 2017

16 Professor da Universidade Federal do Tocantins e coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas da África e dos Afro-Brasileiros

17 *Tendência ou apropriação cultural*. Disponível em <www.reporterunesp.jor.br/tendencia-ou-apropriacao-cultural> Acesso em 28 set. 2017

18 BRUM, Eliane. *De uma branca para outra*. Disponível em <www.brasil.elpais.com/brasil/2017/02/20/opinion/1487597060_574691.html> Acesso em 24 set. 2017

de horas para terminar a jornada e ganhar um salário miserável ao final as negras serviam (...) Porque boa parte das famílias brancas não queria a pele negra “sujando” a sua comida, a sua roupa de cama, o seu mundo”.

Assim, coloca que, por ser branca, é mais fácil “vestir a pele” de uma jovem também branca diagnosticada com leucemia aos 19 anos, mesmo nunca tendo sido acometida pela doença, do que a de uma mulher negra, motivo pelo qual o diálogo é tão necessário, sendo fundamental ouvir o que essas mulheres que consideram o turbante como memória e identidade têm a dizer.

Diante de tal quadro social, Brum afirma que ser branco no Brasil é “existir violentamente”, de forma que para que a situação mude é necessário que os brancos percam alguns privilégios, defendendo que o fato de todos serem livres para usarem o que quiserem, inclusive o turbante, não significa que devam fazê-lo:

Sim, Thauane, acho que você e eu e todas as brancas deste país em que a abolição da escravidão jamais foi completada podemos e devemos baixar a nossa cabeça em sinal de respeito e não usar um turbante apenas porque as negras dizem que não podemos. Apenas porque as fere que usemos turbantes. Há muitos outros argumentos, mas só este já me parece suficiente.

É necessário ainda mencionar o artigo da jornalista Ana Maria Gonçalves¹⁹ em que ressalta que, enquanto os brancos exaltam e se orgulham de sua ancestralidade europeia, os negros sofreram com tentativas de fazê-los esquecer sua história e apagar suas origens. Destaca, ainda, que os elementos culturais europeus, vindos da colonização, sempre são vistos como parte de uma cultura estrangeira, ao passo que os símbolos africanos são entendidos pela sociedade como parte do patrimônio nacional, e portanto, pertencente a todos os brasileiros, exemplificando que a pizza é italiana, mas o acarajé, de origem africana, é brasileiro.

Especificamente sobre a questão do uso do turbante, Gonçalves

19 GONÇALVES, Ana Maria. *Na polêmica sobre turbantes, é a branquitude que não quer assumir seu racismo*. Disponível em <www.theintercept.com/2017/02/15/na-polemica-sobre-turbantes-e-a-branquitude-que-nao-quer-assumir-seu-racismo/> Acesso em 24 set. 2017

pontua que, para as mulheres negras, o artefato representa ato de resistência contra o racismo e uma maneira de preservar a cultura africana. Já para as mulheres brancas usam simplesmente por achar bonito e descolado, conforme dita a moda:

Viver em um turbante é uma forma de pertencimento. É juntar-se a outro ser diaspórico que também vive em um turbante e, sem precisar dizer nada, saber que ele sabe que você sabe que aquele turbante sobre nossas cabeças custou e continua custando nossas vidas. Saber que a nossa precária habitação já foi considerada ilegal, imoral, abjeta. Para carregar este turbante sobre nossas cabeças, tivemos que escondê-lo, escamoteá-lo, disfarçá-lo, renegá-lo. Era abrigo, mas também símbolo de fé, de resistência, de união. O turbante coletivo que habitamos foi constantemente racializado, desrespeitado, invadido, dessacralizado, criminalizado.

Deste modo, o que tem sido defendido acerca do tema da apropriação cultural é que, por muito tempo, os símbolos e elementos culturais da cultura negra foram marginalizados, de forma que sua absorção e uso irrestrito pela indústria da moda tende a banalizá-los, esvaziando, portanto, seus significados, sendo certo que uma das principais reivindicações do movimento negro sobre o assunto é evitar tal perda.

3. A MODA E A MERCANTILIZAÇÃO DOS SÍMBOLOS

Exemplo das preocupações de grupos sociais relacionados à apropriação econômica dos símbolos culturais é explicitada em outro caso, também recente, no qual as marcas FARM e Maria Filó estamparam algumas peças de sua coleção com imagens retratando pessoas negras escravizadas na época do Brasil Colônia, gerando uma grande discussão: o que para um grupo representa mais do que uma roupa, um acessório, sendo uma manifestação histórica e cultural, pode ser comercializadas por empresas ou mesmo usado por pessoas que pertencem a outro grupo social ou étnico?

Em 2016, a marca carioca Maria Filó lançou a coleção “Pindorama” em que uma das estampas consistia em uma negra escravizada com um bebê nas costas e um cesto na cabeça, servindo uma senhora branca,

enquanto quatro outras negras cozinham no tacho. Ao se deparar com tal estampa em uma das lojas da marca, uma consumidora manifestou em suas redes sociais sua revolta com o ocorrido.

A marca, ao receber diversas críticas sobre o ocorrido, afirmou que a estampa teria inspiração na obra do pintor francês Jean Baptiste Debret, conforme nota da assessoria concedida à imprensa:

A estampa em questão buscou inspiração na obra de Debret. Em nenhum momento tivemos a intenção de ofender. Pedimos sinceras desculpas e informamos que já estamos tomando as devidas providências para que a estampa seja retirada das lojas²⁰

No entanto, a artista e pesquisadora Patrícia Gouvêa afirmou que a obra utilizada pela marca, na verdade, é de autoria de Johann Moritz Rugendas, tendo sido modificada de forma a reforçar o conceito racista, uma vez que, na versão original, a obra retrata duas mulheres negras.²¹

No mesmo sentido, a marca carioca FARM, em 2017, escolheu como estampa de algumas peças de sua coleção imagens de homens e mulheres negros escravizados, causando grande repercussão nas redes sociais. O blogueiro José Carlos Ângelo que publicou em seu perfil a imagem da peça de roupa com a estampa em questão, chamando atenção para o caso, ficou surpreso por a marca ter caído no mesmo problema da marca Maria Filó, afirmando que não há como mudar o passado de escravidão, mas tal fato não deve ser comercializado e exaltado.²²

Ao ser questionada, a marca pediu desculpas aos consumidores através dos perfis nas redes sociais, informando que iria retirar a peça das

20 Nota divulgada em Jornal O Globo- *Grife de roupas recolhe estampa após críticas sobre racismo*- Disponível em < <https://oglobo.globo.com/sociedade/2016/10/14/582327-grife-de-roupas-recolhe-estampa-apos-criticas-sobre-racismo>> Acesso em 29 set. 2017

21 GOUVÊA, Patrícia para o jornal Extra: *Estampa de escravos em coleção da Maria Filó foi alterada e não é de Debret, diz pesquisadora*- Disponível em <<https://extra.globo.com/noticias/brasil/estampa-de-escravos-em-colecao-da-maria-filo-foi-alterada-nao-de-debret-diz-pesquisadora-20298194.html>> Acesso em 29 set. 2017

22 ÂNGELO, José Carlos para o portal do CEERT (Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdade): *Farm estampa escravos em peça e gera indignação dos internautas*- Disponível em <http://www.ceert.org.br/noticias/direitos-humanos/18111/farm-estampa-escravos-em-peca-e-gera-indignacao-dos-internautas?fb_comment_id=1392023397558143_1392746627485820#f124ad5e25264b4> Acesso em 29 set. 2017

lojas e do site. Além disso, divulgou a seguinte nota à imprensa:

Devido à polêmica em relação à estampa “Rua do Mar”, utilizada na atual coleção, a FARM esclarece que a ilustração refere-se a uma cena cotidiana do período pós-colonial, desenhada em preto e branco. No último sábado, a estampa começou a ser criticada como racista. Mesmo a marca não tendo esta intenção, a simples associação negativa fez com que a FARM começasse a recolher as peças das lojas e do site. A FARM disponibilizou a arte da estampa, através de sua assessoria, a fim de facilitar a apuração dos fatos pela imprensa e pede desculpas a todos pelo sentimento negativo gerado.²³

Sobre o ocorrido, a filósofa Djamila Ribeiro²⁴ aponta para o fato da mercantilização dos símbolos da cultura negra, afirmando que, o que antes era considerado imoral, ilegal e visto como algo socialmente inferior, como o uso dos turbantes ou de determinadas estampas, quando apresenta a possibilidade de gerar lucro, o mercado muda o protagonismo para os potenciais consumidores (brancos) esvaziando o real sentido dos símbolos culturais e excluindo os negros:

Durante muito tempo, o samba foi criminalizado, tido como coisa de “preto favelado”, mas, a partir do momento que se percebe a possibilidade de lucro do samba, a imagem muda. E a imagem mudar significa que se embranquece seus símbolos e atores para com o objetivo de mercantilização. Para ganhar dinheiro, o capitalista coloca o branco como a nova cara do samba.

Além disso, ressalta que o tema é fruto de uma problema estrutural da sociedade, não devendo ser analisado a partir de situações ou indivíduos específicos, de modo que “falar sobre apropriação cultural significa apontar uma questão que envolve um apagamento de quem sempre foi inferiorizado e vê sua cultura ganhando proporções maiores, mas com outro protagonista”, pontuando, ainda, que a maior crítica deve ser feita às indústrias que se aproveitam das expressões culturais afro-brasileiras

23 Nota divulgada para o jornal Extra: *Internautas veem racismo em estampa de grife carioca que pede desculpa*- Disponível em <<https://extra.globo.com/noticias/rio/internautas-veem-racismo-em-estampa-de-grife-carioca-que-pede-desculpas-21573605.html>> Acesso em 30 set. 2017

24 RIBEIRO, Djamila. *Apropriação cultural é um problema do sistema, não de indivíduos*. Disponível em < www.azmina.com.br/2016/04/apropriacao-cultural-e-um-problema-do-sistema-nao-de-individuos/> Acesso em 20 set. 2017

para gerar lucro.

Em entrevista concedida ao Fashion Forward do UOL, Ribeiro expressa seu pensamento em relação à indústria da moda e apropriação cultural:

Tenho até uma visão crítica sobre muitas coisas relacionadas à indústria da moda, sobretudo o tema que a gente veio debater aqui: a apropriação cultural. Acho que existe apropriação e alguns grupos acabam não sendo reconhecidos e não recebendo a fatia deles nessa fatia toda que gira e circula. Penso que é uma indústria que ainda mantém muito as pessoas negras na invisibilidade. As modelos negras, sobretudo no Brasil, são muito poucas. Os estilistas, as produtoras.... Acho que é uma indústria que ainda legitima muito a exclusão da população negra em vários espaços e, portanto, precisa começar a refletir mais sobre isso, porque é um público consumidor que acaba não se vendo representado e se sente excluído²⁵

É necessário salientar que o modo de se vestir é, muitas vezes, como a pessoa escolhe para se expressar e posicionar perante a sociedade. Portanto, quando alguém escolhe usar determinada peça de roupa, está buscando se expressar de alguma forma, sendo certo que não deve (e nem pode) ser proibida de usar a peça que escolheu, conforme garante a Constituição Federal. Contudo, é necessário respeitar as expressões culturais dos grupos tradicionais e ouvir o que as pessoas destes grupos têm a dizer, pois a proteção a tais elementos também é garantida pela Constituição Federal. Este é o dilema a ser enfrentado pela sociedade contemporânea em casos como este.

4. DIVERSIDADE CULTURAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

25 RIBEIRO, Djamila em entrevista ao Fashion Forward do portal UOL- *Djamila Ribeiro fala ao FFW sobre apropriação cultural, ativismo na Internet e negros e mulheres na moda*- Disponível em <<http://ffw.uol.com.br/noticias/comportamento/djamila-ribeiro-fala-ao-ffw-sobre-apropriacao-cultural-ativismo-na-internet-e-negros-e-mulheres-na-moda/>> Acesso em 30 set. 2017.

Os casos apresentados bem ilustram a problemática das identidades culturais e da função dos símbolos na conformação dos grupos, bem como a disputa pelo, controle dos seus significados, do próprio processo de significação e constante ressignificação. Problemas bem complexos que fogem à proposta deste artigo, que é de trazer, em averiguação inicial, alguns dos problemas jurídicos que podemos extrair dos casos apresentados.

E nesta etapa da verificação, nos concentraremos em fazer alguns apontamentos sobre a Diversidade na Constituição Federal. Como falar de diversidade é tratar dos direitos culturais, e sobre estes entendemos que

Embora os direitos culturais, que são expressamente reconhecidos na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos fundamentais, sejam constituídos, sobretudo, do direito à livre participação na vida cultural e objetivem, principalmente, assegurar a todos o seu pleno exercício, são também compostos pelo direito de acesso e fruição das fontes, bens e patrimônio culturais e pelo direito à identidade, pluralidade e diversidade cultural.

Esses direitos são, ainda, complementados pelo direito a um patrimônio cultural rico, valorizado e protegido, do direito de participação no processo decisório da elaboração e execução das políticas públicas, e, também, de obter apoio e incentivo na produção, valoração e difusão de bens e valores culturais. Estes são os direitos culturais *stricto sensu*, conforme estabelecido neste trabalho.²⁶

A partir deste paradigma, observamos que a diversidade e pluralidade formam um dos quatro pilares dos direitos culturais, acompanhados dos direitos de participação, acesso e proteção do patrimônio cultural.

Note-se que a pluralidade e diversidade são características elementares da cultural nacional constitucionalmente protegida. Esta pluralidade está estampada nos §§ 1º e 2º do artigo 215 e *caput* do artigo 216, quando se refere às manifestações dos grupos formadores da brasilidade. Aspecto que é reforçado pelo Plano Nacional de Cultura que prevê a valorização da diversidade étnica e regional. Seu sentido jurídico é informado também pela Convenção para Proteção e Promoção da Diversidade Cultural. E não menos importantes para elucidar seu

26 SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso (Tese). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

conteúdo são os tratados de não discriminação e em favor da inclusão, capitaneados principalmente pela ONU.

Há, portanto, o claro reconhecimento constitucional do pluralismo cultural e da consequente diversidade como formadores da nação e proclamadores das particularidades pátrias, expressos na obrigação de proteger e promover as manifestações populares, indígenas, afro-brasileiras e de qualquer dos muitos grupos formadores da identidade nacional.

E o pluralismo é reconhecido e valorado mesmo com relação a grandes agrupamentos étnicos, como os grupos indígenas, cuja identidade cultural é enormemente diversificada. O Supremo Tribunal Federal afirmou esta posição quando do julgamento da Petição n. 3.388, sobre a demarcação da Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, ao esposar o entendimento de que “o substantivo ‘índios’ é usado pela Constituição Federal de 1988 em um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias”. E, prossegue afirmando o “propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica” ²⁷.

A revelação do sentido atribuído pela Constituição quando fala de processo civilizatório nacional é direcionada pelas disposições que asseguram o pluralismo e pelos tratados que afirmam o valor da diversidade cultural. Com isto, protege todos os grupos étnicos, religiosos, regionais ou ligados por quaisquer traços que marquem sua identidade distinta, integrantes que são do processo cultural plural e diverso de formação do Brasil.

Esta é a visão expressa recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, ao tratar do relacionamento cultural entre índios e não índios,

Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais in-

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 19 de março de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

cessantemente cumulativos.²⁸

Este reconhecimento do direito à pluralidade e à identidade está igualmente estampado na discussão sobre a comunidade quilombola da Restinga de Marambaia, no Estado do Rio de Janeiro. A questão principal a ser decidida é se os membros de tal comunidade são ou não remanescentes de quilombos, o que implica no reconhecimento de sua identidade como tal.

Para efeitos legais, os quilombos são “as chamadas ‘terras de preto’ ou ‘comunidades negras rurais’”. Estas comunidades, em consonância com os estudos históricos e antropológicos existentes, são constituídas no tempo “através das fugas com ocupação de terras livres e isoladas, mas, igualmente, através de heranças, doações, compras, recebimentos de terras como pagamento de serviços prestados, entre outras formas, anteriores ou posteriores à abolição”²⁹.

Os elementos comuns e a continuidade histórica da gênese comunitária são elementos balizadores da formação identitárias de seus membros e, por isso, lhes são garantidos direitos de reconhecimento da propriedade das terras sobre as quais detêm a posse. A análise dos conflitos que envolvem o reconhecimento da propriedade de terra aos quilombolas deixa claro que é central ao problema a questão do direito à identidade, devendo-se, para a solução dos casos, recorrerem aos direitos culturais.

E a questão do direito à identidade é tão relevante em nosso ordenamento que afeta inclusive decisões do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD). Em janeiro de 2010, o CONAD publica a Resolução n. 1, que regulamenta o seu uso e incorpora integralmente o parecer do grupo multidisciplinar já aprovado desde 2006. Esta Resolução trata da observância pelos órgãos da Administração Federal “sobre normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 19 de março de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

29 BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública n. 2002.51.11.000118-2. 01ª Vara Federal de Angra dos Reis. Juíza Maria de Lourdes Coutinho Tavares, Angra dos Reis, RJ, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <www.jfrj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

da Ayahuasca e dos princípios deontológicos que o informam”³⁰.

Entre as conclusões emitidas pelo Grupo Multidisciplinar de Trabalho – AYAHUASCA, destacam-se, para as finalidades deste trabalho, duas em especial. A primeira – letra b – refere-se ao mau uso da substância e sugere a proibição de sua comercialização e uso terapêutico.

³¹ A segunda conclusão relevante aponta claramente para os direitos culturais como fundamento da autorização do uso da substância para fins religiosos, pelo fato de ser um elemento constituinte da identidade dos grupos que a utilizam, assim dispondo

Considerando, por fim, que o uso ritualístico religioso da Ayahuasca, há muito reconhecido como prática legítima, constitui-se manifestação cultural indissociável da identidade das populações tradicionais da Amazônia e de parte da população urbana do País, cabendo ao Estado não só garantir o pleno exercício desse direito à manifestação cultural, mas também protegê-la por quaisquer meios de acautelamento e prevenção, nos termos do art. 2o, “caput”, Lei 11.343/06 e art. 215, caput e § 1º c/c art. 216, caput e §§ 1º e 4º da Constituição Federal.

O objetivo do processo civilizatório plural de que trata a Constituição não é, portanto, um processo de imposição de determinada visão de mundo, mas um processo de interações e influências múltiplas e contínuas. Afirma a decisão do STF a “concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica”³² e, com isso, relaciona a inclusão ao direito à identidade, que, em razão do próprio

30 BRASIL. Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas – CONAD. Resolução nº. 01, de 26 janeiro de 2010, que dispõe sobre a observância, pelos órgãos da Administração Pública, das decisões do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas - CONAD sobre normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da Ayahuasca e dos princípios deontológicos que o informam.

31 Concluem, neste ponto, da seguinte forma: “b. Considerando que o GMT, após diversas discussões e análises, onde prevaleceu o confronto e o pluralismo de idéias, considerou como uso inadequado da Ayahuasca a prática do comércio, a exploração turística da bebida, o uso associado a substâncias psicoativas ilícitas, o uso fora de rituais religiosos, a atividade terapêutica privativa de profissão regulamentada por lei sem respaldo de pesquisas científicas, o curandeirismo, a propaganda, e outras práticas que possam colocar em risco a saúde física e mental dos indivíduos.” RELATÓRIO do Grupo Multidisciplinar de Trabalho – AYAHUASCA. Disponível em: <www.obid.senad.gov.br/portais/CONAD/index.php>. Acesso em: 14 jan. 2010.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min.

pluralismo, não se limita aos vínculos étnicos, se estendendo a outras formas de relações comunitárias identitárias.

É, portanto, um dever do Estado apoiar e incentivar tanto a valoração quanto a difusão das variadas manifestações culturais constituintes do país e, assim, a materialização do apoio e incentivo culturais deve ser informada pela preservação e promoção da diversidade cultural. A preservação – que também se dá com a promoção - do pluralismo cultural nacional é um determinante cultural constitucional.

Afirma-se, protege-se e promove-se o pluralismo cultural. Assim determina a Constituição Federal. Pluralismo e diversidade culturais resultam na promoção inclusiva dos variados grupos culturais componentes da nação e estão relacionados à formação das identidades.

O reconhecimento do pluralismo cultural como característica nacional a ser apoiada, incentivada, valorizada e difundida, junto ao robustecimento e democratização do acesso ao patrimônio cultural brasileiro, são alicerces do direito à identidade dos diversos segmentos da nação e, conseqüentemente, da própria identidade nacional, representada nas diversas maneiras possíveis de ser brasileiro.

Tanto a proteção das datas de ‘alta significação’, como as especiais referências à ação, memória e identidade dos grupos formadores da nação demonstram ser a proteção dos elementos constitutivos e formadores das identidades um princípio finalístico, portanto constitutivo, dos direitos culturais. Os direitos à identidade e ao pluralismo cultural não foram, assim, esquecidos nem pelo constituinte nem pelo poder judiciário.

Como visto, a questão das identidades é o elemento motriz do direito à diversidade, cuja finalidade é a promoção da interação e diálogo entre os vários grupos formadores da nação. A proteção dos símbolos dos diferentes grupos é parte da proteção de sua própria identidade. É neste contexto que devemos analisar as questões postas em razão dos casos indicados, a fim de entendermos se e em que medida símbolos étnicos podem ser ressignificados e utilizados por integrantes de grupos distintos

Carlos Brito, Brasília, 19 de março de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

ou também se podem ser comercializados e apropriados economicamente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inevitável que, enfrentada a questão da diversidade cultural como direito e elemento de formação da sociedade brasileira, surgem novos problemas e perguntas, como se estes símbolos identitários são ou podem ser considerados um tipo proprietário? Caso positivo, quais os contornos desta propriedade cultural? No caso, como se dá a incidência da função social da propriedade?

Fruto do Estado liberal e do individualismo que este projetava, a função social da propriedade era, antes, vista apenas a partir do aspecto individual do proprietário, de forma que a propriedade deveria atender única e exclusivamente aos seus próprios interesses, sem qualquer preocupação com a sociedade.³³

A Constituição de 1934 iniciou a preocupação do ordenamento jurídico com os interesses sociais, na medida em que vedou o exercício do direito de propriedade que fosse contrário a tais interesses. Em seguida a Constituição de 1946 apresentou ainda maior preocupação com a funcionalização da propriedade e, após, a Constituição de 1967 consagrou a função social da propriedade como princípio da ordem econômica.³⁴

A Constituição de 1988 dá ao tema tratamento amplo e concretizador, colocando a função social como direito fundamental, e trazendo, ainda, a inovação de estabelecer parâmetros mínimos para que esta seja atendida³⁵. Em relação ao Código Civil, sabe-se que o de 1916 tratava a propriedade somente sob o prisma da visão do proprietário, ao passo que o de 2002 respeita as diretrizes da CR/88 apresentando institutos como o da desapropriação e da requisição pública.³⁶

33 TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson- *A garantia da propriedade no Direito brasileiro*- Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI. Nº 6. 2005, p. 102.

34 TEPEDINO, Gustavo et al. *Comentários ao Código Civil- Direito das Coisas*. Volume 14, Ed. Saraiva, 2011, p. 236.

35 TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson- *A garantia da propriedade no Direito brasileiro*- Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI. Nº 6. 2005, p. 103.

36 TEPEDINO, Gustavo et al. *Comentários ao Código Civil- Direito das Coisas*. Volume 14, Ed.

A realização da função social gera uma nova forma de entender o instituto da propriedade, que deixa de ser estático, limitando-se à esfera individual do proprietário, e ganha em dinamicidade, tornando-se instrumento para concretização das garantias conferidas constitucionalmente.³⁷ Entretanto, é necessário esclarecer que a aplicação da função social deve respeitar o princípio da proporcionalidade, de forma que “a propriedade não deve servir exclusivamente à liberdade do exercício do direito do indivíduo, tampouco, unicamente à coletividade”³⁸

Sem nos esquecermos do fato de que existem diversos tipos de propriedade, cada uma com sua própria disciplina, potencial econômico e titularidade, desnecessário seria dizer que todos os tipos de propriedade devem respeitar sua função social para serem garantidas juridicamente, inclusive as propriedades culturais e intelectuais, pois, sendo de atendimento obrigatório, deve-se considerar que

Os poderes concedidos ao proprietário só adquirem legitimidade na medida em que seu exercício concreto desempenhe função merecedora de tutela. Daí decorre que, quando certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico.³⁹

Mas a questão proprietária não é a única que exsurge da confrontação dos casos a partir da perspectiva dos direitos culturais, pois, por outro lado, devemos nos perguntar como que a restrição do uso dos símbolos étnicos - ou identitários de qualquer viés - se coaduna com a Liberdade de Expressão? Ou com a livre iniciativa econômica? E como o exercício desta liberdade se harmoniza com o respeito à dignidade e símbolos de determinado grupo?

É inevitável perceber que existe um conflito permanente entre

Saraiva, 2011, p. 237.

37 SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto- *A propriedade privada no Brasil: reflexos a partir da Constituição Federal de 1988*. In Anais do Congresso, Nova York: Latin American Studies Association, 2016, p. 12.

38 SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto- *A propriedade privada no Brasil: reflexos a partir da Constituição Federal de 1988*. In Anais do Congresso, Nova York: Latin American Studies Association, 2016, p. 13.

39 TEPEDINO, Gustavo et al. *Comentários ao Código Civil- Direito das Coisas*. Volume 14, Ed. Saraiva, 2011, p. 244.

a proteção dos direitos culturais dos grupos tradicionais e a liberdade de expressão dos demais grupos, sendo necessário verificar qual desses direitos deve preponderar, ou ainda, se realmente há preponderância entre eles, analisando-se em que condições e em até que ponto um limita o outro.

O direito fundamental à liberdade de expressão foi garantido pelo constituinte originário através do art. 5º, inciso IX da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, de modo que qualquer indivíduo tem o direito de falar, opinar, manifestar suas ideias e pensamentos e, inclusive, se vestir da forma que quiser, sem medo de sofrer qualquer tipo de retaliação. Além disso, tal preceito encontra-se em total consonância com a Declaração Universal de Direitos Humanos que dispõe em seu artigo XIX que “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão”.

Ao mesmo tempo, como já foi dito, a questão da proteção dos direitos culturais dos grupos tradicionais também merece destaque e é, da mesma maneira, assegurada pela Constituição Federal, sendo certo que os artigos 215 e 216, mas não só eles, tratam da proteção dos direitos culturais. Contudo, tais dispositivos trazem um embate justamente com a garantia da liberdade de expressão, tendo em vista que o legislador designou, no artigo 216, que as formas de expressão portadoras de “referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” constituem patrimônio cultural nacional.

Assim, se o turbante é uma forma de expressão do movimento negro, fazendo referência a esse povo formador da sociedade brasileira, é, portanto, parte do patrimônio cultural do Brasil, devendo ser protegido, mas, ao mesmo tempo, se faz parte do patrimônio cultural de um país, pode-se também presumir que pode ser usado por qualquer um de seus cidadãos.

Como é o normal nos trabalhos exploratórios, estas são apenas as primeiras reflexões sobre o problema, de modo que, além do aprofundamento de sua análise, outras questões se colocam, como, por

exemplo, de que forma devem ser protegidas as expressões culturais tradicionais e o conhecimento tradicional dos diferentes grupos? Problemas estes que, em razão dos limites deste espaço, serão oportunamente tratadas em trabalho específico.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. 1º. ed. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas – CONAD. Resolução nº. 01, de 26 janeiro de 2010.

BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública n. 2002.51.11.000118-2. 01ª Vara Federal de Angra dos Reis. Juíza Maria de Lourdes Coutinho Tavares, Angra dos Reis, RJ, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <www.jfrj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 19 de março de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRUM, Eliane. *De uma branca para outra*. Disponível em <www.brasil.elpais.com/brasil/2017/02/20/opinion/1487597060_574691.html> Acesso em 24 set. 2017.

DALMO, Roberto. *Notas sobre “apropriação cultural”* Disponível em <http://www.huffpostbrasil.com/roberto-dalmo/notas-sobre-apropriacao-cultural_a_21712050/> Acesso em 27 set. 2017.

GONÇALVES, Ana Maria. *Na polêmica sobre turbantes, é a branquitude que não quer assumir seu racismo*. Disponível em <www.theintercept.com/2017/02/15/na-polemica-sobre-turbantes-e-a-branquitude-que-nao-quer-assumir-seu-racismo/> Acesso em 24 set. 2017.

GONÇALVES, Patrícia-Farm estampa escravos em peça e gera indignação dos internautas. Disponível em < http://www.ceert.org.br/noticias/direitos-humanos/18111/farm-estampa-escravos-em-peca-e-gera-indignacao-dos-internautas?fb_comment_id=1392023397558143_1392746627485820#f124ad5e25264b4> Acesso em 30 set. 2017.

GOUVÊA, Patricia para o jornal Extra: *Estampa de escravos em coleção da Maria Filó foi alterada e não é de Debret, diz pesquisadora*. Disponível em <<https://extra.globo.com/noticias/brasil/estampa-de-escravos-em-colecao-da-maria-filo-foi-alterada-nao-de-debret-diz-pesquisadora-20298194.html>> Acesso em 29 set. 2017.

O GLOBO- *Internautas veem racismo em estampa de grife carioca que pede desculpas*. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/internautas-veem-racismo-em-estampa-de-grife-carioca-que-pede-desculpas-21573342>> Acesso em 29 set. 2017.

MARÇAL, Gabriela. *Jovem com câncer leva bronca por usar turbante e faz desabafo*. Disponível em <www.emais.estadao.com.br/noticias/comportamento,jovem-com-cancer-que-sofreu-represalia-por-usar-turbante-faz-desabafo,70001662157> Acesso em: 27 set. 2017.

MENA, Fernanda. *Uso de acessório provoca polêmica sobre apropriação cultural*. Disponível em <www.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1861267-polemica-sobre-uso-de-turbante-suscita-debate-sobre-apropriacao-cultural.shtml> Acesso em: 27 set. 2017.

MORAES, Ana Carolina. *Ainda temos o que falar sobre apropriação cultural?*. Disponível em < <https://medium.com/@anacarolinamoraes/ainda-tem-o-que-falar-sobre-apropriacao-cultural-da/0c3f6bb0bb>> Acesso em 27 set. 2017.

NERI, Nataly. *Apropriação cultural existe? Pode branca de turbante?* Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=8Q_H99xE9_U> Acesso em: 27 set. 2017.

OLIVEIRA, Tory *O uso de turbantes por pessoas brancas é apropriação*

cultural. Disponível em Acesso em: 27 set. 2017.

RELATÓRIO do Grupo Multidisciplinar de Trabalho – AYAHUASCA. Disponível em: <www.obid.senad.gov.br/portais/CONAD/index.php>. Acesso em: 14 jan. 2010.

RIBEIRO, Djamila. *Apropriação cultural é um problema do sistema, não de indivíduos* Disponível em< www.azmina.com.br/2016/04/apropriacao-cultural-e-um-problema-do-sistema-nao-de-individuos/ > Acesso em 20 set. 2017.

RIBEIRO, Stephanie. *O que é apropriação cultural?* Disponível em < <http://www.revistacapitolina.com.br/o-que-e-apropriacao-cultural/>> Acesso em 27 set. 2017.

Tendência ou apropriação cultural. Disponível em <www.reporterunesp.jor.br/tendencia-ou-apropriacao-cultural> Acesso em 28 set. 2017

SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto- *A propriedade privada no Brasil: reflexos a partir da Constituição Federal de 1988*. In Anais do Congresso, Nova York: Latin American Studies Association, 2016.

SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos Culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012.

SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso (Tese). Rio de Janeiro, 2010 .

TEPEDINO, Gustavo- *Comentários ao Código Civil- Direito das Coisas*. Volume 14, 1º edição Ed. Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson- *A garantia da propriedade no Direito brasileiro*- Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI. Nº 6, 2005.

TERTO, Amauri- *Esta estampa da FARM levantou um novo debate sobre racismo no mercado da moda* . Disponível em <http://www.huffpostbrasil.com/2017/07/11/esta-estampa-da-farm-levantou-um-novo-debate-sobre-racismo-no-me_a_23025227/> Acesso em 30 set. 2017 .

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E OS
PRIMADOS CONSTITUCIONAIS:
Acesso à Cultura e ao
Conhecimento

Título:

**AUTOR, OBRA E
SOCIEDADE -
O COMPARTILHAMENTO
DE CRIAÇÕES
INTELECTUAIS E A
DIGNIDADE HUMANA**

Ingrid Spíndola Gaspar de Carvalho



AUTOR, OBRA E SOCIEDADE – O COMPARTILHAMENTO DE CRIAÇÕES INTELECTUAIS E A DIGNIDADE HUMANA

Autora: Ingrid Spíndola Gaspar de Carvalho¹

Resumo: o presente artigo científico foi realizado dentro das atividades de pesquisa desenvolvidas no Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI/UFPR. Trata sobre o compartilhamento de bens intelectuais como o denominador comum entre autor, obra e sociedade diante dos novos modelos de comunicação que permeiam a era atual. Tais temas têm abalado as estruturas de compressão sobre o acesso à cultura, à informação e os direitos particulares dos autores. Desta feita, a questão pode ser balizada ao ser priorizado, em cada um dos direitos suscitados, a prevalência da Dignidade Humana, sendo a base para reestruturar toda a recente realidade dos contextos sociais, digitais e legislativos.

Palavras-chave: Autor. Sociedade. Obra. Compartilhamento. Novos Contextos Sociais e Tecnológicos. Direito de Autor. Dignidade Humana.

¹ Advogada, cantora, escritora, compositora. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direitos Autorais e Industriais – GEDAI/UFPR, gaspardins@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O compartilhamento da obra diante das novas tecnologias coloca em polos distintos os direitos sociais ao acesso à cultura e os interesses dos autores no âmbito da literatura e música?

Já após a invenção da tipografia por Gutemberg que questões econômicas e políticas têm permeado discussões a respeito da função e finalidade dos direitos de autor.² Portanto, ao longo da história, estatutos, convenções, tratados e leis foram redigidos com intuito de viabilizar normas que regulamentassem tais direitos.

Tem-se como exemplos o Estatuto da Rainha Ana, 1710; a Convenção de Berna 1886; a Convenção de Roma 1961; o Acordo TRIPS - Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1994; o Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execução de Fonogramas (WPPT); o Tratado da OMPI sobre Direitos de Autor; Lei nº 496/1898; Lei 9.610/98.³

Desde então, os meios de comunicação transmutaram e a maneira de consumir informação e cultura também. Autor, obra, público, interligam-se no entrelaçamento do evoluir tecnológico e legislativo, no trespassar dos rearranjos sociais e das formas de diálogos ao longo dos tempos.

Neste sentido, Sérgio Amadeu da Silveira enfatiza que é mais salutar empreender compreensão de *“como a utilização dos meios de comunicação tem implicado na criação de novas formas de ação e interação, novos modos de relacionamento e até mesmo de relações sociais.”* Menciona ainda que *“o compartilhamento do conhecimento tecnológico chegou ao terreno cultural gerando iniciativas como o Creative Commons”*.⁴

2 PARANAGUÁ, Pedro e BRANCO, Sérgio. Direitos Autorais. 1a edição. Rio de Janeiro: FGV Jurídica, 2009. p.16. 3 PARANAGUÁ, Pedro e BRANCO, Sérgio. Direitos Autorais. 1a edição. Rio de Janeiro: FGV Jurídica, 2009. p. 16/21.

3 PARANAGUÁ, Pedro e BRANCO, Sérgio. Direitos Autorais. 1a edição. Rio de Janeiro: FGV Jurídica, 2009. p. 16/21.

4 PRETTO, NL., e SILVEIRA, AS., orgs. Além das Redes de comunicação: internet, diversidade cultural e tecnologias do poder. (online). Salvador: EDUFBA, 2008. op.cit. p. 44. Site <http://>

2. NOVOS CONTEXTOS

Atualmente, de acordo com Manuel Castells, está ocorrendo a integração de vários modos de comunicação em uma rede interativa.⁵ E, pode-se dizer que esta rede está modificando a maneira que o direito autoral passa a inserir no contexto social.

Na maioria das vezes, o criador da obra intelectual almeja levar a invenção ao público. Em razão disso, o denominador comum entre autor e sociedade é o compartilhamento da criação. De um lado o autor aspira que a obra seja conhecida; do outro, a sociedade espera apreciá-la e novamente compartilhá-la.

Paulo Oliver afirma que *“o autor, ao criar a sua obra, visa basicamente levá-la ao conhecimento do público. Este é o juiz de mérito de seu trabalho e esse julgamento é desejado e buscado pelo autor. Impedir que a obra chegue ao conhecimento do público é, simultaneamente, uma grave lesão ao direito moral do autor e um severo dano ao interesse público”*.⁶

E é justamente no momento de colocar a obra para o conhecimento público que se instauram algumas das atuais divergências e interesses relacionados aos direitos de autor.

3. A DIGNIDADE HUMANA

Segundo Leonardo Macedo Poli, o Direito Autoral pode ser compreendido através de dois significados. O primeiro, entendido objetivamente, caracteriza as relações jurídicas advindas da criação humana. E na sequência, de maneira subjetiva, que classifica ligação à pluralidade de faculdades ou liberdades reconhecidas ao autor sobre sua

books.scielo.org/id/22qtc - consulta 12 de janeiro 2017.

5 CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Volume 1. Sociedade em rede. 5ª edição. São Paulo: Paz e Terra. p. 354. 6 OLIVER, Paulo. Direitos Autorais da Obra Literária. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. op. cit. p. 9.

6 OLIVER, Paulo. Direitos Autorais da Obra Literária. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. op. cit. p. 9.

obra.⁷

Conforme artigo 24 da Lei de Direitos Autorais vigente no Brasil, é direito moral do autor, o de reivindicar a autoria da obra e de ter seu nome anunciado como sendo o autor quando utilizada; de conservá-la inédita; de assegurar a integridade da obra, modificá-la, assim como retirar de circulação ou suspender quando implicar afronta à reputação e imagem do autor; bem como de ter acesso a exemplar único e raro.

Marcelo Poli ao citar Algardi menciona que “*pode-se reconhecer em cada um dos direitos morais do autor elencados na LDA, dois elementos fundamentais: o direito à liberdade e o direito à honra*”. E acrescenta também “*o direito a identidade pessoal e o direito à imagem*.” Ainda ressalva, ao citar Ascensão, que “*a tipicidade legal gera uma interpretação restritiva das faculdades reconhecidas*”.⁸

Para Guilherme Carboni, os direitos morais de autor, assim como os demais direitos da personalidade, têm como fundamento o princípio geral da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal do Brasil.⁹ No entanto, é favorável à limitação ao exercício dos direitos morais de autor nas situações em que o interesse social deva prevalecer.

Citato autor entende que a dignidade da pessoa humana está no ápice do ordenamento jurídico e “*seus efeitos se irradiariam e atingiriam a totalidade das normas infraconstitucionais, independentemente de sua qualificação como normas de direito público ou privado, civil, penal ou constitucional*.”¹⁰

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que há vinculação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e os direitos fundamentais, e que nisto se estabelece o direito constitucional contemporâneo.¹¹

7 POLI, Leonardo Macedo. Direito Autoral: Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Pág. 1/2

8 POLI, Leonardo Macedo. Direito Autoral: Parte Geral. op.cit.p. 12.

9 CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor. Curitiba: Juruá, 2008. p. 65.

10 CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor. Curitiba: Juruá, 2008. p. 62.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10 ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Pág. 27/28

Ainda, menciona que a doutrina jurídica mais significativa está apoiada no pensamento de Kant, ou seja, a dignidade humana é vista como valor intrínseco, assim, “*valor não mensurável economicamente*”. Portanto, o ser humano não é visto como uma “*coisa*”.¹²

Sarlet destaca, à luz de Kurt Bayertz, a respeito da dimensão jurídica e institucional da dignidade humana enfatizando ter a mesma “*escopo no indivíduo (a pessoa humana), de modo a evitar a possibilidade do sacrifício da dignidade da pessoa individual em prol da dignidade humana como bem de toda a humanidade na sua dimensão transindividual*”.¹³

Desta forma, analisado mencionadas afirmações, é possível inferir que o autor de criação intelectual, pessoa humana que é, tem direitos a si resguardados, e segundo Kant, não pode ser “coisificado”, bem como a sociedade, em seus destinatários individuais também detêm em si a dignidade, e esta, conforme afirma Ingo, é irrenunciável e inalienável e do ser humano não pode ser tirada.¹⁴

Ao citar Dworkin, Ingo alude que “*o ser humano não pode ser um mero instrumento para a realização de fins alheios (...), sendo que, as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância distintiva de suas próprias vidas*”.¹⁵

Diante disso, o acesso à informação e à cultura em sobreposição a todo e qualquer direito do autor seria uma forma de utilizá-lo como “coisa”? Ou seja, desprovê-lo de dignidade?

4. O ACESSO À INFORMAÇÃO E À CULTURA.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10 ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Pág. 40/41/44.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. op. cit.p.62.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10 ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Pág. 51.

15 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. op. cit.,p 60.

O direito ao livre acesso à informação e à cultura está previsto nos artigos 5º, inc. XIV, e 215, da Constituição Federal. Carboni afirma que estes dispositivos são revestidos pelo princípio da universalidade, igualmente, considerados direitos sociais.¹⁶

Para referido autor, “o direito de acesso à informação e à cultura é, sem dúvida, o que possui uma maior possibilidade de conflito com o direito de autor, principalmente na sociedade da informação, que tem a internet como um dos principais instrumentos de divulgação do conhecimento e do saber”.¹⁷ Ainda, entende que observado o princípio da proporcionalidade, o direito de acesso à informação e à cultura deve prevalecer sobre o direito particular do autor sempre que o interesse público for maior.¹⁸

Contudo, em referência ao mencionado princípio da proporcionalidade, em que bases claras e “proporcionais” estaria firmada a primazia do interesse público sobre o particular em relação ao direito do autor, no âmbito da literatura e música?

A não limitação a todo e qualquer direito social em face dos direitos da personalidade e dos direitos do autor, também pode ser um exercício contra a dignidade destes, pois, a título de exemplo, a esfera pública das redes sociais onde o “tudo posso” impera, há grande ocorrência de crimes contra a imagem, dignidade e honra, não apenas de artistas, mas de modo geral, em face de todos.

Não seria bom senso retirar dos autores todos os seus direitos em detrimento de toda e qualquer vontade hipotética da sociedade. No entanto, a informação é direito de todos, assim, no contexto entre o social e o privado deve preponderar o equilíbrio no apaziguamento das relações e direitos.

Ingo define a dignidade da pessoa humana como “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade,

16 CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor. Curitiba: Juruá, 2008. p 198.

17 CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor.op.cit.,p 201. 18 CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor. Curitiba: Juruá, 2008. p 210.

18 CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor. Curitiba: Juruá, 2008. p 210.

*implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.*¹⁹

Tanto os direitos morais quanto os patrimoniais são direitos relevantes para a dignidade do autor. Ainda que possam ser repensados para o novo contexto tecnológico frente às novas formas de fixação da obra criativa e diante do atual contexto de comunicação globalizada e compartilhada possibilitado pela internet, bem como diferenciados meios de autor e público se relacionarem, mesmo assim, seus direitos devem ser respaldados pela dignidade.

Paulo Oliver esclarece que a amplitude dos direitos autorais alcança várias esferas sociais, gera trabalho, influencia na economia, cultura e na área jurídica. A obra intelectual tem várias facetas de inserção na sociedade e reflexos nela também.²⁰

Ambos, sociedade e autor, têm compromisso com a dignidade, portanto não devem ser causadores de nenhum tipo de exclusão social. Mesmo que muito criticado os direitos patrimoniais do autor, muitas vezes, é este direito que lhe garante o sustento, o trabalho, a livre iniciativa, direitos previstos constitucionalmente. Por outro lado, também é seu dever contribuir para a cultura, o crescimento pessoal dos indivíduos e até mesmo com o entretenimento.

No entanto, a sociedade também lhe deve preservar a dignidade, observado o respeito na utilização da obra, e se for o caso, na remuneração da mesma. O que se deveria formar seria uma consciência coletiva acerca dos direitos e deveres de ambas as partes, sem que um abstenha o outro da sua própria dignidade.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. op. cit., p 70/71. 20 OLIVER, Paulo. Direitos Autorais da Obra Literária. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

20 OLIVER, Paulo. Direitos Autorais da Obra Literária. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

Ingo esclarece que “a conexão da dignidade da pessoa humana com a problemática da pobreza e exclusão social não se limita, todavia, ao déficit de autodeterminação e à privação do assim chamado mínimo existencial, pois se manifesta igualmente por meio do processo de humilhação e consequente perda até mesmo da autoestima à qual está sujeito todo aquele afetado pela pobreza extrema e pela exclusão”.²¹

Não é fato desconhecido a realidade de muitos autores que contribuíram para o crescimento cultural da humanidade e não tiveram o mínimo para sua própria subsistência, nem de seus familiares.

Também, é evidente que na maioria das vezes, o mercado, seja literário ou fonográfico, portanto, grandes empresas e indústrias, é que retêm a maior parte da remuneração autoral na exploração comercial da obra intelectual.

Observando a convergência atual da tecnologia, em que as criações intelectuais chegam mais facilmente ao público, possibilitando ao autor mostrar sua obra de maneira independente, mesmo assim, a presença da indústria ainda é muito relevante.

E a indústria poderia ser uma aliada da sociedade e do autor, por deter meios de produção e técnica, proporcionariam a propagação da obra ao público de forma qualificada e viabilizaria a valorização do autor, como pessoa humana.

Tal fato poderia ser benéfico se autor, indústria, empresários e sociedade, fizessem prevalecer o entendimento da dignidade humana em cada esfera em particular, inclusive na elaboração de contratos. Desta forma, todos seriam beneficiados.

Contudo, conforme José de Oliveira Ascensão, citado por Carboni, “na medida em que o Direito Autoral está ligado à tecnologia, há que contar sempre com a posição do empresário que controla a técnica. Isso foi evidente logo nos primórdios do Direito de Autor, com a invenção da imprensa: os primeiros privilégios não foram concedidos aos autores, mas sim, aos impressores. A justificação do direito de autor ainda seria a de recompensar e

21 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. op. cit.,p 142.

*estimular o criador intelectual, mas, na prática, são as indústrias do copyright (que se beneficiam indiretamente do exclusivo autoral) as propulsoras desta motivação”.*²²

5. A CULTURA DO ACESSO

Tem sido recorrente a utilização de obras intelectuais, música, principalmente, de maneira diversa da compra. Deste jeito, muitos usuários, ao invés de pagarem pelo produto, na verdade, apenas o acessam.

Lúcia Santaella afirma que *“essa cultura do acesso nos coloca não só no seio de uma revolução técnica, mas também de uma sublevação cultural cuja propensão é se alastrar tendo em vista que a tecnologia dos computadores tende a ficar cada vez mais barata”.*²³

Para Manuel Castells *“a integração potencial de texto, imagens e sons no mesmo sistema – interagindo a partir de pontos múltiplos, no tempo escolhido (real ou atrasado) em uma rede global, em condições de acesso aberto e de preço acessível – muda de forma fundamental o caráter da comunicação”.*

²⁴

Neste aspecto, ao citar Rifkin, Carboni pondera sobre a mudança que vem ocorrendo nos últimos tempos, onde os mercados estão dando lugar às redes e a ideia de propriedade se transformando para acesso. E bem esclarece que não desaparecerá a questão da propriedade, no entanto, no lugar de existir troca de mercadorias, haverá leasing, ocorrendo a cobrança de taxa, seja de admissão, assinatura ou associação.²⁵ Entende que o modelo de “presentear” pode se estabelecer.

O referido autor assevera que *“esse novo modelo de socialização calcado no presente (gift) é apontado por Richard Brooke como base para a construção de uma nova sociedade, calcada na informação e nas tecnologias*

22 CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor.op.cit.,p 83.

23 SANTAELLA, Lúcia. Novas mídias digitais: audiovisual, games e música: impactos políticos, econômicos e sociais/ Fábio Villares organizador. op.cit.,p 18.

24 CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Volume 1. Sociedade em rede. op.cit.,p. 354.

25 CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor. Curitiba: Juruá, 2008. p. 82.

*da informação, que ele denomina gift economy (economia que tem por base presentear).”*²⁶

Para Castells “há a formação de um Supertexto e uma metalinguagem que, pela primeira vez na história, integra no mesmo sistema as modalidades escrita, oral e audiovisual da comunicação humana. O espírito humano reúne suas dimensões em uma nova interação entre os dois lados do cérebro, máquinas e contextos sociais.”²⁷

6. A REMUNERAÇÃO AUTORAL

As novas tecnologias propiciam a que o autor tenha comunicação direta com o público e permitem que a obra seja facilmente compartilhada. A questão é como o fazer-se chegar tem sido operado nos dias atuais. E até onde é permitido compartilhar e sob quais parâmetros se opera este “partilhamento”.

Novas plataformas de fixação de obras intelectuais são benquistas pela sociedade, e de maneira geral, em uma simples análise, também colaboram com o autor no sentido de propiciar o compartilhamento e divulgação da obra. Verdade é que o público tem acesso ao que é disponibilizado e o preço cobrado tem sido aceito pelos usuários.

No entanto, grandes indústrias e empresas que operam este tipo de plataforma, na arrecadação que fazem, retêm a maior parte da remuneração autoral, de tal modo que os artistas ficam prejudicados nessa cotação. Autor e público não estão em competição, mas, o intermediário disso, tem faturado sobre ambos. Sendo que esta situação poderia ser revista e beneficiar a todos.

Ingo Assevera que a “*pobreza implica em violação da dignidade humana quando resultar em exclusão e déficit efetivo de autodeterminação, o que se verifica em termos gerais, sempre que as pessoas são forçadas a viverem na pobreza e na exclusão, em função de decisões tomadas por outras pessoas no*

26 CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor. op.cit.,p. 82.

27 CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Volume 1. Sociedade em rede. op.cit.,p.354.

*âmbito dos processos políticos, sociais, econômicos.”*²⁸

Padrões de mercado que operam por grandes indústrias do entretenimento e empresas, quando recorrem a formatação contratual de excessivos lucros retidos ao negócio, podem estar tornando indigno o autor, defasando informação ao público e a sociedade talvez nem saiba disto.

A questão não é o formato, a tecnologia, as plataformas, indústrias ou gestão coletiva, mas sim, a maneira de gerir o lucro que advém delas na exploração da obra intelectual, caso a mesma assim seja distribuída. Tem ocorrido o íntegro, correto e equilibrado repasse aos autores dos valores referentes à arrecadação feita?

Conforme elucida Ascensão, *“os entes de gestão coletiva justificam-se como representantes dos criadores e dos artistas, mas representam-se antes de mais a si mesmos. Atuam como fortíssimos grupos de pressão, que se apoiam normalmente nos abundantes recursos financeiros de que dispõem. Isso permite-lhes manifestações faustosas, como saraus de gala que só podem sustentar-se com dinheiros que deveriam reverter para os representados. A fidelidade destes entes é antes de mais aos interesses que os amparam e conservam. O autor, ou os titulares em geral, são mais o objetos da atuação que os sujeitos cujos interesses são efetivamente prosseguidos”*.²⁹

7. NOVOS MODELOS DE CONTRATAÇÃO

Não é preciso brigar com a tecnologia, a questão é sobre a não efetiva redistribuição do que angariam com o trabalho do autor. Pois, se há uso oneroso da propriedade intelectual de outrem, que haja equidade na hora desta distribuição.

Talvez algo que possa beneficiar o autor é o novo rearranjo dos

28 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. op. cit., p. 142.

29 ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais. Artigo publicado no Livro Estudos de Direito da Propriedade Intelectual. WACHOWICZ, Marcos. Organizador. GEDAI/UFPR, 2015. op. cit, p. 20.

contratos/pagamentos dos direitos autorais arrecadados. Assim, poderia ser previsto regra para beneficiar e incentivar a justa remuneração ao autor na negociação de contratos no país em música e literatura, por empresas nacionais ou estrangeiras que operem no Brasil, na disposição, distribuição e manipulação de obras.

Também, no caso do streaming, que seja livre para que o autor cadastre seus catálogos sem precisar de uma terceirizada que cobre para simplesmente inserir na plataforma o seu próprio conteúdo e reter parte do que é ganho sobre o material do artista.

Paulo Oliver observa que “*dado ao caráter absoluto, intransferível do direito moral do autor, causa espanto a omissão que se faz de seus postulados na redação de contratos ou acordos para utilização da obra.*”³⁰

Se em quase todas as profissões existem prerrogativas que as diferenciam das demais em razão das atividades desenvolvidas, por qual motivo o criador da obra intelectual não poderia contar com especificidades em relação ao seu trabalho? O direito do autor, ou mesmo, o trabalho do autor, é totalmente desnecessário e seria indigno perante a sociedade?

Castells enfatiza que, “*o surgimento de um novo sistema eletrônico de comunicação caracterizado pelo seu alcance global, integração de todos os meios de comunicação e interatividade potencial está mudando e mudará para sempre nossa cultura.*”³¹

8. CONCLUSÃO

Segundo Lúcia Santaella, “*a tecnologia computacional está fazendo a mediação das nossas relações profissionais, sociais, de nossa autoidentidade e do nosso sentido mais amplo de vida social.*”³²

30 OLIVER, Paulo. Direitos Autorais da Obra Literária. op. cit. pg. 9

31 CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Volume 1. Sociedade em rede. 5ª edição. São Paulo: Paz e Terra. p. 354.

32 SANTAELLA, Lúcia. Novas mídias digitais: audiovisual, games e música: impactos políticos, econômicos e sociais/ Fábio Villares organizador. op.cit.,p. 20.

O que está em polo oposto no âmbito do presente artigo não é a sociedade e o autor no acesso a informação e compartilhamento, mas sim, quem tem dado acesso e gerido essa informação. O direito autoral e acesso ao conhecimento podem andar paralelos, um observado a dignidade do outro, nem que para isso sejam normatizados direitos e deveres para ambos.

Importante ainda mencionar que o acesso à cultura em detrimento do direito do autor, como se apenas o obstáculo à informação fosse esse mencionado direito, carece de ponderação; pois, na verdade, o que é um fator preponderante de impedimento ao “consumo” é a carga excessiva de tributos a que a sociedade brasileira está subjugada. E na escolha entre alimento e entretenimento, o bom senso elege alimentos.

Então, o acesso à cultura também necessita de uma estrutura estatal diante da sociedade que nem mesmo pode contar com saúde pública de qualidade. O que dirá de educação, lazer, trabalho, livre iniciativa. Por isso, o acesso à informação e à cultura não vai ser um direito social apenas limitando os direitos dos autores, é preciso uma conjectura muito mais engenhosa para tal.

A tecnologia e novos modelos de compartilhamento ampliam o relacionamento do autor com o público. Mas é preciso de política, ação, que estabeleça a dignidade para os indivíduos. Que incentivem a leitura, a cultura e o conhecimento, iniciativas essenciais ao acesso à informação, pois o direito do autor é o direito do autor. Portanto, volta-se à questão inicial da dignidade humana.

Lúcia Santaella explica que *“nessa sociedade em rede, todos querem se conectar. A ciber cultura está umbilicalmente ligada a mundialização em curso e às mudanças culturais, sociais e políticas induzidas pela mesma”*.³³

Portanto, mais do que discutir a respeito da prevalência do direito social sobre o direito particular do autor, é necessário beber da fonte da compreensão da dignidade humana, e a partir dela, fluir com clareza sobre estes dois direitos e repensar o que de fato pode ser mudado na lei

33 SANTAELLA, Lúcia. Novas mídias digitais: audiovisual, games e música: impactos políticos, econômicos e sociais/ Fábio Villares organizador. Rio de Janeiro: e-papers, 2008.p.28.

a fim de beneficiar a ambos.

Bem explica Ingo ao refletir sobre a dignidade ao dizer que “*onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio de injustiças*”.³⁴

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais. Artigo publicado no Livro Estudos de Direito da Propriedade Intelectual. WACHOWICZ, Marcos. Organizador. GEDAI/UFPR, 2015.

CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor. Curitiba: Juruá, 2008.

CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Volume 1. Sociedade em rede. 5ª edição. São Paulo: Paz e Terra. OLIVER, Paulo. Direitos Autorais da Obra Literária. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

PARANAGUÁ, Pedro e BRANCO, Sérgio. Direitos Autorais. 1a edição. Rio de Janeiro: FGV Jurídica, 2009.

POLI, Leonardo Macedo. Direito Autoral: Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. op. cit., p. 69.

PRETTO, NL., e SILVEIRA, AS., orgs. Além das Redes de comunicação: internet, diversidade cultural e tecnologias do poder. (online). Salvador: EDUFBA, 2008, 232 p. Nessa citação, p. 44. Sérgio Amadeu da Silveira e Nelson de Luca Pretto. Site <http://books.scielo.org/id/22qtc> - consulta 12 janeiro 2017.

SANTAELA, Lúcia. Novas mídias digitais: audiovisual, games e música: impactos políticos, econômicos e sociais. Fábio Villares organizador. Rio de Janeiro: e-papers, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 10 ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Desenvolvimento, Inovação e
Mercado**

Título:

**AS MARCAS FICTÍCIAS
E O PROCESSO DE
“DESFICTIONALIZAÇÃO”
- UM ESTUDO SOBRE
ATIVOS DE PI**

Axel de Souza Belarmino



AS MARCAS FICTÍCIAS E O PROCESSO DE “DESFACTICIONALIZAÇÃO” – UM ESTUDO SOBRE ATIVOS DE PI

Autor: Axel de Souza Belarmino

Instituição: Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio

Resumo: A marca é um signo, que visa distinguir produtos e serviços de outros. Existem marcas criadas exclusivamente dentro do mundo fantasioso dos filmes e series, pode-se denominar como marcas fictícias. Esses sinais estão ganhando tanta força que estão passando por uma transformação. Que pode-se chamar de “desfacticionalização”, que nada mais é que a marca conseguir sair do mundo fantasioso, ganhar vida e ser comercializada ou fornecida no mundo real. A presente pesquisa vem analisar o fenômeno citado, nos contornos jurídicos, especificamente na tutela da Propriedade Intelectual. Pretendendo assim responder a seguinte problemática: Como proteger as marcas fictícias que poderão passar pela “desfacticionalização”? Sendo assim, como estrutura o presente trabalho abordará a conceituação de Propriedade Intelectual, Propriedade Industrial, Marcas e Marcas Fictícias. Também demonstrará as marcas que já passaram pelo fenômeno de “Desfacticionalização” e como elas estão protegidas no ordenamento jurídico nacional e internacional. Apresentando um caso específico, no sistema de registro de marcas brasileiro. Diversos doutrinadores foram visitados, pode-se destacar Denis Borges Barbosa, Clésio Gabriel, e não menos importante Eliane Y. Abrão. Todos estes com intuito de fortalecer o texto e trazer a vida real até então fictício tema.

Palavras-chave: Marca. Ficção. Propriedade Intelectual.

1. INTRODUÇÃO

As marcas são criações intelectuais, que servem para distinguir um produto ou serviço de outro, e individualizar produtos ou serviços. Elas são protegidas por meio da Propriedade Industrial, que é uma das espécies do gênero Propriedade Intelectual. No dia-a-dia as pessoas se deparam com diversos tipos marcas, marca da escova de dente, marca da TV por assinatura, marca do carro, marca do supermercado, todas elas são sinais que diferenciam um produto do outro, ou um serviço do outro. Contudo, a sociedade vive uma explosão de informação, dentro disso está o entretenimento. No mundo de hoje é difícil encontrar alguém que não consuma entretenimento de alguma forma. Através da TV, do computador, do smartphone, de um livro ou qualquer outro suporte de informação. E as marcas têm um papel importante nessa dinâmica, pois elas financiam diversos programas, series, filmes e até mesmo jogos em troca de propaganda. Assim elas ficam mais conhecidas, cativam mais ainda o público alvo e fidelizam seus consumidores. Um processo que tem chamado atenção são as marcas que são criadas exclusivamente dentro deste mundo virtual, que neste trabalho serão chamadas de marcas fictícias.

Uma animação onde aparecem humanos vivendo na sociedade atual, com certeza será mostrada algum tipo de produto ou fornecimento de serviço, exatamente para trazer contornos de realidade aquela ficção. Em um primeiro momento, as marcas veiculadas no mundo virtual eram marcas reais, de produtos que realmente existiam. Todavia, por motivos diversos, dentre eles a dificuldade de licenciamento de marcas para veiculação em filmes e series, foram surgindo marcas fictícias, ou seja, marcas que foram criadas exclusivamente para o mundo virtual. Assim, sem perigo de denegrir a imagem de uma marca real famosa, como no caso do seriado *Lost*, criaram a marca “Oceanic Airlines” evitando problemas de associação de uma marca do mundo real com acidente aéreo.

Ao passo do surgimento das ditas marcas fictícias, elas passaram a ser tão singulares, que aos poucos no imaginário do espectador, do

leitor, daquele que consome determinada ficção, o produto ou serviço passa a ser objeto de desejo. De uma certa forma as pessoas querem se aproximar mais do mundo da fantasia, desejando utilizar os produtos nela veiculados. Neste momento começa o processo de “desficticionalização”, que nada mais é que a marca conseguir sair do mundo fantasioso, ganhar vida e ser comercializada ou fornecida no mundo real. Grande exemplo disso é a marca de cerveja “Duff”, a bebida da animação Simpsons. Hoje ela pode ser encontrada em diversas lojas de bebidas em vários países, pois ela conseguiu sair do mundo virtual e ganhar vida no mundo real, sendo comercializada e gerando grandes lucros para seus titulares.

A justificativa do presente tema, se da pela importância econômica que as marcas têm para os ativos das empresas, e por consequência para o mercado econômico. Também pela possível concorrência desleal que pode ser gerada através de marcas surgidas da ficção. Além disso não é falsa modéstia destacar a pouca produção acadêmica sobre tal tema, principalmente se tratando do Brasil.

A presente pesquisa vem analisar o fenômeno citado, nos contornos jurídicos, especificamente na tutela da Propriedade Intelectual. Pretendendo assim responder as seguintes problemáticas: Como proteger as marcas criadas no mundo da ficção? Quem pertence a PI desses produtos? Se alguém copiar está infringindo a lei? Alguém pode pedir registro de uma marca que foi criada na ficção, mesmo não tendo relação com a obra original?

As hipóteses para as perguntas acima são: de que no ordenamento jurídico brasileiro já é possível proteger tais marcas. Assim como em diversos países signatários da Convenção da União de Paris; O verdadeiro titular será o primeiro legitimado a solicitar o registro da marca; A reprodução ou imitação sem autorização do titular da marca é considerada concorrência desleal; e somente os legitimados poderão requerer o registro das marcas. As hipóteses levantadas se confirmarão ou não através da pesquisa bibliográfica e documental na doutrina de Propriedade Intelectual, com relevância na Propriedade Industrial, e no Direito Macário.

2. METODOLOGIA

Sendo assim, como estrutura o presente trabalho será dividido em três capítulos. Um capítulo de conceituação de Propriedade Intelectual, Propriedade Industrial, Marcas e Marcas Fictícias. O segundo capítulo demonstrará as marcas que já passaram pelo fenômeno de “Desficticionalização” e como elas estão protegidas no ordenamento jurídico nacional e internacional. Apresentando um caso específico, no sistema de registro de marcas brasileiro. O ultimo capítulo será separado para confirmações ou refutações das hipóteses mencionadas e quais os resultados alcançados através da pesquisa. Além de ser um espaço para o autor colocar sua opinião sobre o tema.

A revisão bibliográfica dentre diversos materiais utilizados no presente trabalho, pode-se destacar Denis Borges Barbosa, Clésio Gabriel, e não menos importante Eliane Y. Abrão. Tais autores foram significativos para o desenvolvimento deste artigo.

3. DESENVOLVIMENTO

Para dar suporte ao conceito de Marca Fictícia, primeiramente é necessário definir o que é a Propriedade Intelectual, em seguida definir Propriedade Industrial e Marca.

3.1 - PROPRIEDADE INTELECTUAL

Denis Borges Barbosa, grande doutrinador da área, em seu livro, *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*, define:

A Convenção da OMPI define como Propriedade intelectual, a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas

comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico. (2003, p. 1)

A Propriedade Intelectual é fracionada em dois grandes ramos. As obras literárias, artísticas e culturais em geral, estão dentro dos direitos autorais, juridicamente disciplinada incorporados no Direito Civil. A concessão de patentes de privilégio de invenção e de modelo de utilidade, além da concessão de registro de desenho industrial e marca estão dentro da propriedade industrial abrangida no direito empresarial. Assim disciplina Alexandra Godoy. (2015, p. 55-56)

Lopes diz que a Constituição garante ao titular do bem imaterial prerrogativa de proibir que terceiros se utilizem de sua propriedade, de diversas formas, sem uma autorização precedente. Invocando Ascarelli que adverte que a exclusividade, como direito, sobre os bens imateriais é basicamente, o papel de terceiros de deixar de praticar atos voltados à produção de coisas que configurem reprodução criações intelectuais de outrem, mesmo que os objetos utilizados na reprodução sejam dos próprios terceiros. (2007, p. 76)

Eliane Y. Abrão repagina a Propriedade Intelectual, chamando-a de Propriedade Imaterial, e seguindo conceito da OMPI, leciona a dicotomia, conforme vejamos abaixo:

A propriedade imaterial, ou direitos exercidos sobre bens imateriais, é gênero de que são espécies os direitos autorais, os direitos vizinhos aos autorais, os direitos de propriedade industrial, e os direitos de personalidade. O que a legislação internacional, e estrangeira chama de propriedade intelectual são os direitos de autor de ordem patrimonial, os direitos relativos aos programas de computador e base de dados e a propriedade industrial, por influência da legislação internacional, hoje sob administração da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). (2014, p. 29)

3.2. PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Di Blasi entende que a Propriedade Industrial é a porção da

propriedade intelectual que versa sobre a proteção jurídica dos patrimônios incorpóreos, que nos segmentos das industriais são aplicáveis tecnicamente de forma prática. Ocupa-se de temas referentes às invenções e aos certificados de adição; aos modelos de utilidade; aos desenhos industriais; aos segredos de negócios (*trade secret*); aos nomes de domínios (*domain name*); às marcas de produto ou de serviço, de certificação, coletivas e tridimensionais; à repressão à concorrência desleal. (2005, p. 28)

João Batista Lopes disserta que a Propriedade Industrial surge quando haja um registro ou uma patente, ou seja, quando é atribuído um título de propriedade industrial, diferentemente do que ocorre no direito autoral, pois seu surgimento se dá já na concepção da obra literária, artística ou científica. (2007, p. 79)

Trazendo como fundo a diferença entre o Direito de Autor, Abrão disserta sobre a propriedade industrial:

Diferentemente do direito autoral, que é isento de formalidades, o instituto da propriedade industrial repousa na idoneidade ou veracidade do título aquisitivo das patentes e modelos de utilidade, dos registros de marcas e desenhos industriais, de emissão da autarquia federal denominada Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, e nas ações tendentes a reprimir as falsas indicações geográficas e a concorrência desleal. Volta-se a matéria, precipuamente, ao aproveitamento industrial/comercial dos inventos, marcas e desenhos industriais, e à não indução do consumidor a confusão ou erro, por meio da proibição de comercialização de produtos que pirateiem o original ou imitem a marca, gerando a concorrência desleal. (2014, p. 36)

3.3. MARCA

A marca é um signo, que visa distinguir produtos e serviços de diversos similares ou afins de origem diferente. A titularidade deste signo é atribuída por ente nacional incumbido por outorgar o direito ao uso exclusivo da marca. Assim conceitua Elisângela Santos Silva. (2013, p. 89-90)

Lopes define também define marca como signo, que atrelado

a produtos e serviços, também disserta sobre as funções distintiva e identificadora. Tal função deve ser considerada essencial, pois o distanciamento entre o fabricante e o mercado em que seu produto é comercializado é necessário um signo que ofereça confiança de ao consumidor da origem. (2007, p. 90)

Ricardo Luiz Sichel em trabalho notável descreve que na legislação brasileira tem proteção marcária garantida, somente os sinais visualmente perceptíveis. (2014, p. 59)

Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais. (Lei 9.279/96)

Newton Silveira, doutrinador na área de propriedade intelectual, do mesmo modo, vê a marca como um sinal, por outro lado verifica que ela não é o produto em si, mas é a ligação entre o consumidor e o produto ou serviço, identificando-os. (2008, p. 14)

3.4. MARCA FICTÍCIA

A marca fictícia é aquela criada com todas as características e funções de uma marca convencional, identificando produtos ou serviços e distinguindo-os. Porém encontra-se em um mundo virtual, onde não produz efeito no mundo real. Ela pode ser encontrada em livros, na TV, no cinema, em jogos e em outros suportes de entretenimento.

Diante de tanta informação e entretenimento disponível, faz-se necessário criar uma conexão entre o espectador e a serie ou filme, neste momento dependendo da história, elementos da realidade introduzidos na ficção são importantes para se fazer vínculo. Então quando uma personagem está numa cena que se passa no mercado, muito provavelmente serão mostrados diversos produtos. Para mostrar marcas reais, será necessário contrato de licença de uso com cada uma marca exibida na cena. Isso pode gerar custos que algumas produções não estão dispostas a pagar ou mesmo não tem condições. Nessa etapa que são criadas as marcas fictícias, facilitando o orçamento na produção e abre

uma porta para criatividade.

Sergio L. Olivares Jr. e Victor Ramirez, Olivares em artigo publicado na rede global de computadores define o que é marca fictícia:

A visible sign originally created in a fictional story sufficiently distinctive and able to identify products or services. (2014)

Entendimento dos professores mexicanos, é muito importante, pois ele descreve exatamente que a marca fictícia é um sinal original, suficientemente distintivo e identificador, porém criado em um ambiente fictício.

Bom exemplo de criação de marcas fictícias são as animações. Normalmente as marcas apresentadas nos filmes em animação são marcas que não existem no mundo real. O estúdio *Pixar*, criador de *Toy Story*, *Procurando Nemo*, *Os Incríveis* e tantas outras animações, conseguiram criar um universo onde algumas marcas fictícias são vistas em diversos filmes da empresa. Como a marca *Pizza Planet*, um sinal que serve para identificar uma pizzaria que faz entregas, elas são feitas em um furgão, com uma nave pendurada com a marca. Esse automóvel aparece em inúmeras obras, alguns em destaque como *Toy Story*, outros rapidamente como *Ratatouille*, *UP!* e *Procurando Nemo*. A *Pixar* tem outras marcas fictícias fortes, como *Alinol*, para combustível, *BNL* uma empresa e *Dinoco*, um posto de gasolina. Tais marcas têm um valor extremamente importante, ao passo que são reconhecidas e lembradas pelo público. Elas têm um grande potencial de ultrapassar a fronteira do virtual e figurar na realidade.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

4.1. O PROCESSO DE DESFICTÍCIONALIZAÇÃO

No processo de Desficticionalização as marcas irreais se tornam tão conhecidas de um determinado produto ou tão fortes na mente

dos fãs, que ela rompe a barreira da fantasia e chega no mundo em que vivemos. Essa passagem não se dá de forma padronizada para todos os casos, e nem sempre o resultado no mundo real é tão satisfatório.

Em monografia de conclusão de curso de Marketing na ESPM, Felipe Pacheco abordou o tema de marcas fictícias, ele descreve a desficticionalização que *a marca fictícia já faz parte da diegese da série, ela já existe dentro desse universo fictício e só transposta para o mundo real, mantendo grande parte de suas características.* (2013, p. 42)

Alguns exemplos de marcas que sofreram esse processo são: chocolates *Wonka*, do filme *A Fantástica Fábrica de Chocolates*, o restaurante *Bubba Gump Shrimp* do filme *Forrest Gump*, a cerveja *Duff* da série animada *Os Simpsons*. Este último caso citado, é muito interessante para se debater, pois a famosa cerveja que *Homer Simpson* bebe a tantos anos no desenho, ganhou vida alguns anos atrás, porém não foi a 20th Century Fox Filmes quem trouxe a marca a realidade. Foi um empresário mexicano que percebeu o potencial da marca e lançou o produto. É relevante a pesquisa deste caso, pois está diretamente ligada a problemática do presente artigo. Uma empresa que não detém os direitos autorais do filme, série ou jogo, pode fabricar ou comercializar uma marca que nasceu na ficção de terceiros? No caso da cerveja *Duff*, foi isso que aconteceu. A cerveja é comercializada em diversos países, sem que a Fox ganhe nada com as vendas.

4.2. O CASO “LOS POLLOS HERMANOS”

Em pesquisa realizada na base de dados do INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, foi encontrado recente caso de pedido de registro para marca LOS POLLOS HERMANOS na classe 43, especificando “Restaurantes” como campo de atuação. O motivo deste caso merecer atenção se deve ao fato de que tal marca, é uma marca fictícia criada para o seriado “BREAKING BAD” criada e produzida por Vince Gilligan, através da AMC e Sony Pictures. A série ganhou diversos prêmios durante sua exibição, incluindo dez Primetime Emmy Awards,

sendo um como melhor série de drama.

O show contava história de Whater White, professor de química fracassado, que resolve se juntar a um ex-aluno e fabricar metanfetamina. Para resolver o problema de destruição das drogas, era usado uma rede de restaurantes, que escondia e distribui toda droga produzida. A marca criada para essa rede foi LOS POLLOS HERMANOS.

Diante dessa introdução é possível perceber que o empresário brasileiro, de nome com acesso liberado na base de dados do INPI e que para efeito do presente trabalho não importa mencionar, se apropria do sinal anteriormente criado por AMC, Sony Pictures e Vince Gilligan.

O processo ainda encontra-se na fila para análise de mérito, porém a própria Sony Pictures Television Inc. apresentou uma medida administrativa, chamada “oposição” para que o processo seja indeferido. Interessante que na peça dos criadores, eles mencionaram que são os titulares do direito de autor da série e de todos os elementos da obra. Assim incorrendo no artigo 124, inciso XVII da Lei 9.279 de 1996, que diz:

Não são registráveis como marca: XVII - obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular; (1996)

Através deste caso específico pode-se trazer ensinamento do professor José Antônio B. L. Faria Correa, publicado pela Saraiva, na obra de organização de Wilson Pinheiro Jabur e Manoel J. Pereira dos Santos, dizendo:

A vedação ao registro, a título de marca, de sinal que em sua essência, constitui obra tutelada pelo instituto do direito de autor deriva de mandamento constitucional inequívoco. O art.5, XXVII da Constituição da República confere o mais amplo esteio às criações no campo da cultura, assegurando ao autor direito pleno à sua fruição. Fosse possível a alguém, na hipótese de não-anuência do autor, o registro, na propriedade industrial, de obra que lhe não pertença, e se esvaziarem as garantias constitucionais e legais de que desfrutam os autores. A par de qualquer consideração na esfera da personalidade, as obras, e sobretudo aquelas que adqui-

rem projeção, têm inflexão no campo econômico. Demais disso, as marcas são, em essência, captadores de clientela, tendo, por excelência, repercussão econômica, portanto na falta de autorização do detentor dos direitos, propicia ganhos desprovidos de causa. (2007, p. 246-247)

Trazendo adequação a lide desenvolvida e também para casos futuros, cita-se o livro importante como doutrina de Propriedade Industrial, Comentários à Lei de Propriedade Industrial do IDS – instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos:

b) quem tem legitimação para opor-se ao registro e consequentemente, para propor ação anulatória, uma vez efetuado o registro (...)

Quanto a segunda indagação, entendemos que somente o titular do direito de autor e seus licenciados, quando para tanto autorizados, têm legitimação para postular a recusa de registro ao argumento de lesão e direitos nessa órbita. Isso, porém não impede o órgão do registro de, sabendo que a marca objeto do requerimento nada mais é do que obra amparada por direito de autor, denegar a pretensão de ofício, de modo a evitar fraude, como lhe compete por lei. (2013, p. 263-264)

Portanto tanto qualquer titular de Direito de Autor, que se sentir usurpado por pedido de registro de marca, assim como a Sony o fez, pode ingressar com oposição ao processo, assim como o INPI tem o dever de indeferir sempre que verificar apropriação de Direito de Autor sem autorização.

5. CONCLUSÃO

O registro de marcas no ordenamento jurídico brasileiro, é tutelado pela Lei de Propriedade industrial, 9.279 de 14 de maio de 1996. O sistema brasileiro usado é o atributivo, tem prioridade o primeiro que requerer o registro. Ou seja, mesmo que a empresa não tenha conexão com a marca fictícia, se for o primeiro a requerer o registro, será a dona da marca. Por isso a importância da pesquisa, que ainda está em desenvolvimento. Para que os grandes criadores de marcas fictícias se conscientizem de proteger seus sinais, prevendo um processo

de desfictionalização. Evitando problemas futuros, como judicializar a questão ou mesmo comprar direitos que deveriam ser seus.

Para finalizar Natali Francine Cinelli Moreira, foi muito feliz em seu artigo na Revista da ABPI nº 107:

Com relação ao direitos autorais, a LPI somente exige o consentimento do autor ou do titular para que a obra possa ser registrada como marca (artigo 124, inciso XVII, LPI). Este consentimento pode se dar por meio de um contrato de cessão ou por meio de um contrato de licença de uso. (2010, p. 57)

Trazendo assim doutrinariamente um ponto de equilíbrio para o problema da pesquisa. Porém o trabalho exposto está no início de sua vida, pois ainda há muito o que se pesquisar e avaliar. Assim ainda há muito o que escrever, por isso o autor se reserva no direito de esclarecer que a pesquisa está em desenvolvimento e este é um pequeno extrato dos seus resultados. E confiante que o mesmo sairá do mundo virtual e ganhara a realidade em breve, produzindo assim seu próprio processo de “desfictionalização”.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Migalhas, 2014.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2º Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2003.

CORRÊA, A. B. G. *Patentes farmacêuticas e o Acesso a Medicamentos: A Desmistificação das Patentes*. 1º. ed. Rio de Janeiro: Agora21, 2016.

CORREA, José Antônio B. L. Faria, *Sinais não registráveis – in: Propriedade intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa*. JABUR, Wilson Pinheiro, SANTOS, Manoel J. Pereira dos, coordenadores. São Paulo: Saraiva, 2007

DI BLASI, Clésio Gabriel. *A propriedade industrial: os sistemas de*

marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Fictional trademarks in Mexico. Disponível em: <<http://www.olivares.com.mx/files/Articles/Fictional%20Trademarks.pdf>>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnico. *Comentários à Lei de Propriedade Industrial*: 3 edição - Rio de Janeiro: Renovar, 2013

LAGE, Celso Luiz Salgueiro. WINTER, Eduardo. BARBOSA, Patrícia Maria da Silva. *As diversas faces da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2013.

MACHADO, José Mauro Decoussau. *Aspectos da antecipação da tutela na propriedade industrial: patentes, desenhos industriais e marcas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, Natali Francine Cinelli. *Da Dupla Proteção da Marca Pela Propriedade Industrial e o Direito de Autor*. Revista da ABPI, nº 107. 2010.

PACHECO, Felipe. *Marcas Fictícias: estratégia de geração de experiências em séries de tv*. São Paulo, ESPM, 2013

SICHEL, Ricardo Luiz. *Propriedade Intelectual uma política de Estado*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

SILVEIRA, Newton. *Estudos e pareceres de Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

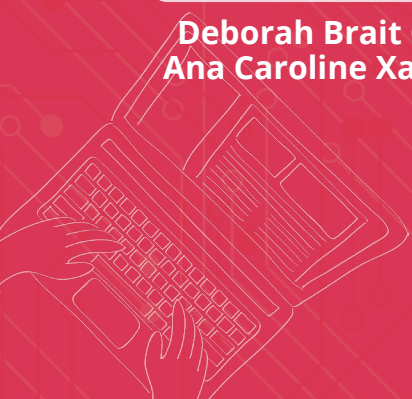
Eixo temático:

**PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Desenvolvimento, Inovação e
Mercado**

Título:

**A VIOLAÇÃO
DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS TRIPS
E PCT NA ADOÇÃO
DO PROCEDIMENTO
SIMPLIFICADO
DE DEFERIMENTO
DE PATENTES DO
INSTITUTO NACIONAL
DE PROPRIEDADE
INDUSTRIAL - INPI**

**Deborah Brait Carneiro Gonçalves
Ana Caroline Xavier Vilas Boas Melo**



A VIOLAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS TRIPS E PCT NA ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO DE DEFERIMENTO DE PATENTES DO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI

Autoras: Deborah Brait Carneiro Gonçalves¹, Ana Caroline Xavier Vilas Boas Melo²

Instituições: Faculdade Minas Gerais (FAMIG), Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais (CEFET-MG)

Resumo: Em julho de 2017, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal responsável pela análise e concessão das patentes no Brasil, promoveu a Consulta Pública nº 02/2017, na qual discutiu sobre um possível regime emergencial para a análise de patentes, denominado procedimento simplificado de deferimento de pedidos de patente. Este novo sistema proposto visa reduzir o acúmulo de pedidos de patentes no Instituto, que se encontra em proporção insustentável frente à capacidade de exame e resposta da autarquia. Segundo a proposta, os pedidos de patente realizados até data determinada serão concedidos tal como requerido pelo depositante residente ou requerido na entrada na fase nacional no Brasil dos não residentes. Desta forma, analisará apenas ressaltando-se aquelas invenções cuja exclusão de patenteabilidade resta clara pela Lei de Propriedade Intelectual. Porém, muito embora a adoção deste procedimento simplificado de análise das patentes seja considerado pontual e excepcional e possa resolver os problemas administrativos da autarquia, o que se observa na proposta é a violação dos tratados internacionais em matéria de propriedade intelectual dos quais o Brasil é signatário, e que podem acarretar em problemas jurídicos e políticos para a instituição e para o país. Este artigo tem como objetivo analisar a violação do método proposto pelo INPI para deferimento de patentes aos tratados internacionais de propriedade intelectual e demonstrará que mesmo que motivada, a norma interna não pode ser validada em dissonância com o preconizado pelas regras dispostas nos tratados internacionais em que o

1 Graduando em Direito pela Faculdade Minas Gerais (Famig), Bolsista do Núcleo de Inovação Tecnológica do CEFET-MG

2 Advogada e Gestora de Propriedade Intelectual do CEFET-MG.

Brasil consta como parte.

Palavras-Chave: Propriedade Intelectual. Procedimento de Deferimento Simplificado de Patentes. Tratados Internacionais de Propriedade Intelectual.

1. INTRODUÇÃO

No mês de julho de 2017, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), por meio de seu site institucional promoveu a Consulta Pública nº 02/2017, na qual discutiu sobre um possível regime emergencial para a análise de patentes, denominado “procedimento simplificado de deferimento de pedidos de patente”. Em justificativa publicada juntamente à consulta, a autarquia apontou que “o acúmulo de pedidos de patentes no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) chegou a uma proporção insustentável frente à capacidade de exame e resposta da autarquia” e diante de tal backlog se faria necessária a adoção de um procedimento simplificado e, portanto, mais ágil. Segundo o texto disponibilizado pelo INPI, o backlog até o momento encontra-se na ordem de 231.184 pedidos não analisados, enquanto há apenas 326 servidores dedicados ao exame de patentes, que executam, em média, 55 análises por ano, ocasionando assim uma desproporcionalidade e a impossibilidade de redução deste acúmulo de pedidos.

Porém, muito embora a adoção deste procedimento simplificado de análise das patentes possa resolver os problemas administrativos da autarquia, o que se observa na proposta é a violação dos tratados internacionais em matéria de propriedade intelectual dos quais o Brasil é signatário, e que podem acarretar em problemas jurídicos e políticos para a instituição e para o país, uma vez que o procedimento simplificado realiza a aprovação e concessão de patentes sem busca de anterioridade e exame técnico.

Assim, este artigo tem como objetivo, analisar a violação do método proposto pelo INPI para deferimento de patentes ao tratado

internacional de propriedade intelectual, Acordo TRIPS, que define os requisitos obrigatórios de patentabilidade a serem exigidos pelos países signatários. O trabalho será desenvolvido com pesquisas descritivas e bibliográficas, no qual serão analisados, primeiramente, o procedimento simplificado proposto e os tratados internacionais referentes ao tema cujo Brasil participa como parte, e, posteriormente, a violação destes e quanto à ilegitimidade, ilegalidade e impossibilidade de aprovação da proposta posta pelo INPI de deferimento simplificado.

2. PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO DE DEFERIMENTO DE PEDIDOS DE PATENTE

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) é uma autarquia federal criada em 1970 por meio da Lei nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970, e é o órgão único responsável pela análise e concessão das patentes, bem como demais modalidades de propriedade industrial, no Brasil. Para esta análise e concessão, o INPI segue as regras disciplinadas pela Lei de Propriedade Industrial (LPI) e nos Tratados Internacionais de Propriedade Intelectual, cujo Brasil encontra-se como parte e é signatário. Estas regras são bastante rígidas, uma vez que as leis de propriedade intelectual visam resguardar os autores, criadores e inventores, na medida em que lhes garantem direitos exclusivos sobre a reprodução desses bens por um tempo limitado, além de reconhecer a autoria, um direito constitucionalmente protegido e inalienável.

Neste sentido, a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996) determina os requisitos de patenteabilidade, sendo estes: novidade, atividade inventiva, aplicação industrial e suficiência descritiva. Estes requisitos verificam os critérios de ineditismo da tecnologia patenteada e garante aos autores a proteção e o direito de exclusividade.

A legislação de propriedade industrial ainda estabelece o que não pode ser patenteado, por meio de rol taxativo disposto nos artigos 10 e 18 da Lei nº 9.279/1996, como as invenções que forem contrárias à moral, aos bons costumes e à segurança nacional. A Lei ainda proíbe o

patenteamento de matéria relativa à transformação de núcleo atômico, o todo ou parte dos seres vivos (exceto os microorganismos transgênicos) e aquilo que não tem aplicabilidade industrial, como: descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos, esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização, regras de jogo, técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal, seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais. (Lei nº 9.279/1996)

Para a análise de todos os critérios e requisitos exigidos, a LPI estipula em seus artigos 30 a 37, as regras para o processo e exame do pedido de patente, destacando-se o art. 35 que disciplina sobre o exame técnico para deferimento. Deste modo, pode-se afirmar que quando o pedido de uma patente é depositado no INPI, o processo passará por diferentes etapas, que como pode ser observado em fluxograma disponibilizado pelo INPI³, incluem um exame formal preliminar que avalia os critérios administrativos e os aspectos de segurança nacional, seguido de minucioso procedimento de busca de anterioridade, que avalia o critério de novidade absoluta em âmbito internacional, e, por fim, o exame técnico que analisa os demais critérios de patenteabilidade e os itens de exclusão de patenteabilidade. É possível notar, que durante todas as etapas supracitadas, o INPI pode exigir o envio de novos documentos aos titulares e inventores dos pedidos, acarretando em prorrogação do tempo de tramitação e no prazo para deferimento ou indeferimento da patente.

Embora o procedimento completo esteja estipulado em lei, bem como em tratados e convenções internacionais acerca do tema, o INPI admite não conseguir realizar todos os exames necessários em tempo hábil, com celeridade e condizente com a razoável duração deste tipo de processo exigida pela lei e pela sociedade. Por isso, em 27 de julho de

3 Fluxograma disponibilizado pelo INPI

2017, promoveu a Consulta Pública nº 02/2017, na qual discutiu sobre um possível regime emergencial para a análise de patentes, denominado “procedimento simplificado de deferimento de pedidos de patente”.

Segundo a autarquia, em justificativa publicada juntamente à consulta, até o presente momento há um acúmulo de 231.184 pedidos não analisados no INPI, denominado *backlog*, enquanto há apenas 326 servidores dedicados ao exame de patentes, e que executam, em média apenas 55 análises por ano. Segundo projeções do Instituto, até o ano de 2029 este backlog terá atingido a ordem de 349.080 pedidos.

Esse acúmulo, conhecido como backlog, alcançou no fim do mês de junho último, o quantitativo de 231.184. O INPI possui, hoje, 326 servidores dedicados ao exame de patentes. Apesar de toda dedicação do corpo funcional, que fez saltar a produtividade de decisões anuais de 35, em 2015, para 45, em 2016, e uma previsão de alcance de 55 em 2017, a perversa relação de escala não vem permitindo a redução do estoque de pedidos patentes pendentes de exames. A manter-se a relação atual de estoque, examinadores e produtividade, chegaremos em 2029 com um backlog da ordem de 349.080 pedidos. A relação é tão desproporcional que, mesmo que dobrássemos a produtividade atual, ou seja, chegássemos a 110 decisões/ano, ainda assim não eliminaríamos o atraso, chegando ao mesmo ano de 2029 com um backlog em curva crescente da ordem de 189.312 pedidos. (INPI, 2017)

Em tentativas de solução do problema, o INPI realizou estudos sobre possibilidades de resolução do backlog, mas todos os resultados apontaram para soluções pouco efetivas e que custariam valores altos às contas públicas.

Estudos alternativos foram realizados considerando-se o ganho de escala pela via da admissão de 687 novos examinadores de patentes. Para essa hipótese, restou verificado que o backlog seria solucionado ao fim de 8 anos. Todavia, considerando-se que a estrutura de quadros de examinadores do INPI exige, hoje, para atendimento da demanda corrente, um total de 489 servidores, a solução anterior, além de ter um custo fiscal da ordem de R\$ 1 bilhão de reais no período, implicaria ainda, a partir do 9º ano, na ociosidade de mais de 500 servidores, bem como os seus respectivos custeios ao longo de suas vidas funcionais. As mencionadas hipóteses de solução do backlog mostram-se ineficazes e não factíveis. (INPI, 2017)

Deste modo, diante de quadro tão negativo, surgiu a proposta, tema da consulta pública, visando um procedimento simplificado de deferimento de pedidos de patente dos pedidos depositados até 2014, como uma medida de solução “pontual e excepcionalíssima” (INPI, 2017).

Segundo a proposta, os pedidos de patente realizados até data determinada serão concedidos tal como requerido pelo depositante residente ou requerido na entrada na fase nacional no Brasil dos não residentes, atingindo-se o prazo máximo de 90 dias para deferimento das patentes. O procedimento simplificado analisará apenas ressaltando-se aquelas invenções cuja exclusão de patenteabilidade resta clara, conforme estipulado nos artigos 10 e 18 da Lei nº 9.279/96. Em outras palavras, as patentes serão concedidas sem a realização de exames técnicos e de busca de anterioridade para averiguação dos critérios de patenteabilidade, principalmente aqueles relativos à novidade, banalizando a concessão das patentes.

O texto da proposta faz apenas uma ressalva, de que o procedimento simplificado de deferimento possui caráter facultativo e de oponibilidade, uma vez que “permitirá que o próprio requerente manifeste seu interesse em ter o seu pedido de patente excluído desse mecanismo, ou mesmo que terceiros interessados requeiram a exclusão de pedidos de outrem, desde que apresentem subsídios técnicos.” O texto da proposta ainda determina que o método simplificado não contemple os pedidos de patentes relativos a fármacos.

Embora o INPI considere o procedimento simplificado ser a solução “mais eficaz e menos prejudicial ao sistema”, e este possa resolver os problemas administrativos da autarquia, o que se observa na proposta é a violação do princípio da legalidade e principalmente dos tratados internacionais em matéria de propriedade intelectual dos quais o Brasil é signatário, e que podem acarretar em problemas jurídicos e políticos para a instituição e para o país.

Observa-se uma ilegalidade relativa à competência para redação desta proposta. A Lei nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970 que criou o

INPI determina que a autarquia “tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial”, e possui a capacidade de emitir portarias, instruções normativas, resoluções, ofícios e decretos que regulamentem procedimentos em acordo com o estipulado pela Lei de Propriedade Intelectual, estando esta em grau hierárquico superior aos atos do INPI. À autarquia cabem apenas regulamentações administrativas e não legislar normas sobre a propriedade intelectual em si, principalmente em desacordo com o determinado pela legislação pátria.

A proposta ainda incide em grave violação aos tratados internacionais em matéria de propriedade intelectual dos quais o Brasil é signatário e que podem acarretar em problemas jurídicos e políticos para a instituição e para o país. Conforme será visto a seguir, o Brasil é parte de documentos internacionais, como o Acordo TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), que trazem regras gerais, cujos países signatários devem seguir em suas ações e legislações.

3. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E O ACORDO TRIPS

Diante da evolução da tecnologia e a expansão do comércio global, a propriedade intelectual se tornou um ponto importante nas discussões internacionais. Afinal, os sistemas nacionais de patentes se tornaram fortes reservas de mercado e motivadores do processo de pesquisa e desenvolvimento e instrumento indutor da inovação de grandes empresas e países. A possibilidade da existência de uma patente internacional é inviável, pois uma das principais características da concessão de patentes é territorialidade, e existem as diversas especificidades nacionais nas legislações de cada país, além das diferenças no grau de desenvolvimento de cada Estado (POLIDO, 2013).

Neste contexto, surgiram os acordos e tratados internacionais, sob responsabilidade da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), que visam garantir a eficácia do sistema internacional de

propriedade intelectual. Conforme aponta o INPI, em material disponibilizado no Curso Básico de Propriedade Intelectual, DL101BR, a OMPI é um organismo das Nações Unidas, que “cuida para que os países possam aplicar os acordos e tratados visando garantir segurança jurídica e o uso estratégico pelos agentes em todos os países membros”.

O Brasil não é signatário de todos os acordos internacionais que versam sobre propriedade intelectual, mas participa dos principais como: o Acordo Geral de Comércio e Tarifas (GATT), o Sistema de Madrid, para marcas, o Sistema de Haia, para desenhos industriais, o Acordo de Lisboa, para a proteção das denominações de origem, e, principalmente, o Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs). Esta participação permite ao país “utilizar o sistema internacional de propriedade intelectual para apropriar do conhecimento e ter a possibilidade de ganhos econômicos com a propriedade intelectual” (INPI, 2017). Sobre o tema, o INPI apresenta:

O Acordo Geral de Comércio e Tarifas (GATT) foi um foro multilateral de negociação de tarifas alfandegárias e não alfandegárias, constituído no final da 2ª Guerra mundial e que perdurou até 1994. Os membros do GATT negociavam, em Rodadas, a redução de barreiras alfandegárias e não alfandegárias para estimular o comércio internacional de bens e serviços. Nas negociações na Rodada Uruguai durante o período de 1986 a 1994, a propriedade intelectual foi um dos objetos de negociação entre os membros. Como resultado das negociações desta rodada, em 1994 o GATT deu lugar à Organização Mundial do Comércio (OMC) no Acordo de Marrakesh, assinado pelos membros. O Acordo de Marrakesh tem um anexo denominado Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs). O TRIPs trata da abrangência de proteção sobre propriedade intelectual respeitando os acordos e tratados existentes sobre a propriedade intelectual gerenciados pela OMPI. (INPI, DL101, 2017)

Dentre todos os tratados internacionais cabe destacar o Acordo TRIPs, que resultou de longa discussão ocorrida durante a Rodada de Negociações Uruguia do GATT e possui papel central no direito internacional de propriedade intelectual. Neste sentido, o preâmbulo do Acordo destaca seu objetivo fundamental:

Desejando reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional e levando em consideração a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo. (ACORDO TRIPS, PREAMBULO, 1994)

Conforme afirma o autor Fabrício Polido (p.38, 2013), “*A entrada em vigor do Acordo TRIPS inaugurou e consolidou importante fase para o Direito Internacional da Propriedade Intelectual levando-o à incontestável institucionalização, renovação de fontes normativas e revisão de fundamentos.*”.

O Acordo TRIPS é um tratado-contrato (BASSO, 2002), e os países que a ele aderiram encontram-se em posição de obrigatoriedade de cumprimento, cabendo obedecer a suas diretrizes, ressalvados os aspectos facultativos preconizados em seu próprio texto. O tratado não possui força no direito interno, mas demanda uma lei interna, de modo que, no Brasil foi ratificado por meio do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, e por consequente, veio a alterar a legislação brasileira sobre propriedade industrial, originando, por exemplo, a Lei 9.279/1996.

Os Membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos. (ACORDO TRIPS, ART. 1º, 1994)

Uma das principais contribuições do acordo para o sistema de patentes internacional está disciplinada na Seção 5, artigo 27, que preconiza os requisitos obrigatórios para uma invenção ser considerada patenteável, como: ser nova, envolver um passo inventivo e ser passível de aplicação industrial.

ARTIGO 27 Matéria Patenteável

1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Sem prejuízo do

disposto no parágrafo 4 do Artigo 65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

2. Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação.

3. Os Membros também podem considerar como não patenteáveis: a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais; b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC. (ACORDO TRIPS, ART. 27, 1994)

Assim, Fabrício Polido aponta que este Acordo “permitiu estabelecer denominador comum para a definição dos critérios de patentabilidade (ou requisitos de acesso à proteção patentária: novidade, passo inventivo e aplicação industrial)”. (POLIDO, p.199, 2013)

Outro acordo internacional, cujo Brasil é signatário que se destaca é Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes, também conhecido como PCT, assinado em 1970. O sistema internacional de patentes adota o princípio da territorialidade estabelecido pela Convenção da União de Paris, ainda do século XIX. Por este princípio, não há uma patente internacional, e o inventor deve realizar as solicitações de patentes individualmente em cada país nos quais deseja realizar a proteção. Neste sentido, este tratado tem grande contribuição, pois visa facilitar a proteção em vários países.

Trata-se de um tratado multilateral que permite requerer a proteção patentária de uma invenção simultaneamente, num grande número de países, por intermédio do depósito de um único pedi-

do internacional de patente. O PCT tem um objetivo principal: simplificar, tornar mais eficientes e econômicos, os métodos anteriores e tradicionais de requerer a proteção da patente de invenção em diversos países, no interesse dos usuários do sistema de patentes e dos Institutos que têm a responsabilidade de administrá-lo. (INPI, 2017)

Em outras palavras, O PCT é um procedimento simplificado que facilitar o intercâmbio das informações técnicas contidas nos documentos de patente entre os países signatários. De acordo com o INPI:

Primeiro, ele teria de depositar um pedido junto ao organismo recebedor, que normalmente é o do seu país. Depois, o pedido passa por vários estágios. O primeiro estágio, de natureza geral, é a denominada fase internacional, e abrange quatro estágios principais: o primeiro é o depósito, depois há a busca internacional, em seguida, a publicação internacional e, finalmente, o exame preliminar internacional. Gostaria de ressaltar que o último estágio, o exame, só é realizado se o depositante o requerer expressamente. Em seguida, e somente se o depositante desejar manter seu pedido, se inicia a fase nacional. O pedido deve passar por essa fase em cada um dos países em que o depositante tenha de finalizar o procedimento de obtenção de patente. Isso ocorre através dos organismos nacionais competentes para concessão da patente e dos organismos regionais para a obtenção de uma patente regional. (INPI, 2017)

O Tratado PCT representou um grande avanço para o sistema internacional de patentes, uma vez que em um mercado cada vez mais competitivo e inovador, um processo simplificado e menos oneroso pode ser um fomentador da econômica e motor dos processos de inovação. Conforme afirma o INPI em material disponibilizado para curso sobre o PCT:

A principal vantagem para o depositante reside no fato que, ao apresentar um pedido num Organismo Receptor, que na maioria dos casos é o instituto de seu país de origem, ele irá obter uma data de depósito internacional para o seu pedido, e essa data de depósito terá o efeito de um depósito nacional regular em cada país designado pelo depositante. Então, as formalidades obrigatórias que o depositante deve seguir são muito poucas – tais como a apresentação de um pedido específico para o depósito do pedido de acordo com o PCT, indicando a nacionalidade ou o domicílio do depositante, de forma a confirmar que ele tem o direito

de depositar tal pedido, e de depositar o relatório descritivo e as reivindicações.

Outra vantagem que certamente deve ser sublinhada, é que o depositante do pedido segundo o PCT, ganha tempo, aliás bastante tempo, antes de se decidir se quer continuar com o processamento de seu pedido. A economia de tempo desse processo é de cerca de um ano e meio, se o procedimento do PCT for utilizado em toda sua extensão. (INPI, 2017)

Embora o Tratado PCT seja anterior ao Acordo TRIPS, o que se observa é que aquele segue os mesmos requisitos obrigatórios postos neste, no eu que tange aos requisitos obrigatórios: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Portanto, todas as solicitações de patentes realizadas no âmbito internacional serão passíveis de análise formal, técnica e busca de anterioridade.

4. A VIOLAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS TRIPS E PCT PELO PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO DE DEFERIMENTO DE PATENTES

No Brasil, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) é a única autoridade técnica permitida à análise de patenteabilidade e à concessão das patentes, cabendo à autarquia realizar os procedimentos de busca de anterioridade e exame técnico, conforme legislação brasileira. Não se pode afastar a importância do exame técnico prévio à concessão de um pedido de patente, cuja função primordial é a verificação do atendimento da invenção aos requisitos e condições de patenteabilidade. Porém, com base nas definições anteriormente exploradas por este artigo, o que se observa é que a proposta elaborada pelo procedimento simplificado de deferimento de pedidos de patente rompe com o princípio da legalidade, estando em desacordo com o que se encontra disciplinado pela Lei de Propriedade Intelectual e viola os tratados internacionais de propriedade intelectual, como por exemplo, o Acordo TRIPS.

O referido Acordo Internacional afirma em seu artigo 27, os requisitos obrigatórios para análise e concessão de uma patente, tais quais:

ser nova, envolver um passo inventivo e ser passível de aplicação industrial. Assim estes, requisitos de patenteabilidade devem ser observados e verificados para a concessão dos pedidos de patente.

Diante disso, pode-se afirmar que o novo procedimento desejado pelo INPI, mesmo que em caráter excepcional, não estará realizando a adequada avaliação dos requisitos que justificam a concessão de um direito de autoria e titularidade, sendo que o referido procedimento concederá as patentes tais como requeridas pelos depositantes residentes ou requeridas na entrada na fase nacional no Brasil dos não residentes.

Quanto ao não cumprimento do Acordo TRIPS, Maristela Basso (2002, p. 149) afirma:

O Trips fixou “padrões mínimos” relativos à existência, ao alcance e ao exercício dos direitos de propriedade intelectual. Dotou o regime internacional de proteção desses direitos de um “mecanismo de prevenção e solução de controvérsias”. O Estado-Parte pode, mediante notificação ao Órgão de Solução de Controvérsia da OMC (OSC), solicitar uma consulta a outro Estado-Parte. Caso não resolva a controvérsia, pode ser constituído um Painel (ou Grupo Especial) com a incumbência de examinar a questão. Estão previstas sanções, autorizadas pelo OSC, contra o Estado-Membro que não cumprir as decisões do Painel e do Órgão de Apelação. O Trips dotou a legislação internacional elaborada pelo OMPI, mesmo antes dela, de defesa e de ataque, na medida em que se somou aos instrumentos internacionais preexistentes sobre a matéria e, ao mesmo tempo, acrescentou dados novos. O Trips trouxe o que faltava, estabelecendo mecanismos de consulta e fiscalização (vigilância) dos “padrões mínimos” internacionais exigidos e garantidos a observância destes “padrões” nos direitos dos Estados-Partes. (BASSO, 2002, p. 149)

Conforme explica o autor Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p.251), o cumprimento dos tratados internacionais é usualmente designado pela *formula pacta sunt servanta*, no qual as partes ficam obrigadas ao conteúdo contratual e advém do princípio da obrigatoriedade da convenção. Este princípio está consagrado na Convenção de Viena que regulamenta os tratados internacionais, e dispõe em seu artigo 26, que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.” Ainda em sequência, afirma o artigo 27 da Convenção que “uma

parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” Assim, conforme afirma Mazzuoli:

Sendo os tratados a fonte mais importante do Direito Internacional contemporâneo, o seu respeito por parte dos Estados configura a base necessária para a pacificação mundial e para a consequente organização política e internacional do planeta. Na medida em que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”, seu eventual descumprimento acarreta a responsabilidade do Estado no âmbito internacional. (...) Nessa esteira é que o art. 27 da Convenção dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. É dizer, no que tange ao direito internacional positivo, a obrigação de cumprir os tratados de boa-fé vige apesar de qualquer disposição a *contrario sensu* do direito interno, qualquer que seja, direito constitucional ou infraconstitucional. (MAZZUOLI, 2011, p.251)

Deste modo, cumpre ressaltar que mesmo que motivada, a norma interna não pode ser validada em dissonância com o preconizado pelas regras dispostas nos tratados internacionais em que o Brasil consta como parte. Neste sentido, o acordo TRIPS manifesta-se no artigo 72, no qual afirma que: “Não poderão ser feitas reservas com relação a qualquer disposição deste Acordo sem o consentimento dos demais Membros”.

Ainda diante do aspecto de obrigatoriedade por meio do *pacta sunt servanta*, o Acordo TRIPS traz artigo específico quanto ao cumprimento do estabelecido em seu texto e ratificado pelos países signatários, conforme pode ser verificado no artigo 41:

ARTIGO 41 - 1. Os Membros assegurarão que suas legislações nacionais disponham de procedimentos para a aplicação de normas de proteção como especificadas nesta Parte, de forma a permitir uma ação eficaz contra qualquer infração dos direitos de propriedade intelectual previstos neste Acordo, inclusive remédios expeditos destinados a prevenir infrações e remédios que constituam um meio de dissuasão contra infrações ulteriores. Estes procedimentos serão aplicados de maneira a evitar a criação de obstáculos ao comércio legítimo e a prover salvaguardas contra seu uso abusivo. (ACORDO TRIPS, ART.41,1994)

Ademais, o procedimento simplificado de deferimento de patentes ainda prejudicaria a participação do Brasil também no Tratado

Internacional PCT, que visa à realização do procedimento simplificado de concessão de uma mesma patente em diversos países.

Conforme aponta o INPI, por meio do PCT:

Os institutos de patentes podem processar uma quantidade maior de pedidos, porque aqueles depositados segundo o PCT são mais fáceis de examinar, em particular, em virtude de sua conformidade com as exigências formais geralmente já ter sido verificada durante a fase internacional. Os institutos de patente economizam no custo com as publicações. Se o pedido internacional foi publicado no idioma oficial de um país, não terá de ser publicado inteiramente. Os países em que seja outro o idioma oficial podem publicar somente a tradução do resumo, que acompanha os pedidos internacionais. A pedido das partes interessadas podem ser fornecidas cópias do inteiro teor do pedido internacional. (INPI, 2017)

Uma vez que o Brasil não realiza a devida análise técnica e de busca de anterioridade, as patentes nacionais podem encontrar resistência dos institutos internacionais de deferimento das patentes, por estas não observarem os requisitos mínimos de patentabilidade.

5. CONCLUSÃO

O texto do Acordo TIPS, cujo Brasil é signatário, foi construído após diversas reuniões internacionais no Forum do GATT, e alcançou diversas conquistas para o sistema internacional de propriedade intelectual e comércio internacional. A redação do acordo contribuiu para institucionalização da propriedade intelectual nos países, renovação de fontes normativas e determinação de requisitos básicos necessários à concessão de patentes. Diante do Acordo, resta clara a sua importância e a necessidade de cumprimento estrito às definições disciplinadas.

O Brasil se tornou signatário do referido Acordo em 1994, por meio da ratificação em decreto. Em atendimento ao posto pela norma internacional, realizou reforma legislativa sancionando a Lei de Propriedade Industrial, que regulamenta os prazos e requisitos administrativos, jurídicos, técnicos e formais para depósito, análise e

concessão de patentes.

Na prática, o que se observou nas últimas duas décadas foi a incapacidade do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) em realizar a análise de todos os pedidos de patentes em tempo hábil, ocasionando um acúmulo de mais de 100.000 pedidos não analisados e o não cumprimento à razoável duração do processo de exame e concessão deste tipo de modalidade de proteção intelectual.

Durante todo este período muitos problemas foram apontados, como o número de servidores e analistas inferiores ao necessário, baixa produtividade por motivos de descontentamento, falhas no sistema prático do INPI, entre tantos outros. Porém, após toda esta constatação, o INPI lançou mão de uma proposta paliativa e pouco prática para solução do backlog, o procedimento simplificado de deferimento de patentes, que consiste em deferir todas os pedidos de patente solicitados até data determinada, sem realizar exame técnico e busca de anterioridade. Vale ressaltar que é da competência do INPI proceder a busca de anterioridade e o exame técnico dos pedidos de patentes nacionais e internacionais.

Se do ponto de vista administrativo este procedimento apresenta-se como uma boa solução ao acúmulo de pedidos de patente, na esfera jurídica a solução poderá acarretar em diversos novos problemas graves.

Em âmbito nacional, primeiramente o deferimento sem devida análise enseja em grande insegurança jurídica aos titulares das patentes, que apesar de obterem uma concessão em território nacional, podem não adquirirem o mesmo reconhecimento em âmbito internacional, ou podem estar diante de uma fragilidade de sua concessão diante de terceiros interessados. Em segunda análise, a concessão sumária das patentes diminuirá o acúmulo nos números do INPI, mas poderá inflar o sistema judiciário com os inúmeros processos que serão gerados a partir das patentes indevidamente concedidas, e disputas de autoria, lides quanto ao critério de novidade e outras ações semelhantes. A legislação é clara quanto aos requisitos de patenteabilidade, sendo estes: a novidade, a atividade inventiva e aplicação industrial. Ainda pode-se afirmar quanto ao problema relacionado à competência, uma vez que

o INPI, ou até mesmo o Ministério de Ciência e Tecnologia, ao qual a autarquia encontra-se ligada, não possuem legitimidade para legislar sobre Propriedade Intelectual, cabendo apenas atos de regulamentação em acordo com a Lei de Propriedade Industrial (LPI), hierarquicamente superior.

Em âmbito internacional, o que se observa por este procedimento é a violação dos tratados internacionais, que podem gerar processos e sanções ao país. O Acordo TRIPS não permite que os países signatários façam reservas quanto aos critérios de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial para a concessão de patentes. Contata-se então, que o referido procedimento simplificado viola diretamente os artigos 27, 41 e 72 do Acordo internacional sobre propriedade intelectual.

No que tange a outro tratado internacional, o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT), que propõe um processo simplificado, menos moroso e oneroso à concessão de patentes em outros Estados, o Brasil pode-se ver excluído deste procedimento por outros países. Uma vez que o INPI não realiza a devida análise técnica e de busca de anterioridade, as patentes nacionais podem encontrar resistência dos institutos internacionais de deferimento das patentes, por estas não observarem os requisitos mínimos de patentabilidade.

No aspecto político, o deferimento sumário de patentes criará um cenário vulnerável às patentes brasileiras em concorrência com as internacionais, fragilizando todo o processo de comércio, pesquisa e inovação das tecnologias brasileiras. O país somente tem a perder com um procedimento simplificado e que poderá culminar em um desincentivo à inovação.

Deste modo, conclui-se quanto à ilegitimidade, ilegalidade e impossibilidade de aprovação da proposta posta pelo INPI de deferimento simplificado, sem as devidas etapas de análise para concessão.

A concessão de pedidos de patente deve ser resultado de um processo de pesquisa e desenvolvimento, e dada por mérito e sob a luz dos requisitos exigidos pelo Acordo TRIPS e legislado no Brasil pela LPI. Ademais, um país que possui um sistema de patentes inadequado tem

sua competitividade e atratividade para investimentos externos bastante prejudicadas.

REFERÊNCIAS

BASSO, Maristela. **O Regime Internacional de Proteção da Propriedade Intelectual da OMC/TRIP's**. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). OMC e o Comércio Internacional. São Paulo: Aduaneiras, 2002

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 abr. 2017

BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm > Acesso em 28 de set de 2017

BRASIL. **Lei Nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5648.htm> Acesso em 28 de set de 2017.

BRASIL. **Lei Nº 9.279 de 14 de maio de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm> Acesso em 28 de set de 2017.

Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Consulta Pública nº 02/2017**. Disponível em: < <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/consultas-publicas>>. Rio de janeiro, RJ. Acesso em 26 de set de 2017.

Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Fluxograma Processual**. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/arquivos/fluxograma_site_pdf.pdf>. Rio de janeiro, RJ. Acesso em 26 de set de 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 251 e 252.

POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. **Direito internacional da propriedade Intelectual: Fundamentos, princípios e desafios**. 1ed. São Editora Renovar. 2013. p.38

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Desenvolvimento, Inovação e
Mercado**

Título:

**INDÚSTRIA
FARMACÊUTICA
E MEDICINA NA
PERSPECTIVA DE PETER
GOTZSCHE**

**Eduardo de Serpa Pinto Fairbanks
Allan Rocha de Souza**



INDÚSTRIA FARMACÊUTICA E MEDICINA NA PERSPECTIVA DE PETER GOTZSCHE¹

Autores: Eduardo de Serpa Pinto Fairbanks², Allan Rocha de Souza³

Instituição: Centro Universitário Serra dos Órgãos. Pesquisador de Iniciação Científica do INCT PROPRIETAS

Resumo: É sabido que a indústria farmacêutica de medicamentos estabelece relações com os poderes públicos e também com os órgãos de classe médica e demais profissionais de saúde com o objetivo maior de aumentar as suas vendas e principalmente seus lucros. Em recente livro, o autor Peter Gotzsche não usa de meias palavras para definir a atuação destas empresas de mafiosa. Sua pesquisa reúne e organiza estudos de várias frentes para demonstrar a promiscuidade das relações entre esta indústria, a medicina e a prática médica. São várias as estratégias utilizadas e este trabalho, que é o primeiro de um conjunto investigativo maior, tem por objetivo traçar uma visão panorâmica dos problemas pontuados pelo autor, que servirão de base para novas análises, em especial a promoção de modelos de negócios proprietários ou medicamentos protegidos por propriedade intelectual, em contraposição aos modelos abertos e os medicamentos não protegidos nos livros didáticos de medicina no Brasil.

Palavras-chave: Indústria Farmacêutica. Medicamentos. Propriedade Intelectual.

1 Este trabalho foi desenvolvido sob orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza e contou com o apoio financeiro do INCT PROPRIETAS e do CNPq.

2 Acadêmico de Medicina do Centro Universitário Serra dos Órgãos. Bolsista e pesquisador de Iniciação Científica do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. E-mail: espf_eduardo@hotmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5236716763931168>

3 Professor e Pesquisador de Direito Civil e Propriedade Intelectual no Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR). Professor e Pesquisador de Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento na UFRJ (PPED/IE/UFRJ). Pesquisador Visitante do Oxford Intellectual Property Research Centre (OIPRC), Faculty of Law, Oxford University. Vice Coordenador e Pesquisador do INCT PROPRIETAS. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: allansouza@gmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>

1. INTRODUÇÃO

Em meio a tantas epidemias mundiais, destaca-se uma que ascende perante a sociedade sem chamar a atenção da mesma forma que uma doença: a prescrição de medicamentos.⁴ Na Dinamarca, os medicamentos são tão utilizados que cada cidadão, doente ou sadio, consome em média 1,4 dose adulta diária todos os dias, desde o nascimento até a morte. O alto consumo de fármacos é baseado no mascaramento de seus efeitos reais pois tudo o que sabemos provém de informações que as empresas querem que saibamos. Grandes empresas farmacêuticas escondem os danos letais de seus medicamentos em grande parte por ostensivamente controlarem o fluxo e o tipo de informação que ficará disponível, tanto em artigos científicos como na comercialização de seu produto. Nos Estados Unidos e Europa, os medicamentos prescritos são hoje a terceira maior causa de morte.⁵

Essa afirmação explica um paradoxo cruel de uma criação do homem feita para curar e tratar, sendo utilizada para fomentar lucros, prejudicando não só seus consumidores, mas principalmente os cidadãos. No entanto, mesmo com números elevados de mortes relacionadas à prescrição de medicamentos, a indústria farmacêutica aumenta a cada dia mais seu contingente de vendas. Neste contexto, o autor desenvolve uma análise bastante afiada sobre as relações entre a indústria farmacêutica e a medicina, cujas práticas não teme em expressamente chamar de “crime organizado”.

É a partir de sua descrição e apontamento dos fatos que se baseia este artigo, que é por sua natureza exploratório e inicial, pois sua finalidade maior é fornecer subsídios para o aprofundamento desta discussão, mas focando nos livros didáticos dos cursos de medicina, a fim de extrair as mensagens explícitas ou subliminares sobre os medicamentos protegidos por propriedade intelectual e os genéricos, sem qualquer exclusividade

4 GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016,p01.

5 Ibidem, p01-03.

lhe seja atribuída.

O método utilizado foi o indutivo. O papel dos médicos neste processo de distorção é o primeiro desafio que enfrentaremos. Extremamente revelador e importante, mas não o único meio, logo a seguir enfrentaremos um dos pontos centrais no trabalho de GOTZSCHE, que é chamar atenção para os investimentos em publicidade aos agentes do sistema, ou seja, médicos e pacientes, farmácias e governos. Antes das considerações finais, quando trataremos do projeto de pesquisa que se inicia, encaramos a questão dos genéricos e as dificuldades enfrentadas para sua entrada e concorrência no mercado.

Por ser este trabalho um artigo de apresentação da visão de um autor determinado, deixa-se claro que as opiniões e conclusões, com exceção quando assim destacado, são de Peter GOTZSCHE no livro *Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica*. É também por esta razão o grande número de referências ao estudo e seu autor.

2. A FARMACÊUTICA E OS MÉDICOS

Com umastronômico aporte financeiro, as grandes empresas farmacêuticas se firmam cada vez mais no mercado por meio de atividades que exerçam influência direta na medicina. E dentre as formas de influenciar a prática médica destacamos nesta etapa a participação direta dos médicos nestas empresas.

A primeira que convém ser dita é o fato de médicos estarem presentes nas folhas de pagamentos dessas grandes empresas. Por mais que médicos possam trabalhar para empresas em prol dos pacientes, a maioria não o faz. É praticamente impossível aos que trabalhem diretamente para as empresas e tragam benefícios expressivos para seus pacientes. Este grupo trabalha nestas empresas na comercialização de seus produtos. Em uma análise de 4036 médicos dinamarqueses em 2010, notou-se a presença de 1626 pesquisadoresdiretamente vinculados a estas empresas, um número

proporcionalmente elevado.⁶

Ao mesmo tempo, o progresso verdadeiro no tratamento medicamentoso é raro. Em 2009, 109 medicamentos foram analisados, sendo três considerados uma descoberta terapêutica menor, 76 não acrescentaram nada de novo e 19 considerados como possível risco à saúde pública.⁷ 11 a 16% representaram um ganho terapêutico, mas com definições superficiais do que seria ganho.⁸

Podemos estimar que sejam necessários poucos médicos para auxiliar uma empresa a comprovar a eficácia de seu produto. Em um país pequeno como a Dinamarca, com todas as circunstâncias contra, 50 médicos poderiam realizar um ou dois ensaios multinacionais com a permissão da agência de medicamentos para colaborar com uma empresa, para esta garantir a superioridade de seu produto. Contudo, esse número de 50 médicos é 30 vezes menor que a quantidade de médicos com a permissão para serem pesquisadores. Esse elevado número de pesquisadores é explicado pelo sistema de patentes e ao marketing.⁹

É altamente rentável desenvolver medicamentos que contenham as estruturas moleculares semelhantes aos que já estão no mercado. Para uma enfermidade comum, 100 drogas ou mais podem ser desenvolvidas na mesma classe terapêutica, a exemplo de anti-histamínicos, que são

6 Danish National Board of Health. [List of permissions for physicians and dentists]. Available online at: http://ext.laegemiddelstyrelsen.dk/tilladelselaegertandlaeger/tilladelse_laeger_tandlaeger_full_soeg.asp?vis=hele (accessed November 2010). *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p71. Tabela 8.1.

7 Gagnon M- A. Corporate influence over clinical research: considering the alternatives. *Ver prescrire*. 2012; 32; 311-14. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p71.

8 Light DW, Lexchin JR. Pharmaceutical research and development: what do we get for all that money? *BMJ*. 2012;344: e4348. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p71.

9 GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p. 71-72.

variações de substâncias conhecidas, ou seja, podem ser considerados que não são descobertas novas. É raro que esses medicamentos similares possam expressar um avanço terapêutico, mesmo sendo vistos comumente como inovações de mercado.¹⁰

Ainda no cenário dinamarquês, 1160 médicos foram contratados pela indústria farmacêutica para fazer aconselhamentos como membro ou consultor de Comitê Consultivo, o que seria um número absurdo o qual não condiz com a realidade da quantidade necessária para realizar tal função. Com isso, pode-se concluir que, “esse número enorme sugere que as pessoas que trabalham na indústria farmacêutica ou são excepcionalmente burras, pois parecem precisar de orientação o tempo todo, ou são espertas, pois compram os médicos”. De acordo com a Pharmaceutical Marketing, o aconselhamento é um dos meios mais poderosos de chegar perto de pessoas e influenciá-las. Molda a formação médica e no processo de avaliar com os indivíduos podem ser usados. A maioria dessas consultorias pode ser resumida em suborno, e os consultores como pseudoconsultores.¹¹

Por exemplo, a Astra-Syntex possuía apenas um fármaco relevante, o naproxeno, para artrite. Para isso, possuía um consultor que era reumatologista e seus honorários de cinco horas correspondiam a novecentas horas de trabalho de um médico comum. Esse consultor era sempre positivo em relação ao medicamento da empresa. É atrativo para uma empresa rastrear especialistas e contratá-los, em especial aqueles que são líderes-chave de opinião, por influenciarem quais medicamentos serão escolhidos por médicos especialistas e generalistas.

Em mais uma pesquisa feita na Dinamarca, foi feita a relação da quantidade de médicos especialistas trabalhavam para a indústria, englobando as especialidades que possuía mais de 1 a cada 5 médicos envolvidos. As especialidades com maior potencial de mercado estavam nas primeiras colocações, sendo elas: endocrinologia, oncologia, hematologia

¹⁰ Ibidem, p. 72.

¹¹ Jackson T. Are you being duped? *BMJ*. 2001; 322:1312. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p.74.

e cardiologia.¹² Já uma pesquisa australiana, afirmou que um quarto dos especialistas foi do comitê consultivo de uma empresa no último ano, sendo que a maioria disse que recebeu menos de 4 mil dólares por ano em seus serviços. Contudo, outros estudos relatam que líderes-chaves de opinião podem receber de 50 mil libras a 400 mil dólares por serem do comitê consultivo ou por prestar oito horas de consultoria.¹³

Quatro das maiores empresas de implantes de quadril e joelho doaram mais de 800 milhões de dólares em 6500 acordos de consultoria com médicos entre 2002 e 2006. Alguns médicos podem ganhar até 90 mil euros por uma conferência ou 600 mil euros em taxas de consultoria. A orientação que os consultores tenham, devem relacionar-se com o marketing acima de tudo.¹⁴

A terceira maior categoria de médicos que trabalham para a indústria farmacêutica na Dinamarca é a de palestrantes. Cerca de mil médicos trabalha, e isso significa um médico palestrando para cada 20 outros. Não é necessária permissão para realizar uma palestra e com isso, cada palestrante realiza diversas palestras por ano. Nos Estados Unidos, mais de 60% da educação médica continuada está sendo paga pela indústria farmacêutica, tendo honorários generosos que atraem muitos educadores médicos. Um levantamento realizado em 2002 concluiu que psiquiatras recebiam 3 mil ou 10 mil dólares por palestra. Nesse mesmo ano, houve 30 simpósios gratuitos patrocinados na reunião da Associação Americana de Cardiologia, e um famoso cardiologista ganhou mais de 100 mil dólares em uma única reunião. Desta forma, médicos que viajam

12 GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p75. Tabela 8.2.

13 Boseley S. Junket time in Munich for the medical profession – and it's all on the drug firms. *The Guardian*. 2004 Oct 5. *apud* Abelson R. Whistle- blower suit says device maker generously rewards doctors. *New York Times*. 2006. Jan 24. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p. 75-76.

14 Moore J. Medical device payments to doctors draw scrutiny. *Star Tribune*. 2008 Sept 8. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p.76.

por todo o país para anunciarem os produtos de determinada empresa são denominados prostitutas do marketing.¹⁵

Rotineiramente, a indústria farmacêutica diz que não influencia o conteúdo de seus cursos. No entanto, essas afirmações não são confiáveis. O conteúdo do curso é enviesado e os participantes favorecem seus patrocinadores ao final.¹⁶ Depois que um profissional de educação médica aceitou dois médicos para falarem sobre saúde da mulher, a Organin, que vende hormônios, escreveu de volta agradecendo a ajuda política em meio às considerações favoráveis do tópico e do palestrante. Os órgãos representativos da indústria farmacêutica na Austrália e Reino Unido, admitiram que é assim que fazem negócio e, um médico que não atue de maneira satisfatória não será convidado novamente.¹⁷ Em uma palestra apresentada na reunião anual da Associação Americana de Diabetes, uma empresa solicitou uma cópia dos slides dos palestrantes e desenvolveu perguntas para serem feitas na audiência após a fala, a fim de contraporem comentários negativos sobre o fármaco. Esta estratégia foi eficaz e o palestrante abordou apenas o lado positivo do Neurontin.¹⁸

15 Elliot C. Pharma goes to the laundry: public relations and the business of medical education. *Hastings Cent Rep.* 2004; 34:18-23. *apud* Boseley S. Scandal of scientists who take money for papers ghostwritten by drug companies. *The Guardian.* 2002 Feb 7. *apud* Kassirer JP. *On the take: how medicine's complicity with big business can endanger your health.* Oxford: Oxford University Press; 2005. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p76-77.

16 Bowman MA, Pearle DL. Changes in drug prescribing patterns related to commercial company funding of continuing medical education. *J Contin Educ Health Prof.* 1988; 8: 13-20. *apud* Bowman MA. The impact of drug company funding on the content of continuing medical education. *Mobius.* 1986; 6: 66-9. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p.77.

17 Moynihan R. Key opinion leaders, independent experts of drug representatives in disguise? *BMJ.* 2008; 336: 1408. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p.77.

18 Steinman MA, Bero LA, Chren MM, *et al.* Narrative review: the promotion of gabapentin: na analysis of internal industry documents. *Ann Intern Med.* 2006; 145: 284-93. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p.77.

De acordo com a *Practical Guide to Medical Education*, os defensores de produto são fundamentais para influenciar os médicos e que “a chave é avaliar suas visões e potencial para influência, recrutá-los para atividades de construção de relacionamentos especialmente delineadas e, a seguir, fornecer a eles um programa de plataformas apropriadas de comunicação”.¹⁹ Uma empresa de educação médica declarou que “a educação médica é uma ferramenta poderosa que pode comunicar sua mensagem para públicos-chave e persuadir esses públicos a tomarem atitudes que beneficiem seu produto”.²⁰

“A Development & Management of Key Opinion Leaders (Desenvolvimento e Gestão de Líderes-Chave de Opinião) foi um curso de 2009 sobre como identificar os líderes-chave de opinião, interagir com eles e desenvolvê-los, bem como a forma de promover seu gerenciamento estratégico”.²¹ Os representantes de laboratórios são aconselhados a trabalharem com líderes-chave de opinião para que se tornem defensores do produto, além de descobrir jovens que possam se tornar líderes-chave de opinião.²² Um slide show da Merck, obtido pelo Wall Street Journal, mostrou que a cada 1 dólar que a Merck investia em uma palestra por um médico, conseguia 3,66 dólares de retorno, enquanto se feito por um vendedor próprio da Merck, diminuiria para 1,96 dólar, o que confirma que médicos são melhores vendedores do que representantes

19 Burton B, Rowell A. *Disease Mongering*. SpinWatch. 2003. Available online at: www.spinwatch.org/component/content/article/47-pharma-industry/29-disease-mongering (accessed 11 November 2012). *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p.78.

20 Kassirer JP. *On the take: how medicine's complicity with big business can endanger your health*. Oxford: Oxford University Press; 2005. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p78

21 Key Opinion Leaders Europe. Conference announcement. *SMI*. 2009 June 15-16. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p78

22 Moynihan R. Key opinion leaders, independent experts of drug representatives in disguise? *BMJ*. 2008; 336: 1408. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p78

de laboratórios.²³ De acordo com o relato de um médico, a Wyeth era bem generosa com a venda de venlafaxina, um inibidor de recaptção de serotonina e noradrenalina. A empresa presenteava os médicos após as conferências com cheques de 750 dólares. As empresas farmacêuticas recebiam prescrições rastreadas por impresso dos médicos locais para que pudessem analisar como seu vendedor médico retribuía as regalias.²⁴

Outro problema da medicina é a venda off-label. Um exemplo clássico é a terapia de reposição hormonal. As mulheres estavam tomando não somente em torno da menopausa e sim, por toda a vida. Os hormônios eram vendidos como bons para qualquer sinal e sintoma, com ênfase na prevenção de doença coronariana. Porém, um ensaio randomizado demonstrou que esses causavam doenças cardíacas. A Wyeth atuava por trás disso, por financiar o livro: “Feminina Para Sempre”, escrito por um médico norte-americano, além de grupos de pacientes que pareciam ser independentes. Depois que foi descoberto que os hormônios são prejudiciais, a Novo Nordisk contratou uma empresa de relações públicas alemã para enviar cartas aos médicos minimizando os danos. No entanto, as vendas na Alemanha continuaram elevadas por conta de campanhas de marketing realizadas por algumas empresas, somada à avaliação crítica de um professor transformando o risco aumentado de doença cardíaca em “nenhuma diminuição no risco cardiovascular”.²⁵

23 Can I buy you a dinner? Pharmaceutical companies increasingly use doctors' talks as sales pitches. 2005 Aug. Available online at: www.worstpills.org (accessed August 2005). *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p78

24 Carlat D. Dr drug rep. *New York Times*. 2007 Nov 25. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p78

25 Rossouw JE, Anderson GL, Prentice RL, *et al.* Risks and benefits of estrogen plus progestin in healthy postmenopausal women: principal results From the Women's Health Initiative randomized controlled Trial. *JAMA*. 2002; 288: 321-33. *apud* Grill, M. *Kranke Geschäfte: wie die Pharmaindustrie uns manipuliert*. Hamburg: Rowohlt Verlag; 2007. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016. p79.

3. ALGUMAS ESTRATÉGIAS DE COMERCIALIZAÇÃO DE FÁRMACOS: UM PROBLEMA ANTIGO

Como qualquer setor empresarial, a indústria farmacêutica busca estimular ao máximo o consumo. Interessa a ocorrência de um máximo de doenças e seus tratamentos, ou seja, de “medicalização”. Seus produtos necessitam ser consumidos em quantidade crescente. Este deve satisfazer a um só tempo tanto interesses do capital como do médico. A difusão generalizada da ideia do medicamento como solução permite que o médico, ao o prescrever, satisfaça as expectativas do paciente e as suas próprias. A prescrição é hoje o momento mais importante da consulta, em detrimento ou às vezes ocupando o lugar da anamnese e/ou do diagnóstico, ou substituindo crescentemente alternativas terapêuticas que em quadros clínicos específicos, eram dominantes no passado. Para o médico, o medicamento adequadamente prescrito dá prestígio e realça o seu poder sobre o paciente, e para este, nada mais importante para caracterizar a boa consulta que a prescrição, preferencialmente, da mais recente novidade farmacêutica. Pode ser óbvia a importância do papel do médico no consumo de medicamentos, medicalização e lucros. Mesmo sabendo dos mecanismos de ação utilizados pelos produtores para influenciar diretamente os consumidores, deve-se enfatizar a atuação sobre os médicos na tentativa de influenciar seus hábitos de prescrição.²⁶

Além deste e entre os mecanismos menos diretos ou explícitos, sobressai a ingerência nas políticas de pesquisa, financiamento de jornais e revistas médicas e o relacionamento com médicos que possam representar um suporte no incremento das vendas, a exemplo dos professores e autoridades sanitárias.²⁷ Hemminki os denomina “leading physicians” ou “Key-physicians”. Seguindo estudo realizado por esse autor 16 entre os 337 médicos finlandeses passíveis de inclusão nessa categoria, por ela estudados, nada menos que 41% evidenciaram algumas formas de relacionamento com a indústria, como membro do conselho científico

26 BARROS, José Augusto C. Revista Saúde pública, São Paulo, 17:377-86, 1983. p378

27 BARROS, José Augusto C. Revista Saúde pública, São Paulo, 17:377-86, 1983. p379

ou administrativo.²⁸

Quase metade do orçamento da Associação Médica Finlandesa, em 1972, proveio da indústria de remédios. Christensen e Bush ressaltam que os “Propagandistas de Laboratório” são a fonte mais frequentemente citada com relação ao conhecimento de uma nova droga. Duas outras fontes foram anúncios de jornais e propaganda enviada pelo correio. Alguns desses mencionados estudos enfatizam o fato de que as fontes de influência diferem conforme a especialidade médica e as características da droga envolvida. Os médicos que com maior número de contatos com colegas introduzem uma nova droga antes dos médicos com menos. O nível de educação geral e médica fazem com que seja mais facilmente retida e usada informações orais do que escritas, sendo esta uma das razões para o uso em larga escala, por parte dos fabricantes, do “representante de laboratório”.²⁹

É também notável a importância dada à propaganda pela indústria farmacêutica. Nos anos 1974/1975 estimava-se haver um propagandista para dez médicos nos EUA, número que pode ser contrastado com uma média de 1:3 nos seguintes países: 640 para 2.000 médicos, na Guatemala; 9.000 para 32.000 médicos, no México; 14.000 para 45.000 médicos, no Brasil. As companhias veem o propagandista muito mais como um “promotor de vendas” do que “relações públicas”. Segundo a pesquisa realizada por Frenkel, as comissões e salários dos vendedores representariam, em média, acima de 60% das despesas com vendas realizadas pelas firmas no Brasil. Na Finlândia, 64% dos médicos consideraram a informação dada pelos propagandistas como sendo “útil” e apenas 14% acharam-na “inútil”. Em relação aos métodos usuais de promoção de drogas, 56% dos clínicos gerais e 37% dos especialistas consideraram o propagandista como a melhor fonte, de acordo com

28 HEMMINKI, E. & PESONEN, T. An inquiry into association between leading physicians and the drug industry in Finland. *Soc. Sci. Med.* 11:501-6, 1977. *apud* BARROS, José Augusto C. Revista Saúde pública, São Paulo, 17:377-86, 1983. p379.

29 CHRISTENSEN, D.B. & BUSH, J.P. Drug prescribing: patterns, problems and proposals. *Soc. Sci. Med.*, 15A:343-55, 1981. *apud* BARROS, José Augusto C. Revista Saúde pública, São Paulo, 17:377-86, 1983. p379, p380

Fassold e Gowdey.³⁰

Já a propaganda enviada pelo correio foi considerada menos informativa. Mais de 500 médicos responderam ao questionário e classificaram os Representantes de Laboratório de forma favorável quanto aos atributos de “personalidade”, “confiabilidade” e “honestidade”. Um estudo no Reino Unido revelou que os representantes são a principal fonte de informação sobre a existência de um novo produto para 78% dos médicos; 61% das respostas classificaram essa fonte como boa ou razoável para saber da eficiência de um novo produto, atrás de alternativas como “artigos em revistas especializadas”, recomendações de especialistas”, “contatos com outros médicos” e “cursos de reciclagem”.³¹ No Brasil, com a enorme dependência das promoções da indústria farmacêutica, o grau de confiabilidade deve ser maior ainda. Frenkel citou o manual de vendas de um produto: o primeiro contato pessoal junto aos médicos visa um duplo objetivo: a ‘venda de imagem’, e sua divisão farmacêutica; o segundo, a promoção do produto, para estabelecer um imediato e progressivo volume de receituário. “Uma vez atingido o objetivo, a receptividade e o interesse dos médicos pelo produto estará praticamente assegurada, e pode-se acrescentar que esses resultados não são facilmente perecíveis, e em muitos casos eles ficam permanentemente gravados”.³²

São omitidos com certa frequência as contraindicações e os efeitos adversos dos fármacos. Além dos mecanismos de propaganda supracitados, existe uma via de presença marcante na indústria farmacêutica. As bulas servem para incrementar as vendas, ao favorecer ou facilitar a automedicação, minimizar efeitos colaterais ou contraindicações e ao ampliar a gama de indicações ou efeitos terapêuticos. Em 1974, foi feita uma pesquisa que comparou o material promocional de quarenta produtos, fabricados pelas mesmas multinacionais.³³

30 BARROS, José Augusto C. Revista Saúde pública, São Paulo, 17:377-86, 1983. p380.

31 BARROS, José Augusto C. Revista Saúde pública, São Paulo, 17:377-86, 1983. p381

32 FRENKEL, J. et al. *Tecnologia e competição na indústria farmacêutica*. [Apresentado à Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP). Centro de Estudos e Pesquisas (CEP), 1978]. *apud* BARROS, José Augusto C. Revista Saúde pública, São Paulo, 17:377-86, 1983. p381, p382

33 BARROS, José Augusto C. Revista Saúde pública, São Paulo, 17:377-86, 1983. p382

O número abusivo de especialidades farmacêuticas existentes no mercado fomenta ainda mais o lucro das empresas. “No Brasil, a Central de Medicamentos (CEME) aprovou em 1979, para entrar em vigor em 1980, uma relação de medicamentos básicos, posteriormente denominada ‘Relação Nacional de Medicamentos Essenciais’ (RENAME), da qual constam trezentos e quatorze fármacos, sob quatrocentos e sessenta e três formas de apresentação, dando cobertura aos programas governamentais específicos do Ministério da Saúde (tuberculose, saúde mental, hanseníase, câncer, imunização e campanhas contra endemias), bem como à clientela previdenciária assistida pelo INAMPS. Os objetivos da RENAME eram bastante ambiciosos e à simples leitura pode-se apreender a inviabilidade prática de muitos deles, face ao contexto político dominante”. O médico e a farmácia são os dois principais agentes na propagação de um fármaco. A importância desta última transcende a prescrição na medida em que inúmeras pessoas utilizam o balconista como substituto do médico, ou chegam ao local possuindo os nomes dos produtos que desejam adquirir. As bonificações, dilatação do prazo do pagamento das faturas de compra e os produtos incluídos na categoria de “populares” são mecanismos realizados pelos fabricantes e varejistas para incrementar as vendas.

Aqueles que regem a empresa médico-hospitalar ou o complexo médico-industrial se opõem diametralmente aos postulados de uma medicina direcionada à minimização das doenças ou que tenha a saúde como preocupação maior. Uma atenção particular há que ser dada à questão da propaganda, seja qual for seu destinatário (o médico ou o paciente).³⁴

4. A COMERCIALIZAÇÃO DE GENÉRICOS

De acordo com Peter Gotzsche³⁵, algumas das ações criminosas consistem em manter fabricantes de genéricos fora do mercado quando a

34 BARROS, José Augusto C. Revista Saúde pública, São Paulo, 17:377-86, 1983. p383-385

35 GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p33

patente expira. A GlaxoSmithKline se envolveu em atividades assim. Em 2004, teve que pagar 175 milhões de dólares porque bloqueou formas genéricas mais baratas de Relafen, um antiinflamatório não esteroideal. Em 2006, pagou 14 milhões de dólares para resolver acusações de programas de governos estaduais pagavam preços inflados de Paxil porque a empresa realizava fraude de patente, em violações antitrustes e em litígio para manter um monopólio e bloquear a entrada no mercado de versões genéricas.³⁶

Nos EUA, os genéricos podem ser mantidos fora do mercado por anos, mesmo legalmente. Se uma empresa entrar com uma ação judicial contra um concorrente genérico, afirmando uma violação de patente, por exemplo, a aprovação do medicamento é postergada pela FDA de forma automática por 30 meses. Assim, a Glaxo conseguiu estender sua exclusividade para o medicamento antidepressivo mais bem vendido em mais cinco anos.³⁷

Em 2008 um relatório afirmou que pelos genéricos terem sido mantidos fora do mercado na Europa, custou em torno de três bilhões de euros em apenas oito anos para a União Europeia.³⁸

Em 2003, a empresa Bystol-Myers Squibb pagou 670 milhões de dólares para encerrar acusações por forçar pacientes com câncer a pagarem valores exorbitantes. A Comissão Federal de Comércio acusou a empresa de um padrão de bloqueio ilegal da entrada de concorrentes genéricos com

36 Company news; drug maker agrees to pay 175\$ million in lawsuit. *New York Times*. 7 fev. 2004. *apud* Wikipedia. GlaxoSmithKline. Disponível on-line em: <http://en.wikipedia.org/wiki/GlaxoSmithKline> (acessado: 20 jun. 2012). *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p33.

37 Relman AS, Angell M. America's other drug problem: how the drug industry distorts medicine and politics. *The New Republic*. 2002 Dec 16: 27-41. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p33.

38 Jack A. Legal tactics to delay launch of generic drugs cost Europe €3bn. *BMJ*. 2008; 337: 1311. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p33.

uma década de duração, ludibriando o escritório de patentes ao submeter queixas fraudulentas e oferecendo a um concorrente uma propina de 72 milhões de dólares para não comercializar seu medicamento genérico.³⁹

Em 2013, a Lundbeck foi multada em 94 milhões de euros pela Comissão Europeia, pois diversos produtores genéricos aceitaram, em 2002, retardar a entrada no mercado de antidepressivos. A empresa também tinha adquirido o estoque de genéricos com a finalidade de destruí-lo.⁴⁰

5.MULTAS COMO ROTINA

As fabricantes de medicamentos nunca falam sobre os benefícios e danos de seus produtos e sim, de sua eficácia e segurança. Com isso, nos

39 Anonymous. Bristol-Myers will settle antitrust charges by U.S. *New York Times*. 8 mar. 2003. *apud* Avorn J. *Powerful Medicines: the benefits, risks, and costs of prescription drugs*. New York: Vintage Books; 2005. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p33.

40 European Commission. *Antitrust: Commission fines Lundbeck and other pharma companies for delaying market entry of generic medicines*. Press release. 19 jun. 2013. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p33.

leva a pensar que ingerir medicamentos só possui pontos positivos, por serem eficazes e seguros. Além disso, acreditamos que os medicamentos foram testados cuidadosamente e analisados de forma minuciosa pelas agências reguladoras. Contudo, o que ocorre é o contrário: os medicamentos sempre causam danos. Se não fosse desta forma, os mesmos seriam incapazes de oferecer benefícios significativos. É crucial para os medicamentos encontrar uma dose que seja mais benéfica do que malefícios na maioria dos pacientes. De acordo com Sir William Osler, o desejo de ingerir medicamentos talvez seja a maior característica que distingue o homem dos animais. Um exemplo cômico referido é a neurotoxina produzida pelo *Clostridium botulinum*. É um dos venenos mais fortes da natureza e ao mesmo tempo é utilizado para tratar rugas faciais.⁴¹

Por deverem ser usados com cuidado e serem perigosos, os padrões éticos dos pesquisadores e comerciantes de fármacos deveriam, por conseguinte, ser bem elevados. Dentro do cenário das empresas farmacêuticas, a avaliação de pessoas de dentro delas varia muito: de muito positivas a muito negativas. Porém, o mais interessante a ser analisado é a impressão que estas querem passar para o público: de um falso comprometimento das empresas com a honestidade, respeito e responsabilidade social. No entanto, existe uma falta de conexão entre as declarações da indústria farmacêutica de possuírem padrões éticos, cumprir exigências legais e propagar informações precisas sobre seus produtos e a realidade de conduta destas. Ao exemplo de uma pesquisa interna feita em 2001 com funcionários da Pfizer, que mostrou que cerca de 30% não concordavam com a afirmação “a alta administração demonstra comportamento honesto, ético”.⁴² A Pfizer pagou 60 milhões de dólares em 2012 para encerrar uma investigação acerca de suborno no

41 GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p21

42 Rost P. *The Whistleblower: confessions of a healthcare hitman*. New York: Soft Skull Press; 2006. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p22.

exterior. Foi acusada de subornar médicos, administradores de hospital e reguladores de medicamentos em países da Europa e Ásia.⁴³

Na década de 1990, a Hoffman-La Roche liderava um cartel que, de acordo com o Departamento de Justiça dos EUA, era a conspiração antitruste criminosa mais prejudicial e difundida jamais descoberta. Com outras gigantes empresas mundiais, atuavam dividindo mercados mundiais e orquestravam o aumento dos preços e com isso a Roche produziu resultados de 3,3 bilhões de dólares nos EUA. Em 1997, cada envolvido pagou um bilhão de dólares para encerrar a investigação antitruste, enquanto a Roche pagou 500 milhões de dólares. Esse cartel existia há muitos anos, pois uma fonte interna já tinha denunciado a Roche em 1973 e a Comissão Europeia tinha tomado medidas. A Roche também comercializava morfina ilegalmente durante as duas guerras mundiais, assim como outras empresas, que estavam envolvidas com o ópio, morfina e heroína. O diretor-executivo da Roche nos EUA, Elmer Bobst, tentou convencer a diretoria a cessar as práticas antiéticas. No entanto, a empresa continuou com o comércio de narcóticos escondido de Elmer, que acabou descobrindo posteriormente. A Roche apenas concordou em interromper o comércio quando o governo tinha ameaçado excluir a empresa de fazer negócios no país se esta não parasse. Em seu livro, Bobst descreve como a Roche evitou os impostos suíços. A promoção de medicamentos que as pessoas não precisam é algo altamente lucrativo, em especial os relacionados ao cérebro. A Roche promoveu o Valium até este tornar-se o mais vendido no mundo, embora seu alto preço no atacado. E na década de 1970, a Roche foi multada por assumir comportamento anticoncorrência na venda de Valium, e de Librium (tranquilizante). Passaram-se 27 anos desde o primeiro relato publicado sobre dependência para que os reguladores reconhecessem que os tranquilizantes criam forte dependência. A indústria farmacêutica não se importa se suas ações são legais ou não, pois o que é legal não é estático e pode mudar

43 Rockoff JD, Matthews CM. Pfizer settles federal bribery investigation. *Wall Street Journal*. 2012 Aug 7. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016. p22

conforme o país, a moda e as crenças. Por exemplo: os narcóticos, que nem sempre foram ilegais ou sua legalidade é existente em alguns países. John Braithwaite afirmou que as pessoas que promovem a dependência de drogas ilícitas como a heroína são consideradas inescrupulosas pela sociedade moderna. No entanto, os produtores de medicamentos lícitos são vistos como fornecedores de um bem social.⁴⁴

O autor do livro realizou 10 buscas no Google em 2012, combinando as 10 maiores empresas farmacêuticas do mundo com a palavra “fraude”. Havia entre 0,5 a 2,7 milhões de ocorrências para cada empresa. Assim, foi selecionado o caso mais proeminente nas 10 ocorrências na primeira página de busca do Google. Os 10 casos eram recentes (2007-2012) e todos se relacionavam com os EUA. Os crimes mais comuns foram: comercialização ilegal recomendando medicamentos para uso *off-label* distorção de resultados de pesquisa, ocultação de dados sobre danos e fraude contra o Medicaid e o Medicare.⁴⁵

Os destaques da fraude contabilizada são os seguintes:

⁴⁴ Braithwaite J. *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*. London: Routledge & Kegan Paul; 1984 *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p23, p24

⁴⁵ Reuters. Factbox – *The 20 largest pharmaceutical companies*. 26 mar. 2010. *apud* GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p24, p25

Pfizer	2,3 bilhões	2009	Houve má produção de embalagens no intuito de “fraudar ou enganar” e a empresa promoveu ilegalmente quatro produtos: Bextra; Geodon; Zyvox e Lyrica. Foi cobrada a quantia de um bilhão de dólares pela Pfizer ter dado propinas e acomodações luxuosas aos profissionais de saúde para incentivá-los a prescrever esses quatro medicamentos, além de pagar 102 milhões de dólares a seis delatores. Também ingressou em um Acordo de Integridade Corporativa (Corporate Integrity Agreement), no qual foram exigidos cinco anos de bom comportamento. ¹
Novartis	423 milhões	2012	Pela responsabilidade criminal e civil do comércio ilegal de Trileptal. A empresa comercializava ilegalmente tal fármaco e outros cinco medicamentos, fazendo declarações falsas serem submetidas aos programas de atenção à saúde do governo. A empresa pagou propinas aos profissionais da saúde

1 Pfizer agrees record fraud fine. BBC News. 2 set. 2009. apud Tanne JH. Pfizer pays record fine for off-label promotion of four drugs. BMJ. 2009; 339: b3657 apud GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p25

Empresa	US\$	ANO	FATOS

para induzi-los a prescrever Trileptal e outros cinco medicamentos. Os delatores, todos sendo funcionários da Novartiz, receberam mais de 25 milhões de dólares e a empresa assinou um Corporate Integrity Agreement.²

Sonofi-Aventis	95 milhões	2009	A empresa tinha superfaturado agências locais e norte-americanas por medicamentos destinados a pacientes indigentes. A Aventis deturpou deliberadamente os preços, pagou a menos por abatimentos ao Medicaid e superfaturou agências de saúde pública. A fraude ocorreu entre 1995 e 2000. ³

2 United States Department of Justice. Novartis Pharmaceuticals Corp. to Pay More than \$420 million to Resolve Off-Label Promotion and Kickback Allegations. 30 set. 2010. apud GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p25, p26

3 SourceWatch. Sanofi-Aventis. 2011 Jan 23. Disponível on-line em: www.sourcewatch.org/index.php?title=Sanofi-Aventis (acessado: 19 jun. 2012). apud Aventis to pay \$95 million to settle fraud charge. AFP. 28 maio 2009. apud GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p26

Empresa	US\$	ANO	FATOS
Glaxo Smith Kline	3 bilhões	2011	É o maior encerramento de fraude em atenção à saúde na história dos EUA. A empresa comercializou ilegalmente medicamentos para uso off-label. Um ex-vice-presidente e alto advogado da empresa foi acusado de prestar falso testemunho e obstruir uma investigação federal de comercialização ilegal de Wellbutrin, para perder peso. A Glaxo pagou propinas aos médicos, omitiu dados de segurança sobre o Rosiglitazona, e seus programas sugeriam benefícios cardiovasculares do Avandia. O Avandia foi retirado do mercado na Europa em 2010 por aumentar as mortes por causa cardiovascular. ⁴
Empresa	US\$	ANO	FATOS

4 Rabiner S. Glaxo \$3B fine largest healthcare fraud settlement in history? Findlaw. 10 nov. 2011. apud United States Department of Justice. GlaxoSmithKline to Plead Guilty and Pay \$3 billion to Resolve Fraud Allegations and Failure to Report Safety Data. 2 jul. 2012. apud Thomas K, Schmidt MS. Glaxo agrees to pay \$3 billion in fraud settlement. New York Times. 2 jul. 2012. apud Wilson D. Ex-Glaxo executive is charged in drug fraud. New York Times. 9 nov. 2010. apud GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p26

Empresa	US\$	ANO	FATOS
Astrazeneca	520 milhões	2010	Esta comercializava ilegalmente um de seus produtos mais vendidos: o antipsicótico Seroquel, para usos não aprovados pela FDA. Além disso, a empresa direcionou seu marketing para médicos que não tratavam pacientes psicóticos e pagou propina a alguns deles. ⁵
Johnson & Johnson	1,1 bilhão	2012	A empresa e sua subsidiária Janssen tinham subestimado e ocultado os riscos do antipsicótico Risperdal, com quase 240 mil violações à lei por fraude. A Janssen mentiu sobre efeitos colaterais potencialmente fatais do fármaco. Os crimes atingiam também as crianças. Mais de um quarto do uso de Risperdal era em crianças e adolescentes. Um psiquiatra infantil mundialmente conhecido, Joseph Biederman, de Harvard, promovia o medicamento para crianças e também extorquia a empresa. O médico ficou furioso depois que a Johnson & Johnson rejeitou um pedido de apoio financeiro. Acusações do governo dos

⁵ Khan H, Thomas P. Drug giant AstraZeneca to pay \$520 million to settle fraude case. ABC News. 27 abr. 2010. apud GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p26, p27

Empresa	US\$	ANO	FATOS

EUA afirmavam que a empresa pagou propinas para induzir a Omnicare, maior farmácia para lares de idosos do país, a comprar e indicar o Risperdal e outros fármacos. A Johnson & Johnson não informou que a FDA tinha advertido a empresa que seu antipsicótico sua segurança e eficácia seriam falsas e enganosas acerca do consumo por idosos porque o medicamento não tinha sido estudado para ser utilizado nessa faixa etária.⁶

Merck	670 milhões	2007	A empresa não tinha pagado os abatimentos apropriados ao Medicaid e a outros programas governamentais de atenção à saúde e também pagou propina a médicos e hospitais para induzi-los a prescrever diversos medicamentos. De 1995 a 2001, a equipe de vendas da Merck usou cerca de 15 programas para induzir a prescrição de seus medicamentos,

⁶ Ark. judge fines Johnson & Johnson more than \$1.1B in Risperdal case. CBS/AP. 11 abr. 2012. apud Harris G. Research center tied to drug company. New York Times. 25 nov. 2008. apud Kelton E. J&J needs a cure: new CEO allegedly had links to fraud. Forbes. 17 abr. 2012. apud GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p29

Empresa	US\$	ANO	FATOS
			dentre eles: pagamentos em excesso disfarçados em taxas como “treinamento” e “consultoria”. A empresa concordou com um Corporate Integrity Agreement. ⁷

Eli Lilly	1,4 bilhão	2009	A empresa possuía um amplo esquema de comercialização sem autorização de seu medicamento líder de vendas, o antipsicótico Zyprexa. A Eli Lilly pagou 800 milhões de dólares em penalidades e declarou-se culpada por acusações criminais, pagando uma multa de 600 milhões de dólares. As acusações partiram de seis delatores, sendo que todos tinham sido demitidos ou forçados a renunciar pela empresa. A Lilly comercializava seu antipsicótico para diversos usos não autorizados, como Alzheimer, depressão e demência, principalmente para crianças e idosos, <u>tendo danos substanciais</u> . ⁸

7 Silverman E. Merck to pay \$670 million over Mercaid fraud. Pharnalot. 7 fev.2008. apud GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p29, p30

8 Reuters. The largest pharma fraud whistleblower case in U.S. history totaling \$1.4 billion. 15 jan. 2009. GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016. p30

Empresa	US\$	ANO	FATOS
Abbott	1,5 bilhão	2012	A empresa sofreu acusações de fraude contra o Medicaid por comercialização ilegal do medicamento para epilepsia Depakote. A Abbott pagou 800 milhões de dólares em danos e penalidades. Também se confessou culpada de uma violação do <i>Food, Drug and Cosmetic Act</i> e concordou em pagar uma multa e sofrer um confisco de 700 milhões de dólares. A empresa foi acusada de promover a venda e recomendação de Depakote para uso que não foram aprovados pela FDA como seguros e eficazes. Os Laboratórios Abbott fizeram declarações falsas e enganosas sobre a segurança, a eficácia, a dosagem e o custo-efetividade do fármaco para usos não aprovados. Também pagou propinas para induzir médicos a prescreverem ou promoverem o Depakote. A Abbott também ingressou em um <i>Corporate Integrity Agreement</i> . ⁹

9 Anonymous. Abbott Labs to pay \$1,5 billion more for Medicaid fraud. 2012 May 8. Disponível on-line em: <http://smd.com/news/headlines/2012/15451.shtml> (acessado: 19 jun. 2012). apud Roehr B. Abbott pays \$1.6bn for promotion off-label use valproic acid. *BMJ*. 2012; 344: e3343. apud GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p30

6. INDÚSTRIA FARMACÊUTICA E CRIME ORGANIZADO

O crime corporativo é comum com gritante desrespeito pelas mortes e outros danos sérios causados por eles. Em relação à lista anterior, o autor afirma que é fácil encontrar outros crimes cometidos pelas mesmas 10 empresas, fora dos EUA e crimes cometidos por outras empresas. Goetzche utilizou a palavra “fraude”, no entanto, poderia ter associado a outras, como “ilegal” e “propina” e ainda assim teria encontrado muitos crimes adicionais.⁴⁶

Os crimes são tão disseminados, repetitivos e variados que a conclusão é que essa prática é cometida deliberadamente, pois compensa. As multas são vistas como uma despesa de marketing e assim, continuam suas práticas ilegais. É importante observar que muitos crimes seriam impossíveis se os médicos não estivessem dispostos a participar deles. Estes são cúmplices e curiosamente conseguem sair impunes das acusações. Muitos crimes envolvem em grande escala a corrupção de médicos que recebem dinheiro para serem induzidos a prescrever fármacos que muitas vezes podem ser de 10 a 20 vezes mais caros do que os mais antigos, sem tanta diferença na eficácia e segurança. Os médicos também têm

⁴⁶ GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p31

acesso somente a informações selecionadas e manipuladas e acreditam, portanto, que os medicamentos sejam muito mais seguros e eficazes do que realmente são. Assim, tanto o comércio legal como o ilegal conduzem ao super tratamento significativo da população e muitos anos que poderiam ser evitados.⁴⁷

Em 2004-5, o Comitê de Saúde da Câmara Britânica dos Comuns examinou a indústria farmacêutica em detalhes e descobriu que sua influência era enorme e incontrolável. É uma indústria que compra influência sobre médicos, instituições de caridade, grupos de pacientes, jornalistas e políticos, e cuja regulação é fraca. O relatório do comitê deixou evidente que reduzir a influência da indústria seria bom para todos, inclusive para ela mesma, que poderia concentrar-se no desenvolvimento de seus produtos ao invés de corromper todas as classes da saúde. Nele também dizia que necessitamos de uma indústria que seja conduzida pelos valores de seus cientistas e não pela equipe de vendas. O governo britânico não fez nada em resposta ao relatório, provavelmente porque a indústria farmacêutica é a terceira atividade mais lucrativa na Inglaterra. Mesmo com evidências sobre a influência insalubre dessa indústria na saúde pública, autoridades governamentais declararam que não havia qualquer evidência desta. O Departamento de Saúde defendeu a indústria, citando seu saldo comercial positivo de três bilhões de euros e que fornecem boas informações aos médicos, além de defender também os números crescentes de prescrições de antidepressivos. Quando questionado se o departamento compreendia que havia um conflito entre a necessidade de lucro e a responsabilidade governamental pela saúde pública, a resposta foi que o “relacionamento de parceiros entre governo e indústria traz muitos ganhos e muitos remédios inovadores... com enorme impacto sobre desfechos em saúde”. Com uma atitude de negação total, é esperado que o crime floresça na indústria de medicamento e se espalhe.⁴⁸

47 GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.p35

48 GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p35-36.

Atividades ilegais compreendem o ato de cometer determinado tipo de delito mais de uma vez. A lista de delitos que constituem atividades ilegais inclui extorsão, fraude, crimes federais ligados a drogas, suborno, peculato, obstrução da justiça, obstrução do cumprimento da lei, manipulação de testemunhas e corrupção política. E isso é exatamente o que as empresas farmacêuticas fazem o tempo inteiro, não deixando dúvidas de que seu modelo de negócio se iguala ao do crime organizado. Um ex-presidente da Pfizer afirmou exatamente a mesma coisa. Quando um crime leva à morte de milhares de pessoas, devemos encará-lo como contra a humanidade. Não se deveria distingui se é causado por armas ou medicamentos. No entanto, há uma notável complacência quanto a isso até mesmo com crimes letais. Isso pode estar perto de mudar, pois em 2010, o Departamento de Justiça dos EUA condenou um ex-vice-presidente da GlaxoSmithKline. Uma das respostas-padrão da indústria farmacêutica é que suas práticas mudaram radicalmente desde que o episódio foi relatado.⁴⁹

Ao contrário da indústria farmacêutica, os médicos não prejudicam seus pacientes deliberadamente, e quando causam danos, seja por acidente, falta de conhecimento ou negligência, afeta somente um paciente de cada vez. As ações de executivos nas grandes empresas têm o poder de prejudicar milhares ou milhões de pessoas, e por isso, seus padrões de ética devem ser muito maiores do que dos médicos, e as informações que fornecem sobre seus produtos devem ser tão verídicas quanto possível, a partir de um exame metódico e honesto dos dados.⁵⁰

Quando o autor é questionado sobre o que ele pensa acerca dos padrões de ética da indústria, o mesmo responde sempre com uma piada, alegando que não possui uma resposta, pois não se pode descrever aquilo que não existe. O padrão da indústria se resume em lucros. Nos EUA, a indústria farmacêutica supera todas as outras em termos de crimes, possuindo mais que o triplo de violações sérias ou moderadas à lei.

⁴⁹ Ibidem, p.36.

⁵⁰ GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016, p.37.

As empresas também têm um recorde quanto a suborno e corrupção internacional e também para negligência criminosa na fabricação insegura de medicamentos. O suborno é rotineiro e envolve grandes quantidades de dinheiro. Quase todos os tipos de pessoas que têm poder de afetar os interesses da indústria foram subordinados, desde médicos a partidos políticos. Na América Latina, cargos como ministros da saúde são avidamente procurados, pois são quase invariavelmente ricos com a riqueza proveniente da indústria de medicamentos.⁵¹

7. CONCLUSÃO

O que o estudo de GOTZSCHE nos alerta é principalmente para o fato de que a medicalização da vida é resultado, ao menos em grande parte, dos esforços da indústria farmacêutica aumentar os seus lucros e suas vendas, criando e perpetuando um sistema de necessidade medicamentosa, que é na verdade um problema de saúde em si, e utilizando-se para tal de inúmeras estratégias que passam ao largo de um comportamento socialmente responsável. Compactuam com este estado de coisas médicos, suas associações, outros profissionais de saúde, a indústria do varejo medicinal, os poderes públicos inclusive os órgãos responsáveis pela fiscalização.

A relação entre propriedade intelectual e saúde é estreita, principalmente em razão das restrições impostas pelo regime proprietário dentro do qual funcionam as patentes de medicamentos e suas marcas distintivas. A postergação artificial do prazo de proteção e a barreira de entrada para os medicamentos genéricos, sobre os quais não incide a exclusividade patentária, somados à propaganda exaustiva e direcionada aos diversos públicos dos supostos benefícios, como omissão dos seus efeitos colaterais são exemplos de estratégias da indústria farmacêutica na busca por sempre maiores lucros, independente dos métodos e efeitos.

Sabedores da promiscuidade de muitas das relações entre esta indústria e a medicina que este levantamento inicial nos informa, os

⁵¹ Ibidem, p.37.

futuros passos da pesquisa serão averiguar a projeção ou representação desta indústria e seus produtos nos cursos de medicina, inicialmente focando nos livros didáticos dos cursos de graduação. Estes são os próximos passos da pesquisa, cujo início acaba de ser concluído.

REFERÊNCIAS

BARROS, José Augusto C. Revista Saúde pública, São Paulo, 17:377-86, 1983.

BATISTA, Almária Mariz; CARVALHO, Maria Cleide Ribeiro Dantas de. Ciência & Saúde Coletiva, 18(2):553-561, 2013.

CORRÊA, Anderson Domingues; CAMINHA, Juliana dos Reis; SOUZA, Cristina Alves Magalhães de; ALVES, Luiz Anastacio. Ciência & Saúde Coletiva, 18(10):3071-3081, 2013.

GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016.

LIRA, Claudio Andre Barbosa de; OLIVEIRA, Jessica Nathalia Soares; ANDRADE, Marília dos Santos; VANCINI-CAMPANHARO, Cássia Regina; VANCINI, Rodrigo Luis. Einstein. 2014;12(3):267-73.

MAGARINOS-TORRES, Rachel; PEPE, Vera Lucia Edais; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. Ciência & Saúde Coletiva, 19(9):3859-3868, 2014.

MOLINARI, Giovani José Dal Poggetto; MOREIRA, Paulo Celso dos Santos; CONTERNO, Lucieni de Oliveira. Revista Brasileira de Educação Médica, v.29, n 2, maio/ago. 2005.

SOUSA, Caissa Veloso e; MESQUITA, Jose Marcos Carvalho de; LARA, José Edson. Ciência & Saúde Coletiva, 18(11):3311-3320, 2013.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Desenvolvimento, Inovação e
Mercado**

Título:

**PROPRIEDADE
INTELECTUAL SOBRE
SOFTWARE E DESAFIOS
DA COLABORAÇÃO
EMPRESARIAL PARA SUA
COMERCIALIZAÇÃO:
ENTRE A DISTRIBUIÇÃO
E A REPRESENTAÇÃO
COMERCIAL**

**Gabriel Klemz Klock
Martinho Martins Botelho**



PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE SOFTWARE E DESAFIOS DA COLABORAÇÃO EMPRESARIAL PARA SUA COMERCIALIZAÇÃO: ENTRE A DISTRIBUIÇÃO E A REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

Autores: Gabriel Klemz Klock¹, Martinho Martins Botelho²

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo apresentar esclarecimentos a respeito da possibilidade de contratos empresariais de comercialização de *software* serem entendidos como de representação comercial. Para tanto, realizou-se levantamento bibliográfico a respeito dos institutos da agência, distribuição e da representação comercial. Após, levantou-se as características da proteção legal dada aos sistemas de computador no ordenamento jurídico pátrio. Em especial, destaca-se os aspectos de proteção à propriedade intelectual de sistemas de computador relacionada à legislação de direitos autorais. Por fim, analisou-se acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que determinado canal de distribuição pretendeu ver reconhecida sua relação com o desenvolvedor dos sistemas de computador como de representação comercial.

Palavras-chave: Contrato. Distribuição. *Software*. Licença de Uso. Representação Comercial.

1 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional - UNINTER. Pós-graduado em Direito Contratual da Empresa pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Advogado e professor substituto da Universidade Regional de Blumenau. Contato: gabriel@krmrk.adv.br.

2 Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional -UNINTER. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Doutor em Economia pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Contato: martinho.botelho@yahoo.com.br.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com estudo encomendado e divulgado pela Associação Brasileira de Empresas de *Software* em 2015, o Brasil figura como o sétimo país mais importante no mundo no setor de tecnologia da informação, com investimentos que alcançaram US\$ 60 bilhões somente em 2014. No período, apenas Estados Unidos, China, Japão, Reino Unido, Alemanha e França superaram esses investimentos. Na América Latina, o Brasil responde por 46% de todos os investimentos feitos na região, o que revela a importância desse segmento para a economia brasileira (Associação Brasileira de *Software*, 2015).

Em recortes regionais, o segmento é tão relevante no estado do Paraná que, no ano de 2016, o governo do Estado instalou o Comitê Gestor da Governança de Tecnologia da Informação e Comunicação para incentivar as políticas do setor. De acordo com o presidente da Associação das Empresas de Tecnologia da Informação, *Software* e Internet do Paraná (ASSESPRO-PR), Sandro da Silva, o ato significou um grande avanço para o setor que, àquele ano, empregava mais de 20 mil pessoas em 8,5 mil empresas.

A importância do setor em Santa Catarina não destoa do cenário nacional. Com base em estudo intitulado “Panorama de Inovação e Tecnologia de Santa Catarina”, desenvolvido pela Associação Catarinense de Empresas de Tecnologia, em 2015 apurou-se faturamento de R\$ 11,4 bilhões no setor, representando senão 5% do Produto Interno Bruto (PIB) catarinense. Em números específicos, são mais de 2,9 mil empresas do ramo com 5,3 mil sócios e mais de 47 mil funcionários (Associação Catarinense de Empresas de Tecnologia, 2016).

Os números apontados acima são suficientes para demonstrar a importância do setor de tecnologia da informação para a economia brasileira. Justamente por isso, suas práticas comerciais merecem maiores cuidados pelos operadores do direito, que necessitam de identificar a natureza das operações que são sedimentadas nesse espaço.

Em específico, pode-se destacar que as empresas desenvolvedoras de

software, para a comercialização e implantação de seu produto no mercado, buscam o estabelecimento de parcerias com colaboradores externos que executam atividades destinadas à comercialização ou distribuição de seus produtos. Vale dizer que, das 12.660 empresas identificadas no ramo da tecnologia da informação do Brasil, 28,7% atuam na produção de sistemas ou *hardwares*, 26,4% na prestação de serviços e 44,7% exercem atividade de distribuição (Associação Brasileira de Empresas de *Software*, 2015).

Estes dados revelam que a maior fatia do mercado de tecnologia da informação no Brasil é ocupada por empresas que se dedicam às atividades de comercialização, o que ressalta a urgência de estudos dedicados ao segmento da intermediação destes negócios.

Há um debate recente que opõe desenvolvedoras de sistemas e respectivas distribuidoras, uma vez que, inauguram-se perante os tribunais brasileiros algumas discussões judiciais a respeito da possibilidade de determinados contratos de comercialização de *software* mascararem, na verdade, uma relação que deveria ser regida por um contrato de representação comercial, com as garantias previstas pela Lei nº 4.886/65.

É o caso, por exemplo, da Apelação Cível nº 9185289-38.2009.8.26.0000/SP, com origem na Comarca de São Caetano do Sul, em sede da qual uma empresa dedicada à comercialização de *softwares* pleiteou o reconhecimento de relação de representação comercial com a desenvolvedora, especialmente por conta da indenização equivalente a 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a vigência do contrato.

Essa discussão exigirá dos operadores do direito estudos sobre a vestimenta jurídica deste tipo de operação, sobretudo para garantir maior segurança jurídica aos atores envolvidos. Objetivamente, vale destacar que a eventual possibilidade de configuração de contrato de representação comercial nesta relação poderá resultar em um prejuízo econômico significativo para as empresas desenvolvedoras de sistemas, notadamente em razão da obrigação do pagamento de indenização correspondente a 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante a contratualidade no caso de rescisão imotivada (art. 27, alínea j, da Lei nº 4.866/65).

Desta feita, o presente trabalho se propõe a analisar a natureza jurídica do contrato firmado entre empresas desenvolvedoras de *softwares* e seus canais de comercialização, investigando-se a possibilidade de esta relação ser enquadrada como de representação comercial.

Para investigar o tema, realiza-se um breve levantamento bibliográfico a respeito dos contratos de agência, distribuição e, especialmente, representação comercial. Além disso, registram-se comentários pertinentes à proteção destinada ao *software* para entender suas particularidades e os contratos necessários a possibilitar a sua comercialização por terceiros.

Por fim, diante do arcabouço bibliográfico, analisa-se acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em caso que representa a controvérsia sobre o qual se dedica o estudo proposto, com a análise endossada pelos doutrinadores utilizados neste trabalho. No entanto, importante registrar que, apesar de se tratar de um caso isolado, a sua investigação é importante para esclarecer eventuais demandas judiciais do porvir que tenham a mesma temática por objeto de estudo, permitindo-se melhores considerações a respeito do tema.

2. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL, AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO

Há muito se adotou o conceito de que a empresa é, senão, o exercício de atividades organizadas pelo empresário com o escopo de promover a produção e circulação de mercadorias e serviços.

Esta atividade, normalmente, não é realizada de forma individual, pois pode contar com a ajuda de diversas figuras que dão suporte ao desenvolvimento das atividades empresariais. A respeito do tema, Rubens Requião (2015, p. 263-64) adota interessante categorização a respeito dos colaboradores da empresa, que podem ser divididos entre auxiliares dependentes (empregados assalariados, gerentes, viajantes, praticistas) e auxiliares independentes (corretores, leiloeiros, representantes comerciais, agentes, distribuidores):

A respeito do mencionado representante comercial, trata-se de figura com origem no Direito moderno. Isso porque a atividade de intermediação entre produtores e consumidores se dava através das atividades dos corretores, ou comissários e mandatários, que atuavam na qualidade de auxiliares independentes do comércio. Acompanhando o desenvolvimento tecnológico, tanto nas áreas da indústria, comunicação e transporte, as atividades de mediação de negócios se intensificaram, tendo a figura do representante comercial importância singular para a expansão dos negócios e desenvolvimento econômico de toda uma rede (REQUIÃO, 2015, p. 264).

Acompanhando o movimento de nações desenvolvidas, como Alemanha, Itália e Espanha, ainda que tardiamente, o Brasil promoveu a regulamentação da questão atinente aos representantes comerciais, que se deu através da edição da Lei nº 4.886/1965, com algumas alterações posteriormente incrementadas com o advento da Lei nº 8.420/1992. De acordo com a lei, exerce a representação comercial a pessoa física ou jurídica que, sem qualquer relação de emprego, desempenha em caráter não eventual a “mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.

Importante destacar que a Lei nº 4.886/1965 trouxe diversas garantias aos representantes comerciais, como a exclusividade de área para atuação, recebimento de comissões de vendas realizadas em sua área e independentemente de participação, concessão de aviso prévio para denúncia do contrato e, especialmente, no caso de rescisão sem justo motivo pelo representado, direito ao recebimento de indenização equivalente a 1/12 avos de todas as comissões recebidas durante a vigência do contrato.

Além disso, estabeleceu a legislação em comento que, para o exercício da representação comercial autônoma, é obrigatória a inscrição perante o Conselho Regional dos Representantes Comerciais competente. Outrossim, estabeleceu alguns elementos obrigatórios para fazer constar do contrato de representação comercial, como: indicação

dos produtos objeto da representação; indicação de zona de atuação, com ou sem exclusividade; comissões e formas de pagamento; prazo de duração do contrato; exercício da atividade com exclusividade em favor do representado. Avançando na regulamentação da matéria, a legislação estabeleceu hipóteses de justo motivo para a rescisão do contrato de representação comercial, tanto pelo representante como pelo representado.

Vale dizer que a definição de representação comercial trazida pela Lei nº 4.886/1965 está condensada em nova redação emprestada pelo Código Civil, rebatizando o instituto como “agência” em seu artigo 710.

Inicialmente, a utilização deste novo termo causou estranhamento à comunidade jurídica. Entretanto, diversos autores, como Maria Helena Diniz, Washington de Barros Monteiro, Humberto Theodoro Junior e tantos outros passaram a defender a tese de que o contrato de representação comercial e agência são sinônimos.

Segundo Washington de Barros Monteiro, o contrato de agência “nada mais é que o contrato de representação comercial regulado pela Lei nº 4.866, de 9 de dezembro de 1965, com as alterações feitas pela Lei nº 8.420, de 8 de maio de 1992” (BARROS MONTEIRO, 2008, p. 309).

Para os fins deste trabalho, adota-se entendimento confirmado pela obra atualizada de Rubens Requião (2015), na qual assinala que a representação comercial e a agência definida pelo novo Código Civil se confundem. Embora a alteração do nome após o advento da Lei nº 10.406/2002, no contrato de agência estão previstos todos os elementos do contrato de representação comercial, destacando-se: atividade permanente e profissional; autonomia; aproximação para realizar negócios; onerosidade; limitação da área de atuação.

Sintetizando a matéria, em importante artigo produzido por Leandro Santos de Aragão e Rodrigo Monteiro de Castro, afirma-se que o contrato de representação comercial ou agência implica na prática habitual de atividade econômica, em espaço predeterminado, consistente em realizar negócios em nome e por conta de outrem, mediante o recebimento de determinada contraprestação (2006, p. 259).

Em que pese o estranhamento inicial, parece superada a discussão a respeito da confusão entre os termos representação comercial e agência, vez que a primeira é, senão, uma espécie de instituto vinculado à última. No caso da representação comercial, tem-se que o Código Civil não revogou a Lei nº 4.886/1965, e tampouco com ela é incompatível. Ao contrário, o Código Civil e a lei dos representantes comerciais vigoram em conjunto, tendo a primeira ressalvado a aplicação de lei especial em seu artigo 721. Assim, pode-se afirmar que a nova redação trazida pelo Código Civil de 2002 a respeito do instituto da agência apenas consolidou as garantias já previstas pela legislação atinente aos representantes comerciais. _

Outra confusão trazida quando da publicação do novo Código Civil brasileiro está relacionada com a adoção do termo “distribuição” em seu artigo 710, que trata da já mencionada agência. Conforme consta da redação em comento, opera-se o contrato de distribuição “*quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada*”.

Sobre esse novo termo adotado, a distribuição, diversos estudiosos se debruçaram sobre a matéria para esmiuçar os significados e zonas de regulamentação trazidos pela nova redação do Código Civil, sendo necessário para o desdobramento do presente trabalho analisar o alcance do termo e a sua aplicabilidade. Isso porque, alguns autores vão dividir o tema para enquadrar a distribuição ora como contrato *típico*, ora como contrato *atípico*.

De acordo com os ensinamentos de Rubens Requião (2015, p. 281), a distribuição regulada nos termos do Código Civil se opera como verdadeiro contrato de representação comercial ou agência, diferindo apenas na parte em que o agente possui à sua disposição a coisa a ser negociada. Em outros termos, quando o agente tiver condições de executar o contrato intermediado, estando a coisa a ser negociada à sua disposição, teremos o contrato de distribuição. Nessa hipótese, o agente não executa atividades por conta própria, tampouco assume os riscos da atividade. Como não há a transferência da propriedade pelo distribuído das mercadorias a serem negociadas pelo distribuidor, que poderia ser traduzida na tradicional operação de compra e venda, o agente adquire

apenas o poder de executar o contrato a ser celebrado, dispondo de poderes para, eventualmente, promover a pronta entrega das mercadorias em nome do proponente.

Nesse aspecto, ter o agente à sua disposição a coisa a ser negociada não importa afirmar ser este o proprietário da mercadoria, porém apenas possuidor indireto dela. Assim, portanto, quando verificado que a comercialização se dá segundo as diretrizes previstas pela parte final do artigo 710 do Código Civil, estaremos diante de um contrato de distribuição *típico*, conforme explicaremos adiante.

Na I Jornada de Direito Comercial, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal em 2012, aprovou-se o Enunciado de nº 31 que afirma que o contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é uma modalidade de agência, visto que o agente atua como verdadeiro mediador ou mandatário. Por sua vez, no contrato de “distribuição autêntico”, há comercialização direta do produto recebido do produtor pelo distribuidor, sendo que o lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco.

Este enunciado informa uma classificação doutrinária dividida entre o que podemos chamar de contrato de distribuição regrado pelo Código Civil, com a roupagem que lhe é dada pelo contrato de agência previsto no artigo 710 do diploma legal, e um contrato de “distribuição autêntico”, ou *atípico*, que obedece uma lógica muito diferente daquela em que se estabelece ter o agente “à sua disposição” a coisa a ser negociada.

Rubens Edmundo Requião (2006) procura estabelecer a distinção entre o contrato de distribuição previsto pelo Código Civil, em detrimento do contrato daquele instituto que denomina “concessão comercial”. Para o autor, a Lei nº 10.406/2002 adotou regulamentação genérica a respeito do tema, em que pese o contrato de distribuição de utilização mais frequente merecer regulação autônoma.

Nesse sentido, a “distribuição comercial” difere, em muito, da “agência-distribuição”, que contempla a já mencionada hipótese de o representante ter à sua disposição a coisa a ser negociação. Ao contrário desse caso, o contrato de distribuição deve ser entendido como os casos

em que existe operação de compra e venda de produtos entre distribuidor e distribuído, com a transferência da propriedade de um para o outro, a fim de possibilitar a revenda pelo distribuidor em determinada zona e com vinculação econômica.

Assim, portanto, seria diferente do contrato de distribuição regrado pelo Código Civil, vez que a “distribuição comercial” encerra uma operação de compra e venda entre distribuidor e distribuído, devendo ser encarado como contrato *atípico*, notadamente em virtude de não haver regulamentação da matéria. Nesse ponto, Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 424) entende que se a avença contratual “tiver por objeto regular relações negociais menos comuns, ou *sui generis*, mais ou menos empregadas na sociedade, mas não descritas ou especificadas na lei, estaremos perante um contrato *atípico*”.

Endossando a tese de diferenciação entre as situações acima, Fabio Ulhoa Coelho (2011, p. 488) propõe a divisão do assunto em dois campos distintos, trazendo as ideias de *distribuição-aproximação* e *distribuição-intermediação*.

Segundo o autor, nos contratos de *distribuição-aproximação*, a figura do distribuidor assume a obrigação de promover a realização de determinados negócios por conta do proponente, em caráter não eventual e sem vínculo de dependência, tendo em sua posse as mercadorias a serem vendidas. Nesse caso, estaríamos tratando de contrato *típico* regido pelo Código Civil de 2002 e sujeito às mesmas regras.

Em contrapartida, propõe uma nova modalidade de distribuição, intitulada de *distribuição-intermediação*, que seria verdadeiro contrato *atípico*, por não ser haver legislação regulamentado a matéria.

Nestes casos, a sua caracterização se dá, independentemente da nomenclatura utilizada, pela obrigação do distribuidor em criar, consolidar ou ampliar o mercado de produtos do distribuído, comprando deste os produtos para posterior revenda. Nestes casos, não se aplicariam as normas sobre agência e distribuição previstas pelo Código Civil, posto que seus regramentos nem sempre são compatíveis com a estrutura e função econômica da operação ilustrada.

Para o mesmo caminho apontam os ensinamentos de Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2006), segundo o qual a prática mercantil adotada no Brasil há muito utiliza o termo “contrato de distribuição” para identificar modalidade especial de parceria comercial, entendida como a operação de revenda com exclusividade pelo distribuidor.

De acordo com o mesmo autor, trata-se de contrato atípico e muito utilizado na comercialização de medicamentos e bebidas, não guardando, porém, características do contrato de agência ou de representação comercial. Aliás, ao contrário do que acontece com o contrato de agência ou distribuição regidos pelo Código Civil, nessa modalidade o distribuidor age por sua conta própria, comprando do distribuído os bens para posterior revenda. Em razão dessa peculiaridade, sua remuneração não é comissionada, porém obtida pelo resultado do lucro gerado entre a operação de compra e venda.

Como evidenciado anteriormente, de acordo com a dicção trazida pelo Código Civil de 2002, o contrato de agência também poderá ser denominado de distribuição quando se estabelecer que o distribuidor tenha à sua disposição a coisa a ser negociada. Em resumo, pôde-se observar que o empresário se socorre historicamente da atividade de auxiliares independentes para a expansão de seus negócios no mercado. Para tanto, estabelece relações com determinados sujeitos do mercado para impulsionar a sua atividade, o que se normalmente se dá pelo estabelecimento de contratos representação comercial, agência ou distribuição.

Como visto, a Lei nº 4.886/1965 estabeleceu a regulamentação da atividade do representante comercial, dispondo a respeito de diversos requisitos para atuação neste ramo, inclusive com o estabelecimento de garantias especiais para o representante no caso de rescisão imotivada do contrato, com indenização estabelecida no patamar mínimo de 1/12 avos de todas as comissões auferidas durante o prazo de vigência do contrato.

Com o advento do Código Civil, especialmente por seu artigo 710 e seguintes, foram inseridas novas regulamentações a respeito do tema com os institutos da agência e distribuição. Em que pese a polêmica

inicial, o entendimento predominante, e defendido neste trabalho, é o de que o contrato de representação comercial se confunde com o de agência, visto que a nova lei não esgotou a matéria em comento.

Além da agência, a redação do Código Civil trouxe a figura da distribuição que, complementando as características da agência, difere-se exclusivamente no ponto em que coloca à disposição do distribuidor a coisa a ser negociada, operação tratada pela doutrina como contrato típico. Entretanto, quando se falar em contrato de distribuição que engloba operação de compra e venda de produtos entre distribuidor e distribuído, teremos verdadeiro contrato atípico, visto que não houve regulamentação pela legislação brasileira a respeito da matéria.

Feitas as ponderações acima a respeito dos diversos tipos de contrato, importante efetuar análise da operação de licenciamento de uso de sistemas de computador, com especial enfoque para as parcerias firmadas entre empresas de tecnologia da informação para promover a venda de referidos *softwares*.

3. LICENÇA DE USO DE *SOFTWARE* E CONTRATOS DE CESSÃO PARCIAL DE DIREITOS PARA COMERCIALIZAÇÃO

Conforme resgatado, para aumentar a sua presença no mercado e expandir seus negócios, as empresas utilizam-se de representantes comerciais, agentes ou distribuidores. Não diferente ocorre na área da tecnologia da informação, com especial atenção às empresas que se dedicam à atividade de desenvolvimento e licenciamento de *softwares*.

O questionamento proposto neste trabalho está vinculado à possibilidade de os contratos para comercialização de licença de uso de *software* serem entendidos como de representação comercial, sobretudo em razão das garantias previstas para os representantes comerciais. Entretanto, antes de abordar essa modalidade de contratos, importante registrar-se alguns destaques a respeito da tutela jurídica sobre *software* pelo ordenamento jurídico pátrio.

No Brasil, a Lei nº 9.609/1998, conhecida como Lei do *Software*, tratou de disciplinar a proteção da propriedade de programa de computador e sua respectiva comercialização.

De acordo com o previsto pelo artigo 2º da lei, endossada pelo artigo 7º, inciso XII, da Lei nº 9.610/98, o regime jurídico aplicável aos programas de computador é o de direito autoral. Esse regramento permite afirmar que o direito de autor sobre o *software* possui duas vertentes: material, vinculado à utilização econômica da criação; e moral, com garantias direcionadas à autoria, integridade e ineditismo da obra.

De acordo com o preconizado pela já mencionada Lei de Direitos Autorais, os direitos patrimoniais e morais da obra pertencem ao seu autor, sendo os últimos irrenunciáveis e inalienáveis. Em virtude dessa premissa, seu artigo 49 estabelece que os direitos de autor poderão ser, total ou parcialmente, transferidos a terceiros mediante licenciamento, concessão ou cessão. Para o mesmo sentido aponta a Lei do *Software*, que em seus artigos 9º e 10 estabelece que tanto o uso, assim como também a próprio direito de comercialização do *software*, dar-se-ão por meio de licença ou cessão de direitos.

Para o propósito deste trabalho, que busca compreender-se a operação de comercialização de *software* por terceiros pode ser entendida como relação de representação comercial, importante frisarmos, inicialmente, que o direito de comercialização de sistema de computador se dará por meio de cessão de direitos conferida pelo titular, e não mediante operação de compra e venda, que pressupõe transferência de propriedade. Esse realce é importante para condensarmos a ideia de que, neste tipo de operação, não existe a aquisição do sistema a ser comercializado, porém apenas a concessão de determinados direitos sobre o mesmo, nos termos definidos pelo titular.

Diferentemente do que ocorre nos contratos distribuição baseados no regramento previsto pelo Código Civil, modalidade em que a figura do distribuidor assume a posse do bem que irá efetuar a venda, na comercialização de *software*, ou melhor, na comercialização do direito de uso de *software*, o vendedor não assume posse do produto, porém apenas

detém o direito de efetuar tal transação comercial – o que pode se dar através de cessão parcial de direitos sobre o sistema.

É através desse mecanismo que determinada pessoa, física ou jurídica, obtém a autorização para efetuar a comercialização de licenças junto aos clientes finais. Com efeito, na prática contratual pátria, o termo cessão parcial vem sendo empregado para configurar a concessão de direitos limitados, ainda que “a cessão de direitos exista para refletir o negócio jurídico através do qual o titular do direito transfere a titularidade deste a terceiro” (PEREIRA DOS SANTOS, 2011, p. 89).

Cabe registrar que, ao contrário da cessão parcial, a cessão total de direitos sobre *software* compreende a transferência total dos direitos sobre o sistema de computador em favor de terceiro, devendo realizar-se nos termos previstos pelo artigo 11 da Lei do *Software*. Em específico, pela cessão total de direitos sobre o sistema, o titular transfere ao novo titular o código-fonte e toda a documentação completa, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e quaisquer outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia, devendo-se, contudo, observar a exigência de se proceder o registro do competente contrato de transferência perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), sobretudo para produzir efeitos em relação a terceiros.

Em resumo, a comercialização de programas de computador por terceiros requer autorização específica conferida pelo titular de direitos do *software*, conforme preconizado pela própria Lei de *Softwares* (9.609/98), através de cessão parcial de direitos. A comercialização, portanto, não se dá através da aquisição da propriedade do produto, mas através da obtenção do direito de comercializá-lo. Isso porque, como denunciado anteriormente, a aquisição de propriedade do *software* consiste em transferência absoluta de todos os direitos a ele inerentes, inclusive a titularidade do direito de licenciar o uso.

Vale dizer que a cessão de direitos é uma faculdade conferida ao seu titular, que pode se valer da sua criação da melhor maneira que lhe aproveitar (RODRIGUEZ, 2012, p. 107).

Feitas estas digressões, o que ocorre no caso específico da

comercialização de *software* é a cessão parcial de direitos sobre o sistema para que o beneficiário, mormente conhecido como “distribuidor” ou “canal”, possa realizar seu licenciamento, de acordo com as regras definidas pelo titular. Assim, o canal de distribuição é compreendido como a pessoa física ou jurídica que recebe direitos sobre *software* para possibilitar o licenciamento de uso ao cliente, verdadeiro destinatário final do programa de computador desenvolvido.

No caso de comercialização de *software*, necessário se ter em mente o fato de que o bem transferido em favor do parceiro comercial não é o programa de computador propriamente dito, mas tão somente o direito relacionado ao seu uso, instalado ou não em determinando suporte físico. Em razão desta peculiaridade, não há como se comparar os contratos tradicionais de distribuição com a comercialização de *software*, posto que o elemento transferido é o direito de comercializar ou utilizar o programa e não a propriedade.

Fato é que, a respeito dos contratos firmados para promover a comercialização de *softwares*, que se darão obrigatoriamente por meio de cessão parcial de direitos para esse fim, o agente comercial não se torna titular da propriedade do produto, porque em desacordo com a própria natureza delimitada pela Lei nº 9.609/98. Ao contrário, o canal de vendas detém, de modo incontroverso, a titularidade do direito de comercializar a licença de uso do software aos clientes.

Superada a questão do formato adequado para que se permita a comercialização de *software* por terceiros, necessário destacar os desdobramentos importantes a respeito tema. O primeiro está relacionado ao formato da comercialização. Como abordado, a utilização do *software* pelo destinatário final se dará por meio do contrato de licença de uso, que poderá ser editado de duas formas distintas.

Em um primeiro modelo, pode-se identificar o canal de comercialização efetuando o licenciamento do *software* diretamente em favor do cliente final, sem participação do titular dos direitos sobre o programa, porém de acordo com as regras estabelecidas por este, em operação também conhecida como *sublicenciamento*. Em outro modelo

contratual, o canal de comercialização realiza apenas a aproximação entre o desenvolvedor do sistema e o cliente final, cabendo ao primeiro efetuar o competente licenciamento de uso em favor do último.

Independentemente do modelo utilizado para se efetuar o licenciamento de uso em favor do destinatário final do programa de computador, por imposição contida na Lei nº 9.609/98, especialmente em seu artigo 8º, aquele que comercializa o software, sendo o titular ou apenas mero autorizado a comercializar, deve assegurar a prestação de serviços técnicos “complementares” sobre o sistema durante seu prazo de validade técnica. De modo sucinto e exemplificativo, os serviços técnicos complementares podem ser entendidos como aqueles que envolvam a: 1) manutenção e correção de erros do sistema; 2) implantação e instalação do programa; 3) suporte técnico aos usuários do *software*.

Deste modo, além do contrato de licenciamento de uso em favor do usuário final, referido pacto também conterá o regramento específico a respeito da prestação de serviços correlatos sobre o *software*. Nesse ponto, as atividades mencionadas anteriormente poderão acontecer às expensas do licenciante, que assumirá por si a realização destas atividades, ou serão atribuídos direitos em favor do canal, que prestará estas atividades por sua conta e risco, faturando estas atividades diretamente contra o usuário da licença comercializada.

Em razão da proximidade com o cliente final, a última modalidade aparece com frequência nos contratos celebrados. Vale dizer que, nesse formato, caberá ao canal dispor de todos os conhecimentos e de quadro de funcionários apropriados para lidar com as atividades. Nesse formato, diversas obrigações e responsabilidades serão assumidas pelo canal, atuando como verdadeiro prestador de serviços em favor do cliente final.

Em resumo, na relação havida entre desenvolvedor de sistema e respectivo canal de comercialização, além da cessão de direitos para venda do produto, haverá que se estabelecer regramento sobre quem será o responsável pela prestação de serviços de dos serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, que poderá recair sobre o próprio fabricante ou sobre o canal de distribuição.

Assim, delineadas as considerações a respeito dos contratos de licença de uso de sistema de computador e do correlato contrato de cessão parcial de direitos para outorgar a possibilidade de comercialização do *software* em favor de terceiro por seu titular, passa-se a analisar caso que representa de maneira ímpar a controvérsia que motivou a confecção deste trabalho.

4. CASO PARADIGMA

A discussão proposta neste trabalho se resume a investigar se a relação estabelecida entre fabricante e canal de distribuição de *software* pode ser interpretada como relação de representação comercial.

Isso porque, de acordo com a lei de regência, exerce a representação comercial a pessoa física ou jurídica que, sem qualquer relação de emprego, desempenha em caráter não eventual a “mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”. Para tanto, procurou-se delinear as considerações doutrinárias a respeito do próprio contrato de representação comercial, além dos contratos de agência e de distribuição. Além disso, foram traçadas as considerações sobre as particularidades do tratamento do *software*, da cessão de direitos e da obrigação de prestação de serviços.

O estudo da matéria parece importante porque, na prática, o Poder Judiciário poderá ser provocado para se manifestar a respeito da natureza jurídica dos contratos firmados entre parceiros comerciais no intuito de promover a comercialização de licenças de uso de programas de computador, e as decorrentes prestações de serviço sobre os mesmos.

Para ilustrar a discussão proposta, traz-se à baila importante decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Cível nº 9185289-38.2009.8.26.0000, com origem na comarca de São Caetano do Sul. O caso em destaque trata de medida judicial protocolizada em 28 de fevereiro de 2007 pela empresa Pro Data System's Software & Serviços Ltda, dedicada às atividades de comercialização de

licença de uso de sistemas de computador e prestação de serviços correlatos. Em linhas gerais, a parte autora pleiteou o reconhecimento de sua relação comercial estabelecida com a empresa ré Senior Sistemas, sediada na cidade catarinense de Blumenau, como contrato de representação comercial, cumulando pedidos de indenização por perdas e danos e obrigação de não fazer, especificamente para impedir a apropriação dos clientes da primeira pela última.

Em peça processual que inaugurou a discussão, a Pro Data System's alegou atuar como verdadeira representante comercial, uma vez que intermediava propostas de negócios para a comercialização de licenças de uso de sistemas de computador de titularidade da ré Senior Sistemas. Detalhando suas atividades, afirmou que, desde o ano de 1990, realizava a captação de clientes e mediação de negócios em favor da empresa demandada, sendo que a concretização das operações se daria de forma subordinada aos interesses da empresa licenciadora dos sistemas comercializados pela parte autora da demanda.

Devidamente citada, a empresa Senior Sistemas apresentou defesa na forma de contestação, alegando a ausência de plausibilidade jurídica para o acolhimento do pedido formulado pela Pro Data System's, visto que esta atuaria efetivamente na qualidade de distribuidor, assim como previsto no instrumento firmado entre as partes. Por fim, afirma que o contrato não teria os requisitos estabelecidos pela Lei nº 4.886/1965, especialmente no que diz respeito ao registro da autora perante o Conselho Regional dos Representantes Comerciais (CORE).

Na data de 28 de novembro de 2008, após larga instrução probatória com a oitiva de testemunhas e juntada de documentos, sobreveio sentença proferida pelo juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de São Caetano do Sul, ocasião em que a tese de caracterização de contrato de representação comercial fora enfrentada. De acordo com a sucinta decisão de primeira instância, a tese de existência de contrato de representação comercial foi rechaçada porque não existiria dos autos elementos comprobatórios dos requisitos previstos pela lei de regência e que, além, a parte autora da demanda não comprovou seu registro perante o Conselho Regional dos

Representantes Comerciais correspondente.

Em 29 de maio de 2014, a tese de caracterização de contrato de representação comercial fora novamente enfrentada, agora pela instância recursal. Ao analisar o feito, os desembargadores entenderam que do contrato juntado aos autos, não existiam elementos que possibilitassem entender pela ocorrência de representação comercial. Em primeiro lugar, porque o contrato não observou os requisitos do art. 27 da Lei. 4.886/1965, nem, tampouco, comprovou a parte autora registro no conselho competente. Além disso, “a autora foi destinatária em nota fiscal emitida pela ré, e também emitiu nota fiscal em negócios com seus clientes, o que indica a não classificação de tais atos como representação comercial”.

Descontente com o acórdão proferido, a parte autora interpôs Recurso Extraordinário e Recurso Especial, sendo que ambos tiveram seguimento negado pelo Tribunal de Justiça. Diante disso, a autora ainda interpôs agravo ao Superior Tribunal de Justiça no intuito de promover a remessa dos autos àquela corte. Entretanto, houve manifestação superveniente da autora pedindo a desistência do recurso, devidamente homologada, o que motivou o trânsito em julgado da decisão em destaque.

Em que pese a manifestação judicial da tese em comento, verifica-se que as decisões proferidas, em ambas instâncias, não aprofundaram o estudo da matéria, especialmente para ressaltar as características específicas que envolvem as parcerias para comercialização de licença de uso de sistemas de computador, sobretudo em contraponto com a lei específica que rege a matéria, senão a 9.609, de fevereiro de 1998.

No entanto, apesar de pouco profundidade, passa-se a analisar de forma detida as características da matéria, especialmente para confrontar a decisão judicial estabelecida nos autos da Apelação nº 9185289-38.2009.8.26.0000.

5. ANÁLISE E DISCUSSÕES SOBRE O CASO ESCOLHIDO

O caso da Apelação nº 9185289-38.2009.8.26.0000, submetido à análise pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, demonstra controvérsia na comunidade jurídica a respeito da possibilidade de se enquadrar um contrato de comercialização de licença de uso de computador como representação comercial, sobretudo em razão das garantias previstas pela Lei nº 4.886/1965.

Como visto, a empresa Pro Data System's Software & Serviços Ltda ingressou com ação judicial postulando o reconhecimento do contrato estabelecido com a empresa Senior Sistemas Ltda para a comercialização de *softwares* como de representação comercial, cumulando diversos outros pedidos, especialmente de indenização.

Ao julgar o feito, a corte afastou o enquadramento do contrato como de representação comercial porque, conforme destacado pelo desembargador relator, ainda que de forma sucinta, tanto o contrato como as próprias alegações trazidas à inicial demonstravam que havia a prestação de serviços de manutenção e suporte pela parte autora em favor dos clientes que esta prospectou, sendo motivo suficiente a afastar as pretensões iniciais. Infelizmente, o voto condutor do julgado não se escora em jurisprudência, casos análogos e muito menos doutrina a respeito da matéria – o que, por si só, demonstra a necessidade de maiores estudos a respeito da matéria.

Em que pese a escassez de elementos para fundamentar o acórdão utilizado neste estudo, a decisão proferida foi a adequada para o caso. Isso porque, ainda que não tenha sido citada em nenhum trecho do voto, é absolutamente possível perceber que a relação estabelecida entre Pro Data System's e Senior Sistemas não compreendia apenas uma intermediação de negócios em favor da última, como é próprio da representação comercial. Ao contrário disso, extrai-se que, paralelamente à atividade de intermediação de vendas de licenças de uso de sistemas de computador, a empresa Pro Data System's assumiu a prestação dos serviços correlatos de suporte técnico e manutenção sobre os *softwares* por sua conta e risco.

Nesse sentido, as cláusulas que importam em assunção de responsabilidades pela autora da ação judicial demonstram cabalmente

que a relação existente entre as empresas litigantes não é de representação comercial, mas sim de uma outra espécie de parceria, em que são distribuídas diversas obrigações e responsabilidades às partes envolvidas. Efetivamente, neste tipo de modalidade contratual, existem diversas partes agindo ativamente na relação com o cliente final. Como evidenciado, a Pro Data, sob a menor hipótese, não atuava como mero mediador na realização de um negócio mercantil. Ao contrário, ela própria assumiu o risco inerente do negócio, tomando para si as responsabilidades pela prestação de serviços ao cliente final. Pela própria natureza da relação analisada, algumas atividades são de responsabilidade inerente do desenvolvedor do *software*, ao passo que outras foram assumidas pela Pro Data System's. Em específico, o caso analisado denuncia uma união de esforços para fornecimento de uma solução ao cliente final, estabelecendo atividades próprias de cada uma das partes.

Com base nos excertos transcritos acima, a conclusão a que se chega é que o contrato estabelecido entre Pro Data System's e Senior Sistemas atribuiu uma série de obrigações à parte autora, que assumiu, por sua conta e risco, a responsabilidade pela prestação dos serviços de implantação, manutenção e suporte técnico. Em conjunto com as provas produzidas nos autos, demonstrou-se claramente que a participação da Pro Data na relação comercial com o cliente final não se encerrava no momento da aquisição da licença de uso de determinado *software*, visto que, em razão das obrigações assumidas, perdurava durante todo o contrato quanto à prestação dos serviços de suporte técnico. Em outras palavras, havia verdadeira participação ativa da empresa autora da medida nos momentos posteriores à comercialização da licença de uso de sistema de computador. A assunção destas responsabilidades, portanto, é incompatível com a natureza da representação comercial, na qual a representante não assume os riscos do negócio, já que permanecem inteiramente sob responsabilidade da figura representada.

Assim, de acordo com todos os elementos agrupados acima, temos suficientemente comprovado que o contrato de representação comercial não se amolda ao caso em comento, visto que este não suporta a execução

de atividades que ultrapassem a intermediação comercial e, muito menos, a assunção de obrigações em uma determinada relação contratual. De fato, o sentido do contrato é diametralmente oposto ao alegado pela parte autora da demanda analisada, visto que esta não comprovou que atuava como mera intermediadora de propostas em favor da parte demandada.

Assim, e em decorrência das considerações formuladas a respeito do instituto da representação comercial, conclui-se que o contrato que ensejou o ingresso de ação judicial analisada não possui os elementos necessários para o reconhecimento de representação comercial. Em especial, devemos destacar que, ao assumir por sua conta e risco a responsabilidade pela prestação de diversos serviços, a parte autora da demanda se afastou da mera intermediação de negócios típica da relação de representação comercial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu apresentar algumas considerações a respeito de tema recente para a comunidade jurídica. O avanço do setor da tecnologia da informação vem exigindo dos operadores do direito maiores reflexões a respeito das práticas comerciais usualmente adotadas pelos atores que compõem este segmento da economia.

Destaca-se que, há muito, a atividade empresária se aproveita dos esforços empreendidos por auxiliares independentes para a promoção de seus produtos e serviços perante o mercado. Essa prática é replicada na área da tecnologia da informação, espaço em que, igualmente, são procuradas formas para viabilizar a expansão de atividades para as empresas deste segmento. Em específico, este artigo concentrou esforços para tentar responder ao seguinte questionamento: os contratos estabelecidos com desenvolvedoras de *software* para a comercialização de seus sistemas podem ser entendidos como uma relação de representação comercial, nos moldes previstos pela Lei nº 4.886/65?

Após investigamos as diversas figuras de intermediação comercial, como a agência, distribuição e representação comercial, além de caso

analisado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que bem representa a controvérsia objeto deste artigo, tem-se que não há uma resposta única para esse questionamento.

Isso porque, conforme destacado, a representação comercial, ainda que tratada por agência ou distribuição pela definição adotada pelo Código Civil, importa em mero agenciamento de pedidos e propostas em favor do fabricante ou prestador dos serviços. Sob esse formato, somente se admite a execução de uma ou outra atividade para que se garanta a execução dos negócios, como, por exemplo, a entrega de determinada mercadoria em favor do cliente prospectado.

Assim, ainda que estejamos diante de operações mercantis da área da tecnologia da informação, a figura da representação comercial poderá se fazer presente se o agente assumir a única e exclusiva responsabilidade de prospectar pedidos em favor da empresa titular dos direitos sobre determinado sistema de computador.

Ocorre que, na maior parte das relações contratuais estabelecidas para esse segmento específico, as empresas desenvolvedoras de *software* conferem aos seus parceiros o direito de prestarem serviços correlatos de implantação, manutenção e suporte técnico sobre o sistema comercializado. Exemplo clássico desse formato é o caso tratado nos autos da Apelação nº 9185289-38.2009.8.26.0000. Apesar de a apelante Pro Data System's deter os direitos de comercialização e prestação de serviços correlatos sobre o *software* da apelada Senior Sistemas, postulou o reconhecimento da relação entre as empresas como de representação comercial, cujas pretensões foram devidamente repelidas pela corte paulista.

Vale lembrar que, na representação comercial, o agente se traduz em mero intermediador para a realização do negócio jurídico entre o representado e o cliente final, de forma que o vínculo contratual se estabelece apenas entre os dois últimos.

Trazendo para os casos dos desenvolvedores de *software*, esse enquadramento não pode ser feito acaso sejam conferidos poderes para o parceiro efetuar a prestação de serviços sobre os sistemas por estes comercializados. Ou seja, quando a situação se adequar a este último

formato, temos que o parceiro assumiu o risco do negócio, diante da assunção de diversas responsabilidades para bem executar suas atividades de prestação de serviços, dispondo de capacitação técnica e recursos humanos para cumprir as obrigações.

Dito isso, pode-se concluir que, nos contratos estabelecidos para promover a comercialização de licenças de *software*, acaso se verifique que o parceiro assuma a prestação de outras atividades que ultrapassem a mera prospecção e intermediação de negócios em favor da empresa desenvolvedora e titular dos direitos de determinado sistema, tem-se como incompatível esta relação com a de representação comercial, regrada nos termos previstos pela Lei nº 4.886/65.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Leandro Santos de; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. O contrato de distribuição do art. 710, *caput*, parte final, do Código Civil de 2002. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. Representação Comercial e Distribuição. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 243-285.

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. **Contratos de software**. Santa Catarina: Momento Atual, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G.. Representação Comercial e Distribuição. São Paulo: Saraiva, 2006. p.200-217.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Direito dos Contratos**: Direito Civil. Vol. 3. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDEIROS, Murilo Tadeu. **Direitos e obrigações do representante**

comercial: (segundo a Lei 4.886/65, com as modificações introduzidas pela Lei 8.420/92). Curitiba: Juruá, 2002. 164p.

MONROY RODRIGUEZ, Juan Carlos. **Cuestiones jurídicas entorno a los contratos de desarrollo y licencia de software.** Revista de La Propiedad Inmaterial, 2012, nº 16, p. 103/135.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** 34.ed., v. 5., atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

PARANAGUA, Pedro; BRANCO, Sergio. **Direitos Autorais.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PEREIRA DOS SANTOS, Manoel J., Contratos de Tecnologia. In: FERNANDES, Wanderley. **Contratos de organização da atividade econômica.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição. O art 710 do Código Civil. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G.. Representação Comercial e Distribuição. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 179-217.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** Vol 1. 34. ed., atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2015.

REQUIÃO, Rubens. **O contrato de concessão de venda com exclusividade: concessão comercial.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 15, 1972, p. 207-246.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação:** teoria e prática da juscibernética ao código civil. São Paulo : Saraiva, 2009. xvi, 439 p.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Novo Código Civil**, vol. 10. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Desenvolvimento, Inovação e
Mercado**

Título:

**ARBITRAGEM
EM CONTRATOS
DE PROPRIEDADE
INTELECTUAL: UMA
POSSIBILIDADE PARA A
GESTÃO ESTRATÉGICA DOS
NÚCLEOS DE INOVAÇÃO
TECNOLÓGICA (NIT)**

Lenilton Duran Pinto Corrêa



ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: UMA POSSIBILIDADE PARA A GESTÃO ESTRATÉGICA DOS NÚCLEOS DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA (NIT)

Autor: Lenilton Duran Pinto Corrêa

Instituição: Universidade Federal do Paraná (UFPR)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de uso dos meios adequados de solução de controvérsias (MASC), em especial a arbitragem, como instrumento de gestão estratégica nos contratos de propriedade intelectual de Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICT). Para tanto, inicialmente apresenta a conceituação de MASC. Em seguida, aborda a importância da utilização dos MASC nos contratos de propriedade intelectual das instituições de pesquisa básica e aplicada enquadradas como ICT públicas. Posteriormente, apresenta as recentes alterações à Lei da Arbitragem, operadas pela Lei 13.129, de 26 de maio de 2015. Por fim discute alguns dos reflexos das mencionadas alterações legislativas para os contratos de propriedade intelectual das ICT. Da análise dos dados obtidos, concluiu-se que a reforma da Lei da Arbitragem, ao possibilitar o uso deste instituto jurídico pela Administração Pública, confere mais uma possibilidade para a gestão estratégica dos contratos de propriedade intelectual geridos pelos Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT). Adicionalmente, constatou-se a necessidade de realização de estudos complementares, mormente sobre o posicionamento de instituições como a Advocacia Geral da União (AGU), com vistas a buscar a desejada segurança jurídica na atuação dos gestores públicos.

Palavras-chave: Arbitragem. Propriedade Intelectual. Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT).

1. INTRODUÇÃO

A Lei de Inovação (Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004) trouxe uma multiplicidade de possibilidades de interações contratuais entre centros de pesquisa públicos e o setor privado, como medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo (BRASIL; 2004).

Após pouco mais de uma década de vigência desta Lei, **fruto de intensa discussão em torno do projeto de lei 2177/2011, foi estabelecido um “novo marco para a Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil”, tendo como alterações mais expressivas em nosso ordenamento jurídico a Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015 e a Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016.**

Em meio aos desafios e a este esforço em aprimorar o marco legal **para a Ciência, Tecnologia e Inovação**, entretanto, soma-se a atual crise institucional do Poder Judiciário brasileiro ocasionada, entre outros motivos, por “congestionamento de processos, insuficiente número de juízes e ritualismo rigoroso exigido pela lei procedimental” (SUSKI; SUSKI; 2013, p. 55).

Tal crise de nosso tradicional modelo de jurisdição emerge em um cenário em que tem sido “cada vez mais aceitos e difundidos novos métodos de tratamento de conflitos, como a arbitragem, a mediação, conciliação e a negociação (...)” (BEDIN, *et al*, 2013, p. 25).

Desta forma, o tema apresenta especial relevância, uma vez que visa tratar de boas práticas na gestão da propriedade intelectual e inovação por parte dos Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT) que integram a Administração Pública, os quais necessitam dispor de profissionais especializados e com capacidade de formular contratos eficientes e, ainda, de fiscalizar a execução de tais avenças.

Neste contexto, o presente artigo tem por objetivo realizar uma breve análise de algumas das alterações à Lei da Arbitragem, operadas pela Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, e seus reflexos na gestão dos contratos de propriedade intelectual de instituições de pesquisa básica

e aplicada, integrantes da Administração Pública, que são enquadradas como ICT e, em consequência, dispõem do apoio técnico dos NIT para a gestão de seus contratos de propriedade intelectual.

Para atingir tal objetivo, o presente trabalho encontra-se baseado em pesquisa bibliográfica e documental, a qual, para sua consecução, teve por método a seleção e revisão integrativa da literatura sobre o tema encontrada na legislação federal, em livros, periódicos e artigos científicos.

Desta forma, este trabalho encontra-se subdividido em cinco seções, além desta introdução. Na primeira seção, é apresentada a conceituação de MASC. Em seguida, segunda seção aborda a importância da utilização dos MASC nos contratos de propriedade intelectual das instituições de pesquisa básica e aplicada enquadradas como ICT públicas. A terceira seção, por sua vez, apresenta as recentes alterações à Lei da Arbitragem. A quarta seção analisa e discute os reflexos das mencionadas alterações legislativas para os contratos de propriedade intelectual das ICT. Por fim, na última seção, são apresentadas as conclusões do estudo.

Face aos resultados obtidos, concluiu-se que a reforma da Lei da Arbitragem, ao possibilitar o uso deste instituto jurídico pela Administração Pública, confere mais uma possibilidade para a gestão estratégica dos contratos de propriedade intelectual geridos pelos Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT).

A par disto, longe de esgotar o assunto, o presente estudo visa suscitar o debate e incentivar a produção de outras pesquisas sobre o tema. Neste sentido, constatou-se a necessidade de realização de estudos complementares, mormente sobre o posicionamento de instituições como a Advocacia Geral da União (AGU), com vistas a buscar a desejada segurança jurídica para a atuação dos gestores públicos.

2. MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA (MASC)

A arbitragem, a conciliação e a mediação, usualmente denominadas

de *meios alternativos de solução de conflitos*, emergem como opções valiosas em face da atual crise do sistema judiciário brasileiro, o qual se estima contar com mais de cem milhões de ações em curso, conforme relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2013 (CAHALI, 2015, p. 27 e 28).

Esta excessiva quantidade de processos “é irmã gêmea da morosidade do Judiciário, tudo levando a veracidade da assertiva segundo a qual a demanda é infinitamente superior à capacidade de oferta do serviço”, o que em outras palavras significa que “há mais *inputs* do que *outputs*” (OLIVEIRA NETO, 2016, p. 111).

Ainda neste sentido, Said Filho (2016, p. 15) assevera que

A deficiência da estrutura judiciária sintetiza o principal motivo do congestionamento de processos nos tribunais e exige o dispêndio de mais tempo para oferecer respostas às demandas por justiça. Naturalmente, a demora na apreciação das controvérsias provoca a insatisfação do jurisdicionado no Poder Judiciário, enquanto detentor do meio tradicional de apreciação de controvérsias – razão pela qual se justifica a necessidade de apostar em mecanismos de distribuição do ofício judicante, na busca pela pacificação social.

Além do número crescente de processos e da citada infraestrutura deficiente de nosso Poder Judiciário, outro fator de ordem cultural coopera para que os ditos *meios alternativos de solução de conflitos* sejam relegados ao segundo plano. Isto porque a “*mentalidade predominante*, não somente entre os profissionais do direito, como também entre os próprios jurisdicionados, é a que vê na *sentença* a forma mais sublime e correta de se fazer justiça (...)” (WATANABE, 2012, p. 87).

Portanto, esta crise de efetividade, quantitativa e qualitativa, ocasiona a gradual perda de credibilidade do Poder Judiciário, impondo a implementação de “políticas públicas de acesso a justiça com o objetivo de buscar meios *alternativos* para solucionar de forma *eficiente* os conflitos gerados entre os indivíduos em suas relações sociais (grifos nossos)” (GIMENEZ *et al*, 2016, p. 21).

Os *meios alternativos de solução de conflitos* surgiram originariamente

nos EUA, como estratégia ao Sistema de justiça, com o nome de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), caracterizando-se por: i) possibilitar meios de discutir conflitos sem a vinculação ao princípio processual da demanda; ii) propensão a efetivamente resolver tais conflitos, e não apenas decidí-los; iii) diminuir custos; iv) proporcionar celeridade; e v) aproximar efetivamente os litigantes por meio de ritos informais (BEDIN, *et al*, 2013, p. 27).

Atualmente, o melhor entendimento que se tem desta nomenclatura é o de que constituem *meios adequados de solução de conflitos*, uma vez que não se trata exatamente de uma *alternativa* à Jurisdição, mas tão somente dos meios mais *adequados* a buscar as melhores soluções em cada caso, substituindo “a cultura do litígio pela do consenso” (GRINOVER, 2011).

Outra nomenclatura utilizada, conforme Menezes, *apud* Lisboa (2014, p. 44 e 45) é a de *meios extrajudiciais de solução de conflitos* abrangendo “as formas de promover a solução de conflito de forma célere e precisa, com uma redução de custo tanto financeiro quanto emocional”.

Além destas designações (meios adequados de solução de conflitos e meios extrajudiciais de solução de conflitos), outras podem ser encontradas na doutrina brasileira e no direito comparado, tais como: justiça amigável; justiça convencional, consensual, concentrada, alternativa e privada (FRANÇA, 2016, p. 104).

Para fins do presente estudo, adotaremos a expressão *meios adequados de solução de conflitos* (MASC), a qual parece ser a mais acertada sob o ponto de vista conceitual.

3. MASC EM CONTRATOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL DE INSTITUIÇÕES CIENTÍFICAS, TECNOLÓGICAS E DE INOVAÇÃO (ICT)

A **EC 85/2015** alterou e adicionou dispositivos na Constituição Federal para “atualizar o tratamento das atividades de Ciência, Tecnologia e Inovação”. Nesta alteração ao texto constitucional, destaca-se a

atribuição de importância ao papel do Estado no estímulo à formação e ao fortalecimento da inovação nas empresas (art. 219, § único) e, ainda, a necessidade de organização de um Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI), em regime de colaboração entre entes públicos e privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação (art. 219-B).

Por sua vez, a Lei nº 13.243/2016 trouxe novas disposições a respeito dos “estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação” e, neste sentido, promoveu alterações em diversos diplomas legais, dentre os quais a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.

Por força da nova redação da Lei de Inovação, operada por este novo marco legal para a Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil, uma das principais mudanças para os Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT) foi o aumento de suas competências mínimas, as quais constam do art. 16, parágrafo 1º, da referida Lei de Inovação, *in verbis*:

Art. 16. Para apoiar a gestão de sua política de inovação, a ICT pública deverá dispor de Núcleo de Inovação Tecnológica, próprio ou em associação com outras ICTs.

§ 1º São competências do Núcleo de Inovação Tecnológica a que se refere o *caput*, entre outras:

(...)

VII - desenvolver estudos de prospecção tecnológica e de inteligência competitiva no campo da propriedade intelectual, de forma a orientar as ações de inovação da ICT;

VIII - desenvolver estudos e estratégias para a transferência de inovação gerada pela ICT;

IX - promover e acompanhar o relacionamento da ICT com empresas, em especial para as atividades previstas nos arts. 6º a 9º;

X - negociar e gerir os acordos de transferência de tecnologia oriunda da ICT.

Em relação ao último inciso incluído pelo novo marco legal, ficou claro e evidente a responsabilidade dos NIT em relação à negociação

e gestão dos “acordos de transferência de tecnologia” oriundos de suas Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICT).

Neste contexto, outra **das inúmeras alterações trazidas pela Lei nº 13.243/2016**, encontra-se na nova redação ao art. 6º, da Lei de Inovação, o qual passou a dispor o seguinte:

Art. 6º É facultado à ICT pública celebrar *contrato de transferência de tecnologia* e de *licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração* de criação por ela desenvolvida isoladamente ou por meio de parceria. (grifos nossos)

Inicialmente, cumpre observar que a disciplina dos contratos em geral encontra-se nos arts. 421 a 480, do novo Código Civil (Lei nº **10.406, de 10 de janeiro de 2002**). **Nos termos do art. 427, do** Código Civil: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

Ao comentar tal dispositivo do novo Código, Diniz (2004, p. 358), propõe a seguinte definição para contrato: “(...) é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.”

França (1999, p. 647 e 648), muito próximo desta abordagem, leciona que contrato “é o ato jurídico por força do qual duas ou mais pessoas convencionam entre si a constituição, modificação, ou extinção de um vínculo jurídico de natureza patrimonial.”

De outro lado, Assafim (2010, p. 102) define o contrato de transferência de tecnologia “como sendo aquele através do qual um concedente transmite a um adquirente direitos patrimoniais sobre bens imateriais juridicamente protegidos, mediante a imposição de determinados limites ao seu exercício.”

Neste particular, Barbosa (2015) observa que “os contratos de propriedade industrial e de transferência de tecnologia são regulados, no presente momento, por um conjunto disperso de normas, não espelhadas,

como ocorria até recentemente, num único ato normativo”.

Atualmente, o Ato Normativo nº 135 do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) disciplina que os contratos de transferência de tecnologia compreendem a licença de direitos, mediante a exploração de patentes ou de uso de marcas, a aquisição de conhecimentos tecnológicos (fornecimento de tecnologia e prestação de serviços de assistência técnica e científica) e, ainda, os contratos de franquia (BRASIL, 1997).

No entendimento de Viegas (2011), o art. 6º da Lei de Inovação, ao mencionar “contrato de transferência de tecnologia”, está a utilizar a expressão em seu sentido *lato*, ou seja, abrange tanto os as licenças de marcas, patentes, desenho industrial, programas de computador (*software*), cultivares e topografias de circuitos integrados, quanto os acordos de fornecimento de tecnologia não patenteada propriamente ditos.

De observar-se, portanto, que são variadas as possibilidades de contratos envolvendo instrumentos de propriedade intelectual entre as Instituições Científicas e Tecnológicas (ICT) e o setor privado. Tais avenças, ao serem consubstanciadas nos respectivos instrumentos de contrato, podem implicar na necessidade de cláusulas especiais, tais como a instituição de *meios adequados de solução de conflitos* para dirimir questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

Neste particular, conforme alertado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), a utilização de meios adequados para a solução de controvérsias possui grande importância:

Não é inabitual que litígios de propriedade intelectual e outros litígios comerciais envolvam mais do que uma questão de fundo de importância capital. Por exemplo, litígios relativos a violações de patentes incluem frequentemente questões tanto tecnológicas como financeiras; os litígios sobre a concessão de licenças incluem frequentemente tanto o âmbito dos direitos sob licença, como as bases financeiras e tecnológicas para a determinação de royalties razoáveis; e litígios sobre marcas de fábrica ou de comércio podem incluir tanto questões de marketing (tais como a probabilidade de confusão para os consumidores), como questões de contabilidade. (OMPI, 2017b, p. 16).

Convém ressaltar que o instituto da arbitragem não se confunde

com o da mediação. Segundo propõe a Câmara de Mediação da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, a mediação “é um meio consensual de solução de conflitos ou disputas por meio do qual um terceiro, mediador, especialmente capacitado e imparcial, auxilia os envolvidos a buscar solução(ões) viável(eis) para o(s) conflito(s) ou disputa(s) através do diálogo” (ABPI; 2013).

Por seu turno, a arbitragem, conforme definição encontrada no sítio eletrônico do Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firmas e Denominações (Arbitrare), “é um meio de resolução alternativa de litígios em que a decisão é confiada a um terceiro – o árbitro - sendo a mesma vinculativa para as partes e suscetível de execução forçada”.

Portanto, e também de acordo com a OMPI, mediação e arbitragem são semelhantes pois são processos consensuais nos quais participa uma terceira pessoa neutra. Entretanto, tais institutos diferem fundamentalmente no que diz respeito à função deste intermediário neutro e à estrutura do processo:

Na arbitragem, ao contrário da mediação, a terceira pessoa neutra impõe às partes uma resolução do litígio. Na mediação, como já vimos, as partes constroem a sua própria resolução. O intermediário neutro (o mediador) serve apenas para facilitar as negociações das partes para alcançar a sua própria solução.

Na arbitragem, ao contrário da mediação, o árbitro é limitado por uma definição formal das questões a resolver (por exemplo, nas peças do processo, ou no acordo de arbitragem), pelo direito positivo aplicável, pelo direito arbitral aplicável, pelo regulamento de arbitragem aplicável, por provas factuais e de peritos que as partes podem decidir apresentar, e por argumentos dos advogados. Além disso, os árbitros podem levar em conta as legislações e a orientação administrativa do(s) lugar(es) onde é provável que a sentença arbitral seja executada ou contestada, tentando assegurar que a sentença seja executável e durável.

Decisão com força obrigatória

Na arbitragem, ao contrário da mediação, as opiniões do árbitro sobre os aspectos fundamentais das questões definidas vinculam as partes. Opiniões não vinculativas e conselhos de um árbitro po-

dem ser procuradas e aceites pelas partes, mas a maioria das sentenças arbitrais em litígios comerciais vinculam as partes. (OMPI, 2017c, p. 2)

4. REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM

Em relação à legislação brasileira, a Lei nº 9307, de 23 de setembro de 1996, teve origem em projeto de Lei do Senado de 1992, encaminhado pelo então Senador Marco Maciel e, em sua exposição de motivos, registrou que, para sua elaboração, foram consultadas as mais modernas legislações acerca da arbitragem e as diretrizes da comunidade internacional fixadas pela ONU (SUSKI; SUSKI, 2013).

Recentemente, a Lei de Arbitragem passou por diversas transformações, em um curto espaço de tempo, por meio da **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 e pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC), sendo que a “dificuldade se faz, portanto, em assimilar todas as alterações e relacioná-las, aplicando-as de forma sistemática” (BENETI, 2017, p. 114).**

Além das alterações acima mencionadas, Cahali (2016) ressalta que o **Novo Código Civil de 2002 (NCC) dedicou apenas três artigos a arbitragem (arts. 851 a 853), os quais “em rasa análise em nada interferem no sistema atual sob um enfoque global, reportando-se no último deles a lei especial.”** Neste particular, Venosa (2017, p. 347) esclarece que o NCC **“dedica unicamente três artigos ao compromisso, porque relega a matéria para lei específica”.**

Sobre a **Lei nº 13.129**, Andrade (2016, p. 416) observa que, enfim, encerra-se um longo período de desconfiança em relação ao instituto tornando “induvídiosa a possibilidade de a Administração Pública se valer da arbitragem, que poderá ser utilizada pelo poder público sempre que tal opção for a mais eficiente para o adequado tratamento do interesse coletivo”.

Esta modificação torna-se particularmente importante para as Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICT) e para os

Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT) que integram a Administração Pública, uma vez que estes gerem, em suas pesquisas, os recursos dos contribuintes.

Em primeiro lugar, a nova redação da Lei de Arbitragem passa a **dispor expressamente sobre a possibilidade de uso de tal instituto jurídico pela Administração Pública**: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem (...)”, na forma do art. 1º, § 1º, primeira parte.

Verifica-se, portanto, que a reforma da Lei da Arbitragem teve o condão **de, entre outros aspectos**, ampliar o âmbito subjetivo de aplicação deste instituto jurídico, positivando no direito brasileiro a faculdade de uso do instituto pelo Poder Público.

Entretanto, a Lei repisa o uso do procedimento arbitral “para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, § 1º, *in fine*), o que impõe os limites objetivos para a instauração do procedimento.

Estas duas primeiras questões (“quem pode recorrer à arbitragem” e “o que pode ser arbitrado”) encontram-se no âmbito do que a doutrina denomina de arbitralidade.

Conforme leciona Cahali (2016, p. 133) a arbitralidade “é a condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem.”

Em outras palavras, “o termo arbitralidade relaciona-se com a possibilidade de determinada pessoa ou litígio sujeitar-se à arbitragem”, podendo ser subdividida em: “(i) arbitralidade subjetiva – quem pode se submeter ao procedimento arbitral; e (ii) arbitralidade objetiva – o que pode ser passível de julgamento por este procedimento” (TEIXEIRA, 2016, p. 99).

De observar-se, portanto, que, embora a literalidade da lei confira a possibilidade de uso do procedimento arbitral pelo Poder Público, há necessidade de analisar com cuidado a questão da arbitralidade (subjetiva e objetiva) no contexto dos contratos de propriedade intelectual abrigados

pela Lei de Inovação.

5. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A partir das considerações anteriores sobre os MASC, sua utilização em contratos de propriedade intelectual de ICT públicas e, ainda, sobre a reforma à Lei da Arbitragem, cumpre verificar alguns reflexos para a gestão contratual dos Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT).

Inicialmente, sobre a arbitralidade subjetiva, mesmo antes da referida inclusão do parágrafo primeiro ao art. 1º da Lei de Arbitragem: “De maneira geral, é hoje pacífico o posicionamento doutrinário no sentido de aceitar a utilização da Arbitragem nos contratos com a Administração Pública.” (SILVA NETO, 2014, p. 106).

Neste mesmo sentido, Carmona (2009), *apud* Silva Neto (*idem*) já afirmava que “se o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação”.

Assim, Baraldi (2016, p. 30) anota que a reforma da Lei de Arbitragem, no âmbito da Administração Pública, tratou, entre outras questões, de indicar a autoridade competente para celebrar a convenção de arbitragem.

De acordo com a redação do **parágrafo 2º, do art. 1º**, da Lei de Arbitragem, a autoridade ou o órgão, da administração pública direta, competente para a celebração de convenção de arbitragem, é igualmente competente para a realização de acordos ou transações.

Portanto, para verificar a competência para a celebração de eventual convenção de arbitragem, há de se verificar, antes de tudo, qual a autoridade ou o órgão competente para a realização dos acordos ou transações.

Como já ressaltado na introdução e na segunda seção deste artigo, **um “novo marco para a Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil” foi estabelecido fundamentalmente pela Emenda Constitucional nº 85**, de

26 de fevereiro de 2015 e pela Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016.

Através da Lei nº 13.243/2016, os conceitos de NIT e ICT previstos originalmente na Lei de Inovação foram atualizados nos seguintes termos:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

V - Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT): órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos;

VI - Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT): estrutura instituída por uma ou mais ICTs, com ou sem personalidade jurídica própria, que tenha por finalidade a gestão de política institucional de inovação e por competências mínimas as atribuições previstas nesta Lei;

(...)

Cumprе destacar, ainda, que o caput do artigo 16, da Lei de Inovação estabelece que a ICT pública, para apoiar a gestão de sua política de inovação, “*deverá* dispor de Núcleo de Inovação Tecnológica, próprio ou em associação com outras ICTs (grifos nossos)”.

Os NIT, portanto, são órgãos de gestão estratégica de existência obrigatória no setor público e, conforme faculta a Lei de Inovação, podem apoiar uma ou várias ICT.

Dentre as competências mínimas enumeradas para os NIT, há a obrigatoriedade de “negociar e gerir os acordos de transferência de tecnologia oriunda da ICT” (art. 16, parágrafo 1º, inciso X, da Lei de Inovação).

Neste passo, é forçoso concluir que pertence aos NIT a competência para a celebração de convenção de arbitragem, uma vez que são os órgãos competentes para a realização de acordos ou transações em contratos de

propriedade intelectual da ICT.

Adicionalmente, conforme Spengler e Spengler Neto (2016, p. 184), tal dispositivo “atribui expressamente poderes de celebração de acordos e transações ao órgão responsável pela celebração da arbitragem, ao passo que fica com isso impossibilitada a avocação ou delegação de competência (...).

Em relação à arbitralidade objetiva ou *ratione materiae*, o entendimento da questão está ligado às matérias que podem ser submetidas à arbitragem” (TEIXEIRA, 2016, p. 104).

A redação da parte final do art. 1º, da Lei de Arbitragem fornece a resposta quando preconiza que as pessoas com capacidade para contratar poderão recorrer à arbitragem “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Destarte, como observa Said Filho (2016, p. 130): “O sistema arbitral apresenta algumas limitações materiais, pois nem todo tipo de demanda pode ser resolvida por esta via.”

O art. 852, do NCC reforça esta regra ao vedar a arbitragem “para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”

O procedimento arbitral, portanto, possui acentuado conteúdo patrimonial e, no dizer de Venosa (2017, p. 348) **“é negocial e como tal constitui importante instrumento contratual no mundo globalizado.”**

Em relação ao Poder Público, o parágrafo 1º, do art. 1º, incluído por força da reforma da Lei nº 9.307/96 repetiu o mesmo preceito: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem *para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis* (grifos nossos)”.

Neste sentido, Silva Neto (2014, p. 106) aduz que

Após décadas de discussões e superando dogmas do Direito Administrativo – tais como o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o aparente conflito entre a indisponibilidade do interesse público e direitos públicos disponíveis e a interpretação controversa do princípio da legalidade – é ampla-

mente aceito que as entidades da Administração Pública Direta ou Indireta podem optar pela arbitragem como método de resolução de conflitos quando em disputa estejam direitos e obrigações patrimoniais disponíveis.

Sobre os princípios acima citados, Spengler e Spengler Neto (2016, p. 183) aduzem que é no princípio da “indisponibilidade do interesse público” que se fundamenta o debate a respeito da possibilidade de aplicação da arbitragem “quanto às controvérsias da administração pública.”

Em uma primeira análise ao princípio em comento - “indisponibilidade do interesse público” - Bandeira de Mello (2004), *apud* Di Pietro (2011, p. 67) leciona que “(...) sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram a livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis.”

Entretanto, conforme o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, o princípio da indisponibilidade do interesse público possui duas vertentes: o interesse público primário e o secundário (SPENGLER; SPENGLER NETO, *idem*).

Garcia (2016, p. 81), ao distinguir entre ambos, denuncia o conflito aparente entre a indisponibilidade do interesse público e direitos públicos disponíveis:

É clássica a distinção entre o interesse público primário – afeto à coletividade, e, portanto, substancialmente indisponível - e o interesse público secundário – afeto à Fazenda Pública. O que se persegue na satisfação do interesse público primário é o atendimento das atividades finalísticas do Estado e concretizadoras de direitos fundamentais, ao passo que o que se intenta alcançar na satisfação do interesse público secundário é o atendimento de atividade-meio do Estado, promovendo a maximização de suas receitas e a minimização de seus gastos.

Em outras palavras: os interesses públicos primários estão intimamente ligados aos direitos fundamentais (...)

O interesse público secundário é instrumental ao interesse público primário.

É neste sentido que o professor Hely Lopes Meirelles sustenta a

possibilidade de utilização da arbitragem para resolução de controvérsias da Administração Pública:

“(…) a satisfação dos interesses públicos secundários concretiza-se geralmente sob a égide do Direito Privado e se resolve em relações patrimoniais. Relações patrimoniais que, por estarem no campo da liberdade contratual da Administração, são direitos disponíveis”. Portanto, a partir disso, “é possível conciliar a indisponibilidade do interesse público com as matérias que podem ser objeto da arbitragem, permitindo uma melhor visão dos direitos patrimoniais disponíveis” (MEIRELLES, *apud* SPENGLER; SPENGLER NETO, 2016, p. 184)

Cahali (2015, p. 429) também corrobora este entendimento ao afirmar que

“(…) os atos de império da administração, ao contrário, não são arbitráveis pois refletem o interesse primário, da coletividade. Por outro lado, discussões sobre o reequilíbrio econômico do contrato administrativo, desregulado por um ato de império, por exemplo, poderão ser levados à arbitragem, pois refletem o interesse público secundário.”

Adicionalmente, Scavone Junior (2016, p. 16) leciona que os direitos de cunho patrimonial compreendem “as relações jurídicas de direito *obrigacional*, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos *contratos*, nos atos lícitos e nas declarações unilaterais de vontade (grifos nossos).”

Entretanto, para que se possa adotar a arbitragem como meio de solução de conflitos, tais direitos patrimoniais necessitam ser disponíveis, assim entendidos aqueles em que há “possibilidade de *alienação* e, demais disso e principalmente, aqueles direitos que são passíveis de *transação* (grifos nossos)” (*idem*).

Neste passo, os contratos envolvendo instrumentos de propriedade intelectual de ICT públicas enquadram-se perfeitamente em tal categoria (“direitos patrimoniais disponíveis”), mormente pelas inúmeras possibilidades de interação contratual conferidas pela Lei de Inovação.

Dentre as diversas possibilidades de natureza negocial previstas na Lei de Inovação, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, podem

ser citadas: (i) contrato de transferência de tecnologia e de licenciamento de criação desenvolvida pela ICT pública, isoladamente ou por meio de parceria (art. 6º); (ii) obtenção de direito de uso ou de exploração de criação protegida pela ICT (art. 7º); (iii) prestação de serviços técnicos especializados, pelas ICT, a outras instituições públicas ou privadas, visando à maior competitividade das empresas (art. 8º); (iv) acordos de parceria entre ICT e instituições públicas e privadas para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e de desenvolvimento de tecnologia, produto, serviço ou processo (art. 9º); (v) compartilhamento da titularidade da propriedade intelectual da ICT e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria (art. 9º, § 2º); (vi) cessão da totalidade dos direitos de propriedade intelectual da ICT ao parceiro privado, mediante compensação financeira ou não financeira, desde que economicamente mensurável (art. 9º, § 3º); (vii) cessão de direitos sobre criação da ICT ao criador ou a terceiro, mediante remuneração (art. 11); (viii) possibilidade de a ICT auferir ganhos econômicos resultantes de contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação protegida (art. 13); e (ix) possibilidade de contratação direta de ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, para a realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador (art. 20).

Além dos mencionados direitos patrimoniais disponíveis (i.e., passíveis de transação e alienação), também podem ser citados os seguintes dispositivos que versam sobre interesses públicos secundários (i.e., os inerentes ao atendimento de atividade-meio do Estado e, portanto, instrumentais aos interesses públicos primários): (i) adoção, na elaboração e execução do orçamento da ICT pública, de medidas cabíveis para permitir o recebimento de receitas e o pagamento de despesas decorrentes dos instrumentos contratuais da LI acima citados, bem como o pagamento das despesas para a proteção da propriedade intelectual e

o pagamento devido aos criadores e aos eventuais colaboradores (art. 18); (ii) delegação da captação, gestão e aplicação das receitas próprias da ICT pública, igualmente decorrentes dos instrumentos contratuais da LI acima citados, para uma fundação de apoio, quando previsto em contrato ou convênio (art. 18, parágrafo único); e (iii) promoção e incentivo à pesquisa e desenvolvimento de produtos, serviços e processos inovadores em empresas e entidades brasileiras de direito privado sem fins lucrativos, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, ICTs e suas agências de fomento (art. 19).

Portanto, como se pode observar pelos diversos exemplos acima citados, a Lei nº 10.973/2004 está repleta de dispositivos versando sobre direitos patrimoniais disponíveis e interesses públicos secundários, os quais, em consequência, estão aptos a serem discutidos em eventual procedimento de arbitragem.

6. CONCLUSÕES

No âmbito da Administração Pública, especificamente em relação aos contratos de tecnologia produzidos em seus centros de pesquisa públicos com organizações empresariais, as ICT têm buscado, cada vez mais, a utilização estratégica de instrumentos de propriedade intelectual, com o auxílio técnico de seus NIT.

Sobre tais instrumentos de propriedade intelectual, Timm e Moser (2014, p. 28) asseveram que:

A proteção dos direitos de propriedade intelectual tem por consequência o estímulo à inovação. A inovação beneficia os consumidores pelo aperfeiçoamento de novos produtos, serviços e processos de produção. (...) Ao se conferir proteção, pelos direitos de propriedade intelectual, ao titular da inovação, atribui-se a ela a capacidade de reaver o investimento feito no desenvolvimento do novo produto, serviço ou processo produtivo. (...) conferir direitos exclusivos de propriedade ao criador da ideia permite a apropriação do valor social da mesma, estimulando-o a continuar inovando, o que talvez não ocorresse se outros indivíduos pudes-

sem usar, fruir ou dispor da inovação sem terem contribuído para o seu desenvolvimento.

Estes autores também fazem referência a uma pesquisa realizada em 62 países, pelo Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI, segundo a qual, entre outros resultados, há uma “tendência em se recorrer à arbitragem na área de tecnologia e a crescente escolha por cláusulas compromissórias sequenciais ou escalonadas” (*Op. Cit.*, p. 43).

Pelo presente estudo, procurou-se, inicialmente, atualizar sobre a recente possibilidade de utilização do instituto jurídico da arbitragem por parte das ICT integrantes da Administração Pública, a qual ocorreu por meio de recente reforma à Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Esta reforma da Lei de Arbitragem, em que pese representar um avanço nas discussões ao dirimir questão tão controversa na doutrina e jurisprudência, necessita ser analisada cuidadosamente para que os gestores públicos dos NIT possam aplicar os meios adequados de solução de controvérsias, dentre eles a arbitragem, com a desejada segurança jurídica.

Ao analisar a literalidade da alteração legislativa em conjunto com o que a boa doutrina denomina de arbitralidade, em primeiro lugar, buscou-se verificar quem seria a “autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem” (art. 1º, § 2º, da Lei de Arbitragem).

Pelo exposto neste trabalho, conclui-se que os NIT possuem a competência exclusiva para a celebração de convenção de arbitragem. Isto porque, a Lei de Inovação confere a estes órgãos a competência para a realização de acordos ou transações em contratos de propriedade intelectual da ICT (art. 16, parágrafo 1º, inciso X, da Lei de Inovação).

Por outro lado, verificou-se que a discussão sobre a arbitralidade objetiva não se encontra simplesmente na definição do regime jurídico do contrato (se público ou privado).

Neste sentido, a lição do professor Arnoldo Wald (2016): “A distinção rígida entre direito privado e direito público não tem mais, hoje, a relevância que existia no passado (...)” (WALD, 2016, p. 59).

Assim, a resposta à pergunta: “o que pode ser arbitrado?” deve contemplar a análise do objeto em disputa, perquirindo se o mesmo pode ser apreciado economicamente, isto é, quantificado em moeda e, em consequência ser transacionado, ou mesmo alienado.

Desta forma, a partir da discussão doutrinária a respeito do conceito de “direitos patrimoniais disponíveis” (conforme consta do art. 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem) e “interesses públicos secundários”, em segundo lugar, conclui-se que muitos dos dispositivos existentes na Lei de Inovação, em tese, constituem terreno fértil para a aplicação de meios adequados de solução de controvérsias diferentes do processo judicial.

Em suma, face aos resultados obtidos, conclui-se que a reforma da Lei da Arbitragem, ao possibilitar o uso deste instituto jurídico pela Administração Pública, confere mais uma possibilidade para a gestão estratégica dos contratos de propriedade intelectual geridos pelos Núcleos de Inovação Tecnológica (NIT).

Destarte, estabelecer boas práticas para a gestão da propriedade intelectual e inovação, por meio da escolha de mecanismos eficazes para conduzir as contratações em instituições de pesquisas do setor público, além de atender aos princípios balizadores do art. 37, da Carta Magna, também vai ao encontro da construção de um efetivo Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI), o qual deverá funcionar em regime de colaboração entre entes públicos e privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação (art. 219-B, da CF, incluído na Lei Maior por meio da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015).

Por fim, ressalte-se que não foram identificadas, a princípio, manifestações sobre o tema por parte de instituições democráticas de peso, tais como a Advocacia Geral da União (AGU) e o Tribunal de Contas da União (TCU). Neste passo, sugere-se a realização de estudos complementares com o objetivo de aprofundar o debate e, em consequência, conferir a desejada segurança jurídica para a atuação dos gestores públicos.

REFERÊNCIAS

ABPI (Associação Brasileira da Propriedade Intelectual). Centro de Solução de Disputas em Propriedade Intelectual. Câmara de Arbitragem da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Regimento, Código de Ética e Regulamento. Rio de Janeiro: setembro de 2013.

_____. Câmara de Mediação da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Mediação: vantagens e características. Rio de Janeiro: setembro de 2013.

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação. *In*: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). **A reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARBITRARE (Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firmas e Denominações). <https://www.arbitrare.pt/>

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A transferência de tecnologia no Brasil**: aspectos contratuais e concorrenciais da propriedade industrial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARALDI, Eliana B. Arbitragem e contratos com a administração pública. *In*: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). **A reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BEDIN, Gilmar Antonio; BEDIN, Gabriel de Lima; FISCHER, Ricardo Santi. Justiça e Direitos Humanos: a crise da jurisdição estatal e as novas formas de tratamento dos conflitos. *In*: DEL OLMO, Florisbal de Souza; GIMENEZ, Charlise Paula Colet; CERVI, Taciana Marconatto Damo (Org.). **Direitos Fundamentais e Cidadania**: a

busca pela efetividade. Campinas: Millennium Editora, 2013.

BENETI, Ana Carolina. Breve análise dos reflexos do novo código de processo civil na arbitragem brasileira. *In*: BRAGA, Carlos David Albuquerque; ABDO, Helena Najjar; FELITTE, Beatriz Valente (Coord.). **Contencioso empresarial na vigência do novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília: 1988.

_____. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015. Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Brasília: 2015.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 9.279**, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: 1996.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: 1996.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília: 2002.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004**. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília: 2004.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Brasília: 2015.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da

arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília: 2015.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015. Brasília: 2016b.

_____. Ministério da Indústria do Comércio e do Turismo. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Ato Normativo Nº 135, de 15 de abril de 1997. Rio de Janeiro: 1997.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

FRANÇA, Cristian Rodrigues. **Sucesso e negociação: a arte de vencer no mundo dos negócios e no mundo jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; KOPS, Rodrigo Nunes; KNOD, Daiana Queli. Da Mediação. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). **Mediação, Conciliação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 48 n. 190. Brasília: abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242877/000923075.pdf?sequence=1>>. Acesso em 14 julho 2017.

LISBOA, Rejane Ramos Dantas. **Balcão de justiça e cidadania: uma experiência de acesso à justiça via MESCs**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MARTINS, R. O. Os núcleos de inovação tecnológica como estratégia das políticas de inovação do MCT (2004-2010). **Latin American Journal of Business Management**, v. 3, nº 2, 2012. Disponível em: <<http://www.lajbm.net/index.php/journal/article/view/95>>. Acesso em: 22 maio 2017.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. **Fundamentos de acesso a justiça** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual). Curso de Procedimentos de Arbitragem e Mediação de Acordo com as Regras da OMPI (DL-317). Módulo 1. O centro de arbitragem e de mediação da OMPI. 2017a.

_____. Curso de Procedimentos de Arbitragem e Mediação de Acordo com as Regras da OMPI (DL-317). Módulo 2. A Mediação. 2017b.

_____. Curso de Procedimentos de Arbitragem e Mediação de Acordo com as Regras da OMPI (DL-317). Módulo 3. Arbitragem, inclusive

arbitragem acelerada. 2017c.

SAID FILHO, Fernando Fortes. **(Re)pensando o acesso a justiça:** a arbitragem como mecanismo alternativo a crise funcional do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem:** Mediação e Conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Arbitragem e mediação nos jogos olímpicos. In: TIMM, Luciano Benetti; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Org.). **Arbitragem e mediação em propriedade intelectual, esportes e entretenimento.** Curitiba: Appris, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação, Conciliação e Arbitragem.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

SUSKI, Liana Maria Feix; SUSKI, Gabriella de Fátima Feix. Considerações sobre a Arbitragem: conceitos e antecedentes históricos. In: DEL OLMO, Florisbal de Souza; GIMENEZ, Charlise Paula Colet; CERVI, Taciana Marconatto Damo (Org.). **Direitos Fundamentais e Cidadania:** a busca pela efetividade. Campinas: Millennium Editora, 2013.

TEIXEIRA, Thaisa Pera. **Arbitragem:** uma aplicação prática nas relações locatícias prediais urbanas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TIMM, Luciano Benetti; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **Arbitragem e mediação em propriedade intelectual, esportes e entretenimento.** Curitiba: Appris, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** obrigações e responsabilidade civil. Vol 2. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

VIEGAS, Juliana L. B. Breve leitura da lei de inovação federal, do ponto de vista das empresas privadas. p. 53-80. In: **Propriedade intelectual.**

Org. TIMM, Luciano Benetti; BRAGA, Rodrigo Bernardes. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

WALD, Arnoldo. A arbitragem e o CPC. Inaplicabilidade das restrições do art. 25 do CPC à arbitragem. In: MAZIERO, Franco Giovanni Mattedi (Org.). O direito empresarial sob enfoque do novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

WATANABE, Kazuo. Acesso a justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). Tribunal Multiportas: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Desenvolvimento, Inovação e
Mercado**

Título:

**OS ALGORITMOS
NAS RELAÇÕES DE
CONSUMO ELETRÔNICAS:
ANÁLISE DO DIREITO
DO CONSUMIDOR À
INFORMAÇÃO**

**Letícia Canut
Heloísa Gomes Medeiros**



OS ALGORITMOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO ELETRÔNICAS: ANÁLISE DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO

Autoras: Letícia Canut¹, Heloísa Gomes Medeiros²

Resumo: O desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação possibilitou inúmeras inovações nas práticas comerciais eletrônicas, especialmente no âmbito das relações de consumo. Esse comércio, marcado pela intensa utilização de softwares, que tem suas funções definidas por meio de algoritmos, e cuja proteção é objeto da lei de direitos autorais, que garante o sigilo acerca do funcionamento do código fonte, passa a impor novos desafios ao *direito do consumidor eletrônico à informação* e a cobrar novas perspectivas para sua abordagem. Com o objetivo de demonstrar que esse contexto exige uma perspectiva de análise que ultrapasse as disposições das normas de proteção do consumidor e de regulação da internet, o trabalho observa que os exames acerca da temática deverão, necessariamente, colocar a interferência da proteção do *software* e de seu código fonte no centro dos debates. Para tanto, o estudo será elaborado por meio do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Consumidor Eletrônico. Direito à Informação. Algoritmos.

1 Professora do curso de direito do Centro Universitário Estácio de Santa Catarina. Advogada. Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: leticiacanut@gmail.com

2 Doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Faculdade São Luís/MA. Pesquisadora do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR). Professora no Curso de Graduação em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB), em São Luís/MA. Advogada. E-mail: medeirosgh@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A internet e o software transformaram as relações comerciais e suscitaram, em decorrência da falta de um abalçamento legal voltado para a nova realidade, alguns desequilíbrios nas relações entre agentes econômicos que fornecem produtos e prestam serviços nesse ramo de atividade e consumidores. Os desdobramentos sobre comércio eletrônico no Brasil foram objeto de diversos estudos e regulação nos quais a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/1990, restou bastante evidente e o surgimento de outras normas foram importantes para a materialização nessa seara, tais como o Decreto nº 7.962/2013, que regulamenta o CDC para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico e o Marco Civil da Internet, a Lei nº 12.965/14.

Os desenvolvimentos posteriores do comércio eletrônico, no entanto, a partir da disseminação tecnológica e surgimento de novos modelos de negócio, trouxeram novas limitações ao pleno gozo dos direitos consumeristas consolidados, em especial, o direito à informação – principal elemento que caracteriza transformações na realidade modificada pelas novas tecnologias de informação e comunicação. Nesse contexto, o intuito do presente trabalho é analisar se e em que medida a utilização de algoritmos no comércio eletrônico pelos comerciantes/fornecedores interfere no direito básico do consumidor à informação.

O trabalho, para tanto, será dividido em quatro tópicos para o exame dos seguintes temas: o software, o algoritmo e a tutela autoral; os algoritmos e as relações de consumo no comércio eletrônico; o direito do consumidor eletrônico à informação; o direito do consumidor à informação no comércio eletrônico pautado em algoritmos.

Da pesquisa sobre tais assuntos, levantar-se-á que: (i) o software é constituído por algoritmos, (ii) o algoritmo define a forma pela qual um software alcançará determinada função, (iii) o software é escrito numa linguagem codificada (código fonte) própria de computador e ilegível para humanos/consumidores, (iv) o software é protegido pelo direito de autor, que garante o sigilo do código fonte; o que aduz a hipótese de que

a utilização do algoritmos no comércio eletrônico cria um cenário de opacidade para o consumidor, no qual não se torna possível a obtenção de informações essenciais para tomada de escolhas livres, conscientes e esclarecidas.

Demonstrar-se-á a necessidade de uma nova perspectiva de exame do tema já que as normas de proteção ao consumidor e o Marco Civil da Internet, mesmo com tantas previsões voltadas para a proteção do direito à informação do consumidor, ainda não conseguem, sozinhas, lidar com algumas questões postas pelo uso dos algoritmos nas relações de consumo eletrônicas. Para alcançar este objetivo o estudo será descritivo, desenvolvido sob orientação do método dedutivo e por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

2. O SOFTWARE, O ALGORITMO E SUA TUTELA AUTORAL

O computador é operado por meio de programações prévias contempladas pelo sistema denominado de software ou programa de computador. Não obstante a diferença técnica existente entre as duas terminologias³, estabelecida primordialmente pelos documentos *Model Provisions on the Protection of Computer Software*- chamado no Brasil de Disposições Tipo⁴ - adotado em 1977 pela OMPI, elas serão utilizadas como sinônimas na presente análise.⁵

O software consiste num conjunto de instruções orientadas em

3 “Técnicamente, tem sido estabelecida uma distinção conceitual entre os dois termos, designando-se por programa de computador, propriamente dito, o conjunto de instruções dirigidas ao computador, e por ‘software’, o conjunto formado não só pelo programa de computador, mas também pela metodologia de operação, pela documentação completa e, eventualmente, por outros elementos relacionados com o programa de computador. Assim é que as Disposições Tipo elaboradas pela OMPI na década de 1970 definiam ‘software’ como compreendendo os seguintes elementos: o programa em si, a descrição do programa e a documentação auxiliar ou material de apoio”.(SANTOS, 2008, p. 3).

4 Conceituadas em: INTERNATIONAL BUREAU OF THE WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 1978.

5 Sobre o assunto, Marcos Wachowicz explica que: “Atualmente, o software é entendido como o programa de computador, ou escrito destinado a processamento de dados, compreendendo todo o conjunto de instruções para o processamento, produção e interpretação e transferência

linguagem específica para um computador de forma que ele execute uma determinada função ou alcance de um resultado esperado.⁶O conceito de software perpassa, assim, por três aspectos fundamentais: (i)conjunto de instruções, (ii) linguagem e (iii) execução de uma função ou alcance de um resultado.

Como instruções agrupadas, o software é responsável por fazer com que uma máquina seja capaz de processar informações de maneira a executar uma função, tarefa ou resultado de acordo com as necessidades do usuário. Nesse aspecto, o software diferencia-se de outras máquinas por sua execução de lógica complexa - habilidade essencialmente humana conhecida como passo mental -, realizada por meio de cálculos matemáticos. (KOO, 2005, p. 13-15) A forma como tais instruções são combinadas e devidamente expressas é que será alvo de proteção pela propriedade intelectual. (BALLARDINI, 2010, p. 30)

O algoritmo é a parte técnica essencial do software que diz respeito ao processo escolhido para solução de um problema determinado, ou seja, é como um programa de computador irá realizar determinada tarefa. Por meio do algoritmo é que se determina a sequência de etapas para instrução da máquina para resolução de um problema ou conjunto de problemas. João Paulo Remédio Marques (2016, p. 4)explica que algoritmos - que não são limitados aos efeitos matemáticos - “são conjuntos ordenados e sequenciais de todas as instruções precisas, finitas, inequívocas, analíticas, gerais e abstractas, formuladas *ex ante*, cuja escrupulosa e literal aplicação permite a obtenção do resultado pretendido ou a execução da função desejada⁷”.

A peculiaridade marcante desse conjunto de instruções no software é a sua configuração codificada - o fato de que são escritas numa linguagem que pode ser lida pelo computador (DURELL, 2000, p. 235), que não coincide com a linguagem humana. Existem, nesse

de textos, manuais, codificações, dentre outros”.(2010, p. 70-71).

6 Nesse sentido João Paulo Remédio Marques conceitua programa de computador (2016 p. 3-4).

7 Ressalta-se que os algoritmos “nem sempre devem ser tratados como um todo”. Tendo em vista que há algoritmos que executam muitas funções, é essencial identificá-las (GAL, 2017, p. 18, 19).

sentido, três tipos diferentes de linguagens de programação: linguagem de máquina, linguagem *assembly* ou de montagem e linguagem de alto nível. Os programas desenvolvidos em linguagem de máquina podem ser executados diretamente pelo computador, mas normalmente, em razão da relativa dificuldade em escrever e entender tal linguagem, os programas são elaborados nas outras duas linguagens que depois precisam ser traduzidas para a linguagem de máquina. (U.S. CONGRESS, 1992, p. 7)

Quando uma programação é escrita em linguagem de máquina, que permite que um programa possa prontamente ser carregado e executado no computador, trata-se do código objeto. As linguagens de montagem e de alto nível no qual a maior parte dos programas são desenvolvidos, são códigos legíveis para humanos, em especial programadores proficientes na língua, e são chamados de código fonte. A tradução de uma linguagem para outra - da linguagem compreensível para humanos para a executável pela máquina - é realizada por meio de um compilador ou tradutor. (GOMULKIEWICZ, 2014, p. 5-6)

O software é tipicamente distribuído na sua forma de linguagem de máquina (U.S. CONGRESS, 1992, p.7), considerada o nível mais baixo de linguagem. (GARRIE; ALLEGRA, 2015, p.54). O conjunto de instruções contido no software são informações digitais (GOMULKIEWICZ, 2014, p.5) que são escritas usando código binário, que utiliza os símbolos 0 e 1 (zero e um), lidos pelo computador como uma série de impulsos elétricos envolvendo o computador para ligar e desligar os seus circuitos, o que implica na presença (símbolo 1) ou ausência (símbolo 0) de carga elétrica (DURELL, 2000, p.235).

A linguagem de montagem, por sua vez, caracteriza-se por ser uma linguagem de computador de nível médio, em um nível de abstração intermediário entre a linguagem de máquina e a linguagem de alto nível, a partir do uso do alfabeto, normalmente em palavras abreviadas. Já a linguagem de alto nível é muito próxima à linguagem humana, expressa-se por palavras em inglês e símbolos para indicar um comando, o que justifica ser mais utilizada para programação, tendo em vista a vantagem

na sua leitura, escrita e manutenção em comparação às outras duas linguagens. (GARRIE; ALLEGRA, 2015, p. 54-57).

Esse conjunto de instruções em linguagem própria tem um objetivo funcional, isto é, consiste numa expressão, que ao ter sua informação tratada pela máquina, executa um fim prático determinado - e não teórico, literário ou estético - qualquer que seja sua finalidade. (BARBOSA, 2010, p. 1897)

A atividade de programação de software evoluiu para um campo de engenharia altamente flexível e complexo, cujo objetivo final é o projeto de um trabalho funcional (KOO, 2005, p. 14), ou, nos dizeres de Robert Gomulkiewicz (2014, p. 5), “o software é a informação digital que executa uma função utilitária em um computador”. A finalidade última do software é, assim, permitir que o computador execute uma tarefa a contento do usuário. Donde se identifica que algoritmos não são neutros (VIETH, BRONOWICKA, 2015, p.5), perpetuam as opções feitas pelos seus criadores.

No Brasil, os programas de computador são protegidos pelo direito autoral, em regime geral nos termos da lei nº 9.610/98, e em regime especial, de aplicação subsidiária, pela lei nº 9.609/98. O conceito legal brasileiro sobre programa de computador diz que: o programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados (art. 1º, lei nº 9.609/98).

Estão presentes no conceito os elementos: conjunto de instruções, linguagem e execução de uma função ou alcance de um resultado. O objeto de tutela é a expressão da ideia, que pode ser encontrada em linguagem natural ou codificada, referindo-se ao código-fonte e ao código-objeto e aos elementos literais e não literais e tem como objetivo a execução de uma determinada função.

A lei 9.609/98 protege apenas o programa de computador⁸ em si, de forma que as outras partes que componham o software ou que dele sejam resultado - manuais, imagens, sons, suportes físicos, descrições e material de apoio, por exemplo -, quer sejam fixados ou não, serão protegidas por outro direito de propriedade intelectual, em sua maioria pelo direito de autor. Efeitos técnicos oriundos do programa de computador também não são passíveis de proteção no termo da lei 9609/98, mas, cumprindo os requisitos legais, poderão ser objeto de patente.(BARBOSA, 2010c, p. 1885, 1894 e 1901)

Os direitos conferidos por essa proteção são o de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou a detenha. Nesse sentido, a propriedade intelectual, estruturalmente, assemelha-se à propriedade em geral pelos direitos que são assegurados em ambos direitos (artigo 1.228, Código Civil). Sob o aspecto funcional, tais direitos se relacionam com a disciplina da concorrência que regula o uso do bem no mercado para que este se mantenha de forma competitiva. De acordo com Ascarelli, o que justifica os direitos exclusivos da utilização de criações intelectuais é o interesse em promover o progresso cultural ou técnico, ou assegurar na concorrência o direito de escolha do consumidor, que em última análise consiste no interesse público(ASCARELLI, 1970)

Apesar das vantagens do regime autoral - proteção mais extensa, automática e facilidades na regulação internacional e nacional - o direito de autor engloba apenas o direito de excluir terceiros de copiarem a forma em que foi expressa um software em particular. Nada impede que um novo programa seja criado e realize a mesma função que outro, já que a

⁸ Em regra, o software é tido como um bem protegido por direitos de propriedade intelectual, no qual o código fonte não faz parte integrante das informações constantes no programa. Os titulares de software, no entanto, podem optar por critérios de proteção diferentes do ofertado pela legislação, como é o caso do software livre [...].(STALLMAN, 2017). As regras do software livre, que não foram emanadas pelos estados, são completamente diferentes da proteção dada ao software nos moldes da propriedade intelectual, que garante direito de exclusividade na modificação, produção, distribuição e comercialização e sem acesso livre ao código fonte do programa. Logicamente que nada impede que um software no formato tradicional disponibilize ao licenciado seu código fonte e conceda liberdades semelhantes às do software livre, mas não é essa a lógica da concepção dessa propriedade.

ideia é de uso comum.

3. OS ALGORITMOS E AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio eletrônico ou *e-commerce* é compreendido como as negociações com teor econômico realizadas por intermédio dos meios eletrônicos, sendo que não se resume às transações efetivadas pela internet (KAKU, 2000, p. 84). Dentre as suas categorias mais importantes estão⁹: o B2B (*business to business*) contratação empresa-empresa; o B2C (*business to consumer*) contratação entre empresa e consumidor; o B2G (*business to Government*), a relação empresa-governo (CANUT, 2007, p. 136,137); o C2C (*consumer to consumer*) contratação entre consumidores; o M2M (*machine to machine*) contratação feita entre máquinas, que pode ou não se configurar como uma relação B2C (CI, 2016, p.5-7), .

O B2C caracteriza-se pela configuração de uma relação de consumo. O CDC, sem definir tal relação, conceituou os elementos necessários para sua configuração: **consumidor**, como **destinatário final** e consumidores por equiparação; **fornecedor**; **produto**; **serviço** como atividade fornecida **mediante remuneração**¹⁰. A doutrina consumerista levanta várias questões acerca de tais conceitos e, conseqüentemente da configuração da relação de consumo para fins de aplicação do CDC. O presente trabalho, sem se ocupar de tais problemáticas conceituais, considera o B2C como aquele caracterizado pela existência de uma relação de consumo em virtude de estarem presentes os elementos ora mencionados.

Diante do desenvolvimento de novas tecnologias de informação e comunicação, surgiram diversas inovações no âmbito do comércio eletrônico¹¹ -e assim nas relações B2C-como novas formas de marketing e novas formas de se comercializar como, por exemplo: a economia

9 Importante identificar a categoria tendo em vista as normas jurídicas que regulamentam cada uma delas.

10 Conforme definições dos artigos : 2º, *caput* e § único; 3º §§ 1º e 2º do CDC.

11 Esse quadro cobra a revisão de conceitos, categorias e classificações do e-commerce, que não serão objeto de análise do presente trabalho.

compartilhada e as compras coletivas; o desenvolvimento e intensificação das redes sociais; o *mobile commerce*¹² (OECD, 2008); o M2M no contexto da Internet das Coisas - *The Internet of Things*-IOT¹³(CI, 2016, p. 5-7;.9;BRASIL, 2016, p.77).Tendo surgido, também, novas formas de pagamento.

Esse contexto inovador envolve novas potencialidades de rastreamento¹⁴, coleta, armazenamento, análise, tratamento, disseminação e transferência de dados/informação do consumidor, e de qualquer usuário da internet, tornando possível, por exemplo, traçar perfis completos para identificar preferências pessoais, hábitos, grupos de consumidores específicos (NOVO, AZEVEDO, 2014, p. 6)

Para analisar o enorme conjunto de dados que se forma, estruturados e não estruturados -chamados de *Big Data* (ARTHUR,2013)- recorre-se à inovação baseada em dados que envolve serviços de armazenagem de dados, de rede, uso de programas e de computadores, os *softwares* e seus algoritmos, um cenário em que se desenvolvem questões como a computação na nuvem- *cloud computing*- e mineração de dados-*data mining* (OECD, 2015; BRASIL, 2016).

Os dados pessoais movimentam muitas atividades do *e-commerce* e é sobre eles e/ou para trabalhar com eles que se criam softwares com determinados algoritmos, que estabelecem funções específicas ou múltiplas funções.

Assim, todo esse conjunto de atividades, desde a coleta de dados, a efetivação da venda de um produto ou serviço, até o momento de contato pós-venda com o consumidor ou da avaliação do produto ou serviço, passa a ser desenvolvido por meio de softwares que, a depender

12 Diante da intensificação do uso de celulares.

13 IOT consiste na “rede de todos os objetos que se comunicam e interagem de forma autônoma via internet, permitindo o monitoramento e gerenciamento desses dispositivos via software para aumentar a eficiência de sistemas e processos, habilitar novos serviços e melhorar a qualidade de vida das pessoas” (BRASIL, 2016, p.5). Uma realidade alimentada por dados e informações coletadas tanto no ciberespaço quanto no meio físico.

14 Um cenário que apresenta novas proporções à possibilidade de rastreamento de dados- que antes tinha como referência os *cookies* e programas espíões (NOVO, AZEVEDO, 2014; CANUT, 2007, p.178-184).

de seu algoritmo tem a função de: coletar, minerar ou tratar a informação; recomendar produtos de acordo com o perfil traçado pelo consumidor; dar resultados de busca conforme os padrões estabelecidos pelo algoritmo com base nos perfis dos consumidores, que foram traçados com base nas informações coletadas; precificar os produtos e serviços conforme o tipo de consumidor; incluir ou excluir consumidores de um determinado tipo de oferta e até mesmo de efetivar escolhas pelo consumidor após aprender com base no seu comportamento anterior, dentre outros.”¹⁵(GAL, ELKIN- KORREN,2017, p. 6)

A realidade é que há uma grande variedade de algoritmos atuando no comércio eletrônico e que acabam interferindo no processo de tomada de decisão dos consumidores. De acordo com as funções que desempenham observam-se algoritmos com diferentes níveis, (GAL, ELKIN- KORREN,2017,p.6), como explicam Michael S. Gal e Niva Elkin-Korren:

No nível muito básico, os algoritmos oferecem informações aos consumidores relevantes para suas escolhas. Alguns simplesmente coletam e organizam a informação relevante fornecida por fornecedores (por exemplo, Kayak, Expedia e Travelocity oferecem informações sobre o preço e horários dos vôos). Outros oferecem informações sobre qualidade (por exemplo, serviços de classificação como o TripAdvisor e a Yelp). Algoritmos mais sofisticados usam análise de dados para permitir a previsão de preços (por exemplo, Decide.com). Outros restringem as opções para o consumidor, com base em suas características e preferências reveladas no passado, e apresentam apenas os que são considerados mais relevantes (por exemplo, serviços de namoro on-line, como o OKCupid e o Tinder). Alguns são mais sofisticados, sugerindo produtos que o consumidor possa gostar, com base no seu perfil de consumo (por exemplo, o Google). Tais algoritmos servem como ferramentas para melhorar a escolha do consumidor, coletando, agregando ou organizando os dados relevantes, de modo a ajudar o consumidor a tomar uma decisão informada. Mas a decisão final ainda é tomada pelo consumidor, com base nas informações fornecidas.

A nova geração de algoritmos ao serviço dos consumidores leva um passo além, fazendo e executando decisões para o consumidor, comunicando-se diretamente com outros sistemas através da

15 Tradução livre do texto (GAL, ELKIN- KORREN,2017, p. 6).

internet. O algoritmo identifica automaticamente a necessidade, procura por uma compra ideal e executa a transação[...]. Uma vez que uma escolha foi feita, com base na análise de dados, o algoritmo pode fazer um pedido automaticamente e providenciar o pagamento e a entrega.¹⁶ Pode fazê-lo com a assistência de agentes de software on-line (bots de compras)¹⁶. (GAL, ELKIN-KORREN, 2017, p.6,7)

Observa-se que os algoritmos podem desempenhar uma gama de tarefas no B2C, que se diversificam conforme o interesse do desenvolvedor do software. Daí que diferentes serão, ainda, tanto as atividades que precedem o processamento de cada função algorítmica quanto as consequências advindas da sua concretização. Sendo que todas elas serão estabelecidas em linguagem inacessível ao consumidor.

A utilização dos algoritmos para “facilitar a colaboração ou a coordenação oligopolística entre os fornecedores” também pode causar prejuízos aos consumidores do B2C ao interferir na livre concorrência. (GAL, ELKIN-KORREN, 2017, p.4; GAL, 2017)¹⁷.

O presente trabalho, seguindo a maior parte da literatura sobre algoritmos comerciais, concentra-se no uso de algoritmos por fornecedores (como Google, Uber, Amazon e Target)”, não analisando a perspectiva da sua utilização pelos consumidores para se beneficiarem ao atuar no comércio eletrônico, como feito por Gal e Korren que analisam como essa realidade pode mudar a dinâmica do mercado¹⁸ (GAL, ELKIN-KORREN, 2017, p.4-5).

No contexto ora descrito passa-se a denominar de *Algorithmic consumers* os consumidores que consomem através de algoritmos, minimizando assim o papel direto que desempenham em cada decisão de compra, gerando implicações diretas para a questão regulatória, tanto de proteção do consumidor quanto de concorrência e sobre seu direito de escolha (GAL, ELKIN-KORREN, 2017; SIMÃO FILHO, 2015, p.27-47).

Para uma adequada análise das consequências jurídicas da utilização

¹⁶ Tradução livre do texto de Michal S. Gal e Niva Elkin-Korren, (2017, p. 6,7).

¹⁷ Que também não será o foco de análise do presente trabalho.

¹⁸ Gal aponta benefícios e riscos da utilização dos algoritmos (GAL, OECD, 2017).

dos algoritmos nas relações de consumo B2C é essencial identificar tanto quem faz uso do algoritmo – fornecedor ou consumidor – como a tarefa que ele desempenha em cada caso específico.

4. O DIREITO DO CONSUMIDOR ELETRÔNICO À INFORMAÇÃO

No âmbito do direito tradicional brasileiro, o tema do comércio eletrônico e a proteção do direito à informação dos consumidores envolvem, de forma direta¹⁹, alguns instrumentos normativos: a Lei n. 8078/1990- o CDC-; o Decreto n. 7.962/2013,– que regulamenta a Lei nº 8.078/90, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico; a Lei n. 12.965/14 - o Marco Civil da Internet -; o Projeto de Lei 281/2012 - que altera a Lei n. 8.078/1990.

O CDC, como conjunto de normas estatais de ordem pública e interesse social (art. 1º) que busca equilibrar a vulnerabilidade dos consumidores em diversos âmbitos – informacional, técnico, educacional etc - e o poder dos fornecedores desde o momento pré-contratual até o momento pós-contratual (CANUT, 2007, p. 87), tem a vulnerabilidade do consumidor como pedra de toque (FILOMENO, 2001, p. 19-20) e seu grande princípio informador (NORONHA, p.15-16).

Na sistemática de proteção ao consumidor no Brasil, duas questões apresentam-se como fundamentais: o direito à informação e ao consentimento esclarecido, que são a base para a atuação consciente do consumidor no mercado de consumo.

Dentre os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, art. 4º do CDC, verificam-se “a transparência e harmonia das relações de consumo” devendo-se atender, dentre outros princípios: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (inciso I); a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade

¹⁹ De forma indireta, e que não é objeto do presente estudo, apesar da sua importância para a temática, remete a instrumentos legais sobre a proteção de dados.

de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, presente no art. 170, da Constituição Federal, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (inciso III); educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo (inciso IV); coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores (inciso VI).

Dentre os direitos básicos do consumidor o artigo 6º do CDC, prevê: a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações (inciso II), a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (inciso III) ; e a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (inciso IV).

Nota-se que informar o consumidor consiste num “verdadeiro dever essencial, dever básico” (MARQUES, 1998, p. 325), que deve ser cumprindo em todas as fases do contrato, seja pré-contratual, contratual (BENJAMIN, 2001, p. 243) ou pós-contratual. Em razão desse dever é possível ponderar sobre “consentimento esclarecido” por parte dos consumidores já que “a informação tem o objetivo de preparar o consumidor para um ato de consumo verdadeiramente consentido, livre, porque fundamentado em informações adequadas, claras e completas” (MAQRUES, KLEE, 2014, p. 509)

O direito à informação, que reflete diretamente no consentimento esclarecido, é abrangido em vários outros dispositivos do CDC. (i) O art. 31, exemplificativamente e abrangendo o momento pré-contratual, prevê o dever de informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua

portuguesa sobre as características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

(ii) Os artigos 8º, 9º e 10 do CDC, estabelecem o dever de informação sobre nocividade e periculosidade de produtos e serviços. (iii) Os artigos 46 e 54, §3º e §4º, dispõem sobre a obrigação de informação para a fase contratual prevendo: dever de dar conhecimento prévio de seu conteúdo (art. 46), nos contratos de adesão, exige, redação em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis e redação em destaque das cláusulas que provoquem limitação de direito do consumidor (art. 54, §3º e §4º). (iv) O art. 20 prevê o dever de informar corretamente o consumidor, exigindo que sejam fornecidas informações “*sobre as qualidades do produto e as condições do contrato, sob pena de o fornecedor responder pela falha da informação*” (MARQUES, 1998, p. 288). No mesmo sentido dispõe o art. 18.

O CDC caracteriza-se por uma abordagem baseada em princípios e diretrizes em busca da defesa do consumidor – e não por um quadro hermético e exaustivo de normas (FILOMENO, 2001, p. 18). É, desse modo, marcado pela adaptabilidade de suas previsões às variadas situações que surgem com as evoluções tecnológicas, como é o caso de sua plena aplicação às relações B2C (CANUT, 2007, p. 163-168). Por isso, os diversos dispositivos do CDC apontados sobre o direito à informação se aplicam plenamente às relações de consumo eletrônicas efetuadas no âmbito nacional.

Apesar de tais atributos, o comércio eletrônico veio e vem apresentando novidades não alcançadas pelas normas do CDC, que foram criadas quando sequer a internet havia sido aberta comercialmente. Nesse contexto, com o objetivo de adaptar às inovações desse setor, foram editados o Decreto nº. 7.962/13 e o Projeto de Lei 281/2012.

O Decreto nº 7.962/2015, dentre outras matérias, associou a incidência do CDC no exercício do consumo por meio da internet com a obrigação de clareza de informação por parte daquele que oferta (SIMÃO FILHO, 2015, p.29). O Decreto abrange as informações claras a respeito

do produto, serviço e do fornecedor. No seu artigo 2º estabelece o dever de informações em destaque, a serem fornecidas pelos *sites* eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão do contrato, sobre: a identificação da empresa; sua localização – com endereço físico e eletrônico; características essenciais dos produtos e serviços; a discriminação do preço; as condições da oferta; restrições à fruição da oferta, de forma clara e ostensiva.

Também instituiu, no art. 3º, a obrigatoriedade do fornecimento de informações específicas pelos *sites* de compras coletivas e, no 6º, a observância do cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação. Regulamentou o direito de arrependimento pelo consumidor, no art. 5º, prevendo que o fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o seu exercício. Instituiu, no art. 4º, regras para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, exigindo, para tanto, que o fornecedor apresente sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos (inciso I) e que mantenha serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato (inciso V).

Devido às peculiaridades do meio eletrônico, foi concebido, ainda, o Projeto de Lei 281/2012, que prevê a inclusão, dentre outros, do direito à: a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo (inciso XII). Além disso, ao criar a seção VII, “do Comércio eletrônico”, dispõe o art.45-A sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e a distância, visando a fortalecer sua confiança e assegurar sua tutela efetiva, mediante a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais. No art. 45-B estabelece que os sítios e demais meios eletrônicos, bem

como as comunicações remetidas ao consumidor, utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, entre outras, as seguintes informações: condições integrais da oferta, incluindo modalidades de pagamento, disponibilidade e forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto ou serviço (inciso IV); prazo de validade da oferta, inclusive do preço (inciso VI); informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta (VII).

O Marco Civil da Internet reforça o direito do consumidor eletrônico à informação. Prevê como fundamento da disciplina do uso da internet no Brasil, ao lado da livre iniciativa e da livre concorrência, a defesa do consumidor (art. 2º, V) e, no art. 7º, como direito dos usuários: informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade (inciso VI); informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet (inciso VIII); aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet (inciso XIII).

Observa-se que a informação, que no contexto atual é um dos direitos mais importantes na sociedade, toma relevo no contexto normativo ora apresentado e torna possível ao consumidor eletrônico o consentimento livre e esclarecido.

5. O DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO PAUTADO EM ALGORITMOS

Do quadro normativo ora analisado, observou-se que o direito do consumidor à informação garante o fornecimento de informações claras,

precisas, ostensivas sobre as condições da oferta – incluindo as relativas a possíveis restrições-; as características dos serviços e dos produtos; sobre os fornecedores - inclusive de sua localização-;sobre as condições do contrato; do pagamento; da entrega; sobre os seus direitos, dentre tantas outras informações que permitem ao consumidor uma escolha livre e esclarecida.

Além disso, o Projeto de Lei estudado inclui como direito do consumidor a “liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo” e visa fortalecer a confiança do consumidor mediante a redução da assimetria de informações de forma a proteger a autodeterminação do consumidor e sua privacidade. Enquanto o Marco Civil da Internet reforça a necessidade de informações claras e completas sobre “a coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção dos dados pessoais” do usuário.

O quadro apresentado evidenciou que nas relações B2C “o dever de informar do fornecedor decorre de positivação legal de um direito básico do consumidor à informação, desdobrado em uma série de disposições específicas relativas a informações de distintos aspectos da relação de consumo” (MARQUES, KLEE, 2014, p504).

Contudo, se, de um lado, as relações B2C intensificam e diversificam os tipos de informações necessárias ao consumidor, de outro, o emprego de softwares e, assim, as funções de seus algoritmos para a concretização das diversas práticas comerciais no B2C levanta uma questão primordial e preliminar que consiste no caráter oculto dos algoritmos e de suas funções para os consumidores. Isso porque

Algoritmos inteligentes já estão inseridos nas nossas atividades diárias **e nem percebemos**. Quando vemos um filme no Netflix ou encomendamos um livro na Amazon, **por trás dessa escolha há a influência de algoritmos de recomendação**. A sugestão de caminho proposto pelo Waze ou a precificação de uma corrida pelo Uber também são baseados em algoritmos. Aprovação ou negação de créditos são baseados em algoritmos. Preços dinâmicos para passagens aéreas são estipulados por algoritmos. A onipresente busca que fazemos no Google é um sistema de IA.

Mais da metade das ações em bolsa transacionadas nos EUA já são comandadas por algoritmos. [...] (TAURION, 2016) (grifo nosso).

Na maioria das vezes o consumidor não sabe que sua atividade no *e-commerce* sofre alguma interferência em razão das tarefas desempenhadas pelos algoritmos, qualquer que seja ela - de um nível muito básico de complexidade, mais sofisticado ou de alta complexidade, com a utilização da nova geração de algoritmos. Assim, o consumidor não vê e não é capaz de reconhecer o que está por trás de suas escolhas.

É o que se nota, por exemplo, no comentário de Frenkel, professor de matemática da Universidade da Califórnia em Berkeley, em entrevista à revista *Veja*:

Graças a algoritmos sofisticados, por exemplo, Amazon e Google monitoram a rede e recomendam produtos, potencializando seus negócios de forma inimaginável há até pouco tempo. **Os compradores acham que estão decidindo por conta própria, quando na verdade são influenciados por programas que analisam seu histórico e cruzam dados para prever seu comportamento. A maioria das pessoas nem sequer percebe que está sendo influenciada por uma máquina. Se tivessem um mínimo de conhecimento sobre o assunto, elas teriam pelo menos a chance de refletir criticamente antes de fazer suas escolhas.** (p.16) (grifo nosso)

Kilian Vieth e Joanna Bronowicka do Centro de Internet e Direitos Humanos da Universidade Europeia de Viadrina, sob uma perspectiva ética, apresentam alguns exemplos que são objeto de preocupação em relação à utilização de algoritmos: eles mantêm as informações longe das pessoas, decidindo o que recebe atenção e o que deve ser ignorado; podem gerar preconceitos; tomam decisões subjetivas sem que se saiba como eles funcionam, sendo que às vezes nem mesmo os programadores podem prever como um determinado algoritmo irá decidir sobre um determinado caso; podem ser complexos e opacos e, sem terem transparência não permitem que se saiba os princípios que estão por trás da função algorítmica, já que consistem em segredo comercial, o que não possibilita ao sujeito avaliar o comportamento do algoritmo²⁰. (2015)

20 Assim, “Se pedimos ao Facebook como o algoritmo funciona, eles não nos diriam. Os

Nesse quadro, os algoritmos podem reduzir a autonomia do consumidor ao distanciarem-no das escolhas reais já que em muitos casos estará escolhendo um algoritmo que fará a decisão em seu lugar, possibilitando a efetivação de escolhas sem se aprofundar sobre os detalhes e sem verificar se foi feita a escolha ideal. A escolha algorítmica pode não refletir com precisão as preferências dos consumidores ou ainda pode basear-se em suposições incorretas incorporadas ao algoritmo. Eles podem, também, manipular e controlar as escolhas dos consumidores não em seu benefício, mas a favor de seu proprietário. Trata-se de uma realidade que não costuma ser transparente para o consumidor, apresentando-se como uma “caixa preta” (GAL, ELKIN- KORREN, 2017, p.16-18) que pode, ainda, gerar exclusões e discriminações de alguns consumidores.²¹

Diante da complexidade e inacessibilidade dos algoritmos, a vulnerabilidade do consumidor não se resume às questões relativas aos seus dados e sua privacidade, mas, envolve também, novas formas de relacionamento e contratação que substituem humanos por softwares (GAL, 2017; SIMÃO FILHO, 2015, p.27-47). Essa realidade tem gerado crescente sentimento de impotência e perda de controle em relação à coleta de dados pessoais dos consumidores (CI, 2015; NOVO, AZEVEDO, 2014), ao acesso à informação e ao exercício do direito de livre escolha ou de um consentimento esclarecido.

O conhecimento sobre as interferências dos algoritmos na tomada de decisões ou mesmo nas decisões automatizadas ainda é muito limitado entre os consumidores. Assim, o direito à informação passa a contemplar o dever de os algoritmos serem conhecidos dos usuários, estes precisam ser informados sobre aqueles. Aumentar a consciência deve estar no centro do debate sobre a ética dos algoritmos (VIETH, BRONOWICKA, 2015)

princípios por trás do trabalho do newsfeed (o código-fonte) são de fato um segredo comercial. Sem saber o código exato, ninguém pode avaliar como seu fluxo de notícias é composto. (VIETH, BRONOWICKA, 2015)

21 “É o caso, por exemplo, da discriminação estatística, segundo a qual grupos de consumidores recebem tratamentos diferenciados (preços ou condições de contratações diferente), em razão de atributos aparentemente inofensivos, como idade, gênero, nacionalidade ou endereço. [...]” (MENDES, 2015, p. 484)

²² e sobre a proteção do consumidor, especialmente no que diz respeito ao seu direito à informação e, conseqüentemente, ao seu consentimento e escolha livres e esclarecidos.

Nesse panorama o direito do consumidor à informação sofre mutações e passa a compreender, dentre outras²³, as informações acerca da existência e funções desempenhadas pelos algoritmos dos softwares que são utilizados em toda a cadeia do *e-commerce*, como, por exemplo, para: coleta e tratamento de dados; recomendação; busca; precificação; escolha do produto ou serviço; avaliação de produtos e serviços.

Partindo da análise do direito do consumidor à informação, poder-se-ia pensar que a solução estaria na aplicação daquelas previsões normativas - que, inclusive, diante seu caráter principiológico e do Projeto de Lei examinado - seriam adaptáveis às novas questões postas pela utilização dos algoritmos nas relações B2C para que fossem fornecidas: informação, divulgação e publicização da existência dos algoritmos e das funções que desempenham nas relações B2C. Ainda poderiam surgir debates relativos à necessidade de previsão normativa específica para o fornecimento tais informações²⁴ para que, por meio delas, a opacidade dos algoritmos fosse substituída pela transparência, permitindo uma livre e consciente escolha do consumidor eletrônico.

As normativas de proteção do consumidor examinadas devem ser aplicadas. Conforme examinado, o CDC, que apresenta um aspecto geral e principiológico, prevê a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, assim como a coibição e repressão eficientes dos abusos cometidos no mercado de consumo e a proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais.

No entanto, a problemática envolve um contexto mais complexo,

²² Os autores destacam, ainda, que não basta publicar apenas o código-fonte de um algoritmo, porque os sistemas de aprendizagem automática irão inevitavelmente tomar decisões que não foram programadas diretamente. A transparência completa exigiria a possibilidade de explicar por que algum resultado específico foi produzido.

²³ Também relacionadas à privacidade e tratamento dos dados do consumidor.

²⁴ Debate que não se pretende levantar no presente artigo.

que ultrapassa as normativas de proteção do consumidor, de regulação da internet e a simples constatação da existência e atuação de algoritmos, para exigir uma análise que inclua a perspectiva do software e das normas voltadas para sua proteção.

Os algoritmos consistem no conjunto ordenado e seqüencial de instruções codificadas por meio de uma linguagem inacessível ao consumidor que permitem a execução de uma determinada função pelo software, sendo que a combinação e expressão de tais instruções é objeto de proteção dos direitos autorais, que ao garantir o sigilo do código-fonte²⁵, refletem, necessariamente, na falta de transparência acerca das funções algorítmicas no B2C.

Tudo isso afeta a “naturalidade” das decisões dos consumidores (SIMÃO FILHO, 2015, p. 37). E, sendo a avaliação baseada em critérios pessoais suprida por códigos sob sigilo, torna-se quase impossível a proteção dos consumidores frente à possibilidade de manipulações algorítmicas e da capacidade limitada dos homens de “entender, decifrar e desafiar” códigos feitos para computadores (GAL, ELKIN- KORREN, 2017, p. 18).

Desta forma, amplia-se a vulnerabilidade informacional e técnica do consumidor e o risco de suas escolhas não serem livres diante da manipulação de dados e informações por parte das empresas que se utilizam de algoritmos (GAL, 2017; SIMÃO FILHO, 2015, p.27-47) para manipularem as preferências e decisões dos consumidores²⁶ e para se coordenarem (GAL, 2017), interferindo no direito à informação, à livre escolha e à concorrência leal.

25 Observa-se que “[...] muitos algoritmos atuais são muito complicados e podem ser difíceis de compreender, mesmo que seu código fonte seja compartilhado com observadores competentes. O que acrescenta ao problema é a opacidade, como na falta de transparência do código. [...] Às vezes, nem mesmo os programadores podem prever como um algoritmo irá decidir sobre um determinado caso. (VIETH, BRONOWICKA, 2015, p. 4)

26 Chegam até a “calcular com mais precisão o preço máximo que cada consumidor pode ser cobrado, aumentando assim a complexidade do preço”, para criarem uma vantagem comparativa para algumas empresas em relação a outras. O que envolve, também, temas como a interoperabilidade sistemas, de base de dados e sua interferência do direito de concorrência. (GAL, 2017)

Diante de tal quadro, em que a proteção do consumidor poderá sofrer limitações em razão do direito de propriedade intelectual e da falta de um direito concorrencial adequado, (GAL, 2017), verifica-se a necessidade de novas perspectivas de análise que possibilitem uma abordagem do direito do consumidor eletrônico à informação condizente à realidade de utilização dos algoritmos nas relações B2C.

6. CONCLUSÃO

Na relação entre as normas de direito do consumidor que preceituam o direito à informação e de proteção ao software que assegura sigilo ao seu código fonte, e assim, das funções estabelecidas por seu algoritmo, verificou-se um impedimento à divulgação das funções exercidas pelos algoritmos nas relações B2C, criando graves obstáculos para a proteção do direito do consumidor à informação e à livre escolha. Ressalta-se, assim, a necessidade de que tais direitos do consumidor sejam abordados a partir de um ponto de vista que considere esse contexto de análise.

Uma nova perspectiva de abordagem do tema exige a harmonização entre o Código de Defesa do Consumidor, o Decreto que o regulamenta, o Projeto de Lei 281/2012 e a Lei de Direito Autoral. O que necessariamente colocará no centro dos debates a discussão acerca da divulgação do código fonte do software.

A possibilidade de conhecer o código fonte sinaliza um primeiro e necessário passo para que esse caminho seja perseguido quando da análise do direito do consumidor à informação no B2C, ainda que sua linguagem não seja acessível a esses usuários/consumidores. A partir desse passo inicial, que impedirá o segredo acerca de qual é e como se dá a função exercida por determinado algoritmo, os debates sobre o tema hão de evoluir sob um olhar mais complexo e transdisciplinar. Não se pode olvidar, ainda, que haverá situações em que o avanço e complexidade do algoritmo imporão dificuldades para compreendê-lo mesmo diante da divulgação do código fonte.

O presente estudo foi elaborado sem a pretensão de traçar um

quadro acerca dos benefícios e riscos gerados pela utilização de algoritmos pelos fornecedores nas relações B2C. Procurou-se, tão somente, e com o intuito de apresentar a problemática para o debate, expor que sob a lógica algorítmica, que reina cada vez mais intensamente nas relações de B2C, o direito do consumidor à informação passa a enfrentar novos desafios diante da Lei de Direito Autoral que permite o sigilo sobre o código fonte na proteção do software e, conseqüentemente, das funções exercidas por seus algoritmos, e passa a cobrar novas abordagens de análise.

REFERÊNCIAS

ARTHUR, Lisa. What Is Big Data? Aug 15, 2013. Forbes.com. Disponível em: < <https://www.forbes.com/sites/lisaarthur/2013/08/15/what-is-big-data/#11ddbc555c85> >. Acesso em jun. de 2017.

ASCARELLI, Tullio. *Teoría de laconcurrencia y de los bienes inmateriales*. Tradução de E. Verdera e L. Suárez-Llanos. Barcelona: Ed. Bosch, 1970.

BALLARDINI, Maria Rosa. Scope of IP protection for the functional elements of software. In: IPR UNIVERSITY CENTER. *In search of new IP regimes*. Helsinki: OyNord Print Ab, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Tomo 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Tomo 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010c.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. Das práticas comerciais. In:

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRASIL. Lei 9609 de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm >. Acesso em setembro de 2017.

BRASIL. Lei 8078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em junho de 2017.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 281 de 2012. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em jun. de 2017.

BRASIL. Decreto n. 7962 de março de 2013 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em junho de 2017.

BRASIL. Lei 12965 de 23 de abril de 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em jun. de 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES. Câmara IoT. Consulta Pública. “Identificação dos tópicos de relevância para a viabilização da Internet das Coisas no Brasil” 2016. Disponível em: <<http://www.abinee.org.br/informac/arquivos/aiot.pdf>>. Acesso em junho de 2017.

CANUT, Letícia. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico: Uma Questão de Inteligência Coletiva que Ultrapassa o Direito Tradicional*. Curitiba: Juruá, 2007.

CI. Consumers International. *Connection and Protection in the Digital Age. The Internet of Things and challenges for consumer protection*. Autores: Liz Coll and Robin Simpson. Com contribuições de: Celine Awuor, Ogochukwu Monye and Xands Bisenio. Consumers International: London, 2016. Disponível em: < <http://www.consumersinternational.org/media/1657273/connection-and-protection-the-internet-of-things-and-challenges-for-consumer-protection.pdf>>. Acesso em jun. de 2017.

DURELL, Karen Lynne. Intellectual property protection for computer software: how much and what form is effective? *International Journal of Law and Information Technology*, v. 8, n. 3, p. 231–262. Oxford: Oxford

University Press, 2000.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos do consumidor. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FRENKEL, Edward. Sob o commando dos algoritmos. *Revista Veja*. Páginas amarelas. 07.01.2017. Disponível em: < <http://intranet.fsb.com.br/intranet/wp-content/uploads/2015/01/P%C3%A1ginas-Amarelas-Edward-Frenkel-Veja-7.01.2015.pdf> >. Acesso em setembro de 2017.

GAL, Michal. OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development. DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE Algorithmic-facilitated Coordination Roundtable on Algorithms and Collusion. 7 June 2017a. Disponível em: < [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2017\)26&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2017)26&docLanguage=En) >. Acesso em junho de 2017.

GAL, Michal; ELKIN-KORREN, Niva. Algorithmic Consumers. (August 8, 2016). *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 30, 2017. Disponível em < SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2876201> >. Acesso em jun. 2017.

GARRIE, Daniel B. ALLEGRA, Francis M. *Plugged in: guidebook to software and the law*. New York: Thomson Reuters, 2015.

GOMULKIEWICZ, Robert W. *Software law and its application*. New York: Wolters Kluwer, 2014.

INTERNATIONAL BUREAU OF THE WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *Model provisions on the protection of computer software*. WIPO publication, n 814(E) Genebra: WIPO, 1978. Disponível em: <[ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/wipo_pub_814\(e\).pdf](ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/wipo_pub_814(e).pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

KAKU, William Smith. Comércio eletrônico e poder público brasileiro. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito e Informática*. Barueri/São Paulo: Manole, 2004.

KOO, Dae-Hwan. *Information technology and law: computer programs and intellectual property law in the US, Europe, Japan, Korea*. Seoul: Pakyoungsa, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola. Os direitos do consumidor e a regulamentação do uso da internet no Brasil: convergência no direito às informações claras e completas nos contratos de prestação de serviços de internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima . *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1998 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 1).

MENDES, Laura Schertl. A tutela da privacidade do consumidor na internet: uma análise à luz do Marco Civil da Internet e do Código de Defesa do Consumidor. In: LUCCA, Newton. SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.) . *Direito & Internet* III. Tomo II: Marco Civil da internet (Lei n.12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015

MARQUES, João Paulo F. Remédio. Patentes de programas de computador e de sistemas informáticos de jogos eletrônicos / patentes de métodos de exercício de actividades económicas? In: *REVISTA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: DIREITO CONTEMPORÂNEO E CONSTITUIÇÃO (PIDCC)*. Aracaju, Ano V, Volume 10 nº 01, p.001 a 046, Fev/2016. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/224-patentes-de-programas-de-computador-e-de-sistemas-informaticos-de-jogos-eletronicos-patentes-de-metodos-de-exercicio-de-actividades-economicas>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

NOVO, Rafael Fernandes; AZEVEDO, Marília Macorin de. A individualização do consumidor por meio do avanço das redes sociais e

do Big Data. *Revista científica On-line de tecnologia, gestão e humanismo*, v.4, n. 2 – nov. 2014. Disponível em: <http://www.fatecguaratingueta.edu.br/revista/index.php/RCO-TGH/article/view/65/74>. Acesso em jun. de 2017.

OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development. *Data-Driven Innovation: Big data for growth and well-being*. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/data-driven-innovation_9789264229358-en#page1. Acesso em junho de 2017.

OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD Policy Guidance for Addressing Emerging Consumer Protection and Empowerment Issues in Mobile Commerce. OEDC Ministerial Meeting on the future of the Internet Economy. Seoul, Koera, 17-18 june, 2008..Disponível em: < <http://www.oecd.org/sti/consumer/40879177.pdf>>. Acesso em jun. 2017.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STALLMAN, Richard. *O projeto GNU*. Disponível em: <<https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>. Acesso em: 24 set 2017.

TAURION, Cezar. *Onde os algoritmos e a inteligência artificial vão nos levar?* 29 de junho de 2016. Disponível em: <http://computerworld.com.br/onde-os-algoritmos-e-inteligencia-artificial-vao-nos-levar>. Acesso em Agosto de 2017.

VIETH, Kilian. BRONOWICKA, Joanna. Ethics of algorithms. Centre for Internet and Human Rights. Frankfurt: European University Viadrina, 2015.Disponível em: <<https://cihr.eu/ea2015web/>>. Acesso em: 30 set. 2017.

U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT. *Finding a Balance: Computer Software, Intellectual Property, and the Challenge of Technological Change*, OTA-TCT-527. Washington: U.S. GovernmentPrinting Office, 1992.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software e revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2010.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Desenvolvimento, Inovação e
Mercado

Título:

**ELI LILLY AND COMPANY
VS. THE GOVERNMENT OF
CANADA - UMA ANÁLISE
DA PRIMEIRA DECISÃO
SOBRE PATENTES PERANTE
O SISTEMA DE PROTEÇÃO
DE INVESTIMENTOS
ESTRANGEIROS**

**Michele Alessandra Hastreiter
Marcos Wachowicz**



ELI LILLY AND COMPANY VS. THE GOVERNMENT OF CANADA – UMA ANÁLISE DA PRIMEIRA DECISÃO SOBRE PATENTES PERANTE O SISTEMA DE PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Autores: Michele Alessandra Hastreiter¹, Marcos Wachowicz²

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar o caso *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada* (ICSID Case No. UNCT/14/2), disputa arbitral envolvendo uma empresa farmacêutica norte-americana e o governo do Canadá, com fundamento em dispositivos do Capítulo 11 do NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) - que trata da tutela de investimentos estrangeiros - e de outros tratados internacionais em matéria de propriedade intelectual. Em 16 de março de 2017, o ICSID (*International Center of Settlement of Investment Disputes*) decidiu o caso em favor do governo canadense, sendo esta a primeira decisão já proferida pelo ICSID em matéria de patentes. Este artigo analisará os documentos do caso - em especial as alegações da empresa investidora, a defesa do governo canadense e a posição final dos árbitros - e fará uma revisão de artigos publicados em periódicos acerca do caso. Embora os árbitros tenham julgado improcedentes as reclamações da empresa investidora, este caso é paradigmático para demonstrar como disputas de patentes podem ser inseridas no Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros e, sobretudo, dentro da sistemática de disputas entre investidores e Estados que tal ramo do Direito Internacional estabelece.

Palavras-chave: Acordos Bilaterais de Investimentos Estrangeiros. Propriedade Intelectual. Direito Internacional. NAFTA. ICSID.

1 Professora de Direito Internacional Público e Privado no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e na Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP-PR). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Especialista em Direito Internacional pela PUC-PR. Advogada e Administradora Internacional de Negócios, graduada em Direito pela PUC-PR e em Administração Internacional de Negócios pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)

2 Professor de Direito da Propriedade Intelectual da UFPR. Doutor em Direito pela UFPR. Mestre pela Universidade Clássica de Direito de Lisboa / Portugal. Coordenador do Grupo de Pesquisa de Direito Autoral e Industrial GEDAI-UFPR vinculado ao PPGD/UFPR.

1. INTRODUÇÃO

Em 16 de março de 2017, o ICSID (*International Centre of Settlement of Investment Disputes*) proferiu sua primeira sentença na história relacionando patentes e o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros. O caso *Eli Lilly vs. Canadá* examinou a revogação de patentes farmacêuticas por parte do governo canadense e sua compatibilidade com as normas de tratamento de investimentos estrangeiros presentes no NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) – cujo Capítulo 11 dedica-se exclusivamente a tratar da proteção de investimentos estrangeiros – e em outros tratados em matéria de propriedade intelectual.

As disposições do NAFTA são semelhantes a de grande parte dos mais de 3000 acordos regionais e bilaterais de investimentos estrangeiros existentes no mundo atualmente. Criados em um contexto de nacionalização e estatização de investimentos privados na década de 1970 e difundidos especialmente no período do *mainstream* neoliberal na década de 1990, tais acordos contêm normas rigorosas de proteção da propriedade de estrangeiros. Não obstante, quando foram inicialmente difundidos, tinham como objetivo a proteção dos direitos de propriedade sobre ativos físicos dos investidores, sendo que sua aplicação na defesa de direitos incorpóreos como os da propriedade intelectual é bastante recente e ainda incerta.

A análise do caso *Eli Lilly vs. Canadá* permite, portanto, compreender como a sistemática do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros pode ser aplicada na tutela dos direitos de detentores de patentes. Este trabalho se debruçará sobre esta disputa arbitral, com o objetivo de compreender seus impactos ao Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros e à proteção da propriedade intelectual em âmbito internacional.

2. ELI LILLY AND COMPANY V. THE GOVERNMENT OF CANADA (ICSID CASE NO. UNCT/14/2)

A Lilly é uma empresa farmacêutica norte-americana, com sede em Indianápolis, fundada em 1876 pelo Coronel Eli Lilly³. Presente em mais de 125 países e com departamento de Pesquisa e Desenvolvimento em 8 países (Estados Unidos, Canadá, China, Inglaterra, Japão, Cingapura, Espanha e Austrália), foi responsável pela disponibilização de diversos medicamentos em larga escala (como a penicilina, a primeira insulina comercial e a primeira vacina contra a poliomielite)⁴.

Em novembro de 2012, a empresa notificou o governo do Canadá acerca de sua intenção de instaurar uma disputa arbitral perante o ICSID, alegando violação de dispositivos do NAFTA, do TRIPS (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property*), do Tratado de Cooperação em matéria de Patentes (*Patent Cooperation Treaty – PCT*) e da Convenção de Paris – todos dos quais o Canadá é signatário – no cancelamento das patentes dos medicamentos Zyprexa e Strattera pelos tribunais canadenses. A empresa pleiteou uma indenização pelas perdas e danos sofridos em razão da quebra da patente e da suposta violação dos compromissos assumidos pelo Canadá perante o Direito Internacional em valor não inferior a US\$500 milhões.

O caso despertou a atenção de estudiosos acerca da propriedade intelectual e do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros ao redor do mundo – em especial porque foi a primeira vez que o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros foi utilizado para proteção dos interesses de um inventor. Usando a sistemática do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros, a empresa pretendia não apenas desafiar a decisão que invalidou suas patentes, mas também submeter toda a sistemática canadense de concessão de patentes ao crivo do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros (BAKER, 2013, p. 19).

Professores de Direito da Propriedade Intelectual de diferentes países organizaram-se para participar do processo como *amicus curiae*,

3 LILLY. Sobre a Lilly. Disponível em: <https://www.lilly.com.br/Inovacao>. Acesso em 28 de setembro de 2017.

4 LILLY. Inovação. Disponível em: <https://www.lilly.com.br/Inovacao>. Acesso em 28 de setembro de 2017.

tanto para dar suporte à visão do inventor quanto na defesa dos interesses do governo canadense. Também ingressaram na disputa como *amicus curiae* organizações ligadas a biotecnologia, a Câmara de Comércio Canadense, organizações ligadas a produção de medicamentos genéricos e núcleos de pesquisas de Universidades americanas e canadenses em matéria de propriedade intelectual. A decisão final foi proferida em 16 de março de 2017, quando o ICSID considerou improcedentes as alegações da empresa investidora⁵.

3. OS ARGUMENTOS DA EMPRESA INVESTIDORA

A empresa investidora insurgiu-se contra o cancelamento de duas de suas patentes de fármacos no Canadá. Em sua argumentação, alegou em suma que os tribunais canadenses vinham invalidando um grande número de patentes farmacêuticas sob a alegação de inutilidade – apesar dos medicamentos serem aprovados pelo Departamento de Saúde do país e serem comprovadamente efetivos no tratamento de doenças (ITALAW, 2012, p. 11). Segundo a empresa investidora, em uma série de decisões proferidas desde 2005, a Corte Federal do Canadá, bem como seu tribunal de apelações, criaram uma corrente jurisprudencial chamada de “promessa de utilidade”. Como o sistema jurídico canadense é de *common law*, tal corrente passou a orientar a concessão e manutenção de patentes no país.

Assim, para que uma patente fosse concedida, de acordo com este entendimento, deveria ser possível identificar – no momento da divulgação da patente - uma promessa de uso sobre a qual a utilidade seria medida. Esta previsão de utilidade deveria ser feita pelo próprio inventor, que deveria anexar ao pedido de registro da patente as provas desta previsão de utilidade, dando suporte à previsão de uso. O uso de evidências obtidas após o arquivamento da patente para mensurar sua utilidade não seria aceito pelos tribunais canadenses com o objetivo de defender a manutenção de uma patente cuja previsão de utilidade

⁵ A cronologia da disputa pode ser verificada em: <https://www.italaw.com/cases/1625>

não tivesse sido satisfatoriamente demonstrada na ocasião do registro (MUSMANN, 2017).

O Manual de Patentes Canadense (*Canadian Intellectual Property Office's Manual of Patent Office Practice*) explica que, quando a utilidade da invenção for evidente para peritos na área e nenhuma promessa sobre o uso ou vantagens da invenção tenha sido feita, a utilidade evidente é suficiente para a concessão da patente. No entanto, se o investidor prometeu que a invenção traria alguma vantagem particular (como fazer algo melhor do que outras invenções), a utilidade da invenção deveria ser medida a partir desta promessa- e o inventor deveria demonstrar solidamente a capacidade do invento de cumprir sua promessa. Assim, explica a empresa investidora que a patente não deveria ser concedida com base numa mera especulação sobre a utilidade da descoberta, mas sim a partir da demonstração de uma sólida previsão acerca de suas utilidades específicas (como tratar uma doença específica e com poucos efeitos colaterais). Além disto, o postulante da patente deveria descrever as vantagens da invenção com relação ao estado da arte das pesquisas naquele segmento, demonstrando não só que a invenção é útil, mas também que é mais útil do que as invenções anteriores. Para a investidora, tal entendimento jurisprudencial contraria o Direito Internacional (que exigiria apenas pequenos sinais de utilidade para concessão da patente) e é *sui generis* no mundo, não existindo nenhum outro país a fazer exigências semelhantes para a concessão de patentes em invenções (ITALAW, 2012, p. 16).

As cortes canadenses cancelaram a patente da Lilly sobre os medicamentos Zyprexa e Strattera, alegando que a utilidade prometida não foi claramente demonstrada. O medicamento Zyprexa é indicado para o tratamento de esquizofrenia. Quando protocolado o pedido de registro da patente no Canadá, a empresa Lilly afirma que teria conduzido extensos trabalhos de pesquisa, incluindo testes em humanos, mostrando resultados positivos do medicamento na prevenção de crises psicóticas. Os tribunais canadenses teriam confirmado que o medicamento é eficaz no tratamento da esquizofrenia, mas invalidado a patente sob a alegação de

que não atendia a promessa de “superioridade de mercado” com relação a outros medicamentos usados no tratamento da mesma doença. A empresa investidora inconformou-se com a decisão, uma vez que o medicamento foi aprovado pela agência de saúde canadense e estava sendo usado por pacientes no Canadá e no mundo, mas ainda assim não foi considerado patenteável sob a alegação de inutilidade por parte dos tribunais do país (ITALAW, 2012, p. 14).

A Lilly destaca ainda que a patente do Zyprexa foi questionada em outros 16 países, mas nenhum outro país anulou a patente considerando-a inútil, o que demonstraria que a exigência dos tribunais canadenses seria contrária ao Direito Internacional (ITALAW, 2012, p. 15).

O medicamento Strattera, por sua vez, é utilizado no tratamento do transtorno do déficit de atenção em adultos, adolescentes e crianças. A empresa de medicamentos genéricos Novopharm tentou invalidar a patente alegando a inutilidade – e seu pedido foi concedido pelos tribunais canadenses. Segundo o entendimento da Justiça Federal Canadense – confirmado em sede de apelação – haveria uma promessa implícita no registro da patente de que o medicamento traria benefícios a longo prazo, considerando o déficit de atenção como uma doença crônica. Os estudos realizados (em especial, uma pesquisa de sete semanas no hospital de Massachusetts, com 22 pacientes adultos, que demonstrou melhora no transtorno quando comparados com o tratamento com placebo) foram considerados insuficientes pelo juiz para demonstrar o resultado do tratamento no longo prazo, pois envolveriam uma amostra muito pequena e um período de tempo de análise muito curto (ITALAW, 2012, p. 19).

O mesmo medicamento teria sido questionado por uma empresa de genéricos nos Estados Unidos e, naquele país, o entendimento teria sido o da manutenção da patente, o que – segundo a empresa inventora – demonstraria mais uma vez que as exigências canadenses seriam incompatíveis com o Direito Internacional (ITALAW, 2012, p. 20).

4. NORMATIVAS QUE TERIAM SIDO VIOLADAS PELO GOVERNO CANADENSE

A empresa inventora insurgiu-se, sobretudo, contra a doutrina da “promessa de utilidade” que vinha sendo aplicada pelos tribunais canadenses. Para a Lilly, as exigências de utilidade canadenses seriam superiores aos padrões internacionais delimitados tanto no direito comparado, quanto no Direito Internacional.

Neste sentido, é digno de nota que – de fato – as exigências canadenses para constatação da utilidade das patentes são superiores à dos demais Estados-parte do NAFTA. SANABRIA (2016, p. 38) destaca que o Capítulo 17 do NAFTA (que trata de Propriedade Intelectual) sustenta que os países membros devem garantir a patenteabilidade de invenções (seja de produtos ou processos) em todas as áreas de tecnologia – desde que a invenção seja nova, resultante de um esforço inventivo e capaz de aplicações industriais. O fato de ser capaz de aplicações industriais seria, portanto, a única exigência de utilidade estabelecida pelo NAFTA – mas a interpretação deste padrão ficou a cargo dos países membros, que em suas legislações nacionais se encarregaram a dar o significado específico para tais provisões, existindo diferentes nuances nas exigências de cada um. Em outras palavras, o entendimento acerca da utilidade de uma mesma invenção pode variar nos diferentes Estados do NAFTA – uma vez que o Tratado estabeleceu apenas regras gerais quanto a patenteabilidade de invenções, sem debruçar-se de modo esmiuçado sobre o significado de suas exigências.

A Lilly também sustenta que as exigências canadenses seriam superiores às do PCT e do TRIPS. Neste ponto, porém, também é preciso lembrar que o sistema de proteção da propriedade intelectual é eminentemente nacional – ou seja, baseado nas leis domésticas – e que os Tratados Internacionais destinam-se apenas e tão somente a garantir um padrão mínimo de proteção (o que não implica em uma completa harmonização das regras relativas à propriedade intelectual). Com efeito, OKEDIJI (2014, p. 1128) sustenta que nem o Acordo TRIPS,

nem nenhum outro acordo internacional em matéria de propriedade intelectual específica de modo substantivo a interpretação a ser dada quanto a exigência de utilidade para as patentes.

De fato, dentro do sistema de tutela da propriedade intelectual da Organização Mundial do Comércio (OMC) já se estabeleceu - no caso *India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products* - que os países são obrigados apenas a atenderem os padrões mínimos estabelecidos pelo acordo e que as expectativas das partes devem se limitar tão somente a linguagem do tratado (OKEDIJI, 2014, p. 1129).

Não obstante, a empresa alegou que as exigências canadenses para a manutenção das patentes violariam o Capítulo 11 do NAFTA – que trata sobre investimentos estrangeiros e não sobre propriedade intelectual. Tal capítulo também é o único que autoriza que as controvérsias dele emergentes sejam submetidas a arbitragem entre investidores privados e o Estado, perante o ICSID.

Embora não tenha sido elaborado com o propósito de proteger a propriedade intelectual, vale destacar que o NAFTA, assim como outros acordos de investimentos estrangeiros, engloba – dentro do conceito de investimentos protegidos – os direitos de propriedade intelectual. É partindo da premissa de que a patente é um investimento que a Lilly constrói sua argumentação perante o ICSID.

É importante lembrar, dentro deste contexto, a relevância do Capítulo 11 do NAFTA. Com efeito, o Tratado de Livre Comércio da América do Norte (*North American Free Trade Agreement* – NAFTA) foi firmado em 1992 por Estados Unidos, Canadá e México, com o objetivo de criar uma zona de livre comércio entre os três países. Embora o nome do Tratado possa sugerir um foco comercial, seus dispositivos não se preocupam exclusivamente com a circulação de bens. O aspecto mais importante desta iniciativa de integração refere-se não a mobilidade dos bens propriamente dita, mas dos fatores de sua produção – especificamente, o capital e o trabalho. Em verdade, grande parte da motivação para a celebração do NAFTA residiu em impulsionar a confiança dos investidores estrangeiros para aplicar recursos na economia Mexicana, de tal forma que

a geração de novos postos de trabalho neste país pudesse reduzir o grande contingente de imigrantes ilegais que cruzavam diariamente as fronteiras para os Estados Unidos. Ou seja, por meio do Acordo, buscava-se alterar – para direções opostas – o fluxo de capital e trabalho (LEDERMAN, MALONEY, SERVÉN, 2005, p. 175).

As disposições do Capítulo 11 do NAFTA seguem os moldes típicos dos Acordos bilaterais de investimento – e embora tenham sido pensadas para dar guarida aos investimentos americanos e canadenses no México, passaram a ser utilizadas na tutela dos investidores canadenses nos Estados Unidos e estadunidenses no Canadá também (como o caso *Eli Lilly v. Canadá* bem demonstra). ALVAREZ (2011, p. 109) afirma, inclusive, que foi a partir desta aplicação do NAFTA que os países desenvolvidos finalmente perceberam o caráter nocivo dos Acordos de investimento, já que sua natureza recíproca raramente se confirmava quando os acordos bilaterais eram firmados apenas entre um país desenvolvido e outro em desenvolvimento.

O Capítulo 11 do NAFTA estipula alguns importantes princípios de Tratamento que devem ser garantidos aos investimentos estrangeiros, dentre os quais se destaca: a) O Princípio do Tratamento Nacional (art. 1102⁶); b) O Princípio da Nação Mais Favorecida (art. 1103⁷); c) O

6 1. *Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.* 2. *Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.* (1. Cada Estado-Parte concederá aos investidores de outro Estado-Parte tratamento não menos favorável do que aquele concedido, nas mesmas circunstâncias, aos seus investidores, em especial no tocante ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação, venda e outras disposições dos investimentos. 2. Cada Estado-Parte concederá aos investimentos de investidores de outro Estado-Parte tratamento não menos favorável do que o concedido, em circunstâncias semelhantes, aos investimentos de seus investidores nacionais, especialmente no tocante ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação, venda e outras disposições dos investimentos – Tradução livre).

7 1. *Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.* 2. *Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no*

Princípio do Nível de Tratamento (art. 1104⁸) e d) O Princípio do Nível Mínimo de Tratamento (art. 1105⁹). Além disto, o Tratado também estabelece regras para a expropriação da propriedade de estrangeiros (art. 1110¹⁰). A empresa sustentou, em suma, que a decisão do cancelamento da patente seria uma expropriação e violaria as cláusulas do tratamento nacional e do tratamento mínimo a ser concedido aos investidores de acordo com o NAFTA.

A empresa sustenta que houve expropriação direta e indireta dos direitos de uso exclusivo conferidos pelas patentes dos medicamentos Strattera e Zyprexa. Tal medida teria destruído o valor associado aos investimentos da empresa, notadamente no tocante ao direito exclusivo de

less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.(1. Cada Estado-Parte concederá ao investidor de outro Estado-Parte tratamento não menos favorável do que aquele concedido, em circunstâncias semelhantes, a investidores de outros Estados-Parte ou de outros Estados, com respeito ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação e venda ou outra disposição do investimento. Cada Estado-Parte concederá ao investimento de outro Estado-Parte tratamento não menos favorável do que aquele concedido, em circunstâncias semelhantes, aos investimentos de outros Estados-Parte ou de outros Estados, com respeito ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação e venda ou outra disposição do investimento – Tradução livre).

8 *Each Party shall accord to investors of another Party and to investments of investors of another Party the better of the treatment required by Articles 1102 and 1103.* (Cada Estado-Parte concederá aos investidores de outro Estado-Parte e aos investimentos de investidores de outro Estado-Parte o melhor dos tratamentos solicitado nos artigos 1102 e 1103 – Tradução livre).

9 *Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.* (Cada Estado-Parte deverá conceder aos investimentos de investidores de outro Estado Parte um tratamento em conformidade com o Direito Internacional, incluindo um tratamento justo e equitativo e completa proteção e segurança – Tradução livre).

10 *No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment (“expropriation”), except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.* (Os Estados Parte não poderão direta ou indiretamente nacionalizar ou expropriar investimentos de um investidor de outro Estado Parte em seu território nem adotar medidas equivalentes à expropriação deste investimento, exceto a) por um propósito de interesse público; b) de modo não discriminatório; c) de acordo com o devido processo legal; d) mediante pagamento de indenização nos moldes dos parágrafos seguintes – Tradução livre).

impedir que outras empresas utilizassem ou comercializassem os produtos patenteados. A decisão judicial que cancelou as patentes seria contrária às obrigações assumidas pelo Canadá no tratado, o que as tornaria ilegais (ITALAW, 2013, p. 27). No que diz respeito à expropriação direta, inúmeros julgados já entenderam que tal conceito limita-se a tomada literal da propriedade pelo governo (BAKER, 2013, p. 21). As alegações de expropriação indireta (conceito que engloba qualquer ação ou política governamental que afete o valor de um investimento), no entanto, poderia abarcar um rol mais amplo de políticas públicas e ações do governo a serem questionadas.

Em artigo anteriormente publicado, HASTREITER e WACHOWICZ (2016, p. 705) já haviam discorrido sobre a possibilidade da cláusula de expropriações ser utilizada para questionar a quebra e o cancelamento de patentes. Na ocasião, salientou-se que a origem histórica da cláusula que trata de expropriações nos Acordos de investimento é a das nacionalizações e socializações da propriedade física e material da década de 1970, de modo que sua utilização para tutela do interesse de detentores de propriedade intelectual pode gerar distorções especialmente em áreas sensíveis como a de medicamentos.

É de se destacar, porém, que o próprio NAFTA contém uma ressalva - que consta no parágrafo 7º do artigo 1110¹¹ - quanto a licença compulsória de medicamentos, a qual, naturalmente, não foi mencionada na argumentação da empresa investidora.

Além da alegação de expropriação, a Lilly também afirmou que o Canadá descumpriu a obrigação de garantir um tratamento mínimo aos investimentos, o qual deveria ser justo e equitativo. Segundo a empresa, as decisões judiciais que invalidaram a patente e a incorporação de novas exigências para a concessão de patentes por parte do governo canadense

11 *"This article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights or to the revocation, limitation or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation or creation is consistent with Chapter Seventeen"* (Este artigo não se aplica à concessão de licenças compulsórias em matéria de propriedade intelectual ou ainda a revogação, limitação e criação de direitos de propriedade intelectual consistentes com o Capítulo 17 – Tradução livre).

seriam uma quebra do princípio do tratamento justo e equitativo, na medida em que seriam repentinas, arbitrárias e discriminatórias alterações do marco regulatório dos investimentos da Lilly no país. Ela também afirma que as exigências canadenses para comprovação da utilidade da invenção eram drasticamente superiores ao preconizado por tratados internacionais em matéria de propriedade intelectual e patentes, notadamente ao PCT (ITALAW, 2013, p. 30). Neste ponto, cabe destacar também o alerta feito por HASTREITER e WACHOWICZ (2016, p. 712) em trabalho anterior, quando afirmaram que a imprecisão da terminologia do tratamento “justo e equitativo” poderia servir para tornar a sistemática do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros uma ferramenta de tutela de direitos previstos em outros tratados internacionais (mormente os relativos à propriedade intelectual).

Por fim, a empresa inventora alegou também que o Canadá violou a regra do Tratamento Nacional, considerando que houve discriminação da Lilly enquanto empresa estadunidense na medida em que as exigências para o registro da patente seriam superiores ao exigido nos Estados Unidos e pelo Direito Internacional – o que a colocaria em desvantagem competitiva com relação a produtores de medicamentos genéricos canadenses (ITALAW, 2013, p.30).

Neste ponto especial BAKER (2013, p. 21) considera o argumento da Lilly bastante implausível. Isto porque a regra do Tratamento Nacional exige que um país conceda um tratamento a investidores estrangeiros que não seja menos favorável do que o concedido para corporações domésticas em circunstâncias semelhantes. No entanto, a Lilly não comparou tratamentos distintos dentro do marco regulatório canadense, mas sim no que diz respeito ao tratamento que a Lilly receberia em seu país doméstico ou em outros países. Este, por sinal, foi um traço marcante da argumentação construída pela empresa: em diversas passagens ela afirma que suas expectativas não decorriam do marco regulatório canadense apenas, mas sim do Direito Internacional e da prática em matéria de propriedade intelectual existente em outros países.

É neste sentido que BAKER (2013, p. 20) afirma que todas

as alegações da Lilly lhe pareciam forçadas, mas em especial a alegação de violação do tratamento nacional poderia ser considerada uma “alucinação”, mas que ainda assim custaria aos cofres públicos canadenses para dela terem que se defender.

5. A DEFESA DO GOVERNO CANADENSE

Em sua defesa, o governo do Canadá sustentou que o Direito canadense em matéria de propriedade intelectual tem como objetivo a promoção da inovação. Para tanto, garante aos inventores um monopólio temporário sobre as invenções, em troca de sua adequada divulgação ao público. Não obstante, para a concessão de tais direitos monopolísticos, são exigidos dos postulantes às patentes que atendam a certos critérios de patenteabilidade no momento em que pleiteiam o registro – dentre eles, o da promessa de utilidade. O governo do Canadá destaca que é o próprio inventor quem faz a promessa de utilidade que norteará a análise da patenteabilidade da invenção – sendo exigido apenas que demonstre a plausibilidade da promessa de aplicação da invenção (ITALAW, 2014, p. 9).

Especificamente sobre a anulação das patentes da Lilly, o governo canadense sustentou que foram feitas em observância ao devido processo legal, e tendo sido ouvidos especialistas na área da saúde em uma extensa etapa de instrução probatória – que culminou no entendimento de que não havia provas suficientes de que os inventos faziam o que prometiam no momento do registro das patentes (ITALAW, 2014, p. 24).

No que diz respeito à compatibilidade da legislação canadense com o Capítulo 17 do NAFTA, o PCT e o TRIPS, o governo do Canadá alegou que o ICSID não seria competente para apreciar tais normativas, devendo limitar-se tão somente a análise do Capítulo 11 do NAFTA e suas potenciais violações. O foro competente para apreciar violações ao TRIPS seria o órgão de solução de controvérsias da OMC, enquanto as violações ao PCT deveriam ser apreciadas pela Corte Internacional de Justiça e o Capítulo 17 do NAFTA sujeita-se a arbitragem entre Estados prevista

no Capítulo 20 do mesmo acordo (ITALAW, 2014, p. 32). De toda sorte, o governo canadense argumentou acerca da compatibilidade do seu Direito Interno com as obrigações estabelecidas por estes instrumentos internacionais, sustentando em suma que os tratados não impedem que o direito doméstico estabeleça seus próprios critérios de interpretação para os padrões mínimos internacionais.

No que tange a argumentação da Lilly acerca do Direito Comparado, o governo do Canadá afirma que as comparações feitas pela empresa eram falhas, pois não consideravam o sistema jurídico dos países comparados como um todo, mas apenas algumas previsões isoladas. Além disto, a afirmação de que apenas no Canadá tais patentes teriam sido invalidadas sob a alegação de inutilidade veio desacompanhada de demonstrações de que as descrições das patentes nos diferentes países eram idênticas ou de que a defesa das patentes perante os tribunais ocorreu de forma semelhante (ITALAW, 2014, p. 36).

No que diz respeito ao ponto central em disputa – a compatibilidade da quebra das patentes da Lilly com o Capítulo 11 do NAFTA – o governo canadense afirmou que o ICSID não deveria ser considerado como uma corte de apelação para litigantes domésticos decepcionados com o resultado de suas demandas internamente. Com efeito, sustentou que não foi este o objetivo da inclusão da regra do padrão mínimo de tratamento prevista no NAFTA. Isto significa dizer que o ICSID não deveria se manifestar quanto ao mérito da decisão tomada pelo tribunal canadense para auferir se houve um tratamento justo e equitativo por parte do governo aos investidores, sendo suficiente – para a adequação ao padrão mínimo de tratamento preconizado pelo tratado – a existência de um julgamento com observância do devido processo legal, sem discriminação, arbitrariedades ou injustiças manifestas (ITALAW, 2014, p. 38).

Além disto, o governo do Canadá sustentou que uma eventual violação do Capítulo 17 do NAFTA ou do PCT não poderia ser considerada uma violação do tratamento justo e equitativo previsto pelo Capítulo 11 – não sendo capaz de estender a jurisdição do ICSID para

julgar as controvérsias emergentes a partir destes outros instrumentos internacionais (ITALAW, 2014, p. 41).

No que tange a alegação de expropriação, o governo do Canadá sustentou que patentes são revogadas o tempo todo, em todos os países e isto não pode ser considerado como uma expropriação direta ou indireta, especialmente quando a revogação ocorre em observância do devido processo legal, sem que haja injustiças manifestas ou arbitrariedades (ITALAW, 2014, p. 41). O governo ainda avança ao afirmar que os direitos imateriais da propriedade intelectual – sobretudo em matéria de patentes – são criações legais domésticas e que portanto, podem ser revisados igualmente por cortes domésticas. Inexistindo falhas procedimentais graves, arbitrariedades ou injustiças, é questão de direito interno atestar a validade das patentes – que, em última instância, são direitos também conferidos em âmbito exclusivamente doméstico.

6. A DECISÃO DOS ARBITROS

A disputa arbitral em comento foi analisada pelo ICSID, órgão integrante mas independente do Banco Mundial, criado pela Convenção de Washington em 1965¹². Distinguir ou detalhar os procedimentos e etapas usadas para chegar à solução da controvérsia transcende o escopo deste trabalho. No entanto, importa destacar que os procedimentos da arbitragem de investimento se assemelham à arbitragem comercial internacional, sendo que os árbitros são nomeados pelas partes (no caso do ICSID, há uma lista de árbitros para serem escolhidos) – e, em uma série de países, seus laudos arbitrais são plenamente e diretamente executáveis, nos termos da Convenção de Nova Iorque¹³. Caso o país

12 A Convenção de Washington de 1965 é um dos únicos sucessos na negociação de acordos de caráter multilateral na história da regulação internacional de investimentos. Contudo, a Convenção não apresenta nenhum padrão de tratamento para os investimentos, apenas endereçando questões processuais de solução de controvérsias. Neste sentido, ver em: BUBB, Ryan J.; ROSE-ACKERMAN, Susan. BITs and bargains: strategic aspects of bilateral and multilateral regulation of foreign investment. **International Review of Law and Economics**, v. 27, n. 3, p. 291-311, Setembro, 2007.

13 Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

condenado possua bens em outros países signatários, estes também deverão dar executabilidade à decisão (COSTA, 2007, p. 341).

No tocante ao caso em comento, os árbitros reconheceram que o ICSID tem jurisdição para julgar controvérsias relativas ao Capítulo 11 do NAFTA, não tendo jurisdição geral para controvérsias que discorram sobre outras provisões do Tratado. No entanto, entendem que esta limitação da jurisdição não obrigaria o ICSID a ignorar outras provisões presentes no NAFTA e em outros Tratados celebrados pelo Estado em disputa, bem como outras regras de Direito Internacional relevantes ao caso (ITALAW, 2017, p. 27). Neste sentido, confirmou que o tribunal arbitral teria jurisdição para apreciar o caso em tela, levando em consideração as disposições do TRIPS, PCT e do Capítulo 17 do NAFTA no que aplicável para mensurar o cumprimento das obrigações constantes em seu Capítulo 11.

No mérito, porém, o ICSID concluiu que as medidas desafiadas (quais sejam, a invalidação das patentes Zyprexa e Strattera pelos tribunais canadenses) não poderiam ser consideradas uma expropriação ou tampouco uma violação do padrão mínimo de tratamento exigido pelo NAFTA (ITALAW, 2017, P. 146). Em especial, os árbitros sustentaram que o ICSID de fato não pode atuar como uma instância recursal das cortes domésticas – ainda que os Estados possam de fato ser responsabilizado por ações indevidas de suas cortes. A decisão, portanto, embora não tenha se debruçado sobre o mérito do cancelamento da patente, limitou-se a estabelecer que o decidido pelos tribunais internos respeitou o marco regulatório canadense e que o processo tramitou em observância ao devido processo legal, em conformidade com as previsões legais do país, não tendo ocorrido arbitrariedades ou discriminações que pudessem constituir infração ao disposto no Capítulo 11 do NAFTA.

O tribunal, então, julgou inteiramente improcedentes os pedidos da Lilly, condenando-a a arcar com os custos da arbitragem (no valor de US\$ 749.697,97) e arcar com 75% dos honorários advocatícios da

(BRASIL. Planalto. **Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm. Acesso em: 24 nov. 2014).

representação do governo do Canadá (no valor de CAD\$4.448.625,32).

7. RELEVÂNCIA DA DECISÃO PARA A INTERCONEXÃO ENTRE O DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E O DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Apesar do tribunal arbitral ter rejeitado as alegações da Eli Lilly no caso em comento, a decisão sustentou a possibilidade da arbitragem entre investidores e Estados ser utilizada para discutir questões relativas à propriedade intelectual. Destaca-se, dentro deste contexto, a confirmação por parte do ICSID de que patentes podem ser consideradas como investimentos, e que o tribunal teria a possibilidade de analisar violações a outros instrumentos do Direito Internacional (como o Acordo TRIPS, por exemplo), caso tais violações implicassem numa quebra de padrões de tratamento exigidos por Acordos de Investimento.

Dentro deste contexto, MUSMANN (2017, p. 3) destaca que ainda que o ICSID tenha entendido que não deve atuar como uma corte de apelação dos tribunais domésticos, é perfeitamente possível imaginar situações nas quais o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros poderia ser visto como uma opção real para defesa de patentes – como por exemplo a concessão de licenças compulsórias e mudanças legislativas ou jurisprudências que afetassem patentes já estabelecidas.

HASTREITER e WACHOWICZ (2016, p. 713-714) abordaram este assunto em trabalho anterior, quando afirmaram que a sistemática de tutela dos investimentos estrangeiros ofereceria vantagens ao inventor quando comparada aos mecanismos disponíveis nos tratados de propriedade intelectual, notadamente dentro da estrutura do Sistema Mundial de Comércio. Isto porque o sistema de solução de controvérsias da OMC é inacessível a atores privados e não possui mecanismos de coerção. O investidor/inventor, neste caso, se veria obrigado a contar com o amparo de seu país de origem para questionar as normativas de propriedade intelectual que lhes pareceriam desfavoráveis, tornando-

se, assim, dependentes da disposição política de seu Estado doméstico. No sistema de proteção dos investimentos, esta dependência não existe e o ator privado pode invocar diretamente o mecanismo e garantir sua execução.

Não obstante, a possibilidade de questionamento de decisões domésticas em matéria de propriedade intelectual perante o ICSID pode desequilibrar o balanço entre a tutela dos interesses legítimos de criadores e inventores e os igualmente legítimos interesses de difusão do conhecimento e da inovação por parte do Estado. Isso porque o panorama legal internacional em matéria de propriedade intelectual foi desenhado com o propósito de estabelecer padrões mínimos, é muito mais flexível às peculiaridades nacionais do que a sistemática de proteção aos investimentos estrangeiros e suas regras muitas vezes obscuras. Assim, os Estados acabam precisando ter em mente uma preocupação adicional em suas políticas e decisões em matéria de propriedade intelectual, já que podem vir a ter que responder por elas internacionalmente.

Dentro deste contexto, é importante destacar que os custos de participar da disputa em si pode ser problemático ao Estado, ainda que saia vencedor da disputa. HASTREITER e MUNARINI (2016, p. 738) analisaram as disputas arbitrais da Phillipp Morris contra o Uruguai e a Austrália – na qual o sistema ICSID foi utilizado para julgar violações ao direito de marca e concluíram que apesar do resultado desfavorável à empresa em ambas as disputas, os meros custos da arbitragem poderiam servir como um desincentivo à adoção de políticas públicas que pudessem ser questionadas perante o ICSID. Na disputa em comento, apesar do ICSID ter decidido inicialmente que a empresa deveria arcar com todas as custas da disputa, tal decisão foi revista e, ao final, as partes – investidor e Estado – tiveram de arcar igualmente com os custos da arbitragem. Isto significou, na prática, que mesmo não tendo violado o Direito Internacional, a simples possibilidade de questionamento dos direitos de propriedade intelectual envolvidos perante o mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado gerou custos ao Estado.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros não foi pensado para tratar especificamente das questões relativas à propriedade intelectual - mas sim, ao menos em sua origem histórica, para a tutela de investidores diante da ameaça de estatizações e nacionalizações de empresas. No entanto, há muito que tais ameaças tornaram-se anacrônicas e os acordos de investimento passaram a servir a proteção de interesses mais sutis dos investidores.

Ao contemplar direitos de propriedade intelectual no conceito de investimentos estrangeiros protegidos, o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros passa a ser uma ferramenta útil aos detentores de patentes e direitos autorais, para que defendam seus interesses no contraponto com as políticas públicas estatais dos países em que estão inseridos.

Tal possibilidade de aplicação do Direito Internacional dos Investimentos estrangeiros durante muito tempo foi hipotética e não mais do que parte de um exercício imaginário acadêmico. O caso *Eli Lilly v. Canada* é emblemático para a interconexão entre o Direito Internacional da Propriedade Intelectual e o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros na medida em que torna concreta tal possibilidade.

Apesar de terem sido julgadas improcedentes as alegações da empresa investidora, a disputa arbitral solidificou o entendimento de que os direitos de propriedade intelectual podem ser considerados investimentos e, portanto, podem ser defendidos dentro da sistemática que tutela investimentos no Direito Internacional. Além disto, o caso também confirmou a possibilidade da conformidade de políticas públicas Estatais com outros Tratados de Direito Internacional em matéria de propriedade intelectual ser questionada mediante a arbitragem entre investidor e Estado perante o ICSID, tendo em vista a vagueza intrínseca de alguns dispositivos presentes nos principais acordos de investimentos do mundo (no caso em tela, destaca-se o chamado “padrão mínimo de tratamento” previsto no NAFTA).

Esta possibilidade traz consigo uma grande vantagem aos detentores de propriedade intelectual, uma vez que lhes possibilita questionar a conformidade de políticas públicas estatais com o Direito Internacional de modo independente da vontade política de seus Estados de origem, ao contrário do que ocorre dentro do Sistema da OMC por exemplo. Tal vantagem, porém, pode desafiar o já tão sensível equilíbrio entre o incentivo à inovação e a tutela dos interesses dos inventores e criadores e as necessidades de política pública do Estado – o que pode ser especialmente problemático em especial em áreas sensíveis à saúde pública, como o setor de medicamentos, por exemplo.

Isto porque, no que toca à saúde pública, ao mesmo tempo em que se deve garantir o estímulo à inovação por meio da adequada remuneração de inventores e investidores, também é preciso garantir uma adequada divulgação das pesquisas que permita o avanço da ciência e novas descobertas, bem como uma distribuição dos benefícios do invento (o que implica dizer que devem ser acessíveis à população que deles necessitam). Como a propriedade intelectual estabelece um monopólio sobre a invenção, o poder público por vezes precisa agir relativizando os direitos monopolísticos, para que eles não signifiquem privar pessoas doentes do que pode ser a cura de suas moléstias ou a garantia de melhores condições de vida.

É dentro deste contexto que emergem os debates sobre licenças compulsórias e medicamentos genéricos – por exemplo. A sistemática do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros, porém, não foi pensada para tutela do direito exclusivo de um inventor sobre um produto que pode salvar vidas. Assim, nos acordos de investimento, as exceções típicas dos tratados de propriedade intelectual para saúde pública nem sempre estão presentes.

É possível, portanto, que os acordos de investimentos sejam usados de modo a impor obstáculos a medidas legítimas em matéria de saúde pública – além daqueles obstáculos previstos em outros tratados em matéria de propriedade intelectual. Além disto, ainda oferecem ao inventor/investidor a possibilidade de questionar diretamente - e

independentemente da vontade de seu Estado de origem – estas medidas perante o Direito Internacional.

O caso Eli Lilly foi positivo ao estabelecer que o ICSID não deve servir como uma corte de apelação dos tribunais domésticos, mas pode ser usado como precedente para outros detentores de direitos de propriedade intelectual questionarem decisões estatais em matérias de patentes e direitos do autor através do sistema de arbitragem entre investidor e Estado.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, José E. **The Public International Law Regime Governing International Investment Law**. The Hague: The Hague Academy of International Law, 2011.

BAKER, Brook K. Corporate Power Unbound: Investor-State Arbitration of IP Monopolies on Medicines – Eli Lilly and the TPP. **Northeastern University School of Law Research Paper** No. 139-2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2266507. Acesso em 28 de setembro de 2017.

BUBB, Ryan J.; ROSE-ACKERMAN, Susan. BITs and bargains: strategic aspects of bilateral and multilateral regulation of foreign investment. **International Review of Law and Economics**, v. 27, n. 3, p. 291-311, Setembro, 2007

COSTA, José Augusto Fontoura. Modelos de Solução de Controvérsias Investidor-Estado: os mecanismos nacionais e internacionais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton. **Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

HASTREITER, Michele A.; WACHOWICZ, Marcos. **A Regulação da Propriedade Intelectual nos Acordos Bilaterais de Investimento**. Anais do X Congresso de Direito do Autor e Interesse Público. Curitiba, 2016.

HASTREITER, Michele A.; MUNARINI, Monique. **O contencioso arbitral da Philipp Morris contra o Uruguai e a Austrália: expropriação do Direito de Marca ou Política Pública de Saúde legítima?** Anais do X Congresso de Direito do Autor e Interesse Público. Curitiba, 2016.

ITALAW. **Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven** – Nov. 2012. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/1625>. Acesso em 28 de setembro de 2017.

ITALAW. **Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven (Strattera and Zyprexa)** – Jun. 2013.

Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/1625>. Acesso em 28 de setembro de 2017.

ITALAW. **Government of Canada Statement of Defence** – Jun. 2014.

Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/1625>. Acesso em 28 de setembro de 2017.

ITALAW. **Final Award** – Mar. 2017. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/1625>. Acesso em 28 de setembro de 2017.

LEDERMAN, Daniel; MALONEY, William; SERVÉN, Luis. **Lessons from NAFTA for Latin America and the Caribbean**. Washington, DC: The World Bank, 2005.

MUSMANN, Thomas. *Eli Lilly v. Canada – The first final award ever on patents and International Investment Law*, **Kluwer Patent Blog**, April 4, 2017. Disponível em: <http://patentblog.kluweriplaw.com/2017/04/04/eli-lilly-v-canada-the-first-final-award-ever-on-patents-and-international-invest-ment-law/>. Acesso em 28 de setembro de 2017.

OKEDIJI, Ruth L. Is Intellectual Property “Investment”? *Eli Lilly v. Canada and the international intellectual property system*. **Univeristy of Pennsylvania Journal of International Law**, Vol. 35, Iss. 5 (2014). Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1879&context=jil>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

SANABRIA, Diego F. Ortega. Patents, promises and deference to domestic court decisions: the Eli Lilly vs Canada investment dispute under the North American Free Trade Agreement (NAFTA). **Revista de la Competencia e de la Propiedad Intelectual**. Año 12. Número 22. Otoño 2016. Disponível em: <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/151/144>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Desenvolvimento, Inovação e
Mercado**

Título:

**O MECANISMO
PROCESSUAL ADEQUADO
À PROTEÇÃO DA
TITULARIDADE DO
DIREITO DE AUTOR
DE PROGRAMAS DE
COMPUTADOR**

Sergio Franco Camerini



O MECANISMO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO DA TITULARIDADE DO DIREITO DE AUTOR DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR

PROPRIEDADE INTELECTUAL: DESENVOLVIMENTO, INOVAÇÃO E MERCADO

Autor: Sergio Franco Camerini¹

Instituição: Centro Universitário Católica de Santa Catarina

RESUMO: Este artigo visa destacar o mecanismo contemporâneo adequado para que o detentor da titularidade do direito de autor de programas de computador faça cumprir a legislação vigente, na hipótese em que se verifique a violação deste, através da tutela jurisdicional para a efetiva obtenção, satisfação e proteção de seu direito. Delimitou-se ainda como variável de pesquisa o ilícito civil de caráter indenizatório, ou seja, a contrafação, suas possíveis consequências e reflexos econômicos e sociais. Pretende-se despertar a atenção para a necessidade da efetiva prestação da tutela jurisdicional, por parte de estado-juiz, na concessão da medida inerente à assecuração da prova, considerando que não é raro encontrar-se decisões indeferindo o pleito à tutela jurisdicional reivindicada pelo detentor, situação que torna letra morta o direito material além de flagrante insegurança jurídica ao instituto inerente à propriedade intelectual. O desenvolvimento do estudo deu-se através de pesquisa bibliográfica e no empirismo do autor. Já como resultado apresentar-se-á o meio processual cabível, ou seja, a tutela provisória de urgência cautelar antecedente, como novidade no ordenamento pelo advento do Código de Processo Civil de 2015, que torna a persecução processual uníssona, eliminando assim o instituto do processo cautelar autônomo anteriormente necessário, trazendo celeridade ao rito. Inegável projetar-se os nefastos reflexos econômicos, financeiros e sociais advindos desta desleal prática de violação de direitos autorais, consubstanciado na ausência da manutenção regular da atividade econômica que culmina na não geração de emprego, renda e tributos, sendo estes recursos necessários

¹ Advogado. Pós-Graduando em Direito de Empresa pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Associação Catarinense de Ensino - ACE/FGG. Pós-Graduado em Gestão Financeira pela Faculdade Cenecista de Joinville - FCJ. Graduado em Tecnologia da Informação pela Faculdade de Processamento de Dados de Joinville - UDESC.

para a manutenção da sociedade e do estado.

Palavras-Chave: Contrafação. *Software*. Tutela Provisória de Urgência Cautelar Antecedente.

1.INTRODUÇÃO

Diante da facilidade inerente à realização de cópias de um programa de computador, (adiante, software), tendo em vista a sua natureza intangível, tem-se como prudente considerar a possibilidade de que o direito material substancial não venha a ser observado por eventual parcela das pessoas que se relacionam em sociedade.

Em virtude da consequente intensificação na utilização desse importante ativo intangível, o software, e considerando que a Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES)², entidade representativa do setor de empresas desenvolvedoras de programas de computador, divulgou através de seu sítio na internet a pesquisa global de software, de autoria da Business Software Alliance (BSA)³, a maior defensora do setor global de software perante governos e no mercado internacional, a qual conclui que no Brasil, o percentual de softwares não licenciados é de 47%, conforme a edição 2016 sobre o uso irregular de softwares em todo o mundo.

Tem-se o propósito de identificar e chamar a atenção para o mecanismo processual contemporâneo e adequado para postular-se a efetiva prestação jurisdicional por parte do estado-juiz, à garantia da preservação do direito material substancial do titular do direito autoral do software, em face do significativo percentual de cópias e licenças de uso contrafeçadas no Brasil.

Primeiramente, com esteio no ordenamento normativo que tutela o instituto em estudo, e considerando o nível da audiência do público que se pretende levar à apreciação deste trabalho, dar-se-á ênfase e

2 Disponível em: <<http://www.abessoftware.com.br/noticias/denuncias-de-uso-ilegal-de-softwares-ja-ultrapassam-volume-registrado-em-2015>>. Acesso em 04 de set. 2017.

3 Disponível em: <<http://www.bsa.org/news-and-events/news/2016/may/05252016globalsoftwaresurvey>> Acesso em 04 set. 2017.

destaque aos ditames constitucionais que o tutelam, considerando que as normas de direito material substancial encontram-se postas com esteio nas convenções, tratados internacionais ratificados e nas leis especiais vigentes.

Em um segundo momento, abordar-se-á a parte instrumental, ou seja, o mecanismo processual atinente à postulação, admissibilidade, produção e à assecuração da prova a qual objetiva tutelar o direito material, bem como o avanço trazido pela contemporaneidade e dinamicidade deste instituto, à luz do Novo Código de Processo Civil, o qual apresenta inegável vantagem frente ao *modus operandi* atinente a lei processual revogada.

Enfeixando o estudo, surge a oportunidade de abordar-se, de maneira ilustrativa e superficial, quais os prováveis resultados e reflexos advindos da concessão, ou da não concessão, da tutela jurisdicional, sendo sua perfectibilização função privativa do estado-juiz.

2. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO MATERIAL

Como supedâneo no que estabelece a carta magna⁴ vigente desde 1988, a qual confere especial destaque ao direito autoral ao incluí-lo em seu título II, dos direitos e garantias fundamentais, já no capítulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos, o que se observa nos ditames do artigo 5º e, em especial, em seus incisos XXVII e XXXV, vejamos:

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

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

⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 set. 2017.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Por esta importante via, tem-se claramente estabelecido o direito dos autores e a inafastabilidade da tutela jurisdicional, sendo esta, função privativa do estado.

Nesta toada, e à luz da constituição, o legislador ordinário, a seu tempo, pôs-se a elaborar os demais diplomas legais que integram o arcabouço jurídico pátrio acerca de propriedade industrial, propriedade intelectual de programa de computador e direitos autorais e os que lhe são conexos.

A primeira vista surge a Lei nº 9.279/96⁵, que regula direitos e obrigações relativas à propriedade industrial, na sequência edita-se a Lei nº 9.609/98⁶, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no país, e dá outras providências, ato contínuo e na mesma data a Lei nº 9.610/98⁷ que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

A primeira lei acima citada é conhecida como a Lei de Propriedade Industrial, a segunda é denominada *lato sensu* como Lei do Software, já a terceira, no mesmo diapasão, é chamada de Lei dos Direitos Autorais.

Não é objeto deste trabalho adentrar nos artigos específicos das supracitadas leis especiais, conquanto estas também disciplinam outras questões que fogem ao escopo, considerando a intenção de manter o foco no propósito deste, que é dar ênfase ao mecanismo processual adequado para exercer e pleitear a tutela jurisdicional estatal, o que será abordado em destaque mais à frente.

Por outro lado, destaca-se e chama-se a atenção para a interdependência entre estas leis especiais, vínculo este de dependência

5 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm> Acesso em 02 set. 2017.

6 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm> Acesso em 02 set. 2017.

7 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm> Acesso em 02 set. 2017.

material entre a Lei do Software e a Lei de Direitos Autorais e Conexos, no que tange ao programa de computador.

A primeira define o que é um programa de computador e regulamenta o seu uso, destacando que a regularidade para o uso deste importante ativo intangível se encontra consubstanciada em manter-se o necessário contrato de licença. Além disso, o mesmo diploma legal estabelece sanções cabíveis em caso de seu descumprimento.

Já a segunda lei especial imbricada à primeira, traz ao instituto o ilícito civil que se materializa em eventual situação em que possa constatar a utilização ou a instalação de cópia de software sem o necessário contrato de licença de uso. Emerge nesta o ilícito civil da contrafação, ou seja a reprodução não autorizada, enquadrando também o programa de computador como obra intelectual, e ainda na toada regulamentadora, esta implementa sanções em caso de violações à titularidade dos direitos autorais de software.

Neste ritmo das coisas, e em sede de enfeixar a regulamentação inerente ao direito material substancial que tutela a proteção à titularidade dos direitos autorais patrimoniais do autor do software, não pode-se olvidar de citar-se o Decreto do Chefe do Executivo Federal de nº 1.355/94⁸.

O decreto em questão promulga a ata final que incorpora os resultados da rodada do Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT⁹, tendo o objetivo de que as diretrizes estabelecidas nesta rodada sejam executadas e cumpridas pelo Brasil em sua integralidade.

Por si só, esse tema nos conduz a um terreno fértil para pesquisa e estudo, contudo, em sede de concluir-se este tópico, cita-se que as diretrizes advindas da rodada do Uruguai trouxeram importantes resultados e garantias aos detentores da titularidade do direito do autor, culminando no acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade

8 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm> Acesso em 03 set. 2017.

9 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf> Acesso em 03 set. 2017.

intelectual relacionados ao comércio, acordo esse também chamado e conhecido como TRIPs¹⁰, com relevante destaque a questões inerentes a programas de computador.

Até aqui, encerra-se este destacando-se a existência e a disponibilidade, de farto arcabouço normativo, a nível nacional e internacional, o qual tutela o direito material substancial do titular do direito patrimonial do autor de software.

Por esta senda, tem-se que, em razão desta tutela normativa, cabe ao detentor da titularidade em questão reivindicar a tutela jurisdicional na hipótese de que seus direitos não estejam sendo eventualmente observados por terceiros. É o que se demonstrará a seguir.

3. O PROCESSO CIVIL À PROTEÇÃO DA TITULARIDADE DO DIREITO PATRIMONIAL DO AUTOR DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR

Com esteio na proteção conferida pela legislação inerente ao direito material, faz-se necessário que os detentores da titularidade do direito autoral patrimonial possam ter acesso a mecanismos adequados para que se façam cumpri-los e respeitá-los.

Isto não ocorrendo, tornar-se-ão letra morta os preceitos normativos inerentes ao direito material, culminado na ineficácia do texto legal em face de sua inaplicabilidade.

Importante destacar que a eventual afastabilidade da jurisdição por parte do estado, ao denegar a tutela protetiva aos jurisdicionados, além de macular o instituto, gera prejuízos também aos sujeitos do processo e indiretamente à toda a sociedade.

Nesse passo, abordar-se-á a seguir o mecanismo para a obtenção e materialização da prova, e, na sequência, o rito processual adequado à luz do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015¹¹.

10 Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>> Acesso em 01 set. 2017.

11 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105>.

Objetiva-se proporcionar a compreensão de maneira didática do instituto processual, o qual restou remodelado recentemente, e busca-se fazê-lo com supedâneo em doutrina contemporânea.

3.1 OBTENÇÃO E ASSEGURAÇÃO DA PROVA

Posto isso, e na eventualidade de que o titular do direito autoral patrimonial do software tome conhecimento que está-se fazendo uso de cópias de licenças de uso de seu aplicativo, programa ou software, sem a necessária regularidade preconizada na legislação material vigente, o que já restou demonstrado neste, tornar-se-á necessário que a provável situação fática seja averiguada in loco.

Por esta vertente, tem-se como importante destacar que o direito material, bem como o direito processual, tutelam a todos os jurisdicionados, sejam eles os titulares do direito autoral, bem como os usuários finais destas obras.

Oportuno trazer à baila, ainda neste momento, o que dispõe a lei de introdução às normas do direito Brasileiro, ou seja, o Decreto Lei nº 4.657/42¹², em seu artigo terceiro, o qual diz que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”

Ocorre que o titular do direito autoral não possui poder de coerção, tão pouco poder de império, para implementar autonomamente qualquer ação ou medida que objetive coibir à prática deste ilícito, não conseguindo fiscalizar o pretense infrator.

Deste modo, com o objetivo de constatar a veracidade fática e coibir a provável prática ilícita, procedimento este que culminaria ainda na obtenção, preservação e asseguarção da prova que lhe é necessária para o pleno exercício de seu direito, sendo este, na seara cível, o pleito indenizatório.

Nessa esteira, terá ele que solicitar a tutela jurisdicional, no intuito

htm: Acesso em 01 set. 2017.

12 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>
Acesso em 01 set. 2017.

de que se faça valer e que se observem as normas de direito material vigentes, com a finalidade de que se possa produzir a prova material, inerente a situação fática perpetrada in loco, ou seja, na sede ou local da provável perpetração do ilícito.

A propósito, como consta na obra Crimes Modernos: o impacto da tecnologia no direito, “que a produção de provas é indubitavelmente uma das maiores barreiras à serem transportadas no tocante à condenação pela prática dos “crimes” modernos”. (ZANIOLO, 2012, p. 42).

Ainda no mesmo rumo, preceitua (ZANIOLO, 2012, p.43) “que qualquer meio de prova poderá ser empregado, de modo a buscar a verdade real dos fatos, desde que de cunho legal e moral”.

A corroborar com o exposto acima, e frente a impossibilidade do titular do direito autoral em instruir seu pleito indenizatório, consubstanciado na ausência de prova material, pois até este momento, o que ele possui é a mera expectativa de estar-se violando os seus direitos, consubstanciado costumeiramente em denúncia anônima recebida, não resta outra alternativa a ele, a não ser que o pleito de tutela jurisdicional inicie-se pela postulação de produção de provas pelo juízo.

Nesse sentido, o juízo poderá valer-se de um auxiliar, neste caso um perito de confiança consubstanciado no artigo 465¹³ do Código de Processo Civil de 2015, o qual poderá ser nomeado para a produção da prova in loco, desde que ocorra o acolhimento do pleito do titular do direito autoral, o que é plenamente factível.

No caso da produção de prova, com foco no ilícito civil de contrafação atinente ao software, a espécie de perícia à ser pleiteada é a de vistoria, alinhado com os ditames do artigo 464¹⁴ do código processual.

Por oportuno, e apenas à título de conferir norte ao entendimento deste instituto de produção de prova, sem a mínima pretensão de esgotar o tema, aduz-se ainda, mais alguns esclarecimentos de Zaniolo, pelo que reproduz-se a seguir:

13 Art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo.

14 Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

Ademais, a perícia tem por fim a percepção de fatos (declaração de ciência - relacionado a ciente, não a científico) ou a apreciação de fatos (afirmação de um juízo - dependendo de conhecimentos específicos), sendo mais comum a conjugação dessas finalidades. (ZANIOLO, 2012, p. 496).

Por essa esteira, prossegue o autor:

A perícia forense computacional, objeto do presente capítulo, pode ser conceituada como “o processo de utilização do conhecimento das Técnicas e Metodologias criadas na Computação Forense, aplicado com o apoio de ferramental apropriado para obter dados e artefatos e tendo por objetivo qualificá-los como vestígio, evidências ou prova no âmbito judicial.” (ZANIOLO, 2012, p. 497, grifo do autor).

Por derradeiro neste tópico, destaque-se que o titular do direito do autor do software, necessitará inegavelmente da efetiva e eficiente prestação jurisdicional por parte do estado-juiz, para que se possa, em eventuais casos de violação de seu direito, vê-lo respeitado e mantida a expectativa de ver cumpridas as garantias que lhe foram então asseguradas.

3.2 O MECANISMO PROCESSUAL ADEQUADO

Passa-se, a partir deste momento a demonstrar-se o mecanismo processual pertinente e cabível para a busca da tutela jurisdicional por parte de possíveis interessados, à luz do novo Código de Processo Civil e da doutrina contemporânea.

Já de início, inova o legislador ordinário quando implementa o modelo cooperativo para o processo, ainda na parte principiológica do novo código, o que resta estampado no artigo sexto, quando diz que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Pela hermenêutica do preceito normativo acima, entende-se que todos, juízo e partes, devem agir cooperativamente na busca da celeridade processual e de uma decisão justa e efetiva. Por esta via, tem-se que a prova pericial a ser produzida pertence a todos os sujeitos do processo.

Até este momento, e ciente do direito material substancial que dá

guardada ao instituto em comento, não restam dúvidas de que o pretense, e possível interessado, usufrui de legitimidade e legalidade para a proposição do pleito, através da probabilidade do direito a ser acautelado, o qual deverá restar evidente em sua postulação para a apreciação do juízo em sede de cognição sumária.

Vale lembrar que este direito tutela ambas as partes, como fez-se questão de destacar anteriormente.

Deste modo, passa-se a abordar o instituto processual que deverá vir à ser invocado pelo possível interessado para a verificação de provável violação do direito autoral de software.

Dessa forma, e em observância ao caráter instrumentalizador da norma cogente de interesse público, ou seja, do novo Código de Processo Civil, têm-se como sendo o meio mais adequado o que encontra-se disciplinado no livro V - Da Tutela Provisória - ainda na parte geral do código, donde destaca-se já nas disposições iniciais os mandamentos abaixo:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

O destaque de gênero, dado ao instituto da tutela provisória pelo legislador, deve ser evidenciado neste momento e observado pelos operadores do direito.

As inovações trazidas ao instituto das tutelas provisórias, produzem e implementam importante agilidade ao rito processual, as quais ganham ênfase ao observar-se o que preceitua a doutrina contemporânea, conforme segue:

Os sinais enviados pela prática mostraram, no entanto, que uma adequada distribuição do ônus do tempo no processo e a percepção de que a técnica processual só tem sentido se vista na perspectiva da

tutela dos direitos são imprescindíveis para que a administração da justiça civil consiga obter seus fins de forma idônea. Com isso, procurou-se uma correção de rumo - e o combate contra a morosidade na prestação da tutela jurisdicional e contra o asséptico processualismo acabaram sendo travados com a colaboração da conjugação da *técnica processual com a tutela dos direitos* - e especialmente no que agora interessa, com a compreensão da *tutela dos direitos na perspectiva da técnica antecipatória*. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, v.II, p. 196, grifo do autor).

E os doutrinadores colaboram muito com o instituto, aduzindo as principais alterações e destacando os caminhos trazidos pelo novo diploma processual, pelo o que se destaca abaixo:

O código vigente não dedicou às “tutelas provisórias” um *processo autônomo* - tal como no Código Buzaid, em que originalmente toda e qualquer providência provisória tomada mediante cognição sumária necessariamente deveria ser instrumentalizada mediante *processo cautelar*. A lógica por detrás da atitude do legislador de então - totalmente submersa no processualismo cientificista - estava em separar de um lado a *atividade de cognição e de execução* em dois processos distintos e de outro os *provimentos provisórios* do processo cautelar dos *provimentos definitivos* dos processos de conhecimento e execução. Embora tenha incorrido no equívoco de acentuar a característica meramente processual da provisoriedade dos provimentos em detrimento da relação entre a técnica antecipatória e a tutela dos direitos, o legislador pelo menos reconheceu a necessidade de o procedimento comum contar com atividade de cognição e de execução e de poder gerar decisões provisórias e definitivas sobre o mérito da causa. Essa percepção, herdada das reformas do Código de 1973, fez com que a técnica antecipatória fosse prevista na parte geral, podendo ser utilizada de maneira *incidental* ou *antecedente* tanto no *procedimento comum* com em qualquer *procedimento diferenciado* (arts. 294, parágrafo único, e 303 a 310). (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, v.II, p. 196/197, grifo do autor).

Em sede de aplicabilidade, e consubstanciado na tutela provisória, aqui entendida como sendo o gênero do instituto das tutelas trazidas pelo novo código processual, tem-se que a espécie que se adéqua ao caso de violação de direitos do autor de software, é a tutela provisória de urgência cautelar antecedente.

Por essa via, com esteio na doutrina, cabe trazer à luz as distinções entre o instituto da tutela provisória de urgência de caráter *satisfativo* e a

de caráter *cautelar*, destacando ainda a sua referibilidade, como ensinam os autores:

O assunto tratado nos arts. 294 a 311 é o da tutela de urgência, que pode prestar tutela satisfativa ou tutela cautelar aos direitos mediante provimentos provisórios fundados em cognição sumária. A tutela satisfativa pode levar à tutela preventiva contra o ilícito (contra a sua ocorrência, continuação ou repetição - tutela inibitória), à tutela repressiva contra o ilícito (para remover os efeitos concretos do ato ilícito - tutela de remoção do ilícito), à tutela ressarcitória (na forma específica ou pelo equivalente ao valor do dano) e à tutela do adimplemento (na forma específica ou pelo valor equivalente da prestação). Para que seja possível a realização da tutela satisfativa do direito, pode ser necessário alcançar-se mão da tutela cautelar - que visa assegurar que a tutela satisfativa possa futura e eventualmente ocorrer. Existe direito à satisfação dos direitos e existe direito à sua asseguuração - que é um direito referível àquele. Isso quer dizer que a técnica processual tanto pode levar à prestação da tutela satisfativa como à prestação da tutela cautelar. É nesse sentido que o legislador refere que a tutela provisória de urgência pode ser satisfativa (antecipada) ou cautelar (art. 294 § único). A técnica processual pode levar à tutela específica e à tutela pelo equivalente - ou pode simplesmente acautelar a fim de que essas tutelas um dia possam ocorrer. Todas as tutelas podem se alcançadas pelo procedimento comum e pelo emprego da técnica processual (arts. 294, 300 e 311). (MARI-NONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, v.II, p. 197).

Por essa ótica, cabe destacar também que a tutela provisória de urgência cautelar, encontra-se delimitada no capítulo I das disposições gerais do código processual, compreendida nos artigos 300 a 302, conforme restam demonstrados a seguir:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º-Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º-A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º-A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Importante destacar que o legislador processual legou mecanismos de tutela para ambas as partes, é o que se observa nos ditames do artigo 300 e seu § 1º supra, em consonância com o que preconiza a doutrina, conforme o que segue:

Como a decisão em cognição sumária implica *assunção de riscos*, o legislador possibilita a sua subordinação à prestação de caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, v.II, p. 197, grifo do autor).

Em razão da especificidade do tema, bem como da intangibilidade de um programa de computador, é importante destacar que a tutela provisória de urgência cautelar deverá ser requerida em caráter antecedente, em consonância com os artigos 305 a 310 do mesmo diploma legal, legando à ela o caráter preparatório e objetivando a assecuração do direito e a obtenção da prova, como destaca-se no artigo abaixo:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, **a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.** (grifei).

Assim sendo, visualiza-se que o instituto em questão encontra-se devidamente instrumentalizado pela legislação processual vigente para a sua aplicabilidade, prevendo o legislador garantias para ambas as partes no processo.

Outra importante inovação processual que merece destaque, fica por conta do que dispõe o artigo 308 e seus parágrafos, uma vez que a persecução processual seguirá em marcha nos mesmos autos, eliminado assim o antigo caráter autônomo e especial do processo cautelar regido pelo código processual revogado.

Esta unicidade gera celeridade ao rito e economia processual, legando vantagens aos jurisdicionados e aos operadores do direito, é o que se observa nos próprios artigos:

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Destaca-se também dos ensinamentos doutrinários, a ênfase à tutela cautelar antecedente e à referibilidade entre o caráter preparatório e o caráter satisfativo, inerente ao instituto:

Como a tutela cautelar pode ser necessária *ante causam*, já que muitas vezes desenvolve uma função preparatória em relação à tutela satisfativa, dada a referibilidade que une ambas as tutelas, nosso legislador prevê o regime da tutela cautelar antecedente nos arts.305 a 310. Para a tutela cautelar, dada a sua referibilidade, o legislador não prevê a possibilidade de estabilização. Pelo contrário, prevê a sua extinção, acaso não prevista a ação tendente à prestação de tutela satisfativa do direito (art.309, I). (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, v.II, p. 218, grifo do autor).

Em outra passagem, ainda nesta doutrina, merece destaque o que consignam os doutrinadores “que a lide cautelar não se confunde com a lide satisfativa”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, v.II, p. 218).

Por todo o exposto, tem-se que a legislação processual civil disponibiliza mecanismos para a tutela e à proteção da titularidade de autor de programa de computador, para fins de obtenção e assecuração da prova, sendo função do estado-juiz conferi-la atendidos e os requisitos normativos que tutelam o instituto.

3.3 A MODALIDADE DE PROVA A SER PLEITEADA

Neste sentido, caberá ao titular do direito autoral solicitar a tutela jurisdicional e pleitear a produção antecipada da prova, sendo que essa modalidade encontra-se delimitada nos artigos 381 e 382 do código processual, em destaque:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair.

Ainda, em uma análise mais acurada do novo código, e em sintonia com a doutrina contemporânea, há que se observar a possibilidade de

poder-se inibir a prática de um ilícito, sendo que, para essa finalidade, não é cabível a exigência da materialização de um dano e da ocorrência de culpa ou dolo, esse é outro grande avanço processual inerente ao instituto, e o que ensinam os doutrinadores conforme segue:

Em primeiro lugar, imaginou que a tutela antecipada só pode combater um “perigo de dano”, ignorando que se é perfeitamente possível a obtenção de tutelas finais contra o ilícito (como a tutela inibitória e a tutela de remoção, art. 497, parágrafo único), *deve ser obviamente possível obtê-las igualmente de maneira antecipada*. Logo: a tutela antecipada serve não só para combater um “perigo de dano”, mas também um “perigo de ilícito. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, v.II, p. 199, grifo do autor).

Por essa senda, vale destacar os ditames do artigo citado na doutrina:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, **é irrelevante (grifei)** a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Por este viés, e em uma interpretação sistematizada da legislação de direito material e processual, mais uma vez, vem à baila a argúcia dos doutrinadores, conforme segue:

Como está claro, nos casos em que o direito do autor (que deve ser mostrado como provável, uma vez que a probabilidade do direito é requisito para a própria concessão da tutela antecipada) está sendo ameaçado por perigo na demora, é ilógico não se conceder a tutela sumária com base no argumento de que ela pode trazer um dano ao direito que é improvável. O direito fundamental estaria sendo negado se o juiz estivesse impedindo de conceder a tutela antecipada apenas porque corre o risco de causar prejuízo irreversível. A superação da proibição da concessão de antecipação da tutela cujos efeitos são irreversíveis pressupõe a demonstração de que a vedação, acaso observada no caso concreto, frustrará o direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva do direito do autor. A resistência à superação deve ser tanto menor quanto maior for o perigo de o direito do autor ser violado igualmente de maneira irreversível sem a antecipação da tutela e quanto mais importante

for constitucionalmente o bem jurídico que se pretende proteger com a técnica antecipatória. Nesse caso, deve prevalecer a lógica da tutela do direito provável em detrimento do direito improvável, sob pena de a ordem jurídica confessar-se impotente diante da ameaça ou da efetiva violação dos direitos. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, v.II, p. 204/205).

Merece destaque observar que quem postula a produção da prova é o titular do direito autoral, mas quem a produz é o juízo.

Por este caminho, é imprescindível para a obtenção da tutela pretendida que a produção da prova ocorra no momento pertinente, e de modo adequado, na esteira do que é possível na ordem jurídica vigente, ou seja, com o manejo do mecanismo em destaque, consubstanciado no pleno exercício da tutela provisória de urgência cautelar de caráter antecedente.

Deste modo, tem-se que o estado-juiz não pode afastar-se da aplicabilidade do poder geral de cautela, considerando que ele é inerente ao exercício regular da jurisdição e função privativa do estado, sob pena de estar-se negando acesso à justiça e ferindo de morte o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Assim sendo, dá-se destaque ao caráter liminar que deverá ser implementado ao pleito, bem como à necessidade de postergação da oitiva da parte requerida, desta forma, e com esteio nos ensinamentos doutrinários, reproduz-se o que segue abaixo:

A tutela provisória pode ser prestada liminarmente ou após justificação prévia, isto é, após a oitiva da parte contrária (arts. 300 §2º, e 311 parágrafo único). Se a tutela é prestada liminarmente, o direito ao contraditório tem a sua realização postergada para depois da oitiva réu. Quando a parte postula tutela do direito mediante decisão provisória fundada na urgência, o contraditório poderá ser postergado: (i) quando a oitiva da parte contrária for capaz de colocar em risco a possibilidade de obtenção da tutela específica do direito do autor, isto é, quando a demora inerente à formação do contraditório implicar concretização da ameaça que se pretende inibir, reiteração de ilícito ou a sua continuação, ocorrência do dano irreparável ou de difícil reparação ou agravamento injusto do dano experimentado pela parte; (ii) quando a oitiva da parte contrária for capaz de colocar em risco a eficiência da tutela provisória, isto é, quando a atuação da parte contrária for capaz de

frustrar o resultado que com ela se pretende obter. A possibilidade de o tempo ou a atuação da parte contrária frustrar a efetividade da tutela sumária constitui pressuposto para postergação do contraditório no processo civil. Isso vale tanto para a concessão de liminar da tutela satisfativa (tutela antecipada) para a tutela cautelar. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, v.II, p. 206/207).

O mecanismo processual trazido à baila é deveras eficaz para a proteção da titularidade do direito do autor de software, considerando sua natureza acauteladora, pois além de assegurar a obtenção da prova material, preserva também o direito.

A assertiva contida no parágrafo anterior, obtêm guarida nesta doutrina, pelo que reproduz-se o texto abaixo:

Quando, porém, é prestada tutela cautelar ao direito, estabelece-se outra espécie de relação - que não é de ordem processual e não é de identidade: trata-se da relação entre tutela cautelar e tutela satisfativa. Nesse caso, tem-se *uma relação material e de referibilidade*: a tutela cautelar é referível à tutela satisfativa, porque o seu objeto está justamente em assegurar a sua eventual e futura realização. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, v.II, p. 212, grifo do autor).

Desta feita, restou demonstrado neste tópico as inovações incorporadas ao instituto processual da tutela provisória de urgência cautelar antecedente, sendo que estes merecem destaque também no que preceitua a doutrina contemporânea.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho detém importância para a área, na medida em que chama a atenção e apresenta os principais avanços trazidos às regras instrumentalizadoras processuais, através do novo Código de Processo Civil, considerando ser esta a esfera de competência para a postulação da tutela jurisdicional para a constituição e assecuração da prova, bem como para o eventual pleito indenizatório.

Demonstrou-se a efetiva possibilidade da realização, constituição e assecuração da prova por parte do juízo, situação em que esta encontrar-

se-á à disposição de todos os sujeitos do processo, podendo ser aproveitada por quaisquer das partes em sede de uma valoração democrática das provas, resultante de uma nova dinâmica em um processo cooperativo.

Constata-se ainda que o eventual deferimento da tutela jurisdicional, por parte do estado-juiz, todos os sujeitos do processo a obtém, de forma direta, reflexiva ou indireta, pois as normas de direito material substancial protegem a todos indistintamente, seja ele a parte requerente ou a parte requerida e até mesmo o estado-juiz, situação esta que confere segurança jurídica ao instituto, uma vez que através deste mecanismo preserva-se o registro da situação fática perpetrada, bem como preserva-se e protege-se direitos processuais.

Por outro viés, tem-se que a não concessão da tutela jurisdicional por parte do estado-juiz, a quem de direito possa fazer uso, lega a este à afastabilidade da jurisdição, maculando o instituto inerente a propriedade intelectual, tornando letra morta as normas de direito material e conferindo aos atores da sociedade da informação e da economia digital, nítidos reflexos de insegurança jurídica.

A assertiva acima encontra-se consubstanciada na não apreciação pelo estado-juiz à ameaça ao direito de titularidade do autor de software, na medida em que o órgão jurisdicional exime-se da jurisdição ao não tutelar nenhum dos sujeitos do processo, inclusive o próprio estado.

Deve-se chamar a atenção também para os reflexos negativos à economia, na medida em que os sujeitos que utilizam cópias de programas de computador contrafeitas, além de estar violando frontalmente o instituto da propriedade intelectual afeto ao direito autoral, o estão fazendo em descumprimento à manutenção da regular atividade econômica, consubstanciados no não recolhimento de tributos aos cofres públicos, espalhando assim danos à toda coletividade.

A situação fática descrita no introito deste artigo, consubstanciada nos resultados das pesquisas divulgadas, sem sobra de dúvida, lega ao titular do direito, bem como ao estado-juiz, interesses econômicos recíprocos, pois é cristalino que o exercício regular da atividade econômica gera resultados para quem corre o risco, ou seja, para o autor, empreendedor ou

investidor, bem como para o setor público, denominado como o primeiro setor da economia, através dos tributos que são gerados e recolhidos para, entre outros fins, a manutenção dos órgãos públicos que se encontram constituídos para servir aos jurisdicionados.

A importante novidade trazida à baila neste trabalho, diz respeito à unificação processual, na medida em que o novo Código de Processo Civil extinguiu a autonomia do processo cautelar, conforme vigia no código revogado.

A unicidade processual e a simplificação do instituto, oportunizam a adoção de medidas de salvaguarda relacionadas à prevenção de possíveis danos que venham a afetar o objeto do processo relacionado diretamente ao pedido principal, objetivando facilitar o acesso à justiça pelos jurisdicionados.

Isto resta caracterizado na medida em que os mesmos autos que se utiliza para o pleito da cautelar serão utilizados para o pleito do pedido principal, eliminando-se etapas e legando a tão perquirida celeridade processual.

Finalizando, e considerando que a cognição sumária é realizada no juízo cível de primeira instância, deve-se destacar ainda que, sob a égide do novo Código Processual Civil, o livre convencimento motivado não encontra mais aplicabilidade tão pouco pertinência, ao passo que o artigo 131 do código Buzaid, o qual estabelecia que o juiz apreciaria “livremente” a prova, foi substituído pelo artigo 371 do código Fux, que determina que não cabe mais a interpretação subjetiva do juiz, que deverá indicar na decisão “as razões da formação de seu convencimento.”

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE
- **ABES**. Notícias: <http://www.abessoftware.com.br/noticias/denuncias-de-uso-ilegal-de-sofware-s-ja-ultrapassam-volume-registrado-em-2015>. Acesso em 28.11.2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** de 05 de outubro de 1988. Brasília: Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 jun. 2017.

_____. **Decreto.** n.º1355, de 30 de dezembro de 1994. Brasília: Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. **Decreto-Lei.** n.º4.657, de 04 de setembro de 1942. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 06 fev. 2017.

_____. **Lei de Propriedade Industrial.** Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.html> Acesso em: 06 fev. 2017.

_____. **Lei do Software.** Lei n.º 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Brasília: Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em: 06 fev. 2017.

_____. **Lei de Direito Autoral.** Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 06 fev. 2017.

_____. **Código Processo Civil.** Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 fev. 2017.

BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE - **BSA.** Notícias e Eventos: Disponível em: <<http://www.bsa.org/newsandevents/news/2016/may/05252016globalsoftwaresurvey>>. Acesso em 08.06.2017.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II.** 1ª. ed. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANIOLO, Pedro Augusto. **Crime Modernos: o impacto da tecnologia no direito**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2012.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Desenvolvimento, Inovação e
Mercado

Título:

A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PENAL E VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Thales de Carvalho Magalhães
Allan Rocha de Souza



A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PENAL E VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Autores: Thales de Carvalho Magalhães¹; Allan Rocha de Souza²

Instituição: Damásio Educacional

Resumo: No contexto do julgamento dos crimes de Violação de Direitos Autorais busca-se o esclarecimento quanto a competência criminal que inexoravelmente abrange também, na maioria das discussões, o delito de Descaminho, haja vista que em certas circunstâncias por meio de um mesmo comportamento, pode o agente, ao menos em tese, praticar ambas as figuras criminosas, o que resulta em consequências no direito material e também em matéria processual. Tem-se, portanto, como objetivo analisar aspectos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto, a fim de apontar sobre cada uma das questões tormentosas os entendimentos adotados, esclarecendo-os e indicando o fundamento legal e ou principiológico adotados.

1 Pós-Graduando em Direito Penal pela Faculdade Damásio Educacional. Graduado em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios. Pesquisador do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. Advogado. E-mail: thalesmagalhaes@adv.oabsp.org.br. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9779420356746265>

2 Professor e Pesquisador de Direito Civil e Propriedade Intelectual no Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR). Professor e Pesquisador de Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento na UFRJ (PPED/IE/UFRJ). Pesquisador Visitante do Oxford Intellectual Property Research Centre (OIPRC), Faculty of Law, Oxford University. Vice Coordenador e Pesquisador do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: allanrsouza@gmail.com . CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>

1. INTRODUÇÃO

Os direitos autorais tratam de bem jurídico de significativa relevância conferida pelo legislador. Encontra proteção constitucional³, cível⁴, criminal⁵ e a depender do caso no âmbito administrativo, como se dá, por exemplo com os regulamentos relacionados ao plágio. Nesse contexto, busca-se pelo presente artigo examinar as figuras típicas dos crimes de Violação de Direitos Autorais e também o Descaminho, as regras gerais de competência de julgamento em sede criminal, bem como as questões controvertidas que envolvem os dois delitos.

O objetivo pretendido é elucidar as questões que envolvem esses crimes, em especial na matéria de competência de julgamento. A metodologia utilizada consiste, sobremaneira, na análise dos entendimentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como pela doutrina pátria. Sem o intuito de defender tal ou qual entendimento, busca-se problematizar as discussões, contextualizando-as. Este é um trabalho inicial no qual serão incorporados outras reflexões sobre os aspectos penais e processuais penais envolvendo os direitos autorais.

2. A IDENTIFICAÇÃO E DIFERENÇA ENTRE OS CRIMES DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORA E DESCAMINHO

É bastante comum, sobretudo nas regiões de fronteiras nacionais, que na apreensão de materiais que constituem, em tese, objeto do crime de Violação de Direito Autoral, seja o acusado incurso também nas penas correspondentes ao crime de Descaminho, posto que em certas circunstâncias as condutas dos delitos guardam semelhança entre si, a despeito de tratarem-se de crimes com características totalmente distintas. Para melhor esclarecimento, necessário se faz, inicialmente, traçar essas distinções. Para tanto, imprescindível conhecer cada um dos delitos, seus elementos e características.

3 Constituição da República Federativa do Brasil/1988. art. 5º incisos XXVII a XXIX

4 Lei 9.610/1998

5 Art. 184 do Código Penal

Inicialmente, impende examinar o conteúdo normativo presente no art. 184⁶ do Código Penal, o denominado crime de Violação de Direito Autoral.

Trata-se de tipo previsto no título III, capítulo I, da parte especial do Código Penal brasileiro. Portanto, crime contra a propriedade imaterial, especificamente a propriedade intelectual e como tal, necessita de complementação de normas extravagantes (lei 9.610/98) para que se possa aferir a violação dos direitos legalmente previstos. Trata-se, portanto, de norma penal em branco⁷.

Dessa maneira, apenas configura-se típica a conduta do agente se, pelos atos praticados, identificar-se que houve contrariedade às normas reguladoras do direito autoral. Sendo assim, pelo simples uso, ou até mesmo o comércio de obra sem a expressa autorização do autor

6 Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto

7 GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado, 11ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. p. 1065

ou do suposto titular do direito à propriedade intelectual, não se pode, aprioristicamente, afirmar que está configurado o crime, pois há a hipótese de a referida obra encontrar-se em domínio público, ou ainda que a utilização se encontre dentro das regras de limitação ou exceção ao direito autoral, previstas no art. 46 da lei 9.610/98.

A tipificação, pois, requer sincronia com a legislação correspondente ao direito do autor, em tese vítima do delito. Faz-se necessário, então, observar o núcleo do tipo, que é o verbo *violar*, empregado no sentido de transgredir, infringir⁸, falsificar⁹ ou ofender¹⁰ o direito do autor.

A violação pode se dar de variadas formas, desde o plágio até a comercialização de obras originais sem autorização do autor¹¹. Outra forma comum do delito é por meio da comercialização de cópias não autorizadas de CDs e DVDs por vendedores ambulantes, vulgarmente conhecidos como “Camelôs”.

O *caput* do dispositivo deixa claro que a tutela penal não só abrange os direitos do(s) autor(es), como os que lhe são conexos, isto é, dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão¹², vale dizer, direitos previstos no Título V (artigos 89 a 96) da lei 9.610/98.

O delito compreende as modalidades simples e qualificada, sendo que na primeira, basta a *violação* e para a segunda, nos três casos (§§ 1º, 2º e 3º), deve haver, além disso, o elemento subjetivo específico do *intuito de lucro*¹³.

No § 1º, a conduta punível consiste na *reprodução*, entendida como a “cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística, ou de fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer

8 *Idem*

9 BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1059

10 NUCCI, Guilherme de Souza, Código penal Comentado, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 655

11 NUCCI, Guilherme de Souza *apud* GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado, 11ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. p. 1065

12 GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado, 11ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. p.. 1066

13 JESUS, Damásio. Código Penal Anotado, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 759

armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro que venha a ser desenvolvido”¹⁴ – aliada ao intuito de obter lucro.

O § 2º, por sua vez, pune outros comportamentos típicos praticados depois da reprodução. Assim agindo, para a configuração da conduta típica descrita deve o agente, com intuito de lucro, “distribuir (fazer circular, entregando os objetos materiais a diversas pessoas); vender (ato de transferir o domínio de certa coisa mediante o pagamento de um determinado preço); expor à venda (oferecer os objetos de modo a atrair os compradores); alugar (ceder por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição); introduzir no País (fazer ingressar no território nacional); adquirir (obter); ocultar (esconder por um tempo); ter em depósito (manter guardado em determinado local)”¹⁵

O § 3º, prevendo penas equivalentes aos demais, incrimina o oferecimento ao público mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados.

Seu fundamento é a evolução tecnológica, que permite formas mais rápidas e eficazes de acesso a obras intelectuais e fonogramas em geral, o que via de consequência, aumenta o dano ao bem jurídico tutelado, motivando o legislador a punir a conduta de forma sensivelmente mais rígida.

No que tange às penas, a modalidade simples traz em seu preceito secundário a detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Cumpre frisar, trata-se de delito de menor potencial ofensivo¹⁶, cujo julgamento, como regra, compete aos juizados especiais criminais, onde há a

14 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa, 14ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. p 997

15 GRECO, Op. Cit. P 998

16 Lei 9.099/95: Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa

possibilidade da aplicação dos institutos da composição civil¹⁷, transação penal¹⁸, bem como a suspensão condicional do processo¹⁹.

As modalidades qualificadas preveem pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa. São, portanto, considerados crimes de grave potencial, sobre os quais não se aplicam os institutos despenalizadores mencionados. Nada impede, entretanto, a depender da pena final imposta, que seja concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena, importantes institutos descarcerizadores.

Passando ao exame do crime de descaminho²⁰, vejamos a previsão legal constante no art. 334²¹ do Código Penal. Diferente da violação de

17 Lei 9.099/95: Art. 72

18 Lei 9.099/95: Art. 76

19 Lei 9.099/95: Art. 89

20 Descaminho (fraude douanière, Zolldefraudation ou Hinterziehung, defrauación) é a fraude tendente a frustrar, total ou parcialmente, o pagamento de direitos de importação ou exportação ou do imposto de consumo (a ser cobrado na própria aduana) sobre mercadorias (HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. Comentários ao Código Penal, Vol IX – Art. 250 a art. 361, 5ª ed. Rio de Janeiro: Foran, 1977, p. 430)

21 Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;

III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

direito autoral, trata-se de crime contra a administração pública, inserto no capítulo II, dos crimes praticados por particular contra a administração pública. Sendo assim, qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo e o Estado afigura-se como sujeito passivo.

O crime de descaminho, inicialmente encontrava-se no mesmo tipo penal que o *contrabando*, no entanto, a Lei 13.008/2014 trouxe ao texto legal o desmembramento dos delitos, com a criação do art. 334-A, onde foi alocado este último, com pena consideravelmente aumentada.

Diferente do que ocorre com o contrabando, no descaminho, não há proibição da importação ou exportação da mercadoria objeto do delito, trata-se de produto lícito sobre o qual se deixa de recolher o imposto²² ou pagar direito que é devido, o que resulta em prejuízo ao erário bem como às demais pessoas que importam ou exportam produtos equivalentes com fins comerciais e pagando corretamente os impostos ou direitos, uma vez que haverá com a fraude desigualdade do valor comercial entre as mercadorias²³. A conduta proibida encontra-se no verbo nuclear *iludir*, interpretado pela doutrina como forma de *enganar* ou *frustrar* o pagamento de direito ou imposto.²⁴

Partindo dessa premissa, traça-se alguns elementos do tipo: a) a conduta de iludir, no todo ou em parte; b) o pagamento de direito ou imposto; c) devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.²⁵ Do mesmo modo como ocorre com a violação de direito autoral, trata-se de uma norma penal em branco. Assim, para que se afigure penalmente típica a conduta é necessário recorrer às regras impostas pela legislação tributária a fim de reconhecer como devido o imposto ou o direito frustrado.

Encontra-se previsto ainda como formas equiparadas ao

22 O imposto de consumo, cuja frustração aqui se incrimina, é o que deve ser cobrado por ocasião do despacho alfandegário relativo a mercadorias importadas (HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. Comentários ao Código Penal, Vol IX – Art. 250 a art. 361, 5ª ed. Rio de Janeiro: Foran, 1977, p.433)

23 GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado, 11ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. p. 1716

24 NUCCI, Guilherme de Souza *apud* GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado, 11ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. p. 876

25 GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado, 11ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. p. 1716

descaminho as quatro práticas constantes no § 1º, sendo elas: 1) Navegação de cabotagem²⁶; 2) Prática de fato assimilado em lei especial²⁷; 3) Comercialização de produto estrangeiro objeto de descaminho; 4) Recepção de produto objeto de descaminho²⁸.

No § 2º evitando interpretações benéficas excludentes da responsabilidade, o legislador equiparou à figura do comerciante regularmente estabelecido aqueles que realizam o comércio irregular, dentro do que se pode interpretar como vendedores ambulantes²⁹ ou pessoas que realizam vendas na própria casa. Por fim, previu o legislador a causa de aumento de pena pelo delito cometido por meio de transporte aéreo, marítimo ou fluvial, que se justifica pela maior dificuldade de fiscalização.

Conforme se percebe, são delitos com características bastante diversas, contudo, há casos em que, por meio de uma mesma conduta, vislumbra-se a tipificação de ambos os crimes. É o exemplo que se tem com o agente que é surpreendido importando CDs e/ou DVDs com violação de direitos autorais e iludindo o pagamento de tributos, exatamente o ponto que se busca abordar.

3. AS COMPETÊNCIAS CRIMINAIS DAS JUSTIÇAS FEDERAL E ESTADUAL

Para entender as regras de competência de julgamento de processos criminais é necessário antes fazer uma breve abordagem conceitual do instituto. Pois bem, trata-se a competência de matéria reguladora do exercício jurisdicional do Estado. Encontra-se, assim, intimamente

26 Regulada pela pelo art. 2o da Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997 como: navegação a realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores.

27 Fato assimilado é aquele previsto pela legislação especial, comparável descaminho, cuidando-se, portanto, de uma norma penal em branco. (GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado, 11ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. p. 1719)

28

29 NUCCI, Guilherme de Souza *apud* GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado, 11ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. p. 880

relacionada com o tema da *jurisdição*, mas não se tratam de sinônimos.

A jurisdição pode ser compreendida como o monopólio do poder estatal para que, por meio do judiciário, decida um determinado litígio, segundo as regras legais existentes³⁰. É a forma conferida ao Estado para dar efetividade às normas do ordenamento jurídico, promovendo sua correta aplicação a fim de dar uma solução ao conflito.

Já a competência tem a finalidade de regular e limitar o poder jurisdicional do Estado, ditando as regras sobre qual juiz terá o poder de decisão sobre determinado litígio, ou seja, o juiz que exercerá a jurisdição. Define-se, assim, o juiz natural da causa. Feitas estas considerações, impende fazer a análise das competências das Justiças Federal e Estadual.

Como definição de competência da Justiça Federal em matéria criminal, utilizou o constituinte o critério da seleção de situações que poderiam afetar os interesses federais ou nacionais, o que está enumerado no art. 109 da Constituição Federal, abrangendo determinados³¹ incisos.³²

30 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 431

31 Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os habeas corpus, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o “exequatur”, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

32 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São

No plano de fixação de competência, diversas são as regras determinantes, tais como aquelas correspondentes a Justiça Militar, Eleitoral, Tribunal do Júri, Julgamento de ações cujos réus possuam foro com prerrogativa de função, dentre outras. Todavia, não cabe aqui esgotar o tema, tratando de todas essas circunstâncias, basta a compreensão das regras gerais aplicáveis às justiças Federal e Estadual.

Destarte, postas as regras de atração de competência da Justiça Federal, resta consignar que a Justiça Estadual assume o papel de competência residual³³. Logo, todos os casos que não se enquadram a nenhuma regra de Justiças Especiais (Militar e Eleitoral) e da Justiça Federal Comum, deverão ser processados e julgados pela Justiça Comum dos Estados.

4. CONTROVÉRSIAS SOBRE O TEMA

Feitas as considerações acerca dos crimes em estudo e das regras gerais de fixação de competência, passamos à análise de situações pontuais no que se refere ao julgamento dos crimes de Violação a Direito Autoral e/ou Descaminho nos casos de importação de mercadorias.

A primeira celeuma sobre a qual nos cumpre debruçar é a definição típica da conduta do agente que introduz no país mercadorias com violação de direito autoral e iludindo imposto. Trata-se de crime de Violação de Direito Autoral, Descaminho ou ambos os delitos? Pois bem, longe de se poder afirmar que é pacífico o entendimento, tem-se ao menos duas posições. Uma delas, é no sentido de que por se serem delitos distintos, contra bens jurídicos diversos, não incorre em *bis in idem*³⁴ a dupla tipificação, respondendo o agente pelos dois delitos. É o que defende o Guilherme de Souza Nucci:

Sobre concurso entre Descaminho e Violação de Direitos Autorais

Paulo: Método, 2017. p. 448

33 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São

Paulo: Método, 2017. p. 455

34 Dupla punição pelo mesmo fato

afirma o autor: “inexiste dupla punição pelo mesmo fato, pois são objetos jurídicos diversos e vítimas, igualmente, diferentes”.³⁵ O Superior Tribunal de Justiça, em dado momento já decidiu no mesmo sentido³⁶.

O segundo posicionamento tem como norte o princípio da especialidade, no sentido de que prevalece o crime de Violação de Direito Autoral face ao Descaminho, haja vista tratar de norma específica, valendo como regra de hermenêutica a sua aplicação. Este é o entendimento há muito adotado pelo STJ, como se observa em julgamento datado do ano de 1999, na decisão³⁷ proferida em conflito de competência, aplicando o princípio ora destacado. No mesmo sentido tem-se diversas outras decisões do tribunal³⁸, o que demonstra ser este o entendimento

35 Inexiste dupla punição pelo mesmo fato, pois são objetos jurídicos diversos e vítimas, igualmente, diferentes. NUCCI, Guilherme de Souza *apud* GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado, 11ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. p. 878

36 BRASIL. STJ. Terceira Seção. Rel. Min. Edson Vidigal. Conflito de Competência nº 8699-0 – MS. Data da publicação: 28/09/1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=3403956&num_registro=200701431212&data=20071001&formato=PDF> Acesso em: 29/09/2017

37 BRASIL. STJ. Terceira Seção. Rel. Ministro GILSON DIPP. CC 25136 SP 1999/0009452-2. Data de Publicação 09/08/1999. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8389331/conflito-de-competencia-cc-25136-sp-1999-0009452-2>> Acesso em: 25/09/2017

38 BRASIL. STJ. Terceira Seção. Rel. Ministro GILSON DIPP. CC 25136 SP 1999/0009452-2. Data de Publicação 09/08/1999. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8389331/conflito-de-competencia-cc-25136-sp-1999-0009452-2>> Acesso em: 25/09/2017

BRASIL. STJ. Terceira Seção. Rel. Ministro Hamilton carvalho. CC 30.107/MG, Data da publicação: de 10/02/03. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=101210&num_registro=200000749877&data=20030210&formato=PDF Acesso em: 02/10/2017.

BRASIL. STJ. Quinta Turma. Rel. Ministra Laurita Vaz. RHC 21841/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, Data da publicação: 05/11/07. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=728982&num_registro=200701834475&data=20071105&formato=PDF>. Acesso em: 02/10/2017

BRASIL. STJ. Terceira Seção. Rel. Min OG Fernandes. CC 48178 / SP. Data da Publicação: 25/03/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=869662&num_registro=200500266787&data=20090424&formato=PDF Acesso em: 02/10/2017

BRASIL. STJ. Terceira Seção. Rel. Min Maria Thereza de Assis Moura. CC 116.820/MG.

jurisprudencial predominante.

Outra situação peculiar ocorre no caso em que o agente importa, além de CDs e DVDs falsificados, CDs e/ou DVDs virgens iludindo o pagamento de imposto. Nesse caso, há firme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, configura-se além do crime de Violação de Direito Autoral, o delito de Descaminho. É o que se nota na decisão³⁹ proferida em um *habeas corpus* julgado no ano de 2008, sob a relatoria do Ministro Felix Fischer, entendendo não haver *bis in idem* na dupla tipificação, posto que configuradas as práticas de dois crimes distintos.

Na casuística, a violação de direito do(s) autor(es) titular(es) das obras falsificadas configura o crime de Violação de Direito Autoral e a frustração do pagamento de imposto sobre CDs e/ou DVDs virgens tipifica o crime de Descaminho. O fato torna-se no mínimo curioso e questionável, pois é possível concluir que se nos CDs e DVDs “virgens” importados pelo agente, o agente tivesse inserido dados violadores de direitos autorais, assim como nos outros, valendo-se do princípio da especialidade, responderia por apenas um crime, o que, via de regra, o conduziria a receber uma sanção penal mais branda.

Outro ponto controvertido que merece abordagem refere-se à transnacionalidade do crime de Violação de Direito Autoral, o que, por força do art. 109, inc. V da CRFB/88, interpretado em conjunto com a Convenção de Berna/1886, Convenção Interamericana/1946 e a Convenção Universal dos Direitos do Autor/1952, em tese, pode atrair a competência para a Justiça Federal.

Sobre o assunto, é válido destacar decisão⁴⁰ da Terceira Seção do

Data da publicação: 18082011. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1079899&num_registro=201100856572&data=20110818&formato=PDF> Acesso em: 02/10/2017

39 BRASIL. STJ. Quinta Turma. Rel. Min Felix Fischer. HC 107598 PR 2008/0118831-1. Data de Publicação: 16/02/2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=844757&num_registro=200801188311&data=20090216&formato=PDF>. Acesso em: 30/09/2017

40 BRASIL. STJ. Terceira Seção. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. CC 144072 / PR CONFLITO DE COMPETENCIA 2015/0288876-6. Data da

Superior Tribunal de Justiça, no caso em que, segundo a denúncia⁴¹, o acusado transportava, no interior de um ônibus, 316 CDs e 169 DVDs falsificados, adquiridos no Paraguai, com violação de direito de autor. No julgado, a Terceira Seção entendeu que devido ao fato de as mídias serem adquiridas no exterior e transportadas para o Brasil, restou configurada a transnacionalidade do delito e, conseqüentemente, em razão das convenções internacionais firmadas, deve-se reconhecer a competência da Justiça Federal. A decisão encontra guarida em diversos outros acórdãos do tribunal⁴².

Publicação: 01/12/2015. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1470233&num_registro=201502888766&data=20151201&formato=PDF>. Acesso em: 29/09/2017

41 transportava, com o intuito de lucro direto, no interior do ônibus da empresa Princesa dos Campos, placas ALI-2853, linha Foz do Iguaçu/PR-Cascavel/PR, 316 (trezentos e dezesseis) DVD's e 169 (cento e sessenta e nove) CD's gravados, de diversos tipos e autores diversos, que havia dolosamente adquirido no Paraguai e introduzido clandestinamente no País, tratando-se de cópias contrafeitas de obras reproduzidas clandestinamente com violação do direito dos autores, do direito de artista intérprete ou executante e do direito do produtor de fonograma, conforme comprova o laudo de exame Documento: 55060453 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 1 de 6 Superior Tribunal de Justiça merceológico de fls. 34/37 e auto de infração e apreensão mercadoria de fls. 11/12." (Trecho da denúncia)

42 BRASIL. STJ. Terceira Seção. Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme [Desembargador convocado do TJ/SP]. CC 119.105/PR. Data da publicação: 24/10/2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1355647&num_registro=201102277416&data=20141024&formato=PDF>. Acesso em: 29/09/2017

BRASIL. STJ. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. AgRg no REsp 1.376.680/PR. Data da publicação: 02/05/2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1314813&num_registro=201301194043&data=20140502&formato=PDF>. Acesso em: 30/09/2017

BRASIL. STJ. Terceira Seção. Rel. Min. Newton Trisotto. [Desembargador convocado do TJ/SC]. CC 121.941/PR. Data da publicação: 16/04/2015. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1396681&num_registro=201200707105&data=20150416&formato=PDF> Acesso em: 29/09/2017

BRASIL. STJ. Terceira Seção. Rel. Min. WALTER DE ALMEIDA GUILHERME – Desembargador convocado do TJ/SP. CC 119.105/PR. Data da publicação: 24/10/2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1355647&num_registro=201102277416&data=20141024&formato=PDF> Acesso em 28/09/2017.

BRASIL. STJ. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. AgRg no REsp

Curiosamente, o próprio Superior Tribunal de Justiça já entendeu também que o simples fato de terem sido as mídias adquiridas no exterior não configura a transnacionalidade do delito, restando a competência à Justiça Estadual. É o que se tem consignado em decisão⁴³ na qual, segundo a denúncia⁴⁴, o agente introduziu no país, transportando no interior de um ônibus, 30 capas para CDs e DVDs e 295 CDs e DVDs falsos.

Na decisão proferida sob a relatoria do ministro Arnaldo Esteves Lima, o tribunal entendeu que “o simples fato de terem os CDs e DVDs sido adquiridos no exterior não evidencia, por si só, a competência da Justiça Federal, porque não restou caracterizada ameaça ou lesão a interesse, bens ou serviços da União, de suas autarquias ou empresas públicas”. Outros julgados, também do Superior Tribunal de Justiça reiteram o posicionamento.⁴⁵

1376680/PR. Data da Publicação: 002/05/2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1314813&num_registro=201301194043&data=20140502&formato=PDF> Acesso em: 08/10/2017.

43 BRASIL. STJ. Quinta Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. HC 100044 PR 2008/0028073-4. Data de Publicação: 03/11/2008. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=817005&num_registro=200800280734&data=20081103&formato=PDF>. Acesso em: 29/09/2017

44 “O acusado foi surpreendido por policiais rodoviários federais, no Posto Guará em Guarapuava/PR, quando trafegava em ônibus pela BR 277, Km 3190, introduzindo irregularmente no País, com o intuito de lucro, 30 capas para CDs e DVDs, e 295 CDs e DVDs falsos, reproduzidos com violação do direito do autor, do direito de artista, intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma. Consta que o denunciado viajou para o Paraguai, onde adquiriu 30 capas para CDs e DVDs e 295 unidades entre CDs e DVDs falsos (interrogatório de fls. 20/21). Após a aquisição dos produtos inautênticos, introduziu-os no Brasil, trazendo-os consigo, em ônibus que foi parado por policiais rodoviárias, que apreenderam o material.” (Trecho da denúncia)

45 BRASIL. STJ. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. RHC 21841/PR. Data da publicação: 05/11/07. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=728982&num_registro=200701834475&data=20071105&formato=PDF>. Acesso em: 02/10/2017

BRASIL. STJ. Rel. Min. Hamilton Cavahido. CC 30.107/MG. Data da Publicação: 10/02/2003. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=101210&num_registro=200000749877&data=20030210&formato=PDF>. Acesso em: 27/09/2017.

BRASIL. STJ. Terceira seção. Rel. Min. Assis Toledo. CC 7.768/SP. Data da publicação: 15/08/1994. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/>

Observando a particular semelhança entre os casos, torna-se evidente a contradição do tribunal. Todavia, atentando-se às datas de julgamento, é possível notar uma mudança de entendimento tendente a conferir à Justiça Federal a competência para o julgamento criminal no caso da importação de mercadorias com violação de direitos autorais.

A corte superior, em 2015, ainda firmou o entendimento de que havendo a apreensão de mercadorias na zona aduaneira entre Brasil e Paraguai resta configurada a transnacionalidade da conduta, bem como a competência da Justiça Federal.⁴⁶

Por fim, uma outra situação recorrente acerca da competência nos crimes em análise, diz respeito à hipótese em que havendo a denúncia por ambos os delitos perante a Justiça Federal, de modo incidente, (normalmente pela via de *habeas corpus*) reconhece-se a atipicidade da conduta em relação ao crime de Descaminho (normalmente pela aplicação do princípio da insignificância), restando apenas o crime previsto no art. 184 do Código Penal.

Nesses casos, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, não sendo comprovada a transnacionalidade do fato criminoso, deve haver a modificação de competência à Justiça Estadual para o julgamento do crime remanescente.

O entendimento encontra-se concretizado em decisão⁴⁷ proferida no julgamento de conflito de competência no qual, após o trancamento

mediado/?num_registro=199400055803&dt_publicacao=15-08-1994&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 08/10/2017

46 A apreensão de DVDs e CDs falsificados, com violação de direitos autorais (CP, art. 184, § 2º), se ocorrente em Posto de Fiscalização Aduaneira localizada na divisa entre Brasil e Paraguai, confere à conduta delituosa a característica de “crime transnacional”, circunstância determinante da competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal a ele correspondente. (BRASIL. STJ. Quinta Turma. Rel. Ministro Newton Trisotto [Desembargador convocado do TJ-SC]. CC 121.941/PR. Data da publicação: 16/04/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1396681&num_registro=201200707105&data=20150416&formato=PDF>. Acesso em: 30/09/2017.

47 BRASIL. STJ. Terceira Seção. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. CC 107001 PR 2009/0141884-3. Data de Publicação: 18/11/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=925225&num_registro=200901418843&data=20091118&formato=PDF> Acesso em: 01/10/2017.

do processo, em relação ao crime de Descaminho, pelo princípio da insignificância, entendeu-se não estar comprovada a transnacionalidade do delito, e, por consequência, declarou-se competente o Juízo da 2ª Vara de Palmeiras das Missões/RS para julgamento do processo.

Em situações análogas, tem-se um desfecho diferente. É o caso de a atipicidade da conduta pela insignificância da prática do Descaminho ser constatada apenas na sentença. Nessa hipótese, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que permanece a competência da Justiça Federal.

Na hipótese do julgamento do recurso especial nº 1.333.185⁴⁸, diante do reconhecimento da insignificância do delito de Descaminho após a instrução criminal, o tribunal entendeu pela aplicação do art. 81⁴⁹ do Código de Processo Penal, no sentido de considerar válida a manutenção do processo para julgamento pela Justiça Federal.

Trata-se da aplicação do princípio da *perpetuatio jurisdictiones*⁵⁰, de modo que uma vez reconhecida, corretamente, a conexão instrumental entre os feitos, o juiz que originariamente não seria o competente, passa a ter competência, que não mais poderá ser dele retirada, entendimento adotado também em outros julgados do Tribunal.⁵¹

48 BRASIL. STJ. Sexta Turma. Rel. Min. Ericson Maranhão [desembargador convocado do TJ/SP]. RECURSO ESPECIAL Nº 1.333.185. Data da publicação: 12/12/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1368153&num_registro=201201455922&data=20141212&formato=PDF. Acesso em: 01/09/2017.

49 Art. 81. Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos.

50 Aplicando os ensinamentos, para o processo civil, de Chiovenda, na ideia de que a competência adquirida por um juiz, em razão da conexão de causas se perpetua e subsiste ainda que a lide que pertencia originariamente à sua competência, e que atraiu a seu poder de julgar o litígio que tomado isoladamente pertenceria à competência de outro juiz, desaparece por um motivo qualquer; o juiz continua sendo competente para julgar a causa, que prossegue, e sobre a qual tem competência adquirida e não originária (MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, 2ª Edição. Campinas: Millennium, 2000. p. 328)

51 BRASIL. STJ. Sexta Turma. Rel. Min. Sebastião Reis Junior. AgRg no AREsp 49.373/PR. Data da publicação 05.03.2012. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1122978&num_

5. CONCLUSÃO

Nota-se, por tudo, que ainda que no bojo de um tema bastante específico encontra-se situações importantes sobre os direitos autorais cujos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais divergem. É perceptível ainda a relevância das controvérsias, posto que, podem determinar se o agente responde por um ou mais delitos, bem como o juiz competente para o julgamento, o que resulta em consideráveis consequências jurídicas como uma diferença relevante na sanção penal imposta, ou a nulidade de todo um processo criminal.

De modo geral, nos crimes de Violação de Direito Autoral e Descaminho não se tem um farto material jurisprudencial, como ocorre, por exemplo, com outros crimes como o furto, matéria sobre a qual se tem diversas súmulas e enunciados dos tribunais superiores. Todavia, atentando-se às decisões proferidas, e sobremaneira, às suas datas, é possível compreender as consolidações que vem sendo construídas, o que a nosso ver representa a constitucionalização no que diz respeito a interpretação das normas examinadas.

É possível compreender, portanto, que os crimes de Violação de Direito Autoral e Descaminho tutelam bens jurídicos diversos, a despeito da semelhança entre condutas que os configuram, a depender do caso.

A competência, por seu turno, regulada pelas normas específicas da Justiça Federal e pela forma residual da Justiça Estadual, representa grande parte das controvérsias.

registro=201102213558&data=20120305&formato=PDF>. Acesso em: 02/10/2017

BRASIL. STJ. Quinta Turma. Rel. Min. Jorge Mussi. HC 132.135/PA. Data da publicação: 17.05.2011. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1057954&num_registro=200900544071&data=20110517&formato=PDF>. Acesso em: 29/09/2017.

BRASIL. STJ. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. HC 90.014/MS. Data da publicação: 10.5.2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=963487&num_registro=200702095410&data=20100510&formato=PDF>. Acesso em: 29/09/2017.

No que tange a tipificação legal, com a ressalva de entendimentos diversos, o que se tem de forma predominante pelo Superior Tribunal de Justiça é que, no caso da importação de mercadorias com violação de direitos autorais e ainda iludindo impostos, prevalece a tipificação exclusiva da primeira conduta, aplicando-se o princípio da especialidade.

Na situação específica da importação de CDs e/ou DVDs com violação de direito de autor e CDs e/ou DVDs virgens, a posição solidificada é no sentido da configuração de ambos os crimes.

Quanto a transnacionalidade, nota-se modificação de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, passando a considerar como transnacional o fato de o agente importar CDs e/ou DVDs com violação de direito de autor(es).

Por fim, no que toca ao trancamento do processo e a fixação de competência, a posição jurisprudencial consolidada é no sentido de que, ocorrendo após a instrução processual, deve ser mantida a mesma do juiz processante, caso contrário, regula-se pela regra de competência de acordo com o crime remanescente.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. STJ. Terceira Seção. Rel. Min. Edson Vidigal. Conflito de Competência nº 8699-0 – MS. Data da publicação: 28/09/1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=3403956&num_registro=200701431212&data=20071001&formato=PDF> Acesso em:

29/09/2017

_____. STJ. Terceira Seção. Rel. Ministro GILSON DIPP. CC 25136 SP 1999/0009452-2. Data de Publicação: 09/08/1999. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8389331/conflito-de-competencia-cc-25136-sp-1999-0009452-2>>. Acesso em: 25/09/2017

_____. STJ. Terceira Seção. Rel. Ministro GILSON DIPP. CC 25136 SP 1999/0009452-2. Data de Publicação: 09/08/1999. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8389331/conflito-de-competencia-cc-25136-sp-1999-0009452-2>> Acesso em: 25/09/2017

_____. STJ. Terceira Seção. Rel. Ministro Hamilton Carvalho. CC 30.107/MG. Data da publicação: de 10/02/03. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=101210&num_registro=200000749877&data=20030210&formato=PDF>. Acesso em: 02/10/2017

_____. STJ. Quinta Turma. Rel. Ministra Laurita Vaz. RHC 21841/PR. Data da publicação: 05/11/07. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=728982&num_registro=200701834475&data=20071105&formato=PDF>. Acesso em: 02/10/2017

_____. STJ. Terceira Seção. Rel. Min OG Fernandes. CC 48178 / SP. Data da Publicação: 25/03/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=869662&num_registro=200500266787&data=20090424&formato=PDF> Acesso em: 02/10/2017

_____. STJ. Terceira Seção. Rel. Min Maria Thereza de Assis Moura. CC 116.820/MG. Data da publicação: 18/08/2011. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1079899&num_registro=201100856572&data=20110818&formato=PDF>. Acesso em:

02/10/2017

_____. STJ. Quinta Turma. Rel. Min Felix Fischer. HC 107598 PR 2008/0118831-1. Data de Publicação: 16/02/2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=844757&num_registro=200801188311&data=20090216&formato=PDF>. Acesso em: 30/09/2017

_____. STJ. Terceira Seção. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. CC 144072 / PR CONFLITO DE COMPETENCIA 2015/0288876-6. Data da Publicação: 01/12/2015. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1470233&num_registro=201502888766&data=20151201&formato=PDF>. Acesso em: 29/09/2017

_____. STJ. Terceira Seção. Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme [Desembargador convocado do TJ/SP]. CC 119.105/PR. Data da publicação: 24/10/2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1355647&num_registro=201102277416&data=20141024&formato=PDF>. Acesso em: 29/09/2017

_____. STJ. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. AgRg no REsp 1.376.680/PR. Data da publicação: 02/05/2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1314813&num_registro=201301194043&data=20140502&formato=PDF>. Acesso em: 30/09/2017

_____. STJ. Terceira Seção. Rel. Min. Newton Trisotto. [Desembargador convocado do TJ/SC]. CC 121.941/PR. Data da publicação: 16/04/2015. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1396681&num_registro=201200707105&data=20150416&formato=PDF>. Acesso em:

29/09/2017

_____. STJ. Terceira Seção. Rel. Min. WALTER DE ALMEIDA GUILHERME – Desembargador convocado do TJ/SP. CC 119.105/PR. Data da publicação: 24/10/2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1355647&num_registro=201102277416&data=20141024&formato=PDF> Acesso em 28/09/2017.

_____. STJ. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. AgRg no REsp 1376680/PR. Data da Publicação: 002/05/2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1314813&num_registro=201301194043&data=20140502&formato=PDF> Acesso em: 08/10/2017.

_____. STJ. Quinta Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. HC 100044 PR 2008/0028073-4. Data de Publicação: 03/11/2008. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=817005&num_registro=200800280734&data=20081103&formato=PDF>. Acesso em: 29/09/2017

_____. STJ. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. RHC 21841/PR. Data da publicação: 05/11/07. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=728982&num_registro=200701834475&data=20071105&formato=PDF>. Acesso em: 02/10/2017

_____. STJ. Terceira Seção. Rel. Min. Hamilton Cavallido. CC 30.107/MG. Data da Publicação: 10/02/2003. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=101210&num_registro=200000749877&data=20030210&formato=PDF>. Acesso em: 27/09/2017.

_____. STJ. Terceira seção. Rel. Min. Assis Toledo. CC 7.768/SP. Data da publicação: 15/08/1994. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400055803&dt_publicacao=15-08-1994&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 08/10/2017

_____. STJ. Quinta Turma. Rel. Ministro Newton Trisotto [Desembargador convocado do TJ-SC]. CC 121.941/PR. Data da publicação: 16/04/2015. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1396681&num_registro=201200707105&data=20150416&formato=PDF>. Acesso em: 30/09/2017

_____. STJ. Terceira Seção. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. CC 107001 PR 2009/0141884-3. Data de Publicação: 18/11/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=925225&num_registro=200901418843&data=20091118&formato=PDF> Acesso em: 01/10/2017.

_____. STJ. Sexta Turma. Rel. Min. Ericson Maranhão [desembargador convocado do TJ/SP]. RECURSO ESPECIAL Nº 1.333.185. Data da publicação: 12/12/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1368153&num_registro=201201455922&data=20141212&formato=PDF. Acesso em: 01/09/2017.

_____. STJ. Sexta Turma. Rel. Min. Sebastião Reis Junior. AgRg no AREsp 49.373/PR. Data da publicação 05.03.2012. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1122978&num_registro=201102213558&data=20120305&formato=PDF>. Acesso em: 02/10/2017

_____. STJ. Quinta Turma. Rel. Min. Jorge Mussi. HC 132.135/PA. Data da publicação: 17.05.2011. Disponível

em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1057954&num_registro=200900544071&data=20110517&formato=PDF>. Acesso em: 29/09/2017.

_____. STJ. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. HC 90.014/MS. Data da publicação: 10.5.2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=963487&num_registro=200702095410&data=20100510&formato=PDF>. Acesso em: 29/09/2017.

GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado, 11ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017.

_____. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa, 14ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. Comentários ao Código Penal, Vol IX – Art. 250 a art. 361, 5ª ed. Rio de Janeiro: Foran, 1977.

JESUS, Damásio. Código Penal Anotado, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, 2ª Edição. Campinas: Millennium, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza, Código penal Comentado, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVER, Paulo. Direito autoral e sua tutela penal – Lei n. 9.609/98 – Lei n. 9.610/98 – Decreto-Lei n. 2556/98. São Paulo: Ícone, 1998.

SOUZA, Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Desenvolvimento, Inovação e
Mercado**

Título:

**A SISTEMÁTICA DO
ACORDO TRIPS E A
APROPRIAÇÃO DOS
RECURSOS NATURAIS:
A QUESTÃO DOS
CONHECIMENTOS
TRADICIONAIS
ASSOCIADOS À
BIODIVERSIDADE**

**Thiago Luiz Rigon de Araujo
Larissa Favaretto Santos**



A SISTEMÁTICA DO ACORDO TRIPS E A APROPRIAÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS: A QUESTÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE

Autores: Thiago Luiz Rigon de Araujo¹; Larissa Favaretto Santos²

Instituição: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões-RS (URI)

Resumo: A presente investigação tem por objetivo abordar o Sistema TRIPS e o seu impacto no desenvolvimento da propriedade intelectual e os seus efeitos perante os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Também tem como objetivo analisar o Acordo TRIPS e demais diplomas legais que versam sobre a propriedade intelectual e o acesso aos recursos naturais da biodiversidade. O trabalho questiona a intenção da propositura do atual sistema de patentes que proporciona acesso irrestrito aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, sendo que esse acesso se configura na apropriação dos recursos naturais. Por meio da metodologia hipotético-dedutiva, realizou-se o presente estudo, abordando o presente tema sob uma perspectiva sistêmica. Contudo, conclui-se que essa sistematização TRIPS da propriedade intelectual inviabiliza a possibilidade de resguardo da biodiversidade por parte dos países do Sul, ao passo que os países do Norte tenham a possibilidade legal da exploração da biodiversidade.

Palavras-chave: TRIPS. Conhecimentos Tradicionais. Biodiversidade.

1 Mestre em Direito (URI/SAN-RS) e Docente da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/FW-RS) Campus Frederico Westphalen;

2 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/FW-RS) Campus Frederico Westphalen e Bolsista de Iniciação Científica do Programa REDES/URI.

1.INTRODUÇÃO

O Acordo de Marraqueche (1994) estabeleceu a criação da Organização Mundial do Comércio-OMC e no encalço deste, o estabelecimento do Acordo *TRIPS* (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), o qual tinha por escopo relacionar todos aspectos inerentes a propriedade intelectual ao comércio internacional. O referido acordo estabeleceu também que a OMC, a partir de então, seria a principal organismo internacional sobre o comércio internacional e também abordando a temática da propriedade industrial, especialmente na questão das resoluções de conflitos já que o acordo anterior, que fora firmado em período pós-segunda guerra mundial, já estava sendo considerado ultrapassado por países desenvolvidos que também sugeriam mudanças no regime de patentes.

Com essa nova estruturação no plano internacional, os países signatários do TRIPS firmaram compromisso para estabelecer o novo sistema da Propriedade Intelectual, a qual, independente do sistema anterior adotado pelos países signatários, deveria ser implementado sob a bandeira da cooperação. Tal bandeira que nunca se revelou nesses mais de 20 anos de aplicação do novo sistema, eis que boa parte dos países signatários, entre esses inclui-se o Brasil, não possuía a estrutura estatal mínima para aplicação deste acordo. Porém, países como Estados Unidos da América, Japão e as demais potências europeias clamavam por mudanças das normativas vigentes da sistemática anterior, pois afirmavam que a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) não era suficiente para fiscalizar, dirimir conflitos e estabelecer novas regras sobre a propriedade intelectual, pois alegavam que a sua estrutura estava ultrapassada e obsoleta, bem como não tinha condições técnicas e gerencial para acompanhar o rápido crescimento econômico e avanços tecnológicos da atualidade.

No entanto, os países que clamaram por mudanças na sistemática anterior encontraram a resistência e contestação por parte das nações em desenvolvimento tardio, tais como Brasil e Índia que lideravam os demais

países da América Central e sul da Ásia. Países estes que defendiam a manutenção dos princípios norteadores da Convenção da União de Paris (CUP) de 1883, com destaque especial os princípios que previam a cooperação dos países signatários na construção e manutenção de um sistema de padrões realmente mínimos, que tinham por objetivo central proteger o inventor e o ato inventivo, não se associando a questões meramente de mercado.

Indo de encontro com pressão exercida pelos países citados anteriormente, para a mudança do sistema de patentes, o governo dos Estados Unidos da América vem a criar uma lei vigente em seu ordenamento jurídico pátrio, denominada de Seção 301- Ato sobre Comércio e Tarifas, a qual estabelece uma lista de países que supostamente agem em detrimento das políticas de comércio exterior dos vizinhos ao norte, impondo sanções como o bloqueio de importações provenientes desses países e exportações para esses países que adotassem condutas contrárias a política estadunidense. Utilizando-se desta lista de países que possivelmente travam barreiras comerciais, e, por não possuírem legislação adequada sobre propriedade intelectual ou por criarem barreiras para importação de produtos que não possuem proteção nos países importadores, os Estados Unidos prosperou no seu intento de inclusão de cláusulas no Acordo que estabeleceria a criação da OMC, assim como a adição de cláusulas no Acordo TRIPS, visando o benefício próprio e dos demais países desenvolvidos que possuíam interesse direto na concepção de um acordo que tratasse sobre propriedade intelectual conexo a questões de propriedade intelectual. Assim, a “lista negra” do EUA, demonstrou que o intuito da criação do sistema TRIPS não era somente a criação de um sistema internacional de cooperação em matéria de patentes, mas sim, um sistema de mercantilização em que os países desenvolvidos tivessem ao seu favor mais um artifício de controle do mercado internacional

Os demais países contrários a proposta dos países desenvolvidos para a criação da sistemática TRIPS, no caso Brasil e Índia, que também constam nas listas elaboradas pelo governo Norte americano, em

especial a lista que se refere aos países em que devem ter as relações de multilateralismo reforçadas, são países detentores de uma grande riqueza que poucos países do mundo possuem, recursos naturais em grandes escalas. Pelo simples fato de serem detentores de uma grande diversidade biológica que abriga milhares de espécies, que hoje são as grandes matérias-primas dos principais avanços biotecnológicos da atualidade.

Paralelamente as negociações do TRIPS, seguindo as determinações e princípios abalizados e documentados na Conferência de Estocolmo sobre Meio Ambiente em 1972, no início da década de 1980, o debate sobre a preservação do meio ambiente e a regulação do acesso aos recursos naturais começam a tomar corpo. Para tanto, em âmbito do Conselho de Administração do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) no ano de 1987 deu-se início da construção de um acordo internacional que consagra-se os princípios estabelecidos em 1972 na Suécia, que culminaria na Criação da Convenção sobre a Diversidade Biológica, entabulado posteriormente na conferência realizada em solo brasileiro, a Rio 92, que previa em seus ditames além do compromisso dos países signatários de regular acerca da vida selvagem e a sua devida proteção, o acesso e pesquisa sobre a biodiversidade e a soberania dos Estados sobre esta e aos demais recursos biológicos.

Assim sendo, é notório afirmar em um primeiro momento que o Acordo TRIPS fora criado exclusivamente para atender as demandas dos países ricos e desenvolvidos do norte que pressionaram desde o princípio para que fosse criado um novo sistema internacional de patentes, bem como aumentando o controle e influência exercida no mercado internacional. Portanto, é possível inferir, em um segundo momento, que com um novo sistema internacional de patentes e avanço nas inovações tecnológicas, em especial no campo da biotecnologia, os países de escassos recursos econômicos e em desenvolvimento do sul, os quais são detentores de uma grande diversidade biológica testemunham diariamente a usurpação desses recursos por prospecções veladas pelos países do hemisfério setentrional, descumprindo todos os princípios e dispositivos presentes na CDB, que considera a biodiversidade como uma questão de soberania nacional, a

qual se demonstra agredida no caso dos países latino-americanos.

Destarte, o presente estudo tem por âmagô central e balizador debater as consequências e implicações geradas pelo TRIPS, que impõe o novo sistema internacional de patentes defendendo um padrão “mínimo” de proteção e as benesses que tornaram-se exclusivas de poucas nações, ao passo que, igualmente, traz o debate inerente as formas de (in)eficácia das previsões legais da CDB quanto a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, como maneira alternativa de emancipação dos países periféricos latino-americanos detentores de uma gigantesca biodiversidade frente a esta sistemática da propriedade intelectual de *standart's* mínimos.

2. O SISTEMA TRIPS: PERMISSÃO PARA PATENTEAMENTO DA VIDA OU DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

O Sistema TRIPS que fora implementado após a assinatura do referido acordo, é originário das negociações em âmbito da OMC (Organização Mundial do Comércio), o órgão balizador das questões inerentes ao comércio internacional, e, também após esse tratado, também assinado em 1994, implementou o sistema normativo sobre a propriedade industrial, pois esta implementação estava previsto no acordo instituidor sobre normas de proteção de marcas e indicações geográficas. O anterior organismo GATT³, sucedido pela então OMC, assim como a Convenção da União de Paris – CUP, firmado em 1883 para a regularização ao nível internacional para os países signatários do acordo sobre os princípios que regem a propriedade industrial, para os países em desenvolvimento não eram suficiente para dirimir conflitos e uniformizar as legislações nacionais sobre a propriedade intelectual.

Fica claro a importância da CUP como o primeiro modelo de sistema internacional de patentes e como a forma embrionária de organismo internacional voltado para o tema de propriedade industrial.

3 *General Agreement of Tariffs and Trade*, ou pela livre tradução, Acordo Geral de Tarifas e Comércio.

Cabe aqui lembrar que a CUP tinha como objetivo uniformizar as leis nacionais dos países signatários, desde que a liberdade legislativa de cada membro fosse respeitada exigindo somente a igualdade de tratamento entre inventores nacionais e estrangeiros em respeito ao princípio da convenção denominado Tratamento Nacional (Polido, 2012, p.22), para que ficasse estabelecido um patamar mínimo de fato. A CUP (C ao longo da primeira metade do século passado obteve diversas revisões, sendo a mais significativa a atualização realizada a de Estocolmo em 1967, a qual previa em seu item 2-A a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual-OMPI como o novo órgão ao nível internacional, competente para regular e solucionar conflitos atinentes ao tema. (BARBOSA, 2005, p.37)

Após esse período de revisões da CUP, mais especificamente entre as décadas de 1970 e 1980, alguns países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), chegaram ao consenso de que o GATT poderia ser o caminho inicial para as negociações de um novo acordo internacional que vincula-se as questões de propriedade intelectual a questões aduaneiras e de mercado multilateral, pois a CUP e o próprio GATT não previam punições mais enérgicas as práticas subversivas que eram cada vez mais constantes, tais como a contrafação e as barreiras aduaneiras. A principal reivindicação desses países era que fosse criado um órgão fiscalizador com maiores poderes para punir os países membros que reiterassem tais práticas, inclusive reivindicavam a criação de um sistema de solução de controvérsias mais atuante e incisivo frente as possíveis desobediências das normas impostas.

Nesse meandro, na visão de Denis Borges Barbosa, os Estados Unidos dão início ao movimento de pressão em âmbito do GATT, para que essa nova sistemática normativa que envolva a propriedade intelectual relacionada ao comércio internacional seja criada:

Foi no contexto de tais normas que os Estados Unidos propuseram, em setembro de 1982, secundados por outros membros da OECD, usar o GATT para a repressão da contrafação. Como resultado de tal iniciativa, tais países submeteram aos demais membros do Tratado uma proposta de Acordo, que implementasse os

Artigos IX e XX, para tornar coercitiva a repressão aduaneira à contrafação de marcas registradas. Não se abordou nessa ocasião, a proteção de indicações de procedência do Art. IX (pois os Estados Unidos contestavam então a postura europeia quanto ao assunto, na Convenção de Paris), nem a aplicação de outros direitos intelectuais. (BARBOSA, 1988, p. 3-4)

Essa pressão norte-americana tinha o claro objetivo de mudar as normas já vigentes sobre a propriedade intelectual, pois os vizinhos ao norte ambicionavam a substituição da liberdade nacional referente aos padrões de proteção de direitos inerentes a propriedade industrial da CUP, as quais apresentavam-se como normas flexíveis respaldadas pela diplomacia, por uma rigidez normativa de observância obrigatória. (ARSALANIAN et all, *apud* BARBOSA, 2005, p.2)

Em contraponto a proposta dos Estados Unidos, os demais países da OECD uniram-se para apresentar uma proposta alternativa contendo pontos substanciais mais elaborados. Tal proposta, continha uma visão mais abrangente sobre o tema, o qual abarcava questões além de marcas e comércio exterior, como patentes direitos autorais, desenhos industriais, modelos de utilidade, indicações geográficas, programas de computadores, softwares e biotecnologia, o ponto mais divergente e controverso da proposta. Mesmo havendo essa irresignação por parte desses países, a política de pressão estendeu-se, entretanto, a campanha liderada pelos americanos tomou forma unilateral, pois passaram a adotar medidas como sanções comerciais aos países que não concordavam com a sua política, relegando o GATT como o fórum adequado para dirimir conflitos nessa seara.

Essa disposição de pressionar os demais países para que aceitassem tais propostas, tomou maior proporção quando as grandes indústrias sediadas nas grandes potências mundiais juntaram-se a essa causa entoando o mesmo coro da política externa do governo dos Estados Unidos, consubstanciando o que para muitos pode ser descrito como *imperialismo norte-americano*, ou somente a configuração de um termo legitimamente americano, como bem denota Sell:

O intenso *lobby* destas indústrias levou à mudança política na ad-

ministração dos EUA – de uma posição de *status quo* (anti-revisionista) para uma busca por proteção de patentes muito mais forte. Representantes da indústria formularam o problema e esforçaram-se por uma abordagem multilateral. Altos executivos de duas empresas militantes, Pfizer e IBM, integravam o Comitê Consultivo do Comércio e Negociações do presidente. Eles manifestaram interesse em incluir a proteção de propriedade intelectual na agenda do GATT e reuniram diretores executivos de doze empresas, que compartilhavam da proposta, para formar o Comitê de Propriedade Intelectual (IPC). O IPC representava as indústrias de computador, farmacêutica, química, de bens de produção e consumo, eletrônicos e artes criativas. O IPC começou lançando as suas propostas ao governo dos EUA e, em seguida, pressionou seus interesses no exterior. Ele trabalhou duro para convencer as associações industriais da Europa e do Japão que um código era possível, e então as mobilizou a apoiar sua proposta de incluir a proteção de propriedade intelectual na Rodada Uruguai. Os três grupos, em seguida, trabalharam juntos para elaborar um documento consensual, enraizado nas leis dos países industrializados, com base em princípios fundamentais de abordagem multilateral para a proteção de propriedade intelectual. (SELL, *apud* FARIA, 2014, p.137)

De acordo com o que denota Sell, pode-se concluir que essa campanha está estritamente ligada ao crescimento econômico em âmbito mundial que denota o êxito momentâneo no atual mundo pós-moderno da política econômica dos países do Norte, e também por conta do crescimento econômico dos países periféricos ao sul.

3. O CONHECIMENTO DOS POVOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE

Inicialmente, é relevante fazer um delineamento prévio acerca da terminologia Conhecimento Tradicional, bem como destacar que a sua importância vai além da finalidade de observância dos tratados que são resguardados pela OMPI e reafirmados pelo novo fórum instituído, a OMC, como veremos adiante. A sua importância avança diretamente na questão da propriedade intelectual, tal como as invenções, obras literárias e artísticas, nomes, imagens, símbolos, desenhos e modelos de utilidade que calharam a tornar uma questão precípua de mercado.

Assim sendo, os institutos legais como a CUP e a CUB (Convenção da União de Berna), visavam salvaguardar aos criadores e produtores de bens intelectuais e serviços os direitos relativos à comercialização e demais recompensas por um determinado lapso de tempo. Fosse essas criações nos domínios industrial, literário, artístico e científico, visavam também outra forma de propriedade igualmente protegida, a qual é tangível não somente pelo valor de mercado, mas pelo valor cultural para uma determinada população, independentemente de sua localização geográfico-política dentro do globo, gerando direitos sobre essa forma de propriedade intelectual que denominamos de *conhecimento tradicional*.

Para uma melhor explanação do que aqui se sugere, deve-se antes fazer uma pequena conceituação sobre esse direito intelectual resguardado pelos ditames dos acordos internacionais e legislações nacionais. O conhecimento tradicional pode ter seu conceito apontado na legislação pátria, precisamente na Medida Provisória 2.186-16/01, que conceitua o conhecimento tradicional como o conjunto de informações ou práticas individuais e coletivas das comunidades indígenas ou de determinada comunidade local, podendo ter um valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético (BRASIL, 2001). O que se depreende com esse conceito na legislação é que o conhecimento tradicional é um direito que perpassa a característica individual, tomando um caráter coletivo, pois a sua consubstanciação se dará pelo caráter da coletividade em que se encontra.

Nesse sentido, Bessa Antunes (ANTUNES, *apud* NASCIMENTO, p. 27) faz uma análise minuciosa sobre o conceito de conhecimento tradicional, elencando alguns aspectos que julga necessários para tal, colocando em um primeiro plano o sujeito tutelado deste direito, que neste caso específico não se trata de uma pessoa física ou jurídica, mas sim uma comunidade. No segundo momento da minuciosa definição, Antunes incorpora a característica coletiva do conhecimento tradicional, a qual não pertence a uma individualidade, mas sim à coletividade, pois se encontra em um pressuposto de que é encontrada na atividade coletiva da comunidade. (ANTUNES, *apud* NASCIMENTO, p. 27).

No terceiro e último momento, o referido autor trabalha o conceito de comunidade tradicional ou população tradicional como aquela que tem por habitat as florestas nacionais, reservas extrativistas e reservas de desenvolvimento sustentável, ou seja, grupos conhecidos como *povos da floresta*, caixaras e outros que sejam reconhecidos pela forma peculiar e diferenciada de vida, diferenciando-se da comunidade nacional (ANTUNES, *apud* NASCIMENTO, p. 27). O conceito de comunidade tradicional também pode ser encontrado na legislação nacional, Medida Provisória 2.186-16/01, que coloca da seguinte forma, mas fazendo referência ao termo “comunidade local”, como: “grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas”. (BRASIL, 2001)

Também é pertinente destacar aqui sobre os conhecimentos tradicionais e povos indígenas, a questão da localização desses povos, ou seja, o território em que habitam. Quando se aborda a questão envolvente ao conhecimento tradicional, território, costumes e cultura é impossível não relacionar tais aspectos com a religião, já que a crença dos povos tradicionais é indissociável do meio ambiente em que se encontram, pois, segundo o que nos ensina a antropóloga mexicana Alicia Barabas, o conhecimento tradicional também está estritamente ligado ao meio ambiente “natural-cultural” e às práticas culturais ligadas a ele. (BARABAS, *In Avá – Revista de Antropología*, 2010, p. 11)

Um fator que podemos destacar nesses aspectos é o econômico, que o conhecimento tradicional é posto, seja pelo potencial de comercialização, ou seja, pela preocupação despendida pelos países detentores desses conhecimentos associados abundantes em suas reservas florestais e sempre acessível por essas comunidades, o que também despertou o interesse dos países desenvolvidos, que vislumbraram um incremento industrial e a continuidade do crescimento econômico. A pesquisadora Margarita Flórez Alonso, ícone nessa área específica do conhecimento, levanta um questionamento que se mostra pertinente sobre o porquê do alvoreço

criado em torno do conhecimento tradicional e qual a sua importância quando isolado do meio social onde é difundido e relativizado com o meio ambiente:

Mas por que tanto alarido acerca do conhecimento tradicional? O conhecimento tradicional, isolado da sociedade que o produz e posto em relação com o meio ambiente, e este, por sua vez, entendido enquanto recurso biológico e genético, composto por elementos constitutivos e ecossistemas da diversidade biológica, começou a agitar-se quando do início do processo de negociação dos instrumentos e acordos adotados no Rio de Janeiro em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e desenvolvimento (CNUMAD). Dentre os instrumentos ali agendados, a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), isto é, a regulação do grau de variabilidade de espécies em determinado território, foi o objeto de uma negociação muito complexa que colocou sobre a mesa a de forma incontestável a distância existente entre o mundo desenvolvido e o mundo em desenvolvimento. [...] A grande mudança que se verificou em 1992 consistiu no fato de os países em desenvolvimento, situados nos trópicos, aspirarem a que a forte diversidade dos seus territórios nacionais fosse devidamente reconhecida e exigirem que, no exercício da sua soberania, o acesso aos recursos biológicos e genéticos fosse autorizado pelos Estados nacionais. Por sua vez, quem quisesse ter acesso a esses recursos deveria realizar os trâmites respectivos e pagar determinados direitos estabelecidos pelas legislações nacionais. (ALONSO, *in* SANTOS, 2005, p.290)

A partir dessa análise, fica evidente que o conhecimento tradicional torna-se um aspecto de suma importância para o desenvolvimento econômico dos países megadiversos, o que irá transcender a sua forma de elementos intangíveis da biodiversidade, que podem ser representados nas práticas, inovações e conhecimentos desenvolvidos pelos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, que são essenciais para esses na conservação e utilização sustentável da diversidade biológica em que se inserem (SANTILI *apud* NASCIMENTO, 2010, p.28). Ou seja, sob uma nova ótica, mercadológica evidentemente, o conhecimento tradicional tornou-se um aspecto estritamente comercial, sendo alvo não somente dos países detentores de uma biodiversidade abundante, mas também por países que possam e tenham reais condições de investimento para exploração desse conhecimento tradicional.

Segundo Letícia Borges da Silva, (SILVA, *in* BARRAL et al, 2005, p.300) quando se trata da exploração praticada por essas empresas e o crescimento desmedido delas, deve-se levar em conta o fator da massificação social e cultural. Esse fenômeno vem ocorrendo constantemente e gerou uma preocupação maior no sentido de proteção de direitos coletivos, em especial no que tange ao direito ambiental, de tal forma que esse direito foi tornando-se um dos principais pontos debatidos no âmbito mundial, desde a Conferência de Estocolmo, à Rio+20. Com isso, despertou-se uma atenção geral sobre a biodiversidade, não menos importante, tanto que se tornou tema central para a elaboração de um dos principais tratados internacionais, a Convenção Sobre Biodiversidade Biológica ou Biodiversidade.

Nesse liame, de modo que a biodiversidade tem tido como grandes aliados na sua proteção os povos tradicionais e povos indígenas e, com a evolução da biotecnologia, os países desenvolvidos através de das grandes empresas, amparados por vultuosos investimentos, aproveitam-se da proteção à propriedade intelectual para se apropriar do conhecimento tradicional desses povos, ameaçando as suas identidades culturais e conhecimentos tradicionais.

Esse conhecimento, segundo a OMPI, é de suma importância já que muitas dessas comunidades formam a sua visão holística do mundo através desses conhecimentos, o que é ignorado pela economia capitalista e o desenvolvimento econômico dos países, já que esses conhecimentos são o retorno do capital investido nas pesquisas das grandes empresas dos países do norte. Esses aclamados direitos sobre a propriedade intelectual, na sábia lição de Luiz Otávio Pimentel e Welber Barral, podem definir-se como:

...os instrumentos que permitem uma posição jurídica(titularidade) e uma posição econômica(exclusividade). A proteção jurídica tende a garantir, ao seu titular, a recuperação de investimentos na pesquisa e desenvolvimento (P&D) tecnológico, que podem ser públicos ou privados, diretos ou indiretos. Garante também uma posição econômica privilegiada e lícita nos mercados regionais ou nacional, para uma empresa em concorrência com outra, ao permitir a exclusividade de processo industrial, de comercialização de

um produto ou serviço, de seu signo distintivo, de obra literária, artística ou científica.(BARRAL e PIMENTEL, 2006, p. 12)

Fica notável a constatação da repercussão econômica desse instituto de proteção na atividade empresarial e demais aspectos de desenvolvimento econômico em escala mundial, em especial nas relações internacionais, já que igualmente notória é a disputa desigual entre os países subdesenvolvidos do sul e os países desenvolvidos do norte, especificamente o continente europeu e os Estados Unidos da América.

Outrossim, deve-se levar em conta o fator descrito anteriormente como uma injustiça, já que a existência desses Estados mais ou menos desenvolvidos e Estados já desenvolvidos, e de megaempresas, com mais capitais acumulados que o PIB de muitos países, manter esse regime jurídico de Propriedade Intelectual, cabalmente levaria a garantir a criação da tecnologia, artes e literatura e ciências a poucos centros de excelência de produção. (BARRAL e PIMENTEL, 2006, p. 14)

4. A PROTEÇÃO DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS OU DA PROPRIEDADE INTELECTUAL?

Além de beneficiar os países que detêm um maior potencial de investimento em novas tecnologias, em especial, quando tratamos da biotecnologia, o TRIPS, afora trazer grandes vantagens a esses países, traz consigo alguns pertinentes questionamentos. Dentre esses questionamentos, o que ganha mais destaque é a questão da proteção dos investimentos estrangeiros em detrimento da propriedade intelectual, quer dizer, o TRIPS realmente implementa, aprimora e qualifica o sistema envolvente à propriedade intelectual? Ou somente vem acrescentar mais uma forma de protecionismo do capital estrangeiro nos países de 3º mundo?

Se remontarmos o cenário internacional no que se refere aos direitos inerentes à propriedade intelectual, ligeiramente, a primeira associação que é feita nos remete à Convenção da União de Paris como ponto inicial e anteriormente suscitado, já que foi o grande marco prevendo

tal proteção, e elaborado em uma época de proliferação industrial das potências mundiais, e um tímido começo nos países periféricos como o Brasil.

A CUP tinha por finalidade harmonizar as legislações nacionais por meio de um patamar mínimo, estabeleceu em seus ditames um princípio balizador para esse patamar, o *princípio do tratamento nacional*, o qual afastaria o tratamento de reciprocidade que era adotado pelos tratados bilaterais, estabelecendo um tratamento nacional para os países que faziam parte da união para assegurar o direito de inventores provenientes de países diversos, não fazendo qualquer distinção sobre a nacionalidade destes. O princípio em voga na verdade tem por objetivo eliminar qualquer tipo de discriminação aos titulares desses direitos, garantindo além da manutenção e exercício de tais direitos, mas inclusive uma garantia ao nível administrativo e judicial.

Já ao que se refere a tentativa de harmonização do CUP, o Professor Vinícius Garcia Vieira acerva, em seu art. 2º, que assegura igualdade de condições entre os nacionais dos países da União, sem nenhuma discriminação motivada pela condição de estrangeiro (OMPI, 1967). Caso a Convenção conceda mais direitos do que a legislação nacional, o estrangeiro tem assegurados os direitos da Convenção. (VIEIRA, 2012. p. 60)

Essa possível harmonização entre os países da União estabelecida pela CUP tinha o condão de proteger a atividade inventiva, a criatividade humana em prol de melhorias e implementação de novas tecnologias e que os membros pudessem usufruir dos direitos antes citados em todos os países signatários, eis que a Convenção previa que a lei internacional valeria sobre a legislação interna. Além do princípio do tratamento nacional, havia o *princípio da prioridade*, o qual é explicado por Denis Borges com o seguinte caso:

O segundo princípio é o da prioridade. É conveniente ilustrá-lo com um grande exemplo: suponhamos que alguém tenha inventado algo nos Estados Unidos, deposite essa invenção no escritório de patentes americano e comece a usá-la. Imediatamente depois do depósito americano, um brasileiro inventa a mesma coisa,

ou começa a copiar e a usar a invenção americana. Ocorre que o primeiro inventor tem o benefício de um prazo de um prioridade de um ano, ou seja, pode depositar nos Estados Unidos a 1º de janeiro, e depois depositar no Brasil um ano após, que mesmo assim seus direitos estarão protegidos. O brasileiro que inventou autonomamente não terá direito à patente e, de outro lado, a cópia ou o uso não autorizado não tirará o direito do primeiro inventor. (BARBOSA, 2005, p. 40)

Esse princípio, como bem denota a sábia lição do autor supracitado, mostra que poderá causar implicações contrárias aos interesses dos países em desenvolvimento, pois no caso, o estrangeiro terá mais um ano de proteção e exclusividade em detrimento do nacional e, para um sistema a nível internacional de patentes, onde a missão tem como escopo a cooperação e a integração entre seus membros em matéria de propriedade industrial. Outro princípio basilar é o *princípio da independência*, que preconiza que uma patente criada em um país é totalmente independente em outros países, mesmo que seja para a mesma invenção, ou seja, se em país uma patente que verse sobre um agrotóxico é anulada por ser considerada prejudicial à saúde, ela continuará sendo válida em outro país em que também estava registrada

Embora haja alguns conflitos gritantes, como o tratamento nacional para patentes estrangeiras e a independência destas, mesmo que a patente e o seu uso final demonstrem riscos de várias montas, a CUP ainda nos parece ser a sistemática mais igualitária e menos protecionista, pois primazia o ato inventivo e o inventor cidadão, não somente o inventor personalizado em uma empresa ou em uma grande indústria.

Entretanto, como analisado anteriormente, o crescimento econômico acelerado, o aumento em grandes escalas de produção dos mais variados bens de consumo e o aquecimento econômico posterior a segunda grande guerra fizeram com que a CUP sofresse revisões para adequar-se à realidade global, chegando a um ponto em que uma nova sistemática da proteção dos direitos da propriedade intelectual fosse defendida com grande disposição pelos países desenvolvidos, já que para alguns países desenvolvidos a ideia da possibilidade de haver outros países, em especial os em desenvolvimento, de terem a oportunidade de

produzir e criar novas tecnologias muito similares às que já estavam postas no mercado internacional era encarada como um fato assustador.

De forma totalmente oposta ao sistema da CUP, surge então a proposta para a criação da nova sistemática, a proposta do TRIPS, que previa a criação de parâmetros mínimos, conquanto que algumas regras fossem similares como a do tratamento nacional, e incorporando a sistemática da GATT herdada pela OMC, tendo em vista a finalidade de uniformizar os patamares. (BARBOSA, 2005. p.52)

Os referidos parâmetros mínimos, apesar de herdarem alguns princípios da CUP, não eram considerados suficientes pelos elaboradores e defensores do TRIPS, que não satisfeitos sugerem a inclusão de normas suplementares, obviamente na defesa de seus interesses, normas que deveriam ser incorporadas pelas legislações nacionais para que fosse então estabelecido um mínimo de proteção. O aludido padrão mínimo, na visão do pesquisador Denis Borges Barbosa, nada mais é que beneficiar o capital estrangeiro com a outorga do TRIPS, pois caso a lei nacional concedesse *mais* direitos ao estrangeiro que ao nacional, isso de nada objetaria o TRIPS. (BARBOSA, 2005. p.53)

Esse padrão mínimo ou direitos mínimos (BARBOSA, 2005. p.54) previsto no TRIPS, que de certa forma concede uma suposta liberdade aos Estados-Membros em determinar a forma apropriada de implementar o acordo e de que forma devem legislar, destina-se estritamente aos estados soberanos, não atingindo as partes privadas, as quais, se descumprirem as normas previstas no acordo poderão não sofrer nenhuma sanção ou penalização do Estado em que faz parte, se o mesmo obviamente não tiver adotado ou criado uma legislação interna que preveja a implementação do acordo no seu respectivo sistema jurídico.

5. A BIODIVERSIDADE E OS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS: A QUESTÃO DA BIOPIRATARIA

Concomitantemente a criação do acordo antes mencionado, deflagrava-se em todo o planeta as benesses dos avanços tecnológicos e

do crescimento econômico em escala mundial, os quais muitos se devem da exploração desmedida do homem nos recursos naturais e da grande degradação ambiental já notada pela humanidade. Muito embora a propriedade intelectual possa ser relacionada ao meio ambiente, o acordo que anteriormente fora trabalhado transparece ser alheio a conservação da biodiversidade e ao modo mais ecológico e correto de acesso aos recursos naturais.

No que pese a exploração desses referidos recursos naturais que inegavelmente resultam na degradação ambiental, destaca-se que além da deterioração das florestas serem um fator tão importante para esse resultado antes colocado, a prospecção incessante nos ecossistemas das florestas tropicais para encontrar novas soluções, novas matérias primas que poderiam incrementar o grande mercado de bens e serviços. Essas novas soluções, ou, novas descobertas na biodiversidade resultam principalmente da perspectiva anteriormente referida por Boaventura de Sousa Santos, ou seja, o conhecimento gerado pelas interações das espécies, que são determinantes para a concepção da biodiversidade como uma fonte de ativos econômicos.

Nesse viés, Nascimento afirma que é preciso nos atentar além da conceituação da biodiversidade como uma grande variedade de espécies vivas, mas também ao conceito operacional que irá relacionar a diversidade biológica com a noção de conhecimento tradicional (NASCIMENTO, 2010, p. 27). O referido termo pode ser compreendido como um conjunto de informações ou práticas individuais ou coletivas das comunidades indígenas ou comunidade local, com valor ou potencial associados ao patrimônio genético, conforme a Medida Provisória 2.186-16/01. (BRASIL, 2001)

Embora o surgimento de importantes diplomas legais, tais como os mencionados anteriormente, que versem sobre a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais, é possível constatar que a devida proteção legal possui algumas barreiras para aplicação correta destes textos legais. Tais dificuldades para a aplicação das leis que protegem a biodiversidade e o conhecimento tradicional, resultam em uma velha

prática do mundo ocidental, a qual data da longínqua época das grandes navegações de Cristóvão Colombo, época a qual as monarquias ibéricas concediam aos desbravadores e colonizadores determinados privilégios, postos, títulos e direitos a cada descoberta de terras estrangeiras no novo mundo, e, que obtinham privilégios, por meio de “cartas patente”, que detinham em seu interior o selo real que adjudicava esses privilégios, prática esta que caracterizou esse período de colonização nos novos territórios. (SHIVA, 2005, p.266)

Ao passo que Vandana Shiva afirma que essa prática de colonialismo não é recente e remonta desde a época da descoberta do novo mundo, afirma de igual forma que a nova faceta do colonialismo não visa mais a conquista de territórios e sim a descoberta de novas formas e diversidade de vida e novos conhecimentos, ou seja, a busca por outra fonte de recursos econômicos, novos meios de produção através de conhecimentos alternativos que possam ser transformados em propriedade. (SHIVA, 2001, p.28)

E mais:

[...] o conhecimento que se reivindica ter sido “inventado”, e é, por isso, “patenteado” e convertido em “propriedade intelectual”, é frequentemente uma inovação já existente nos sistemas de conhecimento das comunidades indígenas. (SHIVA, 2005, p.321)

O novo modelo de colonização por meio da reivindicação do conhecimento e sua transformação em propriedade passa também pelo fator da bios prospecção nas zonas das florestas tropicais. Esse modelo configura de certa forma uma etnobioprospecção, a qual nada mais é que a exploração das populações locais e tradicionais que por meio de suas crenças religiosas e curandeirismos que resultam em uma medicina popular baseada nas extrações encontradas na natureza dos territórios dessas populações.

A referida bios prospecção sem o consentimento dessas populações tradicionais, realizada em larga escala nestas florestas tropicais configura aquilo que podemos chamar de biopirataria. Ou seja, a forma que Rodríguez Prieto aduz como o “roubo consciente” dos conhecimentos

tradicionais dos povos tradicionais:

La biopiratería, es decir, el consciente robo de conocimientos tradicionales a pueblos indígenas, que generosamente confían su saber a depredadores que los usarán en beneficios de unos pocos, es uno de los problemas más relevantes a que nos enfrentamos. La creatividad se pone al servicio de la obtención de beneficios en la eficiencia netamente capitalista, y la acumulación de capital, que provoca que no reconezca el bien social. (PRIETO, *in* RUBIO et al, 2010, p. 75)

Essa referida definição sobre a biopirataria caracteriza esta como a apropriação dos recursos naturais e dos conhecimentos tradicionais provenientes destes por depredadores que usarão estes para o benefício próprio. Deduz-se aqui que essa apropriação conforme a concepção do autor acima citado, é a subjugação da biodiversidade uma simplória questão de mercado, ou seja, independentemente dos acordos internacionais e das demais legislações que reconhece a conservação da diversidade biológica como fator preponderante para a existência da humanidade.

No entanto, o descumprimento da legislação brasileira sobre a biodiversidade é um fator constante que de certa forma impede que haja uma conservação mais efetiva, especialmente no que diz respeito a biopirataria. Assim, Del Nero afirma:

A ausência de clareza na regulamentação, também se estende sobre a biodiversidade nacional. Inicialmente, a biodiversidade é considerada “bem de uso comum do povo” (art. 225 da Constituição Federal), posteriormente, esse patrimônio será paulatinamente objeto de apropriação pelos detentores de tecnologia. Vale dizer, mediante a intervenção humana, a biodiversidade será apropriada, sendo sua titularidade reconhecida pelo próprio Estado. Nesse contexto, pode-se perceber que, além de paradoxal, a paulatina apropriação da biodiversidade é institucionalizada por se tratar de “bem de uso comum do povo”, não podendo, portanto, e sem nenhuma contrapartida em termos de bem-estar para o país, ser alvo de apropriação privada, muito menos internacional. (DEL NERO, 2004, p.312)

Constata-se que o pouco conhecimento do tema pelos legisladores constitucionais sobre a importância da biodiversidade e a sua apropriação caracterizada pela biopirataria condiciona que tal prática seja uma

realidade, pois a expressão “bem de uso comum” pressupõe que o Estado brasileiro dispensa uma maior atenção a um bem de tamanha importância. Tal falta de interesse também se mostra como uma porta aberta para quem tem interesse na exploração desta vasta mina de riquezas.

Portanto, a falta de regulamentação e a previsão de preceitos normativos que carecem de efetividade na opinião de Del Nero estão em clara e manifesta contradição com os princípios da Constituição Federal, eis que a própria lei maior da nação foi desobedecida pela legislação que contempla a propriedade intelectual, pois a biodiversidade brasileira está exposta para o saque e a pilhagem. (DEL NERO, 2004, p.314)

Assim sendo, o significado de biopirataria compreende a apropriação da diversidade biológica, os recursos genéticos de comunidades locais, sendo estas as comunidades indígenas, ribeirinhas e comunidades de agricultores, por parte de pessoas físicas ou jurídicas que buscam monopolizar o controle destes recursos e conhecimentos.

6. CONCLUSÃO

Ao que se pode constatar com a presente investigação é que a realidade experimentada pelos países da América Latina, especialmente os sul-americanos, é de que estes ainda vislumbram e buscam dias melhores no que diz respeito ao momento atual da economia do continente. No entanto, os desafios para dias melhores por meio do desenvolvimento econômico mais exitoso é um desafio que deve ser vencido dia após dia por essas nações, as quais além destes hodiernos desafios, ainda convivem sob à sombra do protagonismo e liderança na sociedade internacional dos países do Norte, detentores de um grande poder econômico.

Ao questionar o Acordo TRIPS e a sua urgência de maiores debates, resta a questionar qual a cooperação que é proposta por este acordo internacional e quem serão os maiores beneficiários com essa uniformização e estabelecimento de padrões mínimos para a proteção dos direitos da Propriedade Intelectual. O que é possível constatar com tais questionamentos é que em nenhum momento, claro que também além

das desvantagens aos países em desenvolvimento do Sul, foram respeitadas as demais convenções e leis que tratam sobre a proteção da biodiversidade, bem como a soberania dos países detentores dessa riqueza foi respeitada.

Os avanços das biotecnologias evidenciam ainda mais a necessidade de uma maior proteção da biodiversidade dos países do Sul e a possibilidade de estes buscarem uma nova alternativa de desenvolvimento econômico. Entretanto, tal desenvolvimento somente seria possível com a proteção da diversidade biológica e o respeito à soberania dos Estados e a Convenção sobre a Diversidade Biológica.

Diante disso, embora o Acordo TRIPS e a CDB não possuam assimetrias entre seus dispositivos, podemos destacar que há pelo menos um fator em que pode haver uma ligeira interação. O fator que se pode destacar relaciona-se à biodiversidade e à possibilidade de transformação desta em mercadorias, objetos que possam ser conexos a direitos da propriedade intelectual. Esse fator se consubstancia através da prática da biopirataria, ou seja, a apropriação dos conhecimentos tradicionais dos povos locais e indígenas, que são apropriados pelas grandes empresas que fomentam pesquisas sobre a biodiversidade dos países do Sul, gerando essas descobertas o direito de concessão de patentes provenientes dos recursos biológicos.

REFERÊNCIAS

BARABAS, Alicia M. El pensamiento sobre el territorio en las culturas indígenas de México. *In: Avá – Revista de Antropología*- Programa de Postgrado en Antropología. Universidad Nacional de Misiones – UNAM, Posadas, Misiones, Argentina, n.17. Posadas: 2010.

BARBOSA, Denis Borges. Por que somos “piratas”? *In: Revista Brasileira de Comércio Exterior*. 1988.

BARBOSA, Denis Borges. Propriedade Intelectual: A aplicação do Acordo TRIPS. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 2. ed.

BARRAL, Welber e PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito de Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. In: *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2006.

BRASIL, Decreto n. 2.519/1998 in Legislação de direito ambiental. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

BRASIL, Medida Provisória 2.186-16/2001. In: Legislação de direito ambiental. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FARIA, Janaína Elisa Patti de. *Imperialismo e Sistema Internacional de Propriedade Intelectual: implicações pós-TRIPS para o Brasil, para a indústria farmacêutica local e os novos rumos anticontrafação*. Acessado na Biblioteca Digital da UNICAMP em 25/05/2014, disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000886584>.

LEWINSOHN, Thomas Michael. A evolução do conceito de biodiversidade. Apud NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. Biopirataria na Amazônia: Uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. Biopirataria na Amazônia: Uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2013.

PRIETO, Rafael Rodríguez. Algunas ideas preliminares para el debate actual sobre patentes y propiedad intelectual. In: RUBIO, David Sánchez; ALFARO, Norman José Solórzano; CID, Isabel Victoria Lucena. *Nuevos colonialismos del capital: Propiedad intelectual, biodiversidad y los derechos de los pueblos*. Barcelona: ICARIA, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. In: Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais/ Boaventura de Sousa Santos (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SHIVA, Vandana. Biodiversidade, Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização In: Boaventura de Sousa Santos (org.). *Semear outras soluções*: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. *Biopirataria*: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Trad. de Laura Cardellini B. de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

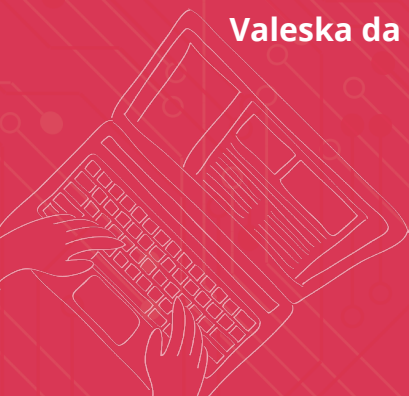
Eixo temático:

**PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Desenvolvimento, Inovação e
Mercado**

Título:

**O PAPEL DOS POOLS
DE PATENTES NO
ESTÍMULO À INOVAÇÃO
E SUA VALORAÇÃO PELO
ANTITRUSTE**

Valeska da Cunha Chrestani



O PAPEL DOS *POOLS* DE PATENTES NO ESTÍMULO À INOVAÇÃO E SUA VALORAÇÃO PELO ANTITRUSTE

Autora: Valeska da Cunha Chrestani

Instituição: Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Resumo: Diante de uma realidade na qual a multiplicação desordenada de direitos de propriedade intelectual parecer ter materializado a Tragédia dos Anticomuns, a colaboração horizontal entre agentes por meio de *pools* de patentes pode representar o remédio necessário contra a paralisia que ameaça se abater sobre a atividade inventiva. Ao identificar as eficiências promovidas pelos *pools* de patentes e seus potenciais efeitos anticompetitivos, o objetivo do presente trabalho é compreender de que forma os *pools* podem oferecer uma solução à Tragédia dos Anticomuns e como suas externalidades negativas podem ser contornadas. A pesquisa realizada foi amparada em larga medida pela doutrina e jurisprudência norte-americana, tendo em vista a escassez de literatura e julgados a respeito no Brasil. A conclusão alcançada é de que há várias eficiências associadas à formação de *pools* de patentes que justificam sua adoção. De forma mediata, diminuem os custos de transação associados à obtenção de múltiplas licenças individuais, gerando lucros mais elevados aos titulares das patentes e preços mais baixos aos consumidores. De forma imediata, promovem a inovação ao reduzir os custos dos agentes para inovar. Preocupações de ordem concorrencial em relação aos *pools* de patentes são válidas e dependem de uma análise casuística a partir da regra da razão. Contudo, grande parte destes receios pode ser endereçado se os *pools* adotarem mecanismos de governança apropriados.

Palavras-chave: Tragédia dos Anticomuns. Licenças Cruzadas. *Pools* de Patentes.

1. INTRODUÇÃO

O sistema patentário está em crise. Novidade não há nesta assertiva e na necessidade de rediscussão do escopo e prazo de proteção legal conferido às patentes (ou, ainda, do próprio caráter proprietário e excludente do monopólio legal que é o regime da Propriedade Intelectual). Não por acaso, na última década temos assistido ao fortalecimento de movimentos como o *Creative Commons*, no que se refere aos direitos autorais, e a criação de códigos abertos e livres, cujo exemplo mais conhecido é o do sistema operacional *Linux*.

Estas iniciativas, em que pese importantes, ainda são incipientes. Pode-se arguir que embora tais movimentos sejam hoje uma pequena perturbação na superfície, tendem a ganhar força e resultar em um tsunami social a forçar mudanças legislativas. De fato, é de se reconhecer que tais mudanças costumam vir a reboque da realidade e ocorrer quando a própria sociedade já se reorganizou para enfrentar situações que a lei não conseguiu endereçar adequadamente. Ainda assim, temos condições de esperar até que tais mudanças legislativas ocorram?

O custo social de um sistema de patentes deficiente é altíssimo. O regime de Propriedade Intelectual sempre teve como objetivo precípua não o justo reconhecimento ao inventor ou ao criador de determinada obra, mas o estímulo à inovação, ao progresso e, como consequência, o aumento do bem-estar social (BRANCHER, 2010). O monopólio legal conferido ao titular de bens intelectuais é uma opção política, um meio para o atingimento de um fim que está intrinsecamente ligado ao desenvolvimento das nações e dos povos. Um sistema de proteção aos ativos intelectuais que confira proteção excessiva aos seus titulares perde a função de incentivo, freia a inovação e dificulta a circulação do conhecimento (BARBOSA, 2008).

É neste contexto que o presente artigo se propõe a analisar os *pools* de patentes (ou consórcios, sendo ambos os termos sinônimos). Tais arranjos permitem que titulares de direitos de propriedade intelectual distintos os disponibilizem em conjunto para licenciamento entre membros do

próprio *pool* e para terceiros interessados. Como se verá ao longo deste trabalho, as formas de organização e governança de tais pacotes de licença são as mais variadas possíveis, mas todas representam uma tentativa de diminuir os custos de transação associados a navegar no emaranhado de patentes que perfaz nossa realidade atual. Realidade onde a pesquisa e desenvolvimento (P&D) aplicada a novos produtos costuma esbarrar em um sem número de direitos patentários prévios e nas dificuldades associadas a descobrir sua existência, identificar seus titulares e negociar licenças individuais (SHAPIRO, 2001).

Se a mudança legislativa está distante, os *pools* de patentes talvez sejam um dos já mencionados exemplos da sociedade se reorganizando de maneira a contornar problemas que não só a lei não endereça, mas que neste caso são causados pela própria opção legislativa (HELLER e EISENBERG, 1998). Porém e para além dos benefícios atrelados à formação dos *pools*, a dependência de tais arranjos da colaboração entre competidores pode produzir efeitos anticompetitivos que justificam a intervenção do Antitruste.

Neste contexto, o presente trabalho se propõe a, primeiramente, revisitar a célebre noção da “Tragédia dos Anticomuns” para discutir como a Propriedade Intelectual pode estancar a inovação ao conceder direitos de exploração pulverizados e que se bloqueiam mutuamente. Na sequência, os *pools* de patentes serão apresentados como uma maneira de driblar a “Tragédia dos Anticomuns”, ao mesmo tempo em que são trazidas a luz as principais preocupações de cunho concorrencial envolvendo tal prática. Finalmente e com base nos principais julgados e nas diretrizes das autoridades norte-americanas sobre o tema (opção necessária diante da escassez de jurisprudência nacional), serão apresentados possíveis mecanismos de governança que podem ser adotados pelos *pools* para afastar ou minimizar efeitos concorrenciais adversos, aumentando as chances destes arranjos serem considerados pró-competitivos e beneficiarem a atividade inventiva como um todo.

2. O REGIME DE PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL

A propriedade intelectual distingue-se de outros tipos de propriedade por ser um bem não-rival e não-exclusivo (COOTER e ULEN, 2010). É não-rival porque seu uso não consome o bem e não impede sua utilização por terceiros. É não-exclusivo porque, uma vez realizado o esforço intelectual, o custo para sua reprodução é ínfimo, o que torna difícil ao inventor excluir terceiros do acesso à sua invenção.

Em função destas características, os bens intelectuais são, na ausência de regulação, de fácil apropriação e reprodução, o que dá margem ao aparecimento de comportamentos oportunistas (*free-riders*). O agente que suportou altos custos e o risco envolvido na atividade de P&D não tem condições de competir com aquele que simplesmente se apropriou dos resultados de seu trabalho. Isso porque os preços do inventor deverão necessariamente refletir uma recuperação dos custos suportados na fase de P&D e, assim, sempre serão superiores ao do caroneiro (que não possui custos de P&D a recuperar). Como consequência, os agentes não teriam incentivos para inovar, uma vez que não disporiam de condições para recuperar seu investimento.¹

O regime de Propriedade Intelectual, portanto, foi pensado para corrigir uma falha de mercado associada à dificuldade de apropriação e facilidade de reprodução da informação e, como resultado, do conhecimento. E o faz através da criação artificial de um monopólio legal, que permite a exploração do bem intelectual unicamente pelo seu inventor ou criador, transformado em titular de direitos de exploração exclusivos sobre o invento ou obra (BARBOSA, 2008). A lógica é que o titular, ao tornar seu bem intelectual escasso, possa recuperar os investimentos realizados e ter um incentivo para continuar inovando.

¹ Há controvérsias em relação a esta assertiva. Richard A. Posner (2001), por exemplo, levanta a possibilidade de que o primeiro a lançar alguma ideia no mercado ("*head start advantage*") garanta uma vantagem de custo permanente sobre os que vierem depois, independentemente da existência de algum tipo de regulação. Isso seria especialmente verdadeiro, argumenta Max Schanzembach (2002), em mercados com efeitos de rede, no qual o primeiro entrante não precisa lidar com as barreiras à entrada que a existência de uma rede estabelecida cria.

Desta forma, ao criar um monopólio legal a Propriedade Intelectual propositalmente sacrifica a “eficiência estática” (competição) em prol da “eficiência dinâmica” (inovação).

Privilegiar a inovação importa porque, na curta mas precisa definição de Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p. 131), “ *(a inovação) proporciona uma maneira melhor de se fazer algo ou algo melhor para se fazer.* ” Os consumidores, como resultado, se beneficiam da queda de preços (a maneira melhor) ou da introdução de novos bens (a nova maneira).

De forma quase paradoxal, contudo, a existência de direitos de propriedade intelectual excessivos e fragmentados pode elevar custos de transação, aumentar riscos da atividade de P&D e, como grande ironia, desestimular a mesma inovação em razão da qual o regime de Propriedade Intelectual foi criado (MENEGATTI, 2013). Essa é a “Tragédias dos Anticomuns”.

2.1. A TRAGÉDIA DOS ANTICOMUNS

A “Tragédia dos Comuns” foi expressão cunhada por Garrett Hardin (1968) no final da década de sessenta para explicar a utilização excessiva de bens públicos de uso comum diante da ausência de incentivos para conservá-los. Em sua origem, a expressão buscava explicar questões ambientais, como a poluição. Porém, logo foi exportada para outras áreas do conhecimento, sendo que na economia se tornou um importante argumento pró privatização.

Exatas três décadas depois, Michael Heller e Rebecca Eisenberg (1998) argumentaram que a metáfora de Hardin deixa de lado o risco de subutilização de um bem quando o governo concede a muitos o direito de excluir terceiros de seu uso. De modo contrário à “Tragédia dos Comuns”, os autores, a partir de expressão já utilizada por Heller em trabalho anterior, denominaram de “Tragédia dos Anticomuns” o risco de subutilização de determinado recurso escasso sempre que muitos agentes detêm o direito de excluir terceiros de seu uso, culminando em uma sucessão de bloqueios mútuos que impede um uso efetivo do recurso em

questão. O grande exemplo de ocorrência da “Tragédia dos Anticomuns” oferecido pelos autores foi, justamente, o da proliferação de direitos de propriedade intelectual.

Nos dias atuais os direitos de propriedade intelectual se avolumam ao mesmo tempo em que se encontram pulverizados entre diferentes titulares. Em uma realidade na qual a inovação é sequencial, isso é, depende de invenções prévias ou complementares², a existência de múltiplas patentes com titulares distintos conspira para criar uma paralisia associada às dificuldades do inventor em navegar por tal emaranhado de direitos, também chamado de “*patent ticket*” (SHAPIRO, 2001). Entre mapear a existência de patentes da qual seu invento possa depender, localizar os respectivos titulares e negociar licenças com cada um deles, os custos de transação e riscos associados se multiplicam (MATTIOLI, 2014). Como resultado, a inovação torna-se mais lenta, custosa e, muitas vezes, deixa de existir.

Michael Heller e Rebecca Eisenberg (1998) sugerem, contudo, a possibilidade da “Tragédia dos Anticomuns” ser transitória e citam a formação de *pools* de patentes como uma possível solução dos titulares de direitos de propriedade intelectual para reduzir os custos de transação associados à obtenção de diversas licenças necessárias ao desenvolvimento de determinado padrão, tecnologia ou produto. É sobre tais arranjos e suas possíveis externalidades, positivas ou negativas, que este trabalho irá se debruçar.

3. POOLS DE PATENTES: UMA VELHA SOLUÇÃO PARA UM NOVO PROBLEMA?

2 “Conhecimento é o mais importante insumo para a produção do conhecimento (...). Patentes aumentam o preço desse insumo, o que, como resultado, reduz sua produção.” (STIGLITZ, 2008, p. 1698, tradução livre). A esse respeito, Carl Shapiro (2001, p.119-120, tradução livre) dirá que “A noção de inovação cumulativa, em que cada nova descoberta é alcançada a partir de descobertas anteriores, é central ao método científico. (...) Como colocado pelo *Sir Isaac Newton*, cada cientista ‘está parado sobre o ombro de gigantes’ para chegar a novas alturas.”

Os *pools* ou consórcios de patentes são arranjos por meio dos quais múltiplos participantes cedem ou licenciam suas patentes a uma única entidade, a qual, por sua vez, irá licenciá-los de forma agrupada para terceiros que podem ou não integrar o *pool*, geralmente mediante a cobrança de *royalties* (SHAPIRO, 2001). Diferem-se das licenças cruzadas pois estas denotam acordos bilaterais cujo objeto é a outorga mútua de direitos de exploração de propriedade intelectual, enquanto os *pools* envolvem múltiplos membros e, via de regra, realizam a oferta do pacote de licença a terceiros que não integram o *pool* (isso é, podem ou não ser titulares de parte da propriedade intelectual que compõe o pacote ofertado).

Em que pese as diferentes roupagens que os *pools* de patente podem assumir, sua característica comum é o oferecimento de um pacote de licenças, o que permite ao licenciado firmar um único contrato para obter todo o conjunto de autorizações necessárias (ou, ao menos, uma grande parte destas autorizações) para uso de determinada tecnologia ou processo.³

Ressalvada tal característica comum, os *pools* de patentes podem ser, e frequentemente são, constituídos de forma distinta e com regras de governança feitas sob medida para acomodar a vontade de seus participantes e as necessidades do caso concreto. A título de exemplo, é possível que seus membros licenciem as patentes a serem agrupadas para um dos próprios participantes do *pool* ou, alternativamente, que constituam empresa autônoma para receber tais direitos de propriedade intelectual e administrá-los. Da mesma forma, os membros de um *pool* podem incluir no pacote somente patentes de bloqueio ou a elas somar patentes complementares ou até mesmo rivais⁴ (embora neste último

³ Steven Carlson (1999) aponta, em verdade, duas características comuns aos *pools*: oferecimento de um pacote de licenças e mecanismos de governança para coleta e distribuição de *royalties* entre seus membros. Contudo, tendo em vista que o licenciamento oferecido em alguns *pools* é gratuito (o *Linux* é sempre o primeiro exemplo a ser lembrado), está característica não se sustenta como verdade universal aplicada a todos os arranjos deste tipo.

⁴ A relação entre patentes pode ser de bloqueio, complementariedade ou rivalidade. Duas patentes são ditas de bloqueio quando uma delas se origina a partir de melhorias ou variações criadas a partir de outra patente válida e pré-existente. Como resultado, o inventor desta melhoria ou

caso seja provável que as autoridades de proteção à concorrência exijam mudanças no arranjo). É possível, ainda, optar por diferentes formas de pagamento e divisão de *royalties* entre seus membros: de acordo com a contribuição de cada patente no contexto do *pool*, de forma igual e equitativa ou, até mesmo, dispensando qualquer pagamento e tornando a licença gratuita. Somam-se a estas opções permitir ou não a adesão futura de novos membros (formando os pools de participação aberta), autorizar ou restringir a exploração das patentes incluídas no *pool* de forma independente pelos seus titulares, e, ainda, exigir ou não dos participantes o retrolicenciamento ao *pool* de melhorias desenvolvidas sobre as patentes licenciadas (*grantback*), além de um sem número de outras possíveis regras.

E porque nenhum licenciamento pode ser considerado ilícito *per se*, estas diferentes combinações serão determinantes no resultado da análise de cunho concorrencial a qual será submetido o *pool* (BRANCHER, 2010), conforme será aprofundado na seção 4 deste trabalho.

É válido pontuar que *pools* de patentes não são um arranjo inovador, tampouco recente. A própria expressão “*pool*” advém de uma referência literal aos poços de petróleo e da exploração conjunta com divisão de custos e riscos realizada já no século XIX (HOVENKAMP, 2011). O primeiro consórcio de patentes do qual se tem notícia é o caso chamado pelos norte-americanos de *Singer Combination*, datado de 1856 e firmado pelas três principais fabricantes de máquina de costura da época⁵. Porém, desde tal arranjo inicial e até o ano de 2013, foram identificados somente 52 *pools* de patentes nos Estados Unidos.⁶ Por que, em um lapso temporal

variação não pode explorá-la sem a autorização do titular da patente original, nem vice-versa. Ainda, duas patentes são ditas como complementares quando, embora possam ser exploradas de modo separado, são inúteis se não forem combinadas com outras patentes (por exemplo, pode haver uma patente sobre um filamento de tungstênio, mas esta patente não basta para criar uma lâmpada). Por fim, são rivais aquelas que competem entre si e, portanto, são tidas como substitutas. (CARLSON, 1999).

5 No caso *Singer Combination*, as três empresas participantes do pool podiam anualmente lançar um número limitado de tipos de máquina de costura combinando suas licenças, mas terceiros não tinham acesso a elas. A estrutura assemelha-se ao praticado em licenças-cruzadas, não fosse o fato de não ser bilateral.

6 O levantamento, realizado por Michael Mattioli (2014), se valeu de inúmeras fontes tais como

de mais de um século, o número é tão baixo? E o que justifica o renovado interesse pela matéria nos últimos vinte anos?

De maneira geral, dois fatores parecem responder a estas indagações: o tratamento histórico dado à matéria e a emergência da Nova Economia.

3.1 TRATAMENTO HISTÓRICO E A NOVA ECONOMIA

A forma como as Cortes tem tratado a matéria historicamente é o primeiro fator que pode auxiliar a elucidar a baixa adesão a este tipo de arranjo ao longo do século XX.

Nos Estados Unidos e por um lapso temporal de aproximadamente vinte anos após a promulgação do *Sherman Act* em 1890, as Cortes trataram com excessiva deferência os direitos de propriedade intelectual, transformando as patentes em uma verdadeira ilha afastada da incidência do Antitruste.⁷ Somente em 1912, após a decisão do caso *Standard Manufacturing Co. v United States* pela Suprema Corte⁸, é que os ventos começaram a soprar para uma direção oposta. O pêndulo, contudo, deslocou-se em excesso.

Seguiu-se um período de extrema desconfiança em relação aos direitos de propriedade intelectual, com o Departamento de Justiça

ações judiciais, investigações do Congresso, pedidos de informação ao Departamento de Justiça (DOJ), arquivos da Biblioteca do Estado de Nova York, informações prestadas por entidades licenciadoras, entre outros. O autor reconhece, contudo, que os números podem não ser exatos considerando a natureza privada de tais arranjos e a ausência de um registro consolidado destas informações.

7 Uma decisão do período frequentemente citada pelos doutrinadores como exemplo dos excessos cometidos em favor da propriedade intelectual é a do caso *E. Bement & Sons v. National Harrow Co.*, datado de 1902 e envolvendo um *pool* de patentes entre fabricantes de equipamentos de aragem. Em verdade, o *pool* fora criado para mascarar um esquema de fixação de preços (cada titular só recebia do *pool* sua própria licença e era obrigado a seguir uma tabela de preços). Neste caso a Suprema Corte norte-americana reconheceu a possibilidade do titular de uma patente estabelecer tais arranjos em função da sua “liberdade absoluta” para explorar os direitos de propriedade intelectual que detém, ainda que o resultado fosse o estabelecimento de um cartel.

8 Neste caso, a Suprema Corte manteve a decisão de dissolver um *pool* de patentes em função de fixação de preços e outras condutas consideradas anticompetitivas.

norte-americano (DOJ) assumindo que o monopólio legal equivalia à existência de monopólio econômico, independentemente de questões estruturais envolvidas, e dando pouca relevância às possíveis eficiências resultantes de licenças horizontais (CARLSON, 1999). Esta atitude de pouca simpatia com as licenças cruzadas e *pools* de patentes culminou com a publicação pelo DOJ, já na década de 70, de um guia orientativo sobre licenciamento denominado “*Nine No-Nos*” (“*Os Nove Nãos*”, em uma tradução livre). Neste documento, nove condutas relacionadas ao licenciamento eram listadas como ilícitos *per se*, incluindo requerer que o licenciado aceitasse um pacote de licenças.

Somente em 1995 o DOJ e a Federal Trade Commission (FTC) reviram formalmente sua posição e publicaram novas diretrizes a orientar o licenciamento de propriedade intelectual sob a perspectiva concorrencial. Intitulado “*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*” (ou, em uma tradução livre, “Diretrizes Concorrenciais para o Licenciamento de Propriedade Intelectual”), o documento apontou para a necessidade de se balancear a prevenção ao comportamento monopolístico com o incentivo ao desenvolvimento da tecnologia. Mais do que isso, reconheceu que os efeitos decorrentes de licenciamentos costumam ser pró-competitivos e indicou de forma expressa que nas análises concorrenciais a propriedade intelectual deve ser encarada como qualquer outro tipo de propriedade (ou seja, não deve haver a presunção de monopólio econômico pela existência de monopólio legal).

Já na Europa, a aplicação das normas concorrenciais segue estrutura mais rígida e menos inclinada a sopesar eficiências. Embora tais ponderações não sejam afastadas na totalidade dos casos, comparativamente a outras jurisdições a União Europeia possui um alto número de condutas consideradas restrições *hardcore* (equivalentes aos ilícitos *per se*). O objetivo de promover a integração em prol de um mercado único e de eliminar as barreiras ao comércio entre seus Estados-membros justificam tal cenário, como lembra Paulo Eduardo Lilla (2014). Especificamente no que se refere à abordagem concorrencial dos licenciamentos, incluído aí os *pools*, a Europa seguiu os passos dos norte-americanos. A partir

dos anos 70 e influenciada pelo “*Nine No-Nos*”, promulgou resoluções enquadrando diversas condutas como restrições *hardcore* no âmbito dos licenciamentos. Em um segundo momento, agora em linha com o “*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*”, publicou o Regulamento 77/2014, muito mais atento a considerações de eficiência na análise destes arranjos.

Neste contexto e ao analisarmos a dura forma pela qual as Cortes e autoridades concorrenciais norte-americanas e europeias valoraram os *pools* de patentes durante a maior parte do século XX, fica evidente a razão por trás dos baixos números desse tipo de arranjo dos quais se tem notícia (MATTIOLI, 2014). Em especial quando se considera o grau de influência que os Estados Unidos e o atual bloco europeu possuem sobre outras jurisdições nas quais a matéria concorrencial é menos desenvolvida, é seguro presumir que tal visão restritiva reverberou para muito além de seus territórios. Ao menos até os anos 90 do século passado, é seguro afirmar que o sistema de proteção à concorrência desincentivava os agentes a coordenarem seus esforços para oferecer licenciamentos conjuntos, ainda que os resultados pudessem ser pró-competitivos.

O segundo fator a explicar o aparente desinteresse em tais formas de licenciamento conjunto até algumas décadas atrás é o surgimento da Nova Economia, composta pelo mercado de telecomunicações, *softwares* e *hardwares*, serviços com base em Internet (como provedores de acesso e conteúdo) e outros que suportem tais mercados (POSNER, 2010). Estes segmentos seguem uma lógica peculiar se comparados aos ramos tradicionais da indústria, posto que se caracterizam por altas taxas de inovação, competição frequente pelo mercado (e não por fatias dele, em uma dinâmica alimentada pelas externalidades positivas de rede⁹), tendência à formação de monopólios sucessivos e elevada dependência

9 Por externalidades positivas de rede (ou “efeitos de rede”) se entende o fenômeno pelo qual em dados segmentos a utilidade derivada do uso de um produto por cada consumidor aumenta na medida em que mais usuários aderem a ele. É o caso, por exemplo, da telefonia e das redes sociais. Neste tipo de mercado, uma vez estabelecida uma rede as barreiras a entrada dos competidores aumentam e há a tendência a formação de monopólios, motivo pela qual se diz que em tais mercados a competição costuma ser pelo mercado como um todo e não por fatias dele.

de direitos de propriedade intelectual (POSNER, 2001; SULLIVAN, 2001).

Tal conjunto de características cria a tempestade perfeita e torna os agentes atuantes nos mercados da Nova Economia especialmente propensos a esbarrar nas dificuldades narradas pela Tragédia dos Anticomuns. Mais do que isso, os *pools* de patentes podem servir não apenas para navegar por direitos de propriedade intelectual fragmentados e sobrepostos, como também para facilitar o estabelecimento de padrões tecnológicos. Fácil compreender, portanto, porque tais arranjos têm especial apelo para as empresas de tecnologia de ponta, as quais perdem com questões de incompatibilidade ou investimento em padrões que não prevaleceram.

A assertiva de que o tratamento histórico dado ao tema e o surgimento da Nova Economia justificam o renovado interesse por um velho modelo é suportada empiricamente pelos diversos consórcios de patentes datados dos anos 90 em diante e relacionados, precisamente, a segmentos da Nova Economia. É o caso dos *pools* referentes às tecnologias MPEG-2¹⁰, DVD, Bluetooth e 3G, além do já mencionado sistema operacional *Linux*, para citar alguns exemplos.

3.2. BENEFÍCIOS ASSOCIADOS AOS *POOLS* DE PATENTES

Na ausência de um *pool*, os interessados em um determinado processo ou tecnologia precisam identificar todas as patentes prévias incidentes, buscar seus titulares um a um e negociar individualmente as condições de licença com cada um deles. Nos dias atuais, não raro um processo deste tipo implica em navegar por um sem número de direitos

10 O caso MPEG se refere a um *pool* de patentes relacionado a um protocolo para compressão e transmissão de vídeo e áudio em ambiente digital. Este arranjo é frequentemente citado pela literatura como um exemplo de boa governança em *pools* de patentes, sendo que as regras nele adotadas refletem o entendimento do DOJ a respeito da matéria. Entre os cuidados tomados pelas empresas que constituíram o *pool* está a contratação de especialistas externos para avaliar as patentes dos participantes e definir quais seriam essenciais à adoção do padrão por terceiros (sendo as demais deixadas de fora do arranjo).

de patentes, fazendo com que os custos de transação e riscos envolvidos se avolumem. Além disso, o pagamento de *royalties* decorrentes do licenciamento obtido de cada um destes titulares costuma somar valores elevados, o que será repassado ao consumidor final na forma de preço. Esse fenômeno, denominado *royalty stacking*, é causado, principalmente, pelos problemas de *holdup* e de marginalização múltipla que acompanham tais negociações (LEMLEY; SHAPIRO, 2007).

O *holdup* ocorre quando um agente, após estar em uma fase de P&D na qual os custos de voltar atrás são muito elevados, é pego de surpresa pela existência de uma patente prévia que desconhecia e que bloqueia a exploração da solução por ele desenvolvida. Isso pode ocorrer, exemplificativamente, quando tal descoberta é feita após unidades de produtos infringindo a patente pré-existente já terem sido produzidos. Nesta hipótese, a empresa infratora estará sujeita a custos elevados para rever sua criação de modo a contornar a patente infringida, e, mesmo que o faça, ainda poderá ser responsabilizada por unidades já comercializadas ou estará sujeita a experimentar problemas de compatibilidade entre as distintas versões de seu produto (MENEGATTI, 2013). Diante desta situação, a tendência é que o titular da patente infringida busque maximizar seus ganhos e exija *royalties* mais elevados para licenciar sua propriedade ao infrator do que o faria caso a negociação tivesse ocorrido *ex ante*.

Já o problema de marginalização múltipla foi observado no século XIX pelo economista Cournot, o qual, ao analisar a situação de um produtor de latão que comprava seus dois principais insumos de monopolistas distintos, concluiu que o preço final do latão seria mais baixo e o lucro pela venda dos insumos maior caso houvesse apenas um, e não dois, monopolistas fornecendo os insumos. Isso porque em monopólios complementares (como os de cobre e zinco, necessários à produção do latão), cada um dos fornecedores detentor de um dos monopólios deixa de levar em consideração o impacto que seu preço terá na quantidade demandada do outro monopólio. No terreno da Propriedade Intelectual e ainda que o monopólio legal das patentes não possa ser confundido

com monopólio econômico, a marginalização múltipla significa que os diferentes titulares de patentes incidentes sobre dada tecnologia ou processo irão cobrar *royalties* mais elevados do que seria ótimo em sentido econômico, e, como resultado, coletarão menos *royalties* do que se a cobrança fosse feita de forma conjunta e coordenada (SHAPIRO, 2001).

O benefício mediato dos *pools* de patentes é, portanto, diminuir os custos de transação associados a obtenção de múltiplas licenças, bem como evitar o fenômeno da marginalização múltipla e de *holdup*, resultando em uma situação ganha-ganha na qual convivem preços mais baixos aos consumidores finais e ganhos mais elevados aos titulares de patentes. Já seu benefício imediato é o estímulo a inovação, posto que reduz o custo dos agentes para inovar (SHAPIRO, 2001).

Para além de tais benefícios, porém, os *pools* podem servir ainda como uma forma de contornar a paralisia causada por patentes de bloqueio. Inexistindo a coordenação entre seus titulares através de licenças horizontais, tais patentes restariam inutilizadas. O *pool* dá uso a um invento que, não fosse tal arranjo colaborativo, seria desperdiçado enquanto durasse o prazo de proteção legal (CARLSON, 1999).

Oportuno mencionar ainda que alguns autores atribuem aos *pools* a possibilidade de reduzir as incertezas relacionadas à existência e ao escopo de patentes, posto que em teoria reuniriam todas as patentes necessárias à aplicação de determinada tecnologia ou processo em um único grupo, o que diminuiria o risco do licenciado se deparar com alguma infração no curso de sua atividade (COLANGELO, 2004).

A redução dos custos com litígios é outro benefício associado aos arranjos envolvendo patentes. Em especial no que se refere às patentes de bloqueio ou com escopo incerto, os *pools* podem ser uma forma de evitar ou ao menos diminuir os custos financeiros e a incerteza que acompanham tais embates. Tal argumento, contudo, é frágil, ao menos do ponto de vista sobre como isso poderia beneficiar o interesse público. Não há porque se esperar que os interesses particulares das partes envolvidas nestes acordos coincidam com os interesses dos consumidores (SHAPIRO, 2001). Não só isso, mas historicamente são notórios os casos em que de acordos para

encerrar litígios resultaram *pools* de patentes com fixação de preços, como nos casos *E. Bement & Sons v. National Harrow Co* (já citado) e *Summit Technology Inc. e VisX* (a ser detalhado na seção 4).

Por fim, *pools* podem ter o efeito de promover externalidades positivas de rede. Isso é especialmente verdade nos segmentos da Nova Economia, onde o estabelecimento de padrões é frequente (CARLSON, 1999). Ao estabelecer um padrão através de acordo e não mediante uma guerra de padrões, os agentes econômicos diminuem as chances de produtos incompatíveis conviverem no mercado. Além disso, podem passar a dispendar energia e recursos inovando dentro do padrão eleito, o que propicia a existência de múltiplos fornecedores dentro de um mesmo padrão e evita os *sunk costs* relacionados a investimentos em um padrão que não seja o escolhido (SHAPIRO, 2001).

4. POTENCIAIS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS ATRIBUÍDOS AOS *POOLS* E FORMAS DE MITIGÁ-LOS

Não obstante os diversos benefícios associados à formação de consórcios de patentes, tais arranjos podem ser utilizados para encobrir uma série de estratégias anticompetitivas, cuja chance de materialização depende da forma pela qual o *pool* se estruturou e das regras de governança adotadas. Ainda que tais arranjos sejam com frequência pró competitivos, o risco de encobrirem práticas nocivas ao mercado justifica que o tema sofra o escrutínio do Antitruste, especialmente tendo em vista que na base de um consórcio de patentes está a colaboração entre agentes horizontalmente posicionados.

No Brasil, os *pools* de patente estão subordinados à Lei 12.529/2011, que estrutura o sistema de defesa da concorrência, e à Resolução 17/2016 do CADE, que define o que são contratos associativos. A depender da sua duração e do faturamento das partes envolvidas¹¹, os *pools* de patentes

11 A Resolução 17/2016 do CADE define como contratos associativos a serem submetidos à aprovação das autoridades concorrenciais aqueles “com duração igual ou superior a 2 (dois) anos, que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde

podem ser considerados contratos associativos e, como tal, deverão ser submetidos ao CADE para aprovação na forma de ato de concentração. É de se mencionar que não só são poucos os atos de concentração de que se tem notícia no CADE envolvendo transferência de tecnologia, mas que nenhum deles incluiu até aqui *pools* de patentes. Somente no âmbito das condutas, e ainda assim de maneira incipiente, o CADE tratou de tais arranjos.¹²

Pools de patentes estão sujeitos a regra da razão, o que significa dizer que as autoridades de defesa da concorrência devem sopesar em sua análise as eficiências e possíveis efeitos nocivos que podem decorrer do arranjo no caso concreto. Por se tratar de uma integração entre agentes econômicos e em linha com o modelo brasileiro, os *pools* de patentes são analisados como estrutura, ainda que ilícitos concorrenciais praticados uma vez formado o *pool* possam ser objeto de investigação como conduta. É o que ocorreria, a título de exemplo, caso fosse constatado que um *pool* de patentes existente está sendo utilizado para a fixação de preços¹³ ou

que, cumulativamente: I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.” Tal definição deve ser lida cumulativamente com o requisito de faturamento a orientar a submissão de atos de concentração ao CADE. Neste sentido, o art.88, caput, da Lei 12.529/2011 dispõe que “Serão submetidos (...) os atos de concentração (...) em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)”.

12 São os casos CT vs. Ericsson (AP nº 08700.008409/2014-00) e Gradiente e CCE vs. Philips (AP nº 08012.001315/2007-21 e 08012.001315/2007-21), todos arquivados.

13 Excetuado os *pools* de patentes que envolvem licenciamento gratuito, via de regra tais arranjos preveem o pagamento de *royalties* pelos licenciados ao *pool*, os quais serão distribuídos entre seus membros de acordo com a regras definidas no contrato de associação. Não é essa mecânica, contudo, o que se chama de fixação de preços no contexto dos consórcios de patentes. A fixação de preço nos *pools* de patentes pode ocorrer, por exemplo, quando dentro do pacote de licenças são incluídas licenças rivais e o arranjo serve para suprimir a competição ao cobrar preços uniformes por ambos. Ou, ainda, quando no âmbito do *pool* é definido o preço a ser cobrado individualmente por cada titular ao explorar sua patente fora do consórcio. Uma terceira forma é quando aos licenciados são impostas obrigações relacionados ao preço de revenda do produto

divisão de mercado entre seus membros.

Entre os potenciais efeitos anticompetitivos a serem considerados pelas autoridades de defesa da concorrência ao avaliar os *pools* de patentes, pode-se destacar a diminuição artificial dos níveis de competição, elevação de barreiras à entrada, proteção a patentes inválidas, venda-casada e facilitação de condutas colusivas. O objetivo desta seção é não somente detalhar como tais efeitos podem se materializar, mas, principalmente, indicar como a adoção de regras de governança bastante simples pelos *pools* de patentes pode servir para afastar ou ao menos mitigar tais riscos.

4.1. DIMINUIÇÃO ARTIFICIAL DOS NÍVEIS DE COMPETIÇÃO

Os *pools* podem diminuir os níveis de competição quando, ao invés de congregarem somente patentes de bloqueio e complementares, incluem patentes rivais como parte do pacote de licenças. Embora inexista ilegalidade *per se* nesta inclusão, é difícil defender alguma externalidade positiva que dela possa decorrer, pelo que é alta a probabilidade de as autoridades de proteção à concorrência a rejeitarem. Ao incluir em um mesmo pacote patentes que competem entre si e são, portanto, substitutas, o *pool* acaba não somente por diminuir os níveis de concorrência em termos de oferta e preço ao consumidor, como também torna mais provável a ocorrência de condutas anticompetitivas como a fixação de preços.¹⁴

que fizer uso das licenças agrupadas no pacote,

14 Em 1998, a FTC questionou um *pool* de patentes firmado entre as empresas Summit Technology Inc. e VisX Inc., concorrentes no mercado de fabricação de lasers utilizados para cirurgias corretivas de visão. O argumento utilizado pela FTC foi de que o arranjo era anticompetitivo por reunir patentes rivais e não permitir que cada uma das empresas licenciasse sua propriedade intelectual de maneira independente ao *pool*. O arranjo teria sido constituído, no entender da FTC, para fixar preços de produtos que competiam entre si. As empresas negaram as acusações e sustentaram que de fato suas patentes eram de bloqueio, mas, eventualmente, concordaram em retirar do *pool* restrições para que a propriedade intelectual pudesse ser explorada de maneira autônoma pelo seu titular. O *pool* acabou sendo desfeito, mas o caso ilustra a dificuldade de se classificar patentes como de bloqueio, complementares ou rivais.

Por este motivo, defende-se que as patentes agrupadas em um *pool* devam ser essenciais à consecução de determinado processo ou tecnologia. Tal “essencialidade”, como tem chamado a literatura, implica na limitação do *pool* somente à reunião de patentes de bloqueio e complementares (SHAPIRO, 2001). Esse foi o racional adotado pelo DOJ tanto para aprovar os *pools* das tecnologias MPEG e DVD quanto para questionar o *pool* entre as empresas Summit Technology Inc. e VisX. Não só isso como no Brasil a “essencialidade” foi o cerne das discussões envolvendo o padrão DVD nos casos Gradiente e CCE vs. Philips (AP nº 08012.001315/2007-21 e AP nº 08012.001315/2007-21), surgidos da alegação de que haviam sido inclusas patentes não-essenciais no padrão e de que os *royalties* cobrados eram excessivos.

A definição prática, contudo, do que seria uma patente de bloqueio, complementar ou rival (e do que é essencial ou não a uma tecnologia) é em larga medida técnica e, muitas vezes, de difícil aferição. É fundamental, portanto, que haja uma avaliação por especialistas independentes sobre quais patentes satisfazem o critério de essencialidade, como feito tanto nos casos MPEG quanto DVD, e que somente as patentes tidas como essenciais passem a integrar o pacote de licenças ofertado pelo *pool*.

Adicionalmente e de modo a não suprimir a competição, tais arranjos não devem conter cláusulas que excluam arbitrariamente empresas de um *pool* quando a tais empresas não for possível competir fora dele, ou, ainda, disposições que detenham esforços de P&D.

O risco de exclusão pode ser mitigado se o *pool* for construído para ter participação aberta (permitindo o ingresso de membros adicionais aos seus fundadores, desde que tenham, claro, desenvolvido uma tecnologia relevante no âmbito do pacote de licenças), não exigir exclusividade na exploração das licenças que o compõem e efetuar a cobrança de *royalties* FRAND (justos, razoáveis e não discriminatórios – embora, claro, este seja um conceito bastante amplo e que pode gerar dificuldade de aferição no caso concreto). Por outro lado, o risco do *pool* desincentivar a pesquisa e o desenvolvimento pode ser endereçado pela retirada de restrições à exploração individual dos direitos licenciados ao *pool* pelos seus titulares,

inclusive nas hipóteses de retrolicenciamento¹⁵ (HOVENKAMP, 2011).

4.2. ELEVAÇÃO DAS BARREIRAS À ENTRADA

Pools de patentes, em especial quando estabelecem padrões, podem aumentar as barreiras à entrada em determinado mercado. Isso porque ao endereçar problemas de compatibilidade, o padrão gera efeitos de rede. Por um lado, estes efeitos trazem benefícios aos consumidores na forma de maior utilidade derivada do uso do produto. Por outro, significam custos mais elevados para novos agentes se estabelecerem, posto que tais entrantes irão se deparar com uma estrutura de rede pré-existente e as dificuldades atreladas a desmantelá-la.

Como leciona Carl Shapiro (2001), para responder se a cooperação entre agentes na busca por um padrão aumenta a inovação e beneficia os consumidores ou se, alternativamente, teria o efeito inverso, é necessário analisar como o mercado provavelmente evoluiria sem tal cooperação. E, insiste o autor, nestes casos é de se considerar que na ausência de um padrão poderiam existir produtos incompatíveis convivendo simultaneamente no mercado ou, eventualmente, o próprio mercado poderia acabar por eleger de maneira natural um padrão único. Como demonstrado na seção 3.2, padrões artificialmente estabelecidos também possuem efeitos benéficos.

Novamente, a adoção pelos *pools* de mecanismos de participação aberta, *royalties* FRAND e ausência de exclusividade na exploração das licenças pode ajudar a contornar o potencial de tais arranjos elevarem as barreiras à entrada em determinado mercado.

4.3. PROTEÇÃO A PATENTES INVÁLIDAS

Um dos benefícios atribuídos aos *pools* de patentes é a diminuição

¹⁵ Mesmo nesta hipótese e como decorrência do regime de Propriedade Intelectual, se houver algum bloqueio à exploração da patente fora do âmbito do *pool* caberá ao seu titular realizar os licenciamentos cruzados necessários a exploração independente da sua invenção.

dos custos com litígios e a redução das incertezas atreladas às decisões das Cortes. Esta assertiva, contudo, deve ser vista com parcimônia, posto que o argumento de redução de custos com litígio esconde um risco associado a como tais arranjos podem ser ferramentas para desestimular a contestação do escopo e validade das patentes, servindo para encobrir como propriedade privada aquilo que deveria estar no domínio público.

Pelo fato de integrar um *pool* significar colaborar com seus demais membros, os incentivos aos participantes para questionar a validade das patentes uns dos outros diminui. Adicionalmente, as chances de os licenciados contestarem um ou mais direitos de propriedade intelectual que integrem o pacote também são reduzidas, uma vez que isso pode prejudicar sua relação com o *pool* como um todo. Os membros de um *pool* dispõem ainda da vantagem de dividir custos e riscos associados a tais litígios, o que os torna muito mais custosos para o terceiro que contestar a validade de determinada patente do que para os participantes do *pool*.

A situação é mais grave quando os *pools* preveem no contrato de licença que os licenciados não poderão contestar a validade das patentes que integram o pacote. Em geral, a penalidade caso o licenciado descumpra tal compromisso é a rescisão imediata do contrato de licenciamento como um todo. O risco ao licenciado é grande demais para que ele se atreva a questionar o escopo ou validade de qualquer das patentes do *pool*, especialmente quando o *pool* em questão representa um padrão e a rescisão do contrato de licenciamento, portanto, poderia impedir o licenciado de competir de maneira efetiva no mercado.

Uma forma de se mitigar tal risco em *pools* que estabelecem padrões adotados largamente pela indústria ou que possam ser entendidos como infraestrutura essencial é prever que, em caso de litígio promovido por licenciado envolvendo a validade de determinada patente que integra o *pool*, a licença do pacote como um todo não será suspensa desde que continue a ser efetuado o pagamento dos *royalties*. Adicionalmente, é encorajado que os *pools* mantenham um corpo de especialistas técnicos independentes que possa reavaliar a validade das patentes inclusas no pacote se necessário, bem como que prevejam em seu contrato mecanismos

de rápida retirada do pacote de patentes que venham a expirar ou ser consideradas inválidas.

4.4. VENDA-CASADA

A venda-casada ocorre quando o fornecedor de determinado produto ou serviço atrela sua comercialização à venda de um segundo produto ou serviço, e tal operação, uma vez analisada pela regra da razão, produz efeitos anticompetitivos. No Brasil e em função de um equivocado dispositivo incluso no Código de Defesa do Consumidor¹⁶, a venda-casada é frequentemente tida como uma obrigação ao agente econômico em sempre oferecer separadamente os produtos que decidir agrupar em um pacote. Tal entendimento ignora a natureza concorrencial da conduta, a qual, como bastante claro na redação dada pelo art. 36 da Lei 12.529/2011¹⁷, não é ilícita *per se*.

No âmbito dos consórcios de patente, a venda-casada pode ocorrer quando os *pools* oferecem licenças não essenciais como parte do pacote¹⁸ ou, ainda, quando incluem em seu contrato associativo cláusulas proibindo seus membros de explorar independentemente os direitos de propriedade intelectual que licenciaram ao *pool*. Inexistindo tais condições, não há que

16 “ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos (...). ”

17 “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (...) § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem (...). ” (grifo nosso).

18 Não essenciais à tecnologia ou processo ofertado pelo pacote. Na hipótese de o pacote de licenças reunir somente patentes essenciais, o fato de existirem licenciados interessados em obter apenas parte do pacote ofertado pelo *pool* não faz com que disponibilizá-lo de maneira agrupada constitua venda-casada, nem gera obrigação ao *pool* de ofertar combinações distintas das licenças de seu pacote.

se falar em venda-casada.

É importante reforçar, por fim, que mesmo na presença de pacotes com licenças não essenciais e cláusulas de impedimento à exploração independente das patentes pelos seus titulares, uma análise aprofundada da conduta deve ser realizada para entender o poder de mercado do *pool* e sopesar potenciais eficiências e efeitos adversos à concorrência. A simples ocorrência destas duas condições não nos permite inferir que um ilícito concorrencial está sendo praticado.

4.5. FACILITAÇÃO DE CONDUTAS COLUSIVAS

Entre os possíveis efeitos adversos advindo da formação de *pools* de patentes, a facilitação de condutas colusivas, como a divisão de mercado e a fixação de preços, talvez seja a mais simples de se contra argumentar. Isso não significa dizer que tais riscos não existam – é verdade que a colaboração entre competidores através da formação de um consórcio de patentes cria um canal no qual informações sensíveis podem passar a circular, sem contar a possibilidade do próprio *pool* ser criado para esconder práticas de cartel.

Haveria, porém, motivo a justificar uma preocupação diferenciada no caso dos *pools*, quando atualmente todos os competidores já se encontram reunidos em associações de classe e outros fóruns similares? Nos quais, aliás, o escopo é, muito mais amplo do que o de um *pool* de patentes? Novamente, não se está a dizer que a preocupação não é legítima ou digna de atenção. Se está a apontar, contudo, que o modelo existente de atuação empresarial já produz tais riscos e que o *pool* seria apenas mais um possível canal por meio do qual eles poderiam se materializar.

A constituição de uma empresa independente para administrar o *pool*, regras claras de governança e utilização de empresas de auditoria são formas relativamente simples de mitigar tais riscos, cuja adoção poderá ser exigida pelas autoridades concorrenciais ao avaliar a associação de empresas para oferecer licenças em bloco.

5. CONCLUSÃO

O número de *pools* de patentes dos quais se tem notícia é pequeno, especialmente ao se considerar os benefícios que tais arranjos podem oferecer à superação da Tragédia dos Anticomuns e ao trabalho dos inventores, os quais se vem obrigados a desbravar uma mata fechada de direitos patentários, que se avolumam em número ao mesmo tempo em que se fragmentam entre diversos titulares. Estes elevados custos de transação para a realização de inovações sequenciais, também chamados por Michael Heller e Rebecca Eisenberg (1998) de “pedágios” à atividade inventiva, representam preços mais altos aos consumidores, *royalties* mais baixos aos inventores e menores taxas de inovação, o que, como consequência, implica na diminuição dos níveis de bem-estar social.

Como demonstrado, a baixa adesão aos *pools* de patentes e o recente aumento do interesse em tais arranjos se explica, por um lado, pelo tratamento duro que as autoridades de proteção à concorrência e o judiciário deram à matéria durante boa parte do século XX, e, por outro, pela emergência da chamada Nova Economia, cujas indústrias reúnem características peculiares que as tornam especialmente inclinadas a capturar os benefícios atrelados aos *pools*.

Em que pese somente a análise casuística pela regra *per se* possa apontar se um *pool* de patentes é ou não anticompetitivo, na maior parte das vezes ele será benéfico. E, como se demonstrou neste artigo, mesmo potenciais efeitos anticompetitivos atrelados a tais arranjos podem ser facilmente mitigados pela adoção de determinadas regras de governança. Não se pode chegar a outra conclusão senão a de que temos subutilizado um recurso com o potencial de oferecer inúmeras vantagens em troca de riscos manejáveis.

Nesta intersecção entre Propriedade Intelectual e Antitruste, este último possui um papel de especial importância na garantia de que empresas (e, como consequência, os consumidores) possam se beneficiar das eficiências trazidas pelos *pools* de patentes, ao mesmo tempo em que coíbe a utilização de tais consórcios para encobrir práticas colusivas ou

gerar efeitos anticompetitivos que não possam ser superados por eventuais externalidades positivas.

Não é, obviamente, papel do Antitruste corrigir falhas no desenho legal do sistema de Propriedade Intelectual. Essa é uma tarefa para os legisladores, como bem lembram Herbert Hovenkamp (2008) e Richard Posner (2001). É, contudo e como aponta Carl Shapiro (2001), papel do Antitruste considerar como sua intervenção pode diminuir ou ampliar os custos de transação envolvidos. Tais palavras guardam especial significado em matéria de *pools* de patentes, tendo em vista os reflexos duradouros produzidos por décadas de hostilidade em relação ao tema. Que nas décadas a frente de nós esse ranço possa, finalmente, ser superado.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Claudio R. **Propriedade Intelectual**: introdução à Propriedade Intelectual como informação. São Paulo: Elsevier, 2009.

BRANCHER, Paulo. **Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual**: da inovação tecnológica ao abuso de poder. São Paulo: Editora Singular, 2010.

CARLSON, Steven C. **Patent pools and the Antitrust dilemma**. In: *Yale Journal on Regulation*, vol 16, 1999.

COLANGELO, Giuseppe. **Avoiding the tragedy of the anticommons**: collective rights organizations, patent pools and the role of Antitrust. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=523122>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

EISENBERG, Rebecca; HELLER, Michael A. **Can patents deter innovation?** The anticommons in biomedical research. In: *Science*, vol 280, 1998.

HARDIN, Garrett. **The tragedy of the commons**. In: *Science*, vol 162, 1968.

HOVENKAMP, Herbert J. **Federal Antitrust Policy**: the law of competition and its practice. 4ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2011.

———. **The Antitrust enterprise**: principle and execution. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

LEMLEY, Marla A. SHAPIRO, Carl. **Patent holdup and royalty stacking**. In: *Texas Law Review*, vol 85, 2007.

LILLA, Paulo Eduardo. **Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência**: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MATTIOLI, Michael. **Power and governance in patent pools**. In: *Harvard Law Journal*, vol 27, nr 2, 2014.

MENEGATTI, André Luis. **Pools de patentes**: entre uma possível solução à tragédia dos anticomuns e ameaças à concorrência. In: *Revista de Direito da Concorrência*, nr 1, 2013.

POSNER, Richard A. **Antitrust law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

SCHANZENBACH, Max. **Network effects and Antitrust law**: predation, affirmative defenses and the case of US vs Microsoft. In: *Stanford Technology Law Review*, vol 4, 2002.

SHAPIRO, Carl. **Navigating the patent ticket**: cross licenses, patent pools and standard setting; In: *Innovation Policy and the Economy*, vol 1, 2001.

STIGLITZ, Joseph E. **Economic foundation of Intellectual Property rights**. In: *Duke Law Journal*, vol 57, 2008.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Desenvolvimento, Inovação e
Mercado**

Título:

**UMA ANÁLISE
JUSECONÔMICA DOS
IMPACTOS DAS NOVAS
TECNOLOGIAS NOS
BANCOS DE DADOS DE
FORNECEDORES**

Vivian Amaro Czelusniak



UMA ANÁLISE JUSECONÔMICA DOS IMPACTOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NOS BANCOS DE DADOS DE FORNECEDORES

Autora: Vivian Amaro Czelusniak¹

Instituição: Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil) e Centro
Universitário Curitiba (UniCuritiba)

Resumo: Algumas soluções são trazidas pela legislação com o intuito de amenizar repercussões negativas da assimetria informacional no mercado de consumo, como a criação dos bancos de dados de consumidores e de fornecedores. A ideia é a de trazer maior segurança nesse tipo de relação jurídica, a partir da disponibilização de informações de ambas as partes. O objetivo deste estudo, então, é discorrer sobre os bancos de dados de fornecedores de produtos e serviços, observando-se a realidade atual das novas tecnologias informacionais, notadamente a Internet, que permite a propagação de informação sobre reclamações de consumidores a respeito de fornecedores. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica e a coleta de dados. O estudo será realizado a partir de uma análise jurídica e de uma análise econômica, buscando-se os fundamentos da criação dos bancos de dados. Como resultados, observou-se que, em que pese a facilitação das informações sobre fornecedores pela Internet, os bancos de dados de fornecedores realizados por órgãos públicos de defesa do consumidor ainda são os melhores meios de se averiguar com confiança os dados sobre fornecedores, pois trazem uma certa burocracia que inviabiliza de plano uma ação de má-fé por parte dos consumidores e de propagação de informações não derivadas de consumidores reais, protegendo-se o mercado de consumo.

Palavras-chave: Direito da Inovação. Direitos Fundamentais. Análise Econômica do Direito.

¹ Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e Mestra em Tecnologia pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil) e Professora de Graduação do Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba). E-mail: vivian.amaro@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Os Bancos de Dados de consumidores e de fornecedores possuem o objetivo de trazer maior segurança para as relações de consumo ocorridas cotidianamente no mercado. Com a compilação de dados sobre as práticas desenvolvidas pelos consumidores e fornecedores, são disponibilizados vários tipos de informações de ambas as partes, como por exemplo, os inadimplentes contumazes, os fornecedores que possuem mais reclamações. A partir dessas informações, as partes podem fazer melhores escolhas sobre com quem contratar. A ideia é de se diminuir a discrepância de informações que existe entre os consumidores e os fornecedores quando negociam produtos e serviços.

Sabe-se que a partir do advento da Internet a propagação de informações foi maximizada. Assim, a partir de sites da Internet é possível receber qualquer tipo de informação, inclusive já estão disponibilizados em sites vinculados a órgãos governamentais os Bancos de Dados dos Consumidores e Fornecedores. Ocorre que, vem crescendo a incidência de Bancos de Dados de fornecedores que não possuem vínculo com órgãos governamentais, que acabam desafiando a incidência das normas já previstas no Código de Defesa do Consumidor para o caso, como o do site Reclame Aqui.

Nesse sentido, o objetivo deste estudo é discorrer sobre os Bancos de Dados de fornecedores de produtos e serviços no Brasil, observando-se a realidade atual das novas tecnologias informacionais. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica e a coleta de dados, com a exploração de sites de bancos de dados disponíveis na Internet. O estudo será realizado a partir de uma análise jurídica, considerando a regulamentação do assunto pela legislação nacional e uma análise econômica, buscando-se os fundamentos da criação dos bancos de dados de fornecedores.

Para tanto, o tópico seguinte trata dos fundamentos econômicos para a criação de Banco de Dados de consumidores e fornecedores de produtos e serviços, desenvolvendo-se considerações sobre a teoria da assimetria informacional. No terceiro tópico será trazida a análise

da regulamentação das informações constantes dos Bancos de Dados de fornecedores, utilizando-se as previsões do Código de Defesa do Consumidor. No quarto tópico aborda-se a questão das novas tecnologias e os bancos de dados de fornecedores, trazendo-se uma exposição sobre as características da chamada Sociedade Informacional, que presenciamos atualmente. No quinto tópico, desenvolve-se argumentação sobre a confiança nas informações disponibilizadas em bancos de dados de fornecedores disponíveis para livre consulta na Internet, citando-se algumas possibilidades de desonestidade na utilização desses bancos de dados e a forma de responsabilização de consumidores por possíveis danos causados aos fornecedores. Encerra-se este estudo com as conclusões.

2. FUNDAMENTOS ECONÔMICOS PARA A CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS DE FORNECEDORES DE PRODUTOS E SERVIÇOS

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) regulamenta o banco de dados e o cadastro de dados. Há distinção entre os dois em vários sentidos, mas a diferença principal é que nos cadastros é o próprio consumidor ou fornecedor quem fornece os dados para outrem, enquanto que o banco de dados faz o armazenamento dos dados do consumidor ou fornecedor entregues não por eles próprios, mas por terceiras pessoas. O artigo 44 do CDC assim prescreve o chamado Banco de Dados de Fornecedor:

Art. 44: Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-los pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.

§ 1o. É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado.

§ 2o. Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo do art. 22 deste Código.

O escopo dos bancos de dados é que o nome do fornecedor figure em Lista de Fornecedores divulgada por órgãos públicos de defesa do consumidor, como os Departamentos Estaduais de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCONs) nos Estados brasileiros. De acordo com Efig (2002, p. 163), os cadastros de fornecedores têm basicamente a mesma função dos bancos de dados e cadastros de consumidores, que é a de auxiliar na celebração e no bom andamento das relações de consumo, por meio da orientação do consumidor em relação aos fornecedores que não se mostram cumpridores de suas obrigações derivadas de relações consumeristas. “Sabedor dessa faceta do potencial fornecedor, o consumidor pensará duas vezes e poderá, se assim o entender, evitar uma contratação que certamente lhe trará transtornos futuros” (ALMEIDA, 2009, p. 135).

A criação desses bancos de dados visa diminuir a insegurança no comércio em geral, pois é difícil para o consumidor descobrir a saúde financeira dos fornecedores com quem se estava contratando. Ainda mais quando se trata de contratos de compra e venda instantâneos, em que o consumidor não teria interesse em procurar órgãos como a Receita Federal, ou mesmo a Junta Comercial para obter informações do fornecedor. Além disso, informações sobre a qualidade do produto, sobre as boas práticas na entrega e cumprimento de prazos, sobre o tratamento dado aos consumidores, são igualmente informações relevantes para os consumidores.

A falta de informações sobre a outra parte com quem se está contratando, que é o que o banco de dados procura evitar, é relacionada à assimetria informacional. Cooter e Ulen (2010) se referem a essa circunstância como um desequilíbrio que pode ser, tanto no teor, quanto na quantidade de informações, que ocorre entre duas partes compreendidas num contrato. George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz ganharam o Prêmio Nobel de economia, em 2001, por desenvolver os fundamentos de teoria dos mercados com informações assimétricas.

Akerlof (1970) analisando o mercado de negociação de carros usados, chamados “*lemons*”, observou que compradores encontram no

mercado tanto carros bons quanto carros ruins, que podem ser novos ou usados. Contudo, a probabilidade de se encontrar carros usados ruins é maior do que a de se encontrar carros usados bons. O comprador só irá perceber se o carro adquirido é bom ou ruim após passar um período de tempo com o veículo comprado. Assim, constata-se que o vendedor sempre possui mais informações a respeito do que vende do que o comprador, como em relação à qualidade do veículo, por exemplo.

De acordo com Ribeiro e Galeski Junior (2009), essa discrepância de informações que as partes contratantes possuem acontece em todas as relações contratuais, porque é da natureza das relação de mercado. É certa a “constatação de que os agentes econômicos possuem diferentes graus de acesso às informações relevantes e, também, diferentes possibilidades de processamento dessas informações” (BETTI JUNIOR, 2010, p. 62–63).

Para minimizar os efeitos danosos da assimetria informacional e induzir contratações mais eficientes, instituições podem ser criadas por meio da intervenção do Estado no mercado, por exemplo, através de leis e regulamentos, exigir que os fornecedores divulguem informações sobre os produtos ou serviços aos consumidores. Assim, com receio de aplicação de uma sanção pelo descumprimento da lei, a assimetria informacional é reduzida: “[...] a Economia revela-se extremamente útil para o direito em sua formulação”, pois “se o Direito é visto como um conjunto de incentivos para determinar o comportamento humano por meio de incentivos econômicos, sua atuação equivale à de um indutor de condutas” (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 32–33).

3. A REGULAMENTAÇÃO DAS INFORMAÇÕES CONSTANTES DE BANCOS DE DADOS DE FORNECEDORES DE PRODUTOS E SERVIÇOS

Segundo o artigo 44 do CDC, os bancos de dados de fornecedores devem ser mantidos por órgãos públicos, atualizados, sendo divulgados de forma pública e anualmente. Além da informação sobre a reclamação realizada pelo consumidor em face do fornecedor, também, deverá ser

divulgada a informação sobre o atendimento da reclamação. Aqui se verifica a possibilidade de que de forma ampla, também, sejam informados os consumidores sobre a resolução do caso, quanto à disposição do fornecedor em reparar eventuais erros cometidos. O artigo ainda reforça a publicidade dos dados constantes neste tipo de banco de dados, informando que o acesso às informações pode ser realizado por qualquer interessado, para orientação ou consulta.

Outras regras que devem ser observadas para a administração dos bancos de dados de fornecedores serão as mesmas aplicadas aos cadastros de consumidores, quando possível, segundo o que prevê o § 2º do artigo 44 do CDC. Regulando a matéria, o CDC, em seu artigo 43 e artigo 22, parágrafo único, disciplina a questão dos bancos de dados e cadastros dos consumidores, de forma ampla². Pretendeu o legislador abranger todas as formas de sistemas de armazenamento de informações concernentes às relações de consumo. Assim, utilizou-se de estratégias para disciplinar todo e qualquer modo de reunião de dados de consumidores e fornecedores, ampliando, desta maneira, a tutela dos interesses diante de eventuais danos decorrentes dos serviços de banco de dados e cadastros (EFING,

2 Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

2011, p. 212).

Uma primeira regra diz respeito ao acesso às informações existentes nos bancos de dados e cadastros. Entende-se que o artigo 44 do CDC já possibilita o acesso dos fornecedores aos dados constantes no banco. Entretanto, o § 1º do artigo 43 do CDC pode ser também aplicado ao caso e prevê que: “Os cadastros e banco de dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”. Sobre a primeira parte deste dispositivo, Efig (2002) discorre que as informações divulgadas devem ter como objetivo básico prestar potencial auxílio às relações de consumo, senão não haveria motivo para a disposição das informações. Argumenta, ainda, que não só as informações prejudiciais às relações de consumo devem ser excluídas dos bancos e cadastros, mas também a informação inútil.

Nesse sentido, os dados devem ser claros para evitar o arquivamento de informações que suscitem dúvidas a respeito do seu conteúdo. Ainda, devem ser verdadeiros, representando os fatos justamente como ocorreram, sem distorções e de linguagem de fácil compreensão, devendo ser escritos na língua pátria, impossibilitando, também, a utilização de símbolos, sinais (EFING, 2002, p. 130-131).

O § 3º do art. 43 do CDC prevê, em relação ao direito do consumidor de retificação da informação arquivada que: “o consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas”. Essa disposição também pode ser aplicada ao banco de dados de fornecedores. Em relação a esse dispositivo, Efig (2002, p. 155) diz que não cabe ao arquivista a análise da veracidade ou não da informação, tendo em vista a imparcialidade da sua atividade que é somente arquivo de informação.

Isso, segundo o autor, leva à considerar que o requerimento para a retificação dos dados do consumidor tem presunção de boa-fé e, portanto, deve ser feita pelo arquivista. O arquivista, pode diligenciar no sentido de

verificar se a informação é verdadeira, porque se a informação não o for e ele a mantiver, mesmo após o pedido de retificação pelo consumidor, ele será solidariamente responsável ao fornecedor quanto à informação incorreta.

Sobre o direito de ser comunicado sobre a abertura de arquivo, o § 2º do art. 43 do CDC prevê que: “a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”. Assim, observa-se que o objetivo desta norma é possibilitar ao arquivado tomar conhecimento sobre a veiculação de seus dados em cadastros de consumidores e, possa assim, tomar providências para ou retificar os dados ou promover a baixa. No caso do fornecedor, deverá ser avisado quanto à reclamação realizada pelo consumidor e poderá tomar as providências para resolver o problema, sendo essa informação também disponibilizada no banco de dados.

O artigo 43 do CDC prevê ainda os prazos prescricionais: 1) tempo máximo que os dados podem constar em arquivos de consumo (5 anos), previsto no § 1º do artigo 43 do CDC; 2) prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor que ensejam a baixa dos dados armazenados, prevista no § 5º do artigo 43 do CDC. Segundo Efig (2002) esses institutos vieram trazer segurança jurídica, pois garante a impossibilidade de perpetuidade de direitos, exigindo ato comissivo daquele que quer ver seu direito resguardado. Esses prazos também serão aplicados no caso de cadastro de fornecedores.

4. AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS BANCOS DE DADOS DE FORNECEDORES DE PRODUTOS E SERVIÇOS

Conforme visto no tópico anterior, o banco de dados de fornecedores passa por uma regulamentação prevista no CDC. Como exemplo de banco de dados, será utilizado neste estudo aquele disponibilizado no site do PROCON/PR que segue as orientações estabelecidas. Os dados de fornecedores no PROCON/PR (DEPARTAMENTO ESTADUAL..., 2017a) podem ser acessados na página inicial do órgão, em que constam

todas as informações necessárias, conforme o CDC.

O que chama a atenção é que nos dias de hoje, com o advento da Internet, essas informações estão facilmente à disposição dos consumidores, como já mencionado, no web site do órgão público. Antes, era necessário ir pessoalmente até o órgão público para obter as informações necessárias. A partir da evolução de novas tecnologias, principalmente aquelas relacionadas com as tecnologias de informação e comunicação (TICs), ocorrida após a década de 1960 e, mais amplamente, na década de 1970, houve o aceleração do desenvolvimento, convergindo em um novo paradigma, que veio a ser denominado de Era Informacional (CASTELLS, 2006).

As TICs, portanto, foram as responsáveis por uma mudança significativa nos meios de produção e, também, no cotidiano das pessoas. Destacaram-se principalmente por trazerem maior velocidade, um certo grau de confiabilidade e a diminuição dos custos de transmissão, armazenamento e processamento de grandes quantidades de conhecimentos codificados e de outros tipos de informação (LASTRES, 2007). Lastres (2007, p. 188) destaca que a utilização das TICs não estão restritas às empresas e indústrias e aos “setores de ponta”, mas elas possuem um caráter mais amplo e transformaram o modo do ser humano aprender, pesquisar, produzir, trabalhar, consumir, divertir-se e exercer a cidadania.

A sociedade da informação foi assim denominada, tendo em vista as novas características introduzidas pela evolução das TICs: informação como principal matéria-prima (informacional) e penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias (global) (CASTELLS, 2006). Essa nova sociedade é informacional porque todos, desde os agentes econômicos (empresas, indústrias) até mesmo regiões e nações dependem basicamente da capacidade de adquirir ou gerar, desenvolver ou processar e aplicar informações, transformando-as em conhecimento (CASTELLS, 2006). Também é global porque as “principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, [...]) estão organizados em escala global, diretamente ou mediante uma rede

de conexões entre agentes econômicos” (CASTELLS, 2006, p. 119).

Esse fluxo de informações é destacado como impulsionador de interação entre indivíduos de todo o mundo, o que foi facilitado pela Internet. Ascensão (2002, p. 68) se refere à Internet como uma auto-estrada da informação, nesse sentido: “as auto-estradas da informação são meios de comunicação entre computadores, que seriam caracterizados por grande capacidade, rapidez e fidedignidade. Esses veículos permitiriam a comunicação fácil e intensa e trariam com isso grandes possibilidades de interatividade”.

A Internet trouxe maior facilidade no acesso a informações que podem ser originadas de qualquer parte do mundo, de forma quase instantânea. Para Martinelli (2001) “numa primeira análise podemos dizer que a Internet é a maior rede mundial de computadores, que proporciona a seus usuários comunicação ‘sem fronteiras’ a relativamente baixo custo de acesso a fontes inesgotáveis de informação”. Ainda, proporciona a seus usuários uma infinidade de outras possibilidades, como: a consulta, a pesquisa e a divulgação, uma vez que ela oferece uma inesgotável fonte de informações, sendo, também, local para consolidação da imagem institucional da empresa (MARTINELLI, 2001).

Segundo Castells (2004, p. 201) “a Internet foi criada como um meio para a liberdade”, porque “os governos podiam fazer muito pouco para controlar fluxos de comunicação capazes de transcender a fronteira política”. Observava-se, nesse sentido, que a Internet era um meio para exercício do direito de liberdade de expressão. Ainda, a privacidade daquelas pessoas que faziam uso dessa tecnologia estava protegida pelo anonimato da comunicação na Internet, porque era difícil encontrar as fontes e identificar o conteúdo das mensagens transmitidas por meio dos protocolos da Internet (CASTELLS, 2004).

Entretanto, hoje em dia já existem software capazes de identificar as rotas de comunicação e seus conteúdos. Esse tipo de tecnologia foi fomentado principalmente pelos governos que estavam perdendo o controle sobre o que ocorria na Internet. Com o uso dessas novas tecnologias em software, pode-se transgredir a privacidade dos usuários,

além disso, é possível fazer o controle político e organizativo dos indivíduos que estão conectados à rede (CASTELLS, 2004, p. 203). “No ambiente tecnológico atual, qualquer informação transmitida eletronicamente pode ser processada, identificada e combinada, dentro de uma unidade de análise que pode ser coletiva ou individual” (CASTELLS, 2004, p. 205).

Ocorre que, além do banco de dados do órgão público, encontram-se disponíveis outros serviços parecidos no ambiente virtual, possuindo o mesmo propósito (informar sobre as reclamações dos consumidores em face de fornecedores de produtos ou serviços), mas que não são vinculados a organismos públicos. O serviço mais notório é o promovido pelo site “Reclame Aqui” (RECLAME AQUI, 2017). Nesse site, como no PROCON, o consumidor realiza uma reclamação e o fornecedor é informado para atender à solicitação. As informações sobre o número de reclamações feitas, bem como o número de atendimentos ou não, ficam disponíveis no site para consulta.

Da mesma forma que os bancos de dados de fornecedores, esses bancos acabam por publicar informações normalmente negativas dos fornecedores, o serviço do Reclame Aqui também propaga. Mas a diferença é que no caso dos sites não vinculados a órgãos públicos a exposição dos fornecedores se dá em mais alta proporção. Segundo Nascimento e Barbosa (2016, p. 617), passou-se a “contar com nova forma ou ferramenta de comunicação que propiciou efetiva reivindicação dos direitos, por meio da ‘ameaça’ de possível propagação exponencial das eventuais práticas dos fornecedores de bens, serviços e produtos”.

Em estudo realizado por Rocha *et. al.* (2014, p. 641–642), observou-se que os consumidores são levados por um sentimento de “vingança” contra os fornecedores de produtos e serviços por não terem seus intentos realizados de forma adequada. A reclamação pública *on line* possui um claro intento de causar dano à empresa, segundo os autores, em que os consumidores se colocam em três papéis distintos: a) vingativo: “querem dar uma lição na empresa”; b) altruísta: “vontade de agir pelo bem de outros” e de c) vítima: “quando os clientes sentem que não têm poder sobre comportamentos atuais ou futuros da empresa”. Os

consumidores buscam uma “justiça social” para o seu caso. Em um dos relatos descritos no estudo de Rocha *et. al.* uma consumidora diz: “Vi que essas alternativas de fazer uma propaganda negativa da empresa que me lesou através de redes sociais e Reclame Aqui, foi como fazer justiça com as próprias mãos... e funciona muito bem!”.

Além disso, outro motivo pelo qual parece que estes outros sites são mais populares do que o serviço oferecido pelos órgãos públicos, parece ser a maior burocracia que existe em se formalizar uma reclamação no PROCON do que no Reclame Aqui. No caso do PROCON/PR o consumidor pode contatar o órgão pelos seguintes meios (DEPARTAMENTO ESTADUAL..., 2017b): Atendimento pessoal - FALA PROCON, Atendimento telefônico - DISQUE PROCON, Atendimento por carta - ESCRIVA PROCON, Atendimento pela internet – PROCON RESPONDE. Contudo, a formalização de reclamação só pode ser realizada por meio do atendimento pessoal ou por meio de carta, ocasião em que deve apresentar cópias dos documentos pessoais e demais documentos importantes ao deslinde do problema. Os demais atendimentos são para orientação ou esclarecimento de dúvidas.

Já para a formalização de reclamação do consumidor no Reclame Aqui é necessário apenas fazer o cadastro no site, informar o nome do fornecedor, relatar o problema havido e informar um telefone para que o fornecedor possa entrar em contato após receber a informação do site. Após isso a reclamação realizada já estará disponível no site, aguardando uma posição do fornecedor sobre o assunto.

Outro fato que também parece contribuir para a maior procura do serviço do site é que o prazo para resposta do fornecedor é mais rápida no Reclame Aqui do que no PROCON. Em média, pode levar até quase 90 dias para que o consumidor possa tentar a solução de seu problema com o fornecedor, enquanto que no Reclame Aqui, este prazo pode ser de em média 10 dias. Deve ser levado em consideração também o fato da pressão ocasionada pelo compartilhamento das informações no ambiente do site.

O impacto deste serviço vai depender de qual é a política de

relacionamento do fornecedor com seus consumidores. Mas, de modo geral, entende-se que este tipo de serviço têm sido de grande importância para o mercado de consumo atual. Sobre o Reclame Aqui, “constatou-se que 95% das pessoas que acessam todos os dias o site não entram para reclamar, e sim para ver a reputação da empresa antes de comprar algum produto ou adquirir algum serviço. [...] Até o Poder Público Oficial (o Estado), socorre-se das informações nele contidas” (NASCIMENTO e BARBOSA, 2016, p. 626). O Ministério da Transparência, por exemplo, possui uma parceria com o Reclame Aqui, desde 2016, para solucionar casos relatados pelos consumidores no site (PORTAL BRASIL, 2017).

5. A CONFIANÇA NAS INFORMAÇÕES DISPONIBILIZADAS EM BANCOS DE DADOS NA INTERNET

O serviço promovido pelo Reclame Aqui se parece em muito com o dos bancos de dados dos fornecedores disponibilizados pelos órgãos públicos, o que traz o entendimento de que estes também devem se submeter às regras dispostas no CDC. Qualquer banco de dados “paralelo” precisa contar com os requisitos de transparência, veracidade e responder por danos que eventualmente as informações divulgadas venham a causar, senão poderia se estar privilegiando a implementação de bancos de dados irregulares.

Considerando isso, as informações de sites, como o Reclame Aqui, devem reproduzir informações úteis aos consumidores que privilegiem a criação de um ambiente seguro de contratação no mercado de consumo, procurando diminuir a assimetria informacional. Contudo, informações divulgadas na imprensa recentemente já dão conta de que esses serviços estão sendo utilizados de modo abusivo por consumidores mal intencionados, o que ocasiona um novo desequilíbrio nas relações entre os fornecedores e consumidores.

Já está bem claro o poder da mídia, principalmente no ambiente virtual, quanto à possibilidade de propagação de informações, às vezes inverídicas, de forma extremamente rápida. Sites como o Reclame Aqui

são, portanto, ferramentas poderosas para os consumidores, mas podem se tornar um verdadeiro pesadelo para os fornecedores quando estes são vítimas de reclamações falsas, sem fundamentos. Foi o que aconteceu em vários casos narrados em que eram comuns práticas de alguns grupos de indivíduos que faziam reclamações no site para obter vantagens, como trocas de caixas de chocolates que não possuíam qualquer vício, ou jantares ou lanches gratuitos em restaurantes e lanchonetes famosas (BERTÃO, 2013).

No caso das caixas de chocolates, 35 amigas se revezavam para reclamar no site sobre caixas de bombons compradas por elas, tentando receber caixas novas em substituição e ainda a caixa cortesia, dada por empresas fabricantes de chocolates. Estima-se que este grupo de amigas tenha recebido 160 caixas de bombons indevidamente. Somente após um cruzamento de dados, requerido pelos fabricantes no site Reclame Aqui, é que a farsa das amigas foi descoberta.

Essas situações estão fazendo alguns empresários se manifestarem sobre o crescimento da utilização destes serviços não oficiais de reclamação pelos consumidores, fundamentando-se nesses abusos perpetrados por alguns consumidores quando da utilização dos sites de reclamações. Por exemplo, Azambuja (2015), diretor executivo de uma organização social, afirma que houve a diminuição da relevância de um canal importante de relacionamento entre os fornecedores e os consumidores, que eram os Serviços de Atendimento aos Consumidores (SACs)³. Além disso, diz que os relatos dos consumidores no site não são muitas vezes objetivos e que os dados sobre reincidência de problemas não é avaliada, o que pode fazer com que as estatísticas não sejam precisas. Para este executivo, os dados dos PROCONs são mais representativos, pois estes órgãos ouvem e orientam os consumidores, gerando também dados mais fundamentados.

Os dados dos PROCON's advêm de reclamações dos consumidores

3 Consumidores relataram que chegaram a recorrer aos SACs das empresas, mas não obtiveram sucesso e, portanto, procuraram solução em sites como o Reclame Aqui, dizem que essas estruturas são ineficientes (ROCHA *et. al.*, 2014). Os consumidores buscam também a publicização de suas reclamações com medo de retaliações pessoais por parte das empresas (ROCHA *et. al.*, 2014).

que se identificam com seus documentos pessoais e que precisam apresentar documentos comprobatórios de seu contrato com os fornecedores. Já as reclamações feitas perante o site Reclame Aqui, como dito, necessitam apenas de um cadastro no site, mas as reclamações não dependem de documentos comprobatórios. Segundo a política de privacidade do site, os usuários é que se responsabilizam pela veracidade das informações prestadas e não há um controle rígido nas publicações realizadas pelos usuários, para se atestar a veracidade dos fatos.

No caso do exemplo citado, do mercado de carros de Akerlof (1970), ainda se destaca uma percepção interessante do autor: tanto no caso dos carros novos quanto usados, os carros ruins podem expulsar a venda de carros bons, desde que seja impossível para o comprador saber a diferença entre um carro bom e o ruim. Como os compradores não conseguem avaliar a qualidade dos carros, o mercado vai sendo tomado pelos carros ruins. O autor chama esse fenômeno de seleção adversa. Nesse aspecto o autor analisa, também, o custo da desonestidade. A tendência é que as pessoas desonestas acabem afastando do mercado as pessoas honestas e o custo do mal negócio, portanto, não será arcado apenas pelo comprador, mas por todo o mercado, que sofre as consequências de ser reconhecido como um ambiente inseguro para as contratações.

Essa possibilidade de se fazer justiça sem o Estado, como no caso do site do Reclame Aqui, pode ser perigoso. Nesse sentido, pode-se acabar fomentando a desonestidade e causando uma seleção adversa no mercado. O abuso do direito desnaturaliza a intenção de criação dos bancos de dados, que é a da amenização dos efeitos da assimetria informacional e pode causar sérios danos na imagem de empresas sérias e fomentar práticas abusivas por parte de consumidores de má-fé. Uma das soluções seria realizar um controle mais eficiente quanto aos dados que são veiculados nos sites. Contudo, tem-se que recorrer ao bom senso do criador dos sites.

Por isso, Efig (2011, p. 214) lembra da importância da veracidade das informações que devem constar nos bancos de dados e cadastros de consumidores, dado o seu papel nas relações de consumo: “Como se observa, a concessão de crédito, sendo relação de confiança não pode ser

atingida por informação injustificada ou inverídica. Destarte, revela-se extremamente relevante o papel dos bancos de dados, cadastros [...]”.

Assim, ocorrendo danos aos fornecedores relacionados a informações constantes de bancos de dados, haverá a responsabilização dos infratores. Como nas demais normas estabelecidas pelo CDC, entende-se que se aplicam aos fornecedores as mesmas regras aplicadas à defesa dos consumidores. Assim, em relação à responsabilidade por danos causados aos consumidores, o CDC prescreve dois fatos que originam a ocorrência de danos pela atuação dos bancos de dados e cadastros na sociedade de consumo: i) lançamento indevido ou ii) lançamento abusivo de informações em seus apontamento. Estas regras poderão também ser aplicadas aos fornecedores.

A inscrição será indevida quando o banco de dados ou cadastro fizer lançamento que cause danos aos consumidores/fornecedores mediante culpa, quer seja ela manifestada através de ato omissivo ou comissivo. Já a inscrição abusiva decorre de dano ao consumidor/fornecedor causado por manutenção de dado em arquivo de consumo mediante má-fé do arquivista. “O dolo é o elemento que caracteriza a abusividade perpetrada pelo arquivista neste tipo de inscrição, que da mesma forma pode atingir tanto a esfera patrimonial quanto a esfera moral do consumidor/fornecedor-arquivado (EFING, 2002, p. 170)”. Assim, os danos podem ser perpetrados por consumidor ou pelo próprio banco ou cadastro de dados, ao não retificar informações inverídicas após ser comunicado. Assim, no caso do Reclame Aqui, há a possibilidade de responsabilização se o site não se dispuser a retirar as informações inverídicas.

A vítima no caso dos fornecedores, podem ser tanto pessoas físicas, quanto jurídicas. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade da pessoa jurídica sofrer danos morais, conforme de extrai da Súmula 227. Além disso, aplica-se ao caso o disposto na Súmula 37 do mesmo órgão que prevê que são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral. Entende-se que ocorre o dano moral na pessoa jurídica quando esta é atingida em sua reputação no mercado, o que consequentemente lhe causará danos materiais, em

seu patrimônio.

O sistema de responsabilização adotado pelo CDC é o de responsabilidade objetiva, que isenta o lesado a provar a culpa em relação ao dano sofrido, com exceção do caso dos profissionais liberais em que deve ser investigada a culpa. Assim, basta a comprovação do dano, e do nexo causal entre a ação e/ou omissão e o dano causado. O consumidor e o banco de dados ou cadastro demandado pela prática abusiva só poderá se utilizar das matérias de defesa que o CDC permite em relação às excludentes de responsabilidade.

6. CONCLUSÃO

Os bancos de dados dos PROCONs ainda parecem ser o melhor meio de se averiguar com confiança os dados sobre fornecedores de produtos e serviços, pois trazem uma certa burocracia que inviabiliza de plano uma ação de má-fé por parte dos consumidores. As informações obtidas na Internet podem ser consideradas indícios de que há problemas nos produtos e serviços de certos fornecedores, mas não podem ser totalmente confiáveis. Ainda mais, conforme foi visto neste trabalho, quando os consumidores são levados por sentimentos de vingança contra as empresa e acreditam que por este meio podem fazer justiça com as próprias mãos, acreditando na ampla liberdade que a Internet pode lhe proporcionar.

Parece que no caso das informações inverídicas serem apresentadas perante banco de dados dos PROCONs, a tendência é que gerem menos danos na esfera da reputação dos fornecedores de produtos e serviços por vários motivos, dentre os quais: i) o filtro realizado pelo órgão ao examinar os documentos trazidos pelo consumidor, o que pode mitigar cadastros indevidos; ii) a possibilidade de retratação do fornecedor antes de ser inserido no banco de dados e; iii) a menor repercussão das listas dos PROCON's.

Contudo, os bancos de dados não vinculados a órgãos públicos parecem ter uma maior disseminação no público em geral. Essas

informações “viralizam” e pouco se pode fazer para impedir a dispersão da notícia após divulgada. A repercussão negativa que isso pode ocasionar na reputação de uma pessoa jurídica pode ser irreparável, levando esta a ter que se retirar do mercado. E este fato é ainda mais grave, pois é difícil um consumidor conseguir reparar os danos materiais que uma pessoa jurídica sofreu a partir de informações inverídicas divulgadas por ele. Depende do porte da empresa os danos podem ser bem significativos.

Assim, as salvaguardas legais criadas para assegurar maior equilíbrio entre os consumidores e os fornecedores de produtos e serviços no mercado não podem ser utilizados para o enriquecimento ilícito das partes ou fomentar insegurança jurídica no comércio. Sejam as ilicitudes provenientes dos fornecedores ou dos consumidores, precisam ser combatidas, tendo em vista que, em tempos de livre circulação de informações na Internet, o Direito encontra desafios para a sua efetividade.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, G. The market for “lemons”. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 488–500, 1970.

ALMEIDA, J. B. DE. **A proteção jurídica do consumidor**. 7 ed. rev. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ASCENSÃO, J. DE O. **O Direito da Internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AZAMBUJA, P. **Opinião: Fóruns de reclamações online prejudicam os SACs das empresas**. Disponível em: <<https://olhardigital.uol.com.br/pro/noticia/opiniao-foruns-de-reclamacoes-online-prejudicam-os-sacs-das-empresas/49904>>. Acesso em: 31 maio. 2017.

BENÍCIO DA ROCHA, ANA PAULA; RODRIGUES MARIN, SIMONY; DE OLIVEIRA MOTA, MÁRCIO; FERREIRA DE FREITAS, A. A. Consequentes de atitudes de vingança: novos olhares sobre os aspectos negativos no comportamento do consumidor. **Revista**

Ciências Administrativas, v. 20, n. 2, p. 633–663, 2014.

BERTÃO, N. I. **Consumidor mal-intencionado prejudica avanços no direito do consumidor | VEJA.com**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/economia/consumidor-mal-intencionado-prejudica-avancos-no-direito-do-consumidor/>>. Acesso em: 31 maio. 2017.

BETTI JUNIOR, L. V. J. **A função socioambiental e a resignificação reflexiva do direito à informação para o consumo**. [s.l.] Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2010.

CASTELLS, M. A política da internet II: privacidade e liberdade no ciberespaço. In: TRAD. RITA ESPANHA (Ed.). **A galáxia internet. Reflexões sobre internet, negócios e sociedade**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. .

_____. **A era da informação: economia, sociedade e cultura. A Sociedade em Rede. v. 1**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

COOTER, R.; ULEN, T. **Direito & Economia**. 5 ed. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DEPARTAMENTO ESTADUAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO DO PARANÁ - PROCON/PR. **Consulta fornecedores**. Disponível em: <<http://www.procon.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=139>>. Acesso em: 31 maio. 2017a.

DEPARTAMENTO ESTADUAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO DO PARANÁ (PROCON/PR). **Formas de atendimento**. Disponível em: <<http://www.procon.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=152>>. Acesso em: 31 maio. 2017b.

EFING, A. C. **Bancos de dados e cadastros de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

____. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011.

LASTRES, H. M. M. Invisibilidade, injustiça cognitiva e outros desafios à compreensão da economia do conhecimento. *In: Informação e desenvolvimento: conhecimento, inovação e apropriação social*. Brasília: IBICT, UNESCO, 2007. p. 185–212.

MARTINELLI, R. M. F. **Tecnologia da informação na construção do conhecimento: uma abordagem a partir do modelo de Nonaka e Takeuchi**. [s.l.] Universidade Federal de Santa Catarina, 2001.

NASCIMENTO, M. T.; BARBOSA, M. A. O fenômeno “Reclame Aqui” à luz da antropologia jurídica: um exemplo de pluralismo jurídico. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 16, n. 3, p. 613–637, 2016.

PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PORTAL BRASIL. **Ministério da Transparência atendeu a 2,8 mil manifestações no Reclame Aqui**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2017/05/ministerio-da-transparencia-atendeu-a-2-8-mil-manifestacoes-no-reclame-aqui>>. Acesso em: 31 maio. 2017.

RECLAME AQUI. **Resolver um problema é mais fácil do que você imagina**. Disponível em: <<https://www.reclameaqui.com.br/>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

RIBEIRO, M. C. P.; GALESKI JUNIOR, I. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

**PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Desenvolvimento, Inovação e
Mercado**

Título:

A INDICAÇÃO GEOGRÁFICA COMO INSTRUMENTO PARA PROTEÇÃO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO PATRIMÔNIO CULTURAL

**Siloá Haynosz Merkle
Patrícia de Oliveira Areas**



A INDICAÇÃO GEOGRÁFICA COMO INSTRUMENTO PARA PROTEÇÃO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Autoras: Siloá Haynosz Merkle¹, Patrícia de Oliveira Areas²

Instituição: Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE)

Resumo: Este estudo busca demonstrar que a Indicação Geográfica (IG) pode ser um instrumento jurídico eficaz para a proteção e o desenvolvimento do patrimônio cultural, onde este é considerado como um ativo econômico, capaz de promover o desenvolvimento em suas interfaces econômicas, sociais e ambientais, dependendo de como é sua gestão e da forma como a comunidade local participa de suas decisões. Para esta análise, portanto, além da pesquisa teórica bibliográfica, foi escolhido o caso das Indicações Geográficas do Vale dos Vinhedos, localizado na serra gaúcha e detentor da primeira Indicação de Procedência concedida no Brasil no ano de 2002. A IG é regulamentada pela Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996, conhecida como Lei de da Propriedade Industrial (LPI) e constitui uma garantia jurídica de uso exclusivo de uma denominação associada a produtos ou serviços cuja notoriedade ou características estão relacionadas, essencialmente, a sua origem geográfica. Pode-se constatar que dentre os direitos de propriedade intelectual, as iIGs revelam-se como uma opção promissora em gerar resultados eficazes nas comunidades que detém conhecimentos tradicionais associados a produtos e/ou serviços que possam ofertados na sociedade. Essa questão pode ser observada em localidades que usufruem do mercado dispondo seus produtos que agregam ao seu valor econômico o conhecimento tradicional local.

1 Advogada, pesquisadora e proprietária do escritório Haynosz Advocacia. Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade pela Universidade da Região de Joinville.

2 Advogada, pesquisadora e professora no Mestrado em Patrimônio cultural e sociedade, nos Departamentos de Direito e Publicidade e Propaganda, da Univille; professora colaboradora no Programa de Pós-graduação em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação (PROFNIT), Florianópolis-SC. Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração em Relações Internacionais. Pesquisa de pós-doutorado realizada na Fundació Bosch i Gimpera e no Parc Científic Barcelona, vinculados a Universidad de Barcelona, pelo programa CAPES PCTI 2014.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Indicação Geográfica. Patrimônio cultural.

1. INTRODUÇÃO

Um ponto em comum da Indicação Geográfica (IG) aos patrimônios culturais é sua vinculação a um território, a uma determinada região geográfica com características peculiares. Características estas que grande parte das vezes está atrelada a uma construção cultural, histórica, identitária, envolvendo o conhecimento tradicional da população local. É pressupondo essa peculiaridade como ponto de aproximação entre as IGs e o conhecimento tradicional que a alternativa de proteção e desenvolvimento local IGs se tornou foco do presente estudo. Este estudo foi baseado na dissertação defendida por Merkle (2015) intitulada “Indicação Geográfica e Patrimônio Cultural sob a ótica do desenvolvimento sustentável: o caso do Vale dos Vinhedos”³

Quando se trata de IGs é pressuposto considerar o elemento da tradição, reputação, notoriedade que determinado serviço ou produto tem, vinculado a uma região geográfica. Tais elementos envolvem, consequentemente, a identificação daquela população que vive naquela localidade com a peculiaridade do produto ou serviço que detém o signo distintivo da IG e também é considerado patrimônio cultural.

Patrimônio cultural, por sua vez, é previsto no art. 216 da Constituição Federal, o qual estabelece que são “os bens de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Ou seja, são os bens culturais que estão atrelados e vinculados a determinado território e a própria

3 MERKLE, Siló Haynosz. Indicação Geográfica e Patrimônio Cultural sob a Ótica do Desenvolvimento Sustentável: O Caso do Vale dos Vinhedos. 2015. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade, Universidade da Região de Joinville, Joinville, 2015. Disponível em: <http://univille.edu.br/account/mpcs/VirtualDisk.html?action=readFile&file=Siloa_H._Merkle.pdf&current=/Dissertacoes>. Acesso em 1 out. 2017.

identidade da população que o forma.

Essa relação entre IG e patrimônio cultural foi estabelecida a partir do momento em que houve uma mudança de eixo no âmbito do patrimônio cultural, onde antes era ordenado pela esfera política para a afirmação da identidade cultural e sua legitimação, agora desloca-se para a esfera econômica, dada sua potencialidade para a exploração como um bem de mercado.

O objetivo deste trabalho, portanto, é analisar a relação existente entre IGs e patrimônio cultural, e de que forma a proteção ao signo distintivo vinculado ao nome geográfico também pode ser mais uma ferramenta de proteção do patrimônio cultural, analisando suas potencialidades quando se trata de desenvolvimento sustentável, e minimizando seus riscos do processo de enobrecimento urbano⁴, exclusão de parte da população e/ou esvaziamento do valor simbólico daquele patrimônio.

2. PATRIMÔNIO CULTURAL E DESENVOLVIMENTO

Quando um trabalho aborda a questão do patrimônio cultural já institucionalizado como tal, seja na forma de tombamento, registro ou inventário, é necessário despir-se de toda ingenuidade política e entender que a institucionalização de um bem como patrimônio, seja ele material ou imaterial, é um campo de batalha - há interesses que se contrapõem e uma hierarquização de valores.

O patrimônio cultural para ser melhor compreendido deve circular pelo campo de estudo da interdisciplinaridade, convém despir-se de qualquer ingenuidade ou romantismo no que se refere a ele, para então

⁴ Também chamado de *gentrification*, os processos de enobrecimento urbano, conforme Leite (2006, p. 24), o qual se baseou em Smith (1996), Featherstone (1995), Harvey (1992) e Fortuna (1997), são “aquelas intervenções urbanas voltadas ao *City marketing* ou à transformação de degradados sítios históricos em área de entretenimento urbano e consumo cultural”. Para ele, “objetivando modernizar recursos potenciais para melhor inserção na ‘concorrência inter-cidades’ (FORTUNA, 1997), através do uso estratégico do patrimônio, a mais recorrente característica dessas intervenções urbanas tem sido uma (re)localização estética do passado, cujo padrão alterado de práticas que mimetizam o espaço público torna o patrimônio uma mercadoria cultural, passível de ser reapropriada pela população e pelo capital”

pensá-lo a partir de sua recepção, de sua relação com o espaço de memória que o agrega e as razões e forças que o constituíram como patrimônio.

Entender esse processo de reprodução arbitrária da cultura, que acontece nos bastidores das instituições, desvela os litígios de poder que circundam a legitimação e a exclusão da cultura. Desse modo, escolher o que é Patrimônio Cultural também significa dizer o que não é, pois escolher é também excluir; toda escolha produz o efeito da exclusão, mesmo que de modo implícito.

Enquanto prática social, a constituição do patrimônio está assentada em um estatuto jurídico próprio, que torna viável a gestão pelo Estado, em nome da sociedade, de determinados bens, selecionados com base em certos critérios, variáveis no tempo e no espaço. A norma jurídica, neste caso, funciona como linguagem performativa de um modo bastante peculiar: não apenas define direitos e deveres para o Estado e para os cidadãos como também inscreve no espaço social determinados ícones, figurações concretas e visíveis de valores que se quer transmitir e preservar. (FONSECA, 2009, p. 37).

Todavia, para que exista essa comunicação, precipuamente, é necessário o desenvolvimento de políticas públicas de educação patrimonial que levem em conta o sentido diverso que as pessoas atribuem ao bem institucionalizado patrimônio, para que este bem possa ser recepcionado a partir das mais diversas leituras, considerando as identidades sociais interlocutoras e suas memórias.

Muitas vezes institucionalizar um bem como patrimônio não se justifica pela preservação de um passado, e sim, pelo interesse na fluidez da sociedade presente, “o interesse no patrimônio não se justifica pelo vínculo com o passado [...] mas sim pela sua conexão com os problemas fragmentados da atualidade, a vida dos seres humanos em relação com outros seres, coisas, palavras, sentimentos e ideias. (CHAGAS, 2011, p. 21).

No mesmo sentido, Fonseca (2009, p. 47) ressalta que “em uma perspectiva liberal, cabe à sociedade produzir cultura. Ao Estado, cabe apenas garantir as condições para que esse direito possa ser exercido por

todos os cidadãos.”

Quanto às formas de constituição de um bem como patrimônio cultural, há uma distinção importante, a sua legitimidade provém da intermediação do Estado, e esse papel do Estado é posto mediante praticas socialmente definidas e juridicamente regulamentadas, enquanto que o bem cultural, por ele próprio, é demarcado pelo seu valor simbólico e sua referência a significações de ordem da cultura. (FONSECA, 2009).

O patrimônio cultural possui um alcance amplo devido ao seu rol abrangente, que contempla bens de natureza material (tangíveis) e imaterial (intangíveis). Os bens materiais são divididos em dois tipos, bens móveis⁵ e bens imóveis⁶ (PELEGRINI, 2009 p. 28).

Essa abertura temática permitiu que construções menos prestigiadas ou mais populares, como moinhos, mercados públicos ou estações de trem, fossem reconhecidas como patrimônio, incluindo-se nesse rol produções contemporâneas e bens culturais de natureza intangível, como expressões, conhecimentos, práticas, representações e técnicas. Por outro lado, alterações nas leituras do patrimônio como monumentos isolados promoveram a valorização da noção de conjunto e a superação de visões da arquitetura como obra de arte independente (FUNARI e PELEGRINI, 2011, p.32).

No contexto desses locais mencionados, sejam eles materiais ou imateriais, é onde se produzem e se fixam as memórias de um povo, de uma comunidade, de uma nação, onde se encontram as memórias pessoais, familiares ou de certo grupo, como uma igreja, um sabor, uma dança, uma árvore centenária, atuam como espelhos, e simbolicamente produzem o sentimento de identificação coletiva, definidos por Nora (1993) como “lugares de memória”.

Contudo, o patrimônio cultural material e imaterial são inafastáveis,

5 Objetos de arte; objetos litúrgicos; livros e documentos; fósseis, coleções arqueológicas, acervos museológicos, documentais e arquivísticos.

6 Monumentos, núcleos urbanos e edifícios, templos, bens individuais, sítios arqueológicos, sítios paisagísticos.

“produto e processo são indissociáveis. As coisas feitas testemunham o modo de fazer, e o saber fazer.” (ARANTES, 2004, p. 17), e, neste aspecto, há muitos desafios que se colocam para as comunidades participantes de processos de salvaguarda, valorização e sustentabilidade do patrimônio cultural.

A proteção, preservação e conservação do patrimônio cultural, quando estreitamente ligada à cidadania, com a oportunidade de participação de cada sujeito em sua comunidade, pode contribuir de forma eficiente para o desenvolvimento regional. Nesse aspecto, Furtado (1974, p.3) entende que

o verdadeiro desenvolvimento dá-se nos homens e nas mulheres e tem importante dimensão política. Já o desafio imposto para o século XXI relaciona-se com a mudança do curso da civilização e isto envolve o deslocamento da lógica dos meios, a serviço da acumulação, para a lógica dos fins, em função do bem-estar social, do exercício da liberdade e da cooperação entre os povos.

Compartilha desse entendimento Sachs (2008) quando afirma que igualdade, equidade e solidariedade estão embutidas no conceito de desenvolvimento, como conseqüências de longo alcance para que o pensamento econômico sobre o desenvolvimento se diferencie do economismo redutor.

Entretanto, essa conjuntura entre o público e o privado permite conceber o quanto é complexo e problemático o cotidiano da vida e a dificuldade para estabelecer soluções de ordem cultural por meio de negociação frágeis que mais aprofundam as diferenças entre os indivíduos e dos grupos que os vinculam.

Se constituir um bem como patrimônio cultural permanece como um ideal - seja ele de preservação de um passado ou de um futuro - o bem cultural objeto de patrimonialização continua sendo marcado pela tensão dessa fronteira flutuante entre os interesse públicos e privados.

Para abordar a lógica do desenvolvimento, de antemão já se intitula que “não haverá nunca modelo *pret-à-porter*⁷ neste domínio”

7 Pronto-a-vestir.

(SACHS, 1986, p. 30), ou seja, não há fórmula pronta para o desenvolvimento, e o plano prático demonstrou que a tentativa de impor os modelos de desenvolvimento, como, por exemplo, a recomendação aos países em desenvolvimento para que aplicassem a reprodução imitativa de um modelo histórico não produziu desenvolvimento, mas se traduziu em “fracassos mais ou menos pungentes e confessados” (SACHS, 1986, p. 30).

Falar das teorias de desenvolvimento pós Segunda Guerra Mundial, é abordar de forma simplista o economismo, pois acreditava-se que “uma vez assegurado o crescimento rápido das forças de produção, provocaria um processo completo de desenvolvimento que se estenderia mais ou menos espontaneamente a todos os domínios da atividade humana” (SACHS, 1986, p. 30).

Na medida em que se aborda o desenvolvimento a partir da emancipação das fórmulas prontas, é introduzido um modo de pensar que passa a “levantar questões pertinentes que não são nada evidentes e que não seriam sem dúvida levantadas sem a contribuição da teoria” (SACHS, 1986, p. 32).

Neste âmbito, uma grande contribuição foi a evolução da comunicação, que colocou a vida das pessoas em três esferas culturais distintas e simultâneas: a local, onde estão seus vínculos mais arraigados; a global; e a eletiva, da qual seriam integrantes pessoas de todos lugares do mundo, associadas voluntariamente por suas afinidades e interesse comuns. (SACHS, 2003).

A esfera local, pensada em termos de desenvolvimento territorial, é onde acontece a sinergia entre vários atores - produtores rurais, empresários, poderes públicos e o terceiro setor⁸. Sachs (2003, p. 143) entende que é no plano local onde têm início os conflitos e nascem as

8 O primeiro setor é o governo, que é responsável pelas questões sociais. O segundo setor é o privado, responsável pelas questões individuais. Com a falência do Estado, o setor privado começou a ajudar nas questões sociais, através das inúmeras instituições que compõem o chamado terceiro setor. Ou seja, o terceiro setor é constituído por organizações sem fins lucrativos e não governamentais, que tem como objetivo gerar serviços de caráter público. <http://www.filantropia.org/OqueeTerceiroSetor.htm>.

soluções: “Surtem as iniciativas e inovações com horizontes temporais que transcendem o imediato, que nasce os arranjos produtivos locais e se iniciam os encadeamentos a jusante e a montante das atividades exercidas.”

Sachs (2003, p.143) considera que o “local e o cotidiano representam o plano onde se manifestam, em última instância, o desenvolvimento ou a falta dele”. Para que a possibilidade de desenvolvimento local seja possível, é necessário a organização e institucionalização de processos de elaboração e estratégias territoriais com a mais ampla representação das forças locais, onde os diálogos transcendam meras reivindicações ao Estado. Para tanto, afirma que “só resultará em soluções duradouras se conseguir identificar as potencialidades do lugar e as formas de sua utilização, superando a cultura do clientelismo ainda tão presente”. Todavia, esses arranjos produtivos não têm repercussão eficaz caso não decorram de uma “conjunção de fatores sociais, culturais e econômicos, manifestados ao longo do tempo” (SACHS, 2003, p.147).

Ou seja, não basta identificar as potencialidades da região e decretá-la. Não há políticas públicas que consigam trazer resultados eficazes caso não haja identificação dos atores locais com o arranjo produtivo criado. Dessa forma, Sachs (2003, p. 147) cita as ações eficazes que podem ser tomadas pelas instituições que participam da elaboração das estratégias locais:

Ajudar os arranjos produtivos locais emergentes a tomarem corpo e a se fortalecerem, gerando externalidades benéficas para o território: identidade cultural mais pronunciada, especialização produtiva se traduzindo em maior competitividade, melhor inserção na economia nacional e até internacional, prioridades claras para o sistema de ensino e pesquisa.

O desenvolvimento que é fundado num processo de crescimento econômico com equidade, e que consegue romper com o padrão de crescimento socialmente perverso - célere mas excludente - pode gerar a capacidade de produzir o trabalho decente, uma melhor distribuição da concentração de renda social, permitindo uma inserção ativa e sustentável nos mercados.

No entanto, Sen (2010, p. 151) faz algumas ressalvas quanto ao “mercado”, pois os méritos podem ser atualmente bem conhecidos, “mas as razões para se desejar os mercados muitas vezes não são amplamente compreendidas”. Isso ocorre porque a ênfase é dada somente aos resultados que o mercado produz, verificando rendas, utilidades. Considerar os resultados de desenvolvimento por meio da análise de indicadores econômicos é uma forma simplista e pouco abrangente, para não dizer excludente, de ver os mercados, para tanto, é importante examinar os resultados sequenciais, com a busca de uma visão holista sobre o mercado ubiquitário.

Porém, Sen (2010) esclarece que de forma alguma pode-se deixar de considerar a liberdade das transações comerciais, que se baseia na importância fundamental da própria liberdade. Assim, comprar e vender são boas razões para prosperar e negar isso seria um grande erro. Entretanto, diante da onipresença dos mercados, são considerados como algo natural, cotidiano, e essa naturalidade faz com que sejam, por muitas vezes, ignoradas certas regras de comportamento, como por exemplo, a ética empresarial básica, e isto ocorre principalmente em economias capitalistas desenvolvidas. Desta forma, a presença ou ausência de valores éticos fazem uma diferença decisiva, como “a perda de liberdade pela ausência de escolha de emprego e pela forma de trabalho tirânica pode ser, em si, uma privação fundamental” (SEN, 2010, p. 152).

Esse enfoque dado por Sen (2010, p. 16) nas liberdades humanas, é contrastante com concepções mais restritas de desenvolvimento, como as que “identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social”. Essa visão de desenvolvimento entende que o aumento da renda, por exemplo, é o fim a se buscar.

Entretanto, apesar do crescimento do PNB, das rendas, serem cruciais para a expansão das liberdades individuais, elas são o meio pelo qual as liberdades humanas podem ser expandidas, mas há outros fatores determinantes:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. (SEN, 2010, p. 17).

Assim, os instrumentos para atingir o desenvolvimento devem ser o meio pelo qual se busque um fim maior: as liberdades humanas, pois,

O mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas - talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade (SEN, 2010, p. 17).

Nota-se que as concepções da identidade e da cultura, da evolução do conceito de cidadania de SILVA (2010), os entendimentos de SACHS (2003) acerca do desenvolvimento sustentável e os parâmetros do desenvolvimento como liberdade de SEN (2010), demonstram que a conjuntura e o entrelaçamento de diferentes disciplinas podem se alinhar num único eixo conector para aparar as rasuras de um desenvolvimento que se encontra debilitado por não refletir o fomento de melhores condições de vida.

Nesse entremeio, o mundo atravessou várias crises financeiras, que colocaram em uma posição insegura até mesmo as principais economias do planeta, o que estimulou a refletir sobre o modelo de desenvolvimento adotado pela maioria dos países. A conclusão dessa reflexão tem certa notoriedade, de que o modelo de desenvolvimento adotado não é sustentável. Porém, o que importa nesta reflexão não é sua conclusão, mas sim, a revisão dos percalços desse caminho percorrido para se chegar

a uma qualidade de desenvolvimento que reflita não só no progresso econômico, mas também no progresso social.

Para Stiglitz et al (2009, p.3) rever esse trajeto demonstrou que, “por mais importante que sejam o crescimento econômico e o acúmulo de riquezas pelas nações, elas não podem se sobrepor ao bem-estar das pessoas.”

De modo que é preciso em primeiro plano que a sociedade se reconheça, se identifique e entenda que formas de desenvolvimento ocorrem em sua região e como são cambiantes as fronteiras do desenvolvimento frente ao sistema de medição adotado.

Nesse sentido, Stiglitz et al (2009, p. 15) priorizam que “A informação é um bem público: quanto mais estivermos informados sobre o que se produz em nossa sociedade, tanto melhores serão as condições de funcionamento de nossas democracias”.

A partir dessa acepção mais próxima da realidade vivenciada, é possível construir pontes entre a comunidade, os produtores e consumidores e os usuários de informações estatísticas. Acredita-se que a melhor compreensão dos dados estatísticos que expressem também a realidade do progresso social seja possível avaliar melhor as dificuldades para que se decida por implantar um desenvolvimento que se sustente no futuro.

Porém, essa é uma decisão que não convém ser tomada somente pelo Estado, é a sociedade consciente de seu consumo que vai demonstrar por qual caminho lhe convém seguir, para que, em conjunto, as políticas públicas dêem o respaldo necessário.

Assim, estabelecer a distinção entre avaliar o bem-estar presente e avaliar o bem-estar futuro - a sustentabilidade, pensando no espaço temporal, olhando para os recursos econômicos, como as rendas, e de características não econômicas da vida das pessoas: o que elas fazem e o que elas podem fazer, a apreciação delas sobre sua própria vida, seu meio ambiente natural. E elas possuem a percepção real de que a sustentabilidade desses níveis de bem-estar depende da questão de saber

se os estoques de capital importantes para nossa vida (capital natural, físico, humano, social) serão ou não transmitidos às gerações futuras (STIGLITZ et al, 2009,p.15).

A sustentabilidade, por sua vez, é o critério que auxiliará a definir se certas atitudes podem ser adequadas ou não a este desenvolvimento, já que estas atitudes devem garantir que gerações futuras possam ter sua vida resguardada com qualidade e dignidade.

O patrimônio cultural, neste contexto, é um fator essencial no conceito de desenvolvimento sustentável, pois é o que liga, conecta, identifica esta coletividade com ativos culturais, impactando até mesmo no próprio conceito de cidadania e pertencimento desta população.

Com base neste conceitos e nestes imbricamentos analisados, passa-se a abordar as Indicações Geográficas, suas espécies e de que forma se relacionam com o patrimônio cultural.

3. INDICAÇÃO GEOGRÁFICA; TITULARIDADE; OBJETO DE PROTEÇÃO; PRAZO DE PROTEÇÃO; REQUISITOS PARA PROTEÇÃO

A Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, conhecida como Lei de Propriedade Industrial (LPI) define em seu artigo 5º que os direitos de propriedade industrial são considerados bens móveis. Portanto, como as IGs foram introduzidas no Brasil por meio da legislação de propriedade industrial, também são consideradas bens móveis, ou seja, um bem passível de apropriação em que há um sujeito que possui a titularidade dos direitos e deveres inerentes a IG.

Quanto a este sujeito, o artigo 182 da LPI estabelece que uso da indicação geográfica é restrito aos produtores e prestadores de serviço estabelecidos no local, quando trata-se de denominação de origem ainda são exigidos o atendimento de requisitos de qualidade, desta forma, a titularidade das IGs pertence aos produtores e prestares de serviços da região delimitada pela IG.

O Parágrafo único do artigo 182 da LPI estabelece que o órgão responsável pelas condições de registro das IG's é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), que foi criado como uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Indústria e do Comércio, a Lei que o instituiu foi sancionada pelo presidente Médici em 1970 - Lei n. 5648, de 11 de dezembro de 1970, ainda em vigor com algumas alterações.

A principal finalidade do INPI é definida no artigo 2º da Lei 5648/1970, que é executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

Entretanto, o próprio INPI declara de forma expressa que assume atualmente uma missão mais sofisticada e complexa daquela da década de setenta, hoje vinculado ao atual Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), ele é responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria.

Entre os atuais serviços do INPI, estão os registros de marcas, o registro de desenhos industriais, o registro⁹ das indicações geográficas, o registro dos programas de computador, os registros das topografias de circuitos e as concessões de patentes e as averbações de contratos de franquia e das distintas modalidades de transferência de tecnologia.

Percebe-se que o INPI assume uma postura de disseminação do conhecimento como forma de promover o desenvolvimento econômico por meio da salvaguarda desses direitos, contribuindo, dessa forma com o surgimento de novas identidades e soluções técnicas (INPI, web, 2014).

O procedimento administrativo que estabelece as condições para o registro da indicação geográfica no Brasil está previsto na Instrução

9 Há divergências quanto à natureza jurídica do pedido de registro das IGs, pois o trâmite do registro de um IG permite entendê-lo como de natureza constitutiva, ou seja, a existência de uma IG depende do procedimento administrativo do INPI, é ele que a constitui após todos os requisitos do trâmite administrativo serem superados.

Normativa (IN) n. 25/2013 do INPI e estabelece que o registro é de natureza declaratória e implica no reconhecimento das Indicações Geográficas.

O artigo 5º da IN 25/2013 considera que são partes legítimas para requerer o registro de Indicações Geográficas, na qualidade de substitutos processuais, as associações, os institutos e as pessoas jurídicas representativas da coletividade legitimada ao uso exclusivo do nome geográfico estabelecidas no respectivo território.

Este artigo 5º da IN 25/2013, na verdade, regulamenta a norma que trata da titularidade da IG prevista no artigo 182 da LPI. Retomando, o artigo 182 da LPI diz quem são os titulares e o 5º da IN 25/2013 expressa como que se dará legitimidade a estes titulares. Essa é uma nova fase da organização dos produtores e prestadores de serviço no caminho para o registro da IG, pois eles terão que se constituir legalmente por meio de uma pessoa jurídica que legitimará os atos praticados, por exemplo, uma associação.

Observar-se que a norma deixa clara a natureza coletiva da titularidade da indicação geográfica, explicando melhor, o possuidor da IG será, em regra, toda uma coletividade de produtores ou prestadores de serviço. Este é um dos elementos que estabelecem o caráter identitário e a vinculação entre patrimônio cultural e IG: a construção coletiva do ativo imaterial, baseado na cultura local.

Porém, o § 1º do 5º do artigo da IN 25/2013 prevê uma exceção à regra da titularidade coletiva quando propõe a hipótese de um único produtor ou prestador de serviço, pessoa física ou jurídica, estar autorizado a requerer o registro da Indicação Geográfica em nome próprio. Tal previsão cria a figura de um único legitimado ao uso exclusivo do nome geográfico.

Tal situação ocorreria quando um produtor ou prestador de serviço individual estiver estabelecido no local demarcado como um IG, no entanto, nada impede que outros produtores instalem-se no local posteriormente ao reconhecimento da IG e requeiram, no registro da IG, a substituição do legitimado individual pela coletividade legitimada. Esse

posicionamento é expressado pela Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI), que até recomenda acrescentar ao § 1º do art. 5º a seguinte redação:

Se a qualquer momento, posteriormente ao advento do registro individual, surgirem outros produtores ou prestadores de serviço igualmente legitimados para o uso exclusivo da mesma indicação geográfica, poderão os mesmos requerer a modificação da titularidade do registro, para dele fazer constar a coletividade legitimada (ABPI, web, 2002).

A Instrução Normativa n. 25/2013 (IN 25) do INPI estabelece as condições para o Registro das Indicações Geográficas, que é de natureza declaratória e implica no reconhecimento das Indicações Geográficas - parágrafo único, art. 1º.

As disposições da IN 25 também são aplicadas à representação gráfica ou figurativa da IG, bem como à representação geográfica de país, cidade, região ou localidade de seu território de cujo nome seja indicação geográfica.

Quanto ao registro dos nomes geográficos, somente poderão ser utilizados aqueles que se tornaram conhecidos pela notoriedade do produto ou serviço, e não aqueles que se tornaram de uso comum designando produto ou serviço - art. 4º da IN 25.

O pedido do registro deverá ser feito pelo seu titular, na qualidade de substitutos processuais, as associações¹⁰, os institutos e as pessoas jurídicas representativas da coletividade legitimada ao uso exclusivo do nome geográfico estabelecidas no respectivo território - art. 5º da IN 25.

O Art. 6º da IN 25 elenca a documentação necessária que deve

10 A organização na forma de Associação é a forma mais comum dos produtores se estabelecerem legalmente, a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre as associações, estabelece que: a) é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar (artigo 5º, XVII); b) a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento (artigo 5º, XVIII); c) as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado (artigo 5º, XIX); d) ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado (artigo 5º, XX); e, e) as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente (artigo 5º, XXI).

acompanhar o pedido de registro da IG:

I – o requerimento conforme modelo fornecido pelo INPI, que deve conter o nome geográfico e a descrição do produto ou serviço;

II – instrumento hábil a comprovar a legitimidade do requerente, por exemplo, no caso de associação requerente, o seu documento constitutivo, o estatuto social;

III – regulamento de uso do nome geográfico - onde estarão estabelecidas as regras que todos os produtores, localizados na área delimitada, deverão seguir para a manutenção da indicação geográfica.

IV – instrumento oficial que delimita a área geográfica, este documento é expedido pelo órgão competente de cada Estado, sendo competentes, no Brasil, no âmbito específico de suas competências, a União Federal, representada pelos Ministérios afins ao produto ou serviço distinguindo como nome geográfico, e os Estados, representados pelas Secretarias afins ao produto ou serviço distinguido com o nome geográfico.

V – etiquetas, quando se tratar de representação gráfica ou figurativa da Indicação geográfica ou de representação de país, cidade, região ou localidade do território, bem como sua versão em arquivo eletrônico de imagem;

VI – procuração;

VII – comprovante do pagamento da retribuição correspondente ao pedido de registro de IG.

A IG ainda se subdivide em duas espécies: Indicação de Procedência (IP) e Denominação de Origem (DO). Tratando-se de IP, deve acompanhar o pedido de registro os documentos que comprovem ter o nome geográfico se tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação do produto ou de prestação de serviço e a existência de uma estrutura de controle sobre os produtores ou prestadores de serviços que tenham o direito ao uso exclusivo da IP, bem como sobre o produto ou a prestação do serviço distinguido com a IP, além é claro, comprovante de que os produtores ou prestadores de serviços estabelecidos na área geográfica

demarcada exerçam efetivamente as atividades de produção ou prestação do serviço - Art. 8º da IN 25. O “tornar-se conhecido” está vinculada a reputação da localidade, da notoriedade daquele saber fazer tradicional, com a questão identitária da comunidade e, conseqüentemente, com o patrimônio cultural.

Sendo o caso de pedido de registro de DO, além dos documentos referidos acima, o que inclui a notoriedade, reputação, ainda devem constar pareceres técnicos que identifiquem a influência do meio geográfico, na qualidade ou características do produto ou serviço, que se devam exclusivamente ou essencialmente ao meio geográfico, incluindo fatores naturais e humanos e a descrição do processo ou método de obtenção do produto ou serviço, que devem ser locais, leais e constantes - Art. 9º da IN 25.

No caso de pedido de registro de DO, Pimentel (2013, p. 139) destaca que

também se requer os elementos que comprovem a existência de uma estrutura de controle sobre os produtores que tenham o direito ao uso exclusivo da DO, bem como sobre o produto distinguido com a DO. A estrutura de controle se concretiza através de um Conselho Regulador democraticamente constituído pelos produtores e, se possível, com a participação de membros da comunidade.

Quanto ao regulamento de uso, “é a norma mais importante da IG, porque nele são estabelecidos os requisitos que os participantes, de comum acordo, elegem como imprescindíveis para serem cumpridos. É a norma constitucional da IG”. (PIMENTEL, 2013, p.139).

Trata-se de um acordo coletivo entre os produtores que garante a “qualidade do produto que requer um processo produtivo cujos métodos e técnicas, geralmente tradicionais, passam dos pais aos filhos ou parentes, outras vezes por sucessão empresarial” (PIMENTEL, 2013, p. 138), nele consta “desde o cuidado com a matéria prima, passando pela boa conservação e armazenagem, industrialização, embalagem e distribuição, até chegar ao consumidor”. (PIMENTEL, 2013, p. 138).

O regulamento de uso da IG é essencial para resguardar a qualidade

e as características tradicionais da IG, as quais são intrinsicamente relacionadas com a satisfação do produtor na elaboração do produto, é a personalidade dos produtores incorporada nos produtos que constitui o patrimônio de cada região. (PIMENTEL, 2013).

Assim, após a apresentação do pedido de registro da IG, contendo todos os elementos descritos acima, será feito o protocolo e submetido a um exame formal. Com a conclusão do exame formal, o pedido de registro será publicado para apresentação de manifestação de terceiros no prazo de sessenta dias, com intuito de torná-lo público.

Ao término desse prazo, será efetuado o exame do pedido e proferida a decisão deferindo ou indeferindo o pedido de reconhecimento da IG, e, simultaneamente será concedido e expedido o respectivo certificado de registro.

A legislação não prevê prazo de duração de uma IG, pode-se dizer que uma IG perdura enquanto houverem as condições de sua existência, uma vez que se trata de um direito de natureza coletiva, vinculado a uma região delimitada, onde qualquer produtor ou prestador de serviços estabelecido nesta área específica está potencialmente legitimado a ser titular da IG, e independe se este indivíduo se estabeleceu na região da IG antes ou após o registro da indicação geográfica.

Um pedido de registro poderá ser indeferido quando não forem observadas as condições estabelecidas na IN 25, pois o registro não cria a IG, ela tem de ser pré-existente ao registro, ser um fato notório que contempla todo arcabouço legalmente necessário para o registro de uma IG, mas ainda informal. O registro formaliza legalmente a indicação geográfica que de fato já existe.

Assim, para identificar produtos ou serviços que tenham potencialidade para receberem o registro de IG é necessário, primeiramente, buscar preencher os requisitos da IN 25 do INPI, a notoriedade poderá ser comprovada pelo reconhecimento da tradição ou pela publicidade, sendo que o procedimento que vise sua sustentabilidade poderá, preferencialmente, fazer parte do regulamento de uso da IG.

A tradição na produção dos produtos ou serviços pode ser reconhecida pelo Instituto Nacional de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN)¹¹ e receber o título de patrimônio cultural. Uma vez registrado como patrimônio cultural imaterial, ocorre a destinação de recursos específicos para a realização de ações de salvaguarda com o objetivo de garantir as condições para a manutenção e continuidade desse bem cultural. Outra forma pouco usual de reconhecer um patrimônio cultural é por meio de lei, como ocorreu no caso do Vale dos Vinhedos. Foi publicada a Lei n. 14.034, de 29 de junho de 2012¹² que declara integrante do patrimônio histórico e cultural do Estado do Rio Grande do Sul o Vale dos Vinhedos.

Entretanto, após vencidas todas as etapas para o registro da IG pelo INPI, entra em questão uma etapa que é permanente, a gestão da IG após o registro. Nesse âmbito, verifica-se que a busca de apoio técnico nas esferas públicas e de pesquisadores especializados são fundamentais para a manutenção da IG, ou seja, não basta ser IG, tem que se manter IG. E alguns pressupostos para que a IG desenvolva-se de forma sustentável são verificados na análise de adequação desse instrumento jurídico quando a IG também é considerada patrimônio cultural local.

11 A proteção ao patrimônio material e imaterial no Brasil encontra-se sob a responsabilidade do IPHAN no âmbito do Ministério da Cultura, regulamentadas respectivamente por meio do Decreto-Lei 25 de 30 de novembro de 1937 e do Decreto 3551 de 4 de agosto de 2000. O Decreto 3551 cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial a partir da documentação em 4 livros específicos: I - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; II - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; III - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; IV - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (Decreto n.3551/00, art. 1º § 1º).

12 “Art. 1. Fica declarado integrante do patrimônio histórico e cultural do Estado do Rio Grande do Sul o Vale dos Vinhedos, localizado entre os paralelos 29.09’ e 29.15’ Sul e os meridianos 51.30’ e 51.38’ Oeste de Greenwich, na Região Serrana do nosso Estado.

4. PROCEDIMENTOS: ADEQUABILIDADE DA INDICAÇÃO GEOGRÁFICA PARA A PROTEÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

A propriedade intelectual é uma garantia de apropriação das criações intelectuais e dos signos distintivos que integram o patrimônio das pessoas, como ativos intangíveis, sendo um regime disciplinador de conduta no mercado, visando à concorrência leal entre os agentes econômicos. (MAPA, 2010, p. 81).

As IGs são um raro mecanismo de tutela presente no sistema de proteção da propriedade intelectual que contempla as produções coletivas, tradicionais e regionais, por essa razão criou-se a perspectiva do uso desse instrumento para a proteção e sustentabilidade do patrimônio cultural, pois as IGs também têm um papel importante quanto ao desenvolvimento territorial, econômico e social.

Essa tendência ao uso dos IGs confere uma nova fase, onde são implementadas como instrumento de valoração e proteção de produtos e serviços relacionados com populações tradicionais.

Quanto ao consumo desses produtos e serviços, vislumbra-se a crescente inclinação dos consumidores por produtos identitários, ambientalmente corretos e socialmente justos (BELAS, 2012). No entanto, pode-se dizer que no Brasil, apesar de não existir políticas públicas focadas em fazer essa aproximação entre as IGs e a tutela do patrimônio cultural, essa proximidade já existe na prática como uma estratégia dos produtores de valorizar seus produtos em mercados diferenciados (BELAS, 2012). A contemporaneidade vive um momento de grandes desafios, em que é necessário forjar instrumentos que se coadunem com o desenvolvimento sustentável do patrimônio cultural.

Entretanto, verifica-se uma grande rasura entre as exigências do INPI no momento do registro da IG, em que se faz necessário toda uma formatação da produção vitivinícola. Observa-se que a Instrução Normativa n. 25 de 21/08/2013 do INPI não pressupõe a proteção do conhecimento tradicional, principalmente na sua forma geracional.

Cerdan (2009) explica que a falta de referências na legislação das IGs sobre a noção de biodiversidade cultural e a promoção de modelo de desenvolvimento ecologicamente sustentável é consequência da lei sobre as IGs estar inserida na Lei de Propriedade Industrial, que não considera essa outra dimensão.

A normativa pode até contribuir para o desenvolvimento econômico de uma localidade rural, mais torna inviável o desenvolvimento sustentável do conhecimento tradicional, pois o enxerga como algo unidimensional, abarcando somente questões de mercado para o registro, não há um viés que identifique o conhecimento tradicional nas produções, mas somente a viabilidade econômica.

A rasura instaura-se quando afasta-se que o objetivo do desenvolvimento é a transformação da sociedade em direção a valores que sejam aceitos por seus membros, ao mesmo tempo em que se busca garantir a tolerância com a dissidência e a existência das minorias (BARRAL, 2005).

De tal forma, os produtos ou serviços registrados como uma indicação geográfica poderão sim ser considerados um patrimônio da cultura local e uma forma de fomentar a sustentabilidade do conhecimento tradicional, e não somente uma forma de inserir produtos locais com viabilidade econômica no mercado, esta tem de ser uma das preocupações, mas não o único pilar a sustentar o registro de uma IG.

Para superar essa rasura presente no procedimento legal, é necessário alguns balizamentos, e fazer uso de suportes técnicos relacionados ao patrimônio imaterial é uma saída para que o conhecimento tradicional possa ser salvaguardado e funcione como recurso econômico sustentável da comunidade.

Dito isto, depreende-se que não há critério para o dinamismo do bem cultural intangível, desde que não se altere o sentido que os seus detentores lhe atribuem. Assim, por mais mutável que seja este bem, desde que ele esteja envolto da identidade e pertencimento dos atores sociais, não há o que se falar em perda da tradição. A própria cultura é dinâmica, viva e mutável. O importante é que ela seja identitária de

determinada comunidade, população.

E é partindo dessa concepção de patrimônio cultural intangível que foi buscado identificar nos processos das IGs a menção da tradicionalidade transposta nos modos de fazer que reproduzem práticas culturais coletivas na produção do vinho do Vale dos Vinhedos.

Nesse entrever, o regulamento de uso, documento imprescindível para o processo de registro de IG no INPI, seja ele regulamento da IP ou da DO, ambos representam a institucionalização dos conhecimentos e modos de fazer enraizados nas práticas cotidianas da elaboração do vinho. Da mesma forma como o regulamento de uso aparenta certa rigidez nos modos de fazer, pois estabelece técnicas de cultura da uva e do vinho, mas na verdade ele dispõe de certa flexibilidade se considerar que há padrões mínimos de identidade do produto com a região a serem buscados¹³.

Assim, as normas presentes nos regulamentos de uso representam os conhecimentos geracionais e a cooperação entre os agentes, levando em consideração que os critérios ali presentes foram sendo identificados pelos próprios agentes locais como essenciais para manter a identidade coletiva do produto final.

No processo do registro da IP, há trechos a se considerar, como por exemplo, aqueles que fazem parte da análise da comissão de IGs do INPI, no que se refere a existência da “descrição da forma de elaboração do produto, envelhecimento e engarrafamento[...]”; “há descrição dos padrões de identidade e qualidade química [...] e organoléptica dos produtos”; que é “inquestionável ser a região do Vale dos Vinhedos, reconhecidamente, centro produtor de vinhos finos. Esse reconhecimento deve-se, acima de tudo, às características históricas e geográficas da região” (INPI, IG200002, 2002, p. 250).

As características históricas acima citadas são aquelas relacionadas com a expressão da vitivinicultura na região atrelada à imigração italiana.

13 Sobre o regulamento de uso da IP e da DO e suas diferenças ver MERKLE, Siló Haynosz, subcapítulo 3.3 da dissertação de Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade: INDICAÇÃO GEOGRÁFICA E PATRIMÔNIO CULTURAL SOB A ÓTICA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: O CASO DO VALE DOS VINHEDOS, 2015.

A análise do INPI ainda considerou que a limitação de *vitis vinifera* com a valorização das variedades mais expressivas aumentou a identidade dos produtos com a área de produção; que o estabelecimento de referenciais de produtividade vinícola resguarda padrões de qualidade e delimita a produção, bem como a obrigatoriedade de elaborar, envelhecer e engarrafar os produtos na área demarcada (INPI, IG200002, 2002, p. 251). E ainda que “os produtos são provenientes de uma prática existente há décadas e que as condições de produção são locais é de se concluir que a região Vale dos Vinhedos se tornou conhecida como centro produtor de vinhos finos [...] (INPI, IG200002, 2002, p. 252).

Da mesma forma no processo de registro da DO do Vale dos Vinhedos (DOVV), o regulamento de uso expressa todo o saber fazer coletivo de forma institucionalizada, há também pareceres do INPI que ponderam acerca da tradição no modo de fazer local:

Para as Denominações de Origem, também há a exigência de delimitação da área na qual determinado produto ou serviço é identificado como sendo oriundo desta e, por esta razão e somado ao modo de fazer, possui determinada característica ou qualidade”.
- (INPI, IG201008, 2012, p. 295)

O processo da DOVV, no título qualidade e características do produto que são essencialmente ou exclusivamente atribuíveis ao meio geográfico, o INPI aborda no item 9 as principais qualidades e características dos produtos atribuíveis ao meio geográfico na DOVV e o nomeia essa relação do produto com o seu local de pertencimento como “elos do nexo causal”. Esses elos que fazem a junção do produto com o meio, na verdade, representam nada mais que a tradição:

O saber-fazer na elaboração dos vinhos na DO Vale dos Vinhedos reflete uma longa prática de vinificação das vinícolas provenientes dos antepassados de origem italiana, mesclada hoje, com as modernas tecnologias a disposição da indústria vinícola internacional. Pela tradição e conhecimento adquirido da uva, em quase uma centena de vindimas, isto é, uvas de maturação intermediária – com taninos não completamente maduros, a vinificação é conduzida com toda a cautela, de forma a alcançar um produto final sem defeitos e de sabor equilibrado. Macerações de tempo médio são, por exemplo, uma característica tradicional no processo de

vinificação em tinto. (INPI, IG201008, 2012, p. 141)

Assim, embora o registro de uma IG não possua a preocupação expressa com a tradição, verificou-se que há a presença desse patrimônio cultural nos processos de IP e DO Vale dos Vinhedos.

Cumpre lembrar que o Vale dos Vinhedos também recebeu o título de patrimônio cultural do estado do Rio Grande do Sul. Nesse aspecto, Belas (2012) relata que em geral as políticas estaduais atuam de forma complementar às federais, não é incomum essa dupla relação de esforços. No entanto, “o problema desses títulos concedidos pelos governos estaduais é que, na maioria dos casos, não ultrapassam o âmbito da visibilidade política, sem planos de ação” (BELAS, 2012, p.140).

Ainda neste contexto, quando Belas (2012) analisou a dualidade do patrimônio cultural intangível - ativo cultural e ativo econômico - pode verificar que muitos bens culturais possuem uma dupla proteção, pois além do registro no IPHAN como patrimônio cultural imaterial, também possuem o registro no INPI como IG.

Razão pela qual os produtores que já integram as políticas de salvaguarda do patrimônio cultural têm buscado a IG como uma forma de garantir proteção mais efetiva contra cópias, falsificações e uso indevido do nome que configuram práticas de concorrência desleal. (BELAS, 2012).

5. CONCLUSÃO

A análise dos processo das IGs do Vale dos Vinhedos, tanto a IP como a DO, demonstrou que a história da imigração italiana, os modos de fazer e o dinamismo da tradição são evocados nos processos de registro no INPI, mas na prática observou-se que este contexto está presente de forma mais intensa nas estratégias de mercado e ainda não atravessou a fronteira que o separa da sustentabilidade da tradição local.

É dito isto porque ainda se prioriza o produto em si, pelo seu valor de mercado, e as externalidades do desenvolvimento local, a preservação

das paisagens, da identidade italiana e a salvaguarda do patrimônio cultural ainda são consideradas complementares em relação ao produto, que possui como fim último sua projeção nos mercados.

É considerada a importância do produto objeto da IG estar incluído na lógica dos mercados, embora, muitas vezes, ele encontra-se enraizado como patrimônio numa cultura que é preexistente a este aspecto, e é justamente por ele possuir essa origem que ele possui esse diferencial de mercado. É uma relação cíclica que detém sua continuidade na preservação de sua origem e não no produto final.

Romper com a origem cultural do produto, no caso de muitas IGs, é deixar de alimentar esse ciclo, que concebe a dupla valorização do bem, como ativo cultural e ativo econômico. No caso das IGs aqui analisadas, a perda dessa valorização dual romperia com a lógica dos mercados que o considera um produto agregado de tradição.

Dessa forma, entende-se que se deve valorizar além do produto em si, deslocando o foco do produto final para os processos sociais e simbólicos de produção a partir dos quais, o produto, sendo visto como bem cultural ganha função e significado, garantindo reais associações de pertencimento das IGs com o patrimônio cultural intangível.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Antônio A. O Patrimônio Imaterial e a Sustentabilidade de sua Salvaguarda. Resgate: Revista Interdisciplinar de Cultura. Campinas-SP: UNICAMP, n° 13, 2004.

BARRAL, Welber (org.). Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.

BELAS, Carla Arouca. Indicações geográficas e salvaguarda do patrimônio cultural: artesanato de capim dourado-Brasil. 2012. Tese (doutorado) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto de Ciências Humanas e Sociais.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento Curso de propriedade intelectual & inovação no agronegócio / Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento ; organização Luiz Otávio Pimentel. 2. ed. rev. e atual. – Brasília: MAPA ; Florianópolis : EaD/UFSC, 2010.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: out. 2017.

BRASIL. Lei nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970. Cria o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5648.htm>. Acesso em: out. 2017.

BRASIL. Instrução Normativa 25/2013. Estabelece as condições para o Registro das Indicações Geográficas. Disponível em: www.inpi.gov.br/legislacao-1/in_25_21_de_agosto_de_2013.pdf. Acesso em out. 2017.

BRASIL. Resolução da ABPI nº 39. Disponível em: <http://www.abpi.org.br/biblioteca2a>.

