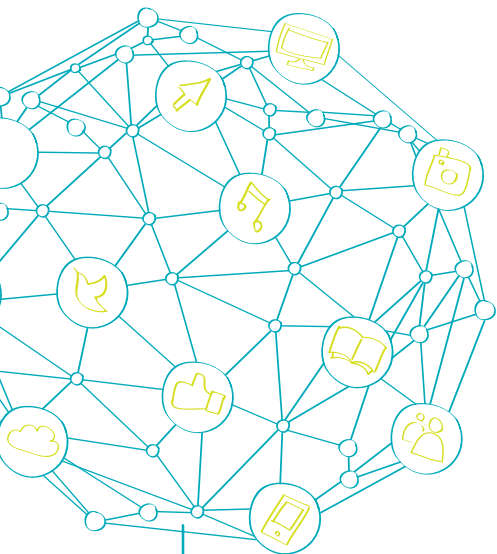


ANAIIS DO **XII CODAIP**

**Congresso de Direito de
Autor e Interesse Público**

**ESTUDOS DE DIREITO DE
AUTOR E INTERESSE
PÚBLICO**





ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

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



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/Usó 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 XII CODAIP
XII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público

Curitiba
Universidade Federal do Paraná
2018

**Anais do XII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público
(2018: 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.**

**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**



GEDAI

Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial
Universidade Federal do Paraná



MINISTÉRIO
DA CULTURA



Allan Rocha de Souza - UFRRJ/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 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

Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial
Universidade Federal do Paraná

GEDAI

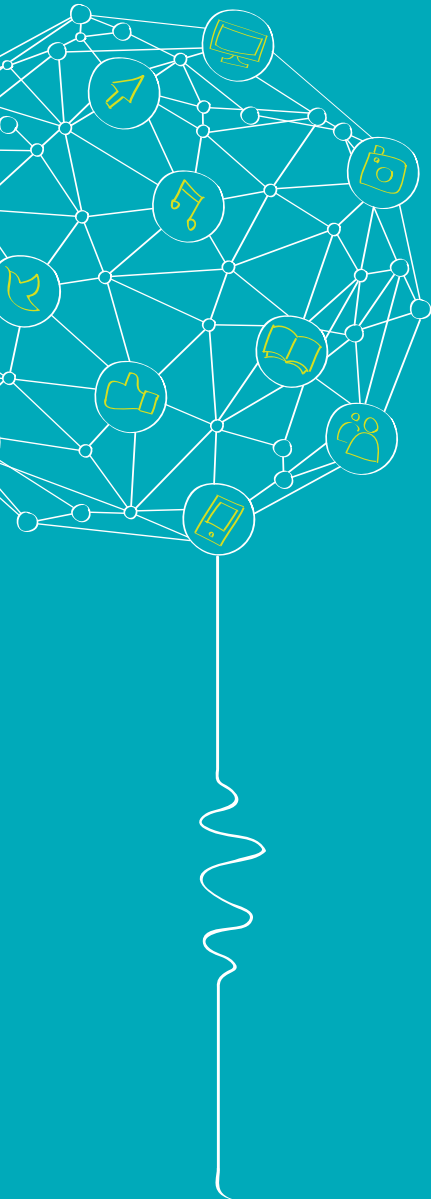
As publicações do GEDAI/UFPR são espaços de criação e compartilhamento coletivo.

Fácil acesso às obras.

Possibilidade de publicação de pesquisas acadêmicas.

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

SUMÁRIO



I - DIREITO DE AUTOR E INOVAÇÃO

27 ACELERAÇÃO TECNOLÓGICA, DIREITOS AUTORAIS E A ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AS FONTES DO DIREITO

Sérgio Said Staut Júnior

41 O ARTIGO 13 DA DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA AOS DIREITOS DE AUTOR NO MERCADO ÚNICO DIGITAL: OS FILTROS DE CONTEÚDO E O PORQUÊ DA IMPOSSIBILIDADE DE UMA ANÁLISE MERAMENTE TÉCNICA DOS DIREITOS AUTORAIS

Rodrigo José Serbena Glasmeyer

João Vítor Vieira Carneiro

69 A LEI DE INOVAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÕES EM RELAÇÃO AO CÓDIGO NACIONAL DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO (CNCT&I)

Dimitrius Pablo Sabino Lima de Miranda

93 CONTRATOS NO AMBIENTE DIGITAL

José Augusto Fontoura Costa

Fernanda Sola

107 INTERNET DAS COISAS MÉDICAS UMA TECNOLOGIA INFORMACIONAL EM TEMPO REAL A LUZ DA TEORIA CRÍTICA

Luciana Reusing

Marcos Wachowicz

137 A ADEQUABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E DAS LEIS DE DIREITO AUTORAL BRASILEIRAS VIGENTES PARA A TUTELA DE OBRAS FEITAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Lukas Ruthes Gonçalves

II - DIREITO DE AUTOR E GESTÃO COLETIVA

167 LIMITES DA GESTÃO COLETIVA NO AMBIENTE DIGITAL

Alexandre Pessler

193 O USO DA TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* PARA PROTEÇÃO E GESTÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Mariana Piovezani Moreti

Paula Baragatti Cabrera

213 ECONOMIA DO CONHECIMENTO, CONTRAFAÇÃO E GESTÃO DE DIREITOS AUTORAIS NA TECNOLÓGICA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Rangel Trindade

Bibiana Virtuoso

243 A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN: SMART CONTRACTS E A EXPANSÃO DAS CRIPTOMOEDAS FRENTE À CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO DIREITO DE AUTOR

Roberto Tramontina Fioravante

263 ANÁLISE DA DOS EFEITOS DA LEI Nº 12.853/13 COMO UMA POLÍTICA DE REGULAÇÃO DA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS DE EXECUÇÃO PÚBLICA MUSICAL

Lucas Bernardo Antoniazzi

III - DIREITO DE AUTOR E DIREITO CONCORRÊNCIAL

283 A DEDUTIBILIDADE NO IMPOSTO DE RENDA DE PESSOAS JURÍDICAS E O PAGAMENTO DE ROYALTIES A TITULAR DE PATENTE DOMICILIADO NO BRASIL

Yago Schonarth
Jeferson Teodorovicz

309 SISTEMA DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL: UMA REVISÃO ANALÍTICA SOBRE PATENTES

Jessica Aparecida SOARES
Giane de Godoy Favaro FIDELIS

331 O NOVO MARCO DA BIODIVERSIDADE (LEI 13.123/15), CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E ACORDO TRIPS: A PROPRIEDADE INTELECTUAL SOB A PERSPECTIVA DO COMUM

Julio Arthur Telles
Thiago Luiz Rigon de Araujo

349 A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL À LUZ DA ECONOMIA E DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Maurício Brum Esteves
Lucas Rubbo Tesser

373 PROPRIEDADE INTELECTUAL: ELEMENTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Ricardo Sichel

399 A INFLUÊNCIA DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA NA MEDICINA: COMPREENSÃO DE UMA ANÁLISE AMPLA

Eduardo de Serpa Pinto Fairbanks

Allan Rocha de Souza

IV - DIREITO DE AUTOR E NOVAS TECNOLOGIAS

423 BREVES TÓPICOS SOBRE A 'REGULAÇÃO' DA VIDA COTIDIANA PELOS ALGORITMOS, PRIVACIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

Beatriz Brito Beserra

Pedro Marcos Nunes Barbosa

439 A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN PODE REALMENTE CONTRIBUIR PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS?

Cinthia Obladen de Almendra Freitas

Josélio Jorge Teider

449 O DIREITO À DESINDEXAÇÃO DE OBRAS AUTORAIS

Laísa Fernanda Alves Vieira

Rodrigo Otávio Cruz e Silva

475 O DIREITO DE AUTOR SOBRE O SOFTWARE E SUAS IMPLICAÇÕES SOBRE A GOVERNANÇA DOS ALGORITMOS

Letícia Canut

Heloísa Gomes Medeiros

507 A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO DE AUTOR E OS DESAFIOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Marcos Henrique Costa Leroy

Fernanda Amaral Duarte

529 OS DESDOBRAMENTOS DO DIREITO AUTORAL NA ERA DIGITAL

Thales Boechat Nunes Leira

V - DIREITO DE AUTOR E DIREITOS HUMANOS

549 LIMITES ÉTICOS NA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O IMPACTO NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: ANÁLISE DA RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU SOBRE DISPOSIÇÕES DE DIREITO CIVIL SOBRE ROBÓTICA (2015/2103 - INL)

Luiza Daniele Monteiro dos Reis

569 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS PROVEDORES DE INTERNET NOS CASOS DE *PORN REVENGE*

Alice de Perdigão Lana

589 DISCIPLINA, CONTROLE E INFORMAÇÃO:
CONTRIBUIÇÕES PARA UM ESTUDO DO
PANORAMA DA SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA

Pedro Henrique Machado da Luz

Sarah Helena Linke

613 REFLETINDO SOBRE DIREITOS AUTORAIS
ANTE A IMINENTE TRANSFORMAÇÃO NO ÂMBITO
DE INCIDÊNCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE
A PARTIR DO CASO DA *SELFIE* DA MACACA.

Saulo Bichara Mendonça

Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves Patrão

**VI - DIREITO DE AUTOR E SOCIEDADE
DA INFORMAÇÃO**

639 UNIVERSOS PARALELOS PARA UM
PARADIGMA CANSADO: A CRIAÇÃO INTELCTUAL

Ângela Kretschmann

João Bernardes da Rocha Filho

697 REFLEXÕES SOBRE A PROPRIEDADE
INTELCTUAL E O FENÔMENO DA APROPRIAÇÃO
NAS ARTES PLÁSTICAS CONTEMPORÂNEAS.

Claudia Lopes Tolentino

717 POSSIBILIDADES DE UM DIÁLOGO ENTRE
DIREITO PATENTÁRIO E SAÚDE PÚBLICA: A
PERCEPÇÃO DE UM VÍNCULO DE RECIPROCIDADE

Débora Gomes Bandeira

Thamires Rodrigues Guimarães

743 O DIREITO DE PATERNIDADE DO INVENTOR

Fernanda Galera Soler

761 PIRATARIA: COMO DISTINGUI-LA E COMBATÊ-LA

Fernanda Magalhães Marcial

777 A GÊNESE DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRO: UMA CONCEITUALIZAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA FACE À NOVA LEI PÁTRIA E AS RELAÇÕES DO RAMO COM A PROPRIEDADE INTELECTUAL

João Vítor Vieira Carneiro

Giovanna Michelato Almada

799 DIREITO DE AUTOR, VIDEOGAME E E-SPORTS

Luiza Silva Balthazar

VII - DIREITO DE AUTOR E DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO

827 PROPRIEDADE INDÍGENA, CONHECIMENTO TRADICIONAL E EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS

Augusto Rodrigues de Freitas

Allan Rocha de Souza

849 INTERCONEXÃO DE SISTEMAS E SOBREPOSIÇÃO DE PROTEÇÕES DE PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO MARCA, DIREITO AUTORAL E DESENHO INDUSTRIAL

Samaira Siqueira Santos

869 MODA E IMPRESSÃO 3D: UM NOVO PARADIGMA?

Maria Victória Rocha

Marcos Wachowicz

941 PROPRIEDADE INTELECTUAL, NOVAS TECNOLOGIAS E O DIREITO DE ACESSO: A BUSCA PELO EQUILÍBRIO EM MEIO ÀS TRANSFORMAÇÕES PROMOVIDAS PELA SOCIEDADE INFORMACIONAL

Lucas Silveira Duarte.

971 PROPRIEDADE INTELECTUAL E MODA

Yanka Basile Catão

Allan Rocha de Souza

VIII - DIREITO DE AUTOR E EXPRESSÕES ARTÍSTICAS

997 DIREITOS CULTURAIS: INDÚSTRIA DA MODA, CONHECIMENTOS TRACIONAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL

Carolina Brasil Romão e Silva

1015 QUESTÕES DE AUTENTICIDADE NA ARTE MODERNA E CONTEMPORÂNEA

Caroline Dunker Fucci

1039 ALTERNATIVAS DE PROTEÇÃO DO DIREITO AUTORAL NO PROCESSO DE DIGITALIZAÇÃO DE OBRAS ÓRFÃS NO BRASIL

Gabriela Hiwatashi dos Santos

1063 OS FATOS E A APLICAÇÃO DO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO POR TRÁS DA CAMPANHA “FEARLESS GIRL”

Isabella Neumann Esquenazi
Rodrigo Luiz Ferraz Caetano

1085 FESTAS POPULARES: PROTEÇÃO E POSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO COMERCIAL

Natália Nogueira dos Santos

1105 O *FAIR USE* E A REGULAMENTAÇÃO DO USO DE *SAMPLES* E *COVERS* EM OBRAS MUSICAIS NO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO

Natalia Zimmermann
Saul José Busnello

IX - DIREITO DE AUTOR E TRANSFORMAÇÕES TECNOLÓGICAS

1129 DO VINIL AO STREAMING: AS MUDANÇAS NO MERCADO MUSICAL E NA RELAÇÃO ENTRE DIREITOS AUTORAIS E ACESSO À MÚSICA.

Eduardo Pires
Luiz Gonzaga Silva Adolfo

1157 TÍTULO - OS SERVIÇOS DE STREAMING E OS MODELOS DE CONSUMO NOS MERCADOS DA MÚSICA, VÍDEO E EDITORIAL

Leonardo Morel

1179 STAR ATHLETICA, L.L.C V. VARSITY BRANDS, INC., ET AL.: A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR E A CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO SEPARABILITY TEST NORTE-AMERICANO NO BRASIL

Martina Gaudie Ley Recena

1203 JUSTIFICANDO A PROPRIEDADE INTELECTUAL - QUAL SERIA A SUA FUNÇÃO SOCIAL NA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL?

Eduardo Oliveira Agostinho

1223 CONTROVÉRSIAS NA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL EM MATÉRIA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ângela Kretschmann
Ney Wiedemann Neto
Guilherme Kretschmann Rodrigues

X - DIREITO DE AUTOR E OS PRIMADOS CONSTITUCIONAIS

1250 DIREITOS AUTORAIS E EDUCAÇÃO: DIÁLOGOS

Daniel de Paula Pereira

Allan Rocha de Souza

Lorranne Carvalho da Costa

Luisa Lemos Ferreira

1304 O PAPEL DA PERÍCIA TÉCNICA NOS CASOS DE PLÁGIO MUSICAL: DIRETRIZES E ELEMENTOS DE ANÁLISE

Eduardo Riess R. de Souza

1328 UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO MORAL DO AUTOR NAS RECENTES DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Heloísa Augusta Vieira Molitor

1346 NAVEGANDO NO TRIÂNGULO DAS BERMUDAS DA INTERNET: ONDE DESAPARECEM MISTERIOSAMENTE OS DIREITOS DOS CRIADORES

José Vaz de Souza Filho

Marcos Alves de Souza

Samuel Barichello Conceição

1361 A MUDANÇA DO PARADIGMA DE ACESSO À CULTURA E INFORMAÇÃO E AS LIMITAÇÕES DO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO

Letícia Alves Vial

APRESENTAÇÃO



O XII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (CODAIP), teve como temática central o contexto de desenvolvimento das “Tecnologias de Informação e Comunicação” tendo sido realizado nos dias 5 e 6 de novembro de 2018, nos auditórios e salas do Centro Universitário da UNICURITIBA na Cidade de Curitiba/Pr.

Em sua 12ª edição, o CODAIP oportunizou o debate transdisciplinar entre os diversos setores da academia, profissional e artístico, bem como a sociedade em geral, na seara dos Direitos Autorais e Culturais sobre a necessidade da reforma da lei autoral dentro do contexto cultural e tecnológico da sociedade brasileira, colaborando nas práticas jurídicas na área da propriedade intelectual.

O XII CODAIP, ora promovido pelo Grupo GEDAI / UFPR – Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial, teve por objetivo principal promover além do intercâmbio de informações uma reflexão aos atuais desafios dos 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.

A cada ano o evento se consolida como um grande fórum de debates, abrindo espaço para apresentação dos trabalhos dos diversos grupos de pesquisa do país que se dedicam ao estudo da propriedade intelectual de participarem nos Workshops dos Grupos de Pesquisa previstos na programação.

Inserido no contexto jurídico e de aprimoramento do direito intelectual, teve como eixo principal: DA INTERNET E AS NOVAS FRONTEIRAS DOS DIREITOS AUTORAIS, foram abertas as inscrições para a submissão de artigos científicos os quais foram criteriosamente selecionados e 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 II- DIREITO DE AUTOR E EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:

Direitos Culturais e a Regulamentação dos Direitos Autorais.

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

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

O XII CODAIP foi 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 e com apoio do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/UFPR e da Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Ensino Superior – CAPES.

Agradecemos o apoio recebido da Ordem dos Advogados do Paraná – OAB/PR, da Secretaria de Cultura do Estado do Paraná e da Fundação Cultural de Curitiba que divulgaram o evento.

A Coordenação Científica agradece incomensuravelmente também, a todos que contribuíram direta e indiretamente para a realização do XII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, cuja 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, qual 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 os colaboradores e participantes, o nosso muito obrigado!

Coordenação Científica:

Prof. Dr. Marcos Wachowicz - GEDAI/UFPR

Prof. Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro - UFPR/PUCPR

Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa - USP

Prof. Dr. Sérgio Staut Júnior - UFPR

XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERES SE PÚBLICO

Capítulo I Direito de Autor e Inovação

TÍTULO: ACELERAÇÃO TECNOLÓGICA, DIREITOS AUTORAIS E A ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AS FONTES DO DIREITO

Sérgio Said Staut Júnior

ACELERAÇÃO TECNOLÓGICA, DIREITOS AUTORAIS E A ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AS FONTES DO DIREITO

Sérgio Said Staut Júnior¹

1) INTRODUÇÃO

Inovações tecnológicas sempre provocaram mudanças na sociedade e foram, muitas vezes, determinantes na questão da produção, da distribuição e da própria proteção das artes, da ciência e da literatura. De fato, a história da regulamentação jurídica das manifestações artísticas, científicas e literárias é marcada profundamente pelos processos de transformação e mudança da técnica (e da tecnologia), como ocorreu com a invenção da imprensa, que possibilitou a produção em série de obras literárias e provocou mudanças no regime de regulação das ideias e sua exteriorização em sociedade.²

A quantidade e os tipos de manifestações artísticas, científicas e literárias sempre dependeram, em certa medida, do estágio da técnica. Foi o avanço técnico que possibilitou a circulação e o surgimento de novas atividades e novos bens culturais como o cinema, a televisão e a fotografia, mas ajudou também a abandonar ou diminuir o prestígio de outras formas de atividades e de objetos culturais como o artesanato e a função de copista.

1 Professor Associado do Curso de Direito e do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da UFPR. Realizou Pós-Doutorado no Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Università degli Studi di Firenze, Itália. Integrante do Núcleo de Pesquisas de História, Direito e Subjetividade do PPGD/UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de História do Direito - IBHD. Membro do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação – GEDAI.

2 Análise muito interessante sobre este fenômeno, pode ser encontrada em DELMAN, Bernard. O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito. Coimbra: Perspectiva Jurídica-Centelho, 1976.

O surgimento e o desenvolvimento dos direitos conexos aos direitos do autor estão, igualmente, ligados às mudanças e à evolução na tecnologia. Sem todo um aparato técnico que surgiu e se desenvolveu na sociedade industrial não seria possível sequer pensar na possibilidade de direitos dos produtores fonográficos e dos direitos das empresas de radiodifusão.

A importância dos meios técnicos é, sem dúvida, fundamental, para os rumos da produção e da regulação jurídica das atividades artísticas, científicas e literárias. Com os avanços técnicos e com a invenção de novas tecnologias que produzem algum tipo de impacto ou de mudança na produção, no acesso e na distribuição de bens intelectuais, de natureza imaterial, todo o sistema jurídico de proteção das propriedades intelectuais também passa por um processo de questionamento e de reflexão intensos.

Nas palavras de José Menezes e Teles, sintetizando muito do que já se disse habitualmente em matéria de direitos autorais nas últimas décadas, “a massificação da estruturação social, bem como os progressos da informática, das técnicas de reprografia e da tecnologia digital de reprodução e radiodifusão de sons e imagens colocam os mais graves desafios ao direito de autor que a história do conceito jamais sofreu.”³ Trata-se sim de um “novo mundo” – um mundo bastante complexo que não tem formas jurídicas adequadas e bem definidas.

2) Aceleração da aceleração tecnocientífica

Atualmente, a reflexão a respeito dos direitos patrimoniais e de personalidade do autor passa (ou deveria passar), necessariamente, pela

3 TELES, José Menezes e. Discurso do diretor-geral dos espectáculos. In: Num novo mundo do direito de autor (II congresso ibero-americano de direito de autor e direitos conexos). Tomo II, Lisboa: Edições Cosmos / Livraria Arco Íris, 1994, p.21. Nesse mesmo encontro denominado Num Novo Mundo do Direito de Autor, em um outro discurso na sessão inaugural, essa posição também é sustentada: “O Direito de Autor e os Direitos Conexos são objecto neste momento da maior revolução que jamais viveram nos seus mais de dois séculos de história. É para sobre isso refletirmos que aqui nos encontramos.” (LOPES, Pedro Santana. Discurso de sua excelência o secretário de Estado da cultura, In: Num novo mundo do direito de autor (II congresso ibero-americano de direito de autor e direitos conexos). Tomo II, Lisboa: Edições Cosmos / Livraria Arco Íris, 1994, p. 31).

discussão do impacto, na sociedade, causado pelo surgimento de novas tecnologias e sua aceleração exponencial. Laymert Garcia dos SANTOS denomina este processo de “aceleração da aceleração tecnocientífica”⁴ em que a racionalidade econômica é subordinada à racionalidade tecnocientífica.

Explicando esse processo, o autor afirma que “o princípio da competitividade obriga a racionalidade econômica a atrelar-se à racionalidade tecnocientífica”⁵, assim, as decisões de investimento são subordinadas não às taxas de retorno e sim à dinâmica da inovação, “como se a corrida tecnológica lançasse as empresas numa constante fuga para frente, ou numa constante antecipação do futuro.”⁶ Tudo isso “se passa então como se estivéssemos vivenciando um período de ondas de revolucionarização que, emergindo de dentro do capitalismo, lhe dão novo alento e vão lhe abrindo novas perspectivas: é a Revolução Eletrônica, seguida pela Revolução das Comunicações, seguida pela Revolução dos Novos Materiais e pela Revolução Biotecnológica.”⁷

Ainda, segundo Laymert Garcia dos SANTOS, “O impacto crescente que essa evolução econômica e tecnocientífica exerce sobre as sociedades e os efeitos colaterais que ela suscita em todas as áreas começam a ser sentidos e percebidos, mas ainda estamos longe de poder analisá-los e avaliá-los. De todo modo, os aspectos sociais e ambientais negativos que ela já explicitou não parecem arranhar, quanto mais comprometer, a legitimidade do progresso da ciência e da tecnologia.”⁸

Todo esse processo submete a vida humana ao domínio da máquina e favorece o desenvolvimento de um certo irracionalismo nas pessoas, dominadas pelos desejos impostos por esse sistema.⁹ É a “tendência à

4 SANTOS, Laymert Garcia dos. Tecnologia, perda do humano e crise do sujeito do direito. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia. Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis: Vozes. 1999. p. 294.

5 SANTOS, Laymert Garcia dos. Tecnologia, perda do humano ... p. 293.

6 SANTOS, Laymert Garcia dos. Tecnologia, perda do humano ... p. 294.

7 SANTOS, Laymert Garcia dos. Tecnologia, perda do humano ... p. 294.

8 SANTOS, Laymert Garcia dos. Tecnologia, perda do humano ... p. 294.

9 Nas palavras de Laymert Garcia dos SANTOS: “A racionalização da vida leva o homem a submeter-se às máquinas que ele mesmo construiu; por outro lado, o progresso da ciência e da tecnologia caminha em sentido oposto ao do progresso da moralidade da conduta humana,

perda do humano”¹⁰ que combina perversamente a mecanização da vida humana (operada pela tecnologia) e a constituição de um sujeito não racional dominado pelos seus desejos (mercado), em que a última fase desse processo é a comercialização da própria vida.¹¹ Isso tudo não é novidade em matéria de direitos autorais, mas é observado de forma muito mais intensa atualmente no atual sistema de patentes.¹²

Nesse amplo “espaço de discussão”, os novos discursos e as novas “verdades” que começam a “ganhar sustentação” no direito devem ser analisados com muito cuidado. Com as novas tecnologias o modelo de regulação dos direitos autorais pode vir e vem sofrendo profundas transformações e impasses. No entanto, o que não se verifica, ainda, é uma mudança efetiva na direção de uma relação democrática e inclusiva entre autor, sociedade, mercado, produção e distribuição de bens culturais e a sua regulação jurídica.

Percebe-se que a discussão no direito não está no eixo da mudança ou da reflexão crítica sobre novas possibilidades de regulação do produto autoral em sociedade, ela permanece, em regra, na linha da continuidade e do reforço ao modelo, consagrado na Modernidade, de apropriação privada das manifestações intelectuais.

Muitos problemas são discutidos, muitas hipóteses são levantadas, mas, o que se verifica é que, apesar de algumas transformações estarem ocorrendo na área dos direitos autorais em virtude do desenvolvimento tecnológico (mudanças que abrem espaço, inclusive, para se pensar em

já que o processo fortalece um modo de ser pré-reflexivo, não-racional e não-espiritual, e nem por isso instintivo.” (...) “a mecanização da vida humana e a transformação do homem num sujeito completamente não racional perseguindo seus desejos são faces da mesma moeda (...) o progresso da ciência e da tecnologia caminha em sentido oposto ao do progresso da moralidade da conduta humana.” (SANTOS, Laymert Garcia. Tecnologia, perda do humano ... p. 299-300).

10 SANTOS, Laymert Garcia. Tecnologia, perda do humano ... p. 298-301.

11 Nesse sentido, verificar CÔRREA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

12 Nesse sentido, verificar SANTOS, Anderson Marcos dos. Política, aceleração tecnoeconômica e patentes: Devir tecnológico e futuro do humano.

um outro modelo de regulação das ideias em sociedade¹³), permanece com força o discurso tradicional dos direitos autorais.¹⁴ Há uma forte tendência na manutenção do mesmo sistema, apesar de sua inadequação.

Ocorre que a “função autor” e o “paradigma” profundamente individualista em que foram consagrados os direitos autorais, hoje, estão sendo colocados em questão. A Internet e as inúmeras tecnologias e programas de criação, reprodução e distribuição de conteúdos modificam profundamente a dimensão social e colocam desafios muito complexos para o direito.

O surgimento (e a hegemonia) de “novos participantes” neste cenário, como o Google, e os questionáveis discursos unilaterais de acesso e universalização da cultura promovidos por estes mesmos participantes são elementos que também devem ser analisados com lentes críticas. Constata-se, ainda, grandes perplexidades de muitos autores com o desmoronamento de todo o discurso jurídico tradicional em matéria de direitos autorais, elaborado nos séculos XIX e XX. As ideias já não se encaixam muito bem (se é que um dia se encaixaram) às formas que visam sua proteção.

13 Conforme observam alguns autores que trabalham com a “história cultural”, verifica-se um certo desaparecimento da noção moderna de autor e de obra. Segundo Roger CHARTIER, “Hoje, com as novas possibilidades oferecidas pelo texto eletrônico, sempre maleável e aberto a reescrituras múltiplas, são os próprios fundamentos da apropriação individual dos textos que se vêem colocados em questão.” (...) “Com a revolução eletrônica, as possibilidades de participação do leitor, mas também os riscos de interpolação, tornam-se tais que se embaça a ideia de texto, e também a ideia de autor. Como se o futuro fizesse ressurgir a incerteza que caracterizava a posição do autor durante a Antiguidade.” (CHARTIER, Roger. *A aventura do livro do leitor ao navegador*. São Paulo: Editora da UNESP, 1998. p. 24). Para Peter BURKE, “o modo como estamos aprendendo a escrever na era eletrônica se assemelha mais à criação coletiva da era do manuscrito ou mesmo da era oral do que à individualidade da era da impressão.” (BURKE, Peter. *A propriedade das idéias*. Folha de São Paulo, São Paulo, 24 jun. 2001. Mais!, p. 17).

14 Como expressam as palavras de José Menezes e TELES: “Sim, meus Senhores, o Direito de autor está a mudar. Importa, porém, que mude dentro dos cânones próprios da Ciência Jurídica.” (TELES, José Menezes e. *Discurso do diretor-geral ...* p.21).

3) Sobre algumas fontes tradicionais do direito neste complexo contexto

Analisar criticamente algumas das chamadas fontes tradicionais do direito no âmbito dos direitos autorais, levando o quadro acima esboçado em consideração, permite entender e refletir um pouco mais sobre a complexidade, as dificuldades e os desafios desta nova realidade no âmbito do direito - sem qualquer pretensão obviamente de esgotar ou resolver o assunto.

Começando pela primeira fonte de direito em um país de Civil Law, a Lei, há que se observar que a própria ideia de uma nova legislação de “direito de autor” ou “direitos autorais” é algo questionável, no mínimo, dada a velocidade das inovações tecnológicas e a “aceleração” do tempo presente.¹⁵ As principais críticas que Savigny fazia, em sua época, à ideia de uma codificação podem ser aplicadas e bastante ampliadas nesta matéria.

Apenas a título de exemplo, seguem alguns problemas habitualmente indicados para uma nova Lei de proteção ou regulamentação dos direitos autorais: i) no momento em que se codifica (ou se legisla) também ocorreria a cristalização ou engessamento do direito; ii) no dia seguinte à sua publicação, esta legislação estaria defasada ou carecendo de reformas; iii) é impossível (ou no mínimo muito difícil) prever o que está por vir e uma legislação com pretensão de estabelecer certa estabilidade ou segurança estaria fadada ao fracasso; iv) ainda, como regra, estas matérias fogem, também em termos espaciais, dos parâmetros e delimitações dos Estados Soberanos.

Considerando as dificuldades de um direito legislado nesta matéria, poderia se pensar ou investir em um modelo jurisprudencial (dogmático e judicial) para a regulamentação autoral e inventiva. No entanto, este parecer ser, igualmente, uma aposta com sérios problemas. Para além de graves deficiências democráticas neste tipo de direito (se a escolha recair apenas nele) há um mar de problemas.

¹⁵ Trabalhos interessantes sobre essa questão são encontrado na obra WACHOWICZ, Marcos (org.). Porque mudar a Lei de Direito Autoral: estudos e pareceres. Florianópolis: Editora Funjab, 2011.

A dogmática jurídica em matéria de direitos autorais e propriedades intelectuais envelheceu e tem sérias dificuldades para se renovar. Encontrar novos parâmetros normativos e interpretativos para “resolver” ou “dar conta” destas novas “realidades” não é tarefa fácil.¹⁶ Apesar da importância destas matérias, há o desconhecimento, o despreparo e a falta de prioridade no ensino de muitos destes conteúdos. Habitualmente, nos currículos das faculdades de direito, no Brasil, matérias como “direito autorais e propriedades intelectuais” não são prioritárias, muitas vezes são colocadas como disciplinas “menores”, optativas ou apêndices de um programa já inchado da disciplina de direitos reais ou de direito comercial/empresarial. Outra grande dificuldade decorre da própria complexidade deste universo que se quer regulamentar juridicamente. Especialistas nestas áreas do direito, precisam conhecer também a realidade das mesmas. E, infelizmente, isso não é a regra.

“Colocar as fichas” na jurisprudência ou em um direito jurisprudencial também pode ser algo, no mínimo, arriscado. Muitas das críticas a um direito produzido pela dogmática também se aplicam a este direito judicial. Desconhecimento (não apenas de uma dogmática jurídica específica, mas, e principalmente, da realidade sobre a qual se está a decidir), falta de preparo específico, parâmetros interpretativos equivocados, desconexão profunda entre o tempo do Judiciário e das inovações tecnológicas, são alguns exemplos enfrentados por esta fonte tradicional do direito.¹⁷

Provavelmente, são poucos os juízes e desembargadores (estaduais ou federais) que conhecem o que é o “princípio da neutralidade da rede”, consagrado no “marco civil da internet”. Realidades ou expressões como “internet das coisas”, “realidade virtual”, “big data”, “blockchain”, entre

16 António Manuel Hespanha demonstra o envelhecimento da atual dogmática jurídica, “um saber datado, com mais de dois séculos de idade, referido a um modelo de poder que não é o de hoje”. Segundo Hespanha, demonstrar (HESPANHA, António Manuel. Pluralismo Jurídico e Direito Democrático ..., p. 15).

17 Um exemplo eloquente desta desconexão entre o tempo do Judiciário e das inovações tecnológicas pode ser observado na atuação da Justiça eleitoral, em especial do TSE, nas questões envolvendo as fake news e o WhatsApp nas eleições presidenciais brasileiras de 2018.

outras, são muitas vezes absolutamente desconhecidas por juristas e por juízes (que continuam operando com instrumentos que foram pensados há muitas décadas, senão há séculos passados).

Além de tudo isso, se a pretensão é por um direito democrático, devemos sempre ter o cuidado histórico de observar que no momento em que o direito foi produto tão somente de juristas, ele pode ter sido muita coisa, menos o produto de escolhas participativas e inclusivas de boa parte da comunidade (que foi submetida ao mesmo).

Acreditar em uma regulamentação privada ou em um *soft law*, com toda a certeza não é no sentido do interesse público que caminhará este direito (se é que de direito se está falando neste âmbito). Os princípios democrático e republicano muito possivelmente também não são bem atendidos ou levados em consideração nesta forma de regulamentação (que não deixa de ser, obviamente, uma realidade).

4) Algumas provocações ou sugestões provisórias

Apenas a título de conclusão destas breves reflexões, seguem algumas preocupações ou sugestões bastante provisórias:

i) Inicialmente, parece ser relevante observar que não existem fundamentos seguros ou modelos normativos definitivos. Toda a construção moderna da regulação da atividade autoral, fruto de um passado recente, encontra-se em um momento de crise, por se mostrar insuficiente e pela ausência ou dificuldade de alternativas. Qualquer conclusão envolvendo essa matéria e seus questionamentos deve ser sempre provisória.

ii) Nesse sentido, a mudança nas relações do autor com seus direitos pressupõe um exercício de desconstrução¹⁸, um “des-pensar”¹⁹.

18 DERRIDA, Jacques. Força de Lei: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

19 Essa expressão é utilizada por Boaventura de Sousa SANTOS. Segundo o autor, “Des-pensar é uma tarefa epistemologicamente complexa porque implica uma desconstrução total, mas não niilista, e uma reconstrução descontínua, mas não arbitrária.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000, 186).

Torna-se necessário adotar uma perspectiva ou procedimento que se inicia com reflexões que transgridam com aquilo que está posto. Refletir criticamente, reconhecer e estar atento à complexidade e às insuficiências (ou deficiências) das fontes ditas tradicionais parece ser uma etapa importante para se pensar em outras formas e mecanismos de regulamentação deste universo.

iii) Em um Estado e em um direito que se quer democráticos, não é possível desprezar a importância de um direito legislado - que procure consensos mais alargados (ainda que um pouco mais lentos e difíceis) dentro de uma determinada sociedade. Mas, considerando o que já foi observado anteriormente, talvez trabalhar com modelos normativos mais abertos e dúcteis, investindo mais em “marcos legislativos / normativos” (que podem se adaptar melhor à realidade a ser regulamentada, ainda que tragam um risco maior a uma certa ideia de segurança).

iv) Fomentar e valorizar uma dogmática consistente e crítica nesta área do conhecimento, do mesmo modo, mostra-se relevante. É necessário dar a devida atenção e importância aos direitos autorais, às propriedades intelectuais e às inúmeras (novas) realidades decorrentes das inovações tecnológicas que impactam diretamente a vida das pessoas e abalam a dimensão jurídica. É preciso preparar os estudantes (e todos aqueles que se importam com estas questões) para pensar o direito do futuro. Neste processo, não esquecer que uma perspectiva comparatista (utilizando o direito comparado e mesmo a história do direito) pode ser bastante rica. Conhecer outras dimensões ou experiências jurídicas, com as devidas mediações, é bastante útil para compreender melhor o presente e projetar quicá um outro futuro.

v) Demonstra-se essencial, ao mesmo tempo, uma prática judicial qualificada. Poderiam ser pensadas turmas ou câmaras (judiciárias) especializadas e treinamentos específicos nestas áreas. Um diálogo maior entre especialistas, juristas e juízes neste âmbito.²⁰ As Cortes Superiores,

20 Sem dúvida, os Congressos de Direito de Autor e Interesse Público (CODAIPs), organizados pelo professor Marcos Wachowicz e toda a equipe do GEDAI – Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação, assim como toda a produção intelectual fruto deste trabalho, são absolutamente fundamentais.

especialmente o STJ, precisam estar preocupados com o que são estas novas realidades e como dar respostas minimamente razoáveis às mesmas (constituindo um corpo de precedentes que pode, ao menos, reduzir um pouco a complexidade no sistema jurídico envolvendo estas questões).

vi) No entanto, também é preciso ter consciência, especialmente nesta área, que a normatização deste “novo mundo” (se é que se pode falar propriamente em “normatização”) não é exclusividade de legisladores e juristas – muito pelo contrário. Estudar e compreender com profundidade todo o pluralismo jurídico ou normativo existente neste campo é mais que necessário.²¹ O direito (como se conhece atualmente ou como se percebe normalmente) corre o risco de se tornar um discurso absolutamente obsoleto ou de pouca utilidade em sociedade (se é que isso já não ocorreu)²².

vii) Por fim, e justamente pelo que foi observado anteriormente, entender essas novas realidades implica em fazer um diálogo profundo com outros conhecimentos e valorizar outros saberes e personagens que não apenas aqueles tradicionalmente encontrados no que se denomina âmbito jurídico. O diálogo com outros campos do saber evita que um discurso localizado em uma determinada disciplina “guarde uma suposta verdade” sobre determinado assunto.²³ Estas são algumas reflexões, muito superficiais, que se coloca para o debate e reflexão.

21 Essa reflexão, que implica uma visão mais plural do direito e menos dogmática acerca do saber jurídico, permite um espaço maior de liberdade para a reflexão sobre a relação entre o autor, a sua obra, o que se produz de cultura em sociedade e o que é aceito pelo mercado. Como demonstra FOUCAULT, apesar do discurso jurídico da soberania e dos seus saberes que o sustentam, a realidade (das relações de poder) é muito mais complexa. (FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999).

22 Nesse sentido, verificar HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. 2a ed., Lisboa: Amazon, 2017. Igualmente, COSTA, Pietro. *Discurso jurídico e imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista*. “in”: PETIT, Carlos. *Paixões do jurista: amor, memória, melancolia, imaginação*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 167-226.

23 De acordo com Wolkmer, “a interdisciplinaridade impede a delimitação estanque e rígida dos diferentes saberes na análise do referencial teórico nuclear. Ou seja, com a interação e a articulação interdisciplinar, evita-se o monopólio ou a apropriação unilateral do tema estudado por qualquer uma das áreas do conhecimento” (WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. XVII). Também neste sentido, verificar VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

REFERÊNCIAS

BURKE, Peter. A propriedade das ideias. Folha de São Paulo, São Paulo, 24 jun. 2001. Mais!, p.16-17.

CHARTIER, Roger. A aventura do livro do leitor ao navegador. São Paulo: Editora da UNESP, 1998.

CÔRREA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COSTA, Pietro. Discurso jurídico e imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista. “in”: PETIT, Carlos. Paixões do jurista: amor, memória, melancolia, imaginação. Curitiba: Juruá. 2011, p. 167-226.

DERRIDA, Jacques. Força de Lei: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EDELMAN, Bernard. O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito. Coimbra: Perspectiva Jurídica-Centelho, 1976.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. 2a ed., Lisboa: Amazon, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Tecnologia, perda do humano e crise do sujeito do direito. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia. Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis: Vozes. 1999. p. 291-306.

TELES, José Menezes e. Discurso do diretor-geral dos espetáculos. In: Num novo mundo do direito de autor (II congresso ibero-americano de direito de autor e direitos conexos). Tomo II, Lisboa: Edições Cosmos / Livraria Arco Íris, 1994. p. 19-22.

VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito. São Paulo: Atlas, 1977.

WACHOWICZ, Marcos (org.). Porque mudar a Lei de Direito Autoral: estudos e pareceres. Florianópolis: Editora Funjab, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo I Direito de Autor e Inovação

**TÍTULO:
O ARTIGO 13 DA DIRETIVA DO
PARLAMENTO EUROPEU E DO
CONSELHO RELATIVA AOS DIREITOS
DE AUTOR NO MERCADO ÚNICO
DIGITAL: OS FILTROS DE CONTEÚDO
E O PORQUÊ DA IMPOSSIBILIDADE
DE UMA ANÁLISE MERAMENTE
TÉCNICA DOS DIREITOS AUTORAIS**

**Rodrigo José S.Glasmeyer
Lukas Víctor Vieira Carneiro**



O ARTIGO 13 DA DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA AOS DIREITOS DE AUTOR NO MERCADO ÚNICO DIGITAL: OS FILTROS DE CONTEÚDO E O PORQUÊ DA IMPOSSIBILIDADE DE UMA ANÁLISE MERAMENTE TÉCNICA DOS DIREITOS AUTORAIS

Rodrigo José Serbena Glasmeyer¹

João Vítor Vieira Carneiro²

RESUMO

Com a proximidade da aprovação da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital e da sua implementação nos Estados-membros da União Europeia, é essencial uma análise do seu artigo 13, que inicialmente implementaria a obrigatoriedade de filtros de conteúdo que automaticamente impedissem o upload de conteúdo que desrespeitasse direitos autorais. O objetivo do presente artigo é o de fazer uma análise técnica dos diferentes modelos de filtragem de conteúdo, compreendendo quais tipos de conteúdo se encaixam e como dentro destas tecnologias, observando suas limitações tanto técnicas quanto às limitações da sua utilização pelo direito, aproximando os conhecimentos práticos e o estado da arte desses algoritmos às discussões do direito. Para além da análise dos próprios filtros e do artigo proposto, busca-se diagnosticar o impacto que a aprovação da dita Diretiva terá nos ambientes online europeus e na sociedade da informação como um todo, focando na clara incompatibilidade da proposta com a liberdade de expressão, utilizando o impacto da aprovação da proposta nos memes e na liberdade artística como exemplos. De maneira geral, o artigo afirma que, por diversas incompatibilidades, sejam elas materiais, nas altas margens de erro encontradas nos filtros, sejam elas relacionadas à subjetividade inerente

1 Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná 2017-2022.

2 Bacharelado Direito na Universidade Federal do Paraná 2017-2022, técnico em informática pelo Instituto Federal Catarinense, Membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI-UFPR) e do grupo Direito, Biotecnologia e Sociedade (BIOTEC-UFPR).

à análise dos direitos autorais, nem em 2018 e nem em nenhum futuro próximo previsível será possível uma automação da análise dos direitos autorais sem enormes danos tanto para a própria matéria quanto para os direitos fundamentais e a sociedade como um todo.

Palavras-chave: content filtering; direitos autorais; liberdade de expressão.

INTRODUÇÃO

Poucas vezes a discussão acerca de direitos autorais tomou tamanha relevância política como vem tomando ao longo de 2018. Em setembro de 2016 o eurodeputado alemão Günter Oettinger apresentou ao Parlamento Europeu sua proposta para uma Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital. Desde sua proposta inicial, a diretiva já provocou intenso debate entre grupos antagônicos. Por um lado, é defendida por grandes indústrias detentoras de direitos autorais, como gigantes da indústria musical, representantes da mídia escrita e jornalística e defensores de uma maior proteção dos direitos autorais nos contextos de pirataria online. Dentre seus opositores estão um lobby das grandes indústrias da tecnologia (muitas vezes representadas pela sigla GAFKA, acrônimo de Google, Amazon, Facebook e Apple) e defensores da liberdade de expressão e do livre acesso online.

A Diretiva tinha como objetivo atualizar a legislação europeia de direitos autorais com o objetivo de reverter o que a comissão europeia que analisou a necessidade de tal proposição classificou como um “mercado disfuncional” de conteúdo na internet. Os problemas e críticas para com a Diretiva decorrem do fato de que, nesta tentativa de atualizar a legislação, a proposta tinha como principal mudança reverter a posição da responsabilidade civil dos atores online pela proteção dos direitos autorais no ambiente digital.

No contexto em que a quantidade de conteúdo postado na internet ultrapassa substancialmente qualquer quantidade de conteúdo que possa ser analisada com cuidado, a única maneira de possibilitar que os servidores de serviços tenham a capacidade de observar a quebra de

direitos autorais em seus domínios passa pela automação computacional da análise do conteúdo. Esta automação foi o caminho indicado pelas propostas iniciais do artigo 13 da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital, ao instituir inicialmente que os servidores deveriam estar de acordo com as mais recentes tecnologias de reconhecimento de conteúdo.

Por início, esta obrigatoriedade impactaria fortemente o mercado econômico digital. Sua implementação aumentaria significativamente o custo de existência e de manutenção dos sites, provavelmente fechando completamente o mercado para startups e pequenos empreendimentos que não contassem com grande capital para investir ou nas tecnologias de filtragem ou no pagamento de multas constantes e pesadas. Além disto, estes filtros, do modo imposto na legislação, exigem a constante atualização da empresa à tecnologia mais recente, possibilitando que, mesmo após fortes investimentos neste tipo de tecnologia, em questão de meses a empresa se encontrasse novamente na posição de ser responsabilizada legalmente por não atualizar este investimento.

Não somente, a proposta da Diretiva falha ao não considerar um fato essencial: não existe tal tecnologia de filtragem de conteúdo que eficientemente proteja direitos autorais sem enormes margens de erros e lacunas inaceitáveis quando advindas de uma imposição legal. A proposta de legislação não parece compreender o estado da arte da própria tecnologia que pretende implementar.

Tendo como base o documento “*The Limits of Filtering: a look at the functionality and shortcomings of content detection tools*” (ENGSTROM; FEAMSTER, 2017), serão a seguir analisados os principais métodos de filtragem de conteúdo, sejam eles a busca por *metadata*, os filtros de *hash* e o *fingerprinting*.

2. OS FILTROS DE CONTEÚDO

A proposta inicial do artigo 13 da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital, buscando responsabilizar os provedores de conteúdo online

pela fiscalização de qualquer tipo de desrespeito aos direitos autorais na internet, tentava instituir a obrigatoriedade da utilização de filtros de conteúdo por parte destes.

A redação original do artigo, em seu parágrafo primeiro, afirmava a obrigatoriedade da prática de medidas por parte dos provedores para uma cooperação destes com os detentores de direitos autorais na proteção destes. Nas palavras da proposta inicial, “[e]ssas medidas, tais como o uso de tecnologias efetivas de reconhecimento de conteúdo, devem ser adequadas e proporcionadas” (UNIÃO EUROPEIA, 2016). Porém, tal proposta se encontra completamente desconexa da realidade material de como funcionam os filtros de conteúdo e de como se daria esta imposição legal.

2.1 Content ID e Echoprint

A proposta de legislação parece desconhecer o funcionamento básico dos filtros de conteúdo existentes no momento, e a sua própria aparição no texto do artigo é vaga e imprecisa. Os filtros de conteúdo são tecnologias recentes, e seu próprio conceito muitas vezes é mal compreendido pelo público, portanto uma boa apresentação tanto do que são quanto do que não são os filtros de conteúdo pode ser feita com base de dois dos seus representantes mais importantes e conhecidos: os softwares “Content ID” e “Echoprint”, respectivamente utilizados pelo Youtube e pelo Spotify.

Ambas as ferramentas são baseadas no formato chamado “fingerprinting”. Resumidamente, o fingerprinting consiste na criação de um modelo do conteúdo não baseado na análise de seu próprio arquivo, mas na análise direta do conteúdo, traduzida em parâmetros técnicos que possibilitam o reconhecimento deste, como que criando um molde do conteúdo em questão ou, como diz o nome, sua impressão digital única. A partir deste fingerprint o software de filtro compara todos os arquivos em upload a todos os fingerprints já anteriormente gerados pela ferramenta com base em arquivos disponibilizados pelos detentores de direitos autorais.

O Echoprint é uma das poucas ferramentas de filtragem de conteúdo relevantes que é de código-aberto (open-source)³, motivo que facilita sua análise técnica pelo público em geral. Essa análise do código da ferramenta é extremamente útil para uma análise dos filtros por “fingerprinting” de modo geral, uma vez que, sendo um dos filtros mais qualificados e sendo utilizado pelo Spotify, a ferramenta não deve desviar muito dos demais filtros de código fechado presentes no mercado, e muito menos ser de qualidade inferior a estes.

O código de cada arquivo de áudio gerado pelo Echoprint apresenta 8 diferentes bandas de frequência. Utilizando uma análise cromática⁴ do arquivo, é possível separar 88 bandas de frequência, que cobrem da nota musical A0 à nota C8. Para os fins de filtragem do Echoprint, foi decidido que 8 bandas são ideais para medir o comprimento das bandas necessário para o reconhecimento das notas, somado o fato de que, quanto maior este comprimento, menor a precisão do código em relação ao arquivo original. Estas 8 bandas teriam o alcance de 0 - 5500 Hertz (ELLIS; WHITMAN, 2013). O Echoprint dispensa a utilização dos vetores cromáticos, utilizando somente a diagramação do tempo entre “onsets”, que seriam acontecimentos no arquivo dentro de determinada banda, tal qual uma batida ou nota musical. Em resumo, a ferramenta não analisa o arquivo da música, mas transforma suas notas e batidas em códigos separados em 8 bandas e que juntos recriam a impressão digital do áudio.

Esta especificidade técnica é um ótimo exemplo de quão complexos e específicos são os filtros de conteúdo. Esta operação, por mais trabalhosa e minuciosa que seja, seria completamente inútil, por exemplo, para a análise de uma fotografia protegida por direitos autorais, ou de uma obra arquitetônica. Ao incluir a necessidade de utilização dos filtros por parte dos servidores, o parlamento simplifica as dificuldades de se

³ O código da ferramenta está disponível no GitHub: <https://github.com/spotify/echoprint-codegen/blob/master/src/Fingerprint.cxx>

⁴ ELLIS e POLINER (2007) explicam a análise cromática: “*The representation of each beat is a normalized chroma vector, which sums up spectral energy into twelve bins corresponding to the twelve distinct semitones within an octave, but attempting to remove the distinction between different octaves. Chroma features capture both melodic information (since the melody note will typically dominate the feature) and harmonic information (since other notes in chords will result in secondary peaks in a given vector).*”

utilizar este tipo de tecnologia, quase como se os filtros se tratassem de uma inteligência artificial dotada de capacidade de criar suas próprias ferramentas em ambientes diversos, enquanto na realidade cada pequeno detalhe de uma obra exige enorme esforço e custo técnicos para ser categorizado pelo filtro.

Em 2011, os pesquisadores Daniel Ellis, Brian Whitman e Alastair Porter conduziram um teste para analisar a eficácia do Echoprint. Juntando os dados de mais de 30 milhões de arquivos de áudio sobre o software criado por eles em cima do código aberto do Echoprint, que eles denominaram *Echo Nest Musical Fingerprint* (ENMFP), os pesquisadores testaram as possibilidades de erro na ferramenta. Os resultados foram alarmantes, especialmente em se tratando de um dos softwares mais precisos no mercado, utilizado pelo mais popular serviço de streaming musical no mundo. Nas diversas categorias de diferentes tipos de arquivo em diferentes durações dos períodos analisados, a porcentagem de erros nos “matches” de arquivos⁵ chega a assustadores 2,6% (ELLIS; WHITMAN; PORTER, 2011). Para título de comparação, Engstrom e Feamster afirmam que qualquer porcentagem de erro maior de 0.1% já é considerada inaceitável pelos servidores de e-mail no contexto da separação entre spam e e-mail convencional (ENGSTROM; FEAMSTER, 2017).

O Content ID é possivelmente ainda mais relevante que o Echoprint no cenário da internet. Desenvolvido pelo Youtube a partir de 2007, o software é de código fechado, o que dificulta seu estudo e uma análise de sua real eficácia. Sendo o Youtube uma plataforma de compartilhamento de vídeos, que são naturalmente mais complexos do que arquivos de áudio para se reconhecer pelo fingerprinting, é possível especular que haja uma margem de erro ainda maior do que 2,6%, porém pelo fato do código ser fechado, é impossível afirmar números exatos.

Uma pesquisa de 2018 feita pelos professores Kristofer Erickson e Martin Kretschmer buscou encontrar uma lógica por trás de quais dos vídeos que, dentro das noções norte-americanas de fair-use, se utilizam de

5 Os erros em matches podem se dar tanto por falsos positivos, que afirmam ser dois arquivos diferentes semelhantes e falsos negativos, que não reconhecem dois arquivos iguais.

conteúdo protegido para criar paródias postados no youtube. Os dados empíricos encontrados pela dupla são de que 32,9% de um universo de 1,834 paródias acabaram bloqueadas e retiradas do ar. Porém, ao buscar uma lógica entre estes números, os professores não conseguiram chegar a resultados conclusivos, não havendo clara preferência do site por gênero musical, qualidade de produção da paródia, indústria detentora dos direitos autorais. Não há, portanto, clara preferência de retirada do ar de conteúdo que esteja mais próximo de uma visível infração de direitos autorais do que de conteúdos que seriam facilmente protegidos dentro do fair-use, o que gera uma alta insegurança na produção de conteúdo baseado nestas proteções (ERICKSON; KRETSCHMER, 2018).

2.2 Funcionamento dos filtros e problemas

Como já afirmado anteriormente, existem três principais tipos de filtro de conteúdo em utilização no mercado: os filtros de metadata, os filtros “hash-based” e os filtros de fingerprinting. Cada tipo de filtro tem prós e contras e finalidades para as quais são de maior utilidade.

A busca por metadata basicamente encontra resultados cujos dados do arquivo (tais quais título, tipo de arquivo, tamanho, etc.) sejam exatamente iguais aos dados pesquisados. As buscas de metadata são eficientes para a busca simples da maior quantidade possível de conteúdo que apresente os dados, porém altamente imprecisas, uma vez que não chegam a nem ao menos analisar o conteúdo identificado em si, mantendo a pesquisa baseada nos dados superficiais do arquivo que não necessariamente refletem o seu conteúdo (ENGSTROM; FEAMSTER, 2017).

A metadata pode falhar tanto ao considerar como cópias dois conteúdos diferentes, mas que apresentam dados semelhantes, como o mesmo nome, por exemplo, ou ao não considerar cópias dois conteúdos idênticos, porém registrados sob títulos diferentes; com dados diferentes. Por este motivo, ela é incrivelmente fácil de burlar no contexto do upload de conteúdo protegido por copyright. No caso de um arquivo de música, por exemplo, basta alterar o nome da música ou do artista para livrá-lo de

ser reconhecido pelo filtro.

Os filtros baseados em análise dos chamados “hashes” dos arquivos, por outro lado, já dão um grande salto em direção à precisão da filtragem. Um “hash” é como uma representação numérica de uma parte de um arquivo, uma identidade quase que única gerada a partir de um trecho deste jogado em uma função hash (MORO; ZHANG; TSOTRAS, 2009). Como cada hash é praticamente único, e como os hashes são criados a partir de pequenos recortes de cada arquivo, qualquer ligeira modificação em um arquivo modifica completamente o seu hash. Esta característica faz com que este método de filtragem seja muito eficiente em encontrar precisamente o arquivo exato que se está buscando, porém faz com que o método seja incompleto para questões de filtragem de direitos autorais. Bastaria aumentar 1 segundo em uma música ou vídeo, por exemplo, para que o arquivo tivesse um número de hash completamente diferente, não sendo identificado pelo filtro (ENGSTROM; FEAMSTER, 2017).

Dentre os métodos existentes de filtragem de conteúdo, o mais completo e preciso é o método chamado fingerprinting. Como visto acima na análise do filtro Echoprint, este tipo de ferramenta de filtragem não se baseia na metadata de um arquivo ou em suas informações em “bits”, como nos filtros de hash, mas em uma análise do próprio conteúdo do arquivo (LU, 2009). Como na música analisada pelo Echoprint não são as suas especificidades técnicas que são levadas em consideração, mas sim seu conteúdo, tal qual as notas e batidas da música, assim ocorre com todos os tipos de filtros de fingerprinting. Para analisar um vídeo, por exemplo, se une tecnologia similar à do Echoprint com tecnologias do tipo Locality Sensitivity Hashing (LSH) (KANG; OOI; SUN; 2004), que, usando funções hash em cima da imagem do vídeo, cria o fingerprint do conteúdo. O próprio youtube, desenvolvedor do Content ID, explica o funcionamento da ferramenta, e do fingerprinting de modo geral, em um vídeo simples e didático⁶.

Essa possibilidade de analisar o conteúdo é, de fato, a única que realmente possibilita uma relação do filtro com os direitos autorais. Pode-se dizer, também, que o seu desenvolvimento é a justificativa para a

6 <https://www.youtube.com/watch?v=9g2U12SsRns>

existência de propostas como a própria diretiva da união europeia, uma vez que, em uma análise superficial, o filtro parece ser capaz de observar o conteúdo de maneira próxima a como um juiz faria. Além de ignorar que o papel de um juiz em um caso de disputa de direitos autorais online vai muito além de meramente identificar se um conteúdo postado corresponde à obra protegida, tal análise superestima a qualidade destes filtros e o seu real alcance e precisão.

O content ID do youtube serve como um bom exemplo dos prós e contras dos filtros de fingerprinting, até pelo alcance da plataforma, que possibilita que o filtro seja testado contra milhões de vídeos de todos os espectros de produção⁷. Deste modo, não é muito difícil encontrar relatos na internet sobre falhas bizarras da ferramenta, como por exemplo do caso do professor de teoria musical Dr. Ulrich Kaiser, que teve diversos uploads seus de músicas de compositores clássicos gravadas antes de 1961 (e conseqüentemente embarcadas no domínio público alemão, de onde ele fazia os uploads) retirados do ar como se fossem gravações mais recentes das mesmas obras (KAISER, 2018).

Este caso traz à tona uma questão essencial dos filtros de conteúdo: sua incapacidade de reconhecer e julgar figuras como o “fair use”⁸, que engloba categorias como a paródia e comentários/crítica, que são parte considerável do conteúdo online, especialmente em sites de conteúdo gerado pelos usuários, como o Youtube. Esta questão da impossibilidade de uma análise subjetiva essencial às questões de direito autoral por parte dos filtros de conteúdo é suficiente para argumentar que, mesmo que os filtros avancem em sua tecnologia e minimizem suas margens de erro, ainda assim não é possível visualizar um futuro no qual uma proposta como a proposta original da Diretiva seja viável, a não ser que se desenvolva um filtro capaz de analisar questões subjetivas de fair use, apropriação e criação de obra original derivada em obra já existente, o que no momento não passa de uma utopia.

7 Segundo SMITH (2018), são postadas mais de 400 horas de conteúdo por minuto na plataforma

8 Para mais pormenores sobre o conceito e função de *fair use*, vide ASCENSÃO (2003).

Além da questão do fair use, outra questão essencial à questão é a impossibilidade de se impor filtros a todos os tipos de conteúdo protegido pelos direitos autorais. Se filtrar áudio e vídeo já é complexo, diversas formas de criação de obra e de conteúdo protegido são de completamente impossível filtragem. Ao que tudo indica, a nova diretiva de direitos autorais imporá a todos os sites que postam conteúdo online a necessidade de filtrar seu conteúdo, sendo esta filtragem somente possível entre certos tipos de conteúdo. Citando a proposta, que afirma que a filtragem seria condizente com a tecnologia existente, estariam os sites que postam conteúdos para os quais não existe tal tecnologia obrigados a analisar seu conteúdo sem nem ao menos existir meio material de fazê-lo, podendo ser responsabilizados civilmente por não fazer o impossível?

3. O ARTIGO 13 DA DIRETIVA

Desde a década de 90, o embate acerca da questão da responsabilidade civil dos provedores de conteúdo online (OSPs, ou Online Service Providers) tinha uma resposta clara cristalizada em legislações como a DMCA (Digital Millenium Copyright Act), aprovada nos Estados Unidos em 1998, e a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu. Esta resposta era a de que, para proteger a liberdade de expressão e o acesso à informação online e como única maneira de possibilitar o desenvolvimento econômico da internet e de suas plataformas, a responsabilidade acerca da proteção dos direitos autorais caberia aos próprios detentores de direitos autorais, que deveriam, conforme seus desejos e seu interesse, monitorar se seus conteúdos estavam sendo postados online e eventualmente requererem a sua retirada do ar.

No caso do DMCA, por exemplo, caberia então aos provedores de conteúdo seguir uma série mínima de procedimentos, em geral remover o conteúdo comprovadamente infringente (sinalizado pelos detentores dos direitos) e remover ou excluir também os usuários que constantemente infringem direitos autorais (TAVARES DA SILVA, 2007).

Porém, nos últimos anos um forte movimento por parte das grandes detentoras de direitos autorais, que afirmam estar sendo

fortemente prejudicadas pelo cenário atual do mercado digital, passou a exigir uma modificação da responsabilidade civil na internet em questão de direitos autorais, sob argumentos baseados no desenvolvimento de novas tecnologias que possibilitariam uma maior vigilância e prevenção do compartilhamento de conteúdo protegido por direitos autorais ou copyright na rede.

Esse processo histórico resultou, em setembro de 2016, na proposta de uma nova diretiva da União Europeia sobre copyright, cujo nome em inglês é *Directive on Copyright in the Digital Single Market*. A intenção da norma, teoricamente, é proteger publicações midiáticas, balancear a diferença de remuneração entre autores e plataformas online, bem como aumentar a cooperação entre esses atores. Sua redação original, com esses fins, propunha como medida a implementação, por parte dos provedores, de tecnologias de reconhecimento de conteúdo; também os obrigaria a prover informações aos *rightholders* e relatórios sobre o uso e a detecção de suas obras protegidas. O texto, após algumas modificações durante seu trâmite legislativo, foi aprovado pelo Parlamento Europeu em setembro de 2018, e aguarda resposta de um trílogo europeu. (EUROPEAN COUNCIL, 2018).

3.1. Protestos e propostas

Desde que a diretiva entrou no debate público, inúmeras manifestações contrárias a ela apareceram. No que tange o artigo 13, as críticas se concentram principalmente em seus efeitos sobre a liberdade de expressão, a privacidade e outros direitos fundamentais da União Europeia e de outros ordenamentos.

Em um recente artigo, Felipe Romero-Moreno aborda a compatibilidade entre os direitos humanos e a tecnologia de reconhecimento e filtragem, também nomeada *notice and staydown*. Para o autor, o texto do artigo 13 constitui um risco de violação dos direitos dispostos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, em especial os artigos 6º (direito a um julgamento justo), 8º (direito ao respeito à vida privada e familiar) e 10º (direito à liberdade de expressão) (ROMERO-

MORENO, 2018). Um documento feito pelo relator especial sobre liberdade de expressão da ONU David Kaye, enviado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, também demonstra as violações que normativas do tipo causam aos direitos humanos (ONU, 2018).

Christina Angelopoulos, da Universidade de Cambridge, também ressalta incongruências entre a nova diretiva e outras diretivas europeias anteriores, bem como um conflito com a interpretação do Tribunal de Justiça da União Europeia acerca sobre a Carta de Direitos Fundamentais da UE. O artigo 14º da *Diretiva sobre Comércio Eletrônico* isenta, com algumas ressalvas, os provedores da responsabilidade sobre informações de usuários armazenadas em seus servidores. Seu artigo 15º, por sua vez, afirma que os provedores não têm obrigação geral de vigilância sobre as informações transmitidas e armazenadas, o que evidente contradiz o artigo 13 da nova diretiva (ANGELOPOULOS, 2017). Sophie Stalla-Bourdillon e outros acadêmicos, em carta direcionada à Comissão Europeia, também denotam o problemático conflito da diretiva com outras leis europeias, propondo uma reavaliação do artigo 13 e considerando 39, bem como o deletamento ou substancial reforma do considerando⁹ 38 (STALLA-BOURDILLON et al, 2016, 2017).

O notório ciberativista canadense Cory Doctorow se posicionou repetidas vezes contra a nova norma, que julga ser uma forma ferrenha de censura (DOCTOROW, 2018b). Ele também afirma que algoritmos de *content-matching* são ineficientes, podendo por vezes apagar conteúdos sem necessidade e por outro lado negligenciar violações severas ao copyright (DOCTOROW, 2018a). A diretiva também seria extremamente prejudicial à Wikipedia, que publicou um posicionamento público sobre a questão (GERLACH, 2017; DOCTOROW, 2018b). Até mesmo o YouTube, notório filtrador de conteúdo, repudiou a redação do artigo 13

⁹ Conquanto importantes, os considerando não serão abordados com profundidade neste artigo, mas cabe nesta nota introduzi-los. O considerando 38 é problemático por implicar que os provedores de serviços da sociedade da informação são criminalmente responsáveis pelo *upload*, por seus usuários, de conteúdos protegidos por direitos autorais. O considerando 39 fala da importância da colaboração entre *rightholders* e os provedores de serviços da sociedade da informação que fornecem acesso às obras dos *rightholders*, quando do *upload* delas por seus usuários. (STALLA-BOURDILLON, 2016, 2017).

(KYNCL, 2018). Também pode-se constatar uma ameaça às plataformas de hospedagem de códigos-fonte de software (como o *GitHub*), o que consequentemente representa um perigo à comunidade de *software livre* e *software de código aberto* (REDA, 2018a).

No âmbito econômico, entidades sem fins lucrativos (como a Wikipedia) e pequenas empresas (em especial, *startups*) sofrerão com os custos de implementação dos filtros, enquanto as gigantes da Internet estarão em conformidade com a lei de forma muito mais célere (RUCIC, 2017). A avaliação de impactos da Comissão Europeia afirma que os custos de implementação dos algoritmos seriam a partir de 900 euros mensais. Mas, de acordo com um estudo, empresas de porte médio engajadas em serviços de armazenamento de arquivos pagariam na realidade de 10,000 a 20,000 euros (ERGSTROM; FEAMSTER, 2017). Inegáveis também serão os efeitos na comunidade artística e em outras comunidades online, conforme se verá a seguir.

3.2. O estado atual da proposta

Em decorrência destes fortes protestos, e como uma maneira de viabilizar a aprovação do projeto mesmo frente a estes, no dia 05/09/2018 o eurodeputado Alex Voss propôs ao parlamento europeu sua versão atualizada da Diretiva. Nesta versão, que foi aprovada no dia 12/09/2018 para passar por uma rodada de discussão com os Estados-membro para adequar a norma aos sistemas internos dos Estados, a emenda feita por Voss exclui todas as menções aos filtros de conteúdo do texto (REDA, 2018).

A mudança teve o claro objetivo de mascarar a proposta, fazendo parecer que, sem os tão criticados filtros, a norma estaria isenta das fortes críticas que a marcaram. Porém, analisando o texto, a verdade é que a emenda da maneira que aprovada traz ainda mais problemas para os provedores de serviço online e ainda mais insegurança jurídica.

Sem a obrigatoriedade dos filtros, o que a nova proposta faz é de simplesmente inverter a responsabilidade do conteúdo postado para os provedores. Ao fazê-lo, está ignorando todas as discussões anteriores à

aprovação de leis como o DMCA americano e Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu. Até mesmo o Marco Civil da Internet, em seu artigo 19, justifica a isenção da responsabilização do provedor de aplicações de internet¹⁰ exatamente “*com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura*”.

Vale lembrar que o excepcional desempenho da Internet na última década se deu quase que imprescindivelmente graças a essa noção de responsabilidade civil. Mesmo sem a exigências dos filtros, esta mudança inviabilizaria uma parcela enorme do que hoje é a Internet, especialmente de todo e qualquer tipo de site com conteúdo gerado pelos usuários, gerando enorme risco jurídico de grandes multas advindas de questões que estão além da possibilidade de controle dos provedores (REDA, 2018b). A utilização dos filtros de conteúdo continuaria implícita a qualquer site que desejar um mínimo de segurança de não estar constantemente sujeito à processos de direitos autorais.

4. OS FILTROS DE CONTEÚDO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Patterson e Birch Jr. simplificam a relação entre o copyright norte-americano e a liberdade de expressão ao afirmar que a defesa do copyright protege o direito de ensinar (por meio da publicação obras originais de autoria) e a primeira emenda da constituição americana protege o direito de aprender (pela leitura das obras publicadas). O que ocorre, porém, quando o próprio copyright ou os direitos autorais, em outros contextos¹¹, interferem tanto com o direito de aprender quanto com o de ensinar?

Os autores levantam a suposição de que uma censura econômica do direito individual de acesso ao conhecimento só pode ter uma base emocional, relacionada à uma romantização do autor típica do sistema de “*droit d’auteur*”, utilizada pela indústria de publicação para expandir

10 Nesse sentido, trecho do supracitado Art. 19, *caput*: “[O] provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, [...] tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente [...]”.

11 Vide uma diferenciação didática entre os termos *copyright* e *direito de autor* em VICENTE (2012).

o alcance de seus interesses econômicos. Uma base racional, que obviamente corre o risco também de cair no utilitarismo, não possibilita nenhum argumento no qual o direito econômico daquele que publica a obra sobrepõe o direito da sociedade de ter acesso ao conteúdo criado (PATTERSON; BIRCH JR, 1996).

A liberdade de expressão se encontra nos limites do discurso. Está nas obras que, derivadas de uma obra protegida, criticam o seu autor e seu conteúdo, como parte das paródias. Está nos livros que a visão utilitarista do direito autoral classificaria como inúteis. Está nas obras de difícil compreensão, nas obras tão originais e revolucionárias que não se enquadram nos parâmetros técnicos dos filtros de conteúdo. Está nos 2,6% de margem de erro do Echoprint. Não há proteção do direito autoral onde deliberadamente se ataca a liberdade de expressão, e este é o caso da imposição de métodos de censurar economicamente os sites e provedores de conteúdo digital. A liberdade de expressão não é compatível com sistemas de análise objetiva, mecanizada, automática e regida por princípios de *censure e apague antes, discuta e analise depois*. E o Estado Democrático de Direito não é compatível com sistemas que suprimem a liberdade de expressão em troca de interesses econômicos.

A própria justificativa econômica de que a indústria do entretenimento corre o risco de desaparecer por causa da internet, o que exigiria uma reforma mesmo que esta atacasse a liberdade de expressão é uma justificativa não embasada em fatos. De modo contrário a um cenário caótico do mercado digital pintado pelo “Resumo da avaliação de Impacto sobre a modernização das normas de direitos de autor da UE”, que levanta os impactos econômicos negativos do cenário atual da internet (UNIÃO EUROPEIA, 2016), é possível afirmar que o cenário atual desta tem, de fato, um impacto econômico extremamente positivo até mesmo para as supostas vítimas da pirataria.

Um levantamento da PricewaterhouseCoopers (PwC) e da iDATE (COOPERS, 2008) apresenta os números de que, entre os anos de 1998 e 2010, o crescimento da indústria de entretenimento global foi de 449 bilhões de dólares a 745 bilhões, crescimento impressionante, especialmente considerando a crise econômica de 2008, que pode ser

considerada a maior recessão em 70 anos. O documento “The Sky is rising”, ao analisar dezenas de levantamentos econômicos sobre a indústria do entretenimento, concluiu que nunca houve tamanho crescimento tanto na receita da indústria quanto na quantidade de conteúdo criado quanto na remuneração de autores e artistas, apesar dos óbvios desafios trazidos pela revolução digital aos formatos tradicionais¹² (MASNICK; HO, 2018).

Outra questão de grande relevância é o perigo evidente na criação de grandes centrais de filtragem de conteúdo online disponíveis aos Estados e criadas por exigência de legislação. Não passa de mero devaneio distópico o receio de como esta estrutura pode vir a ser utilizada, especialmente em países menos afeitos à liberdade de expressão ou empenhados em, por exemplo, substituir liberdades individuais por uma vigilância antiterrorista. Não seria, também, a primeira ocasião de uma tecnologia criada com boas intenções acabar por colocar a sociedade civil em risco ao cair nas mãos erradas¹³.

A importância da liberdade de expressão e do livre acesso ao conhecimento é um pressuposto para a existência de sociedades democráticas e do Estado de Direito, e não é e nem pode ser questionada pelo direito ou por qualquer doutrina. Sendo assim, serão analisados dois exemplos de impacto direto à liberdade de expressão provenientes da aprovação do artigo 13 da Diretiva. Em suas especificidades e particularidades, os memes e a liberdade artística exemplificam o panorama geral de ataque à liberdade de expressão decorrente da proposta do parlamento europeu.

4.1 Os riscos do artigo 13 para os memes de internet

12 Um exemplo prático da influência positiva que o cenário atual da internet pode ter sobre a receita da indústria de entretenimento vem com o autor Paulo Coelho, que viu suas vendas na Rússia crescerem de 1,000 para mais de 100,000 livros em um ano após o próprio autor, experimentalmente e em segredo, disponibilizar sua obra “O Alquimista” em russo no site “The Pirate Bay”, sem contar com nenhuma outra tática de marketing direcionada ao país.

13 Diversas fontes confirmam que casos como os ataques chamados WannaCry, que abalaram o mundo em 2017, surgiram a partir do sistema operacional EternalBlue, criado pela NSA - Agência de Segurança Nacional Norte-Americana (NEWMAN, 2018).

Ao falar de Internet e cibercultura, imprescindível se faz abordar a questão dos memes de Internet. O termo *meme* foi introduzido por Richard Dawkins, em uma teoria sociobiológica segundo a qual os memes, pequenas unidades de cultura, se reproduzem de forma análoga à que genes reproduzem características biológicas. O termo foi se metamorfoseando com o tempo, e entre os acadêmicos da comunicação social o meme de Internet já tem pouco em comum com o conceito de Dawkins. Para Limor Shifman, um meme de Internet se define como:

- 1) *um grupo de itens digitais com características em comum*, sendo eles: conteúdo, forma e/ou postura (*stance*);
- 2) que foram criados com *consciência* (awareness) *uns dos outros*;
- 3) e que foram circulados, imitados e/ou transformados por *usuários da Internet* (SHIFMAN, 2014).

Neste sentido, observa-se que os memes se caracterizam como uma cultura de intertextualidade, acrescentando uma camada de mediação entre obras originais - tomadas como base - e obras delas derivadas. Um exemplo recorrente é o emprego de *captions*¹⁴ em imagens encontradas na Internet, ou *remixes* de vídeos feitos para satirizar seu conteúdo original. Essa forma de expressão artística remonta a antes do surgimento da Internet: conforme aponta Viktor Chagas, artistas como Andy Warhol, Roy Lichtenstein e Jeff Koons já sofreram processos judiciais por reutilizar imagens de outros artistas (CHAGAS, 2015). Outro exemplo seria o reuso de gravuras a partir do séc. XVII: os moldes de gravuras inicialmente utilizadas como ilustrações de livros eram reapropriados por outros artistas, muitas vezes apenas para ilustrar outras obras, porém comumente a reutilização se dava de forma humorística, havendo registros de paródias e sátiras (SISNEROS, 2018).

A detecção de padrões em imagens por meio dos algoritmos descritos anteriormente já é aplicada em memes, o que permite identificar suas origens e propagação na web (MIT TECHNOLOGY REVIEW, 2018). De forma semelhante, o Facebook está desenvolvendo um algoritmo de

14 Legendas ou textos inseridos sobre uma imagem, normalmente acima e/ou abaixo de seu centro. A imagem final com os captions é denominada *image macro*, exemplo da qual seriam os famosos Advice Animals, macros

machine learning chamado Rosetta para analisar textos embutidos em imagens e vídeos (SIVAKUMAR et al, 2018). A aplicação de algoritmos de filtragem similares para a proteção de *copyright*, proposta pelo artigo 13, pode afetar outrossim a liberdade artística prezada pelos produtores de memes, ao ponto de ter recebido a alcunha *meme ban* por comunidades online. Caso alguém faça um meme que utilize uma imagem protegida por *copyright*, sua detecção e deletamento ocorrerá antes que a comunidade possa consumi-lo. Com o advento do projeto de lei europeu, os debates sobre seus efeitos sobre a produção e divulgação de memes tomaram conta da Internet, o que se nomeou *meme war* (VOLPICELLI, 2018). O carácter colaborativo e auto construtivo das comunidades de memes será diretamente impactado pela norma.

Em um artigo de 2013, Ronak Patel afirma que uma análise de *fair use* é favorável à proteção dos memes em relação à responsabilização por infrações a *copyright*. Tal defesa, diz o autor, se faz justa pelo papel de intercâmbio cultural dos memes, bem como pelo uso produtivo do *copyright* (PATEL, 2013). Nesse sentido, há a possibilidade de defesa deles ao enquadrá-los nas categorias de paródia, pastiche ou caricaturas, que segundo o artigo 5(3)(k) da Diretiva 2001/29/EC¹⁵ seriam exceções. Todavia, existe a crítica de que a nova diretiva europeia não é clara o suficiente sobre essa possibilidade. E por outro lado, consoante visto anteriormente, os algoritmos de filtragem por ora não parecem capazes de detectar um caso de *fair use*, dado o carácter subjetivo e complexo de tal procedimento.

Em resposta ao ataque à produção de memes, diversas comunidades online como 4chan, Reddit e grupos do Facebook passaram a satirizar a situação. As piadas também têm um tom sério: há até quem fale em “tráfico” ou “comércio ilegal” de memes. Por meio do aspecto absurdo do humor, revela-se que absurda também é a situação pela qual a Internet está passando. Inúmeras outras campanhas online divulgam o problema em tela, como a #SaveTheMeme¹⁶. Os direitos autorais, desde muito antes da

¹⁵ 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; [...]

¹⁶ <https://www.savethememe.net/en>

Internet, são causa de controvérsias na produção cultural, e conforme se vê a seguir, o artigo 13 também poderá impor freios na liberdade artística.

4.2 Liberdade artística

Ao adentrar o pós-modernismo artístico¹⁷, tomando como exemplo o objetivo da Pop Art de tomar como seu objeto não a realidade diretamente, mas sim a sua representação dentre a mídia de massas e o design comercial cotidiano, os grandes artistas da segunda metade do século XX batem de frente com os direitos autorais¹⁸.

Cabem nessa análise obras tais quais a icônica e autoexplicativa “32 Latas De Sopa Campbell”, de Andy Warhol, ou a escultura “Hymn”, de Damien Hirst, que se trata de uma reprodução de quase 6 metros de altura de um molde anatômico de um ser humano vendido por uma marca de brinquedos. Dentro de parâmetros técnicos como os analisados por filtros de conteúdo elas não passariam de, respectivamente, a reiterada reprodução de uma imagem protegida e o redimensionamento de um produto protegido por direitos autorais. A verdade é que estas obras todas não passariam do roubo de imagens protegidas de terceiros para um benefício econômico enorme¹⁹ se retiradas de seu contexto teórico e conceitual, de seu elemento subjetivo.

O grande valor, e o próprio motivo pelo qual a arte baseada em apropriação de conteúdo protegido não se enquadra em desrespeito aos direitos de autor, se encontra no fato de que estas obras, dentro dos principais objetivos da liberdade de expressão, são imersas em profundas e contundentes críticas e discussões sociais de conteúdo extremamente valioso para uma sociedade plural. No próprio conceito de *appropriation art* dado por WELCHMAN (2001), se afirma que o termo significa a

17 AMES (1993) sintetiza que o modernismo na arte se baseava na arte refletindo sobre si mesma, o que no pós-modernismo passou à arte refletindo sobre as imagens presentes na cultura de massas.

18 Vide o caso estadunidense *Rogers vs. Koons* (1992), sobre o *fair use* em paródias.

19 A obra “Hymn”, por exemplo, foi vendida por mais de 1 milhão de libras esterlinas, enquanto a “32 latas de sopa Campbell” foi vendida por 11.8 milhões de dólares em 2006.

relocação, anexação ou mesmo roubo de propriedades culturais associadas com o advento do colonialismo europeu e o sistema econômico global.

Seja a arte de Martha Rosler, que se apropria de registros fotográficos para passar uma mensagem anti-guerra; seja a apropriação feminista dos retratos do corpo feminino de Judy Chicago e dos padrões de beleza na obra de Cindy Sherman; seja a discussão do racismo na obra de Keith Piper e até as obras pós-comunistas de artistas como Vyacheslav Akhunov, a arte de apropriação é uma ferramenta poderosa de discussão e um dos mais importantes conceitos da arte dos últimos 40 anos.

A arte de apropriação é uma prova de que a utilização de conteúdo protegido sob novas óticas e conceitos, tanto na Internet quanto fora dela, ao desafiar as noções de *autor*, *obra original* e *apropriação* (JASZI, 1991), promove um desenvolvimento artístico e conceitual que por si só já prova a importância de se manter as fronteiras dos direitos autorais abertas para o novo. Isso nunca significou desistir de proteger os direitos autorais, mas sim de impedir que a proteção de obras antigas impeça a criação de obras novas. Pela soma desses posicionamentos, infere-se que a liberdade artística e a renovação cultural, tanto no meio digital quanto físico, estão diretamente em risco com a proposta do artigo 13. Se a arte contemporânea desde a década de 80 se fundamenta na reprodução das imagens consumidas e impostas às massas, não há a menor dúvida de que, atualmente, o espaço no qual ela deve fundar seu conteúdo é a Internet.

5. CONCLUSÃO

Pelos estudos que aqui foram expostos, mostrou-se o caráter controverso e nocivo da proposta de diretiva do Parlamento Europeu e, em especial, do seu artigo 13: este dispositivo é normativamente incompatível com outros preceitos da União Europeia, e seu texto vago implicaria em medidas técnicas e organizacionais custosas aos provedores de serviços online. Ademais, os principais tipos de algoritmos de filtros de conteúdo, bem como suas características e falhas, foram tecnicamente descritos. Por mais que a recente mudança na redação da norma tenha disfarçado os obstáculos que representa, a implementação dos filtros seria uma saída segura, mas duvidosa para que provedores de serviços online evitem responsabilização por violações. Demonstrou-se que a implementação deles para remoção prévia de conteúdos protegidos por direito autoral seria ineficaz, imprecisa e uma flagrante afronta à liberdade de expressão. Os efeitos desta violação se mostrariam amplos, de forma que buscou-se ilustrá-los de forma mais concreta por meio dos impactos à cultura dos memes de Internet e à liberdade artística. De maneira geral, o artigo afirmou que em nenhum futuro próximo previsível será possível uma automação da análise dos direitos autorais sem enormes danos tanto para a própria matéria quanto para os direitos fundamentais e a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

AMES, Kenly. **Beyond Rogers v. Koons: A Fair Use Standard for Appropriation**, 1993. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1123081>> . Acesso em 20 set. 2018

ANGELOPOULOS, Christina. **On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market**, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2947800>. Acesso em: 14 set. 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O “fair use” no direito autoral. **Direito da Sociedade da Informação**. Coimbra: Coimbra Editora, v. 4, 2003, p. 89-106.

CHAGAS, V. Entre criadores e criaturas: uma análise sobre a relação entre memes de internet e propriedade intelectual. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 38, 2015, Rio de Janeiro. Anais... Rio de Janeiro: Intercom, 2015.

COOPERS, Price Waterhouse. **Global Entertainment and Media Outlook: 2008-2012**. Global Overview. New York: PricewaterhouseCoopers LLP, 2008.

DOCTOROW, Cory. **How the EU's Copyright Filters Will Make it Trivial For Anyone to Censor the Internet**, 2018a. Disponível em: <<https://www.eff.org/deeplinks/2018/09/how-eus-copyright-filters-will-make-it-trivial-anyone-censor-internet>>. Acesso em: 16 set. 2018.

DOCTOROW, Cory. **The EU's Copyright Proposal is Extremely Bad News for Everyone, Even (Especially!) Wikipedia**, 2018b. Disponível em: <<https://www.eff.org/deeplinks/2018/09/how-eus-copyright-filters-will-make-it-trivial-anyone-censor-internet>>. Acesso em: 17 set. 2018.

ELLIS, Daniel PW; POLINER, Graham E. Identifying ‘cover songs’ with chroma features and dynamic programming beat tracking. In: IEEE

INTERNATIONAL CONFERENCE ON ACOUSTICS, SPEECH AND SIGNAL PROCESSING, 2007, IV, p. 1429-1432.

ELLIS, Daniel; WHITMAN, Brian. **Musical fingerprinting based on onset intervals**. U.S. Patent n. 8586847B2, 19 nov. 2013, 17p.

ELLIS, Daniel PW; WHITMAN, Brian; PORTER, Alastair. **Echoprint: An open music identification service**. In: International Symposium on Music Information Retrieval, 12., 2011. p. 121-126.

ENGSTROM, Evan, FEAMSTER, Nick. **The Limits of Filtering: a look at the functionality and shortcomings of content detection tools**. Engine, mar. 2017. Disponível em: <<http://www.engine.is/the-limits-of-filtering/>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

ERICKSON, Kris; KRETSCHMER, Martin. 'This Video is Unavailable': Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on Youtube. **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, v. 9(1), 2018.

EUROPEAN COUNCIL. **Copyright rules for the digital environment: Council agrees its position**, 2018. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/05/25/copyright-rules-for-the-digital-environment-council-agrees-its-position/>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Amendments adopted by the European Parliament on 12 September 2018 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market**. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2018-0337+0+DOC+PDF+V0//EN>>. Acesso em: 27 set. 2018.

GERLACH, Jan. **Sacrificing freedom of expression and collaboration online to enforce copyright in Europe?**, 2017. Disponível em: <<https://blog.wikimedia.org/2017/06/06/european-copyright-directive-proposal/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

HUTCHEON, Linda. **A theory of adaptation**. Routledge, 2012.

INAMA, Stefano; VERMULST, Edwin A. **Customs and trade laws of the European Community**. Kluwer law international, 1999.

JASZI, Peter. Toward a theory of copyright: The metamorphoses of authorship. **Duke Law Journal**, p. 455, 1991.

KAISER, Ulrich. **Google: Sorry professor, old Beethoven recordings on YouTube are copyrighted**, 2018. Disponível em: <<https://arstechnica.com/tech-policy/2018/09/how-contentid-knocked-down-decades-old-recordings-of-beethoven/>>. Acesso em: 13 set. 2018.

KANG, Zixiang; OOI, Wei Tsang; SUN, Qibin. Hierarchical, non-uniform locality sensitive hashing and its application to video identification. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON MULTIMEDIA AND EXPO, 2004, Taipei. IEEE, 2004. p. 743-746.

KYNCL, Robert. **Why creators should care about European copyright rules**, 2018. Disponível em: <<https://youtube-creators.googleblog.com/2018/09/why-creators-should-care-about-european.html>>. Acesso em: 23 set. 2018.

LANDES, William M. Copyright, Borrowed Images, and Appropriation Art: An Economic Approach. **George Mason Law Review**, v. 9, p. 1, 2000.

LU, Jian. Video fingerprinting for copy identification: from research to industry applications. In: **Media Forensics and Security**. International Society for Optics and Photonics, 2009.

MASNICK, Michael; HO, Michael. **The Sky Is Rising: a Detailed Look at the State of the Entertainment Industry**, 2018. Disponível em: <<https://www.techdirt.com/skyisrising/>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

MIT TECHNOLOGY REVIEW. **This is where internet memes come from**, 2018. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com>>

com/s/611332/this-is-where-internet-memes-come-from/>. Acesso em: 13 set. 2018.

MORO, Mirella M.; ZHANG, Donghui; TSOTRAS, Vassilis J. Hash-based Indexing. **Encyclopedia of Database Systems**, Boston: Springer, p. 1289-1290, 2009.

NEWMAN, Lily Hay. **The Leaked NSA Spy Tool That Hacked the World**, 2018. Disponível em: <<https://www.wired.com/story/eternalblue-leaked-nsa-spy-tool-hacked-world/>>. Acesso em: 08 set. 2018.

ONU. Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**, 2018. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/096/72/PDF/G1809672.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 29 set. 2018.

ORPHANIDES, K.G. **The EU's bizarre war on memes is totally unwinnable**, 2018. Disponível em: <<https://www.wired.co.uk/article/eu-meme-war-article-13-regulation>>. Acesso em: 12 set. 2018.

PATEL, Ronak. First world problems: A fair use analysis of Internet memes. **UCLA Entertainment Law Review**, v. 20, p. 235, 2013.

PATTERSON, L. Ray; BIRCH JR, Stanley F. Copyright and Free Speech Rights. **Georgia Law Review**, v. 4, n. 1, p. 1-23, 1996.

REDA, Julia. **Censorship machines** (Article 13), 2018a. Disponível em: <<https://juliareda.eu/2018/06/the-internet-after-axel-voss/>>. Acesso em 26 set. 2018.

REDA, Julia. **The Internet after Axel Voss: What's at stake in tomorrow's copyright vote**, 2018b. Disponível em: <<https://juliareda.eu/2018/06/the-internet-after-axel-voss/>>. Acesso em 26 set. 2018.

ROMERO-MORENO, Felipe. 'Notice and staydown' and social media: amending Article 13 of the Proposed Directive on Copyright.

International Review of Law, Computers & Technology, p. 1-24, 2018.

RUCIC, Herman. **There are some things money can't buy...**, 2017. Disponível em: <<http://copybuzz.com/analysis/things-money-cant-buy/>>. Acesso em: 18 set. 2018.

SENFTLEBEN, Martin et al. The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform (October 17, 2017). **European Intellectual Property Review**, Vol. 40, Issue 3, 2018, p. 149-163.

SHIFMAN, Limor. **Memes in digital culture**. MIT press, 2014.

SISNEROS, Katie. **Early Modern Memes: The Reuse and Recycling of Woodcuts in 17th-Century English Popular Print**, 2018. Disponível em: <<https://publicdomainreview.org/2018/06/06/early-modern-memes-the-reuse-and-recycling-of-woodcuts-in-17th-century-english-popular-print/>> Acesso em: 09 set. 2018.

SIVAKUMAR, Viswanath; GORDO, Albert; PALURI, Manohar. **Rosetta: Understanding text in images and videos with machine learning**, 2018. Disponível em: <<https://code.fb.com/ai-research/rosetta-understanding-text-in-images-and-videos-with-machine-learning/>>. Acesso em: 18 set. 2018.

SMITH, Craig. **160+ YouTube Stats and Facts**, 2018. Disponível em: <<https://expandedramblings.com/index.php/youtube-statistics/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

STALLA-BOURDILLON, Sophie et al. **A brief exegesis of the proposed Copyright Directive**. 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2875296>. Acesso em 23 set 2018.

STALLA-BOURDILLON, Sophie et al. An academic perspective on the copyright reform. **Computer Law & Security Review**, v. 33, n. 1, p. 3-13, 2017.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; SANTOS, Manoel Pereira dos. **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. **Commission staff working document**: executive summary of the impact assessment on the modernisation of EU copyright rules, accompanying the document Proposal for a Directive..., 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52016SC0302>>. Acesso em: 19 set. 2018.

VICENTE, Dário Moura. O direito de autor no contexto internacional. **Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor**, v. X, p. 35-57, 2012.

VOLPICELLI, Gian. **The EU has passed Article 13, but Europe's meme war is far from over**, 2018. Disponível em: <<https://www.wired.co.uk/article/eu-article-13-passed-meme-war>>. Acesso em: 16 set. 2018.

WELCHMAN, John C. Global nets: Appropriation and Postmodernity. In: EVANS, David. **Appropriation**. Cambridge: The MIT Press. p. 194-204.

YOUTUBE HELP. **YouTube Content ID**. 2010. 3 min, son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9g2U12SsRns>>. Acesso em: 12 ago. 2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo I Direito de Autor e Inovação

TÍTULO: A LEI DE INOVAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÕES EM RELAÇÃO AO CÓDIGO NACIONAL DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO (CNCT&I)

Dimitrius Pablo S. Lima de Miranda



A LEI DE INOVAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÕES EM RELAÇÃO AO CÓDIGO NACIONAL DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO (CNCT&I)

Dimitrius Pablo Sabino Lima de Miranda¹

RESUMO

Diante de uma economia amplamente globalizada, a inovação tem se tornado um diferencial competitivo e um fator garantidor de crescimento. No Brasil, a Lei nº 10.973 foi promulgada em 2004 com intuito de trazer uma regulamentação propícia à inovação e a transferência de tecnologia através de cooperações entre o setor produtivo e as Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs). A Lei federal de inovação serviu como base para a estruturação das Leis Estaduais referentes ao tema, entre elas a Lei nº 17.314/12 que regula e incentiva a inovação, a pesquisa científica e tecnológica no âmbito do Estado do Paraná. A Lei de inovação impactou de forma positiva diversos indicadores no país, no entanto, apresentava falta de sincronia com a legislação vigente e pontos de entrave, nesse contexto, a Lei nº 13.243 foi promulgada em 2016 na busca pela formulação de um Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação(CNCT&I) que flexibilizasse os processos de inovação propostas pela legislação anterior. Diante disso, o presente artigo tem como objetivo apresentar um estudo comparativo entre o Código Nacional de CT&I e a Lei de Inovação do Estado do Paraná, identificando os principais pontos na legislação estadual que necessitam de adequação em relação à lei federal.

Palavras-chave: Inovação, Propriedade Intelectual, Transferência de Tecnologia, Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação.

¹ Doutorando e Mestre em Ciência da Propriedade Intelectual pela Universidade Federal de Sergipe – UFS, advogado, professor universitário. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direitos Autorais e Industriais – GEDAI/UFPR, mirandadimitrius@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A inovação pode ser vista como uma vantagem competitiva, uma vez que reduz os custos, através da facilidade de fabricação ou simplificação da logística; e aumenta a diferenciação, desenvolvendo novos produtos ou melhorando os já existentes (PORTER, 1985 apud MARCHIORI, 2000), quando protegida Propriedade Intelectual, por exemplo, na forma de patentes, passa a possuir um valor agregado e pode vir a gerar lucros por meio de processos de transferência de tecnologia, portanto, em meio a um contexto de concorrência global, a inovação possui um papel decisivo para o desenvolvimento tecnológico e econômico de qualquer país (GARNICA et al, 2009).

Em meio aos diversos fatores que promovem a inovação em um país, a existência de uma regulamentação propícia é um elemento essencial. No caso brasileiro, o principal marco legal com foco no incentivo à inovação veio em 2004 com a promulgação da Lei nº 10.973. A chamada Lei da Inovação incentiva e regula a inovação e a pesquisa científica no ambiente produtivo com intuito de promover a capacitação tecnológica, a autonomia e o desenvolvimento do sistema produtivo a nível nacional, bem como regional do Brasil (SICSU; SILVEIRA, 2016).

Através da Lei nº 10.973/04 houve um impacto positivo em diversos indicadores relacionados à inovação no Brasil, prova disto são os números apresentados pela Global Innovation Index (2015), que destaca o Brasil como 64^a no ranking global de Inovação, e apesar de ainda não ter destaque no tocante ao seu êxito inovador, quando comparado com países desenvolvidos, como a Suíça, o país já apresenta uma clara melhora desde o início da vigência da Lei de Inovação.

Apesar dos diversos benefícios trazidos através da Lei nº 10.973/04 apresentava pontos de assincronismo com outras regulamentações vigentes o que, conseqüentemente, gerava entraves para uma maior efetividade da legislação. Nesse contexto, em busca de uma melhor promoção dos processos de inovação, foi promulgado em 2016, um novo marco regulatório relacionado ao tema através da Lei nº 13.243 que viria a se tornar o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação

(CNCT&I).

Na busca por uma maior sincronicidade com a legislação federal, vários Estados desenvolveram arcabouço legal próprio relacionado à inovação, tendo como base a Lei nº 10.973/04, a Lei de Inovação. Portanto, a partir da vigência do Código Nacional de CT&I de 2016 e as modificações realizadas por ele nas demais legislações, torna-se necessária a adequação dos arcabouços legais estaduais de inovação ao novo marco regulatório.

No caso do Estado do Paraná, a Lei nº 17.314/12 regulamenta o incentivo à inovação e a pesquisa científica e tecnológica em âmbito estadual, no entanto, necessita de adequações em função da Lei nº 13.243/16. Nesse contexto, o objetivo desse artigo apresentar a necessidade de alinhamento da Lei paranaense de Inovação com as diretrizes estabelecidas pelo Código Nacional de CT&I.

2 METODOLOGIA

O presente trabalho se estrutura com divisões em três capítulos. O primeiro capítulo apresenta as conceituações simples e a importância da inovação, propriedade intelectual e transferência de tecnologia, por sua vez, o segundo capítulo apresenta análises das legislações pesquisadas e o terceiro capítulo traz os resultados e discussões.

Quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa foi documental, uma vez que se baseou em materiais que ainda não haviam recebido tratamento analítico (GIL, 2008). A pesquisa teve como base o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei nº 13.243/16), a Lei de Inovação (Lei nº 10.973/04) e a Lei paranaense de Inovação (Lei nº 17.314/12).

Em relação ao método, foi aplicado o comparativo no intuito de encontrar divergências e semelhanças entre as legislações, no caso, A Lei nº 17.314/12 foi confrontada com o Código Nacional de C,T&I com a finalidade de indicar a necessidade de adequações ao novo marco regulatório.

3 DESENVOLVIMENTO

Com intuito de dar suporte ao que é expresso nas legislações em análise e discutido nos resultados desse trabalho, é necessário definir o que é inovação e a sua importância, bem como apresentar as ligações entre a inovação, a propriedade intelectual e a transferência de tecnologia.

3.1 INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Conforme o relatório sobre a ciência desenvolvido pela UNESCO em 2010, através de uma análise de indicadores sobre a evolução da economia mundial nas últimas três décadas, verificou-se uma forte correlação entre crescimento de concorrência e investimento em Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I). O relatório concluiu que a inovação é um elemento essencial para que um país eleve seu nível de competitividade em meio a uma economia globalizada, uma vez que o investimento em inovação permite o desenvolvimento de empreendimentos, empresas e empregos (MATIAS-PEREIRA, 2010; UNESCO, 2010).

Diante de sua importância que representa para a economia mundial, vale esclarecer o que de fato é a inovação, o Código Nacional de CT&I através do texto da Lei nº 13.243/16 apresenta um conceito para inovação em seu artigo 2º, *in verbis*:

IV - inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho;

A partir da compreensão da importância da inovação, como uma solução nova para problemas antigos e como facilitadora de geração de rentabilidade, competitividade e crescimento econômico. Cabe explicar a relação entre a inovação e a Propriedade Intelectual (PI), como elemento agregador de valor, a inovação e mais precisamente a inovação tecnológica encontra proteção legal para seus inventores no Direito da Propriedade

Intelectual (MIRANDA et al, 2017).

Em uma definição mais específica sobre Propriedade Intelectual, o doutrinador brasileiro Denis Borges Barbosa afirma:

Propriedade intelectual é soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas 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 (BARBOSA, 2003)

No entanto, no contexto em comento, é necessário compreender que através da proteção legal proveniente dos direitos de Propriedade Intelectual, por exemplo, na forma de patentes, a inovação tecnológica passa a possuir um valor agregado e pode vir a gerar lucros se transferida e tal fenômeno pode também ser denominado de transferência de tecnologia (SANTOS et al, 2009).

Conforme Rogers, Takegami e Yin (2001, p. 254) a transferência de tecnologia é “o movimento da inovação tecnológica de uma organização de P&D (Pesquisa e Desenvolvimento) para uma organização receptora”. Vale salientar, os processos de transferência de tecnologia apresentam diferenças históricas entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento, enquanto que nos países desenvolvidos a transferência das inovações surge como uma resposta aos desafios advindos de um mundo globalizado e competitivo, nos países em desenvolvimento, os processos de transferência de tecnologia têm seu início de forma tardia e em um movimento de obtenção de tecnologia do exterior no intuito acelerar o desenvolvimento econômico (DIAS; PORTO, 2013).

No caso brasileiro, em função de sua classificação como país em desenvolvimento não foge à regra dos demais no sentido de encontrar dificuldades no estímulo à inovação e a transferência de tecnologia. Nesse contexto, vale mencionar o modelo da Tríplice Hélice desenvolvido por Etzkowitz e Leydesdorff (2000), conforme Figura 1:

FIGURA 1 – TRÍPLICE HÉLICE



FONTE: Adaptado de Etzkowitz e Leydesdorff (1997) *apud* Miranda; Santos; Russo (2017).

Ao se observar as hélices que formam o modelo, é clara sobreposição entre elas, tal formação é uma forma de representar que este modelo não limita nenhum dos agentes, ou seja, de forma dinâmica, os papéis de cada um dos agentes se tornam flexíveis. Além dos papéis desempenhados pela academia representada pelas Instituições de Ciência e Tecnologia (ICTs) e a indústria representada pelo setor empresarial, cabe ao Estado não simplesmente regular as interações dos agentes, mas também as encorajar a inovação (TERRA, 2001).

Uma maneira do Estado cumprir o papel apresentado no modelo da Tríplice Hélice é através da promulgação de leis em prol da inovação, no caso brasileiro, como marco regulatório inicial há a Lei nº 10.973 de 2004, a chamada Lei da Inovação.

3.3 A LEI DE INOVAÇÃO E O CÓDIGO NACIONAL DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

A Constituição da República em seu art. 218, estabeleceu como um dos deveres do Estado a promoção e o incentivo ao desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas (BRASIL, 1988). Na busca por uma regulamentação infraconstitucional, dezesseis anos depois

foi promulgada a Lei da Inovação (Lei nº 10.973/04) com o intuito de estabelecer, entre outras medidas, o incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo com vistas à capacitação tecnológica, autonomia e desenvolvimento do sistema produtivo a nível nacional, bem como regional do Brasil (BRASIL, 2004).

Entre os diversos pontos benéficos trazidos pela Lei da Inovação está o enfoque na transferência de tecnologia com o apoio e incentivo na cooperação entre as Universidades e as Empresas com a permissão de que professores universitários acompanhassem empresas ou mesmo com a permissão de que pesquisadores privados acessassem os laboratórios públicos (GARNICA, 2009).

Cabe destacar, que entre as exigências trazidas pela Lei nº 10.973/04 uma das mais importantes foi a criação de Núcleos de Inovação Tecnológica (NITs) dentro dos Institutos de Ciência e Tecnologia, como, por exemplo, as universidades, a existência desses Escritórios de Transferência de Tecnologia (ETT) junto às ICTs permitiu uma forte difusão da cultura de proteção através de Propriedade Intelectual no meio acadêmico brasileiro e aumentou consideravelmente os índices de inovação do Brasil (MIRANDA et al, 2017).

Apesar dos avanços que a Lei nº 10.973/04 trazia em seu texto, em meio a sua vigência apurou-se uma série de entraves burocráticos que dificultavam o cumprimento dos objetivos propostos pela lei, como, por exemplo, o choque com outras leis vigentes. Diante de tal contexto, por meio de negociações que envolveram a comunidade científica, lideranças políticas e o meio empresarial buscou-se corrigir essas distorções.

Em 11 de janeiro de 2016, foi sancionada a Lei nº 13.243/2016 e promulgado o Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação que viria a ser o Código Nacional CT&I, tal regulamentação busca permitir maior flexibilidade de atuação das ICTs, bem como facilitar a aproximação de empresas e universidades, incentivando mais pesquisa, desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação no Brasil (SICSU; SILVEIRA, 2016).

O Novo Marco Regulatório de Inovação, ou o hoje chamado Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação foi desenvolvido em três grandes Eixos (NAZARENO, 2016).

FIGURA 2 – EIXOS DE DESENVOLVIMENTO DO CÓDIGO NACIONAL DE CT&I



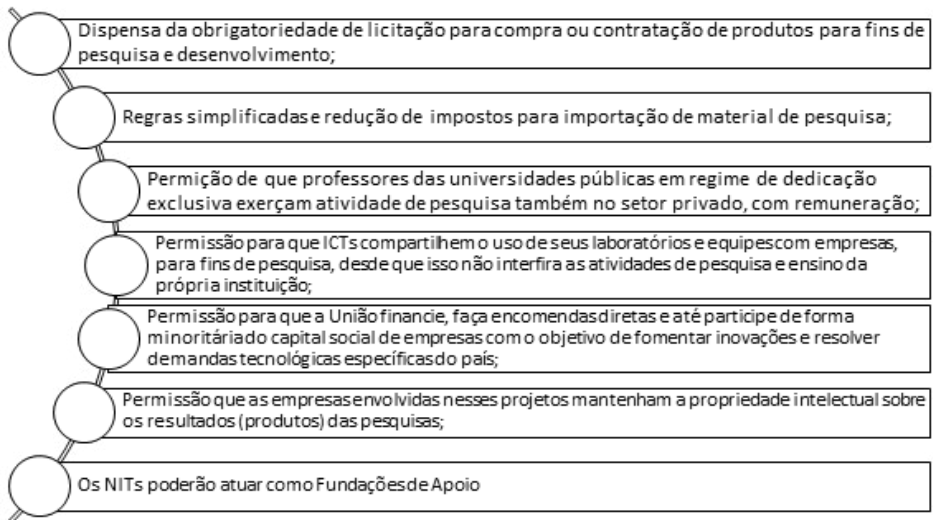
FONTE: Baseado em Nazareno (2016)

O Código Nacional de C,T&I trouxe diversas mudanças no arcabouço legal sobre inovação e tecnologia, entre as leis alteradas é possível citar:

- Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004 (Lei de Inovação)
- Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estrangeiro)
- Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993 (Licitações)
- Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011 (RDC)
- Lei no 8.745, de 9 de dezembro de 1993 (Contrato Temporário)
- Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994 (Fundação de Apoio)
- Lei no 8.010, de 29 de março de 1990 (Importação)
- Lei no 8.032, de 12 de abril de 1990 (Imposto de Importação)
- Lei no 12.772, de 28 de dezembro de 2012 (Carreira de Magistério)

Entre as principais mudanças propostas pela Lei federal nº 13.243/2016 as mais impactantes foram:

FIGURA 3 – PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES PROPOSTAS PELO CÓDIGO NACIONAL DE CT&I



FONTE: O Autor

Na prática, o novo marco regulatório trouxe uma maior segurança jurídica na relação entre Instituições de Ciência, Tecnologia e Inovação públicas e o setor produtivo, além de trazer novos mecanismos de incentivo a inovação, como, por exemplo: novas atribuições aos Núcleos de Inovação Tecnológica, inclusive, permitindo que estes possam assumir a forma de fundação de apoio na ICT, facilitação nos processos de importação de insumos com a finalidade de P&D, maior facilidade no compartilhamento de laboratórios das ICTs, formalização das ICTs privadas e de bolsas de fomento para fins de atividades relacionadas à inovação.

3.4 LEI DE INOVAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ

A Emenda Constitucional nº 85 modificou e acrescentou dispositivos na Constituição Federal com o intuito de colaborar com as atividades relacionadas à CT&I, entre as mudanças, incluiu o art. 219-B e seus parágrafos ao texto da carta magna (BRASIL, 1988), *in verbis*:

Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação

§ 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI.

§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades.

De acordo com a CF/88, Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI (Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação) e os demais entes federativos legislarão concorrentemente. No caso, a Lei federal vigente era a Lei nº 10.973/04 até a promulgação do novo marco regulatório em 2016, entre as diversas diretrizes trazidas pela Lei mencionada, em seu artigo 19 encontrava-se, *in verbis*:

Art. 19. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as ICTs e suas agências de fomento promoverão e incentivarão a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços e processos inovadores em empresas brasileiras e em entidades brasileiras de direito privado sem fins lucrativos, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura a serem ajustados em instrumentos específicos e destinados a apoiar atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, para atender às prioridades das políticas industrial e tecnológica nacional.

Conforme é possível observar no texto legal, a Lei da Inovação estabeleceu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e as respectivas agências de fomento poderiam estimular e apoiar atividades de pesquisa e desenvolvimento que objetivem a geração de produtos e processos inovadores (BRASIL, 2004). Diante disso, dentro de suas competências, os entes federados buscaram se adequar ao modelo de política estatal de incentivo à inovação através da criação de suas próprias regulamentações (GARCEZ JUNIOR, 2017).

No Estado do Paraná, foi sancionada a Lei Estadual nº 17.314/12, que estabeleceu medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica em ambiente produtivo, definindo mecanismos de gestão aplicáveis às instituições científicas e tecnológicas, visando estimular a formação de parcerias estratégicas voltadas à busca de autonomia tecnológica, capacitação e competitividade no processo de desenvolvimento industrial e social no Estado (PARANÁ, 2012).

Entre as medidas de impulso à inovação trazidas pela legislação estadual, cabe destacar o Sistema Paranaense de Inovação:

Art. 3º Fica instituído o Sistema Paranaense de Inovação com o objetivo de incentivar o desenvolvimento sustentável do Estado pela inovação, pesquisa científica e tecnológica em ambiente produtivo, estimulando programas e projetos articulado com o setor público e privado.

Parágrafo único. Integram o Sistema Paranaense de Inovação:

I - o Conselho Paranaense de Ciência e Tecnologia (CCT);

II - as instituições públicas que se enquadrem como ICTPR, bem como as ECTI e aquelas de direito público e privado, localizadas no Estado do Paraná, e que se desempenhem atividades semelhantes;

III - as entidades que se enquadrem como Agências de Fomento;

IV - a Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná;

V - as Incubadoras de Empresas e Parques Tecnológicos do Estado do Paraná;

VI - Instituto Tecnológico do Paraná (TECPAR);

VII - Instituto Agronômico do Paraná (IAPAR);

VIII - as instituições de apoio à ciência, tecnologia e inovação estabelecidas no Estado do Paraná;

IX - as empresas e entidades do Estado do Paraná com atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação;

X - Unidade Gestora do Fundo Paraná (UGF).

A Lei nº 17.314/12 representa o marco legal da inovação no Estado do Paraná, no entanto, encontra inspiração para sua estruturação na

anteriormente vigente Lei nº 10.973/04 e em função disso necessita de alterações para uma maior sincronicidade com o novo marco regulatório da inovação no país, no caso, a Lei nº 13.243/2016.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Com base na análise comparativa realizada entre a Lei estadual de inovação e o Código Nacional de CT&I, percebeu-se que os principais pontos com necessidade de alteração no texto se encontravam em reformulações conceituais, questões relacionadas ao compartilhamento de estrutura de pesquisa e estímulo aos processos de inovação nas empresas. Em função dos pontos encontrados na análise, os resultados e discussões terão três subdivisões.

4.1 REFORMULAÇÕES CONCEITUAIS

O Código Nacional de Ciência Tecnologia e Inovação através da Lei nº 13.243/16 trouxe modificação nos conceitos nas estruturas integrantes do SNCTI (Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação), entre tais mudanças, pode-se destacar as definições de Inovação, Instituição Científica e Tecnológica e de Núcleo de Inovação Tecnológica.

Enquanto a lei nº 17.314/12 define inovação como “implementação, com sucesso, de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um novo processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas” (PARANÁ, 2012), o Código Nacional de C,T&I apresenta uma definição que a inovação é uma introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social e que resulta em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho (BRASIL, 2016).

Conforme a lei estadual nº 17.314/12, as Instituições Científico e Tecnológicas são órgãos ou entidades da administração pública estadual, direta ou indireta, que tenham por missão institucional executar, dentre outras, atividades de pesquisa básica ou aplicada, de caráter científico ou tecnológico, bem como de desenvolvimento tecnológico, de capacitação de recursos humanos e inovação (PARANÁ, 2012).

No entanto, ao comparar a legislação estadual com o Código Nacional de CT&I, o novo marco trouxe a existência a figura da ICT privada, uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, além disso, apresentou uma nova conceituação mais precisa sobre as ICTs ao acrescentar entre os objetivos da missão institucional a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos (BRASIL, 2016).

Quanto aos Núcleos de Inovação Tecnológica, a Lei estadual nº 17.314/12, define os NITs como unidades de uma Instituição Científico Tecnológica constituídas para apoiar as relações entre as ICTs com a sociedade e com o mercado ao promover a proteção do conhecimento gerado internamente, bem como pela responsabilidade do gerenciamento dos processos de Transferências de Tecnologia (PARANÁ, 2012).

Por sua vez, o Código Nacional de CT&I trouxe mudanças mais significativas na definição prevista na lei estadual, os NITs podem ser constituídos por ICTs privadas, havendo a permissão que os mesmos possam até assumir personalidade jurídica própria, em tese, o novo marco regulatório possibilita que os Núcleos de Inovação Tecnológica adquiram maior autonomia e, uma vez expresso em legislação federal, há a necessidade de previsão em legislação estadual (BRASIL, 2016).

QUADRO 1. COMPARAÇÃO CONCEITUAL: LEGISLAÇÃO PARANAENSE
DE INOVAÇÃO X CÓDIGO NACIONAL DE CT&I

Lei nº 17.314/12-PR	Lei Federal nº 13.243/16
Art. 2º, I - Inovação: é a implementação, com sucesso, de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um novo processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas;	Art. 2º, IV – Inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho;
Art. 2º, IV - Instituição Científica e Tecnológica do Estado do Paraná (ICTPR): órgão ou entidade da administração pública estadual, direta ou indireta (universidades, centros de pesquisa), que tenha por missão institucional executar, dentre outras, atividades de pesquisa básica ou aplicada, de caráter científico ou tecnológico, bem como de desenvolvimento tecnológico, de capacitação de recursos humanos e inovação;	Art. 2º, V - Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT): órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta <u>ou pessoa jurídica de direito privado</u> 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 <u>pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos (grifo nosso)</u> ;
Art. 2º, VIII - Núcleo de Inovação Tecnológica (Nit): unidade de uma ICTPR constituída para apoiar sua relação com a sociedade e com o mercado promovendo a proteção do conhecimento gerado internamente e gerenciando o processo de transferências de tecnologia;	Art. 2º, VI - Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT): <u>estrutura</u> instituída por uma ou mais <i>ICTs</i> , <u>com ou sem personalidade jurídica própria</u> , que tenha por finalidade a gestão de política institucional de inovação e por competências mínimas as atribuições previstas nesta Lei (grifo nosso);

FONTE: O Autor

Além dos pontos que necessitam de alteração na legislação estadual, a Lei nº 13.243/16 trouxe novos conceitos que precisam ser adicionados a Lei estadual nº 17.314/12, entre eles os conceitos de polo tecnológico, extensão tecnológica, bônus tecnológico e capital intelectual, como pode ser observado no texto da lei, *in verbis*:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

XI - **polo tecnológico:** ambiente industrial e tecnológico caracterizado pela presença dominante de micro, pequenas e médias empresas com áreas correlatas de atuação em determinado espaço geográfico, com vínculos operacionais com ICT, recursos humanos, laboratórios e equipamentos organizados e com predispo-

sição ao intercâmbio entre os entes envolvidos para consolidação, marketing e comercialização de novas tecnologias;

XII - **extensão tecnológica:** atividade que auxilia no desenvolvimento, no aperfeiçoamento e na difusão de soluções tecnológicas e na sua disponibilização à sociedade e ao mercado;

XIII - **bônus tecnológico:** subvenção a microempresas e a empresas de pequeno e médio porte, com base em dotações orçamentárias de órgãos e entidades da administração pública, destinada ao pagamento de compartilhamento e uso de infraestrutura de pesquisa e desenvolvimento tecnológicos, de contratação de serviços tecnológicos especializados, ou transferência de tecnologia, quando esta for meramente complementar àqueles serviços, nos termos de regulamento;

XIV - **capital intelectual:** conhecimento acumulado pelo pessoal da organização, passível de aplicação em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação.

4.2 COMPARTILHAMENTO DE ESTRUTURA DE PESQUISA

Entre os diversos entraves que o Código Nacional de CT&I busca superar para o impulsionamento da inovação no Brasil, o afastamento entre a academia e o setor empresarial é um dos que recebe mais enfoque. A Lei nº 13.243/16 buscou desenvolver meios de facilitar as parcerias público-privadas no intuito de que haja maior aproximação entre os dois setores. Cabe esclarecer, ao mencionar compartilhamento de estrutura de pesquisa, deve-se compreender o termo em sentido amplo, tanto em relação a infraestrutura para a pesquisa como o capital intelectual na figura dos pesquisadores (PARANÁ, 2012; BRASIL, 2016).

Em consonância com a legislação até então vigente, a lei de inovação paranaense traz em seu artigo 6º a previsão que permite o uso e o compartilhamento da infraestrutura de pesquisa das Instituições Científico e Tecnológicas paranaenses com organizações de direito privado (PARANÁ, 2012). Entretanto, a atual lei vigente, a Lei nº 13.243/16, avança no tema e possibilita o compartilhamento e utilização da infraestrutura de pesquisa das ICTs públicas sejam realizados tanto por pessoa física como também por entidades privadas e mediante contrapartida financeira ou não, nos

termos de convênio ou contrato (BRASIL, 2016).

Quanto à remuneração advinda das interações público-privadas, o Código Nacional de CT&I trouxe a possibilidade que os valores sejam repassados diretamente para as Fundações de Apoio, esta previsão legal impulsiona o interesse das ICTs públicas pela cooperação com o setor empresarial, uma vez que a remuneração pela parceria poderá permanecer na instituição e não necessariamente ingressar na “conta única”, ou seja, no Tesouro da União ou do Estado (BRASIL, 2016). Vale salientar, a legislação estadual paranaense ainda não possui previsão para tal procedimento o que deve ser observado, como necessária alteração na busca por impulso para parcerias entre as ICTs estaduais e o setor empresarial.

O Código Nacional de CT&I também possibilita o uso do capital intelectual da Instituição Científico e Tecnológica pública em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, tal previsão legal cria a possibilidade de prestação de serviços, por exemplo, em forma de consultorias realizadas pelos pesquisadores do ICT. O artigo 11 da Lei estadual nº 17.314/12 faculta à Instituição Científico e Tecnológica paranaense prestar serviços relacionados à inovação e à pesquisa científica e tecnológica para as instituições públicas ou privadas, o que em tese já permite consultoria no âmbito estadual, a diferença entre o mais recente marco regulatório nacional e legislação do Estado do Paraná é que a lei federal nº 13.243/2016 traz de forma mais clara a previsão o que suscita a possibilidade que a lei estadual se ajuste com novo texto (PARANÁ, 2012; BRASIL, 2016).

Vale ainda destacar, quanto à mobilidade de pesquisadores para atuação em projetos de inovação, a lei estadual paranaense de inovação apresenta uma regulamentação que se limita a hipótese de afastamento de pesquisador público (PARANÁ, 2012), enquanto que o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação amplia as hipóteses de mobilidade para o exercício de atividades de C,T&I, estendendo-a ao servidor, empregado público ou militar em geral, garantindo, durante o afastamento de sua entidade de origem e no interesse da administração, os mesmos direitos a vantagens e benefícios, pertinentes a seu cargo e carreira, como se em efetivo exercício em atividade de sua respectiva entidade estivesse (BRASIL, 2016).

QUADRO 2. COMPARTILHAMENTO DE ESTRUTURA DE PESQUISA:
 LEGISLAÇÃO PARANAENSE DE INOVAÇÃO X CÓDIGO NACIONAL DE CT&I

Lei nº 17.314/12-PR	Lei Federal nº 13.243/16
<p>Art. 6º As ICTPR poderão, mediante remuneração, por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio:</p> <p>I - compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações, <u>prioritariamente com micro, pequenas e médias empresas</u>, em atividades voltadas à inovação, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízos de sua atividade finalística;</p> <p>II - permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por empresas brasileiras e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, desde que tal permissão não interfira diretamente na sua atividade-fim, nem com ela conflite.</p> <p>Art. 11. É facultado à ICTPR prestar às instituições públicas ou privadas, serviços compatíveis com os objetivos desta Lei, nas atividades voltadas à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo (grifo nosso).</p>	<p>Art. 4º A ICT pública poderá, <u>mediante contrapartida financeira ou não financeira</u> e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio:</p> <p>I - compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com ICT <u>ou empresas</u> em ações voltadas à inovação tecnológica para consecução das atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística;</p> <p>II - permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por ICT, <u>empresas ou pessoas físicas</u> voltadas a atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, desde que tal permissão não interfira diretamente em sua atividade-fim nem com ela conflite;</p> <p>III - <u>permitir o uso de seu capital intelectual em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação.</u> (grifo nosso)</p>

Fonte: O Autor

4.3 ESTÍMULO AO PROCESSO DE INOVAÇÃO NAS EMPRESAS

A Lei estadual nº 17.314/12 trouxe diversos instrumentos de apoio à inovação nas empresas, como, por exemplo, o compartilhamento de estrutura de pesquisa, o que inclui materiais e infraestrutura, permitiu a concessão de suporte financeiro através subvenção econômica, benefícios fiscais, linhas especiais de crédito e bolsas de estímulo (PARANÁ, 2012).

Entretanto, ao realizar a análise comparativa entre a lei de inovação paranaense e o Código Nacional de C,T&I é **perceptível a existência de pontos** que necessitam de incorporação à legislação estadual de inovação para que haja um maior estímulo à inovação nas empresas em âmbito estadual, entre os pontos apresentados no marco regulatório mais recente é possível ressaltar a previsão de investimento em pesquisa e desenvolvimento em contratos de concessão de serviços públicos ou em regulações setoriais, o bônus tecnológico e a encomenda tecnológica.

5. CONCLUSÕES

O Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação trouxe importantes previsões para a melhoria dos processos de inovação do Brasil, entre eles é possível destacar a formalização de Instituições Científicas e Tecnológicas privadas, facilitação no compartilhamento de estruturas das ICTs e as novas competências e atribuições relacionadas aos Núcleos de Inovação Tecnológica, inclusive a possibilidade do NIT se tornar uma fundação de apoio.

A Lei federal nº 13.243/16 dentro de sua competência nacional traz dispositivos aplicáveis a todos os entes federados, em função disso as legislações estaduais devem estar em sincronia com as disposições de alcance nacional. Um arcabouço legal em que há consonância entre as legislações dos diferentes entes federados facilitará na cooperação nas diferentes esferas do Estado brasileiro e possibilitará uma maior efetividade no Sistema de Inovação Nacional

Na busca por uma maior sincronia entre a legislação federal sobre

C,T&I e a legislação paranaense de inovação, através de um análise comparativa, verificou-se três reformulações básicas necessárias à Lei estadual nº 17.314/12. Inicialmente, modificações conceituais, em função das definições e conceitos trazidos pelo mais recente marco regulatório, com a necessidade de alterações em itens existentes e anexação de novas figuras apresentadas na Lei nº 13.243/16.

Em segundo plano, mudanças no que concerne ao compartilhamento da estrutura de pesquisa, o que engloba a infraestrutura e o capital intelectual envolvido, cabe destacar, a necessidade de uma previsão autorizativa quanto a contrapartida não financeira e da mobilidade de pesquisadores para atuação em projetos de inovação com os mesmos direitos e vantagens pertinentes a seu cargo e carreira.

Por fim, há a necessidade de modificações no que concerne ao estímulo nos processos de inovação nas empresas, o que em consonância com o Código Nacional de C,T&I pode ser alcançado com a introdução de novos instrumentos de apoio, como, por exemplo, o bônus tecnológico, a encomenda tecnológica e demais disposições relacionadas.

A expectativa criada com base nos resultados da pesquisa é que com os apontamentos sobre a necessidade de reformulações na lei estadual nº 17.314/12, o sistema paranaense de inovação possa estar em sincronia com o sistema nacional e que seja possível uma maior cooperação entre as Instituições Científico e Tecnológicas paranaenses com o setor empresarial e aumento no número de transferências de tecnologia em benefício da sociedade a partir das modificações sugeridas na legislação estadual.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, D. B. Uma introdução à propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Júris; 2003.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc85.htm>. Consultado em 06/12/2016

BRASIL. 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, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm> Consultado em 06/12/2016

BRASIL. 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 (...), 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm> Consultado em 06/12/2016

ETZKOWITZ, H., LEYDESDORFF, L. A triple helix of university-industry-government relations. In H. Etzkowitz, & L. Leydesdorff (Eds.). *Universities and the global knowledge economy: a triple helix of university-industry-government relations* (pp. 155-162). Londres: Continuum, 1997.

GARNICA, Leonardo Augusto et al. Gestão de tecnologia em universidades: uma análise do patenteamento e dos fatores de dificuldade e de apoio à transferência de tecnologia no Estado de São Paulo. **Gestão & Produção**, v. 16, n. 4, p. 624-638, 2009.

GIL, A. C. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. Ed. São Paulo, Atlas, 2008.

GARCEZ JUNIOR, Silvio Sobral et al. A LEI DE INOVAÇÃO NO RIO GRANDE DO SUL: ADEQUAÇÕES NECESSÁRIAS DIANTE DA PROMULGAÇÃO DO NOVO MARCO NACIONAL DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. In: **ENPI-Encontro Nacional de Propriedade Intelectual**. 2017.

MARCHIORI, Mirella Prates; JUNIOR, Alfredo Colenci. Transferência de Tecnologia Universidade-Empresa-A Busca por Mecanismos de Integração Efetiva. **Revista de Ciência e Tecnologia, Política e Gestão para a Periferia. RECITEC, Recife**, v. 4, n. 1, p. 144-153, 2000.

MATIAS-PEREIRA, José. A gestão do sistema de proteção à propriedade intelectual no Brasil é consistente?. **Independent Journal of Management & Production**, v. 2, n. 2, p. 44-74, 2011.

MIRANDA, Dimitrius Pablo Sabino Lima de; et al. PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL: EVOLUÇÃO E IMPACTO DOS NÚCLEOS DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA In: **8th INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON TECHNOLOGICAL INNOVATION-ISTI 2017..**

MIRANDA, Dimitrius Pablo Sabino Lima de; SANTOS, Armoni Da Cruz; RUSSO, Suzana Leitão. Technology Transfer: A Bibliometric Analysis. *International Journal for Innovation Education and Research*, v. 5, n. 12, p. 78-87, 2017.

NAZARENO, C. As mudanças promovidas pela Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016 (novo marco legal de ciência, tecnologia e inovação) e seus impactos no setor. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2016.

PORTER, M. E. Technology and Competitive Advantage. *Journal Of Business Strategy*, vol.5, n.3, p.60-78, 1985.

RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-Empresa?. 2016.

PARANÁ. Lei nº 17.243, de 24 de setembro de 2012. Dispõe sobre medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica em ambiente produtivo no Estado do Paraná., 2012. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/13.196.pdf>> Consultado em 01/09/2018.

ROGERS, E. M.; TAKEGAMI, S.; YIN, J. Lessons learned about technology transfer. *Technovation*, v. 21, n. 4, p. 253-261, 2001

SANTOS, M. E. R.; TOLEDO, P. T. M.; LOTUFO, R. A. Transferência de Tecnologia: Estratégias para a estruturação e gestão de Núcleos de Inovação Tecnológica. In: TORKOMIAN, A. L. V. (Org.). *Panorama dos Núcleos de Inovação Tecnológica no Brasil* Campinas, SP: Ed. Komedi, p. 19-38, 2009

SICSU, Abraham Benzaquen; SILVEIRA, Mariana. Avanços e retrocessos no marco legal da ciência, tecnologia e inovação: mudanças necessárias. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 68, n. 2, June 2016.

TERRA, Branca. **A transferência de tecnologia em universidades empreendedoras: um caminho para a inovação tecnológica.** Qualitymark Editora Ltda, 2001.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Relatório Unesco sobre Ciência 2010. Brasil: Unesco, 2010. Disponível em: <www.unesco.org/science/psd>. Acesso em: 10 mar. 2017.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo I Direito de Autor e Inovação

TÍTULO: CONTRATOS NO AMBIENTE DIGITAL

**José Augusto Fontoura Costa
Fernanda Sola**



CONTRATOS NO AMBIENTE DIGITAL

José Augusto Fontoura Costa¹

Fernanda Sola²

RESUMO

As mudanças tecnológicas tendem a modificar também os institutos jurídicos, enquanto o próprio desenvolvimento de tecnologias é bastante regulamentado. Questiona-se nesse trabalho se o meio digital provocou alterações profundas na natureza dos contratos, principalmente no que se refere à vontade da partes, ou se foi apenas um desenvolvimento dentro do paradigma existente. A partir de uma retomada histórica sobre aspectos contratuais e após elencar os principais pontos das relações entre o meio digital e os contratos, constatam-se mudanças importantes como uma revisão do papel da autonomia da vontade, mas não suficientes para uma mudança paradigmática.

Palavras-chave: Contratos, Digital, Tecnologia

1 Professor da Faculdade de Direito da USP, da Universidade Santa Cecília, da Universidade CEUMA e da Faculdade de Direito de Sorocaba. Pesquisador produtividade do CNPq. Esse trabalho conta com financiamento por edital universal do CNPq.

2 Professora da Universidade CEUMA. Doutora em Ciência pelo PROCAM/IEE/USP.

INTRODUÇÃO

Há uma crença generalizada de que alterações tecnológicas impulsionam a transformação de institutos jurídicos. Em matéria de responsabilidade civil objetiva, por exemplo, a lei prussiana de ferrovias de 1838 é apontada como revolucionária na geração do dever de ressarcir baseado no risco da atividade³.

A maior parte da regulação jurídica do desenvolvimento e uso de novas tecnologias, no entanto, tende a ser orientada pela precaução e mediada por regras de direito público que limitam seu emprego. É o caso de regras sobre manipulação genética, utilização de tecnologias transgênicas e energia nuclear, entre outros. Não há, aí, transformação profunda dos instrumentos jurídicos, mas apenas o emprego de meios consolidados para lidar com temas materialmente novos.

Com efeito, talvez seja importante qualificar o impacto das novas tecnologias. Há aquelas que, em seu momento histórico, transformaram o modo de produção e as estruturas sociais e políticas relacionadas. É o caso, por exemplo, da construção do mundo moderno, do séc XV ao XVII, a partir do desenvolvimento de tecnologias militar, produtiva e de transportes e das revoluções industriais que marcaram o caminho para a contemporaneidade. Nesse sentido, a lei prussiana de ferrovias não aparece como uma simples inovação dentro do modo produtivo agrário e mercantil, mas como expressão avançada do capitalismo prussiano e da associação entre capital privado e atuação pública, expressa na crescente concentração do transporte ferroviário nas mãos do Estado. Não se trata, portanto, apenas de uma lei sobre trens, mas de uma lei sobre a organização pública da atividade econômica em âmbito nacional⁴.

A questão central que se põe a respeito da relação entre o instituto dos contratos e o meio digital é a de se as novas tecnologias de informação apenas se colocam como um desenvolvimento dentro de um dado paradigma produtivo e regulatório ou se, mais do que isso, são parte de

3 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, T. LIV. São Paulo: RT, 2012.

4 DAYCHOUM, Mariam T; SAMPAO, Patrícia R. P. *Regulação e concorrência no setor ferroviário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 10-16.

uma *destruição criativa* schumpeteriana⁵.

Propõe-se, por hipótese, que a redução do papel desempenhado pela vontade nas relações jurídicas, particularmente as de natureza contratual, são um indicador da erosão dos princípios liberais associados à revolução industrial, os quais elevaram o indivíduo racional à condição de sujeito essencial do Direito e a liberdade individual ao mais alto pedestal dos princípios orientadores das relações privadas.

1 Liberdade e funções do contrato

Quando se estudam as obrigações e os contratos nos cursos de Direito gera-se a percepção de que estes são imutáveis, como se Caio e Tício, em uma Roma de cinema, contratassem da mesma maneira que se faz hoje. Para a infelicidade de muitos, não é possível afirmar a atemporalidade ou a universalidade dos contratos; como toda forma jurídica, sua historicidade é determinante do seu sentido e estrutura e, nesse sentido, os contratos tais quais os conhecemos são um fruto do desenvolvimento da dogmática e da legislação privatista do séc. XIX.

Se é certo que os romanos conheceram os contratos, estes não chegaram a elaborar um conceito geral baseado na vontade, mas apenas um rol de tipos com elevada formalidade e em que os contratos consensuais se restringiam a quatro: compra e venda, sociedade, mandato e locação. Acordos não típicos não geravam obrigações.

De um modo geral, houve pouco desenvolvimento, prático ou teórico, dos contratos ao longo da Idade Média e em grande parte da Moderna: as transações de real vulto, que justificassem a intervenção de tribunais centrais, eram em matéria fundiária e as transações comerciais entre profissionais se resolviam em tribunais especializados. As relações produtivas associadas ao trabalho eram objeto de costumes feudais, na produção agrícola, e regras corporativas, na manufatura urbana. O mundo

5 Joseph Schumpeter defende a ideia de que “o processo de mutação industrial (...) revoluciona a estrutura econômica desde dentro, incessantemente destruindo a velha, incessantemente criando uma nova.” SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Londres: Routledge, 1994 [1942]. P. 82-3.

era regulado por regras e tradições que passavam longe da consideração da vontade individual.

Talvez seja razoável, com James Gordley⁶, admitir o caminho da escolástica tardia a Domat e Pothier por intermédio de Grócio, Pufendorf e Barbeyrac, informando de modo prático a teoria do séc. XIX em torno do individualismo e da liberdade, mais do que por meio da absorção do iluminismo e das teorias kantianas. Também é importante observar uma considerável interpenetração das discussões nacionais, com uma ampla abertura dogmática que se contrasta com o fechamento da dogmática nacional em torno da interpretação do Direito codificado.

Pode-se constatar uma importante influência francesa na teoria contratual inglesa do séc. XIX mediante, inclusive, a discussão de Domat e Pothier nos tratados ingleses sobre contratos⁷, inclusive mediante a tradução do Tratado desse segundo autor sobre obrigações e contratos publicada em 1806⁸. Há, também, ampla difusão dessa tradição mediante a influência francesa, sobretudo mediante a difusão de seu Código Civil como modelo para outros países que ajudou a disseminar pela Europa e pelo mundo afora a composição racional derivada de Domat e Pothier⁹.

“O movimento das sociedades progressistas tem sido (...) um movimento do *status* para o contrato”¹⁰. A famosa frase de Henry Sumner Maine é bastante expressiva dessa transformação. É também significativo que seu importante livro sobre o Direito antigo tenha aparecido em 1861, quando as ideias francesas a respeito da codificação e da autonomia da vontade como fundamento dos contratos estavam sendo debatidas na Inglaterra.

6 GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

7 SIMPSON, A. W. B. Innovation in nineteenth century contract law. *Lqw quarterly review*, v. 91. 1975. P. 247-278.

8 POTHIER. *A treatise on the law of obligations, or contracts*, VV I e II. Londres: A Strahan, 1806.

9 Conforme GORDLEY, *Op. cit.* P. 4: “The drafters of the French Civil Code borrowed almost two-thirds of that document and nearly all the provisions on contracts from Pothier and Domat. These provisions are then declared to be ‘the will of the legislator’, and almost all the efforts of nineteenth-century French jurists were devoted to interpreting them.”

10 MAINE, Henry S. *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. Londres: John Murray, 1908 [1861]. P. 151. “the movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from Status to Contract*”.

Nessa época houve uma profunda valorização da autonomia da vontade e da liberdade de contratar. Não se pode, aqui, sumarizar a imensa complexidade do debate sobre as origens filosóficas comuns da noção de autonomia da vontade e a formação das noções contratuais contemporâneas. É possível mencionar, porém, uma grande efervescência do debate jurídico a respeito dos temas contratuais na Europa e nos Estados Unidos do séc. XIX. Esse movimento consolidou uma base ética e filosófica comum para o Direito Privado em que o individualismo e a liberdade aparecem como elementos fundamentais.

É importante, aqui, ressaltar que o individualismo e o voluntarismo, próprio das construções conceituais a partir do séc. XVIII, é consistente com a alteração do modo de produção e o advento do capitalismo industrial. As formas tradicionais do trabalho, servil e corporativo, já não se localizavam nos setores mais dinâmicos da economia e estavam sendo substituídas pelo trabalho livre assalariado. Deste modo, o sujeito de direitos deixava de ser definido por sua categoria social (escravo, servo, senhor, aprendiz, mestre, monge etc.) e passava a ser um indivíduo sujeito a um único regime jurídico (isonomia) e livre para contratar em todos os aspectos patrimoniais da vida. Do mesmo modo, os bens – inclusive os imóveis, liberados dos direitos feudais – passam a ser objeto de negócios entre indivíduos, em que o fluxo da riqueza segue estruturas obrigacionais juridicamente garantidas.

Por fim, estruturas contratuais possibilitam formas de financiamento empresarial, facilitando o trânsito dos mútuos bancários e de outras formas de alavancagem do capital da empresa a partir do diferimento das prestações. Em termos mais simples, os contratos permitem pospor prestações e, deste modo, permite que um certo volume de capital seja utilizado por um empresário em uma atividade produtiva, de modo a para gerar lucros que permitam o pagamento dos juros e a retirada de um excedente pelo empreendedor. A garantia jurídica dos contratos permite, portanto, a separação entre o capitalista (detentor do capital e remunerado pelos juros) do empresário (responsável pela organização da produção e remunerado pelo lucro, que permite o pagamento do capital alheio mediante o juro).

Essa estrutura institucional e jurídica que garante a liberação dos potenciais produtivos mediante as formas de organização empresarial, trabalhista e financeira se constrói ao longo do século XIX e é reproduzida, com poucas alterações, ao longo de todo o século XX. A questão da superação do capitalismo industrial, deste modo, se relaciona com as transformações do marco institucional relacionado. É possível, nesse sentido, refletir sobre o papel das tecnologias de informação.

2 O meio digital

A noção de meio digital abarca as novas tecnologias de informação, o que inclui o tratamento computadorizado de dados e as formas de armazenamento, transmissão e compartilhamento de dados mediante a internet. Sua importância para o campo dos contratos pode ser apontada nos seguintes aspectos:

- 1) Bens e serviços objetos de obrigações de dar e fazer;
- 2) Suportes de expressão do conteúdo dos contratos, seja como elemento constitutivo da forma, seja como meio probatório;
- 3) Instrumento de tomada e expressão de decisões e
- 4) Modo estruturante dos processos produtivos.

2.1 Bens e serviços digitais como objeto de contratos

O primeiro aspecto, bastante discutido nos anos 1980 e 1990, dizia respeito a questões de materialidade do software e de suas formas de proteção. Em boa medida essas questões foram sendo afastadas pelo desenvolvimento técnico e do modelo negocial. Meios duros de suporte (fitas e discos magnéticos, cds de leitura ótica) foram sendo substituídos por transferências por internet; ao mesmo tempo, a noção de “ser proprietário” de um programa de computador foi sendo substituída pela contratação de licenças de uso. A opção legal proteção autoral – e não patentária – dos programas de computador favoreceu as formas de autorização de uso.

Recentemente, com a expansão dos serviços em nuvem, conteúdos em *streaming* e da internet das coisas (multiplicidade de equipamentos interconectados), a tendência à contratação de serviços com permissões de uso cuidadosamente estruturadas pelos fornecedores vai se generalizando e questões referentes ao caráter material ou imaterial do bem transacionado em um disco magnético contendo um programa de computador parecem pertencer a um passado distante.

Em termos jurídicos, nenhuma alteração fundamental de conceitos e institutos – como bens, serviços, direitos de autor e contratos – foi necessária para adaptar as instituições jurídicas existentes à realidade.

2.2 Suporte formal e probatório

Nos últimos 30 anos a maior parte das transações privadas passou do uso de tecnologias como o telefone, o telex e o fax para instrumentos informatizados. Tecnologias de troca de informações e mensagens são constantemente substituídas e não chega a surpreender que os mais jovens raramente utilizam e-mails.

Não obstante, as questões referentes ao momento de formação, à documentação e à prova das estipulações contratuais pouco se afastam das abordagens existentes ao tempo em que o modo epistolar ainda era o mais empregado para contratações a distância. Os problemas que podem aparecer (recuperação de documentos, encriptação, corrupção de dados, falsificação de documentos e declarações etc.) dificilmente extrapolam a fronteira das questões técnicas, sem maiores impactos sobre o tratamento jurídico.

Um tema que merece ao menos uma breve consideração é o da utilização de editores eletrônicos de texto para a redação de instrumentos jurídicos particulares. É certo que formulários e cláusulas padronizadas estão longe de ser uma invenção recente e o emprego de softwares de edição pouco impactam sobre isso. Talvez o aspecto mais interessante seja o de acordos firmados em face de ofertas eletronicamente geridas, sobretudo em compras pela internet, em que não há um interlocutor humano presente no fechamento do contrato.

Há, também, uma crescente acumulação de linguagem padronizada e jargão em instrumentos contratuais que resulta de mecanismos facilitados de “recorta e cola” o que aumenta a dimensão dos instrumentos contratuais e, contanto, a carga cognitiva a eles relacionada, o que dificulta a revisão cuidadosa e pode perpetuar erros ou, até mesmo, a presença de textos cujo significado é desconhecido de seus interpretes imediatos. Essa situação tende a pressionar a concepção da interpretação dos negócios jurídicos de uma leitura mais subjetiva e que busca se adequar à efetiva vontade das partes para compreensões mais literais e presas ao sentido normal do texto.

2.3 Instrumentos de tomada e expressão de decisões

Visões teológicas e filosóficas do mundo tendem a limitar aos seres humanos a existência do livre arbítrio. A inteligência e a vontade são largamente entendidos como atributos humanos e, portanto, inexistentes em outros seres, como cachorros, sociedades por quotas de responsabilidade limitada e computadores.

Para alguns, porém, aproxima-se o momento, provavelmente inevitável, em que a inteligência artificial alcançará e superará a inteligência humana¹¹. Há, porém, decisões que já podem ser tomadas por computadores, como: (i) a emissão de uma ordem de compra a partir de um limite de disponibilidade de estoque, (ii) a determinação do posicionamento em gôndolas e estantes a partir da quantidade em estoque e a movimentação estimada com base em dados de períodos anteriores (como nas sugestões de compras em sites de internet) e (iii) a negociação automática de indenizações por atraso de prestações contratuais (entrega de um apartamento, por exemplo) em que um computador remoto interage por e-mail ou em um *chat* com um interessado humano (normalmente com algoritmo simples para pechinchar preço, sem uso de inteligência artificial).

O argumento de que essas decisões são apenas as previamente

11 BOSTROM, Nick. *Superintelligence: paths, dangers, strategies*. Oxford: Oxford University Press, 2014

programadas já não fazem sentido, pois as máquinas já podem facilmente aprender a partir de um histórico de inputs externos não programados ou previstos. Do mesmo modo, é difícil dizer que se trata de decisões muito simples e fáceis, sendo que muitas delas não seriam fáceis de tomar por indivíduos pouco experientes ou treinados, embora ainda existam limites importantes a serem superados¹².

Ainda assim, aceita-se genericamente que estas situações em que máquinas tomam decisões que (i) expressam vontades previamente formadas, como a de comprar mais a partir de um patamar de redução do estoque e (ii) estão eventualmente cobertas por acordos de vontade clássicos, como quando opto por aceitar negociar com um robô. É uma linha de raciocínio que faz sentido.

Igualmente, porém, faz sentido o entendimento de que tais construções são meios de conservar uma compreensão dogmática que vai perdendo seu sentido em face da realidade. Seria parte daquelas flexibilizações de conteúdo que fizeram a noção de “sociedade de fato” funcionar como substituta das uniões estáveis. Aqui, porém, o afastamento da noção de indivíduo e de vontade como vertedouro último do substrato contratual não parece ser fácil de incorporar sem uma destruição criativa do instituto.

2.4 Modo estruturante dos processos produtivos

Uma das características de uma possível “economia digital” é um crescente descolamento entre a estrutura material subjacente e os valores de bens e serviços. Como já se observou, a base material da produção e difusão de conteúdos digitais aparentemente se desvencilhou dos

12 No caso da negociação, por exemplo, é possível falar na necessidade de (i) conhecimento do campo em que se negocia de modo a possibilitar respostas imediatas adequadas, (ii) perspectiva de longo prazo e (iii) confiança e aceitação pelo usuário. BAARSLAG, T; KAISERS, M; GERDING, E. H; JONKER, C. M; GRATCH, J. When will negotiation agents be able to represent us? The challenges and opportunities for autonomous negotiators. *Proceedings of the 26th International Joint Conference on Artificial Intelligence*. 2017. P. 4684-4690. Disponível em <https://www.ijcai.org/proceedings/2017/0653.pdf>, consultado em 5 de janeiro de 2019.

suportes materiais e trafega por caminhos percebidos pelos usuários como imateriais.

Deve-se alertar, não obstante, que os efetivos processos de produção material que possibilita a oferta desses conteúdos digitais estão longe de se tornar irrelevantes ou de pouco peso econômico. A oferta de serviços de estocagem em nuvem, o conjunto de equipamentos informáticos e de transmissão envolvidos e a produção dos terminais efetivamente utilizados pelos consumidores (smartphones, tablets etc.) representam uma parte bastante significativa dos valores envolvidos. Para um cálculo simples, o que se gasta hoje para ter acesso a internet residencial de banda larga, mais pacotes de dados 4G e estocagem em nuvem (todos serviços que mediam o uso de bases materiais de transmissão e estocagem de dados) são, para a maior parte dos usuários, bem mais relevantes que os de compra de conteúdos. Para quem utiliza meios digitais apenas para serviços de streaming de música (Deezer, Spotify etc.) e audiovisual (Netflix, Amazon etc.) o custo do acesso aos conteúdos, os quais também remuneram bases materiais de difusão, são bem menores do que os de acesso à rede.

Do mesmo modo, a fronteira tecnológica não está, como pode parecer à primeira vista, no desenvolvimento de software. Tecnologias de produção de material para microchips, para cabos óticos de transmissão, para centros de estocagem e processamento (inclusive no que se refere ao custo energético de manutenção de temperaturas baixas) envolvem mais investimento e boa parte da tensão entre Estados Unidos, China, Japão e Europa no domínio tecnológico está estendida no campo material, não no imaterial. Em outras atividades de ponta, como a farmacêutica e biotecnológica, estruturas empresariais e laboratoriais clássicas estão longe de ser superadas e a crescente aquisição de empresas de biotecnologia por gigantes tradicionais do setor farmacêutico apenas reforça lógicas dos processos materiais já há muito conhecidos. *Start-ups*, nesses setores, continuam sendo formas de mitigação do risco de investimento em desenvolvimento de tecnologias que envolvem elevados riscos e perigos; seus destinos são apenas dois: ser adquiridas ou falir.

É verdade, não obstante, que parte dos processos produtivos, inclusive os intensivos em geração de conhecimento e informação,

passaram a se distribuir em *clusters* e *cliques* sem referencial local específico – como a fábrica e a universidade da revolução industrial. Aí há um papel importante de estruturas jurídicas de contratação coligada em torno de processos cooperativos e criativos que já não seguem linhas de produção com hierarquias e cronogramas rígidos. Porém, parece que tais processos ainda estão longe de dominar o mainstream da economia, embora possam ser profundamente transformadores em campos mais delimitados, como o das artes e entretenimento.

Nesses campos limitados a maior imprevisibilidade decorrente de cadeias produtivas menos formalizadas e sequenciadas pode incrementar a própria insegurança dos negócios. Isso pode impulsionar (i) maior interferência do direito legislado sobre os contratos, para garantir cadeias de responsabilidade a partir da coligação e (ii) maior inclusão de cláusulas de mitigação de risco em face de incerteza (*hardship*, *best efforts*, algoritmos de formação de preço e distribuição de risco etc). São tendências redutoras do império da vontade original subjetiva na formação do contrato, mas não parecem derivar de uma transformação profunda no modo de produção.

CONCLUSÃO

Pelo que se observou, parece não haver uma relação profunda entre o desenvolvimento de tecnologias de informação e uma alteração do modo de produção. As discussões sobre as tensões entre o capitalismo financeiro e o capitalismo industrial, importantes para compreender as transformações recentes da economia, sociedade e política, devem refletir sobre o impacto das tecnologias digitais, sobretudo como elementos de redução de custos e tempo de informação, com impactos sobre uma economia global. Não parecem, porém, ser suficientes para promover um giro em que a imaterialidade supera a materialidade e as formas já assentadas de produção, senão em campos específicos.

O microcosmo do direito contratual parece confirmar tal circunstância. Com efeito, é identificável uma acelerada decomposição do núcleo de sentido pautado pelo individualismo e voluntarismo. Não é uma tendência recente¹³, mas não dá mostras de se reverter e algumas circunstâncias relacionadas com as tecnologias de informação a reforçam. Tanto as demandas regulatórias e de autoproteção em setores com menor hierarquia e estruturação formal, quanto o advento de instrumentos não humanos de tomada de decisão, são importantes nesse sentido.

Ao que parece as mudanças referentes ao instituto do contrato são, na atualidade, bastante importantes, sobretudo no sentido da perda da preponderância e uma provável revisão do papel da vontade, que a própria noção de “autonomia privada”, já adotada pela doutrina brasileira em substituição a “autonomia da vontade”, preconiza. Disso, porém, pouco parece ser resultante do emprego de tecnologias da informação, as quais ensejam uma miríade de modificações pontuais e argumentos para aqueles em busca de suporte retórico para justificar a queda do paradigma ainda hoje preponderante.

13 P. ex. ATIYAH, P. S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Oxford University Press, 1985. GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio University Press, 1995 [1974].



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo I Direito de Autor e Inovação

TÍTULO: INTERNET DAS COISAS MÉDICAS UMA TECNOLOGIA INFORMACIONAL EM TEMPO REAL A LUZ DA TEORIA CRÍTICA

**LUCIANA REUSING
MARCOS WACHOWICZ**



INTERNET DAS COISAS MÉDICAS UMA TECNOLOGIA INFORMACIONAL EM TEMPO REAL A LUZ DA TEORIA CRÍTICA

LUCIANA REUSING¹
MARCOS WACHOWICZ²

RESUMO

A indústria médica vem realizando grandes avanços na adoção e uso das tecnologias da informação conhecida por Internet das Coisas, que em tempo real tornam mais céleres os cuidados no setor da saúde “*healthcare*”, bem como a gestão de proteção de dados pessoais sensíveis dos usuários. Contudo, a referida tecnologia traz concomitante a sua aplicação, a preocupação com a proteção dos dados pessoais dos usuários quanto sua privacidade. Deste modo a pretensão deste artigo é apresentar a tecnologia informacional “Internet das Coisas” como fator de progresso no setor da saúde na esfera administrativa seja no pronto atendimento até a confecção do prontuário eletrônico, que serve como banco de

1 Mestranda em Ciência Tecnologia e Sociedade do IFPR - Aluna de Disciplina Isolada do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, com orientação do Professor Doutor Marcos Wachowicz.

2 Professor de Direito no Programa de Graduação da Universidade Federal do Paraná - UFPR e professor do Programa de Pós-Graduação - PPGD da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa - PORTUGAL. Professor de Propriedade Intelectual no Instituto de Direito de Informação, Telecomunicações e Media - ITM na Universidade de Münster - ALEMANHA. Docente do curso de políticas públicas e propriedade intelectual do Programa de Mestrado em Propriedade Intelectual na modalidade a distância na Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais - FLACSO / ARGENTINA. Professor visitante na Universidade de Valência - ESPANHA (2015). Atualmente, é coordenador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Direito Industrial (GEDAI / UFPR) vinculado ao CNPq. Este estudo foi financiado em parte pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). E-mail: marcos.wachowicz@gmail.com

dados dos usuários, pelas informações pessoais coletadas, que requer do sistema jurídico proteção por legislação específica, já que as legislações vigentes como o Marco Legal da Internet se revelam insuficientes para responder casos concretos. O tema é relevante e complexo haja vista a vulnerabilidade da proteção, decisões legais e da própria acreditação da “IoT” como tecnologia construída para atender as necessidades da sociedade na saúde. A metodologia de pesquisa é o estudo bibliográfico, e o método baseado na Teoria Crítica de Feenberg, que apresenta explicitamente uma preocupação entre o papel da tecnologia nas relações dinâmicas da sociedade quanto aos seus impactos. O resultado esperado é a conscientização de que ao se adotar uma tecnologia informacional como a internet das coisas, a efetivação da saúde se dará em tempo real, pela busca de soluções rápidas e concretas diante das necessidades da sociedade, qual se inclui o acesso democrático e principalmente a proteção de dados. Portanto, a revolução das tecnologias informacionais na medicina se perfaz diante dos anseios sociais na busca de melhorias aos cuidados a saúde, mas também da necessidade tangível de lei específica para a tutela de proteção de dados, pela incidência de leis setoriais e timidamente do Marco Legal da Internet.

Palavras-Chaves: Tecnologia Informacional; Internet das Coisas Médicas; Tempo Real; Teoria Crítica; Marco Legal da Internet.

ABSTRACT

The medical industry has made great strides in the adoption and use of information technologies known as “*Internet of Things*”, which in real time make healthcare in health care faster, as well as the management of sensitive personal data protection of users. However, this technology brings with it its application, the concern with the protection of the users’ personal data regarding their privacy. In this way the pretension from the article is to present the information technology “*Internet of Things*” as a factor of progress in the health sector in the administrative sphere or in

the prompt service until the preparation of the electronic medical record, which serves as users' database, for personal information collected, which requires the legal system to be protected by specific legislation, since current legislation such as the Internet Legal Framework is insufficient to respond to specific cases. The issue is relevant and complex given the vulnerability of protection, legal decisions and the accreditation of IoT itself as a technology built to meet the needs of society in health. The research methodology is the bibliographic study, and the method based on Feenberg's Critical Theory, which explicitly presents a concern between the role of technology in the dynamic relations of society regarding its impacts. The expected result is the realization that when adopting an information technology such as the Internet of Things, health will take place in real time, in search of quick and concrete solutions to the needs of society, which includes democratic access and especially data protection. Therefore, the revolution of information technologies in medicine is made in the face of social anxieties in the search for improvements in health care, but also of the tangible need for a specific law for protection of data, the incidence of sectoral laws and timidly Legal Framework from Internet.

Keywords: Information Technology; Internet of Medical Things; Real time; Critical Theory; Legal Framework of the Internet.

1 INTRODUÇÃO

É inegável que nas últimas décadas as tecnologias de informação (TICS), associado ao fenômeno internet origina a “Internet das Coisas” (IoT) tecnologia que encurta distâncias e reduz o tempo nas relações informacionais como a exemplo do setor de saúde “*healthcare*”.

A “Internet das Coisas” surge no universo tecnológico como fator de progresso para o setor de saúde, pela capacidade trazer celeridade no atendimento para com o humano, redução de custos e óbitos súbitos.

Sua principal ferramenta é o uso de uma base de dados de natureza pessoal e sensível, que tem detêm o imperativo da máxima proteção aos dados pessoais do usuário, haja vista a vulnerabilidade sistêmica e legal existente no Brasil quando o assunto é proteção de dados pessoais dos usuários.

Isto se explica pela ausência de lei específica para tratamento da proteção de dados pessoais, e a aplicabilidade de diversas regulamentações gerais a exemplo do Marco Legal da Internet que trata do assunto de maneira superficial, e que diante de um caso concreto pode trazer impactos desconhecidos e até irreversíveis ao usuário pela vulnerabilidade normativa.

É incontestável que o aprimoramento das tecnologias em que máquinas se conectam a outras máquinas, a qualquer tempo, faz parte do presente já que o progresso é inerente à condição humana por estar inserido no dia a dia dos atores e das suas redes de relações mediatas ou imediatas, e que exigem uma legislação atual vigente capaz de proteger dados e coibir o uso ilegal.

Isso se deve ao fato da internet ser considerada ubíqua e pervasiva por fazer com que o homem viva a maior parte do tempo conectado as máquinas, observando que tal conectividade, não se restringe aos computadores, mas alcança na atualidade uma heterogeneidade de máquinas como aponta Zambarda (2014), em diversos setores, mas principalmente no setor da saúde, como a exemplo do uso de prontuários eletrônicos.

Deste modo, o artigo tem por objetivo apresentar a tecnologia

informacional “Internet das Coisas” como fator de progresso no setor da saúde na esfera administrativa seja no pronto atendimento até a confecção do prontuário eletrônico, que serve como banco de dados dos usuários, pelas informações pessoais coletadas, que requer do sistema jurídico proteção por legislação específica, já que as legislações vigentes como o Marco Legal da Internet se revelam insuficientes para responder satisfatoriamente a casos concretos.

A internet das coisas “Iot” segue como ferramenta de inovação tecnológica no ambiente da saúde, construída para atender as necessidades da sociedade no setor da saúde como preceitua a Teoria Crítica de Feenberg, ofertando um sistema célere de atendimento, porém vulnerável na proteção aos dados pessoais, utilizando de outras tecnologias como “blockchain” como meio de reduzir impactos supervenientes.

2 INTERNET DAS COISAS COMO MARCO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

Em meados dos anos 70 houve uma intensa revolução tecnológica no setor da informação, que Castell (2005) classifica como a Terceira Revolução Industrial baseada no prefixo “*high-tech*”³ uma conjunção entre microeletrônica, informática e telemática tendo o computador como a máquina essencial para gerar, armazenar, recuperar, processar e transmitir informações em linguagem digital pela rede mundial de comunicação “internet”.

A internet⁴ conforme Hobaika (2013) é o sistema global de redes de computadores⁵ que permite a comunicação usuário a usuário, com a

3 Fase pós-moderna da era da computação, termo em inglês que significa alta tecnologia ou tecnologia de ponta, (VIEIRA, 2013). <http://www.administradores.com.br/artigos/cotidiano/geracao-hi-tech-culto-a-tecnologia/72728/>

4 Sua origem retoma o cenário da Guerra Fria, ou seja, uma tecnologia militar para promover a conexão entre computadores de modo descentralizado que suportasse um ataque de grandes proporções sem interromper a comunicação entre as partes, (MACEDO, 2011).

5 Rede de computadores é o conjunto de computadores autônomos interconectados por uma única tecnologia, conectadas por fios de cobre, fibra ótica, ondas eletromagnéticas ou outras (TANENBAUM, 2002).

transferência de dados de uma máquina para qualquer outra em qualquer lugar do mundo, que composta por nós interligados cria uma interface comunicacional entre humanos e não humanos, que Espada (2011), denomina de Internet das Coisas.

A Internet das Coisas, deriva de termo em inglês “*Internet of Things*”⁶ representada pela sigla “IoT”, quer dizer internet em todas as coisas, uma tecnologia que visa o desenvolvimento sustentável, capaz de aumentar, fortalecer e promover avanços em diversas áreas de aplicação em cadeias de produção, sendo considerada extensão da atual Internet proporcionando conectividade e viabilizando remotamente a troca de informações pelos provedores de serviço em tempo real.

Nesse viés Wachowski (2005), aponta a necessidade de se refletir sobre a problemática da tutela jurídica das bases de dados, haja vista a “IoT” transformar o mundo físico em um grande sistema de informações entre pessoas e pessoas, pessoas e coisas e coisas e coisas (FORBES, 2014).

Devido ao imenso potencial de aplicabilidade no Brasil, a Internet das Coisas, passa ser objeto de estudo realizado no ano de 2017, entre Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) e Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC)⁷, sendo definido pela comunhão das áreas de comunicação, sensoriamento e microeletrônica, presente principalmente nos setores de Cidades, Ruralidades, Indústria e Saúde, delimitadas pelo Plano Nacional de Internet das Coisas.

Ao considerar o contexto tecnológico como aponta Castell e Cardoso (2005), a internet é o primeiro item elencado na lista de 2005 da Lemelson – MIT (Massachusetts Institute of Technology) entre os

6 É um conceito de computação que descreve a ideia de objetos físicos do dia-a-dia conectados a internet com capacidade de identificar outros dispositivos, relacionando-se com o usuário, com outros objetos e com os dados armazenados. <https://www.techopedia.com/definition/28247/internet-of-things-iot>

7 Plano de Estudo sobre Internet das Coisas, realizado ao longo do ano de 2017, em parceria com o Banco Nacional de Desenvolvimento e o Ministério da Ciência, Tecnologia e Comunicações, visando garantir que o Brasil se beneficie e consolide a Internet das Coisas como a tecnologia robótica de maior impacto econômico. Trecho extraído do relatório final sobre “IoT”, disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/d22e7598-55f5-4ed5-b9e5-543d1e5c6dec/produto-9A-relatorio-final-estudo-de-iot.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m5WVild>

tops 25 em inovação tecnológica, por estabelecer uma sociedade em rede produzindo um estado de fusão.

Para Michael Porter, que é um dos maiores pensadores do mundo dos negócios, considera Internet das Coisas “Internet of Things” – IoT – será a mudança mais substancial na produção de bens desde a Segunda Revolução Industrial (HARVARD BUSINESS, 2015).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização das Nações Unidas (ONU), através de pesquisas já realizadas sobre as tecnologias aplicadas à saúde, afirmam que o uso das TICS principalmente a “IoT”, pode mudar o quadro local e mundial no que tange a redução do número de mortes por doenças crônicas, através do monitoramento em tempo real de pacientes, o que motivou a inserção como objetivo da Agenda 2030, como indicador de progresso e de desenvolvimento sustentável em prol do aumento na qualidade na saúde (FORBES, 2014).

Incontrovertido que as revoluções tecnológicas informacionais, estão impondo para a sociedade e organizações um novo paradigma no cenário de gestão à saúde. A “IoT” segue como ferramenta de inovação⁸ ofertando aos usuários do setor de saúde um cuidado em potencial benéfico pela conectividade informacional.

Deste modo Greenfield (2006), aponta o setor da saúde como o de maior capacidade de investimentos e resultados pela capacidade de conectar em tempo real, máquinas, sensores, atuadores que provocam impactos significativos na sociedade por demandarem celeridade e êxito em remodelar situações de urgência e emergência.

Barreto (2002), apresenta a tecnologia em geral como artefato que incluem os recursos eletrônicos mais recentes baseados na conectividade entre máquinas que capta, armazena, processa, fornece, usa, distribui em tempo real as informações e que por consequência aplicada à medicina pode gerar a otimização da saúde dos pacientes.

Certo é que a “IoT” para Almeida (2003) por ser uma das mais novas tecnologias de informação ou comunicação (TICS), representa

8 Maciel (2005) resume tecnologia de inovação como o desenvolvimento de novas formas de produzir, aplicar e distribuir o conhecimento, podendo ocorrer em diversos campos, tipologias, tendo por efeito a inserção em diversas atividades na sociedade.

para o setor de saúde ganhos em termos de conectividade, interatividade, celeridade e bons resultados:

“As novas tecnologias são equipadas por dispositivos que enviam dados e informações de maneira simultânea. Isto agiliza os processos de retorno de respostas, possibilitando, em alguns casos, a intervenção do indivíduo no fluxo da mensagem. Ao contrário da televisão, do cinema e do rádio, onde os conteúdos são unidimensionais e o fluxo da informação possui uma única direção, com a interatividade existe uma construção da mensagem entre os personagens comunicantes e a troca de papéis na maioria dos casos entre emissor e receptor.”

A heterogeneidade de dispositivos com a “IoT” é imensa, não se restringindo mais somente a computadores, smartphones ou laptops, na atualidade a tecnologia é plural e global com uma previsão conforme Forbes (2014) de 40 milhões de dispositivos conectados até 2020.

Por essa perspectiva o aumento dos números de dispositivos conectados, sobreste por consequência um aumento no número de informações, e também de conflitos e riscos a proteção de dados, o que para Guinard (2016), impede a sua efetiva adoção:

“A segurança desempenha papel chave para a adoção da IoT, deste modo a segurança dos objetos inteligentes é tão forte quanto seu enlace mais fraco, isto é, as soluções de segurança ainda não consolidadas, portanto soluções devem ser propostas e discutidas detalhadamente.”

Tal fato é que a proteção aos dados pessoais e clínicos coletados pelas organizações públicas ou privadas e fornecidas pelos usuários do setor da saúde requer de imediato o apreço do judiciário ante a ausência de lei específica no Brasil, e já vigente em outros países da América Latina, como Argentina e Uruguai (JOTA, 2017).

Na Argentina, a Lei nº 25.326 prevê de modo claro e objetivo que os dados pessoais sensíveis através de rol taxativo qual inclui os dados da saúde pública ou privada, que só podem ser captados de forma leal e legal⁹, não podendo ser utilizados para fins diversos dos informados

9 Artigo 6º da Lei o qual indica que as informações devem ser obrigatoriamente prestadas ao seu titular seja na finalidade do recolhimento e a pessoa que pode ser seu destinatário, a existência do arquivamento, registro ou meio similar, o tipo de assunto e o responsável, o caráter obrigatório ou facultativo das respostas aos questionários, às consequências de proporcioná-los ou não sem exatidão, a possibilidade acerca de direitos de acesso, retificação e de supressão,

e autorizados¹⁰ pelos seus titulares, sendo obrigatória a atualização e a exatidão das informações, perfazendo a proteção integral aos dados (ARGENTINA, 2000).

Verificasse na legislação argentina a definição expressa de dados pessoais, bem como do que são dados pessoais sensíveis, ou seja, “particular” qual se insere os dados na saúde, daqueles que são considerados “públicos”, ou seja, não sensíveis e que podem ser tratados e publicados sem causar dano ou prejuízo ao titular da informação, como se verifica no presente julgado:

“DERECHO DE ACESO A LA INFORMACION PUBLICA-SUBSIDIO-PROTECCION DE FATOS PERSONALES-INTERPRETACION DE LA LEY. Cuando el decreto 1172/03 (Anexo VII, Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el P.E.N) regula las excepciones al deber de proveer información, no determina de manera autónoma- em la materia que aquí interesa- lo relativo a los “datos sensibles” que fundamentan la restricción a aquel deber genérico, sino que remite, lisa y llanamente, a lo normado en la ley 25.326, no pudiendo informarse lo relativo a “datos sensibles”, siendo éstos los definidos por dicha ley em su art. 2º, por la que el accionar de la demandada- quien se opone a brindar información acerca de subsidios sociales-constituye una pretensión de extender lo “sensible” más allá de los límites marcados por dicha norma, atribuyéndose una prerrogativa que solo compete al legislador. – Voto de los jueces Enrique S. Petrachi y Carmen M. Argibay y voto de la jueza Elena I. Highton de Nolasco – (ARGENTINA-2000).

O mesmo tratamento a proteção de dados, pode ser verificado na legislação uruguaia Lei nº 18.331/2008, que coerentemente sustenta uma estrutura jurídica que define taxativamente no artigo 4º o que são dados pessoais e a necessidade do consentimento:

“informacion de cualquier tipo referida a personas física o jurídicas determinadas o determinables”, prevendo também que o dado sensível “revelen origen racial y étnico, preferencias partidárias, religiosas, morales, sindical e informaciones a la vida sexual e salud, e la necesidad de consentimiento previo, gratis e informado” (URUGUAI, 2014).

(ARGENTINA, 2000).

¹⁰Trata-se exclusivamente do “consentimento expresso” do titular ora “proprietário” das informações considerado em caso diverso ao prescrito em lei como ilicitude de tratamento de dados pessoais quando o titular não houver prestado seu consentimento expresso, livre e informado, conforme artigo 5º (ARGENTINA, 2000).

Portanto, a simples diferenciação objetiva entre os conceitos de dados pessoais, dados pessoais sensíveis qual se inclui os dados a saúde e dados não sensíveis, promove não só a proteção aos “particulares”, mas também a manutenção do direito a informação “pública”.

Contudo, o referido assunto no Brasil decorre das governanças nas esferas da União, Estados e Municípios, inserido no quadro de políticas públicas na saúde, instituída pelo Plano da “IoT”, e com abordagens sutis nas regulamentações de classe, legislações gerais, bem como pelo Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/ 2014 já alterado pela Lei da Proteção de Dados Pessoais nº 13.709/2018 que se encontra em período de vacância dificultando a gestão de acesso e proteção de dados na saúde eletrônica e as decisões do judiciário.

3 GESTÃO DE ACESSO E PROTEÇÃO DE DADOS NA SAÚDE ELETRÔNICA

Partindo da premissa que a “IoT”, é considerada uma inovação nas tecnologias da informação, a análise da gestão de acesso e proteção de dados na saúde eletrônica se faz justa e necessária, haja vista a inexistência de lei específica para a proteção de dados e as atinentes ao assunto também serem omissas ou superficiais.

A primeira observação que pode ser feita é da Lei de Incentivos a Inovação e a Pesquisa Científica e Tecnológica nº 10.973/2004¹¹, ao considerar a “IoT” como inovação tecnológica que resulta em novos produtos, serviços ou processos de aprimoramento no ambiente produtivo ou social.

Condição esta que também ocorre se observar a Emenda Constitucional nº85 de 2015¹², artigo 218 §1 no capítulo sobre Ciência, Tecnologia e Inovação que declara que o Estado Brasileiro irá promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica, tecnológica e a inovação, que ampliada em 2016 pelo Código

11Brasil (2004), Lei nº 10.973/2004 dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e da outras providencias.

12Brasil (2015), Emenda Constitucional nº 85/2015 que altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação.

Nacional de Ciência Tecnologia e Inovação de nº 13.243/2016 ¹³no artigo 2º, IV a “IoT” resulta como um incremento nos ambientes sociais.

A inovação em “IoT” ou tecnologia de ponta pró-saúde eletrônica¹⁴ (*ehealth*) traz em seu bojo a controvérsia como qualquer outra tecnologia, ou seja, possui pontos positivos como a interoperabilidade e a celeridade, mas também pontos negativos, como a vulnerabilidade na proteção de dados, ora objeto em análise .

A questão da interoperabilidade remete a capacidade de integrar e interagir com outros dispositivos para gestão de cuidados a saúde, sendo que o tempo de implantação pode superar as expectativas já que as mudanças e as necessidades são mais céleres que os procedimentos burocráticos.

Tal condição pode até tornar a tecnologia obsoleta, mas não um fator limitador de concretização de acesso, justo e democrático na formação de uma sociedade sustentável na saúde, capaz de contribuir para a interação profissional e paciente, na redução de gastos, na diminuição de erros médicos, na prevenção de hospitalização (LYMBERIS e DITTMAR, 2007).

A transmissão de dados dos pacientes é feita por centros de telemetria ou pelos profissionais que operam, e assim que recebidos os procedimentos atinentes ao quadro descrito e de ações preventivas são enviados como o primeiro cuidado com a saúde, sendo acompanhado e realizado pelo profissional diagnóstico remoto.

Pode-se afirmar que as estruturas utilizadas “blocos e redes”, são capazes de desenhar um novo cenário nos serviços de saúde, pela possibilidade de superar longas distancias no atendimento e na administração de procedimentos com a mínima intervenção humana, mais ao mesmo tempo suscetível a interceptação por terceiros.

É nesse momento que se observa a vulnerabilidade do direito a proteção de dados pessoais, que mesmo derivado do direito à privacidade e considerado por Sarlet (2016) como um direito fundamental e autônomo, não está protegido pelo artigo 5º, XII da Constituição Federal

¹³Brasil (2016), Lei nº 13.243/ 2016 Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação.

¹⁴A saúde eletrônica conforme Eysenbach (2001) pode ser definida como a utilização de informações e de tecnologias de comunicação para oferta e melhoria de serviços de saúde.

Brasileira de 1988, como o sigilo das comunicações, correspondências, telegráficas e telefônicas.

No setor da saúde a proteção de dados pessoais se insere na esfera dos dados sensíveis¹⁵ que ao serem fornecidos pelos usuários e utilizados pelas instituições podem segundo Sarlet (2016) envolver não só os aspectos raciais, étnicos, políticos, religiosos ou filosóficos, bem como os que resultam de diagnóstico médico e estejam relacionados ao paciente podem desencadear processos discriminatórios e de socialmente estigmatizados ao serem expostos a terceiros (CASTRO, 2005).

Tal condição pode ser observada, quando, por exemplo, considerar que a relação existente entre o prestador de serviço da saúde “instituições” e o paciente “usuário” é uma relação de consumo que abarcada pela Lei nº 8.078/90 o Código de Defesa do Consumidor regulamenta a proteção aos dados pessoais e os considerando dados sensíveis ao serem expostos podem favorecer as empresas de plano de saúde na valoração do serviço a ser prestado, vide jurisprudência:

Recurso Inominado RI 00353008820248190208 RJ (TJ-RJ).
Data da publicação: 22/05/2015. Ementa: (...) Voto do eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no julgado em sede de recurso repetitivo, 1457199, *in verbis*: A vedação de utilização de dados sensíveis buscar evitar a utilização discriminatória da informação, conforme claramente definido pelo legislador como aqueles pertinentes à origem social e étnica, à saúde, a informação genética, a orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.¹⁶

Deste modo, um novo perfil de paciente se constrói, os chamados

15 Os tipos de dados pessoais utilizados no contexto da saúde são dos mais delicados, conceituados como sensíveis, por se tratarem de informações que podem revelar traços íntimos e que devem ser do conhecimento apenas do indivíduo e de quem ele decide compartilhar, pois dependendo cenário, podem sujeitar o indivíduo a práticas discriminatórias. Extrato de texto disponível em: <https://saudebusiness.com/pt/pt/protecao-dos-dados-pessoais-na-area-da-saude/> Acesso realizado em 30 de set. de 2018.

16 Jusbrasil. Recurso Inominado. RI 00222148820148190066 – TJ- RJ. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Direito+de+Privacidade+dados+de+sa%C3%BAde&ref=bottomsearch&cidtopico=T10000002&cidtopico> Acesso realizado em 30 de set. de 2018.

pacientes digitais “*epatient*¹⁷” como elencado Hummel (2008), que ora mais preocupado com os cuidados à saúde mantem maior contato com os profissionais trazendo a consolidação de novos conhecimentos.

“A capacidade é de um intercampo entre tecnologia e saúde capaz de construir fluxos e estruturas que viabilizam o intercâmbio, a cooperação, as interações, tanto intra como intercâmbios, ao mesmo tempo, nele ficam expostas às segmentações, conflitos que esgarçam em pontos cruciais o tecido social da saúde” (MORAES; GOMES, 2007).

Em 2009 o Brasil institui a Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde nº 2.690, como o objetivo de gerir as atividades de incorporação, difusão, gerenciamento das tecnologias em saúde, mas sem inserir proteção legal aos dados pessoais mantendo apenas advertindo sobre o uso inapropriado das tecnologias aos profissionais de saúde.

Um dos principais exemplos de tecnologia informacional em saúde de coleta, armazenamento e transferência de dados é o prontuário eletrônico do paciente (PEP), ora regulado pela Resolução de nº 1638/2002 do Conselho Federal de Medicina que em seu artigo 1º define como o documento como sendo:

“O conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo”.

Para Possari (2010), o prontuário eletrônico se trata de registro online do paciente que pode ser compartilhado dentro da rede hospitalar, se traduzindo no conjunto de documentos pertencentes a uma determinada pessoa para facilitar a assistência médica documentando a história dos exames, diagnóstico e tratamento além de um sistema de dados corretos e atualizados.

Já Mendes (2010) considera o prontuário eletrônico como um

17 O termo e-pacientes foi cunhado por Tom Ferguson, para descrever indivíduos que estão equipados, capacitados, empoderados e envolvidos em suas decisões de saúde e cuidados de saúde, em que a assistência médica é parceira entre os pacientes e profissionais de saúde e os sistemas que os apoiam. Disponível em: <https://medicinex.stanford.edu/what-is-an-epatient-2/> Acesso realizado: 24 de out. de 2018.

componente logístico fundamental, para a organização de uma rede de saúde ancorada em soluções tecnológicas informacionais que garantem uma organização de fluxo e contra fluxos em acesso a qualquer tempo e lugar.

Os registros eletrônicos dos prontuários para Cunha & Silva (2005) ganham importância fundamental por conta dos bancos de dados, nos quais uma única informação possibilita, com o cruzamento dos dados, ao atendimento às diferentes necessidades de informação.

Mas como já citado anteriormente, a referida tecnologia possui benefícios e malefícios, e que para Majewisky (2003) os benefícios são inúmeros se considerar a melhoria do atendimento, a sua continuidade, a integração multidisciplinar, a economia espacial e melhor acondicionamento e conservação dos dados, além do incentivo a pesquisa.

Contudo Majewisky (2003), também aponta os malefícios quais se concentram na necessidade do alto investimento em hardware, software e treinamento humano, além da constante manutenção pela proteção de dos dados considerados sensíveis e sigilosos também pelo Conselho Federal de Medicina (2012), passíveis de uso inadequado e intencional.

Porém, mesmo com a publicação do Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2012 com proteção específica aos dados pessoais e sensíveis está perfaz vulnerável já que o consentimento do proprietário das informações não é exigido, por exemplo, quando usados para fins de pesquisa, condição essa que se estende para a Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018 que altera o “MCI” e que sofre ainda seu período de vacância previsto em 18 meses da data de publicação.

Deste modo incontroverso que a mesma atmosfera de vulnerabilidade da proteção de dados pessoais ora considerados sensíveis no setor da saúde, se perpetua em razão dos direitos e deveres aos usuários, plataformas e aplicativos de saúde, não serem abarcados pelas em sua plenitude pelo “MCI” deixando várias lacunas no ordenamento jurídico brasileiro.

O Marco Civil da Internet “MCI” estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, com a pretensão de regulamentar à tecnologia informacional porém tratando a questão da proteção de dados de modo superficial conforme prescrito em seu artigo 11:

“O Marco Civil da Internet Lei nº 12.965/014 não trata de forma efetiva a proteção aos dados pessoais como se observa no artigo 11 que em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção de dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros, ficando o dever de regulamentação e tutela para uma legislação posterior” (BRASIL, 2014).

Deste modo é importante pontuar a vulnerabilidade do referido artigo do “MCI”, já que a proteção de dados em diversos países como já citados Argentina e Uruguai, assim como os Estados Unidos, tem por base a Diretiva Europeia 95/46 de 1995 que define os dados pessoais e também as normativas de como ser tratados garantindo taxatividade à proteção as informações.

“qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social” (EUROPA, 1995).

Proteção está que se faz presente nos artigos 1º e 5º, X da Constituição Federal Brasileira de 1988, ao relacionar os dados pessoais à dignidade da pessoa humana e inviolabilidade da sua privacidade, o que só reafirma a lacuna existente no Marco Legal da Internet principalmente na questão de proteção, que se estende a coleta, o tratamento e armazenamento de dados pessoais, que não se esgotara nesse estudo já que mesmo após a vacância da Lei de Proteção de Dados a efetividade se dará pelas questões da sociedade e decisões dos tribunais.

4 RESSIFIGINAÇÃO DA INSTRUMENTALIZAÇÃO TECNOLÓGICA NA SAÚDE ELETRÔNICA

Atualmente a ciência e a tecnologia se apresentam como o elo entre o progresso e desenvolvimento, sendo meio para agregar valores, ideologias, sofrendo e causando transformações políticas, sociais e culturais.

Deste modo a neutralidade não pode ser uma característica

determinável a tecnologia, já que está não é autônoma em sua totalidade, tão pouco livre de valores e independente da variação cultural ou de grupo social, procurando não abranger os fatos de maneira hierarquizada como descreve a Teoria Tradicional desenvolvida nos primórdios da filosofia por René Descartes (LACEY, 1998).

Tal abordagem filosófica da Teoria Tradicional tem sua ligação com o avanço das ciências naturais¹⁸, como física e matemática, correspondendo os fatos com leis de causa e efeito, fundados no ideal cartesiano e no paradigma mecanicista em que a linguagem científica se torna a verdade absoluta e inquestionável.

De acordo com Hokheimer (1980) a Teoria Tradicional impõe uma separação, um distanciamento entre sociedade e indivíduo qual não se vê como parte do processo, pois em grande parte ele acaba aceitando as determinações impostas, delimitando seu comportamento sem nada contrariar, perpetuando um estado de dominação.

Por essa afirmação surge à perspectiva de modificar os preceitos formulados de tratar a ciência como neutra conforme Popper (1979), a fim de destitui-la da ação do homem e de suas impressões internas como bem elenca Japiassu (1981) ao questionar qual é a ciência, em suas pesquisas, que deixa de apelar a cerca de determinados valores e normas éticas?

Nessa esfera a filosofia retoma a importância da dimensão social, o processo histórico da ciência, como declara Kunh (1989) ao dizer da importância de se superar o positivismo lógico, introduzindo conceitos sociais para explicar à dinâmica e ajustes da ciência (BAZZO, LISINGEM e PEREIRA, 2003).

A perspectiva de tornar a ciência e a tecnologia menos exclusiva, opressora e distanciada dos valores humanos e das mudanças sociais, surge com a necessidade de aprofundar as relações entre ciência, tecnologia e sociedade, evidente nas décadas de 60 e 70 com o movimento da CTS por meio da comunidade acadêmica, ora insatisfeita com a visão

18 Teorias críticas diferem epistemologicamente de teorias em ciências naturais, de maneira essencial. As teorias em ciência natural são “objetificantes”; as teorias críticas são “reflexivas” (GEUSS, 1988).

tradicionalista da ciência (SANTOS, 2010).

O referido movimento nasce basicamente por um caráter crítico da ciência e da tecnologia, bem como do entendimento da interdisciplinaridade com outras áreas de conhecimento como a da informação que promove uma inovação na alfabetização dos seus atores para tenham condições de decidir sobre questões tecnológicas (SANTOS, 2010).

A contraposição à concepção de ciência neutra alicerçada pela Teoria Tradicional se dá através da Teoria Crítica, oriunda da Escola de Frankfurt, qual esboça o homem não apenas como mero resultado de um processo histórico, mas como agente deste processo, não passivo e que busca emancipação.

Portanto a Teoria Crítica apresenta explicitamente uma preocupação entre o papel da tecnologia e da ciência nas relações dinâmicas da sociedade quanto aos seus impactos, possibilidades e limite, extensivo à tecnologia informacional “internet em todas as coisas” quando o assunto é a proteção de dados pessoais sensíveis.

Conforme Miranda (2002) qualquer tecnologia é fruto entre a ciência e a técnica, que produz uma razão instrumental, ou seja, o agir racional com respeito a seus fins não podendo ser analisada fora do modo de produção, como observado por Marx.

Deste modo evidencia-se que a ciência tanto como disciplina ou ciência aplicada à informação representa um corpo doutrinário gerado em um determinado contexto sócio histórico “sociedade em rede”, declarada como a 3ª Revolução Industrial nas décadas de 60 a 70 (CASTELL, 2015).

A percepção de ciência pura é desconstruída pela condição de estar conectada com o meio ambiente, e que o homem que a produz o cientista não é um ser abstrato (MOSER, 2005).

Por esta ótica é importante elencar a posição de destaque que Herbert Marcuse na Escola de Frankfurt anteriormente citada como a propagadora da Teoria Crítica dotada de personalidade negativa como alguém que odeia o mundo, mas que apresenta um espírito crítico rigoroso à prática política (VIVAZ, 1973).

Tal posição também se evidencia na obra de Marcuse (2015) “O Homem Unidimensional”, baseado numa literatura sociológica e

psicológica, onde exagera os males do sistema, denominando a sociedade tecnológica como unidimensional, com características totalitárias, de igualação da distinção de classe, das mudanças do trabalho, mecanização de processos, automatização, o que influencia a Teoria Crítica concebendo o homem como o autor de sua própria história e por sua alienação social.

Estabelece verdadeiro elo entre a história concebida por Marx no século XIX, a desumanização do homem na sociedade capitalista e a perspectiva de emancipação, tentando associar no contexto histórico do materialismo, porém sem deixar de lado o seu caráter fenomenológico de que a tecnologia sob um novo conceito de racionalidade seria orientado intrinsecamente por valores.

Os valores na atualidade enseja uma tecnologia não como meio puramente racional para fins, o que denota uma refutação da sociologia da tecnologia e da filosofia da Teoria Tradicional.

Portanto fica evidente que Marcuse (1968), apesar de não ter desenvolvido uma abordagem histórica adequada, abarcou em seu pensamento que o problema da tecnologia moderna seria a neutralidade de valores, o que a torna um instrumento de dominação e não um instrumento a serviço da vida.

Para Marcuse (2015) o futuro da tecnologia em seu pensamento, não seria limitado apenas em valores econômicos pela produção de seus artefatos, mas também pelas necessidades humanas como se faz presente aos modelos da medicina, além de defender a ideia de que o homem não precisa esperar um Deus para transformar a sua sociedade tecnológica em um lugar melhor.

Contribuindo ainda com a Teoria Crítica da Tecnologia, Feenberg tendo por mentor Marcuse procura delimitar a relação entre a tecnologia e a sociedade moderna, deixando de lado todas as características do determinismo de neutralidade, autonomia e hostilidade, por uma tecnologia histórica que estrutura o mundo e os serviços pautados por um caráter democrático.

Caracteriza-se pela explícita ambivalência de cunho tendencioso político, já que a tecnologia exerce um controle sociopolítico, mas também por ser um agente de democratização, se definindo como uma teoria

política moderna no contexto que se encontra seja das reivindicações das classes minoritárias ou do poder e controle das classes dominantes inscrita no conceito de código técnico.

Conforme define Feenberg (2002) o código técnico é o conjunto de interesses sociais e normas funcionais que participam implicitamente na construção e no desenvolvimento da tecnologia e no seu “*desing*” exercendo uma função comunicativa entre classe dominante e dominada.

Vislumbra-se uma teoria formada por substantivismos, carregada de valores, e instrumentalista por haver a possibilidade controle onde meios e fins estão ligados para construir uma nova estrutura e estilos de vida como se observa nas tecnologias aplicadas a saúde me tempo real “IoT”.

A “IoT” na saúde, busca através da tecnologia em tempo real proporcionar melhoria de qualidade de vida do usuário, nas relações da gestão a saúde, bem como de outras tecnologias como o “*blockchain*” para maior proteção aos dispositivos médicos mas principalmente a privacidade dos dados pessoais do paciente diante das lacunas da lei (CIO, 2017).

A tecnologia “*blockchain*” possui propriedades intrínsecas como segurança, resiliência, inviolabilidade e imutabilidade, que traz essa possibilidade do uso no setor da saúde através de plataforma de dados compartilhada e descentralizada onde todos os usuários são responsáveis por armazenar e manter a base íntegra (CPQD, 2017).

O sistema de redes da “*blockchain*” pode ser aberto, ou seja, público e também privada que exige permissão para acesso, utilizado para dados pessoais sensíveis, pois o acesso a rede está de acordo com os aspectos legais e regulatórios, por um grupo pré-selecionados em ambientes corporativos fechados (CPQD, 2017).

Deste modo, ao usar da tecnologia do “*blockchain*” no setor da saúde¹⁹ para o aumento a proteção de dados pessoais sensíveis de seus

19 O setor de saúde está passando por mudanças significativas devido à grande quantidade de dados sendo gerados. “A tecnologia Blockchain fornece uma estrutura altamente segura e descentralizada para o compartilhamento de dados que irá acelerar a inovação em todo o setor” conforme Shahram Ebadollahi, IBM Watson Health Chief Science Officer. Disponível em: <http://cio.com.br/tecnologia/2017/03/27/blockchain-pode-ajudar-a-protetger-dispositivos-medicos-e-dados-de-saude/> Acesso realizado em 17 de out. de 2018.

usuários, verifica-se também uma economia de tempo em processamento de informações, redução de custos já que o acesso é confiável a base de dados, redução de riscos pelo acesso transparente a dados íntegros e imutáveis distantes de fraudes, cybercrimes e adulterações configurando um aumento de confiança na proteção de dados²⁰ (CPQD, 2017).

Outro aspecto a ser observado é a conduta ética do profissional da saúde, ressignificado pela bioética Sanches (2014) como a ciência da ética que se ocupa do “comportamento nos ambientes de saúde” enquanto valor humano, nas relações do profissional da saúde e do paciente nas tecnologias aplicadas à vida, e que o dever de cuidado possa se tornar um dever de indenizar.

Isso ao fato da saúde ser abastecida por dados sensíveis, que desprotegidos podem gerar danos morais aos seus titulares, ora consubstanciados no princípio da responsabilidade de Hans Jonas que elenca a preocupação com a ética frente técnica e seus efeitos nas gerações futuras como civilização tecnológica.

Preocupação está que também se apresenta nos escritos de Heidegger em 1969, ao argumentar que o cuidado é a raiz da ética, ligado diretamente à ideia de compaixão, empatia, mas também a segurança, privacidade e preservação dos dados (ZAMBOLI, 2004).

Deste modo é de extrema importância, viabilizar métodos para proteção dos dados coletados, seja através de programas de formação e avaliação da tecnologia empregada, elaboração de normas específicas capazes de regular as ações e omissões dos profissionais da saúde, bem como crimes virtuais, senhas criptografadas e certificadores.

A responsabilidade maior da tecnologia informacional na medicina é aprimorar através de suas pesquisas seus artefatos, pautados na ética e nas normas positivadas desde sua implantação até a preservação dos dados sensíveis coletados garantindo assim não só eficiência e celeridade,

20 Os prontuários eletrônicos são o grande exemplo na área de saúde como “base de dados” pois carregam uma massa de dados, considerados sensíveis por constar dados intrínsecos ao ser humano, além de dados demográficos, tratamento e informações genômicas, que agem como repositórios para a investigação biomédica. Disponível em: <http://cio.com.br/tecnologia/2017/03/27/blockchain-pode-ajudar-a-protoger-dispositivos-medicos-e-dados-de-saude/> Acesso realizado em 17 de out. de 2018.

mas proteção informacional paciente e do Estado.

Portanto, Feenberg (2005) traz o real entendimento para a não neutralidade da ciência e tecnologia através da Teoria Crítica, ao pontuar a íntima relação entre o universo tecnológico e social, a partir da forma como estrutura o mundo social por meio dos serviços que presta ao homem, contexto que abrange a medicina como ciência a serviço da saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução e o desenvolvimento das tecnologias da informação juntamente com a internet se caracterizam principalmente pelo uso da conectividade em tempo real “Internet das Coisas”, como passaporte para a relação homem e máquina encurtando distâncias, ampliando relações, pela capacidade de promover soluções mediatas principalmente no setor de cuidados à saúde, “*healthcare*”.

A “Internet das Coisas”, ou internet em todas as coisas reconfigura o setor da saúde na sua administração, com o uso de prontuários eletrônicos através de uma base de dados permanentes que coleta, gerencia e armazena uma massa de informações pessoais dos usuários, que demandam de imperiosa proteção legal.

Deste modo os dados coletados permitem o pleno conhecimento da vida do indivíduo, que diante da vulnerabilidade normativas no Brasil como é o caso do Marco Legal da Internet- Lei nº 12.965/014 está sujeito a sofrer os impactos da quebra de sigilo e privacidade haja vista estes conceitos não serem suficientes para proteção dos dados considerados sensíveis na saúde, por trazerem diversos processos de estigmatização social.

Assim emerge a necessidade de uma legislação específica, que em traga objetivamente conceitos para dados pessoais, em especial os “sensíveis ou privados” onde se enquadram os dados do setor da saúde, como já descritas nas legislações da Argentina e do Uruguai.

Tal preceito de proteção é extensivo ao tratamento de dados tendo como ponto de partida o consentimento do usuário e proprietário das informações coletadas e armazenadas nas bases de dados, assim como as atividades dos agentes na responsabilidade de manter fidedignas as informações vinculadas a uma pessoa natural.

Certo é que mesmo com a promulgação da como a “Lei de Proteção de Dados” – Lei nº 13.709/2018 criada sobre a égide base a Diretiva Europeia 95/46 de 1995 que define os dados pessoais e também as normativas de como ser tratados garantindo taxatividade à proteção as informações, qual esta em período de vacância sobrevêm ainda necessidade de observar sua aplicabilidade e seus resultados tanto para judiciário quanto para a sociedade, o que não esgotará os estudos sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Lei 24.766 de 30 de outubro de 2000. Disposições Gerais. **Dispõe sobre Princípios Gerais de Proteção de Dados, Direito dos Titulares de Dados, Controles, sanções e ação para a proteção de dados pessoais.** Disponível em: <http://wwwl.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/textos> Acesso realizado em: 30 de set. de 2018.

BARRETO, A. de A. **Informação e transferência de tecnologia: mecanismos e absorção de novas tecnologias.** Brasília: IBICT, 1992.

BAZZO, W. A.; LINSINGEN, I. V.; PEREIRA, L. T. V. **Introdução aos estudos CTS** (Ciência, Tecnologia e Sociedade. Mari, Espanha: OEI (Organização dos Estados Ibero-americanos), 2003.

BRASIL. **Lei nº 13.243/2016.** Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm Acesso realizado em: 30 de set. de 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 85 de 2015.** Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2015/emendaconstitucional-85-26-fevereiro-2015-780176-publicacaooriginal-146182-pl.html> Acesso realizado em: 30 de set. de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.973 de 2004.** Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm

BRASIL. **Plano Nacional da Internet das Coisas.** Relatório Final do Estudo. Janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/d22e7598-55f5-4ed5-b9e5-543d1e5c6dec/produto-9A-relatorio-final-estudo-de-iot.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m5WVIlId> Acesso realizado em: 30 de set. de 2018.

BENEVIDES, M. V. M. de. **A cidadania ativa**: referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Editora Ática, 1991.

CASTELLS, M; CARSOSSO, G. **A Sociedade em Rede do Conhecimento à Ação Política**. Imprensa Nacional. Casa da Moeda. Belem. 2005.

CASTRO, C. S. **Direito da Informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

CIO FRON IDG. **Tecnologia Blockchain pode ajudar a proteger dispositivos médicos e dados de Saúde**. Disponível em: <http://cio.com.br/tecnologia/2017/03/27/blockchain-pode-ajudar-a-protger-dispositivos-medicos-e-dados-de-saude/> Acesso realizado em 17 de out. de 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Cartilha sobre prontuário eletrônico: a certificação de sistemas de registro eletrônico de saúde**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/crmdigital/Cartilha> Acesso realizado em: 30 de set. de 2018.

EUROPEAN PARLAMENT AND COUNCIL OF EUROPE. **Directive 95/46/EC, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and the free movement of such data**. Disponível em: http://ec.europa.eu//justice_home/fsj/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_en.pdf. Acesso realizado em 05 de out. de 2018.

EYSENBACH, G. **What is e-health?** J Med Internet Res. 2001 Apr-Jun;3(2):e20

FEENBERG, A. Heidegger and Marcuse: **The Catastrophe and Redemption of History**. London: Routledge, 2005.

FEENBERG, A. **A Teoria Crítica: racionalização democrática, poder e tecnologia**. Brasília: Observatório do Movimento pela Tecnologia Social na América Latina, 2010.

FORBES. **A Simple Explanation Of “The Internet Of Things”**. May, 13, 2014. Jacob Morgan. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/jacobmorgan/2014/05/13simple-explanation-internet-things-that-anyone-can-understand/> Acesso realizado em: 30 de set. de 2018.

GARCIA, J. C. R. **Transmissão de tecnologia: análise de conceito**. Data Grama Zero, v. 2, n. 2, abr. 2001. Disponível em: <http://www.brapci.inf.br/index.php/article/view/0000007828/7bd967165538d70dd5961732fc4514a3> Acesso realizado em: 23 de ago. de 2018.

GEUSS, R. **Teoria Crítica: Habermas e a Escola de Frankfurt**. Tradução de Bento Itamar Borges. Campinas: Papirus, 1988.

GUINARD, D. **The Politics Of The Internet Of Things**. Disponível em: <https://techcrunch.com/2016/02/25/the-politics-of-the-internet-of-things/> Acesso realizado em: 30 de set. de 2018.

HARVARD BUSINESS. **Review de outubro de 2015**. Disponível em: <https://hbr.org/2015/10/how-smart-connected-products-are-transforming-companies> Acesso em: 08 de jun. de 2018.

HEIDEGGER, M. **A questão da técnica**. Scientia e studia, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 375-98, 2007.

HEIDEGGER, M. **Ser e Tempo**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Vozes, 2014.

JONAS, H. **O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto / PUC-RIO, 2006.

JUSBRASIL. **Recurso Inominado**. RI 00222148820148190066 – TJ- RJ. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/e+sa%C3%BAde&ref=bottomsearch&idtopico=T10000002&idtopico> Acesso realizado em 30 de set. de 2018.

KUHN, T. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1989.

LACEY, H. **Valores e Atividade Científica**. São Paulo: Discurso Editorial and Fapesp. (First edition of VAC-1), 1998.

LEVY, P. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Editions Odile Jacob, 2002.

LYMBERIS, A; DITTMAR, A. **Advanced wearable health systems and applications: research and development efforts in the European Union**. IEEE Eng Med Biol Mag. 2007 May-Jun;26(3):29-33.

MARCUSE, H. **Novas Fontes para a Fundamentação do Materialismo Histórico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968.

MARCUSE, H. **O Homem Unidimensional** – Estudos da Ideologia da Sociedade Industrial Avançada. São Paulo. Edipro, 2015.

MARQUES, F. P. J. A. Internet e Parlamento: um estudo dos mecanismos de participação oferecidos pelo Poder Legislativo através de ferramentas online. **Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação**, p. 2-20, Agosto/2007.

MATTERN, F. & FLOERKEMEIER, C. (2010). **From the internet of computers to the internet of things**. Communications of the ACM, 64(6), 242–259.

MEDICINE X. **Sobre a Medicina X**. Disponível em: <https://medicinex.stanford.edu/what-is-an-epatient-2/> Acesso realizado: 24 de out. de 2018.

MENDES, E. V. **A modelagem das redes de atenção à Saúde**. Disponível em: www.saude.es.gov.br/.../A_MODELAGEM_DAS_REDES_DE_ATENCAO_A_SAUDE.pdf Acesso realizado em: 07 de jun. de 2018.

MIRANDA, A. L. **Da natureza da tecnologia: uma análise filosófica sobre as dimensões ontológica, epistemológica e axiológica da tecnologia moderna**. 2002 pp. 161 (Dissertação de mestrado). Programa de Pós-

Graduação em Tecnologia do Centro Federal de Educação Tecnológica do Paraná (CEFET-PR). Disponível em: http://files.dirppg.ct.utfpr.edu.br/ppgte/dissertacoes/2002/ppgte_dissertacao_102_2002.pdf Acesso realizado: 07 de jun.de 2018.

SANCHES, M.A. **Bioética: ciência e transcendência**. São Paulo: Loyola, 2004.

SANTOS, B.S. de. [org.]. **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. Vol. 1.

SAÚDE BUSINESS. **Proteção de Dados Pessoais na Área de Saúde. Legislação e Documentação**. Disponível em: <https://saudebusiness.com/protecao-dos-dados-pessoais-na-area-da-saude/> Acesso realizado em 30 de set. de 2018.

SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVEIRA, S. A. da. **Governo Eletrônico e Inclusão Digital**. In: HERMANNNS, Klaus (org). **Governo Eletrônico: Os Desafios da Participação Cidadã**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2002, p. 69-81.

TECHOPEDIA. **Internet of Things (IoT)**. Disponível em: <https://www.techopedia.com/definition/28247/internet-of-things-iot> Acesso realizado em: 30 de set. de 2018.

URUGUAI. República Oriental del. **Lei nº 18.331 de 18 de agosto de 2008**. Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy> Acesso realizado em 30 de set. de 2018.

VIEIRA. D.P. Comunidade Adm. **Geração HI-TECH: culto à tecnologia**. 2013. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/cotidiano/geracao-hi-tech-culto-a-tecnologia/72728/> Acesso

realizado em: 30 de set. de 2018.

VIVAS, E. **Contra Marcuse**. Buenos Aires: Paidós, 1973.

World Health Organization. **Global Observatory for eHealth [Internet]**. Geneva: World Health Organization; 2014 [cited 2016 Jan 27]. Disponível em: <http://www.who.int/goe/en/> Acesso realizado em: 10 de ago. de 2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo I Direito de Autor e Inovação

TÍTULO: A ADEQUABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E DAS LEIS DE DIREITO AUTORAL BRASILEIRAS VIGENTES PARA A TUTELA DE OBRAS FEITAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Lukas Ruthes Gonçalves

A ADEQUABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E DAS LEIS DE DIREITO AUTORAL BRASILEIRAS VIGENTES PARA A TUTELA DE OBRAS FEITAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Lukas Ruthes Gonçalves¹

RESUMO

Com o intuito de verificar se os tratados internacionais e as leis nacionais vigentes no âmbito da Propriedade Intelectual fornecem uma resposta satisfatória quanto à autoria do obras feitas por aplicações de Inteligência Artificial (IA), apresenta-se o conceito de IA, as suas principais características e alguns exemplos de aplicação. Em seguida, analisam-se os tratados internacionais em vigor que regem a matéria de autoria e inovação, em especial a Convenção de Berna, o acordo TRIPS e o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor e as leis brasileiras de Direito de Autor, fazendo-se o enquadramento jurídico da Inteligência Artificial a partir dessa regulação. Por fim, analisa-se se as previsões sobre autoria nas leis e se uma IA poderia ter a tutela das leis de Direito Autoral nesse âmbito. A partir do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, foi possível concluir pela aplicação análoga da legislação existente em matéria de *software*, para atribuir a titularidade pela IA ao criador ou à empresa que o contratou; porém que uma nova regulação seria necessária, dado o fato de que a normativa vigente não é suficiente para abarcar todos os aspectos da questão da autoria de uma obra de IA.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; propriedade intelectual; Autoria; Tratados Internacionais.

¹ Mestre em Direito da Universidade Federal do Paraná, Membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI-UFPR), Advogado.

INTRODUÇÃO

Inovações tecnológicas vêm surgindo a ritmos exponencialmente mais acelerados e causando mudanças cada vez mais profundas e significativas na civilização humana. Tal é especialmente verdadeiro quando se fala de Inteligência Artificial, tópico que habita o imaginário popular desde tempos imemoriais.

Porém, a Inteligência Artificial não só é real como já tem consequências muito reais nas vidas das pessoas e que podem trazer problemas jurídicos complexos. Um desses problemas é justamente a questão da autoria de obras.

A tecnologia dos sistemas de inteligência artificial já permite a eles criar desde músicas até quadros e inteiros capítulos de livros, sem que haja qualquer tipo de interação humana no seu processo criativo. A pergunta que surge, assim, é se o aparato legal atualmente vigente está preparado para lidar com esse tipo de obra.

Por esse motivo, primeiramente se abordará nesse texto o funcionamento desse tipo de tecnologia. É importante entender de onde surge e o que constituem as aplicações de inteligência artificial para se poder determinar qual a legislação aplicável para a sua tutela. Explicada a tecnologia, alguns exemplos de sua aplicação serão demonstrados.

Determinada sua constituição, o segundo capítulo se voltará à legislação que a regula. Partindo de Tratados Internacionais sobre o tema, objetiva-se abordar a legislação internacional e nacional vigente passível de regular o tema de autoria de uma aplicação de IA. O foco é dado especialmente a tópicos relacionados ao que é e o que constitui uma obra.

Por fim, no terceiro capítulo se buscará na legislação respostas à pergunta sobre quem pode ser autor e quais os requisitos para tanto. Feito isso, arguir-se-á se a legislação vigente seria adequada ou não para tutelar obras produzidas por aplicações de inteligência artificial.

Espera-se, ao fim do artigo, poder fornecer respostas, ainda que preliminares, sobre quais rumos devem ser tomados no âmbito da regulação a obras produzidas por aplicações de inteligência artificial. Esse é ainda um tema incipiente no direito, porém que fará sentir seus efeitos

em um futuro não tão distante. Na área do Direito Autoral essa questão se faz especialmente urgente, pois em um âmbito de obras cada vez mais intangíveis, a adição de um autor que também deixa de ser físico traz um potencial fascinante, porém que pode gerar profundas consequências jurídicas.

1. O FUNCIONAMENTO DAS APLICAÇÕES DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Na primeira parte desse trabalho, objetiva-se falar sobre o que é Inteligência Artificial, ou melhor, quais são os elementos abarcados dentro dessa definição. Explicar-se-ão brevemente desde conceitos como algoritmo, *machine learning* e *deep learning*, até definições mais amplas como *Artificial General Intelligence* (AGI). Do mesmo modo, serão apresentados alguns exemplos de usos modernos de aplicações de inteligência artificial, assim como se abordará e refutará algumas noções comuns sobre a tecnologia.

1.1. O que é e como funciona a Inteligência Artificial

A Inteligência Artificial é um tópico que por sua natureza motiva a criação de toda uma mitologia ao seu redor. De histórias sobre Golens no folclore judeu do século XVI até iterações modernas como o Watson da IBM participando do *Jeopardy*², os exemplos são inúmeros. Afinal, é uma pergunta que sempre rondou a imaginação humana. Será que o homem, a partir de objetos inanimados, conseguiria criar vida?

Ao tratar desse tema é necessário olhar a fundo os elementos que compõem essa tecnologia, com o fim de se evitar entrar em explicações folclóricas e que extrapolem suas reais capacidades. Assim, o primeiro passo é compreender o elemento fundamental que constitui a base de toda e qualquer inteligência artificial: o algoritmo.

2 Jeopardy é um programa de televisão americano que apresenta uma competição de perguntas e respostas. Em um dos episódios o Watson, aplicação de Inteligência Artificial criada pela IBM, foi colocado para disputar com ganhadores recentes do programa e acabou vencendo a disputa.

O algoritmo “é um conjunto de instruções matemáticas, uma sequência de tarefas para alcançar um resultado esperado em um tempo limitado” (KAUFMAN, 2018). Ou seja, ele não é necessariamente vinculado a um computador, de modo que é possível que existam algoritmos para se fazer pão, por exemplo, em forma de uma receita no mundo físico. Inclusive, o termo remonta a um matemático persa do século IX chamado Al-Khwārizmi cujas obras ensinavam técnicas matemáticas a serem resolvidas manualmente.

Entrando no mundo da computação, algoritmo seria definido como “qualquer procedimento computacional bem definido que toma algum valor ou conjunto de valores como entrada e produz algum valor ou conjunto de valores como saída” (CORMEN et al., 2002, p. 3). Em essência seria uma quantidade de medidas que devem ser tomadas para transformar uma entrada em uma saída. Tais medidas são programadas através de um programa de computador, um *software*.

Visto o que compõe a tecnologia, um segundo conceito importante a ser definido é justamente o de Inteligência Artificial. Segundo McCarthy, trata-se da “teoria e o desenvolvimento de sistemas de computador capazes de realizar tarefas que normalmente requereriam inteligência humana, como percepção visual, reconhecimento de fala, tomada de decisões e tradução entre línguas” (1955).

Outra definição, de Russell e Norvig (2014), traz Inteligência Artificial como sendo “o estudo e concepção de agentes inteligentes, onde um agente inteligente é um sistema que percebe seu ambiente e realiza ações que maximizam suas chances de sucesso”.

Perceba-se que Inteligência Artificial se trata de um conceito aberto. É uma área de estudo focada em resolver, através de diferentes aplicações de programas de computador, problemas que anteriormente somente a mente humana saberia responder. Desse modo, não se pode falar que exista “uma” ou “a” inteligência artificial. O que existem são uma série de diferentes aplicações que se utilizam de tecnologia avançada com o fim de suprir a capacidade de raciocínio humano em um uso ou outro.

Em suma, uma aplicação ou um programa que se diz utilizar de inteligência artificial, portanto, é composto de uma série extremamente

complexa de instruções com o fim de cumprir uma tarefa que requereria inteligência humana.

O modo pelo qual aplicações modernas de IA cumprem essas atividades também merece destaque, pois também cada vez mais se aproxima da maneira como humanos cumpririam essas atividades: através da análise e interpretação de dados. Faz-se necessário aqui a introdução dos conceitos de *Machine Learning* e *Deep Learning*.

Pode-se dizer que *Machine Learning* é exatamente o que parece: uma tentativa de se ensinar a um programa um truque que até animais primitivos são capazes de fazer, nesse caso aprender com a experiência (ECONOMIST, 2015). Atribui-se o termo a Arthur Samuel (RUSSEL & NORVIG, 2014) em seus estudos sobre a aplicação do método no jogo de damas no ano de 1954. Seu objetivo era arranjar um modo de ensinar um computador a derrotá-lo no jogo. Então ele teve uma ideia. Samuel fez o computador jogar contra ele mesmo milhares de vezes. A partir da análise dos dados gerados, eventualmente o computador foi capaz de derrotá-lo.

Já diria Kaufman (2018) que:

... o Machine Learning explora o estudo e a construção de algoritmos que podem aprender e fazer previsões sobre dados – esses algoritmos seguem instruções estritamente estáticas ao fazer previsões ou decisões baseadas em dados, através da construção de um modelo a partir de entradas de amostra. O aprendizado de máquina é empregado em uma variedade de tarefas de computação, onde o projeto e programação de algoritmos explícitos com bom desempenho é difícil ou inviável.

Conforme a capacidade computacional dos computadores foi aumentando, novas modalidades de análise de dados por *Machine Learning*, cada vez mais complexas, foram se desenvolvendo. Uma das mais populares na atualidade se chama *Deep Learning*. A tecnologia utiliza redes neurais artificiais – simulações simplificadas geradas por computador de como neurônios biológicos se comportam – para extrair regras e padrões de determinados padrões de dados. Mostre a uma rede neural suficientes fotos de gatos, por exemplo, e ela será capaz de dizer se outras fotos apresentadas para o programa são de gatos ou não

(ECONOMIST, 2015).

Ou seja, uma arquitetura feita a partir de *Deep Learning* permite a um programa aprender estruturas mais complexas sem necessariamente precisar de uma quantidade maior de dados. Porém, a utilização de tecnologias cada vez mais avançadas faz com que os valores de saída, resultados da aplicação de um programa que utiliza inteligência artificial em determinada situação, nem sempre corresponda àquilo que esperava pelo seu programador.

A esse efeito se dá o nome de caixa-preta (*black-box*), pelo fato desse tipo de aplicação avançada programar a si mesma e, assim, não conhecerem limites (KNIGHT, 2017). Criadores de determinados algoritmos de *deep learning* admitem que não sabem como tais algoritmos realmente funcionam e como eles estão chegando aos resultados.³ Essa será uma situação a ser analisada nos capítulos seguintes deste artigo.

Assim, viu-se que a Inteligência Artificial é um ramo de estudo cujo foco é desenvolver aplicações que possam aplicar um tipo de raciocínio que tipicamente seria aplicado por humanos. Tais aplicações são feitas a partir de algoritmos, um conjunto de tarefas, que um programa deverá executar para transformar uma entrada em uma saída. Uma das técnicas utilizadas para programar essas aplicações é chamada de *machine learning*, a qual se vale da utilização de dados para “treinar” a máquina. Uma das iterações modernas desse tipo de técnica é denominada *Deep Learning*.

3 Só para citar um exemplo desse efeito caixa-preta, em 2015 um grupo de pesquisa no *Mount Sinai Hospital*, em Nova Iorque, foi inspirado a aplicar *deep learning* no vasto banco de dados dos prontuários de pacientes. O programa resultante, que os pesquisadores chamaram de *Deep Patient*, foi treinado usando dados de cerca de 700.000 (setecentos mil) indivíduos e, quando testado em novos registros, foi incrivelmente eficaz em prever doenças futuras das mais diversas. Ao mesmo tempo, *Deep Patient* é intrigante: parece antecipar o aparecimento de distúrbios psiquiátricos, como a esquizofrenia, de forma surpreendentemente eficaz, mas não oferece pistas sobre como isso acontece. Se algo como *Deep Patient* realmente vai ajudar os médicos, ele será ideal para dar-lhes o raciocínio para a sua previsão, para tranquilizá-los que é preciso e justificar, digamos, uma mudança nos medicamentos que alguém está sendo prescrito. Contudo, por sua natureza, o *deep learning* é uma verdadeira caixa-preta (KNIGHT, 2017).

1.2. Modalidades e Aplicações da Tecnologia de Inteligência Artificial na atualidade

É comum a crença de que a Inteligência Artificial se trata de uma tecnologia do futuro. Frequentemente ao se falar no tópico já se imaginam exemplos da tecnologia como sendo o robô do seriado animado *Jetsons*⁴ ou, de maneira apocalíptica, versões mais assassinas como HAL de 2001: Uma Odisseia no Espaço⁵ ou a *Skynet*, dos filmes Exterminador do Futuro⁶. O que todos esses exemplos têm em comum é que se tratam de visualizações de um futuro utópico (ou distópico) da civilização humana.

Futuro. Como se viu acima, a área de pesquisa existe de maneira sistematizada desde meados da década de 1950, e fora idealizada inclusive por Alan Turing⁷ anos antes, e aplicações modernas da tecnologia já estão presentes de maneira quase universal no dia-a-dia das pessoas. Para ficar-se com um exemplo, utiliza-se o caso do Google Tradutor.

A ferramenta de tradução da empresa do Vale do Silício é um exemplo clássico da ubiquidade da tecnologia de Inteligência Artificial a qual vem, na atualidade, facilitando a vida dos seus usuários. Contudo, antes de explicar o atual funcionamento desse sistema de tradução, é necessário entender como ela funcionava antes.

Nos seus primórdios, em 2007, para se traduzir alguma palavra ou texto de uma língua para outra, o sistema do Google utilizava uma língua única como base para todos os tipos de traduções. Como a empresa é

⁴ Os *Jetsons* é uma série animada produzida nos anos 1960 e que imaginava como seria o mundo no século XXI. Além de carros voadores, uma das personagens principais era a robô Rosie, que servia como empregada doméstica da família Jetson.

⁵ 2001: Uma Odisseia no Espaço é um filme de Stanley Kubrick de 1968 que se passa em grande parte em uma nave espacial e tem como principal vilão a Inteligência Artificial HAL, que comanda as principais funções da espaçonave.

⁶ *Skynet* é a aplicação de Inteligência Artificial responsável pela destruição da raça humana em O Exterminador do Futuro. Criada originariamente para proteger o planeta, ela acaba se voltando contra seus criadores e inicia o extermínio sistêmico da civilização.

⁷ Alan Turing (1912 – 1954) foi importante matemático e cientista da computação britânico e influente na formalização de algoritmo e computação com a máquina de Turing. Foi pioneiro na inteligência artificial, sendo responsável pelo teste de Turing, o qual determina se uma máquina é dotada de inteligência ou não.

americana, a língua utilizada como base se tratava do inglês. Então, por exemplo, se alguém quisesse passar uma frase do francês para o holandês, a oração era primeiro traduzida para o inglês e só depois do inglês para a linguagem alvo.

Esse método, apesar de funcional, ocasionava uma série de inconsistências entre o texto original e o traduzido, o que tornava o programa pouco eficiente. Em setembro de 2016, contudo, os responsáveis pela plataforma anunciaram que a estavam mudando para um novo sistema chamado *Google Neural Machine Translation* (GNMT), o qual aprenderia de milhões de exemplos, providos pelos usuários, e aumentaria consideravelmente a qualidade da tradução (SCHUSTER et al., 2016).

O que isso significa, na prática, é que o sistema de tradução da Google passou a “aprender” com as traduções, de modo que quanto mais utilizada e com o maior *feedback* dos usuários, melhor a qualidade das traduções. A introdução desse sistema também significou que o programa não mais utilizava o inglês como linguagem padrão, introduzindo uma modalidade de *zero-shot translation*, que permitia a tradução direta de uma linguagem para outra.

Com isso, o que os pesquisadores da empresa passaram a perceber é que conforme o sistema fazia cada vez mais traduções ele passava a aprender sobre a semântica das línguas, ao invés de simplesmente memorizar os seguimentos traduzidos. Com sua rede neural, argumentaram os pesquisadores (SCHUSTER et al., 2016), o programa passou a apresentar sinais de desenvolvimento de uma *interlíngua* dentro de sua programação, algo não pretendido por seus programadores, mas que ajudava de maneira expressiva o processo de tradução.

Esse exemplo serve para mostrar como até um sistema de tradução pode possuir um complexo sistema de inteligência artificial imbuído em sua programação. Porém, isso não indica que estamos mais próximos de uma *Skynet*, pois ainda que o programa da Google seja excelente em traduções, ele seria inútil para fazer uma lista de compras, por exemplo, por não ter sido programado para tanto.

E aqui se entra em uma importante discussão entre as modalidades

de aplicações de inteligência artificial existentes. Na literatura existente sobre o tema se encontram popularmente quatro tipos: a *narrow* em contraposição à *general AI* e a *weak* em contraposição à *strong AI* (também chamada de AGI: *Artificial General Intelligence*).

Narrow se refere à Inteligência Artificial que é capaz de executar uma tarefa. *General* é uma máquina capaz de lidar com qualquer tarefa intelectual. Todos os métodos de inteligência artificial utilizados atualmente (como o Google Tradutor) são caracterizados como *narrow*, com a *General* estando no âmbito da ficção científica (ROOS, 2018).

Já com relação à dicotomia entre *weak* e *strong* ela se resume à distinção filosófica entre agir inteligentemente e efetivamente ser inteligente. Uma *strong AI* equivaleria a uma “mente” que é genuinamente inteligente e autoconsciente. Já a *weak AI* é o que efetivamente existe, nomeadamente sistemas que exibam comportamentos inteligentes apesar de serem “meros” computadores (ROOS, 2018).

Assim, ainda que a humanidade não esteja próxima de desenvolver uma AGI que tenha sua própria consciência, sua aplicação de maneira restrita já está bastante difundida na sociedade, mesmo que de um modo não tão evidente. Esse tipo de aplicação *narrow* não impede, todavia, que os programas existentes já exibam certos traços de independência e executem atividades não previstas por seus criadores.

Viu-se o exemplo do Google Tradutor. Porém, pode-se citar também o caso dos *bots* de autocorreção da Wikipedia que ficam corrigindo um ao outro⁸, aplicativos médicos que detectam câncer⁹, além, claro, dos exemplos mais populares de carros autônomos e aplicativos que produzem

8 O website Wikipedia – Enciclopédia Livre se utiliza de vários pequenos programas denominados bots que vasculham os milhares de verbetes do site à procura de inconsistências e para fazer as devidas correções. Em determinada ocasião dois desses bots foram encontrados em loop, um corrigindo sucessivamente as alterações do outro.

9 Pesquisadores da Universidade de Heidelberg (Alemanha) desenvolveram um aplicativo que detecta câncer de pele com uma proporção de acerto de até 95%. Mais detalhes no link: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,inteligencia-artificial-vence-dermatologistas-no-diagnostico-de-cancer-de-pele,70002328295>.

música ou histórias do Harry Potter nunca vistas¹⁰. O que se pretende estudar nos próximos capítulos é justamente as potenciais consequências da aplicação de programas que utilizem Inteligência Artificial na indústria criativa. Com aplicações do tipo exibindo sinais de criatividade, será que as obras produzidas por elas seriam protegidas pelas atuais leis de Direito Autoral? Será que essas leis sequer seriam adequadas para tutelar esse tipo de obra?

2. A IA E SUA CLASSIFICAÇÃO DE ACORDO COM TRATADOS INTERNACIONAIS E A LEI BRASILEIRA

Tendo sido visto no último capítulo que uma aplicação de inteligência artificial se trata de um *software*, uma programação de computador feita a partir de algoritmos mais ou menos complexos, o objetivo desse capítulo é falar sobre as regulamentações internacionais e nacionais que tratam do tema. Desde a Convenção de Berna até o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, passando pelas leis 9.609 e 9.610 de 1998, buscaram-se os textos legais que tratam da regulação do *software* e, em especial, o que motivou a criação deles no que tange ao programa de computador. Tal será importante para tratar da adequabilidade desses textos legais no capítulo 3. Vista a regulamentação, em seguida se apresentará como uma aplicação de inteligência artificial seria regulamentada de acordo com esses textos legais.

2.1 As leis em vigor aplicáveis aos programas de Inteligência Artificial

Sendo uma aplicação de Inteligência Artificial essencialmente um programa de computador com um algoritmo complexo, fica mais fácil de se determinar as disposições legais que regulamentam a matéria. Considerando que a tecnologia em si é recente, é possível de se traçar o ponto de origem no qual se passou a dispor do assunto em tratados

10 Uma empresa denominada Botnik Studios desenvolveu uma aplicação de Inteligência Artificial que absorveu todo o conteúdo dos sete livros de Harry Potter e foi programada para escrever um capítulo totalmente novo da obra.

internacionais e leis internas.

A primeira menção ao *software* em um texto legal internacional se deu em uma legislação de Propriedade Intelectual (mais especificamente de Direito Autoral) denominada de Acordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, na sigla em português ADPIC). De acordo com Valente (2018, p. 163):

O Acordo TRIPS (...) foi assinado em 1994 como um anexo do acordo que fundou a OMC, após a Rodada do Uruguai (1986-1993), como o mais amplo dos tratados internacionais de propriedade intelectual já firmados até então. Além de cobrir todas as áreas já reguladas por outros, acrescentou itens nunca negociados, e outros já negociados, mas em tratados que não avançaram. Mas a maior inovação do TRIPS não reside na matéria tratada, e sim no aspecto de ter equipado países com mecanismos de *enforcement* até então inexistentes na ordem jurídica internacional.

Assim, em decorrência do surgimento da internet e a emergência da tecnologia digital, argumenta ainda a autora (2018, p. 159) que o acordo TRIPS teria inaugurado uma nova abordagem sobre a Propriedade Intelectual, passando a se tornar matéria constante em qualquer acordo sobre livre comércio. O texto se tratou, desse modo, “da primeira provisão, em um instrumento multilateral, a estabelecer a proteção a programas de computador por direito autoral” (GERVAIS 2008, pp. 224-225).

Estabelecer a proteção do *software* por meio do Direito de Autor, em detrimentos de outro tipo de proteção, teria se dado, de acordo com Mariana Valente, em grande parte por influência americana. De acordo com a autora (2018, p. 175):

Os Estados Unidos vinham pressionando desde a década de 1980 pela aplicação do direito autoral ao software, por ver vantagens no modelo, como a já existência de legislações de direito autoral na maioria dos países, a grande extensão dos direitos dados ao autor, e a desnecessidade de registro (e de revelar então o conteúdo do software, como seria o caso se patentes se aplicassem). Como vimos, passaram a exercer ações unilaterais para fazer prevalecer o modelo. Determinar que programas de computador são protegidos tal qual obras literárias, nos termos da Convenção de Berna (art. 10(1) do TRIPS), é dar a eles as mesmas condições de proteção previstas na Convenção, com exceção do direito de recitação pública (art. 11 de Berna)

Desse modo, percebe-se que a intenção em se proteger programas de computador por meio do Direito Autoral foi para maximizar a proteção disponível e preservar ganhos econômicos, especialmente dos países que reconhecidamente tem uma tecnologia muito avançada na área, como é o caso dos Estados Unidos. Outro aspecto interessante mencionado por Valente na citação acima é a referência à Convenção de Berna. Esse texto é um que merece ser mencionado, pois estabeleceu a base do Direito Autoral aplicado na atualidade.

A Convenção de Berna foi o primeiro instrumento internacional a tratar sobre a proteção aos Direitos Autorais em âmbito global e data de 1886. Até o momento, o Tratado conta com a assinatura de 175 dos 192 países do mundo¹¹, o que garante que cada país estabeleça parâmetros mínimos de proteção para todas e quaisquer obras que circulem em seu território. Tal proteção deve ser dada de maneira uniforme para autores nacionais ou estrangeiros que pertençam a outros países signatários da Convenção.

Além da Convenção de Berna e do acordo TRIPS, houve outra legislação internacional que também surgiu para modernizar a proteção do Direito Autoral para a era da internet e que deve ser mencionada aqui. Ela se trata do WIPO Copyright Treaty (WCT ou Tratado da OMPI de Direito Autoral).

De acordo com Valente (2018, p. 184):

Em dezembro de 1996, a OMPI sediou uma Conferência Diplomática em Genebra, a respeito de três propostas com a intenção de responder a desafios que as redes digitais globais colocam ao direito de propriedade intelectual, uma como um protocolo para suplementar a Convenção de Berna”.

Um dos tratados resultantes dessa conferência foi justamente o WCT. Esse teria, de acordo com Afonso (2008, p. 153), em um escopo mais reduzido, o papel mais central de explicar as normas vigentes, esclarecendo conceitos. Desses três tratados, o Brasil se tornou signatário de Berna e do TRIPS, mas não do WCT. Porém, de acordo com Valente (2018, p. 201), este também teria sido levado em consideração quando

11 A lista completa dos países signatários da Convenção de Berna pode ser encontrada em <https://pt.copyrighthouse.org/paises-convencao-de-berna>.

da formulação das leis vigentes que tratam de Direitos Autorais no Brasil.

Essas se tratam da lei de número 9.609 de 1998, a qual dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências; e a lei de número 9.610, do mesmo ano de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Ainda que se tratem de leis distintas, Valente (2018, p. 327) afirma que “se alguma discussão sobre o software se registrou no processo de discussão da lei, foi no sentido de se decidir se a regulamentação da proteção do software se daria dentro mesmo da Lei de Direitos Autorais, ou em lei específica”. Ou seja, o processo legislativo e todos os debates ocorreram de maneira simultânea, porém, por própria sugestão do Executivo, afirma a autora (VALENTE, 2018, p. 327), estipulou-se que o tema seria tratado em diploma próprio.

Assim, quando se fala de aplicações de Inteligência Artificial, é necessário considerar que elas se tratam de *software*, ou programas de computador. Como tal, sua regulamentação se dá por meio das leis de Direito Autoral. A primeira dessas regulações, em âmbito internacional, se deu através do TRIPS e viu-se que essa tecnologia recebeu esse tratamento por influência de grupos de pressão, como os Estados Unidos da América, com o fim de proteger sua indústria.

O acordo TRIPS, assim como a Convenção de Berna que o antecedeu e o WCT que o sucedeu, são todos regulações internacionais que tratam do Direito da Propriedade Intelectual. Esses textos legais tiveram grande papel no processo legislativo das leis brasileiras vigentes que tratam do tema: a lei 9.609/98 e a lei 9.610/98.

Tendo sido apresentadas quais são as regulações aplicáveis, faz-se necessário agora ver o que dispõem esses textos legais no que concerne aos programas de computador para poder-se, no capítulo 3, ver como uma obra criada por uma aplicação de inteligência artificial se enquadraria no ordenamento jurídico vigente.

2.2 Principais pontos das leis aplicáveis à Inteligência Artificial

No acordo TRIPS, as seguintes disposições acerca de programas de computador foram inseridas:

ARTIGO 10

Programas de Computador e Compilações de Dados

1. Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971).
2. As compilações de dados ou de outro material, legíveis por máquina ou em outra forma, que em função da seleção ou da disposição de seu conteúdo

constituam criações intelectuais, deverão ser protegidas como tal. Essa proteção, que não se estenderá aos dados ou ao material em si, se dará sem prejuízo de qualquer direito autoral subsistente nesses dados material.

Percebe-se da análise do artigo acima que é atribuído ao *software* o mesmo tipo de proteção atribuída a outros tipos de obras literárias pela Convenção de Berna. Esse texto legislativo atribui o seguinte tipo de proteção a esse tipo de obra:

ARTIGO 9

- 1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.

ARTIGO 11 bis

- 1) Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar: 1º a radiodifusão de suas obras ou a comunicação pública das mesmas obras por qualquer outro meio que sirva para transmitir sem fio os sinais, os sons ou as imagens; 2º qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radio difundida, quando a referida comunicação é feita por um outro organismo que não o da origem; 3º a comunicação pública, por meio de alto-falante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagem, da obra radio difundida.

ARTIGO 11 ter

1) Os autores de obras literárias gozam do direito exclusivo de autorizar: 1º a recitação pública de suas obras, inclusive a recitação pública por todos os meios ou processos; 2º a transmissão pública por todos os meios da recitação de suas obras.

ARTIGO 12

Os autores de obras literárias ou artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar as adaptações, arranjos e outras transformações das mesmas obras.

ARTIGO 14

1) Os autores de obras literárias ou artísticas têm o direito exclusivo de autorizar: 1º - a adaptação e reprodução cinematográfica dessa obra e a distribuição das obras assim adaptadas ou reproduzidas; 2º - a representação e a execução públicas das obras assim adaptadas ou reproduzidas.

O foco da Convenção de Berna era em proteger especialmente qualquer tipo de reprodução, exibição pública ou outros tipos de uso que permitam o acesso do público a essa obra literária ou artística. Veja-se ainda que a Convenção atribui ao autor o direito exclusivo de autorizar esses usos. O acordo TRIPS não traz nenhuma inovação nesse aspecto, porém traz um enfoque muito maior na questão tecnológica da propriedade intelectual em seus objetivos:

ARTIGO 7

Objetivos

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

Esse artigo, cumulado com a texto do artigo 10 da mesma regulação, somados à disposição de Berna, consideram, assim, o *software* como uma inovação tecnológica que merece as mesmas proteções sobre reprodução e comunicação que obras literárias e que deve trazer benefícios tanto para usuários quanto para desenvolvedores. Analisando-se o texto mais

recente, O WCT, percebe-se que ele não traz maiores inovações, porém aprofunda alguns aspectos, nomeadamente na seção sobre programas de computador:

Artigo 4

Programas de Computador

Programas de Computador são protegidos como obras literárias, de acordo com o sentido do Artigo 2 da Convenção de Berna. Tal proteção se aplica a programas de computador, qualquer que seja a forma de sua expressão.

O artigo 2 da Convenção de Berna referenciado pelo WCT menciona que “os temas ‘obras literárias e artísticas’, abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão” e passa a trazer um rol não taxativo de exemplos. Ainda com relação ao WCT, é interessante notar que o artigo 2 traz o escopo da proteção autoral ao mencionar que ela se estende a expressões e não ideias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos enquanto tais. Tal definição enfatiza o papel desse último tratado em esclarecer conceitos.

Quantos às regulações nacionais, percebe-se grande influência dos tratados na lei 9.610/98 quando essa dispõe:

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;

(...)

§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

Vê-se que a lei protege qualquer criação de espírito contanto que ela esteja expressa em algum suporte. Imediatamente no mesmo artigo ela já indica que a proteção dos programas de computador se dá por lei específica, observados as disposições da lei que lhes sejam aplicáveis, como

as disposições a respeito dos direitos morais e patrimoniais aplicáveis às obras, presentes, respectivamente, nos Capítulos II e III do Título III da lei 9.610/98¹².

A legislação específica sobre Programas de computador, a lei número 9.609/98 assim dispõe:

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.

Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

§ 1º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

Nota-se primeiramente que artigo 1º traz essencialmente a definição do que seria um algoritmo, conforme visto anteriormente. Logo em seguida o artigo 2º menciona sua vinculação com o regime geral de proteção aos direitos autorais e, no § 1º, por fim, que as disposições relativas à proteção dos direitos morais não se aplicam ao *software*. Esse é um aspecto que se revelará muito importante no próximo capítulo. Um aspecto relevante de se observar ainda nessa lei é sua disposição acerca da titularidade do *software*, ao prever que:

12 Para referência, o primeiro artigo do Capítulo II dispõe: Art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; (...). Já o primeiro artigo do Capítulo III prevê: Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Percebe-se da análise desses capítulos, em especial o III, um foco grande na proteção aos direitos de reprodução e comunicação, assim como na Convenção de Berna.

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

Assim, conclui-se que uma aplicação de Inteligência Artificial, de acordo com a legislação vigente, se trata de um programa de computador o qual está sujeito às regras relativas ao Direito Autoral. A ele se aplicam todas as proteções atribuídas a obras literárias, as quais remontam desde a Convenção de Berna, porém, de acordo com a lei 9.609/98, não ao que refere aos Direitos Morais sobre uma obra.

Com relação a titularidade do *software*, é interessante notar que quando for feito sob vigência de um contrato de trabalho, ao empregador caberá a tutela da obra. Esse será outro aspecto a ser abordado no próximo capítulo.

Vista a regulamentação aplicável a aplicações de Inteligência Artificial e seus principais pontos, no capítulo 3 se abordará o que ocorre quando uma IA exhibe sinais de criatividade e produz obras por conta própria.

3. AS OBRAS FEITAS POR IA E SUA ADEQUAÇÃO LEGAL

Sendo as aplicações de Inteligência Artificial classificadas como *softwares* e, portanto, tuteláveis por leis e Tratados de Propriedade Intelectual, já se tem os contornos de um enquadramento legal a ser utilizado para tratar do tema. O objetivo nessa parte 3, assim, é verificar se uma aplicação de IA poderia cumprir os quesitos de autoria exigidos pela regulação de Direito Autoral e ser ela considerada como autora, de modo a ser possível de aplicar às suas obras a proteção integral das leis que tratam do assunto.

Logo depois, verificar-se-á se as regulamentações internacionais e

nacionais vigentes são as mais adequadas para tratar desse tipo de obra, se elas conferem todas as proteções necessárias para a correta tutela dos direitos autorais ou se esse tipo de criação seria protegido de uma outra forma de acordo com essas leis. O objetivo é verificar se as leis vigentes seriam de fato as mais adequadas para tutelar obras criadas por aplicações de inteligência artificial ou se um novo tipo de regulação seria necessário.

3.2 Disposições sobre autoria na regulação de Propriedade Intelectual

Sendo as leis de Direito de Autor as responsáveis pela regulação de programas de computador, são elas que se consulta também para se verificar as normativas acerca de quem é o autor e a quais os requisitos estabelecidos em lei para tanto. Dado o fato de que nenhum dos textos internacionais traz menção específica a quem é o autor ou quais seriam os quesitos de autoria, socorre-se, portanto, das disposições da lei brasileira de número 9.610/98, a qual prevê:

Capítulo II

Da Autoria das Obras Intelectuais

Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.

Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.

Percebe-se que a lei é extremamente específica ao prever que o autor seria pessoa física. A exceção prevista no parágrafo aplica-se, por exemplo, no caso de licença ou cessão dos direitos patrimoniais para terceiros (os quais podem ser pessoas jurídicas), conforme previsto no artigo 49 da mesma lei¹³. Sobre o caput do artigo 11, em especial a questão do autor como pessoa física, Mariana Valente (2018, p. 37) comenta:

... a disputa entre o que se compreende como os interesses dos au-

13 O artigo 49 da lei 9.610/98 prevê: 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 (...).

tores e artistas, pessoas físicas, contra aqueles das pessoas jurídicas – adiante as gravadoras entraram nessa equação, além das editoras – se tornaria o propulsor das maiores questões de políticas de direito autoral, também na década de 1990.

A citação em questão vem dentro do contexto do processo legislativo da lei 9.610/98, o qual ocorrera em grande parte na década de 1990 e se centrou na disputa entre diferentes grupos de pressão com diferentes interesses na propositura da lei. Conforme a mesma autora (VALENTE, 2018, resumo):

Embora a Lei de Direitos Autorais tenha nascido de um projeto do Senado Federal em 1989, o Projeto Luiz Viana, os debates revolveram em torno não apenas dele, mas também de um projeto imediatamente anterior, o Projeto Genoíno. Os dois projetos expressavam os modelos de direito autoral que se encontravam em disputa naquele momento, e que chamo de modelo de exploração econômica e modelo do autor como criador.

Assim, a importância da presença da disposição da autoria da pessoa física se daria por conta da disputa entre grupos de pressão envolvendo autores e empresas produtoras de conteúdo, como gravadoras. Esse dispositivo reafirmaria a centralidade do autor enquanto produtor de conteúdo. Segundo o Dossiê MJ da Câmara dos Deputados (06/12/1997, ref. 1.14), conforme citado por Valente (2018, p. 339):

O primeiro grande avanço desse projeto [Luiz Viana] é considerar que autor é pessoa física. Vejam V. Ex.as que essa obviedade, que poderia parecer secundária, é algo fantástico, porque até então empresas detinham direitos de quem cria. Criar significa ter emoção; tem relação com o espírito e não com a empresa que produz o fonograma ou edita o livro. Esse projeto, depois de muitos anos, consegue estabelecer com tranquilidade que autor é pessoa física. **[Destaque do autor]**.

Já com relação a lei específica para programas de computador, número 9.609/98, essa não escapa da previsão do autor ser pessoa física da lei de direitos autorais. Conforme o artigo 2º da lei de *software*, já referenciado acima:

Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação

de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

Isso significa que no que tange os programas de computador eles também só poderão ter pessoas físicas como autoras, por conta de serem consideradas como obras pela legislação de direito de autor. Contudo, a cessão e a licença dos direitos referentes a *software* se dão de maneira mais simplificada em comparação com outros tipos de obras.

Isso pelo fato, já mencionado anteriormente, de que não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais. Isso facilita, na prática, a negociação de obras do gênero, pois a lei 9.610/98 limita os tipos de direitos que podem ser cedidos pelo titular de uma obra:

Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

(...)

Art. 49. (...) I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

Cumulando isso com o já mencionado art. 4º da lei 9.609/98, o qual confere ao empregador a titularidade de obra feita em decorrência de contrato de trabalho, percebe-se que é muito mais fácil para uma empresa vir a ser dona de uma aplicação de inteligência artificial do que um programador individual.

Sobre a criação do *software*, Medeiros (2017) comenta que o programa de computador poderia surgir do empenho individual de um programador, mas que seria mais comum o seu desenvolvimento pela participação de várias pessoas, no formato de obras coletivas ou colaborativas. E é mais frequente que uma empresa contrate um programador ou um grupo de programadores especificamente para desenvolver um *software* para a empresa contratante.

A respeito do tema, Wachowicz (2010) destaca que a criação e desenvolvimento do *software* são realizados por pessoas diferentes, mas poderiam ser organizadas por uma empresa da área de informática, configurando uma obra coletiva, a respeito da qual seria necessário

contrato específico. Isso torna possível que uma empresa seja titular dos Direitos Autorais sobre um programa de computador, desde que haja previsão contratual expressa com as pessoas físicas criadoras do programa.

Assim, percebe-se que autor é a pessoa física criadora de uma obra. Sendo uma aplicação de inteligência artificial um *software* (que também é considerado como obra) sua autoria também deve pertencer a uma pessoa física. Contudo, viu-se que há uma liberdade maior em se negociar os direitos sobre a titularidade de um *software*, tendo em vista que a ele não se aplicam os direitos morais. Isso permite, por exemplo, que uma empresa seja a detentora de todos os direitos atinentes a um programa de computador, que é a prática comum do mercado.

3.2 A adequação das leis vigentes para tutelar obras de IA

Esse breve item serve para mencionar que as leis vigentes sobre Direito Autoral no Brasil, dos tratados às legislações internas, falam muito pouco sobre a autoria, focando nos aspectos patrimoniais da obra e na defesa do autor pessoa física perante empresas como gravadoras. Mariana Valente (2018, p. 237) comenta que Otávio Afonso¹⁴, o qual foi um dos participantes do processo legislativo da lei 9.610/98, “criticaria ainda a disposição segundo a qual autor era apenas pessoa física, afirmando que não havia consenso sobre o tema, e que não seria função da lei resolver uma questão controversa como essa”. Segundo Afonso (VALENTE, 2018, p. 237):

Observa-se que as novas tecnologias exigem uma reflexão mais abrangente das relações objetivas advindas da área de criação intelectual. O “software”, banco de dados, as obras criadas mediante programas de computador e **inteligência artificial caminham para uma proteção via direito de autor. Há que se adaptar, portanto, os conceitos autorais para se abarcar essas novas formas de expressão intelectual** e uma perfeita adequação com os instrumentos internacionais (sobretudo aqueles aos quais

¹⁴ Otávio Carlos Monteiro Afonso dos Santos era funcionário concursado do Ministério da Educação e da Cultura quando ingressou no campo do direito autoral, para liderar o Centro Brasileiro de Informações sobre Direitos Autorais (CBI), do CNDA (VALENTE, 2018, p. 224)

o Brasil já aderiu) que regulam, ou venham a regular, tais relações autorais. **[Grifo do autor]**

Em não havendo diploma jurídico específico, ou qualquer regulação, para tratar da questão da autoria de um *software* de inteligência artificial no Brasil, muitas vezes se socorre dos elementos da Responsabilidade Civil para tratar da questão. Pagallo (2013) explica que a responsabilidade na seara dos contratos, dos direitos e obrigações estabelecidos por meio da IA é geralmente interpretada através do ponto de vista jurídico tradicional, que define a IA como ferramenta (*AI-as-tool*). Isso significaria que a responsabilidade objetiva vincula o comportamento da máquina à pessoa física ou jurídica em cujo nome ela age, independentemente de tal comportamento ser planejado ou previsto (ČERKA *et al.*, 2015).

Haveria, pois, uma responsabilidade indireta do proprietário ou do usuário da IA, equiparável à responsabilidade do patrão pelos atos do empregado, ou à do dono do animal, ou ainda, à responsabilidade pelo fato da coisa. No Código Civil de 2002, a responsabilidade indireta não decorre mais de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Pelo contrário, o art. 933 estabeleceu a responsabilidade objetiva daquele que possui o dever de guarda ou vigilância (CAVALIERI FILHO, 2014).

Uma interpretação analógica poderia ser feita para a questão da autoria. Desse modo, pelo fato uma aplicação de IA pertencer a uma empresa, a ela pertenceriam os frutos de seu trabalho. Alternativamente, caso um aplicativo do tipo fosse utilizado por artista, a ele deveria pertencer tal obra. De todo modo, não é possível de se afirmar que as leis vigentes seriam adequadas para tutelar obras produzidas por aplicações de IA, devendo socorrer-se à doutrina para a obtenção de respostas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perspectiva da existência de problemas jurídicos que envolvam inteligência artificial assusta vários juristas e soa como algo tirado da ficção científica. O estudo do tema ainda é muito incipiente no mundo todo, especialmente no Brasil, onde o estímulo à pesquisa acadêmica que poderia produzir tecnologia do tipo não vem sendo tratado como prioridade.

Porém, problemas envolvendo ações independentes executadas por aplicações de inteligência artificial já são reais e tendem a afetar não só a sociedade, mas também todo o aparato legal. Citou-se aqui desde os bots da Wikipedia até aplicações que detectam câncer, além de outros exemplos de aplicação dessa tecnologia. Esses, se olhados com pouca atenção, podem soar mais como casos isolados do que algo que possa afetar significativamente a sociedade.

Entretanto, a tendência é justamente contrária. Já há estudos prevendo que até 2027 a IA será capaz de dirigir caminhões e de que até 2049 esse tipo de tecnologia já estará escrevendo livros best-sellers (GRACE, 2017). É razoável de se esperar que até o final do século teremos programas de inteligência artificial atuando em todos os aspectos da vida moderna como transporte, saúde, ciência, educação, cultura e especialmente no exército.

E o sistema legal não pode permanecer alheio a essas tecnologias, pois elas vão alterar consideravelmente o funcionamento das relações sociais nos próximos anos. Por esse motivo, procurou-se neste artigo trazer um pouco sobre como o direito brasileiro trata o tema sob um desses aspectos. Ainda que não se tenha tido a perspectiva de esgotar o assunto, já se percebe que as normas jurídicas existentes não conseguem captar e tutelar todo o escopo do que uma inteligência artificial é capaz de fazer. As definições atualmente existentes são inexistentes no caso da Propriedade Intelectual aplicável a programas de computador que produzam obras criativas e isso é alarmante para o futuro de um uso seguro da tecnologia.

Assim, a expectativa é de que esse artigo tenha servido apenas como uma porta de entrada para um assunto que demanda atenção especial

de nossos legisladores. Espera-se que no futuro próximo os estudos da legislação aplicada à Inteligência Artificial avancem consideravelmente para extrapolar as meia-soluções que a legislação atual atribui para esse tema crescentemente complexo e importante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Lei dos Direitos Autorais**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>

_____. Lei n. 9.609, de 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/19609.htm>

_____. Decreto-lei n.º 75.699, de 05 de março 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: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>

_____. Decreto-lei n.º 1.355, de 30 de dezembro de 1994. **Acordo Sobre Aspectos Dos Direitos De Propriedade Intelectual Relacionados Ao Comércio**. Disponível em: < <http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf> >

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. **Computer Law & Security Review**. Elsevier, v. 31, n. 3, jun. 2015, p. 376-389.

CORMEN, Thomas H., LEISERSON, Charles E., RIVEST, Ronald L., STEIN, Clifford. **Algoritmos Teoria e Prática**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2002.

ECONOMIST, The. **How Machine Learning Works**. 2015. Disponível em <https://www.economist.com/the-economist-explains/2015/05/13/how-machine-learning-works?src=scn/fb/te/bl/ed/>. Acesso em: 28/08/2018.

GRACE, Katja; SALVATIER, John; DAFOE, Allan; ZHANG, Baobao; EVANS, Owain; **When Will AI Exceed Human Performance? Evidence from AI Experts.** arXiv:1705.08807, 2017. Disponível em: < <https://arxiv.org/abs/1705.08807>> Acesso em: 24/08/2017

GERVAIS, Daniel J. **The TRIPS Agreement: drafting history and analysis.** Londres: Thomson Reuters, 2008.

KAUFMAN, Dora. **Os Meandros da Inteligência Artificial: Conceitos-chave para Leigos.** 2018. Disponível em: < <https://www.ab2l.org.br/os-meandros-da-inteligencia-artificial-conceitos-chave-para-leigos/>>. Acesso em: 28/08/2018.

KNIGHT, Will. **The dark secret at the heart of AI: no one really knows how the most advanced algorithms do what they do - that could be a problem.** MIT Technology Review, abril 2017, disponível em: < <https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>>, acesso em: 13/08/2017.

MCCARTHY, John; MINSKY, Marvin; ROCHESTER, Nathan; SHANNON, Claude (1955). **A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence.** Arquivado do original em 26 de agosto de 2007. Recuperado em 30 agosto de 2007.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. **A Sobreposição De Direitos De Propriedade Intelectual No Software: Coexistência Entre Direito De Autor E Patente Na Sociedade Informacional.** Editora GEDAI, 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Tratado da OMPI Sobre Direito de Autor, de 1996.** Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/07/14600/0488904896.pdf>>.

PAGALLO, Ugo (Org.). **The laws of robots: crimes, contracts, and torts.** Heidelberg: Springer, 2013.

ROOS, Teemu. **Elements of AI**. 2018. Disponível em: <<https://www.elementsofai.com/>>. Acesso em: 28/08/2018.

RUSSEL, Stuart; NORVING, Peter. **Artificial Intelligence: a modern approach**. 3. Ed. Harlow (UK): Pearson Education Limited, 2014.

SCHUSTER, Mike; JOHNSON, Melvin; THORAT, Nikhil. **Zero-Shot Translation with Google's Multilingual Neural Machine Translation System**. 2016. Disponível em: < <https://ai.googleblog.com/2016/11/zero-shot-translation-with-googles.html> >. Acesso em: 28/08/2018.

VALENTE, Mariana, **Reconstrução do Debate Legislativo sobre Direito Autoral no Brasil**

Os anos 1989 – 1998. Universidade de São Paulo, 2018.

VLADECK, David C. Machines without principals: liability rules and Artificial Intelligence. **Washington Law Review**, n. 89, ano 2014, p. 117 e ss.

WACHOWICZ, Marcos. **Direito Autoral**. 1.ed. Florianópolis: Editora Gedai, 2010. Disponível em:<http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo_marcoswachowic_z_direitoautoral_6.pdf>. Acesso em: 19/08/2017.

_____. **Os elementos que integram a noção jurídica do software**. In: KAMINSKI, Omar (Org.). *Internet legal: o direito na tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 131-136.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo II Direito de Autor e Gestão Coletiva

TÍTULO: LIMITES DA GESTÃO COLETIVA NO AMBIENTE DIGITAL

Alexandre Pesserl



LIMITES DA GESTÃO COLETIVA NO AMBIENTE DIGITAL

Alexandre Pessler¹

RESUMO

O impacto do ambiente digital causou mudanças profundas no relacionamento não apenas do público com as obras protegidas, já que lhe foi oferecido o acesso ao catálogo completo, mas também dentro das próprias estruturas estabelecidas da indústria cultural. A desmaterialização do suporte superou uma estrutura fabril, com grande concentração de mercado e controle de oferta, em prol de uma estrutura virtual de distribuição de músicas gravadas e de obras protegidas, de modo geral. A complexidade das relações neste mercado, tradicionalmente endereçada por meio de estruturas de gestão coletiva, implicou na afirmação de um modelo de cadeia produtiva que interpõe muitos intermediários entre o autor e seu público, com a conseqüente diluição dos valores que efetivamente são pagos ao criador. No ambiente digital, por outro lado, existe a possibilidade real de se exercer um nível de controle absoluto sobre os usos realizados: o repertório está representado por um número determinado de arquivos, localizados em determinado servidor, aos quais

¹ Advogado e consultor jurídico com atuação profissional e acadêmica nas áreas de Direitos Autorais, Propriedade Intelectual, Direito Constitucional e Direito Civil. Consultor da UNESCO em gestão coletiva de direitos autorais no ambiente digital. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR (2000) e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2011) - CAPES 6. Doutorando pela UFPR (PPGD). Mediador e Árbitro credenciado pelo Ministério da Cultura para atuar na resolução de conflitos relativos a direitos autorais. Atua principalmente nos seguintes temas: direito autoral, sociedade informacional, direito da informática, direito da informação, direito de acesso, mecanismos de gestão coletiva de direitos, bibliotecas, repositórios e arquivos. Pesquisador do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Informação (GEDAI / UFSC) e do Grupo de Estudos em Direitos Autorais e Industriais (GEDAI / UFPR). Professor do curso de Pós-Graduação em Propriedade Intelectual e Comércio Eletrônico da Universidade Positivo.

se podem atribuir condições de utilização absolutamente discriminadas mediante a utilização ordenada de metadados. É uma questão de atribuição de permissões de acesso, algo com o que os profissionais de TI estão amplamente familiarizados. O presente estudo busca demonstrar que o devido aproveitamento das características inerentes a tal ambiente pode diminuir de forma significativa o papel dos intermediários, propiciando ferramentas de auto-gestão mescladas com licenciamento coletivo de catálogos, de forma híbrida.

ABSTRACT

The impact of the digital environment has caused profound changes in the relationship not only of the public with the protected works, since it has been offered access to the complete catalog, but also within the established structures of the cultural industry itself. The dematerialization of the support surpassed an industrial structure, with great market concentration and supply control, in favor of a virtual distribution structure of recorded music and protected works, in general. The complexity of relations in this market, traditionally addressed through collective management structures, has involved the affirmation of a productive chain model that interposes many intermediaries between the author and his public, with the consequent dilution of the values that are effectively paid to the creator. In the digital environment, on the other hand, there is a real possibility of exercising an absolute level of control over the uses made: the repertoire is represented by a certain number of files, located in a certain server, to which conditions can be assigned absolutely discriminated through the orderly use of metadata. It's a matter of granting access permissions, something with which IT professionals are widely familiar. The present study seeks to demonstrate that the proper use of the inherent characteristics of such an environment can significantly reduce the role of the intermediates, providing self-management tools merged with collective licensing of catalogs, in a hybrid way.

1. A colisão do digital

Os princípios que levaram ao estabelecimento das leis de proteção autoral foram conformados juridicamente numa era em que não era possível imaginar a forma como se partilha a informação nos nossos dias, e os benefícios que essa partilha de informação traz para a sociedade - incluindo os autores. Neste sentido, é importante frisar não apenas a importância, mas a inevitabilidade do modelo de amplo acesso ao catálogo completo de obras. O sucesso de iniciativas como a iTunes Store ou o Netflix demonstram que o consumidor deseja ter o acesso à obra na hora em que escolher, e pelo meio em que desejar. Portanto, na construção de um modelo de gestão coletiva para o meio digital, um dos nortes deve ser a sua orientação favorável ao usuário, tanto o final (consumidor) quanto o usuário direto, aquele que oferta o serviço em linha que inclui a prestação musical. O pressuposto deve ser o do incentivo à ampla disponibilização das obras, seja num modelo editorial (venda de cópias) ou de *flot* (acesso ao catálogo). Cumpre ressaltar que o que se cuida não deve ser da tecnologia, posto que esta é volátil, mas sim da estruturação de um esquadro normativo que abarque os princípios fundamentais subjacentes à matéria.

Da mesma forma, se verifica que alguns dos conceitos praticados pelas entidades de gestão coletiva (EGCs) brasileiras – tais como as *blanket licenses*, ou a estrutura de arrecadação unificada – derivam de práticas de mercado, motivadas simplesmente pela ausência até então de mecanismos efetivos de controle, e não de quaisquer requisitos ínsitos à gestão coletiva. No ambiente digital, há exatamente a possibilidade do controle total tanto das obras integrantes dos catálogos, quanto das permissões alocáveis a cada obra individual. O sistema atual prevê que cada titular somente pode pertencer a uma única associação de gestão coletiva, já que no meio analógico o *enforcement* se torna impraticável caso tal titular outorgue licenças por meio de mais de uma entidade de gestão coletiva. No meio digital, tal dificuldade desaparece, já que o titular pode optar pelo licenciamento de obras isoladas para diferentes entidades; o *enforcement* é viável em relação a obras individuais, as quais

trazem consigo, em seus metadados, quais as permissões de uso admitidas.

Nota-se a existência de duas tendências doutrinárias e legislativas no trato do tema. De um lado, e fortemente influenciada pelos grandes titulares de direitos, há uma tendência à perpetuação do paradigma do *copyright*, pretendendo adensar e multiplicar as restrições ao acesso. De outro, encontram-se argumentos em favor da percepção de que todo o sistema de proteção de propriedade intelectual deve ser repensado, a partir da constatação de que a cópia, o principal *benchmark* de controle da circulação de obras protegidas no ambiente analógico, é atividade corriqueira no meio digital². A discussão está longe de ser pacífica, e não há um consenso sobre o caminho a seguir.

Em 2008, a Electronic Frontier Foundation (EFF) formulou uma proposta bastante coerente para a gestão de direitos no meio digital, que partia do princípio do licenciamento coletivo voluntário. Nos termos da proposta, a indústria musical deveria formar várias entidades de gestão, as quais ofertariam aos fãs a oportunidade de se “legalizarem” (“*get legit*”), a partir do pagamento de taxas entre US\$ 5 a US\$10 mensais, com um rateio do volume total gerado pelo número de usuários numa razão proporcional à popularidade das obras. O modelo então proposto diferia de propostas de *levy*, já que partia do pressuposto da coordenação entre a adesão voluntária e a dinâmica do mercado. A métrica proposta seria pelo monitoramento de tráfego das redes P2P misturado com uma análise por amostragem³. O foco da proposta estava centrado em monetizar os usuários de redes P2P, por meio de vários incentivos de mercado como pagamentos indiretos via ISPs ou universidades, ou ainda ao se legalizarem iniciativas P2P, afastando a incerteza jurídica deste mercado. Não foi o que se verificou; as redes P2P continuam existindo numa área cinzenta entre a cópia privada, argumentos exaltados sobre quedas de vendas na indústria e artistas destacando seu potencial de

2 LITMAN, Jessica. Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on the Internet. Prometheus Books: 2001

3 EFF. A Better Way Forward: Voluntary Collective Licensing of Music File Sharing. 01/04/08. Disponível em 10/08/18 em www.eff.org/wp/better-way-forward-voluntary-collective-licensing-music-file-sharing

divulgação. Mesmo assim, o que se constata é que o mercado atual está indo totalmente na direção então apontada (acesso completo ao catálogo, mediante assinatura), apesar da absoluta divergência que se observa entre alguns dos mecanismos propostos e as maneiras em que tal situação se concretizou desde então. A banda larga é fator absolutamente primordial neste processo, como se vê, já que possibilitou a emergência do modelo até então inédito do streaming. Ao mesmo tempo em que as redes P2P permanecem como *locus* de exercício da cópia privada, elas essencialmente perdem valor em face da agregação de serviços disponíveis em modelos de acesso ao catálogo, mediante remuneração. O sucesso do modelo Netflix, por exemplo, reside na facilidade e no conforto com que se assiste a um filme (legendado, direto na TV, ampla variedade do repertório) em contraste com o empenho despendido e o conhecimento necessário para se achar um arquivo torrent, esperar o download, localizar uma legenda compatível, etc. Portanto, há que se reconhecer definitivamente a existência deste espaço semi-privado representado pelas redes P2P, e se pensar em mecanismos de gestão coletiva que efetivamente busquem a remuneração e explorem modelos inovadores, ao invés de despende esforços inúteis na repressão de atividades cuja própria classificação como ilícita é incerta.

2. Construção de um catálogo aberto com *enforcement* coletivo

O presente estudo parte do mesmo pressuposto da proposta da EFF: o licenciamento coletivo voluntário. O consumidor deseja o acesso às obras no momento e no meio em que desejar, e valoriza a existência de uma curadoria editorial que lhe proporcione um conteúdo direcionado. A competição é uma das melhores maneiras de se garantir a existência de um mercado vibrante – e, para tanto, o Estado deve regulá-la, de forma a evitar abusos de posições dominantes, tanto por parte das EGCs em relação aos titulares quanto destes em relação ao mercado.

Atualmente, os titulares de direitos estão enfrentando dificuldades na gestão de seus direitos na Internet, ecoando problemas enfrentados

pelos compositores na era anterior à gestão coletiva da execução pública. Presumivelmente, portanto, existe uma demanda para o *enforcement* coletivo, entre titulares de direitos, no contexto digital. Assim, tais titulares poderiam associar-se para criar sistemas de licenciamento online. A representação por tais entidades autorizaria o licenciamento de diferentes formas de informação. Existem diversos benefícios possíveis na gestão coletiva neste ambiente, tanto por parte dos autores e intérpretes, para os quais é custosa a gestão individual de contratos (especialmente no tocante ao *enforcement* de direitos), quanto por parte dos provedores de serviços nesta área, que desejam contratar repertórios ou catálogos estruturados e organizados. A gestão coletiva reduz os custos de tais transações.

Entretanto, existem diferenças marcantes entre o meio analógico e o digital, especialmente na possibilidade do controle absoluto tanto do repertório / catálogo a ser licenciado, bem como das utilizações de obras em linha. No modelo tradicional de gestão coletiva relativo à execução pública, existe a prevalência da utilização de *blanket licenses*⁴, as quais autorizam a utilização do catálogo completo, devido ao fato de que na prática não há como se realizar o controle sobre se determinado usuário está utilizando músicas de determinado gênero ou não. Este fato inclusive já deu origem à reclamações por parte dos usuários, sob o argumento de que o empacotamento de repertórios inclui músicas não desejadas junto com as de fato utilizadas, o que em tese representa um aumento desnecessário dos valores de licenciamento⁵. Por outro lado, os problemas da opção única e/ou dominante da blanket license já era objeto de discussão bem antes mesmo da era digital, tendo motivado revisões nos *Consent Decrees* dos EUA que impuseram as chamadas licenças *per program*. No Brasil, o ECAD somente pratica o modelo de licença geral, em desfavor de um

4 *Blanket license* (licença de cobertor ou licença em branco) é um tipo de licença que permite a um usuário de música — tipicamente, um canal de televisão ou uma estação de rádio — tocar ou executar todas as composições abrangidas pela licença, sem limite de uso, pagando um valor único.

5 HOVENKAMP, Herbert; LEMLEY, Mark A. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. Edição revisada. Editora Aspen Publishers Online: 2009, tópico 22.1

modelo de “proporcionalidade estrita” ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários.

Outra característica do modelo existente é que, para a execução pública, o Brasil adotou um mecanismo de monopólio na arrecadação de direitos, através do escritório central (ECAD), composto pelas diversas associações de autores, estas sem finalidades lucrativas. O STF examinou a questão da arrecadação centralizada (entre outros itens) no julgamento da ADI 2.054/DF, afirmando na ocasião o Min. Sepúlveda Pertence que com a arrecadação descentralizada, surgiram graves problemas no controle da concessão de autorização para que fossem utilizadas em público obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas, posto que com a pluralidade de associações arrecadadoras, cada uma defendia os interesses de seus associados, dificultando o controle dos valores arrecadados e permitindo que diversos usuários fossem cobrados, duas ou mais vezes, em face de uma única utilização das obras protegidas⁶.

Ou seja, tanto a imposição das *blanket licenses* como modelo de negócios predominante, quanto a necessidade de arrecadação centralizada derivaram do mesmo problema: a inexistência, na época, de mecanismos eficientes de controle das atividades, e não de alguma necessidade inerente ou inata ao sistema de gestão coletiva.

Em especial no tocante ao segundo ponto (arrecadação centralizada), existem diversos sistemas ao redor do mundo explicitamente centrados na competição. Nos Estados Unidos, onde a matéria se acha regulada sob o Título 17 do *United States Code* (o qual reúne diversos diplomas legais sobre o tema), limitou-se o legislador a reconhecer os direitos dos autores sobre suas obras musicais, e a definir (Seção 114, Cláusula 3, letra E) uma *performing rights society*, dessa forma:

(ii) uma ‘sociedade de direitos de execução’ é uma associação ou empresa que licencia a execução pública de trabalhos musicais não-dramáticos, no interesse do proprietário do direito autoral, tais como a American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP), Broadcast Music Inc. (BMI) e SESAC Inc.

6 STF. ADI 2.054/DF. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

A SESAC, citada no texto, define sua atividade como sendo “um negócio destinado a representar compositores e editores no seu direito de serem compensados pela execução pública de suas músicas. Obtendo uma licença da SESAC, por exemplo, usuários de músicas (i.e., estações de rádio e televisão, auditórios, restaurantes, hotéis, parques temáticos, centros comerciais, casas funerárias, etc.) podem executá-las legalmente. Sem uma licença de uma sociedade de direitos de execução, os usuários de músicas estão infringindo o direito autoral”⁷.

Evidente, dessa forma, que essas sociedades desenvolvem nos Estados Unidos, em franco regime de competição, a função desenvolvida com exclusividade no Brasil pelo ECAD. Além das sociedades citadas, várias outras entidades privadas atuam na arrecadação dos direitos autorais relativos à execução pública de músicas, sendo que a escolha da sociedade que fiscalizará tais execuções cabe, exclusivamente, ao titular do direito. Cada uma delas tem sua estrutura própria destinada a garantir a fiscalização da execução das músicas dos respectivos afiliados, que neles registram seus trabalhos e passam a receber os correspondentes royalties segundo critérios estabelecidos pelas próprias sociedades. Há, portanto, no sistema norte-americano, liberdade do titular na escolha da sociedade que melhor atenda às suas necessidades ou que apresente o melhor plano de pagamento de royalties, ou ainda que tenha uma estrutura mais bem estabelecida.

Note-se ainda o fato de que algumas sociedades, como a ASCAP, são resultantes da associação de músicos e compositores, que se reúnem para a defesa de seus direitos, enquanto outras são sociedades comerciais constituídas exclusivamente para o fim de fiscalização e arrecadação dos valores resultantes das execuções públicas de músicas, como qualquer outro negócio. Revela-se, assim, que o sistema norte-americano está fundamentado nas premissas das liberdades de filiação dos titulares de direitos autorais e da concorrência entre as diversas sociedades de direitos de execução⁸, que buscam apresentar maiores vantagens para os

7 SESAC. About SESAC. Tradução livre. Disponível em 10/08/18 em <http://www.sesac.com/About/About.aspx>

8 A ASCAP, BMI e o SESAC arrecadam direitos relativos aos titulares de direitos, editores, compositores e letristas, e não os direitos conexos. A SoundExchange arrecada royalties para determinadas performances digitais para os artistas intérpretes e executantes e para os selos /

compositores, autores e editores, no intuito de representá-los⁹.

Há uma ampla expectativa de competição naquele mercado, mesmo entre as EGCs e seus próprios afiliados. Tome-se por exemplo o modelo de licenciamento praticado pela ASCAP em relação a seus membros. Como parte do contrato, o titular outorga à ASCAP o direito não-exclusivo de licenciar execuções públicas (performances) não-dramáticas das obras. Sob tal cláusula, a ASCAP pode incluir as obras daquele titular em suas *blanket licenses* ou outras formas de licenciamento, mas o titular retém o direito de licenciar suas obras sem consultar a ASCAP. Entretanto, quando um associado exercita tal direito, ele deve informar à ASCAP detalhes da transação, tais como obra, autor, editora, dados do licenciado, período, territórios, meios e foro, mas pode omitir informações financeiras.

Da mesma forma, as licenças ASCAP não discriminam taxas de licenciamento, termos ou condições entre usuários de mesma categoria (por exemplo, entre empresas de rádio, televisão ou música ambiente). As taxas são estabelecidas de acordo com o valor percebido da execução pública para cada setor individual; assim, as rádios pagam proporcionalmente mais do que a televisão. Os valores são estabelecidos de acordo com o tamanho da audiência. Desta forma, por exemplo, as rádios e tevês pagam um licenciamento baseado na percentagem de rendas líquidas, enquanto um bar ou restaurante paga baseado em critérios objetivos, como a lotação da casa ou a existência de música ao vivo ou música mecânica¹⁰.

Neste ponto, cabe comentário sobre o conceito legal norteamericano de *performance*, já que tal termo é mais amplo que o conceito brasileiro da execução pública: este exige que tal ocorra em locais

editoras. Artistas independentes, não afiliados a nenhuma editora, tem seus royalties coletados pela American Mechanical Rights Agency (AMRA) e pelo Songwriters Guild of America (SGA). A Agência Harry Fox recolhe direitos de reprodução mecânica para produtos físicos, como CDs e DVDs.

9 STF. ADI 2.054/DF. Voto do Min. Ilmar Galvão. Na confirmação de voto, o Min. Ilmar Galvão afirma que nos Estados Unidos, o sistema é esse porque ninguém se arrisca, por lá, a deixar de pagar.

10 RUTNER, Michael B. ASCAP Licensing Model and the Internet: A Potential Solution to High-Tech Copyright Infringement, *The. BCL Rev.*, v. 39, p. 1061, 1997.

de frequência coletiva. Na legislação americana, tal termo é amplo o suficiente para incluir o acesso em linha¹¹. Estariam em tese, assim, as EGCs norte-americanas aptas a buscarem as verbas advindas do ambiente digital, enquanto a LDA é expressa ao reservar ao ECAD a arrecadação somente para a execução pública. Porém, devido à existência de processos judiciais por questões antitruste¹², a ASCAP e a BMI operam sob supervisão judicial (*consent decrees*)¹³, a qual impõe, naquele país, algumas restrições à operação de tais entidades. Entre tais restrições, existe a vedação de associação do autor a mais de uma EGC de forma simultânea (lá, assim como no Brasil, sob a justificativa da dificuldade de controle da atividade), com exceção dos editores, devido ao fato de que estes podem ter sob contrato artistas filiados a diferentes entidades. E, em grande parte devido ao enfoque que o sistema analógico impõe ao manejo de um catálogo centrado nos artistas, e não nas obras, os *consent decrees* estabelecem que todos os direitos de *performance* de determinado titular devem ser representados por uma única EGC. Tais acordos foram inicialmente firmados nas décadas de 1940 e 1960 (com várias alterações posteriores, a última da ASCAP em 2001 e a da BMI nos anos 90¹⁴), e

11 Compare-se os textos legais – LDA, Art. 68 § 2º e 17 U.S. Code § 101: “Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica”, e “*To perform or display a work “publicly” means (1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered; or (2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times*”.

12 Ver *United States v. ASCAP*, 1941 Civ. 1395 (S.D.N.Y.), e *United States v. BMI*, 1964 Civ. 3787 (S.D.N.Y.)

13 A SESAC, que é uma empresa privada, não opera com tais constringências.

14 RAU, Nate. DOJ opens review of ASCAP, BMI consent decrees. The Tennessean, 09/06/14. Disponível em 10/08/18 em <http://www.tennessean.com/story/money/industries/music/2014/06/03/ascap-bmi-justice-review-consent-degree-copyright/9942277/>

não previam a emergência do mercado digital.

Até 1995, os titulares de fonogramas e de direitos conexos naquele país não tinham um direito de *performance*, ou seja, não recebiam pagamentos pela execução pública. Esta situação foi alterada a partir do *Digital Performance Right in Sound Recordings Act* de 1995 e do *Digital Millennium Copyright Act* de 1998, os quais criaram tais direitos, exigindo o pagamento por certos tipos de transmissões digitais. Como resultado de tais legislações, e devido ao fato dos *consent decrees* serem omissos em relação ao ambiente digital, os royalties pagos no meio digital aos intérpretes e executantes (*performers*) são aproximadamente 13 vezes maiores do que aqueles pagos aos autores (*songwriters*) – o serviço Pandora afirma pagar somente 4,3% de suas receitas para tais entidades, as quais por sua vez repassam a maior parte de tais verbas para grandes editoras como Sony/ATV e Warner/Chappell¹⁵. A partir de 2011, tais *majors* passaram a retirar seus catálogos do Pandora, forçando acordos em separado que majorassem tais percentagens. A empresa entrou com processos contra as EGCs, alegando condutas anticompetitivas. Em ambos os casos (ASCAP e BMI), as sentenças determinaram que os editores não poderiam retirar parcialmente os direitos para o meio digital, ao mesmo tempo em que se mantinham na ASCAP e na BMI para todos os outros direitos, já que tais condutas violariam previsões antitruste dos *consent decrees*.

Devido a tais julgamentos, estas entidades (em conjunto com as editoras *majors*), têm pressionado por alterações nos termos de tais acordos, alegando defasagem perante o mercado. Em resposta, a divisão antitruste do Departamento de Justiça norte-americano abriu consulta pública sobre o tema, em junho de 2014, sinalizando desta forma uma possível alteração nestes termos¹⁶. Independentemente do resultado de tais consultas, esta situação demonstra que, por um lado, a possibilidade do

15 NAKASHIMA, Ryan. Pandora wins court battle with music publishers. The Tennessean. 18/09/13. Disponível em 10/08/18 em <http://archive.tennessean.com/article/20130918/BUSINESS/309180175/Pandora-wins-court-battle-music-publishers>

16 BILLBOARD. U.S. Dept. of Justice to Review ASCAP and BMI Consent Decrees. 04/06/14. Disponível em 10/08/18 em <http://www.billboard.com/biz/articles/news/legal-and-management/6106492/us-dept-of-justice-to-review-ascap-and-bmi-consent>

titular em dispôr livremente de suas obras no ambiente digital, podendo assignar determinados direitos para quem deseje, com facilidade, é um valor a ser incorporado – e é de fundamental importância na preservação de um mercado dinâmico, sob o ponto de vista do titular originário. Mas também manifestam a importância de uma regulação de mercado que preserve os valores da livre competição, com um esquadro antitruste robusto.

Como já foi dito acima, a questão se resume na construção de repertórios centrados na completude dos direitos sobre as obras, e não sobre os artistas. O titular do direito autoral, quando se filia a uma associação, não traz necessariamente para compor o repertório dessa entidade a integralidade da obra musical, mas tão somente o seu direito de exclusivo sobre essa criação intelectual, em verdadeiro condomínio com os demais titulares (sejam estes originários ou derivados da obra, dos conexos ou do fonograma). É a hipótese expressa da co-autoria, a qual impõe a possibilidade de divisão do mandato para representar direitos sobre a mesma obra intelectual. Assim, por exemplo, é que se verifica que a legislação brasileira já permite que um mesmo titular possa ser representado por diferentes EGCs, já que o parágrafo 2º do Art. 97, veda a associação a mais de uma entidade para direito *de uma mesma natureza*¹⁷. Portanto, a *contrariu sensu*, caso se tratem de direitos de naturezas diversas, o titular tem o direito de contratar a mesma obra com diferentes entidades de gestão, a depender do direito que tal EGC esteja perseguindo. No caso de prestações musicais no ambiente digital, a legislação brasileira é omissa sobre a questão. O mercado, porém, têm suprido esta lacuna, mediante a criação de figuras contratuais relativas a tais modalidades de prestações. Assim, é possível se imaginar a construção de um modelo baseado na gestão de repertórios, com competição entre si, mas dividido de acordo com cada categoria de titulares. Por exemplo, determinadas EGCs poderiam representar direitos dos autores, outras dos conexos, outras dos produtores fonográficos, etc. Esta aparente complexidade na realidade é de fácil compreensão se partirmos da obra e

17 LDA Art. 97 § 2º É vedado pertencer, simultaneamente, a mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza.

de seus metadados como centro do sistema: os metadados padronizados dirão quem são os responsáveis pela gestão de cada categoria.

Considerando que, de certa forma, a gestão dos direitos autorais nos meios digitais, hoje, é realizada na sua maioria por empresas especializadas nestes mercados (iMúsica, CD Baby, etc.), parece natural entregar tal mercado à competição, já que as estruturas de formação de preços e de gestão de contratos podem ser facilmente atendidas pela iniciativa privada, seja esta de caráter mercantil (finalidade lucrativa) ou não, mediante associação. O que se observa no meio digital é que empresas que no mercado offline seriam consideradas como editoras passam a cada vez mais desempenhar papéis tradicionalmente reservados às EGCs, e vice-versa. Não por acaso, isto se verifica devido às possibilidades de controle existentes neste meio. Assim, se verifica o crescimento de empresas gestoras do licenciamento de direitos (tais como o Kobalt Music Group ou a Fintage, entre outros), à margem das EGCs tradicionais. Há uma verdadeira fusão do papel de tais entidades, especialmente à luz da difusão de modelos de contratos não-exclusivos.

Tome-se o exemplo da TuneCore, uma companhia que teve seu início em 2005 como uma distribuidora digital focada em artistas independentes, representando nos Estados Unidos cerca de 10% do total de músicas na iTunes Store¹⁸. Em 2011, a partir da constatação de que havia muito dinheiro dos autores recolhido ao redor do mundo pelas diferentes estruturas locais (em 2010, esse valor era estimado em US\$ 11 bilhões) e que tais valores não eram adequadamente distribuídos (em parte devido ao peso burocrático de uma estrutura baseada em papel, exigindo um staff muito grande), a empresa – utilizando seus próprios dados de distribuição, com pequenas alterações nos metadados – entrou no mercado de online publishing, mediante a firma de acordos internacionais e implantação de um sistema completamente automatizado baseado em licenças digitais certificadas, indo coletar estes valores em prol do artista

18 SISARIO, Ben. Out to Shake Up Music, Often With Sharp Words. The New York Times, 06/05/12. Disponível em 10/08/18 em http://www.nytimes.com/2012/05/07/business/tunecore-chief-shakes-up-music-with-his-own-words.html?hp&_r=0

– ou seja, realizando de fato sua gestão coletiva¹⁹. Neste cenário, ficam evidentes não apenas a pertinência de um sistema baseado no mercado, que utilize o pleno potencial da tecnologia em benefício dos autores, mas também as possibilidades de rápida expansão para a adoção de tal sistema, especialmente nos mercados atualmente em grande crescimento, como Alemanha, América Latina e Ásia.

3. A relação essencial entre metadados, padrões abertos e competição

Para que prospere um mercado possível de gestão coletiva no ambiente digital, caracterizado pela competição entre empresas e associações, ou entre qualquer entidade que deseje explorar tal mercado, de forma a maximizar os resultados pelos titulares, é fundamental a possibilidade dos titulares de não apenas autorizarem determinadas entidades a representá-los (preferencialmente num esquema não-exclusivo, aos moldes do contrato da ASCAP), mas também de poderem facilmente retirar suas obras de determinado catálogo ou repertório e atribuí-las a terceiro, que apresente um modelo de negócios mais interessante, seja por sua eficiência ou por sua atuação premente em determinado mercado. A competição é, desta forma, o modo pelo qual o mercado se adapta às suas próprias necessidades. Assim, o que se verifica é uma modificação na estrutura de representação, a qual se reflete no próprio modelo de negócios praticado. No mundo analógico, o autor é obrigado a entregar o seu catálogo (e a correspondente estrutura de metadados) para uma única entidade determinada²⁰. A EGC se torna de fato mandatária e substituta processual do autor, sob alegação da complexidade excessiva relativa às estruturas de controle que se daria caso um mesmo autor pudesse dividir

19 PRICE, Jeff. PURPORA, Jamie. Finally, Publishing Administration for the World's Songwriter. Disponível em 10/08/18 em www.tunecore.com/blog/2012/05/finally-publishing-administration-for-the-worlds-songwriters.html

20 Por exemplo, nos termos da LDA Art. 97. “Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro. [...] § 2º É vedado pertencer, simultaneamente, a mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza. (Redação dada pela Lei nº 12.853, de 2013)”

seu catálogo entre mais de uma EGC.

No meio digital, tal vedação não faz sentido. Digamos que determinado autor seja prolífico na criação de músicas em mais de um gênero musical, tais como forró ou samba. Digamos ainda que ele tenha conhecimento de que determinada EGC se especializou no mercado do samba. Ele pode licenciar aquela parte de seu repertório composta por sambas para tal entidade, e o repertório de forrós para outra empresa / associação, especializada em outro nicho de mercado. Essencialmente, o que se verifica é a possibilidade da transição de um modelo de catálogos ou repertórios centrados nos titulares para um catálogo composto essencialmente pelas obras, as quais são, em última análise, o objeto de fruição do público – e de forma plenamente individualizável: ninguém escuta “David Bowie”: as pessoas escutam determinadas músicas do David Bowie.

Portanto, não faz nenhum sentido obrigar aos artistas que contratem seus repertórios completos, simplesmente pelo fato de que este costumava ser o modelo de negócios anterior. A chave para tornar isto possível está na estruturação de padrões abertos de metadados. Existem diversos tipos de metadados, desde aqueles pertinentes à reprodução técnica dos arquivos até aqueles que discriminam dados relevantes para a outorga e distribuição de direitos de autor e conexos, sendo estes últimos de especial interesse neste estudo. O aumento do número de fontes de informação sobre música agravou os problemas relacionados à representação, consulta e compartilhamento deste tipo de dado.

De acordo com relatório da Sociedade Brasileira de Computação (SBC), um dos grandes desafios da pesquisa em computação no Brasil no período entre 2006-2016 é a gestão da informação em grandes volumes de dados multimídia distribuídos. A SBC considera necessário desenvolver soluções para o tratamento, a recuperação e a disseminação de informação, a partir de volumes exponencialmente crescentes de dados multimídia, de forma a auxiliar no tratamento, recuperação e disseminação de informação sobre os itens de acervos. Entre os grandes problemas de pesquisa em computação está o “projeto e implementação de estruturas de ontologia flexíveis e expansíveis, que possibilitem interoperabilidade

entre áreas do conhecimento e interação entre pessoas de diferentes culturas e vocabulários”²¹.

Um desses problemas é a heterogeneidade estrutural e semântica de representação da informação sobre fonogramas musicais, o que dificulta a catalogação, o compartilhamento, a reutilização e o acesso à informação. O domínio música apresenta determinadas especificidades que não são contempladas nas normas de descrição e nos padrões de metadados, o que ocasiona heterogeneidade entre os catálogos e baixa relevância das buscas realizadas em sistemas de informação. Já existem, entretanto, ontologias para diversas tarefas relacionadas a sistemas de informação sobre músicas como, por exemplo, modelagem dos sistemas, catalogação dos fonogramas musicais, consultas, raciocínio e integração entre fontes de dados heterogêneas²².

A preocupação do legislador, entretanto, não deve se ater a ditar quais as tecnologias a serem utilizadas, sob o risco da obsolescência da norma em conjunto com a evolução tecnológica. O que deve se observar é tornar mandatória, para a gestão coletiva no meio digital, a utilização de padrões abertos e interoperáveis para a construção dos metadados, sejam eles quais forem. Padrões abertos são aqueles que têm especificação pública, permitem novos desenvolvimentos sem favorecimento ou discriminação dos agentes desenvolvedores e não cobram royalties para implementação ou uso. Interoperáveis são aqueles que permitem a comunicação entre sistemas de forma transparente, sem criar restrições que condicionem o uso de conteúdos produzidos à adoção de padrão específico²³. Desta forma, qualquer entidade interessada poderá realizar a sua própria implementação de um banco de dados compatível com o sistema. Um catálogo construído com padrões abertos garante a interoperabilidade: isto assegura que os titulares poderão facilmente

21 SBC. Grandes Desafios da Pesquisa em Computação no Brasil – 2006–2016. Disponível em 10/08/18 em <http://www.gta.ufrj.br/rebu/arquivos/SBC-Grandes.pdf>

22 ALBUQUERQUE, Marcelo de Oliveira. Fonogramas musicais: conceitualização para catalogação e representação em uma proposta de ontologia. UFRJ: 2009.

23 CONSULTA PÚBLICA. Plataforma para um novo Marco Regulatório das Comunicações. Disponível em 10/08/18 em <http://www.comunicacaodemocratica.org.br/6-adocao-de-padrees-abertos-e-interoperaveis/>

retirar suas obras de determinada EGC para uma concorrente que preste um serviço mais satisfatório, já que não serão necessários esforços ou custos para tal migração mas apenas a realocação de recursos digitais, transferindo arquivos de um repositório para outro.

O que se está permitindo, no modelo em análise ulterior, é enfim o acesso ao catálogo. As formas pelas quais tal acesso é permitido incluem a possibilidade de se aceder às obras individuais: cada arquivo deve ter seu próprio conjunto de metadados, os quais deveriam informar não apenas dados relativos à autoria e intérpretes/executantes, mas também incluir dados relativos ao contrato mediante o qual tais obras passaram a integrar o catálogo em questão, aquele que está sendo licenciado. Assim, é perfeitamente plausível incluir no desenho do sistema opções prévias de licenciamento, elegíveis pelo titular no momento em que este contrata com a EGC – leia-se, no momento em que disponibiliza suas obras para integrar determinado repositório. É possível se imaginar formas absolutamente personalizadas de licenciamentos, a partir da disponibilização de opções ao titular. Por exemplo, no momento da contratação, este pode eleger outorgar direitos para a EGC licenciar suas obras somente no território nacional, ou também em outros territórios; pode limitar as espécies de uso que autoriza, como a inclusão em serviços de download, serviços de acesso em linha, inclusão em coletâneas, autorizações para fixação, etc. A partir das escolhas do titular, serão atribuídas diferentes permissões para cada arquivo (cada obra) no banco de dados da EGC em questão. Um sistema assim estruturado também seria perfeitamente compatível com modelos de licenciamentos prévios já existentes, como o Creative Commons.

4. O acesso em linha como nova modalidade de uso e outros usos digitais

Por fim, cabe a análise de um problema específico observado. A rápida evolução do mercado para bens culturais no ambiente digital – em pouco mais de uma década, as vendas de música migraram de CDs para downloads, e de downloads para o streaming, em movimento acompanhado

pelo audiovisual – trouxe consigo também uma grande insatisfação dos músicos (autores e intérpretes) em relação aos valores gerados por tais serviços. Uma das razões para tal problema é o debate sobre a classificação de royalties gerados pelos serviços de acesso à obras em linha (streaming). O debate está centrado no campo da música, mas é uma questão de tempo até que chegue em outros meios, considerando as tendências observadas em relação a outros mercados que também estão migrando para um modelo de acesso ao repertório, como e-books ou audiovisual (Netflix). As gravadoras argumentam que os royalties devem ser considerados como vendas de unidades, e portanto os músicos deveriam receber entre 10 a 20% dos royalties recebidos. Os músicos argumentam que o streaming não pode ser comparado à venda de discos tradicionais, mas deveria ser caracterizado como execução pública, e assim teriam direito a 50% dos valores. Tal conflito diz respeito, em maior extensão, à interpretação dos contratos firmados entre artistas e gravadoras na era pré-Internet – ainda que muitos destes contratos incluam cláusulas de cessão em relação a usos futuros, existe grande divergência em relação à validade jurídica de tais condições²⁴.

O debate sobre qual tipo de royalty devido um serviço de acesso à músicas (e outras obras) na Internet deve gerar é uma questão absolutamente crucial na determinação da estrutura futura da indústria musical²⁵. O Spotify, por exemplo, calcula os royalties a serem pagos de acordo com uma fórmula de cálculo ponderada, que leva em consideração as rendas totais do serviço multiplicadas pela razão entre a quantidade de vezes que determinado artista tocou dividido pelo número total de músicas tocadas. Esses valores são repassados (70% do total, com retenção de 30% para a

24 ROSA E SILVA, Marcia Lamarão. Modalidade de Uso e Suporte: Distinção Conceitual e Questões Contratuais Relacionadas com a Cessão de Direitos Autorais. Disponível em 10/08/18 em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=55a0ce8200cf39c3>

25 WIKSTRÖM, Patrik. The Music Industry in an Age of Digital Distribution. In: Change - 19 Key Essays on How Internet Is Changing Our Lives. Queensland University of Technology. Disponível em 10/08/18 em <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/03/BBVA-OpenMind-Technology-Innovation-Internet-Informatics-Music-Patrik-Wikstr%C3%B6m-The-Music-Industry-in-an-Age-of-Digital-Distribution.pdf>

empresa) ao titular do fonograma, o qual por sua vez repassa aos autores e intérpretes nos termos contratuais praticados entre as partes – de acordo com sua particular interpretação daqueles termos. Parece claro, portanto, que não existe um valor pago por unidade neste modelo, mas sim a ocorrência de um rateio proporcional à popularidade da obra, similar no conceito à prática consagrada pelo mercado relativa à execução pública. Portanto, e considerando a hipossuficiência dos titulares originários em relação aos contratos de adesão às gravadoras e editoras, cabe ao legislador fazer a salvaguarda dos direitos dos autores, expressamente afirmando a existência de tal diferença no tocante a modelos de negócios baseados no acesso à obras em linha, e estipulando um percentual mínimo a ser necessariamente repassado para os autores para tais modalidades. Isto poderia ser feito mediante a explícita equiparação do streaming com a execução pública – ressaltando-se que tal somente se daria para fins de aplicação de percentagens de distribuição dos royalties, mas não para fins de arrecadação, excluindo assim a competência do ECAD – ou talvez pela criação de nova modalidade de uso, exclusiva do ambiente digital e baseada na métrica da audiência. Da mesma forma, este raciocínio também poderia ser aplicado para outras modalidades de usos digitais, tal como o mercado de games, no qual normalmente ocorre um licenciamento único da obra sem considerar a variação em volumes de venda; caso o game venda mil cópias, pagará o mesmo que aquele que venda um milhão de cópias. Não existe nenhum mecanismo de compensação aos titulares pela audiência adicional variável, justificando a criação do tipo legal próprio de forma a englobar as utilizações possíveis neste ambiente.

A criação deste novo tipo legal, específico para o ambiente digital, resolve também um antigo problema. As associações efetivamente não reúnem necessariamente obras no seu acervo para a cobrança da sua utilização na modalidade de comunicação ao público, mas representam direitos dos seus titulares sobre a obra intelectual. Há assim um hiato entre o sistema atualmente em vigor, e aquele passível de aproveitamento das potencialidades do meio digital: um modelo centrado na obra, e não no titular. Devido em parte a tais medidas, o mercado brasileiro hoje se sujeita à imposição das métricas de auferição determinadas pelas EGCs

combinadas, entidades estas condenadas pelo CADE devido à prática de cartelização de mercado. O ECAD não se resume ao aparato de estrutura administrativa e física para a mera operacionalização das atividades de cobrança e distribuição de direitos autorais, constituindo um simples birô ou guichê único de pagamento, mas trata-se desde o seu nascedouro de um centro de poder decisório das atividades de cobrança e repartição de direitos autorais decorrentes da execução pública de obras musicais. Em nota técnica, o Ministério da Cultura afirma que o modelo de concorrência somente poderia ser possível e exequível se as associações obrigatoriamente representassem os repertórios musicais e não os seus titulares²⁶, que é justamente o cerne da presente proposta.

5. A gestão online coletiva como redutora de custos de transação

As possibilidades de controle existentes no meio digital eliminam as barreiras que justificam algumas práticas das EGCs, como as *blanket licenses*, a necessidade da arrecadação unificada e a vedação do titular em pertencer a mais de uma EGC, todas estas medidas que em determinado grau beneficiam os grandes titulares, a distorção na distribuição de royalties e a concentração do mercado. A migração de um modelo de gestão coletiva centrado na representação dos titulares para um focado na gestão de repertórios abre espaço para possibilidades de oferta de serviços altamente especializados ou em nichos específicos, maximizando as oportunidades de geração de renda, e abre alternativas à imposição das *blanket licenses* como modelo único para a gestão coletiva. Já que cada obra deve vir acompanhada de suas permissões, é factível um sistema automatizado que identifique de forma correta quem são seus titulares e qual repertório (qual EGC) ela integra, entre outras informações, evitando assim a duplicidade na cobrança e outros problemas.

A competição deve ser incentivada, como modelo ideal para oferecer o melhor serviço aos usuários e titulares. Qualquer um que deseje

26 MINC. Nota Técnica DDI/SPC nº 039/2011. 08/12/11. Disponível em 10/08/18 em <http://farofafa.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2012/03/MinC-NT-DDI-SPC-039-2011.pdf>

explorar tal mercado poderá fazê-lo mediante observância dos requisitos legais mínimos de transparência e abertura do sistema, mediante a imposição de padrões abertos de metadados e APIs abertas e utilização de um modelo de licenciamento não-exclusivo, com permissão expressa para o titular integrar mais de uma EGC, caso assim o deseje. A mobilidade das obras entre um repertório e outro deve ser preservada, mediante expressa garantia dessa possibilidade a qualquer momento, aos moldes do atual Art. 97, § 3º da LDA; e a certificação digital surge como o caminho mais adequado para a prática de tais atos no ambiente digital. Assim, caso o titular opte por tal, poderá retirar suas obras de determinado catálogo e inseri-las em outro sem maiores formalidades do que sua assinatura digital na transação. Da mesma forma, a certificação garante a validade jurídica de modelos de licenciamentos prévios, mediante os quais o titular pode outorgar direitos específicos para a EGC contratada, a exemplo de territórios ou modalidades de uso.

Obras órfãs e de titulares não representados por nenhuma EGC poderiam ser geridas por entidade constituída especificamente para tal fim, a qual poderia licenciar tais repertórios em troca da obrigação de custódia de valores (talvez mediante a formação de fundo cultural) e construção de um banco de dados aberto, que permita a devida atribuição de autoria. De forma a evitar o abuso da posição dominante, especialmente à medida em que tais entidades se encaminham o formato de *one-stop-shops*, provendo serviços completos de gestão coletiva para os titulares, há a necessidade da imposição de salvaguardas antitruste, de forma a impedir comportamentos anti competitivos.

Sob o prisma do usuário, um sistema assim estruturado multiplica as opções de licenciamento que lhe estão disponíveis, derrubando o modelo de *blanket license* como opção única. Determinados modelos de negócios ainda terão interesse nesta forma de licença, tais como o streaming *on demand*; mas outros modelos (por exemplo, canais de rádios voltados para gêneros específicos) poderão optar pela contratação de repertórios parciais e segmentados. Finalmente, a criação de nova modalidade de uso atribuída ao ambiente digital pode ser um modo de organização destes novos direitos.

É claro que propostas que inovem na relação que os artistas tem hoje com suas obras causem impacto. A TuneCore, por exemplo, cobra uma taxa fixa por associação (da ordem de US\$ 50,00), para inclusão das obras em seu catálogo de distribuição, para colocar tais obras em diversas lojas digitais, e entrega 100% dos royalties de vendas para os artistas; mas também oferece o serviço de recuperação de royalties a título de execução pública ou por performances ao redor do mundo, e se reserva o direito de reter 10% de quaisquer numerários recuperados a título de *finders fee*, e de 20% sobre novos negócios que consiga gerar. De outro lado, se observam artistas que hoje estão propondo novos modelos, mediante o qual o titular lança suas música primeiro no download e, após algumas semanas, autoriza sua inclusão em *bundles* para streaming. Ao mesmo tempo em que a venda de downloads se estabilizou (ou mesmo caiu), há também a percepção de um fluxo constante de vendas de mídias físicas (como CDs ou vinis), no sentido de que uma nova mídia não substitui, mas sim convive, com determinada nova mídia para transporte de conteúdos protegidos. Portanto, há que o legislador se preocupar não se tal mercado irá evoluir, pois isto parece claro; mas com o estabelecimento de condições objetivas para tal evolução.

O presente estudo procura estabelecer condições objetivas – certificação digital, padronização do mercado e transparência nas transações, num sistema baseado na circulação de obras com metadados que identifiquem, na maior extensão possível, todos os titulares à ela associados, bem como quais as entidades de gestão autorizadas a licenciá-las, e ainda, quando cabível, quais as condições de licenciamento permitidas. A imposição de medidas que garantam a existência de tais valores no sistema já se justificam. O convívio de autorizações individuais certificadas com a gestão coletiva de repertórios, com a possibilidade de dispersão em mais de uma EGC, centrado na competição e no aproveitamento das possibilidades de comunicação e contratação online, representam as práticas mais modernas observadas ao redor do globo, já que reduzem sobremaneira os custos de transação²⁷, incentivam a criação

27 Um executivo da Bug Music, a maior editora independente global, afirma que administrava mais de 300.000 obras, resultando, a cada trimestre, em mais de

novos modelos de negócios ainda não existentes e transferem controle da atividade diretamente para os criadores, devido à possibilidade de auditoria inerente. No Brasil, não existe nada similar, apesar de que algumas destas iniciativas já estão criando operações internacionais²⁸. Assim, o regulador local deve cuidar de regular atividades nesta área que almejem criar um ecossistema baseado na transparência, na padronização e na supervisão do mercado, já que se constata que não existem exigências algumas, de ordens práticas ou jurídicas, que exijam a replicação do modelo praticado para a execução pública (*blanket licenses*, arrecadação unificada, e exigência de “fidelidade”, ou atribuição de todo o repertório do titular, para determinada EGC), em relação ao ambiente digital.

500.000 folhas de papel, e 12.000 cheques por ano (fora todo o custo de envio de tais materiais). Num sistema online, este custo desaparece. Em PRICE, Jeff. PURPORA, Jamie. Finally, Publishing Administration for the World's Songwriter. Disponível em 10/08/18 em <http://www.tunecore.com/blog/2012/05/finally-publishing-administration-for-the-worlds-songwriters.html>

28 A TuneCore já criou braços no Canadá e no Japão, mediante os quais artistas daqueles países recebem pagamentos em moeda local.

Referências Bibliográficas:

ALBUQUERQUE, Marcelo de Oliveira. **Fonogramas musicais: conceitualização para catalogação e representação em uma proposta de ontologia.** UFRJ: 2009.

BILLBOARD. U.S. **Dept. of Justice to Review ASCAP and BMI Consent Decrees.** 04/06/14. Disponível em 10/08/18 em <http://www.billboard.com/biz/articles/news/legal-and-management/6106492/us-dept-of-justice-to-review-ascap-and-bmi-consent>

BRASIL. CONSULTA PÚBLICA. **Plataforma para um novo Marco Regulatório das Comunicações.** Disponível em 10/08/18 em <http://www.comunicacaodemocratica.org.br/6-adocao-de-padroes-abertos-e-interoperaveis/BRASIL.STF.ADI.2.054/DE>.

EFF. **A Better Way Forward: Voluntary Collective Licensing of Music File Sharing.** 01/04/08. Disponível em 10/08/18 em <https://www.eff.org/wp/better-way-forward-voluntary-collective-licensing-music-file-sharing>

HOVENKAMP, Herbert; LEMLEY, Mark A. **IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law.** Edição revisada. Editora Aspen Publishers Online: 2009, tópico 22

LITMAN, Jessica. **Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on the Internet.** Prometheus Books: 2001

MINC. **Nota Técnica DDI/SPC nº 039/2011.** 08/12/11. Disponível em 10/08/18 em <http://farofafa.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2012/03/MinC-NT-DDI-SPC-039-2011.pdf>

NAKASHIMA, Ryan. **Pandora wins court battle with music publishers.** **The Tennessean.** 18/09/13. Disponível em 10/08/18 em <http://archive.tennessean.com/article/20130918/BUSINESS/309180175/Pandora-wins-court-battle-music-publishers>

PRICE, Jeff. PURPORA, Jamie. **Finally, Publishing Administration for the World's Songwriter.** Disponível em 10/08/18 em <http://www.tunecore.com/blog/2012/05/finally-publishing-administration-for-the-worlds-songwriters.html>

RAU, Nate. **DOJ opens review of ASCAP, BMI consent decrees.** The Tennessean, 09/06/14. Disponível em 10/08/18 em <http://www.tennessean.com/story/money/industries/music/2014/06/03/ascap-bmi-justice-review-consent-degree-copyright/9942277/>

ROSA E SIVA, Marcia Lamarão. **Modalidade de Uso e Suporte: Distinção Conceitual e Questões Contratuais Relacionadas com a Cessão de Direitos Autorais.** Disponível em 10/08/18 em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=55a0ce8200cf39c3>

RUTNER, Michael B. **ASCAP Licensing Model and the Internet: A Potential Solution to High-Tech Copyright Infringement, The.** BCL Rev., v. 39, p. 1061, 1997.

SBC. **Grandes Desafios da Pesquisa em Computação no Brasil – 2006–2016.** Disponível em 10/08/18 em <http://www.gta.ufrj.br/rebu/arquivos/SBC-Grandes.pdf>

SESAC. **About SESAC. Tradução livre.** Disponível em 10/08/18 em <http://www.sesac.com/About/About.aspx>

SISARIO, Ben. **Out to Shake Up Music, Often With Sharp Words.** The New York Times, 06/05/12. Disponível em 10/08/18 em http://www.nytimes.com/2012/05/07/business/tunecore-chief-shakes-up-music-with-his-own-words.html?hp&_r=0

United States v. **ASCAP, 1941 Civ. 1395 (S.D.N.Y.), e United States v. BMI, 1964 Civ. 3787 (S.D.N.Y.)**

WIKSTRÖM, Patrik. **The Music Industry in an Age of Digital Distribution. In: Change - 19 Key Essays on How Internet Is Changing Our Lives. Queensland University of Technology.** Disponível em 10/08/18 em <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/03/BBVA-OpenMind-Technology-Innovation-Internet-Informatics-Music-Patrik-Wikstr%C3%B6m-The-Music-Industry-in-an-Age-of-Digital-Distribution.pdf>

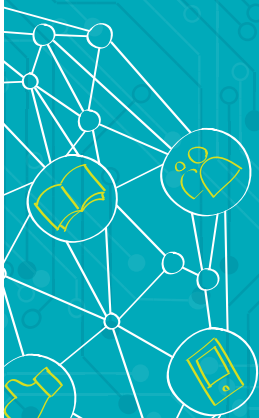


XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo II Direito de Autor e Gestão Coletiva

TÍTULO: O USO DA TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* PARA PROTEÇÃO E GESTÃO DE DIREITOS AUTORAIS

**Mariana Piovezani Moreti
Paula Baragatti Cabrera**



O USO DA TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* PARA PROTEÇÃO E GESTÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Mariana Piovezani Moreti¹
Paula Baragatti Cabrera²

RESUMO

Em virtude de novos meios de comunicação e de novas tecnologias, cujo elemento central na sociedade da informação é a internet, há o nascimento de uma era de questionamentos jurídicos relativos aos direitos autorais. Isso porque tais transformações criaram um cenário de compartilhamento instantâneo, facilidade de acesso, portabilidade, disseminação rápida, ágil e constante da informação, facilitando, portanto, a disponibilização, acesso, troca, reprodução e publicação de criações artísticas, científicas e literárias sem autorização, licença, cessão ou concessão por parte do autor/titular da obra. É nesse contexto que o trabalho tem por objetivo apresentar as barreiras com as quais o direito autoral vem se chocando em virtude da rápida disseminação no mundo virtual, focando-se em uma forma alternativa e inovadora de solução, denominada de tecnologia *blockchain*, no sentido de identificar a possibilidade do seu uso para proteger o autor e sua obra. Através do estudo integrado de disciplinas (direito e tecnologia), feito por meio de metodologia dedutiva e consulta bibliográfica, o estudo apontou que a ferramenta pode ser eficaz na prevenção, proteção e gestão de direito autoral, mas que alguns pontos jurídicos ainda dependem de experiência na plataforma, enfrentamento acadêmico e prático.

Palavras-chaves: Blockchain. Direito Autoral. Proteção e gestão autoral.

1 Mestranda em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação e Pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina, Pós-graduada em Processo Civil pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania e Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná.

2 Mestre em Direito da Universidade Federal do Paraná, Membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI-UFPR), Advogado.

INTRODUÇÃO

Foi com o avanço tecnológico, assomado a globalização, que a sociedade passou por significativas transformações. As mais diversas áreas foram englobadas pela era digital, e, entre elas, encontra-se o direito autoral. Livros, artigos, teses, músicas e imagens deixaram de ser apenas “físicas” e “palpáveis”, para inserirem-se no mundo virtual. Átomos se transformando em bits. Na sociedade contemporânea, portanto, a tecnologia trilhou mecanismos de acesso e distribuição de bens intelectuais. Em qualquer lugar, a qualquer tempo, criações são produzidas e acessadas, o que contribui para a disseminação da cultura, conhecimento e informação, mas também proporciona acesso não autorizado ou indevido às criações.

A internet está presente no dia a dia de todos, a troca de informações, acesso a conteúdos, reprodução, distribuição, publicação, formação de conteúdo, são ações rápidas e que muitas vezes se distanciam da realidade com que as formas tradicionais de proteção e gestão de direitos foram construídas. Essa dinâmica, atrelada a outros recursos tecnológicos que vêm surgindo, altera o ambiente tradicional em que os negócios jurídicos aconteciam, gerando insegurança e/ou prejuízo às partes. No caso do Direito do Autor, área em que circunda o presente artigo, a mudança do comportamento da sociedade, a nova linguagem atrelada aos novos costumes, refletiu em uma disseminação de violação de direito autoral.

Nesse cenário, não é incomum, porém, ver avisos ou *pop-ups* alertando sobre o plágio ser um ato criminoso, ou até mesmo protegendo o direito de cópia de uma imagem ou texto, contudo, pelo fato de a internet ter sido tachada de “terra de ninguém”, onde muitos se escondem atrás de *fakes*³, é extremamente complicado para um autor comprovar a paternidade da obra e, ademais, encontrar o real culpado pela disseminação ilegal da mesma. Por outro lado, em alguns casos, as obras inseridas no ambiente digital não permitem a identificação de toda a cadeia criativa para que então as autorizações possam ser providenciadas, facilitando,

3 Usuários falsos.

assim, o plágio ou a contrafação.

Eis que surge o problema: como proteger o autor e sua obra das violações no ambiente digital? Os usuários são anônimos, o conteúdo se espalha em escala mundial de maneira praticamente instantânea, então, como rastrear e controlar tamanha disseminação?

O objetivo do presente trabalho, portanto, é apontar que em razão da dinamicidade e do avanço tecnológico, as respostas não são encontradas em novos produtos legislativos ou na inserção dos conceitos já conhecidos no novo ambiente, mas de uma reinterpretação dos novos modelos de negócio e na utilização das tecnologias em prol das mudanças, em especial a tecnologia *Blockchain*.

O estudo se deu através da análise e avaliação do direito autoral e da tecnologia *blockchain*, realizado por meio de estudos analíticos e de metodologia dedutiva, referências bibliográficas doutrinárias, artigos científicos, legislação e matérias jornalísticas que trouxeram experiências práticas no âmbito da tecnologia analisada.

2. Cenário problemático do Direito Autoral na internet

A propriedade intelectual, gênero do qual Direito Autoral é espécie, é um instituto que, além de proteger bens incorpóreos e reconhecer seu conteúdo econômico, permite que o criador possa tutelar suas realizações, o que certamente influencia a capacidade de inovação e desenvolvimento da sociedade. Portanto, o título de exclusividade concedido pelo Estado sobre determinada criação intelectual e os direitos dele decorrentes, tem o condão de fomentar e incentivar a produção de novas obras, difundindo a cultura e o conhecimento. Esse ambiente é mantido desde que haja segurança jurídica, agilidade nos negócios e confiança entre as partes. Contudo, o desenvolvimento de tecnologias, em especial a internet, seja como espaço de interação, negócios, entretenimento ou informação, tem quebrado paradigmas de processos de interação e inter-relação entre os indivíduos, avançando rapidamente em termos de comunicação em tempo integral e disseminação da informação.

Trata-se de uma época de convergência das tecnologias que, associadas a internet proporcionam uma revolução conhecida como “A Quarta Revolução Industrial”, em que a sociedade caminhará entre a inteligência artificial e a aprendizagem de máquina como motores da produção de informação e conhecimento. Um tempo em que o mundo está mutante e adaptativo em uma velocidade infreável, trata-se de momento em que os bens intelectuais estão à disposição para quem desejar utilizá-los. (SCHWAB, Klaus. apud RIBEIRO, FREITAS, NEVES, 2017).

Esse cenário culmina consequências jurídicas nem sempre amparadas pelo Direito e que tornam a propriedade sobre bens intelectuais, em especial as criações na área autoral, extremamente vulneráveis, uma vez que há modificação nos meios de gerenciamento, na forma de negociação e nos recursos de compartilhamento nascidos com a era digital, que causam uma ruptura com o tradicional direito do autor e nas formas de gerenciamento de tais direitos. Essas transformações criaram um ambiente de compartilhamento instantâneo, facilidade de acesso, portabilidade, disseminação rápida, ágil e constante da informação, facilitando, portanto, a disponibilização, acesso, troca, reprodução e publicação de criações artísticas, científicas e literárias sem autorização, licença, cessão ou concessão por parte do autor/titular da obra.

Sob a perspectiva social é um avanço extremamente importante vez que permitiu o acesso a informação de forma menos rígida e mais livre. Ao mesmo tempo, propiciou uma cultura intensa de violação de direitos de autor. As obras autorais nunca estiveram tão presentes e, ao mesmo tempo, nunca foram tão violadas. Com a rapidez e facilidade com que o conteúdo é disseminado, é difícil freá-lo ou exercer qualquer controle sobre sua reprodução, ao passo que em determinados momentos a própria identificação do autor e/ou do titular da obra é praticamente impossível de verificação.

Por óbvio, não se pode sustentar a restrição das novas tecnologias da informação sob o argumento da violação dos direitos autorais, vez que a conquista em prol da sociedade, ou seja, o acesso ao conhecimento de forma mais ampla e fácil, deve ser mantida e prestigiada. Marcos Wachowicz (2017), ao analisar o direito autoral na sociedade

informacional, ressalta que a “emancipação humana advinda da liberdade de acesso de bens culturais, que a humanidade conquistou nas últimas décadas, por meio da internet, não pode ser restringida ou suprimida em prol da manutenção de modelos de negócios obsoletos diante das novas tecnologias da informação” de forma que, um dos pontos que devem ser repensados é a “tutela jurídica dada pelo direito autoral brasileiro diante dos bens culturais dessa nova sociedade informacional”.

Da mesma forma, não se pode desemparrar o autor e suas criações da proteção que lhe é inerente. Plágio e contrafação continuam sendo ilegais e ferem direito autoral, mesmo na internet.

No artigo 7^a da Lei 9.610/98⁴ estão elencadas de forma exemplificativa as obras protegidas pela legislação, desde que sejam criações do espírito expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, dentre elas os textos, sons, imagens, base de dados e software. A desmaterialização do suporte físico, a mudança do fluxo de distribuição⁵, a facilidade de reprodução e modificação, além dos novos valores na circulação das obras intelectuais, não significam a inexistência de proteção, mantendo-se o suporte legal do artigo mencionado.

Assim, para a inserção e uso de obras protegidas por direitos autorais na Internet (reprodução e transmissão), com exceção das limitações previstas nos artigos 46 a 48 da Lei 9.610/98⁶, é preciso prévia e expressa autorização dos titulares de direitos autorais, caso contrário, estar-se-á violando direitos. Da mesma forma que, mesmo quando autorizada a inserção e uso é necessário a verificação das suas permissões. Isto porque,

4 Lei brasileira de Direito Autoral.

5 Antes: autor – indústria/mercado – usuário. Hoje: autor, usuário ou usuário – usuário.

6 (a) reprodução de notícia na imprensa diária ou periódica; (b) reprodução para uso de deficientes visuais, sem intuito de lucro; (c) reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; (d) citação de passagens para fins de estudo, crítica ou polêmica; (e) apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação; (f) utilização para demonstração da obra à clientela; (g) representação teatral e execução musical no recesso familiar ou para fins didáticos, em estabelecimentos de ensino; (h) utilização para produzir prova judiciária ou administrativa; (i) reprodução de pequenos trechos de obras preexistentes em obra maior; (j) paráfrase e paródia, quando não houver descrédito; e (k) representação de obras situadas permanentemente em logradouros públicos.

na hipótese de autorização, há de se considerar as formas de utilização permitidas: a) visualização em tela; b) reprodução total ou parcial para uso no próprio espaço (cibernético); c) reprodução através de download no computador do usuário; d) reprodução impressa do material, com ou sem intuito de lucro.

Além disso, deve-se sempre indicar o autor da obra, sob pena de violação de direito moral do autor e caracterização de plágio.

No entanto, conforme já deveras ressaltado, no ambiente virtual, a colocação de obras, sua reprodução e utilização, são ações realizadas diariamente sem as devidas autorizações, em grande parte plagiadoras.

3. Violação de Direito Autoral

A tecnologia digital despertou uma crise no direito de autor sob vários aspectos, a inadequação à técnica, conflitos entre interesse individual (criador) e coletivo (acesso à informação e ao conhecimento), além da incapacidade de gestão eficiente dos direitos. Ademais, criou-se o ambiente ideal para violação de direitos autorais. A reprodução de textos, vídeos e imagens sem autorização ou, ainda, sem identificação do autor da obra, se tornaram atividades frequentes cujo controle é basicamente impossível em razão do ritmo do sistema tecnológico.

Nesse sentido, Marcos Wachowicz e José Augusto Fontoura Costa (2016, p. 117) ao explorarem o tema do plágio, ressaltam a importância de proteção da autoria no ambiente de livre fluxo da informação e liberdade:

A Sociedade Informacional é portadora de um novo paradigma tecnológico organizado a partir da informação, que, gerada no meio tecnológico digital, é suscetível de acesso e uso compartilhado. Qualquer pessoa que tenha tido um acesso lícito a uma informação, pode utilizá-la e compartilhá-la, sem que seja necessário solicitar previamente qualquer autorização. O livre do fluxo da informação na internet pressupõe a existência de uma liberdade da emissão, conexão e reconfiguração das informações.

A massificação do uso das TICs e as múltiplas possibilidades de acesso e uso compartilhado são imprescindíveis atualmente para o avanço das pesquisas e difusão do conhecimento acadêmico. Contudo, a usurpação de autoria característica do ato plagiário

sempre segue sendo repudiado, mormente seja fácil no meio digital a reprodução total ou parcial de uma obra, ganha maior importância a proteção da autoria e do esforço intelectual.

Nesse contexto, tanto a atividade plagiadora⁷, consistente no ato de usurpar a autoria, de apresentar obra de terceiro como se sua fosse, quanto a reprodução total ou parcial sem autorização, denominada de contrafação⁸, são repudiadas pelo ordenamento jurídico e podem causar efeitos nos campos civil, penal e administrativo.

A diferença entre os atos, portanto, estaria no fato de que o plágio consiste em uma apropriação da obra intelectual em que o plagiador se diz ser o criador da obra, explorando-a, ao passo que na contrafação não se extrai a autoria, mas há exploração econômica sem autorização do titular dos direitos. Em ambos há violação de direito autoral, a internet não mudou o direito sob o ponto de vista jurídico, de forma que os direitos patrimoniais e morais continuam sendo prerrogativas do autor.

A violação do direito autoral na era digital é uma questão essencialmente de valoração e hábitos sociais. A população precisa ser educada para respeitar os direitos essenciais dentro de um processo de mudanças, pois são as atitudes por elas construídas que podem gerar um equilíbrio no comportamento e no direito, a partir de uma realidade social nova. Todavia, é utópico pensar em uma mudança cultural como pressuposto para garantia de direitos, da mesma forma que não se pode depender de mudanças legislativas. A mudança está na busca de mecanismos de proteção e gestão com poder de adaptação, velocidade

7 Para Rosângela Curi Pedrosa (2017, p. 5/6): “É essencialmente uma questão de ética que consiste no ato de somar para si, de qualquer forma ou meio uma obra intelectual de outra pessoa, apresentando-a como de sua autoria. A atitude plagiária reside na apropriação indevida de um texto, de uma música, de uma pintura, ou de qualquer outra obra intelectual, na qual o usurpador assume a autoria omitindo deliberadamente os créditos para o autor original de determinada obra”.

8 Para Eliane Abrão (2014, p. 153), a reprodução da obra não autorizada tipifica o crime denominado de contrafação, vulgarmente conhecido como pirataria, um termo que surgiu dos navegadores aventureiros que saqueavam embarcações no mar.

e transparência, qualidades que ferramentas tradicionais de proteção se mostram insuficientes. Cabe ao pesquisador e operador do Direito buscar alternativas válidas dentro das novas tecnologias e verificar a possibilidade de usar os instrumentos na proteção e gestão dos direitos autorais.

4. Introdução da tecnologia *blockchain*

A tecnologia conhecida como *blockchain* funciona como uma rede de blocos de conteúdo, encadeados e de alta segurança, que carrega uma impressão digital. Trata-se de ferramenta que se tornou conhecida por seu uso no sistema financeiro eletrônico *peer to peer* denominado de *bitcoin*. Contudo, apesar de tal tecnologia ter sido reconhecida em conjunto ao *bitcoin*, não está exclusivamente atrelada a ele, ao contrário, pode ser um instrumento de certificação e controle de diversos tipos de transações, sem depender de uma instituição centralizada, intermediadora.

Ou seja, o blockchain é e pode ser útil para a gestão de transações de qualquer moeda, como acontece com o bitcoin, e como pode acontecer com ativos da BM&FBovespa, ou moedas do mercado Forex, ou uma criptomoeda que você deseje criar, etc, mas essas serão sempre apenas algumas aplicações para ele, pois seu conceito se encaixa mais em uma plataforma, e portanto, em tese, você pode armazenar com o blockchain toda e qualquer transação, compilada em metadados, com blocos que são adicionados em cadeia numa ordem linear e cronológica, armazenados em uma rede distribuída e teoricamente para sempre. (FIGURELLI, 2017)

O ponto de partida para registro de um arquivo no sistema é a geração de um *hash*, como se fosse uma “fotografia” do arquivo através de um cálculo matemático, que associa os dados do arquivo inserido a um código, composto por letras e números, que representará, portanto, o arquivo inserido pelo usuário. O *hash* é capaz de obter uma quantia significativa de dados e transformá-los em pequenas informações, dando a impressão digital do referido dado inserido.

Então, o *hash*, impressão digital do conteúdo, é submetido à validação para compor a rede *blockchain*. Enquanto as transações aguardam serem integradas ao “bloco” elas permanecem em uma área

temporária denominada de “pool”. Os computadores da rede competem entre si para acharem blocos válidos, o que se chama de “mineração”. Encontrado um bloco válido, chamam-se os demais para serem validados e o registro é encadeado no bloco. Para que o sistema funcione, todos os computadores devem reconhecer (concordar matematicamente) que uma transação é válida.

Qualquer alteração ou inclusão de informações em um registro, necessariamente gerará um novo *hash*, que conterà o *hash* do bloco anterior assomado as informações novas inseridas, criando uma espécie de selo. Com esse selo, torna-se possível verificar se algum bloco da tecnologia foi alterado. Por fim, todas estas informações, ficam registradas no *ledger*, uma espécie de “livro-razão”, conforme menciona Lucas Lago (2017, p. 1):

... a blockchain foi desenvolvido como um livro-razão para o Bitcoin, registrando as últimas transações realizadas num processo que pode ser resumido nos seguintes passos:

1. Todas as transações realizadas nos últimos minutos são agrupadas em um único bloco;
2. Esse único bloco é distribuído por toda a rede da blockchain;
3. Usuários da rede com computadores utilizam algoritmos para validar um bloco, e recebem recompensas a cada sucesso. Esses usuários são chamados de mineradores;
4. O bloco validado recebe uma marcação temporal e é adicionado no final da lista.

Assim, a *blockchain* é um banco de dados autônomo, ou seja, independe de uma central ou intermediação, que mantém registros de informações e transações, público e seguro (irreversíveis e imutáveis), rápido e automático (impede informações duplicadas ou conflitantes).

A cadeia possui como características uma organização cronológica, imutável, compartilhada, descentralizada, transparente e inviolável. Cronológica, pois cada bloco possui um identificador exclusivo e contém um link de referência (*hash*) para o bloco anterior. Imutável em razão da impossibilidade de modificação após a validação do bloco e sua respectiva adição à cadeia. Como cada nó de rede (ou cada participante do sistema) possui uma cópia

idêntica da cadeia, a tecnologia é considerada compartilhada (denominada *distributed ledger*).

Nesse mesmo sentido, tem como atributo ser descentralizada: nenhum nó de rede pode atuar sozinho como uma “parte confiável”, que contém uma cópia mestra da cadeia de blocos. Considerando que registros das cadeias são aferíveis por todos os usuários da rede, a cadeia é ainda considerada transparente. Por fim, a inviolabilidade decorre da extrema dificuldade de inserção de uma transação fraudulenta ou mesmo apenas um erro de transação na cadeia de blocos. (VERÍSSIMO; PASSOS, 2018, p. 232)

Em razão de suas características, para além das criptomoedas, a tecnologia vem sendo estudada como alternativa para enfrentar questões como a falta de transparência, a morosidade do processo burocrático registral, dentre outras.

Lucas Lago (2017, p. 1) ao tratar da confiança nos algoritmos, afirma que a natureza aberta e descentralizada da tecnologia blockchain garante confiança e transparência no processo. Ainda, afirma que “diversos problemas tanto na esfera pública quanto privada podem ser solucionados com implementações baseadas em blockchain, pois esta tecnologia pode mudar desde o modo como realizamos contratos até a forma como nossas informações de saúde são armazenadas”. (2017, p. 2)

Considerando os desafios enfrentados pelo direito autoral na era digital a tecnologia *blockchain* é uma opção para evitar as violações de direito do autor e para gerenciamento dos direitos patrimoniais.

5. *Blockchain* como ferramenta de proteção e gestão dos direitos autorais

A tecnologia blockchain pode reinventar a proteção e gerenciamento de direitos autorais na medida em que consegue documentar atributos de uma obra, garantir a paternidade da criação, comprovar autenticidade, rastrear conteúdo e, automaticamente, permitir ou não o uso da obra. Além disso, pode trazer maior transparência nos recebimentos de *royalties* e eliminar as inúmeras intermediações que hoje existem, como no mercado da música, por exemplo.

O uso da ferramenta nesse sentido, segundo Imogen Heap (2017), pode trazer mais transparência e honestidade na distribuição dos pagamentos aos músicos e colocar a “casa em ordem”: “blockchain technology has the potential to get the music industry’s messy house in order”. Adiante, conclui de forma bastante poética, porém inspiradora, que:

The blockchain effect has inspired creatives in the industry that a better future lies ahead. If guided and nurtured in the right ways, blockchain holds the potential to give us a golden age of music not just for its listeners, but for those who make it, too. (HEAP, 2017)

Empresas privadas também já passaram a empregar a tecnologia para proteger atividade intelectual. Recentemente, um registro de patente requerido nos Estados Unidos pela empresa Intel atribuiu o uso do sistema a um método em que:

A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN É USADA PARA DOCUMENTAR E VERIFICAR ATRIBUTOS DE CONTEÚDO DIGITAL RELEVANTES PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. ESSES ATRIBUTOS PODEM INCLUIR, POR EXEMPLO, UM IDENTIFICADOR PARA O AUTOR DO CONTEÚDO, UM CARIMBO DE DATA E HORA PARA INDICAR QUANDO O CONTEÚDO FOI CRIADO E UMA MEDIDA QUE POSTERIORMENTE PODE SER USADA PARA DETECTAR A CÓPIA OU MODIFICAÇÃO DO CONTEÚDO. (trecho do registro citado por BATIANI, 2018)

No Github, uma plataforma de hospedagem de conteúdo, por exemplo, foram inseridos mais de 80 mil projetos que utilizam os conceitos do *blockchain*. Ademais, segundo a consultoria Deloitte, 26 mil desses projetos já foram adicionados ao repositório de códigos, tudo isso somente no ano de 2016. (YUDE, 2017)

Outro exemplo, brasileiro, é da empresa Original My⁹, que oferece outros serviços além das clássicas transações com cibermoedas, como prova de autenticidade de páginas virtuais, que também utiliza o *blockchain* para tal comprovação. Assim, a tecnologia pode ser comparada

9 < <https://originalmy.com/> >

a um rastreio e, no caso de páginas, é possível provar por meio dela que um conteúdo que esteve em um site A foi copiado para um site B, o que facilitaria o gerenciamento no sentido de evitar violações autorais no ambiente digital.

Como já mencionado, a *blockchain* é uma tecnologia independente, que aceita o recebimento dos mais variados tipos de dados, e funciona como um rastreador, que “segue” o conteúdo desde sua postagem até todos os seus destinatários finais, registrando todo o percurso.

Muitos autores, quando publicam online seus trabalhos, estão permeados de insegurança. A maioria sabe que corre o risco de ter o trabalho reproduzido e alterado por inúmeros “anônimos”, sem que haja qualquer controle ou sequer autorização do autor, e isto, muitas vezes, é desestimulante.

Com a implementação da tecnologia *blockchain* em sites, como por exemplo, em plataformas de autopublicação, o autor se torna capaz não só de rastrear seu trabalho, como decidir quem pode e quem não pode ter acesso a ele, visto que toda e qualquer alteração do bloco de dados fica registrada e só pode ser feita por indivíduos específicos.

Como exemplo prático de proteção da propriedade intelectual, a empresa sueca de software, MindArk, pretende usar a tecnologia *blockchain* para conectar os proprietários de ativos de PI com empresas e pessoas que possuem interesse em licenças e utilizar tais ativos, ou seja, o intento é criar um repositório de ativos que permitirá aos proprietários que licenciem seus ativos. Como outro exemplo, a empresa Binded utiliza o *blockchain* para registrar os direitos autorais de escritores e artistas nos Estados Unidos. (COUTO, s.d.)

Ainda, a empresa Kodak, em parceria com a WENN Digital, pretende usar a tecnologia *blockchain* para criar um livro digital criptografado que proteja os direitos de propriedade intelectual dos fotógrafos, que tiverem seus direitos de autoria violados no ambiente virtual tão afetando, inclusive, suas rendas. A pretensão da Kodak e sua parceira WENN Digital, por meio do *blockchain*, é criar ligações mais intrínsecas entre as imagens e seus respectivos criadores. (MORENO, 2018)

Vê-se que a tecnologia tem sido amplamente utilizada, mas seus

riscos e desafios ainda são inúmeros, em especial por conta da falta de histórico prático de longo prazo, e a própria compreensão da técnica, que invariavelmente influencia na sua aplicabilidade. Ao analisar as implicações da *blockchain*, Marco Iansiti e Karim R. Lakhani (2017) apontam a necessidade de compreensão do sistema e o impacto em toda a infraestrutura atual:

True blockchain-led transformation of business and government, we believe, is still many years away. That's because blockchain is not a "disruptive" technology, which can attack a traditional business model with a lower-cost solution and overtake incumbent firms quickly. Blockchain is a foundational technology: It has the potential to create new foundations for our economic and social systems. But while the impact will be enormous, it will take decades for blockchain to seep into our economic and social infrastructure. The process of adoption will be gradual and steady, not sudden, as waves of technological and institutional change gain momentum.

Com relação ao Direito e a validade das transações registradas em *blockchain*, os questionamentos permanecem sendo muitos. Embora a tecnologia tenha sido avaliada como positiva para proteger direito autoral, os aspectos jurídicos, em especial da validade do negócio, são pouco abordados pela academia e infimamente pelo poder judiciário, o que pode tornar alguns pontos obscuros, não se pretende aqui esgotá-los, apenas apontar algumas possibilidades.

O uso da *blockchain* para proteção de direito autoral, se daria de várias formas, dentre elas: a) para registrar direito autoral; b) para proteger direito autoral de violações; c) para gerenciar direito autoral, substituindo a atual forma de gestão coletiva, nos casos aplicáveis; d) para formalizar licenças e/ou cessões de forma automática e objetiva; e) para dar mais transparência e evitar a intervenção de terceiros.

Para o propósito do presente artigo, a aplicação da tecnologia *blockchain* poderia evitar a violação de direito autoral (contrafação e plágio) no âmbito digital?

Considerando que a tecnologia grava a autoria, data, hora e texto, de forma imutável; que permite ao autor/titular registrar as permissões

de uso da obra¹⁰, além de funcionar como rastreador, que “segue” o conteúdo desde sua postagem até os destinatários finais, registrando todo o percurso, é possível que seu uso pelos criadores e se implementados em plataformas de autopublicação, se torne um mecanismo para evitar as violações de direitos autorais, tanto o plágio quanto a contrafação, não só porque o autor se torna capaz de rastrear o seu trabalho e gravar as formas de acesso à ele, mas sobre outra perspectiva, a do “plagiador” ou “violador” de boa-fé, que no contexto da internet e da cultura digital não tinha acesso a toda a cadeia criativa e dos titulares da obra que se pretende utilizar.

E sob o aspecto da validade desses negócios ou ato jurídicos para o nosso ordenamento, não haveria contrariedade à legislação Autoral, tampouco ao Código Civil. A conclusão leva em consideração que a proteção de uma obra independe de registro, vez que nasce protegida mesmo que não haja solicitação em um órgão específico¹¹, ou seja, o Estado outorga a proteção assim que a obra é exteriorizada, de forma que os dados inseridos em *blockchain* serviriam para comprovar a paternidade da criação. O ato jurídico, nesta hipótese, demandaria outros questionamentos, como, por exemplo, se o registro em *blockchain* teria caráter absoluto ou relativo diante de uma discussão de paternidade da obra?

Já com relação aos negócios automatizados em contatos inteligentes, uma forma extremamente nova, incompreensível e pouco discutida no Direito, a transmissão de direitos deve obedecer o disposto no art. 49 e seguintes da Lei 9.610/98. No entanto, é necessário considerar que se trata de uma outra ferramenta para formalização de contratos, de manifestação de vontade declarada pelas partes, ou seja, é apenas um outro instrumento, escrito matematicamente, que será lido de forma objetiva e automatizada, mas que não viola a legislação.

Por fim, excluindo os problemas “políticos” da adoção da ferramenta, algumas questões da compreensão da técnica e questões

10 Através dos Smart Contracts – contratos firmados através da tecnologia *blockchain*, autoexecutáveis, que permitem a implementação automática de cláusulas quando verificadas determinadas condições ou termos, de forma objetiva e matemática.

11 Art. 18 da Lei 9.610/1998.

jurídicas conceituais, seu uso parece uma alternativa efetiva no sentido de dar mais transparência, agilidade e firmeza nas transações, o que, inclusive, retoma a valorização do autor na sociedade.

CONCLUSÃO

As mutações advindas do ambiente digital e o impacto no direito autoral é um fenômeno bastante enfrentado no âmbito jurídico nacional e internacional. A questão da disseminação instantânea de conteúdo autoral e a prática constante de plágio e/ou contrafação é um problema bastante peculiar e que até hoje não encontrou ferramentas adequadas que pudessem frear a prática e gerir adequadamente as criações colocadas no espaço virtual.

Dentro deste cenário, o trabalho se propôs a enfrentar o problema da proteção do autor e sua obra no ambiente digital na intenção de verificar a hipótese de que a tecnologia *blockchain* serviria como possível alternativa nesse sentido.

Para cumprir o escopo proposto, apresentou-se o cenário problemático do direito autoral no ambiente digital, demonstrando que a colocação de obras, sua reprodução e utilização no espaço virtual, são ações realizadas diariamente sem as devidas autorizações e em grande parte plagiadoras, ações repudiadas pelo ordenamento jurídico pátrio independentemente de onde forem praticadas, seja no ambiente tradicional ou no digital.

Verificou-se que a diferença entre os atos, portanto, estaria no fato de que o plágio consiste em uma apropriação da obra intelectual em que o plagiador se diz ser o criador da obra, explorando-a, ao passo que na contrafação não se extrai a autoria, mas há exploração econômica sem autorização do titular dos direitos. Em ambos há violação de direito autoral, a internet não mudou o direito sob o ponto de vista jurídico, de forma que os direitos patrimoniais e morais continuam sendo prerrogativas do autor.

Nesse desafio, a tecnologia *blockchain* foi analisada como uma

opção para evitar as violações de direito do autor e para gerenciamento dos direitos patrimoniais. O sistema, que pode ser traduzido como uma cadeia de dados, é formada por blocos de transações encadeados uns aos outros, o que, em tese, não pode ser alterado, dando segurança, transparência e confiança nos registros lá realizados.

Apontou-se que a tecnologia tem sido amplamente utilizada, mas seus riscos e desafios ainda são inúmeros, em especial por conta da falta de histórico prático de longo prazo, e a própria compreensão da técnica, que invariavelmente influencia na sua aplicabilidade.

De toda forma, a conclusão é que a tecnologia *blockchain* pode reinventar a proteção e gerenciamento de direitos autorais na medida em que consegue documentar atributos de uma obra, garantir a paternidade da criação, comprovar autenticidade, rastrear conteúdo e, automaticamente, permitir ou não o uso da obra. Além disso, pode trazer maior transparência nos recebimentos de royalties e eliminar as inúmeras intermediações que hoje existem, como no mercado da música, por exemplo, o sistema demonstrou ser bastante positivo para proteger direito autoral e todo o ecossistema que o rodeia.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos do Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Migalhas, 2014.

BASTIANI, Amanda. **Intel aposta na blockchain para gerenciamento de direitos autorais**. 2018. Disponível em: <<https://www.criptomoedasfacil.com/intel-aposta-na-blockchain-para-gerenciamento-de-direitos-autorais/>>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

BRASIL, **Lei nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

COUTO, Júlia. **O blockchain é o futuro da propriedade intelectual?**. Disponível em: <<https://pris.com.br/blog/o-blockchain-e-o-futuro-da-propriedade-intelectual/>>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

FIGURELLI, Rogério. **BLOCKCHAIN: Uma análise estratégica para humanos e robôs**. Trajecta. Edição do Kindle, 2017.

GATES, Mark. **Blockchain: Ultimate guide to understanding blockchain, bitcoin, cryptocurrencies, smart contracts and the future of Money**. Wise Fox Publishing, 2017.

GEDAI UFPR. **Blockchain e Direitos Autorais**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=itbXc7q3J3o>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

HEAP, Imogen. **Blockchain Could Help Musicians Make Money Again**. 2017. Disponível em: <<https://hbr.org/2017/06/>

blockchain-could-help-musicians-make-money-again>. Acessado em 20 set. 2018.

IANSITI, Marco; LAKHANI, Karim. **The Truth About Blockchain**. 2017. Disponível em: <<https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>>. Acessado em: 20 set. 2018.

LAGO, Lucas. **Blockchain: confiança através de algoritmos**. Boletim, vol. 2, n. 4. São Paulo: CEST/USP, 2017.

PEDROSA, Rosângela Curi. **Quando acontece o plágio?** Curitiba: Gedai/UFPR, 2017.

PRADO, Jean. **O que é blockchain: indo além do bitcoin**. 2018. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/227293/como-funciona-blockchain-bitcoin/>>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; NEVES, Rubia Carneiro. **Direitos autorais e música: tecnologia, direito e regulação**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 511-537.

RIBEIRO, Gabriel. **O que é blockchain**. 2017. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2017/11/o-que-e-blockchain.ghhtml>>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira; PASSOS, João Paulo Apolinário. **Blockchain e pregões eletrônicos: análise legal do uso de cadeias distribuídas para coibir fraudes à concorrência**. In: Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018/ Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes, Angelo Gamba Prata de Carvalho (Coord.).– Belo Horizonte : Fórum, 2018.

WACHWICZ, Marcos. **O “novo” direito autoral na sociedade informacional**. Disponível em:<<http://www.gedai.com.br/>

wpcontent/uploads/2017/08/artigo_o_novo_direito_autoral_na_sociedade_informacional_marcos_wachowicz-1.pdf> 2017. Acessado em 20 de setembro de 2018.

_____; COSTA, José Augusto Fontoura. **Plágio acadêmico**. Curitiba: Gedai Publicações/ UFPR, 2016.

YUGE, Claudio. **Procura aumentou no ano passado, mas blockchain ainda engatinha**. 2017. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/mercado/123998-blockchain-ainda-engatinha-mostra-evolucao-2016-2017.htm>>. Acessado em: 01 out. 2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo II Direito de Autor e Gestão Coletiva

TÍTULO: ECONOMIA DO CONHECIMENTO, CONTRAFACÇÃO E GESTÃO DE DIREITOS AUTORAIS NA TECNOLOGICA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

**Rangel Trindade
Bibiana Virtuoso**



ECONOMIA DO CONHECIMENTO, CONTRAFAÇÃO E GESTÃO DE DIREITOS AUTORAIS NA TECNOLÓGICA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Rangel Trindade¹

Bibiana Virtuoso²

RESUMO

Este artigo aborda a concepção de economia do conhecimento aplicada à gestão de direitos autorais e à contrafação, perpassando a complexidade da chamada sociedade da informação, com a concepção dos chamados commons. Objetiva estabelecer a revisão conceitual à luz das novas tecnologias, visando a solução de incongruências de regulação. Para o presente estudo, alia-se de forma interdisciplinar o direito intelectual, a análise econômica do direito, com pesquisa bibliográfica e análise de dados e legislação, bem como diretrizes tecnológico-acadêmicas da área da propriedade intelectual. Em considerações finais, o estudo ainda incipiente demonstra a necessidade de utilização de necessária revisão na regulação da gestão autoral no Brasil, sendo levada em consideração uma nova concepção de direitos, na fronteira entre direito público e privado.

Palavras-chave: Economia do conhecimento. Contrafação. Gestão de Direitos Autorais. Sociedade da Informação. Commons.

1 Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito, subárea Direito e Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR/CNPq). Professor e Advogado.

2 Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR/CNPq). Advogada.

INTRODUÇÃO

A concepção de economia do conhecimento aplicada à gestão de direitos autorais e a contrafação, perpassando a complexidade da chamada sociedade da informação, com a concepção dos chamados *commons*, quando falamos no combate da contrafação, exige adequação das leis autorais nacionais à sociedade da informação.

Se podemos falar em uma “demarcação jurídica” em direitos autorais como “responsabilidade social das empresas”, que passa necessariamente pela Constituição brasileira e pelas normas que regulam as relações mercantis, devemos ter como ponto de partida a própria demanda social quanto ao tema, a iniciar pelo **poder público**.

Assim, entender no que se constitui a Economia do Conhecimento, a nova tecnologia, bem como os liames da gestão coletiva de direitos autorais e contrafação, na dinâmica Sociedade da Informação, é tarefa importante e nada singela. Como veremos.

1. Economia do conhecimento

Yochai Benkler disserta sobre uma economia do conhecimento que abarca estas questões em sua obra “A Riqueza das Redes”, afirmando que informação, conhecimento e cultura são centrais para a liberdade e o desenvolvimento humano. A forma como são produzidos e trocados em nossa sociedade afeta criticamente nossa visão do mundo como ele é e como poderia ser; quem decide essas questões; e como nós, como sociedades e governos, vimos a entender o que pode e o que deve ser feito.

Por mais de 150 anos, afirma o autor, democracias modernas complexas têm dependido em grande medida de uma economia industrial da informação para estas funções básicas. Nos últimos 25 anos, entretanto, nós começamos a ver uma mudança radical na organização da produção de informação. Habilitados pela mudança tecnológica – e pelo pequeno lapso temporal decorrente desde então – estamos observando uma série de adaptações econômicas, sociais e culturais que tornam possível uma transformação radical na forma como

Afinal, construímos o ambiente informacional que ocupamos como indivíduos autônomos, cidadãos e membros de grupos culturais e sociais. E ainda continua:

Parece ultrapassado hoje em dia falar da “Revolução da Internet”. Em alguns círculos acadêmicos, isto é verdadeiramente ingênuo. Mas não deveria ser. A mudança trazida pelo ambiente da rede de informações é profunda. É estrutural.³

Segundo Benkler, a rede cria uma forma de produção essencialmente nova, que seria o que denomina de commons-based peer production (produção colaborativa com bases comuns). Em sua interessante análise da questão pelo prisma econômico, informa que na economia de informação em rede, o capital físico necessário para a produção é amplamente distribuído pela sociedade.

Assim, microcomputadores pessoais e conexões de rede sendo ubíquos, isso não significa que eles não possam ser usados por mercados, ou que indivíduos deixem de buscar oportunidades de mercado. Isso significa, porém, que sempre que alguém, em qualquer lugar, dentre os bilhões de seres humanos conectados, e em última instância dentre todos os que estarão conectados, queira fazer alguma coisa que requeira criatividade humana, um computador e uma conexão de rede, ele ou ela poderá fazê-lo sozinho, ou em cooperação com outros. Ainda mais se essa pessoa já tem a capacidade de capital necessário para tanto; se não sozinho, então pelo menos em cooperação com outros indivíduos agindo por razões complementares.

O resultado é que significativamente mais daquilo que os seres humanos dão valor pode ser feito por indivíduos, que interagem uns com os outros socialmente, como seres humanos e como seres sociais, ao invés de como agentes de mercado por um sistema de preços.

Na economia industrial em geral, e igualmente na economia industrial da informação, a maioria das oportunidades para se fazer coisas que eram valiosas ou importantes para muitas pessoas eram restritas pelo capital físico necessário para que fossem feitas. Ou seja, financiar o capital

3 BENKLER, Yochai. A Riqueza das Redes. Cap. 01. Disponível em http://cyber.law.harvard.edu/wealth_of_networks/index.php?title=A_Riqueza_das_Redess_-_CaphC3hADtulo_1 Acesso em 09 set 2018.

físico, por sua vez, forçosamente orientava projetos que necessitavam de inversões na direção de estratégias de produção e organização que justificassem tal investimento.

Trazendo isto a economias de mercado, significaria orientar investimentos na direção da produção de mercado. Em economias geridas pelo estado, isso significava orientar a produção na direção dos objetivos da burocracia estatal. Em qualquer caso, a liberdade individual prática de cooperar com outros na elaboração de coisas de valor era limitada pela extensão dos requerimentos de capital da produção. Segundo Ikujiro Nonaka:

Em uma economia onde a única certeza é a incerteza, apenas o conhecimento é fonte segura de vantagem competitiva. Quando os mercados mudam, as tecnologias proliferam, os concorrentes se multiplicam e os produtos se tornam obsoletos quase da noite para o dia, as empresas de sucesso são aquelas que, de forma consistente, criam novos conhecimentos, disseminam-nos profusamente em toda a organização e rapidamente os incorporam em novas tecnologias e produtos. Essas atividades caracterizam a empresa 'criadora de conhecimento', cujo negócio exclusivo é a inovação contínua".⁴

Ante o exposto, nos parece claro que, em uma economia do conhecimento, os investimentos serão também orientados para a criação do mesmo. Este conhecimento vai se refletir nos novos produtos e processos, mas também servirá para a construção de novos artefatos culturais (como livros, filmes, músicas e imagens). Ao contrário de seus congêneres distribuídos na economia de mercado, as obras produzidas no ambiente digital não demandam insumos físicos para sua circulação; a Internet trouxe consigo a virtualização do conteúdo (a obra artística, a produção científica, os recursos educacionais), sem perda de qualidade. A fronteira entre a cópia e o original se dilui, uma vez contabilizados os custos de produção da matriz original a realização de cópias se restringe a quantidade de bits, e sequências de zeros e uns.

⁴ NONAKA, Ikujiro. **A empresa criadora de conhecimento**. In: HARVARD BUSINESS REVIEW. Gestão do Conhecimento. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. p.32. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

2. Propriedade, contrafação, complexidade e motivação socioeconômica

Os direitos autorais se constituem em um direito de propriedade, e, portanto, no Brasil, possuem tutela da sua Constituição Federal de 1988.⁵ O art. 5º, XXIII, da CF ⁶, traz o princípio da *função social da propriedade*, que considera que toda e qualquer propriedade deve atender a função social a que se destinam; o princípio incide sobre os direitos imateriais, e, desta forma, sobre o direito autoral.

Quando abordamos o parâmetro socioeconômico, a funcionalização deste princípio torna-se um direito fundamental. Assim, o direito de propriedade constitui-se em um direito-dever, que assume uma missão social: o preenchimento do objetivo de sua utilização em prol da coletividade. Este espírito deve estar consagrado em todas as Constituições nacionais.

Neste sentido, para o estudo, objetiva-se trazer à tona a ideia de *função social da propriedade intelectual*, como supedâneo do princípio constitucional aplicado ao direito intelectual. A seu respeito, bem assevera Pilati:

“Cumpro, portanto, perante o atual estado das coisas, tratar de impor limites ao conteúdo da propriedade intelectual, em favor de interesses coletivos maiores, como a saúde, a cultura e o meio ambiente. Isso somente será possível com um estado mundial democrático, que trate de baixar e fazer respeitar leis que imponham (*erga omnes*) uma função social à propriedade intelectual.”⁷

O interesse público é o bem jurídico a ser tutelado. Desta forma, ao tratarmos da observância socioeconômica, isto deve ser levado em conta, sobremaneira. Ascensão elucidada ainda no que tange ao uso privado e à utilização pública de uma obra, ao afirmar que:

5 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

6 Diz o Art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal brasileira: “XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.” Ibid.

7 PILATI, José Isaac. **Propriedade Intelectual e Globalização**. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/secex/sti/indbrasopodesafios/nexciectecnologia/Pilati.pdf>>. Acesso em 28 de agosto de 2018.

O princípio da função social não teve vida fácil. Defrontou a hostilidade do liberalismo e individualismo a que se opunha; mas foi também combatido pelo coletivismo ascendente, para o qual representava uma estratégia para obstar à supressão pura e simples da propriedade. Hoje ressurge com nova força, após a derrocada do coletivismo, como única orientação capaz de afrontar o hiperliberalismo selvagem que nos é imposto”⁸

A contrafação, em sentido amplo, na lição de João da Gama Cerqueira, compreende três modalidades principais, a saber, reprodução, imitação e usurpação: a reprodução ocorre quando a marca⁹ alheia é copiada ou reproduzida, no todo ou em parte; a imitação seria a reprodução disfarçada da marca, conservando-se o que ela tem de característico identificadas diferenças mais ou menos sensíveis introduzidas pelo contrafator; por fim, a usurpação se caracteriza pela aplicação da marca legítima em produto ou artigo de procedência diversa.¹⁰

Dizer que a contrafação é complexa de nenhuma forma é negar o fato de que merece ser combatida. Como visto, tal prática é lesão a direitos autorais, e estudos como o da OCDE demonstraram que causa prejuízos aos países, tanto desenvolvidos como em desenvolvimento. Contudo, existe razão na justificação das condutas - que em um primeiro momento as consideraríamos como lesivas - pela motivação socioeconômica, e tal fato é característica dos tempos atuais em que vivemos.

Dos anos 90 para cá, ocorreu a transformação da difusão cultural para o ambiente digital, e a disponibilização de informação e serviços quase em sua totalidade neste ambiente. Tão logo difundido o *download* de dados, isto conduziu ao acesso a meios culturais pela internet. Hoje em

8 ASCENSÃO, José de Oliveira. A Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais, p. 89.

9 O conceito do referido doutrinador também foi utilizado para explicar a diferença entre as modalidades de reprodução e imitação, quando relativas ao uso indevido de marca: “(...) reprodução da marca é a cópia servil, idêntica, sem disfarces. Reproduzir é copiar. Se a marca levada a registro é igual a outra anteriormente registrada e em vigor, o registro não poderá ser concedido. Esse é o sentido da lei. (...) Distingue-se da reprodução a imitação, porque, neste caso, não há cópia servil da marca registrada, mas apenas semelhança capaz de criar confusão prejudicial ao titular da marca anterior e aos próprios consumidores. A identidade caracteriza a reprodução; a semelhança caracteriza a imitação. (ob. cit., p. 43 e 47).” CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da propriedade industrial. Vols. 1 e 2, Tomos 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 21.

10 Ibid.

dia existem apresentações culturais, shows, palestras, cursos universitários e inclusive artistas musicais exclusivamente via web. Pelo meio digital, ainda, a pessoa tem acesso a serviços básicos enquanto cidadão, declara imposto de renda, solicita serviços a órgãos públicos, e procura inclusive emprego e isto interfere diretamente em sua renda e subsistência.

Através do computador as novas gerações já se encontram inseridas no fenômeno tecnológico, mesmo recém-alfabetizadas, e daí decorre certa vulnerabilidade destes usuários. Há uma espécie de dependência tecnológica cada vez maior de toda a sociedade, e estar inserido no ambiente digital torna-se algo fundamental para a própria comunicação. Segundo Leal da Silva, em relação aos adolescentes:

O desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação, em especial a Internet, permitiu o ingresso dos adolescentes na sociedade informacional, e estes atores, na condição de nativos digitais, se valem dos recursos tecnológicos para livremente acessar informações, bens culturais, desfrutar de entretenimento e manter comunicação.¹¹

Assim, sendo “nativos digitais”, os usuários deste perfil tem a internet e o computador como seu próprio meio de vida, fazendo parte de sua inserção social. Em relação ao usuário da internet que tem mais de 23 anos, contudo, passa por um momento de adaptação à realidade informacional, segundo pesquisa brasileira.¹²

Nesta senda, segundo Wachowicz, “*as fontes culturais da internet, não podem ser reduzidas apenas as inovações tecnológicas, mas percebidas também, como um lugar de incontáveis comunidades virtuais e redes sociais que prosperam na criatividade tecnológica livre e aberta e que almejam reinventar a cultura da sociedade.*”¹³

11 LEAL DA SILVA, Roseana. **A proteção integral dos adolescentes internautas: limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço.** Tese de doutorado defendida perante o Curso de pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Doutorado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito a obtenção do título de Doutor em Direito, 2009.

12 Pesquisa realizada pelo Instituto Ipsos, instituto brasileiro especializado em pesquisas de marketing, propaganda e mídia. Extraído de Ipsos – Observatório de Tendências – Mind and Mood. Disponível em: <<http://www.ipsos.com.br/default.asp?resolucao=1024X600>>. Acesso em: 3 set 2018.

13 WACHOWICZ, Marcos; PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim (organizadores). **Estudos de direito do autor:** a revisão da lei dos direitos autorais. Meio Eletrônico.

Provada a enorme dependência do ambiente digital e constituída a sociedade da informação, pode-se afirmar, levando em consideração a situação econômica dos países em desenvolvimento, que muitas pessoas ainda estão excluídas do fenômeno tecnológico. Esta é a razão pela qual o social merece atenção ao discutirmos a inserção do ambiente digital.

O acesso à Internet nos domicílios voltou a crescer no Brasil, totalizando 42,1 milhões de lares conectados em 2017 (61% das residências). Nas áreas urbanas essa proporção é de 65%, o que corresponde a 38,8 milhões de domicílios conectados. Os dados são da pesquisa **TIC Domicílios 2017**, divulgada em julho deste ano pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), por meio do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br).

No entanto, ao que nos interessa, o estudo aponta ainda que as desigualdades por classe socioeconômica e por áreas urbanas e rurais persistem: o acesso à Internet está presente em 30% dos domicílios de classe D/E (proporção era de 23% em 2016) e 34% das residências da área rural (em 2016, era 26%). Já nas classes A e B, as proporções atingem, respectivamente, 99% e 93%. Além disso, 19% dos domicílios conectados não possuem computador, o que representa 13,4 milhões de residências. Essa proporção era de apenas 4% em 2014.

Segundo o estudo, o preço da conexão permanece como principal motivo mencionado para a ausência de Internet nos domicílios: 27% dos entrevistados afirmam que o serviço é caro. “O dado revela ser cada vez mais essencial o investimento em infraestrutura e em políticas públicas que possibilitem que todos os brasileiros possam ter acesso à Internet em suas casas, sem distinção de classe social ou região geográfica”, pontuou Alexandre Barbosa, gerente do Cetic.br.¹⁴

Veja-se, por exemplo, que uma pessoa de baixa renda, para inserir-se no contexto tecnológico, tem enormes dificuldades para fazê-lo. Começará por adquirir um computador defasado, mais antigo, que

Florianópolis : Fundação Boiteux, 2010. Disponível em < http://www.brasiliana.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/06002200/060022_COMPLETO.pdf> Acesso em 21 ago. 2018.

¹⁴TIC DOMICILIOS 2017. Extraído de https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2017coletiva_de_imprensa.pdf. Acesso em 09 set. 2018.

possivelmente não possui programas utilizados no estabelecimento o qual está empregada. Em decorrência de novas exigências impostas a cada dia em relação às habilidades tecnológicas, este exemplo de usuário não terá alternativa senão adquirir um software mais avançado. Porém, se é recém-iniciado no ambiente digital, não saberá da possibilidade de obter um software livre ¹⁵, e, não tendo condições financeiras de comprar o utilizado na sua empresa, fará *download* sem licença.

O estudo também apontou para o crescimento da proporção de usuários de Internet no Brasil, que cresceu seis pontos percentuais, passando de 61% (2016) para 67% (2017). Em números absolutos, 120,7 milhões de brasileiros acessam a rede, sendo que nas áreas urbanas essa proporção é de 71%. Ainda de acordo com a pesquisa, 87% deles usam a Internet todos os dias ou quase todos os dias. Já em relação ao dispositivo para acesso individual, mais uma vez a pesquisa aponta a preferência pelo celular, utilizado por quase a totalidade dos usuários (96%). Observou-se ainda um crescimento da televisão, utilizada por 22% dos usuários para conectar-se à Internet. Essa proporção em 2014 era de 7%.

Falando especificamente do Brasil, a ausência de acessibilidade tecnológica por grande parte da população brasileira ¹⁶ faz do mesmo um país em desenvolvimento neste sentido, e a anticontrafação deve começar pela promoção de um desenvolvimento socioeconômico, assim como em outras nações de mesmo perfil. Feito isto, possivelmente observaremos que as condutas contrafativas diminuirão ou desaparecerão por si só.

A complexidade da contrafação inevitavelmente possui matizes socioeconômicas, sendo necessário traçar um paralelo com o desenvolvimento. Costa bem informa que

mesmo admitindo que o crescimento econômico e da produtividade estão na base do desenvolvimento e que a renda *per capita* ¹⁵*Software livre*, segundo a definição criada pela Free Software Foundation é qualquer programa de computador que pode ser usado, copiado, estudado e redistribuído sem restrições. O conceito de livre se opõe ao conceito de software restritivo (software proprietário), mas não ao software que é vendido almejando lucro (software comercial). A maneira usual de distribuição de software livre é anexar a este uma licença de software livre, e tornar o código fonte do programa disponível. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Software_livre>. Acesso em: 22 ago 2018.

¹⁶De acordo com dados antes referidos.

ta é, possivelmente, seu melhor indicador, a sua dimensão social não pode ser descartada, sendo possível sua observação a partir da aplicação dos índices de desenvolvimento humano (IDH), critério criado pelo PNUD a partir dos estudos de Amartya Sen e Gustav Ranis, que englobam quatro variáveis; O PIB per capita, a expectativa de vida, a escolaridade obrigatória e os índices de alfabetização de adultos. A noção de desenvolvimento como liberdade, ademais, agrega a dimensão institucional e política à análise dos padrões de conforto e dignidade, trazendo novas e importantes variáveis à tona, como a liberdade política, as oportunidades sociais, a transparência e a segurança, além de assumir que a liberdade é tanto instrumental quanto constitutiva do desenvolvimento.¹⁷

Além disto, a sociedade da informação delinea a crescente complexidade das relações humanas, sociais e culturais. Um único ponto de vista não é cabível à discussão. Assim, conforme prelecionam Barroso e Barcellos, *“já não é possível examinar com seriedade os problemas contemporâneos sob um único ponto de vista ou oferecer-lhes uma resposta simples e direta, já que com frequência, eles envolvem valores e interesses diversificados conflitantes”*¹⁸.

Considerando sua dinamicidade intrínseca, precipuamente no que tange ao meio digital, a repressão por instrumentos jurídicos - estes que tem por natureza a mecanicidade e tradicionalidade - tendem a fracassar, ao tentarem engessar novas questões sociais; necessário, portanto, para evitar a contrafação, combinar meios jurídicos e medidas socioeducativas, a fim de conscientizar os indivíduos em geral sobre a prática, de forma responsável.

Nesta senda, defende-se aqui que condutas contrafativas por meios digitais devem ser evitadas. Contudo, frise-se que países nos quais as condutas de seus usuários são reflexo de sua vulnerabilidade não podem

17COSTA, José Augusto Fontoura. Desenvolvimento e Soberania perante os Recursos Naturais. In PIMENTEL, Luis Otávio; BARRAL, Welber (orgs). **Comércio Internacional e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 207. O autor refere as obras de Samuelson e Nordhaus (1999), e Barral (2005), em sua análise.

18BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e papel dos Princípios*. In LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 120.

ser comparados a nações já desenvolvidas. Assim, não podemos falar em um acordo anticontrafação que seja aplicado a todos, igualmente. O foco de um acordo de combate à contrafação deve ser promover o desenvolvimento de países sem pleno acesso tecnológico.

Deve-se considerar o impacto da propriedade intelectual na sociedade, sendo necessário utilizar o sistema internacional de PI como instrumento de políticas públicas, e conseqüentemente, de desenvolvimento socioeconômico.

3. Direito autoral, regulação monopolística, e modelos de negócio

A distribuição de direitos autorais arrecadados dentro das plataformas se dá por meio do chamado sistema de gestão coletiva de direitos autorais, que resta definida pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual como o exercício de direito de autor e direitos conexos, por meio de organizações que agem no interesse e em nome dos titulares das obras¹⁹.

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*”²⁰.

Tendo em vista as dificuldades encontradas pelos titulares das obras de fiscalizar e controlar como está sendo utilizado seu trabalho, 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 autorais²¹. Trata-se, também, de uma forma de reduzir os custos.

19 World Intellectual Property Organization. **Collective Management of Copyright and Related Rights**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/copyright/en/management/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

20FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beca do Azougue, 2016. 390 p. P.113.

21FRANCISCO; VALENTE. Op. Cit., p.117.

O Brasil possui um sistema único de gestão coletiva dos direitos autorais em todo o mundo. A Lei 12.853 de 2013 veio acrescentar disposições acerca da gestão coletiva na Lei 9.610 de 1998 (Lei de Direito Autoral). Neste caso, a gestão coletiva de direitos autorais se faz por meio de monopólio legal, sendo o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – o responsável.

Sob o entendimento de Valente e Francisco, o procedimento é definido como uma passagem de bastão²²: a associação de gestão coletiva repassa a obra, após seu cadastro, para o ECAD realizar sua arrecadação. Assim, o que se verifica é um sistema em que temos o ECAD em uma das extremidades e o autor em outra, tendo na zona intermediária as associações de gestão coletiva e o consumidor. O Brasil é o único país do mundo a adotar este sistema.

O ECAD, neste íterim, é uma associação das associações de gestão coletiva, que realiza a arrecadação e distribuição dos direitos decorrentes da execução pública de obras musicais, líteromusicais e fonogramas²³.

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.

Entretanto, verifica-se que este sistema não se mostra adequado às novas tecnologias, apresentando diversas lacunas que devem ser preenchidas.

3.1. Sociedade da informação e modelos de negócio

Lawrence Lessig, em sua obra “Code 2.0”, visa trazer algumas discussões acerca da internet, ou, como o autor define, o chamado ciberespaço. Segundo o autor, é neste espaço que a liberdade consegue reinar, sendo no ciberespaço que as pessoas conseguem se comunicar e se associar de maneiras que antes eram impossíveis. É uma liberdade sem

²²FRANCISCO; VALENTE. Op. Cit., p.117.

²³ARENHART, 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>

anarquia, sem o controle do governo.

O ciberespaço, nas palavras de Lessig, é uma rica experiência, na qual você “é colocado dentro”. Trata-se de um desenvolvimento do espaço, o qual nos dá muito mais controle sobre as interações do que o próprio mundo real. O acesso independe da geografia²⁴.

Assim, 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 acerca do fenômeno. 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 baixados²⁵.

A pirataria digital acarretou sérias consequências para a indústria de música e filmes. As mídias tradicionais foram deixadas de lado em

24 LESSIG, Lawrence. Code 2.0. New York, Basic Books: 2006.

25 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.

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.

Ao se tratar das novas tecnologias, é inevitável abordar o *streaming*. Este tipo de serviço vem tomando espaço e se expandindo a cada dia. As mídias – filmes, séries, jogos e música – acabam migrando para este tipo de sistema. As plataformas, neste contexto, oferecem um serviço de baixo custo e com uma variedade quase ilimitada de opções em seus acervos.

3.1.1 O streaming como atual modelo de negócio

A tecnologia *streaming* representou um avanço, principalmente ao tratarmos da indústria fonográfica. 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).

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.

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 quiser²⁶. É nesta categoria que se inserem as principais plataformas, tais como o *Spotify* e o *YouTube*.

Entretanto, este modelo de negócio não agrada a todos. Tanto a

26PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital** (Internet): Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p. 22.

indústria como os autores das obras afirmam que o retorno financeiro é baixo e injusto, desvalorizando o trabalho realizado.

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 usuários²⁷. 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.

A opção *freemium* seria custeada justamente pela publicidade, o que caracteriza o chamado modelo *flot*: geração de renda por associação com a publicidade²⁸. 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.

Tendo em vista o seu enorme acervo, torna-se difícil para o autor da obra gerir sua obra. Deste modo, adota-se a chamada gestão coletiva de direitos autorais para garantir esta fiscalização.

3.2. Incongruências na regulação de direitos autorais

Embora a gestão coletiva de direitos autorais seja um sistema em funcionamento, diversas críticas são feitas a ela, principalmente ao se tratar do meio digital.

Primeiramente, critica-se a lacuna existente na cobrança realizada

27FRANCISCO, 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.

28PESSERL, Alexandre Ricardo. **Estudos comparados sobre Direitos Autorais no Ambiente Digital** (Internet): Produto 04 – Soluções Implementadas por empresas. Brasília: Ministério da Cultura, 2014. p. 22.

pelo ECAD. Carlos Alberto Bittar sustenta que há uma omissão legislativa, a qual não faz alusão aos valores mínimos e máximos a serem cobrados²⁹. José de Oliveira Ascensão afirma que este tipo de tarifação é feito a partir de elementos extrínsecos, não considerando a qualidade real de cada obra³⁰.

Do mesmo modo que Bittar, Ascensão discorda do poder dado aos entes de gestão coletiva, afirmando que se apresentam, antes de tudo, como representantes de si mesmos. Para Ascensão, o autor, ou os titulares em geral, são mais o objeto da atuação que os sujeitos cujos interesses são efetivamente prosseguidos³¹.

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

Ascensão também critica o sistema em sua essência. O autor afirma que a gestão coletiva leva a uma associação necessária ou forçosa³². O autor acaba quase que fatalmente recorrendo às entidades de gestão coletiva.

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 desigual³³.

Ascensão também critica o tratamento dado às obras. Segundo o jurista, há uma perda da individualidade, uma vez que há autorizações genéricas às entidades de gestão coletiva. Neste caso, é muito difícil individualizar a remuneração correta dos artistas e autores³⁴.

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

30 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.

31 Op. cit, p. 25.

32 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

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

34 ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e legitimidade das entidades de gestão coletiva de direitos autorais, p. 18

O sistema de gestão coletiva nos moldes que se encontra o modelo brasileiro, acaba retirando a atuação do autor ou titular dos direitos conexos. A instituição responsável pela gestão coletiva acaba se tornando mais relevante³⁵.

Os valores auferidos pelos detentores dos direitos acaba sendo irrisória, pois se perde muito no sistema utilizado no país. Os entes intermediadores – ECAD, associações de gestão coletiva e as gravadoras – acabam recebendo grande parte do valor arrecadado.

Frisa-se que tão inadequado se mostrou o modelo que, em 2012, o ECAD foi investigado em uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), a fim de se averiguar possíveis descumprimentos por parte da entidade.

O ECAD foi condenado nos seguintes termos:

“foi criada a Comissão Parlamentar de Inquérito, composta por onze senadores titulares e seis suplentes, para investigar, no prazo de cento e oitenta dias, irregularidades praticadas pelo ECAD na arrecadação e distribuição de recursos oriundos do direito autoral, abuso da ordem econômica e prática de cartel no arbitramento de valores de direito autoral e conexos, o modelo de gestão coletiva centralizada de direitos autorais de execução pública no Brasil e a necessidade de aprimoramento da Lei 9.610/98”³⁶.

Inclusive, condenou-se o ente por formação de cartel. O ECAD estaria barrando a entrada de novas associações. Não obstante, as demais associações estariam impondo preços excessivos, de forma cartelizada, uma vez definidos em tabelas aprovadas pela Assembleia Geral do Escritório Central e caracterizados por elevadíssimas taxas de administração, o que faria com que valores irrisórios sejam repassados ao autor da obra intelectual.

Tal evento resultou na Lei Lei 12.853 de 2013, acrescentando os artigos 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revogando

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

36 BRASIL. SENADO FEDERAL. . **Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD (Requerimento nº 547, de 2011 – SF):** Relatório final. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951>>. Acesso em: 10 set. 2018.

o art. 94 da Lei nº 9.610 (Lei de Direito Autoral).

Em outro aspecto, observa-se a inadequação do sistema principalmente quando tratamos do *streaming* como execução pública. É este direito que serve como base para a função do ECAD.

O direito autoral garante a necessidade de autorização prévia e expressa do titular para que seja realizada a execução pública de suas obras³⁷. Assim, o direito de execução pública diz respeito à execução de obras musicais ou literomusicais em locais de frequência coletiva³⁸.

Compreende-se como execução pública as composições musicais ou literomusicais, transmitidas por qualquer meio, em ambientes que vão além da esfera individual, onde há um número considerável de pessoas, desde hotéis até transporte público.

Entende-se que não há distinção da finalidade da execução musical. O recolhimento dos valores é sempre devido. A cobrança se dá em razão da realização de todo tipo de evento que envolva música e que tenha o mínimo envolvimento de dinheiro³⁹.

Ocorre que em recente julgado no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o *streaming* se enquadra no conceito de execução pública. Isto significa que o ECAD pode cobrar por este tipo de execução.

Segundo a fundamentação do julgado, entendeu-se que a internet é um ambiente com potencial alcance, o que caracterizaria a frequência coletiva.

Ocorre que a fundamentação utilizou equivocadamente conceitos estabelecidos pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual. Equiparou a execução pública com o chamado *Making Available*. Ou seja, tratou da reprodução em locais de frequência coletiva como equiparado à distribuição.

Entende-se que o correto seria tratar o *streaming* como um verdadeiro direito de distribuição ao público, o *making available*. Considerar como se fosse execução pública somente corrobora para a ideia de um sistema de gestão coletiva incapaz de lidar com as novas

37 FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). **Do rádio ao streaming**; ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2016. 390 p. p. 111.

38Op. Cit. p. 139.

39Op. Cit. p. 111.

tecnologias, privilegiando tão somente as entidades de gestão coletiva.

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.

4. A tecnologia e os *commons* como concepções necessárias

Com a expansão da internet e das mídias digitais, os problemas da gestão coletiva se agravam. Como é possível realizar a fiscalização e o controle do que está sendo disponibilizado em rede? Como o autor pode voltar a ser o protagonista de seus direitos frente à gestão coletiva quase obrigatória e o excesso de entes intermediadores? É possível se falar em uma gestão individual?

Embora a lei não vede a gestão individual, o sistema torna quase impossível que a mesma seja realizada, impondo uma estrutura de alto custo para o autor.

Deste modo, faz-se necessário repensar o sistema de gestão coletiva de direitos autorais em vigor. Com a tecnologia em crescente expansão, há que se pensar na possibilidade de criação de programas capazes de auxiliar o autor na gestão de seus direitos, tais como softwares que possuam compatibilidade entre si.

Ascensão sustenta que as entidades de gestão coletiva devem sempre adotar, dentro do possível, métodos digitais de informações para a gestão dos direitos, facultando o acesso aos detentores destes direitos⁴⁰.

Fala-se, por exemplo, no uso de “tatuagem” da obra, algo que permita a contabilização do uso. É o que se chama de DRM, uma tecnologia que visa coibir a utilização de cópias não autorizadas, trazendo maior segurança e confiança para os usuários e as entidades de gestão coletiva⁴¹.

4.1 A tecnologia a serviço da tecnologia

40ASCENSÃO, José de Oliveira. A supervisão da gestão coletiva na reforma da LDA.

In: WACHOWICZ, Marcos. **Por que mudar a lei de direito autorais?**: Estudos e pareceres. Florianópolis: Editora Funjab, 2011. p. 143-158. p.158

41ASCENSÃO, José de Oliveira, op. Cit, p.156

Nesta toada, é possível mencionar tecnologias mais recentes para a realização do controle das obras do autor. Aqui é importante tratar brevemente acerca da tecnologia do *Blockchain*.

Trata-se de uma tecnologia aberta, na qual a distribuição dos registros pode gravar as transações entre as partes, de forma eficiente verificável e permanente⁴².

Com a tecnologia do *Blockchain*, é possível se pensar em contratos fundados em códigos digitais e transparentes, bem como compartilhar bases de dados, os quais estarão protegidos contra seu sumiço ou revisão.

Todos os acordos, processos e pagamentos seriam digitalmente gravados e a assinatura poderia ser identificada, validada, armazenada e compartilhada. Indivíduos, organizações, máquinas e algoritmos podem ser livremente transacionados e interagem com uns aos outros.

Na tecnologia do *Blockchain*, os registros são replicados em uma larga escala de bases de dados idênticos, cada qual recebido e mantido pela parte interessada. Quando há a alteração de uma cópia, todas as outras são simultaneamente atualizadas. O *Blockchain* permite transações feitas em segundos, de forma segura e confiável

Os chamados *Smart Contracts* são a aplicação mais transformadora do *Blockchain*. Estes contratos só não podem ser efetivos se não houver uma instituição de compra. É necessário uma coordenação e clareza na forma como estes contratos são feitos, verificados, implementados⁴³.

Deste modo, a tecnologia poderia ser utilizada para controle do acervo de obras digitais dos autores, não necessitando mais da interferência de terceiros. O contanto se daria entre o detentor da obra e a plataforma de *streaming*.

Não haveria mais contratos obscuros, sem clareza. O detentor dos direitos de autor teria ciência inequívoca e exata do que está acontecendo e como sua obra é gerida. A segurança jurídica também se faria presente, tendo em vista que as transações se dão somente entre aqueles que detém o hash do sistema. Ou seja, estes valores (*hash*) são responsáveis por

42 IANSITI, Marco; LAKHANI, Karim R. The Truth About Blockchain. In: Harvard Business Review. Disponível em: <https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>. Acesso em 10 set. 2018.

43 Op. Cit.

prover a integridade dos dados, que uma sequência de dígitos única e com baixíssimas chances de ser replicada⁴⁴.

Não obstante, garantiria maiores ganhos ao artista, uma vez que não haveria mais a retenção de valores pelos entes de gestão coletiva. Ademais, seu controle pode se dar diretamente na rede, sem necessitar de grandes estruturas para funcionar.

Opção também seria o uso de algoritmos para controle deste acerca digital. A partir do fornecimento de dados específicos sobre as obras disponibilizadas em rede, poder-se-ia traçar um perfil do detentor da obra. Seria possível, por exemplo, separar autoria, co-autoria e direitos conexos.

Os algoritmos visam encontrar a decisão mais otimizada, dado o caso em particular e o conjunto de dados⁴⁵. Dada a sua rapidez e precisão, pouco ou nada de trabalho humano será necessário. De maneira inteligente e organizada, os algoritmos se encarregarão de montar as listas de obras e ajudar na gestão dos direitos de autor, sem precisar recorrer a um ente de gestão coletiva.

As hipóteses visam uma redução de custos e conseqüente maior lucro por parte dos autores. Ademais, os detentores dos direitos autorais teriam maior autonomia para gerir suas obras e cuidar de sua disponibilização da forma que melhor atender aos seus interesses, com segurança e precisão.

4.2. A concepção de commons

O conceito de *commons* e as transformações sociais que surgiram com a inserção deste conceito do espaço digitalizado e de comunicação é presente nos argumentos de autores como Benkler, Lessig, Negri e Hardt sobre a expansão do commons na sociedade atual. Percebem-se diferentes as visões entre destes autores, mas todos admitem uma posição favorável

44 BACON, Jean; MICHELS Johan David; MILLARD, Christopher; SINGH, Jatinder. **Blockchain Demystified** (December 20, 2017). Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 268/2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3091218>. Acesso em 09 set. 2018. p.06

45 Gal, Michal; Elkin-Koren, Niva. Algorithmic Consumers (August 8, 2016). Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 30, 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2876201>. p.06

a comunidades de software livres, assim como ressaltam a importância de ser ter movimentos que defendem a cibercultura aberta a todos.

O que é commons afinal? A definição utilizada por Amadeu⁴⁶ é “*commons pode ser traduzido como comum ou como espaço comum. (...) Seu uso evoca ainda a idéia de algo que é feito por todos, ou por coletivos e comunidades. (...) Bens públicos são commons.*”. Indo além deste conceito básico de comum a todos, há uma nova forma de ver o commons na era digital. Temos sua concepção como simbólico, imaterial e tem como local ideal a cultura de redes ou ciberespaço.

Com o surgimento de sites de busca e de compartilhamento, o commons possui uma nova roupagem, passa a ser um commons digitalizado, em um espaço livre e de acesso livre. Assim, o commons digital trouxe consigo uma transformação no comportamento social, permitindo que o maior número de pessoas possa ter acesso à cultura literária, musical, cinematográfica, entre tantas outras. Há a quebra do monopólio de capital cultural, entrando em conflito com a indústria cultural, ou como o próprio autor sugere, *os cavaleiros da copyright*. Devido a estas questões o commons foi colocado em pauta no cenário econômico e político.

Benkler lançar a idéia de classificação de commons através do grau de dependência de regulamentação. Os commons que são abertos a todos possuem um grau pequeno ou inexistente de regulação, sendo assim, acessado sem restrições. Seguindo a lógica, o commons com maior grau de dependência de regulagens, pode ser controlado um grupo ou comunidade. O exemplo citado pelo autor de commons regulado são as vias públicas. Por existir regras de normas e padrões de conduta, como exigência de licenciamento de automóveis e dos condutores.

Para Benkler, a liberdade das redes digitais trás um novo modo de produção social. A grosso modo, há “desdomesticação” do homo-economicus, ou seja, surge uma nova concepção de racionalidade de mercado, diminuindo a competitividade e ampliando a

46 SILVEIRA, Sérgio Amadeu. O Conceito de Commons na Cibercultura IN Anais do Intercom–Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação XXX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação-2007, p. 2.

solidariedade, nascendo uma preocupação por parte do Estado, que tenta lançar uma auto-organização para coordenar o crescimento dos espaços e esferas comuns, que vão de encontro a ultra-regulamentação. Benkler acredita que o homem não possui uma lógica puramente economicista, afirma que a liberdade amplia os proprietários.

Lessig, por sua vez, é o idealizador do movimento *Creative Commons*, movimento tem como finalidade facilitar o acesso dos autores para licenciar suas obras. Tudo com a preocupação em proteger a liberdade e criatividade artística assegurando seus direitos.

O *Creative Commons* já conseguiu realizar algumas ações significativas e ao mesmo tempo polemicas, para a classe artística nos EUA. Houve o prolongou o tempo de *poder* do artista sobre sua obra, podendo manter os lucros por mais 95 anos, após a morte do artista.. A reação não obteve o êxito esperado, pois não conseguiu conter o avanço da cultura digital.

Indo além, Lessig salienta a diferença entre a cultura regulada e a cultura livre. A cultura regulada seria uma espécie de cultura de permissão, exigindo sempre o trabalho dos advogados a todo o momento, o que chama de “cultura dos advogados”. Nesta cultura há um alto custo, sufocando a criatividade dos artistas, já que tem como objetivo manter a obra intacta. ao mesmo tempo em que defende a criatividade e a liberdade dos grupos e a ampliação dos *commons*, defende a propriedade do autor, idealizando uma política de equilíbrio.

Para Lessig, o commons pode conviver com a propriedade de ideias. As concepções de propriedade de ideias possuem uma forte relação com o caráter excludente do capitalismo no que diz respeito à redução da competição. Neste sentido, o autor lança uma severa crítica sobre a má utilização do conceito cultura. Há uma grande exploração da cultura como entretenimento, relegando desta forma *commons* a constantemente a marginalização do plágio, nos processos de industrialização da cultura, a chamada *indústria cultural de massa*, ou simplesmente a *massificação da cultura*.

Por conseguinte, Negri e Hardt enveredam por uma explicação de viés marxista à questão. Iniciam suas críticas na visão romântica dada ao *comum*, como sendo da comunidade ou do público. Sugerem, então, a construção de um commons no qual a individualidades se dissolvam, mas

mantendo o diálogo com as singularidades. Pela lógica dos autores, não haverá um ideal comunitário, tão pouco haverá as idéias neoliberais de dependência ao mercado.

Deve-se reconstruir o conceito de *comum* tendo em vista os novos atores históricos, a multidão, ou seja, o povo. A construção deste novo *comum* agrega constantemente novos atores e singularidades, dentro dos processos virtuais.

Considerações finais

Este estudo procurou abordar a concepção de economia do conhecimento aplicada à contrafação, perpassando a complexidade da chamada sociedade da informação, com a concepção dos chamados *commons*. Tudo isto para falarmos em 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.

O combate da contrafação, através: da necessidade de adequação das leis autorais nacionais à sociedade da informação, da educação aliada a uma conscientização responsável e didático-pedagógica para a contrafação, e de verificação dos chamamos commons alinhados à economia do conhecimento, é algo que deve ser implementado pela sociedade.

Sobre a gestão coletiva, 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.

Não obstante, as dificuldades impostas pelos entes de gestão coletiva também se apresentam como um obstáculo ao acesso à cultura. Devido às falhas do sistema vigente de gestão coletiva no Brasil, os pequenos artistas não possuem incentivo para produzir. Assim, tanto os músicos quanto os consumidores da música são prejudicados.

Do mesmo modo, a preocupação dos entes de gestão coletiva acaba focando única e exclusivamente na parte patrimonial do direito de autor. Não se discute seus direitos de ordem moral. As obras acabam se perdendo nos blocos vendidos, perdendo sua individualidade.

Assim, faz-se possível esta gestão personalizada e pessoal quando da utilização de novas tecnologias. Tanto o *Blockchain* quanto os algoritmos se apresentam como alternativas baratas, viáveis e seguras de garantir que o autor possa gerir a sua própria obra. Não seria necessária a existência de entes intermediadores e a obra seria respeitada em sua individualidade.

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. Afinal, não podemos ter como justo a manutenção de um sistema que somente preza pelos ganhos das grandes entidades, deixando de lado a figura principal, que é a do criador da obra.

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 autoral?: Estudos e pareceres*. Florianópolis: Editora Funjab, 2011. p. 143-158.

ASCENSÃO, José Oliveira. A Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais. In: WACHOWICZ, Marcos. (Org.); ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva (Org.). *Direito da Propriedade Intelectual - Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

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.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e papel dos Princípios*. In LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BACON, Jean; MICHELS Johan David; MILLARD, Christopher; SINGH, Jatinder. *Blockchain Demystified* (December 20, 2017). Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 268/2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3091218>. Acesso em 09 set. 2018.

BENKLER, Yochai. *A Riqueza das Redes*. Cap. 01. Disponível em http://cyber.law.harvard.edu/wealth_of_networks/index.php?title=A_Riqueza_das_Redes_-_CaphC3hADtu1o_1. Acesso em 09 set 2018.

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: 12 set. 2018.

BRASIL. SENADO FEDERAL. . *Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD* (Requerimento nº 547, de 2011 – SF): Relatório final. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/material/getPDF.asp?t=106951>>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

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: 12 set. 2018.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Vols. 1 e 2, Tomos 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

COSTA, José Augusto Fontoura. Desenvolvimento e Soberania perante os Recursos Naturais. In PIMENTEL, Luis Otávio; BARRAL, Welber (orgs). *Comércio Internacional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

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

Gal, Michal and Elkin-Koren, Niva, *Algorithmic Consumers* (August 8, 2016). Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 30, 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2876201>

IANSITI, Marco; LAKHANI, Karim R. *The Truth About Blockchain*. In: Harvard Business Review. Disponível em: <https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>. Acesso em 10 set. 2018.

IPSOS – Observatório de Tendências – *Mind and Mood*. Disponível em: <<http://www.ipsos.com.br/default.asp?resolucao=1024X600>>.

LEAL DA SILVA, Roseana. *A proteção integral dos adolescentes internautas: limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço*. Tese de doutorado defendida perante o Curso de pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Doutorado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito a obtenção do título de Doutor em Direito, 2009

LESSIG, Lawrence. *Code 2.0*. New York, Basic Books: 2006.

NONAKA, Ikujiro. *A empresa criadora de conhecimento*. In: HARVARD BUSINESS REVIEW. *Gestão do Conhecimento*. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. p.32. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

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

Word Intellectual Property Organization. *Collective Management of Copyright and Related Rights*. Disponível em: <<http://www.wipo.int/copyright/en/management/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

PILATI, José Isaac. *Propriedade Intelectual e Globalização*. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/secex/sti/indbrasopodesafios/nexcietecnologia/Pilati.pdf>>. Acesso em 28 de agosto de 2018.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu. O Conceito de Commons na Cibercultura IN *Anais do Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação XXX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação - 2007*.

TIC DOMICILIOS 2017 (CGI.BR). Extraído de https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2017coletiva_de_imprensa.pdf.

WACHOWICZ, Marcos; PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim (organizadores). *Estudos de direito do autor: a revisão da lei dos*

direitos autorais. Meio Eletrônico. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2010. Disponível em < http://www.brasiliana.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/06002200/060022_COMPLETO.pdf



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo II Direito de Autor e Gestão Coletiva

TÍTULO: A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN: SMART CONTRACTS E A EXPANSÃO DAS CRIPTOMOEDAS FRENTE À CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO DIREITO DE AUTOR

Roberto T. Fioravante



A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN: SMART CONTRACTS E A EXPANSÃO DAS CRIPTOMOEDAS FRENTE À CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO DIREITO DE AUTOR

Roberto Tramontina Fioravante¹

RESUMO

O presente estudo propõe uma análise do surgimento e expansão das tecnologias *blockchain* e seus subsequentes e mais expressivos resultados, buscando compreender, portanto, a partir de seus fundamentos, qual seria a forma de proteção adequada atrelada à propriedade intelectual, bem como sua relação com o sistema de direito autoral tradicional. Para tal compreensão, se faz necessária a análise da doutrina clássica acerca da proteção autoral, bem como de conteúdo doutrinário e de caráter tecnológico internacional. O trabalho divide-se em dois momentos, onde, primeiramente se analisa o instituto da proteção do direito autoral trazido pela Lei 9.610/98, que trata do direito autoral em sentido amplo, e Lei 9.609/98, no que tange especificamente à proteção do software. Sequencialmente, passa-se a analisar as novas tecnologias aventadas pelo *blockchain*, buscando compreender suas dimensões, limites e possíveis reflexos no contexto da propriedade intelectual. A análise cumpre o objetivo de elevar o tema ao debate pela comunidade jurídica, posto que se tratam de tecnologias substancialmente novas, devendo ser discutidas e desenvolvidas no que tange sua proteção. Em sede conclusiva, compreende-se que o modelo de proteção autoral atual não comporta a dimensão de tais tecnologias, de modo que para sua real proteção e abrangência, tal tecnologia deveria ser tratada como formato específico, não podendo ser classificada na categoria de software comum cuja proteção atrela-se restritamente ao código fonte. O ordenamento jurídico pátrio precisa estar preparado para receber tais tecnologias, devendo assegurar sua proteção como ferramenta de desenvolvimento econômico-social, tendo em vista os princípios basilares da propriedade intelectual.

Palavras-chave: *blockchain*; *smart contracts*; direito autoral.

¹ Pós-graduando em Direito Civil Empresarial junto à Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado.

INTRODUÇÃO

Traçar uma linha de relação jurídico normativa analisando tecnologias tão recentes e até pouco tempo invisíveis para o Direito precede de um grande desafio, na medida em que seus alcances e dimensões ainda são nebulosos, não só para o ordenamento jurídico pátrio, como também nos ordenamentos jurídicos internacionais.

As novas tecnologias surgem e são reproduzidas de forma explosiva no campo digital, de modo que o advento de um novo conceito tecnológico advindo, sobretudo, pela inteligência artificial, serve de berço para o surgimento constante de novas criações, resultando em uma ampla gama de conexões, das quais não é frequente ao Direito, a obtenção de êxito na tarefa de acompanhar seus efeitos e desenvolvimento em tempo real.

Não obstante, a nova tecnologia dos *blockchains* já foi concebida com objetivo de criar um novo fluxo de informações e dados descentralizada, que não ficasse atrelada ou dependesse de um centro controlador, o que evidencia as dificuldades para encontrar um denominador para sua regulação.

O mercado das criptomoedas, entretanto, já movimentava vastas cifras, se pluralizando na medida em que surgem novos modelos de sistemas e aberturas econômicas, atraindo investidores e usuários de seus produtos, estes que cada vez tornam mais plurais. Na mesma linha é a utilização dos *smart contracts*, que entregam segurança, velocidade e desempenho na esfera contratual, já sendo alternativas utilizadas por diversas companhias que buscam o dinamismo de suas relações. Denota-se, portanto, uma realidade que não pode ser invisível ao Direito, devendo ser amplamente discutida e compreendida de modo a resultar no tratamento jurídico mais adequado à suas necessidades.

Não se deseja com o presente estudo, portanto, decifrar um modelo de regulação destas tecnologias, nem tampouco definir possíveis aparatos legais que restrinjam ou limitem sua existência, removendo tais criações do ideal descentralizador. O que se busca com o trabalho é traçar uma linha de entendimento para o tema, relacionando-o, sobretudo, com o modelo de proteção atual dado ao software pelo ordenamento pátrio, preocupando-se em proteger pelo direito autoral, essencialmente, o código fonte.

Para o desenvolvimento da compreensão das novas tecnologias, buscará se analisar, em um primeiro momento, o sistema de proteção autoral tradicional, desde sua concepção e recepção pelo ordenamento jurídico nacional, bem como compreender seus nuances e limites de abrangência. A partir daí será desenvolvida uma análise crítica de sua origem, não visando a efetiva remoção da posição majoritária sobre a proteção autoral ao código fonte, contudo, compreendendo a relação e equiparação do software com as obras literárias, e, em seguida, indagando quais seriam seus alcances.

De escopo, será elaborada, a partir de estudos estrangeiros de caráter técnico sobre o tema, uma breve análise das novas tecnologias, encaminhando uma reflexão acerca da proteção da propriedade intelectual de tais criações, buscando expor seus contrapontos sobre o modelo tradicional adotado pela legislação vigente, bem como da possibilidade de atualização do regime autoral no que tange a esfera digital.

2. A CONCEPÇÃO JURÍDICA TRADICIONAL DA PROTEÇÃO AO SOFTWARE E O PAPEL DO DIREITO AUTRAL NO AMBIENTE DIGITAL

2.1 A RECEPÇÃO DO SOFTWARE PELO DIREITO BRASILEIRO

Para que seja possível uma análise reflexiva da compreensão e concepção dos programas de computador na esfera jurídica, e, não obstante, no estudo da propriedade intelectual, se faz necessária uma verificação de seu advento no ordenamento jurídico nacional.

Tal concepção de software para fins e efeitos jurídicos é, desde sua origem, objeto de frequente debate na comunidade jurídica, que busca solucionar a questão da mensuração dos limites e abrangência dos programas de computador, de modo a aproximar o direito para esta esfera, solucionando, assim, conflitos de caráter consumerista, tributário, comercial, social e autoral no que tange os sistemas computacionais (CANALLI, 2010, p. 15).

Entretanto, deve-se considerar que tais discussões, na maioria das vezes, não são desenvolvidas por quem detém conhecimento técnico aprofundado sobre o tema, incumbindo tal análise aos magistrados, legisladores e advogados, deixando frequentemente de lado as concepções técnicas do sistema, e trazendo uma visão superficial do que consiste a esfera digital, o que incorre na generalização de conceitos, agrupando diversas modalidades distintas de programas computacionais na mesma categoria (CANALLI, 2010, p. 44).

No que se refere à propriedade intelectual, em 1994 os direitos autorais passam a ser compreendidos pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*), estabelecendo padrões mínimos de regulação ao tema, trazendo regras rígidas em suas disposições, importando ainda, da Convenção de Berna, regulamentações relativas aos *copyrights*.

Nos moldes da Conversão de Berna e adotada pelo TRIPS em seu artigo 10², estendeu-se aos softwares a mesma proteção aplicável às obras literárias, deixando definida a duração mínima do direito exclusivo do titular do programa no período de cinquenta anos. O acordo TRIPS foi aderido pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto-Lei nº 1.355/94, dispondo hipóteses bastante restritas ao que se refere às limitações e exceções ao direito autoral pela legislação estadual.

Seguindo os fundamentos do tratado, em 1998 foi aprovada a Lei 9.610, tratando de inserir os regimentos do acordo no ordenamento nacional no que diz respeito aos direitos autorais³, exprimindo em seu artigo 7º, *caput*⁴, qual seria o alcance e definição desta esfera. Na mesma data da aprovação da já mencionada Lei 9.610/98, foi sancionada também a Lei 9.609/98, conhecida como “lei do software”, por dispor, em seus

21. Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971).

3 Lei 9.610/98, preâmbulo – “Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”.

4 Lei 9.610/98 Art. 7º - “São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como [...]”

16 artigos, especificamente sobre os programas de computador⁵, tendo sido para fins de proteção, equiparado com as obras literárias, na seara do direito autoral.

Observa-se que o direito autoral em sua positivação diferencia ideias de expressões de ideias, tratando o tema de forma distinta no artigo 7º *caput* e § 3º⁶, e artigo 8º, inciso I⁷ da Lei 9.610/98, ainda no art. 1º da Lei 9.609/98⁸, na medida em que não se oferece proteção às ideias em si, mas em sua expressão, classificando-se, portanto, o software, neste contexto.

Deste modo, tal equiparação demonstra-se relevante no disposto do art. 2º da Lei 9.609/98⁹, que concede ao software o mesmo tratamento das obras literárias, visto que o trata-se de sua disposição como “conjunto organizado de instruções”, sendo este o aspecto principal de ambos, não estando atrelado à alguma semelhança na função que desempenham (CANALI, 2010, p. 41).

Ainda, o software como obra autoral é determinado por sua semelhança com obras artísticas, sendo assim, atribuído ao software “uma boa dose de criação autoral”. De tal forma, “os comandos e as fórmulas estariam para o software como as letras estão para uma poesia”. De forma isolada não seriam

5 Lei 9.609/98, preâmbulo – “Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.”

6 § 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

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

I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

8 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.

9 Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

passíveis de proteção, mas “quando utilizadas em uma criação humana com elementos de ineditismo e originalidade, então, tornam-se uma obra intelectual que merece ser protegida” (PINHEIRO, 2016).

Sendo assim, no que toca a forma e conteúdo do software e sua semelhança com as obras literárias, é rica a doutrina ao abordar tal tema, assemelhando o código fonte como uma letra ou partitura de uma melodia, que ao ser executada por um computador ou máquina – ora relacionados aos instrumentos musicais – gera determinado resultado.

2.2 O REGIME DE PROTEÇÃO E REGISTRO DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR

Cumpra considerar que provindo de tal equiparação, o registro do software passa a ser uma faculdade, e não uma obrigatoriedade para que seja garantido o direito atribuído ao criador, diferindo-se, para os fins legais, de outros institutos protegidos pelo sistema brasileiro da propriedade intelectual.

Deste modo, não incumbe ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI a recepção de seu registro, tendo em vista que as competências de tal órgão concentram-se na seara da propriedade industrial, e não no que tange os direitos autorais que efetivam a garantia de 50 anos ao autor contados a partir do 1º de janeiro do ano subsequente a sua publicação, ou, no caso da criação não externalizada, da sua criação, conforme art. 2º § 2º da Lei 9.609/98¹⁰.

Advindo destas disposições, atribui-se ao autor o direito de reivindicação da paternidade da criação (BARBOSA, 2013), podendo se opor a alterações não autorizadas, refletindo ainda na garantia dos direitos de caráter moral, ficando o criador do software munido de ferramentas legais de proteção a eventuais modificações, mutilações ou deformações que possam afetá-lo em seu âmbito moral, atingindo sua honra ou reputação, inclusive podendo ser penalizado com multa e

10 § 2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

detenção quem violar tais direitos.

Neste sentido, é garantido ao autor, conceder, por intermédio de contratos de uso e licenciar, comercializar e transferir a tecnologia, sendo garantido pela lei instrumentos jurídicos para a exploração econômica e venda de tais criações, cujos contratos poderão produzir efeitos a terceiros mediante o respectivo registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.

Entretanto, mesmo que transferida a tecnologia e estabelecida a exploração econômica do software, preservam-se, contudo, os direitos do autor relativos à sua criação, nos termos do § 5º, art. 2º da Lei 9.609/98¹¹, não se exaurindo com a partir da transferência, reprodução ou exploração econômica por terceiros.

Denota-se certo despropósito em tal formalidade de proteção, visto que é notável o caráter econômico dos softwares, sendo a utilidade o essencial motivo para sua criação e desenvolvimento. Assim, um contrato de licenciamento para exploração econômica pode ser relativizado pela proteção autoral, de modo que, caso afete a esfera moral de seu criador, pode incorrer nas penalidades previstas em lei.

É plenamente concebível tal previsão nas obras literárias, culturais e artísticas propriamente ditas, passo em que estas referem-se à manifestação da alma do artista, devendo ser assegurado os direitos extrapatrimoniais sobre qualquer contrato de transferência e exploração por terceiros. Entretanto, tal conceito se torna de percepção mais nebulosa em se tratando de programas computacionais como ferramentas de utilidade, que, apesar de serem criações para todos os fins, demonstra-se, na maior parte dos casos uma dificultosa e arriscada mensuração sobre a forma de prejuízo moral enfrentado pelo desenvolvedor.

2.3. NOVOS ASPECTOS DOS DIREITOS AUTORAIS NO AMBIENTE DIGITAL E A PLURALIDADE DE SOFTWARES

11§ 5º Inclui-se dentre os direitos assegurados por esta Lei e pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País aquele direito exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial, não sendo esse direito exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa.

Desde meados dos anos 90 até os tempos atuais, com saída do formato típico de consumo de conteúdo, e, sequencialmente, a entrada das novas tecnologias a partir do advento do espaço digital, é possível observar uma crescente valoração do conhecimento e da informação, que flutua em velocidade sempre ascendente, acessada por usuários espalhados por toda a esfera terrestre.

A informação demonstra-se como valor essencial na realidade da tecnologia digital, expandindo-se de forma progressiva através dos veículos de comunicação e compartilhamento de dados, revelando, portanto, diversas mudanças no campo econômico social, perfazendo um ciclo para a origem de novas tecnologias (GANDELMAN, 2007, p. 21).

É notável que a proteção tradicional atribuída ao software como direito autoral parte do pressuposto de um software singular, com um objetivo específico, originado por um determinado desenvolvedor, que será por consequência o detentor de seus direitos autorais. Decorrente dos constantes avanços no ambiente digital, surgem novas formas de transmissões e composições de dados, que não se enquadram especificamente no modelo de proteção comum.

Em que pese incorram múltiplas formas de proteção atribuídas ao software, o artigo 7º, XII, da Lei 9.610/98, bem como o disposto na já referida Lei 9.609/98 referem-se, especificamente, à proteção restrita ao código fonte como essência da proteção do software pelo direito do autor, sendo, diretamente atrelada aos dados contidos no código, eis que passíveis de cópia e reprodução, formalizando os conhecidos “*copyrights*”.

No entanto, a partir de 1984, por intermédio da *Free Software Foundation – FSF*, no intuito de tornar pública a possibilidade de criação, análise e aprimoramento de softwares, surge o conceito dos “*copylefts*”, dando início a uma crescente corrente de softwares livres, dando liberdade ao usuário de exercer sobre o software as quatro liberdades essenciais - executar, copiar, distribuir, estudar, alterar e melhorar o software (ESTEVEZ; SASS, 2017, p. 237).

Observa-se que a classe dos softwares livres vem movimentando uma grande quantidade de esforços desde sua criação, na medida que diversas empresas já adentraram nesta esfera, se inserindo no mercado

dos softwares livres para o desenvolvimento e aprimoramento de novas tecnologias, demonstrando um mercado que vem constantemente crescendo e evoluindo a partir de seus incentivadores.

O que esta modalidade de tecnologia vem enfrentando é a dificuldade de se enquadrar em um regime jurídico específico, de modo que o ordenamento jurídico nacional se demonstra omissivo no que se refere aos aspectos singulares dos softwares livres, não alcançando em sua real dimensão sobre o desenvolvimento e distribuição deste tipo de software (ESTEVEZ; SASS, 2017, p. 237).

Não obstante, outra modalidade que enfrenta obstáculos jurídicos para sua efetivação no ordenamento jurídico nacional é a tecnologia das bases de dados e intervenção do big data, consistindo as primeiras no conjunto de informações relacionadas a determinado assunto ou finalidade, perfazendo em uma coleção de dados estruturados de tal maneira que possibilite a consulta, atualização e operação realizados por meios digitais.

A tecnologia do big data trata-se de um modelo de gerenciamento para elevados volumes de dados, buscando gerir tais quantidades de informação, de modo a extrair ou produzir resultados específicos a partir de uma capacidade inteligente de processamento digital.

À esta modalidade atribui-se a proteção convencional dos direitos autorais, advinda da Lei 9.610/98, o que gera diversos debates acerca do tema, posto que a proteção conferida pelo direito autoral às bases de dados não abrange seu conteúdo, nem ainda engloba o formato de processamento do big data, mas sim refere-se ao sistema de organização dos dados, e código fonte quanto ao software utilizado (SCHIRRU, 2017, p. 639).

Conforme a referida norma, sobre a base de dados é necessária ainda prévia e expressa autorização do autor ou titular de uma obra para que esta seja incluída na própria base, não se justificando na simples organização dos dados em si (SCHIRRU, 2017, p. 639).

Desta forma, pode-se observar diversas modalidades distintas de sistemas e softwares, com peculiares arranjos e formas de organização, exercendo finalidade distintas em cada espécie, entretanto, protegidos pelo

mesmo e tradicional modelo legal, tal seja a legislação de direito autoral. A evolução e advento de novas tecnologias deve ser refletida no âmbito jurídico, de modo que este possa acompanhar seu desenvolvimento, para resguardar a proteção adequada no que tange à proteção da propriedade intelectual.

3. A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN FRENTE À PROTEÇÃO AUTORAL DO SOFTWARE

3.1 O SISTEMA BLOCKCHAIN COMO NOVA MODALIDADE DE SOFTWARE

Com a expansão tecnológica e explosivo desenvolvimento do ambiente digital, inúmeros e plurais são os inventos computadorizados, fazendo com que a concepção tradicional de software seja frequentemente questionada, que vai além de uma simples leitura de código fonte para um complexo arranjo de algoritmos e criptografias, ora autoexecutáveis, dependendo cada vez menos de controle e operação humana.

Neste contexto surge a tecnologia *blockchain*, que visa descentralizar as operações digitais de um ponto específico de controle, passando a um sistema que atua *peer to peer* (ponta a ponta), fazendo com que dados sejam transmitidos de usuário para usuário, por intermédio do fluxo de movimentos passados.

Os *blockchains* são cadeias de dados distribuídas, reproduzidas e compartilhadas entre todos os membros da rede, baseadas no princípio do “*non-trusting*”, que se desprende da necessidade da confiança entre os usuários receptores e remetentes do dado, posto que a autenticidade encontra-se na sua própria reprodução (CHRISTIDIS; DEVETSIKIOTIS, 2016, p. 2293).

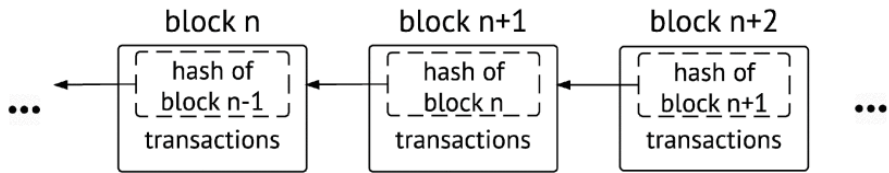


Figura 1 - Esquema exemplificativo do sistema “non-trust” do blockchain a partir do hash. Fonte: IEEE – Advancing Technology for Humanity (CHRISTIDIS; DEVETSIKIOTIS, 2016).

Desta forma, o blockchain se apresenta como uma rede autônoma e autossustentável, de modo que cada bloco de dados é criptografado por um “*hash*”, e cada bloco subsequente é sustentado pelo *hash* antecedente, criando assim uma conexão entre cada bloco de dados unitário, originando uma relação de cadeia, o que explica o significado da terminação “blockchain” (CHRISTIDIS; DEVETSIKIOTIS, 2016, p. 2294).

Este modelo de transmissão de dados é oposto ao modelo de software centralizado originado por um código fonte, na medida em que este, mesmo que transmitido infinitas vezes entre indivíduos, encontrar-se-á em um ponto originário comum.

Esta arquitetura permite que, a partir da transmissão de dados, sejam criados algoritmos que possibilitem a descoberta destes dados a partir da solução de uma sequência algorítmica, gerando, assim, ao usuário, uma unidade digital passível de valoração própria, possibilitando, portanto, que sejam atribuídas a estas, cotações de mercado que flutuam conforme a lei da oferta e demanda, e, sequencialmente, transações na cadeia de dados, perfazendo uma nova categoria de unidade financeira, as criptomoedas.

3.2 OS SMART CONTRACTS E A DIFICULDADE DE DEFINIÇÃO DE CÓDIGO FONTE

Com o intuito de informatizar e trazer mais credibilidade e segurança a uma relação contratual, somado ao advento da inteligência artificial nas relações entre indivíduos, surge a necessidade de um sistema

rápido, eficiente e seguro, que seja capaz de gerir, alimentar e proteger vínculos entre usuários na esfera digital.

Arquitetado inicialmente por Nick Szabo em 1994¹², o formato tradicional de contratos passou a ter criptografia própria, tendo sido introduzido na rede dos *blockchains*, passando a ficar registrados em uma base de dados digital única e imutável, resultando na tecnologia dos smart contracts.

Os smart contracts, utilizando-se dos block chains, possuem o caráter de “*trust minimization*”, onde que toda a confiabilidade e segurança do contrato está no ambiente digital onde se insere, estando verificado a partir do movimento dos contratantes, resultando assim, em um ambiente autônomo onde partes contratam e vinculam-se a partir de comandos digitais (RASKIN, 2017, p. 322).

Deste modo, os smart contracts são gerados a partir dos algoritmos de ação e resultado, sendo, portanto, auto executáveis, não dependendo ainda de um banco de dados centralizado, mas sim consistindo numa cadeia de informações diretamente ligada entre os contratantes e usuários deste (CHRISTIDIS; DEVETSIKIOTIS, 2016, p. 2294).

Gerados digitalmente a partir de um sistema de inteligência, os smart contracts redefinem as interações entre as partes envolvidas em um sistema de cadeias que podem as ações contratuais serem configuradas e automatizadas para seu funcionamento independer de interação humana (CHRISTIDIS; DEVETSIKIOTIS, 2016, p. 2294).

São inúmeras as plataformas disponíveis para a prática e operação dos *smart contracts*, que, apesar de demonstrarem semelhantes, possuem cada uma peculiaridades e funções distintas, aprimorando-se de forma automática no decorrer do uso entre os usuários. A conhecida *Ethereun*, além de criptomoea que circula no *blockchain*, também é uma plataforma de *smart contracts*, onde executam-se contratos em cadeia descentralizada (BUTERIN, 2014, p. 11).

12“Smart contracts combine protocols with user interfaces to formalize and secure relationships over computer networks. Objectives and principles for the design of these systems are derived from legal principles, economic theory, and theories of reliable and secure protocols.” Tradução livre: “Smart contracts combinam protocolos entre interfaces de usuários para formalizar e tornar seguras relações em redes computacionais. Os objetivos e princípios para o desenvolvimento destes sistemas deriva de princípios legais, econômicos e teóricos de protocolos confiáveis e seguros”. Acesso em < <http://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>>

Tais tecnologias são demasiadamente complexas para a regulamentação jurídica tradicional, onde deve-se buscar aprimoramento necessário para compreender, substancialmente qual a dimensão de proteção deve ser atribuída a tais elementos digitais. Notoriamente os *smart contracts* distanciam-se da concepção comum de “código fonte” dada pela proteção do direito autoral, tendo pouca ou nenhuma relação com o desenvolvedor, mas atuando diretamente entre os usuários de ponta a ponta, não cabendo a estes, contudo, a reivindicação de tal tecnologia, porém, passível de discussão sobre o produto gerado na esfera digital.

3.3 AS *ALTCOIN* SE A PROTEÇÃO DE SOFTWARE PELO DIREITO AUTURAL: O DIREITO DE IMAGEM NO *BRAND VALUE*

Conforme exposto, os blockchains são cadeias de dados transmitidas entre usuários que propiciam uma verdadeira “atmosfera” digital, da qual pode ser utilizada para as mais diversas finalidades, observando-se a pluralidade de possibilidades de variados algoritmos e códigos fonte para seu funcionamento.

Assim, destacam-se a figura das criptomoedas, que são unidades de dados que circulam por intermédio dos sistemas *blockchain* no já referido formato *peer to peer* (ponta a ponta), passando a ter valoração em dinheiro e cotação própria que varia de acordo com a lei da oferta e demanda e circulação entre os usuários, bem como sua própria cotação reage às variações e oscilações do mercado, atraindo para este mercado inúmeros investidores, tornando-se um verdadeiro sistema financeiro autônomo digital (MARINHO; RIBEIRO, 2017 p. 153).

Ressalta-se, portanto, que muito embora criptomoedas como *Bitcoin* e *Ethereum* sejam as mais conhecidas, atingindo capitalização de mercado que ultrapassa facilmente a marca de bilhões, com movimentação diária de dezenas de milhares de reais entre seus usuários e investidores, existem incontáveis tipos e perfis de moedas, cada qual atendendo necessidades distintas, representando *blockchains* autônomos, bem como tendo funções e variações diferenciadas (MARINHO; RIBEIRO, 2017 p. 154).

Nesta seara aparece essencial a discussão da propriedade intelectual destes regimes, passo em que apresentam-se como criptografias a partir dos *hashs*, tendo seus códigos fontes criptografados, entretanto utilizados livremente por qualquer usuário que se proponha a ser receptor e transmissor formador das *chains*.

A essência da sustentabilidade desta inteligência é a utilização por uma plural quantia de usuários, porém, quem transmite os dados não é detentor do código fonte, sendo automaticamente impedido pelo próprio sistema de cadeia de realizar qualquer modificação, porém, novos algoritmos de criptografia podem ser criados livremente e transmitidos na rede.

Atualmente já existem centenas de criptomoedas com consideráveis valores e fluxos entre as pontas das conexões, chamadas “*altcoins*” por serem alternativas, detendo, portanto, denominações e imagens distintivas próprias, o que, a partir das variações de “oferta e demanda”, podem sofrer quedas ou ganhos de valor substanciais, conforme publicações na mídia e especulações atreladas à expectativas entre seus usuários, mas que de outro lado, possuem caráter público no ponto de vista dos usuários e investidores.

Assim, questiona-se a possibilidade destas criptomoedas serem controladas pelos detentores da marca e imagem, que podem afetar diretamente nas variações de valor apenas manipulando o status da marca, obtendo ganhos ou controlando o fluxo de seus usuários diretamente impactados pelo *brand value*. Por outro lado, por possuírem caráter público entre os usuários investidores, pode ser entendido praticável a livre operação do nome e marca publicamente pelos próprios transmissores, de modo que incorreria numa mais dinâmica e equilibrada variação de seus valores.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Cumpriu o presente trabalho em analisar os alcances e abrangência da proteção autoral quanto às novas modalidades de software, estabelecendo um contraponto do modelo tradicional com o atual cenário digital de expansão das novas tecnologias.

O formato de proteção autoral do software, proposto no ano de 1998 permanece quase inalterado desde seu advento. O modelo de software protegido por equiparação às obras literárias demonstra-se ultrapassado e inadequado à realidade digital, não condizente com a velocidade das alterações dos programas computacionais impulsionados pelas cadeias de dados *peer to peer*.

O *blockchain* revela-se como uma tecnologia complexa e expansiva, que conquista grande parcela do cenário digital, e origina, de maneira quase autônoma, a existência de sistemas paralelos impulsionados por seus motores, como o caso das criptomoedas e dos *smart contracts*.

Esta modalidade de tecnologia, por basear-se na inteligência artificial e nas contribuições de todos os seus usuários, revela um potencial criador, que somada da operação humana, resulta nos mais variados gêneros de sistemas, prometendo englobar a maior parte das utilidades digitais, já possuindo, conforme tratado, uma grande força financeira de mercado.

Apesar de serem essencialmente digitais, esta modalidade de tecnologia pouco se assemelha ao modelo de software comum, não pode ser tratada como tal no que tange sua proteção, passo em que, no caso do modelo de software tradicional, a única preocupação é a proteção de seu código fonte para o impedimento da reprodução ou modificação não autorizada.

Os brevemente mencionados sistemas *big data* e software livre também são formatos digitais que só evidenciam e justificam a necessidade de uma abordagem mais sistemática da proteção às tecnologias digitais pela propriedade intelectual, que deve estar de encontro com os objetivos e alcances dispostos pelos usuários e desenvolvedores.

Conforme constatado, inexistente no ordenamento jurídico pátrio um modelo de proteção que esteja adequado com os avanços do software. Deve portanto, o Direito, para que seja possível a adequada regulamentação, compreender os aspectos peculiares de cada formato tecnológico digital, elaborando um sistema que seja capaz de abranger toda a horizontalidade da evolução dos *blockchains*.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis B. **Direito de Autor: Questões Fundamentais de Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 1002p.

BRASIL. **Decreto nº 1.355 de 30 de Dezembro de 1994**. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf> > Acesso em 08 de ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, DF Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm, Acesso em 08 de ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm.> Acesso em 08 de ago. 2018.

BUTERIN, Vitalik. **A next-generation smart contract and decentralized application platform**. Etherun white paper, 2014. Disponível em < https://cryptorating.eu/whitepapers/Ethereum/Ethereum_white_paper.pdf> Acesso em 17 de ago. 2018.

CANALI, Rodrigo Lobo. **A regulação jurídica do software pelo direito autoral: elementos históricos e filosóficos para uma análise crítica**. Dissertação (mestrado). Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de pós-graduação em Direito, 2010. Disponível em <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/8590>> Acesso em 16 de ago. 2018.

CHRISTIDIS, Konstantinos; DEVETSIKIOTIS, Michael. **Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things**. Nova Iorque: IEEE – Advancing Technology for Humanity, 2016. Disponível em <<https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/7467408>> Acesso em 08 de ago. 2018.

ESTEVES, Mauricio Brum; SASS, Liz Beatriz. **Software livre na sociedade em rede: Em busca de um regime jurídico adequado.** In: XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO. Curitiba, 2017. Anais... Curitiba: GEDAI, 2017. p. 231-254.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg A Internet - Direitos Autorais Na Era Digital.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011.

MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. **A reconstrução da jurisdição pelo espaço digital: redes sociais, blockchain e criptomoedas como propulsores da mudança.** v. 7, n. 3. Brasília: Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5028>> Acesso em 25 de ago. 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital.** 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

RASKIN, Max. **The law and legality of smart contracts.** Nova Iorque: New York University School of Law, 2017. Disponível em < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2959166> Acesso em 17 de ago. 2018.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **A proteção autoral de Programas de Computador.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHIRRU, Luca. **Reflexões sobre a proteção autoral concedida às bases de dados: o big data e a inteligência artificial em perspectiva.** In: X CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO. Curitiba, 2016. Anais... Curitiba: GEDAI, 2016, p. 633-656.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital.** São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo II Direito de Autor e Gestão Coletiva

TÍTULO: ANÁLISE DA DOS EFEITOS DA LEI Nº 12.853/13 COMO UMA POLÍTICA DE REGULAÇÃO DA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS DE EXECUÇÃO PÚBLICA MUSICAL

Lucas B. Antoniazzi



ANÁLISE DA DOS EFEITOS DA LEI Nº 12.853/13 COMO UMA POLÍTICA DE REGULAÇÃO DA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS DE EXECUÇÃO PÚBLICA MUSICAL

Lucas Bernardo Antoniazzi¹

RESUMO

A partir de uma coalizão de diversos atores políticos, que exigiram que a atuação do Ecad e das associações de titulares fosse regulada e fiscalizada pelo Poder Público, foi promulgada a Lei nº 12.853/13 e demais normas que compõem o Marco Regulatório do Sistema de Gestão Coletiva. Este trabalho busca avaliar através do Quadro Lógico, uma metodologia que identifica as atividades sequencias que devem ser adotadas para se alcançar o objetivo de uma intervenção, se o Marco Regulatório conseguiu trazer os impactos desejados ao Sistema de Gestão Coletiva. Ao final, após a análise dos indicadores levantados a partir da metodologia proposta (habilitação do Ecad e das associações de titulares, aplicação de sanções pelo Ministério da Cultura, ações ajuizadas em face do Ecad e valores arrecadados e distribuídos pelo Ecad), foi possível identificar que o Marco Regulatório conseguiu alcançar os objetivos almejados, ainda que de forma parcial. De toda forma, verifica-se que não é possível creditar ao Marco Regulatório o sucesso no alcance dos seus objetivos, ou seja, não é possível concluir se as melhorias nos indicativos do Sistema de Gestão Coletiva se deram em razão da vigência e aplicação da Lei Federal nº 12.853/13.

Palavras-Chave: Gestão Coletiva; Lei Federal nº 12.853/13; ECAD;

¹ Mestrando em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento no Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Especialista em Direito do Entretenimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

O Sistema de Gestão Coletiva de Direitos de Execução Pública Musical consiste em um sistema de representação previsto na Lei de Direitos Autorais (Lei Federal nº 9.610/98) que, há mais de quarenta anos, explora economicamente uma modalidade de uso de direitos autorais.

No ano de 2012, em decorrência de uma coalização de diversos atores políticos (artistas e usuários de música, legisladores, Conselheiros do Cade) foi criado um Marco Regulatório, composto pela Lei Federal nº 12.853/13 e outras normas, com o objetivo de promover a transparência, eficiência, modernização, regulação e fiscalização do Sistema de Gestão Coletiva de direitos de execução pública musical.

O objetivo deste trabalho é avaliar os impactos deste Marco Regulatório, ou seja, como a política pública de regulação da gestão coletiva, instaurada através da Lei federal nº 12.853/13 e demais atos normativos, propôs alcançar seus objetivos, quais instrumentos e agentes utilizados, quais os resultados efetivamente alcançados.

O Sistema de Gestão Coletiva Brasileiro

A Constituição Federal² e a Lei de Direitos Autorais³ garantem ao titular de direitos autorais e conexos a devida remuneração pela exploração econômica de suas obras e fonogramas, que podem ser utilizados por diversas modalidades⁴, tais como edição, distribuição, sincronização, reprodução entre outros. Uma destas modalidades de uso é a chamada *execução pública musical*, prevista no artigo 68 da Lei de Direitos Autorais e que pode ser definida como a utilização de obras musicais e fonogramas em locais de frequência coletiva, ou seja, a sua disponibilização ao público.

2 Art. 5º, incisos XXVII e XXVIII da CFRB.

3 Art. 22 da Lei de Direitos Autorais.

4 Art. 29 da Lei de Direitos Autorais.

De acordo com a Lei de Direitos Autorais, toda vez que uma obra musical ou fonograma é utilizado em uma apresentação musical, em uma boate, restaurante ou transmitido pela TV ou rádio, o respectivo titular desta obra ou fonograma faz jus ao recebimento de seus respectivos *royalties*, que devem ser pagos por quem está disponibilizando publicamente a obra ou o fonograma (a emissora de TV, o proprietário do restaurante, a boate etc.), chamado usuário musical.

Pelas características desta forma de utilização de obras musicais e fonogramas, são elevadíssimos os custos de transação para que negociar, cobrar e fiscalizar individualmente a utilização de suas obras e fonogramas por terceiros, o que torna praticamente impossível essa forma de exploração econômica de direitos autorais e conexos ser realizada individualmente pelo titular.

Como solução para esse problema, a legislação brasileira criou um Sistema de Gestão Coletiva centralizado, que atua como uma indústria de rede, em que os titulares de obras musicais e fonogramas têm seus direitos de execução pública geridos por associações de titulares, que unificam o licenciamento, a arrecadação e distribuição no Escritório Central (Ecad), entidade que atua como um *hub* e operador deste sistema.

Cumpre notar que quando a antiga Lei de Direitos Autorais (Lei Federal nº 5.988/73) determinou a criação do sistema de gestão coletiva também criou o Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA, um órgão de fiscalização, consulta e assistência que deveria orientar toda a política governamental em matéria de direito autoral (FRANCISCO et al.: 2016, p. 58).

Contudo, durante o governo de Fernando Collor de Mello, em 12 de abril de 1990, houve a transformação do Ministério da Cultura em uma Secretaria Especial e a desativação do CNDA (FRANCISCO et al.: 2016, p. 89).

A partir de então, o Ecad e associações de titulares passaram a atuar dentro do Sistema de Gestão Coletiva sem qualquer forma de regulação ou fiscalização por parte do Poder Público, situação que se manteve mesmo após a promulgação da Lei Federal nº 9.610/98 (atual Lei de Direitos Autorais), que revogou a Lei nº 5.988/73.

O contexto da criação da Lei nº 12.853/13

Desde a sua criação, o Sistema de Gestão Coletiva foi objeto de reclamações tanto por parte dos titulares (principalmente sobre a falta de pagamento e transparência) e por parte dos usuários musicais (especialmente no que diz respeito ao valor cobrado pelo Ecad a título de licenciamento de direitos autorais).

Estas reclamações se intensificaram após a extinção do CNDA no começo dos anos 90 e ganharam ainda mais força a partir do final dos anos 2000. Neste período, enquanto o mercado fonográfico vinha sofrendo uma grave crise com o surgimento do MP3, o Ecad vinha conseguindo a cada ano arrecadações recordes. Tal situação deu ainda mais destaque ao Sistema de Gestão Coletiva, o que atraiu ainda mais reclamações de titulares e usuários.

Com o crescimento da gestão coletiva, o Ecad conseguiu melhor se aparelhar e passou a litigar judicialmente com um universo ainda maior de usuários musicais inadimplentes. Entre estes usuários estavam as emissoras de televisão, como a Globo, Bandeirantes e SBT, que se valeram de seu poder midiático para levar o litígio que travavam com o Ecad para fora dos tribunais.

Especialmente o Grupo Globo de Comunicação, a partir de 2011, quando a ação em que a Rede Globo litigava com o Ecad pendia de julgamento do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1019110/RJ), passou a noticiar com regularidade casos de fraudes e outros problemas no sistema de gestão coletiva (JORNAL O GLOBO, 2011).

Ainda em decorrência deste embate entre o Sistema de Gestão Coletiva com usuários musicais, em 2010 foi instaurado processo administrativo no Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – Cade (Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83) para apuração de prática de infração à ordem econômica contra o Ecad e as associações de titulares, a partir de representação formulada pela Associação Brasileira de TV por Assinatura – ABTA (outro grupo de usuários musicais que

também vinham litigando judicialmente contra o Ecad).

Neste contexto de pressão dos midiática, em junho de 2011, foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito com objetivo de investigar supostas irregularidades praticadas pelo Ecad na arrecadação e distribuição de recursos oriundos do direito autoral, abuso da ordem econômica e prática de cartel no arbitramento de valores de direito autoral e conexos, o modelo de gestão coletiva centralizada de direitos autorais de execução pública no Brasil e a necessidade de aprimoramento da lei 9.610/98 (Senado Federal, 2011).

Em abril de 2012 foi publicado o Relatório Final da Comissão Parlamentar que concluiu pela elaboração de um projeto de lei cujo intuito era o de propor mudanças “em cinco frentes” (transparência, eficiência, modernização, regulação e fiscalização) e que atribuiu “ao Ministério da Justiça, por meio da recriação do Conselho Nacional de Direitos Autorais – CNDA e da criação da Secretaria de Direitos Autorais – SNDA, a competência para regulamentar, mediar conflitos e fiscalizar a Gestão Coletiva de Direitos Autorais”, destacando ainda que o Ministério da Justiça já possuiria “as capacidades instaladas necessárias à fiscalização”.

Enquanto o referido projeto de lei era debatido pelo Congresso, o Cade, em março de 2013 condenou o Ecad e seis associações de titulares por formação de cartel, abuso de poder dominante pela criação de barreiras à entrada ao ingresso de novas associações no mercado, o que reforçou a ideia de que o Sistema de Gestão Coletiva necessitava de fiscalização.

Nesse período, ainda ocorreu outro episódio relevante: a visita de diversos artistas nacionais, como Roberto Carlos, Caetano Veloso, Nando Reis, Alexandre Pires, Otto, Carlinhos Brown, Fagner e Fafá de Belém ao Congresso para apoiar o projeto de lei elaborado pela Comissão Parlamentar e defender a necessidade de que o Sistema de Gestão Coletiva fosse objeto de regulação e fiscalização (JORNAL O GLOBO, 2013).

Nesse cenário de coalizão entre os diversos atores da advocacia política (JOHN, 2003) - artistas, titulares de obras musicais e fonogramas, usuários de música, legisladores, conselheiros do Cade - é que, em 30 de novembro de 2013, foi promulgada a Lei nº 12.853/13 que reformou os dispositivos da Lei de Direitos Autorais e instaurou um Marco Regulatório

na gestão coletiva de direitos autorais e conexos no país.

Note-se, contudo, que, apesar de a referida Lei ter entrado em vigor em 13 de dezembro de 2013, ela não gerou efeitos imediatos, pois, devido ao conteúdo mais programático do que estrutural e instrumental, ainda era necessária a edição de normas que regulamentassem como se daria a efetivação da política de fiscalização da gestão coletiva.

Assim, em 22 de junho de 2015, quando promulgado o Decreto Federal nº 8.469/15, foi atribuída ao Ministério da Cultura a função de realizar a fiscalização e regulação da gestão coletiva.

Em 7 de julho de 2015, o Ministério da Cultura editou as instruções normativas nº 3 e 4, que versam, respectivamente, sobre os procedimentos de habilitação, organização do cadastro, supervisão e aplicação de sanções para a atividade de cobrança de direitos autorais por associações de gestão coletiva e pelo ente arrecadador e Regulamento de Mediação e Arbitragem no Âmbito do Ministério da Cultura.

Assim, finalmente, foi efetivamente instaurado o Marco Regulatório do Sistema de gestão Coletiva de Direitos Autorais no Brasil

A análise da regulação do Sistema de gestão Coletiva

Em primeiro lugar, é preciso notar que o Marco Regulatório não é em si uma política pública, mas é possível enxergá-lo como um elemento intrínseco, como um componente central da política de regulação da gestão coletiva (COUTINHO, 2012).

Assim, mesmo sem ingressar em uma análise profunda e pormenorizada sobre as normas que compõem o Marco Regulatório, denota-se que esse conjunto de diplomas legais foi elaborado com o objetivo exatamente de atender às “cinco frentes” destacadas pela Comissão Parlamentar, sendo possível agrupar os dispositivos da Lei nº 12.853/13, do Decreto Federal nº 8.469/15 e as Instruções Normativas

do MinC conforme cada uma destas frentes:

- **Transparência:** Dispositivos que determinam a publicidade de informações para as associações, o Escritório Central (ex.: art. 98, §§ 6º, 7º, 8º e 9º; e art. 98-A da LDA) e os usuários musicais (ex.: art. 68, §6º, da LDA);
- **Eficiência:** dispositivos que versam sobre a forma de cobrança (ex.: art. 98, §2º, da LDA), sobre a taxa de administração (ex.: art. 98, §12 e art. 99§ 4º, da LDA) e sobre a distribuição;
- **Modernização:** dispositivos que versam sobre a administração da gestão coletiva (ex.: art. 98, §12 e §13, da LDA), sobre adoção de procedimentos de mediação e arbitragem (ex.: art. 100-B da LDA);
- **Regulação:** Normas que versam sobre a habilitação das associações (ex.: art. 98, §1º e art. 98 da LDA);
- **Fiscalização:** Dispositivos que conferem poderes de sanção ao Ministério da Cultura (ex.: art. 109-A da LDA e art. 30 e seguintes do Decreto nº 8.469/15).

Uma vez identificada os objetivos do Marco Regulatório da Gestão Coletiva, é possível a realização da análise desta política pública por meio da elaboração de um Quadro Lógico, instrumento metodológico de análise de uma intervenção que permite desenvolver uma cadeia sequencial das atividades necessárias para se alcançar os efeitos diretos e indiretos da intervenção e, ainda, identificar quais são os de indicadores que sinalizam que as atividades sequenciais alcançaram os efeitos desejados (PIERONI et al., 2011).

No presente caso, a intervenção se inicia partindo da última linha de baixo, em sentido horizontal, no campo das “atividades”, que foi exatamente o processo legislativo decorrente da coalizão de atores da

advocacia política que resultou na elaboração da Lei nº 12.853/15 (e demais atos normativos).

O indicador de sucesso desta atividade é a própria promulgação destes diplomas legais e a premissa importante para a próxima atividade é que esses diplomas legais sejam juridicamente eficazes, ou seja, aptos para produzirem os efeitos desejados.

Na atividade seguinte, que corresponde à linha superior, tem-se como o “resultado” da atividade anterior à atribuição de poderes de regulação e fiscalização para o Ministério da Cultura, sendo os indicadores de sucesso para essa fase as medidas administrativas adotadas pelo MinC para tornar possível a sua função regulatória, tais como a criação de um corpo técnico com capacidade para fiscalização, a edição de normas que instrumentalizem os objetivos preconizado na Lei nº 12.853/13 e no Decreto 8.469/15 etc.

Em sequência, a próxima atividade é a “utilização do programa”, que consiste exatamente em o Ministério da Cultura habilitar as associações de gestão coletiva, aplicar sanções e realizar atividades fiscalizatórias e regulatórias. Os indicadores nesse momento são os dados de atuação do Ministério da Cultura, tais como as habilitações realizadas, o número de sanções aplicadas, mediações e arbitragens concretizadas etc. Uma suposição importante para esta atividade, é que o Ministério da Cultura, nesta fase, já tenha conseguido desenvolver aparato técnico e jurídico para exercer as funções que lhe foram atribuídas.

Caso essa atividade seja realizada à contento, então será alcançado o “objetivo” do Marco Regulatório, que é o de induzir o Ecad e as associações de titulares a atuar com eficiência, transparência e modernidade, solucionando as históricas reclamações dos titulares de obras musicais e fonogramas, dos usuários e demais atores políticos que formularam a mudança na Gestão Coletiva brasileira.

Os indicadores, nesta fase, são inferidos do número de ações judiciais movidas em face do Ecad. Na medida em que o Sistema de Gestão Coletiva passe a ser fiscalizado e regulado, espera-se que as reclamações e litígios contra o Ecad ocorram com menos frequência, o que diminuiria o número de ações ajuizadas contra o Ecad.

E, se o Ecad e as associações de titulares atuarem com mais eficiência,

transparência e modernidade em decorrência da fiscalização e regulação pelo MinC, seria possível afirmar que houve uma melhoria geral na gestão coletiva e, portanto, o “alvo estratégico” do Marco Regulatório teria sido alcançado.

Os indicadores para avaliar o sucesso do “alvo estratégico” seriam os valores arrecadados e distribuídos a título de direitos de execução pública musical pelo Sistema de Gestão Coletiva.

Afinal, supõe-se que um sistema mais eficiente e moderno conseguirá aumentar a arrecadação de direitos, seja através de investimentos em um aparato técnico e jurídico mais eficiente na identificação e cobrança de usuários musicais, seja na precificação de licenças que incentivem a adimplência dos usuários.

Da mesma forma, no que diz respeito à distribuição dos direitos autorais e conexos de execução pública, supões também que a eficiência, a modernização e, principalmente, a transparência garantam que os valores arrecadados pelo Ecad sejam cada vez melhor distribuídos.

Segue abaixo o Quadro Lógico elaborado com base nas suposições aqui expostas:

	Lógica da intervenção	Indicadores	Fontes de comprovação	Suposições importantes
Alvo estratégico	Fomentar a modernização, transparência e efetividade da Gestão Coletiva	. Valores arrecadados e distribuídos	Ecad MinC	. Com a regulação, o ente arrecadador irá atuar de forma mais eficiente, o que irá gerar um aumento dos valores arrecadados a título de direitos autorais . A transparência também permitirá uma maior distribuição das verbas repassadas aos titulares
Objetivo do programa	Regular e Fiscalizar o Ecad e as associações de titulares	. Número de representações e ações judiciais de usuários e titulares em face do Ecad	MinC	. Uma vez que a Gestão Coletiva passa a ser fiscalizada e regulada, o Ecad e as associações serão obrigadas a atuar com eficiência, transparência e modernidade, solucionando as históricas reclamações contra estes agentes por parte dos usuários e titulares, haveria uma redução dos litígios judiciais
Utilização do programa	Atuação do MinC como o órgão regulador	. realizar a habilitação do Escritório Central e associações . A aplicação de sanções administrativas	MinC	. Aparato técnico e institucional para o exercício de suas funções
Resultado	O MinC foi investido em poderes de fiscalização e regulação	. Elaboração de normas regulamento os dispositivos da Lei nº12.853/13 . Criação de quadro de servidores para o exercício da atividade de fiscalização e regulação . Instituição de uma Câmara de mediação e arbitragem	MinC	
Atividades	. CPI do Senado . Julgamento do Cade . Movimento de músicos e outros setores da Sociedade	. Promulgação da Lei nº 12.853/13 . Decreto nº 8.469/15	. Congresso Nacional . Poder Executivo	. As normas promulgadas devem apresentar eficácia jurídica

Fonte: Elaboração própria

Os impactos do Marco Regulatório

A partir do Quadro Lógico acima é possível realizar uma análise *ex post*, em que se busca verificar a efetividade de cada uma das atividades sequenciais, através da análise dos indicadores apontados e, assim, descobrir se o Marco Regulatório cumpriu os seus objetivos.

Cumprir destacar essa análise se limitará às linhas “utilização do programa”, “objetivos do programa” e “alvo estratégico”, tendo em vista que as linhas “atividades” e “resultado” foram efetivamente comprovadas através da edição e promulgação da Lei nº 12.853/13, do Decreto Federal nº 8.469/15 e das instruções normativas do MinC.

No que diz respeito à “utilização do programa”, verifica-se que somente em janeiro de 2018 (MINISTÉRIO DA CULTURA, 2018), quando passado três anos da vigência do Decreto Federal nº 8.469/15 e da edição das instruções normativas do MinC (que efetivaram o Marco Regulatório), que houve a efetiva habilitação do Escritório Central e das associações de titulares.

No mesmo sentido, não existe informação de que até hoje o Ministério da Cultura tenha aplicado qualquer sanção administrativa ao Ecad, às associações de titulares ou a qualquer usuário de música.

É possível, portanto, admitir que, no que diz respeito à “utilização do programa”, o Marco Regulatório ainda não surtiu objetivo desejado, na medida em que não se verifica que o Ministério da Cultura esteja cumprindo de forma plena e efetiva as suas atividades de fiscalização e regulação do Sistema de Gestão Coletiva que lhe foram atribuídas.

As causas para que isso tenha ocorrido, provavelmente, são o fato de o Ministério da Cultura ainda não contar com um corpo numérico e técnico suficiente para exercer as suas funções de fiscalização e regulação.

Nesse sentido, cumpre lembrar que o Ministério da Cultura vem sofrendo diretamente com a crises políticas decorrente do o *impeachment* da presidente Dilma, ocorrida em 2016, desde quando a pasta já foi extinta e recriada, teve 4 (quatro) ministros diferentes e chegou a ficar meses acéfala, sem um ministro.

Tais fatos, somados à crise econômica e à restrição orçamentária,

podem ser creditados como razões para que o Ministério da Cultura não tenha conseguido montar um corpo de funcionários numericamente e tecnicamente suficientes para atuar de maneira eficiente na fiscalização e regulação do Sistema de Gestão Coletiva.

Não obstante tal fato, verifica-se que os indicadores relativos ao “ao objetivo do programa” parecem indicar que os alvos desta fase foram alcançados, uma vez que houve uma redução significativa de ações judiciais movidas em face do Ecad a partir da vigência do Marco Regulatório.

O quadro abaixo foi elaborado levando em consideração uma análise quantitativa das ações judiciais em que o Ecad foi parte ajuizadas entre os anos de 2012 a 2017.

A escolha do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro se deu em razão de uma regra processual civil, que determina que as ações devem ser ajuizadas no endereço de sede do réu. Considerando que o objetivo desta análise é apurar a quantidade de ações em que o Ecad figura como réu e a sede do Ecad se localiza no Rio de Janeiro, a presente análise limitou-se àquele Tribunal.

Esclareça-se, ainda, que não houve qualquer pesquisa em Tribunais Federais, pois a matéria usualmente discutida nas ações em que o Ecad litiga são de competência da justiça comum.

Ademais, não se pesquisou nenhuma ação em que as associações de titulares são parte, em razão de que, empiricamente, se verificou que as ações movidas por titulares e usuários em face dessas associações sempre contam com o Ecad também figurando no polo passivo.

A partir da pesquisa seguindo estes parâmetros, foi possível elaborar o seguinte quadro:

Ações Judiciais no TJRJ				
	Total de Ações	Ações movidas em face do Ecad		
		Titulares	Usuários	Outros
2012	10	1	7	2 (associações de titulares)
2013	27	3	3	0
2014	30	2	3	1 (honorários advocatícios)
2015	41	3	0	0
2016	51	1	1	0
2017	24	6	1	2

Fonte: elaboração própria a partir de informações constantes no site do TJRJ

Este quadro permite inferir que houve uma redução do número de ações ajuizadas em face do Ecad desde 2014, quando da vigência da Lei nº12.853/13 (ocorrida em 13 de dezembro de 2013) e que se acentuou em 2015, quando da efetiva instauração do Marco Regulatório, em decorrência da edição do Decreto nº 8.469/15, que atribuiu ao Ministério da Cultura poder de fiscalização e regulação.

Cumprir notar que esta análise não permite inferir que a redução das ações decorreu de uma atuação direta do Ministério da Cultura, até mesmo porque, como já verificado, não existem indicadores que demonstrem que aquele órgão tenha conseguido exercer de forma plena suas funções regulatórias e fiscalizatórias.

De toda forma, parece ser mais provável que a redução das ações judiciais decorra de uma melhor atuação do Ecad e das associações de titulares no exercício de seu mister, o que não necessariamente se deu em razão de uma atuação direta do Ministério da Cultura, mas por conta da própria diligência do Ecad e das associações de tentar se adaptar e cumprir as exigências previstas no Marco Regulatório.

Sob esse prisma, é possível entender que o Marco Regulatório conseguiu, sim, atender aos seus objetivos de criar incentivos para que

o Ecad e as associações de titulares adotassem práticas mais eficientes, transparentes e modernas, atendendo as demandas dos titulares e usuários que justificaram a elaboração da Lei nº 12.853/13.

Por fim, em relação ao “alvo estratégico”, que corresponderia a uma melhoria geral no Sistema de Gestão Coletiva, com base nas informações disponibilizadas pelo Ecad em seu website, foi possível verificar a variação dos valores arrecadados e distribuídos a título de direitos de execução pública musical, conforme o quadro abaixo:

	Arrecadação	Distribuição	Crescimento (%)		% Distribuída
			Arrecadação	Distribuição	
2012	R\$ 624.638.884,00	R\$ 470.226.912,50			75%
2013	R\$ 1.190.083.620,00	R\$ 804.194.836,76	91%	71%	67%
2014	R\$ 1.219.931.315,00	R\$ 902.906.548,67	2%	12%	74%
2015	R\$ 1.026.964.439,00	R\$ 771.702.044,32	-15,90%	-14,60%	75%
2016	R\$ 1.043.216.781,00	R\$ 841.872.627,89	1,50%	9%	80%
2017	R\$ 1.140.017.647,00	R\$ 1.153.473.516,8	9,2%	37%	101%

Fonte: Elaboração própria com base nas informações constantes no site do Ecad.

Como aduzido, esperava-se que, com a melhoria geral do Sistema de Gestão Coletiva, decorrente do Marco Regulatório, haveria um aumento geral dos valores arrecadados e distribuídos, na medida em que uma atividade mais eficiente e moderna permitiria uma melhor cobrança dos direitos e a transparência garantiria a correta distribuição destes valores arrecadados.

Contudo, os indicadores apurados não permitem concluir se o Marco Regulatório teve ou não um impacto positivo nesse mister.

No que diz respeito à arrecadação, verifica-se, de fato, um aumento significativo de 91% (noventa e um por cento) no ano de 2013, mas, considerando que a Lei nº 12.853/13 só entrou em vigor a partir de 13 de dezembro não se pode atribuir tal crescimento à vigência desta norma legal. Com efeito, o que se verifica é que, em 2014 o crescimento foi de apenas 2% (dois por cento) e em 2015 a arrecadação diminuiu cerca de

16% (dezesseis por cento), recuperando em 2016 apenas 1,5% (um e meio por cento). Já em 2017, verifica-se um crescimento significativo de cerca de 9% (nove por cento) que, no entanto, não pode ser atribuído diretamente às mudanças decorrentes da Lei Federal nº 12.853/13. Com efeito, o fato de a arrecadação ter aumentado de forma significativa de um ano para outro tende a indicar que outro fator, além das alterações no Sistema de Gestão Coletiva, seja o responsável por esse crescimento.

Ou seja, não é possível afirmar que o Marco Regulatório promoveu o aumento da arrecadação de direitos de execução pública musical.

Já em relação à distribuição, uma das grandes preocupações do Marco Regulatório⁵, verifica-se que, em termos absolutos, os valores distribuídos acompanharam as variações ocorridas na arrecadação. E, proporcionalmente aos valores arrecadados em cada ano, nota-se um crescimento apenas no ano de 2016, na proporção de 5% (cinco por cento).

Nota-se, contudo, que não é possível afirmar que o crescimento da porcentagem distribuída no ano de 2016 tenha ocorrido em razão de uma melhoria geral no Sistema de Gestão Coletiva, que a tornou mais eficiente e transparente, ou se tal variação decorre da diminuição da taxa administrativa, determinada expressamente pela Lei 12.853/13.

Em verdade, infere-se que no ano de 2017 houve uma distribuição equivalente a 101% (cento e um por cento) do valor arrecadado, o que excede em muito o patamar de 85% (oitenta e cinco por cento) estipulado pelo Marco Regulatório, indicando, assim, que o incremento da porcentagem de arrecadação não guarda qualquer relação com as alterações legais.

5 Uma das principais críticas ao Sistema de Gestão Coletiva antes da vigência da Lei nº 12.853/13 era que a taxa administrativa cobrada pelo Ecad e pelas associações de titulares, no montante de 25% era muito elevada. Tanto que a Lei nº 12.853/13 determinou a redução desta taxa para 15% (art. 99, §4º). Acesso em 20.08.2017

CONCLUSÃO

O Marco Regulatório do Sistema de Gestão Coletiva consiste em um conjunto de normas que foram instituídas com o objetivo certo e definido de garantir que a atividade do Escritório Central e das associações de titulares fosse fiscalizada e regulada, com vistas a garantir uma melhor eficiência deste sistema.

Através do uso da metodologia do Quadro Lógico foi possível identificar como o Marco Regulatório buscou estruturar e criar instrumentos para alcançar o seu objetivo e, ainda, levantar indicativos que permitem inferir se tais objetivos foram ou não atingidos.

Da análise dos indicadores levantados e analisados com base na metodologia adotada, foi possível concluir que o Marco Regulatório obteve sucesso em alcançar os seus objetivos, considerando especialmente o crescimento dos valores arrecadados e distribuídos após a vigência da Lei nº 12.853/13 – o que consiste no objetivo final, o alvo estratégico, da política de regulação do Sistema de Gestão Coletiva.

Cumpre, notar, contudo, que os indicadores avaliados não permitem concluir que o sucesso no alcance destes objetivos almejados decorra da vigência e aplicação da Lei Federal nº 12.853/13.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. “On artefacts and middlemen: a musician’s note on the economics of copyright”. *International Journal of Intellectual Property Management - IJIPM*, Vol. 4, No. 1/2, 2010).

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: 23.09.2018.

BRASIL. Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013. altera os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescenta arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revoga o art. 94 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm. Acesso em 20.04.2018.

BRASIL. Decreto nº 8.469, de 22 de junho de 2015. Regulamenta a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e a Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8469.htm. Acesso em 20.04.2018.

BRASIL, Instrução Normativa nº 3, de 7 de julho de 2015 do Ministério da Cultura. Estabelece os procedimentos de habilitação, organização do cadastro, supervisão e aplicação de sanções para a atividade de cobrança de direitos autorais por associações de gestão coletiva e pelo ente arrecadador de que trata a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/legislacao/-/asset_publisher/siXI1QMnIPZ8/content/instrucao-normativa-n%C2%BA-3-2015-minc/10937. Acesso em: 15.04.2018

BRASIL, Instrução Normativa nº 4, de 7 de julho de 2015 do Ministério da Cultura. Aprova o Regulamento de Mediação e Arbitragem no Âmbito do Ministério da Cultura, nos termos da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e do Decreto nº 8.469, de 22 de junho de 2015. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/legislacao/-/asset_publisher/siXI1QMnIPZ8/

content/instrucao-normativa-n%C2%BA-4-2015-minc/10937 Acesso em: 15.04.2018

COUTINHO, Diogo R. “O Direito nas Políticas Públicas”. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/293824610_O_Direito_nas_Politiclas_Publicas. Acesso em 26.09.18.

COSTA NETTO, José Carlos. “Direito Autoral no Brasil”, 2ª ed., São Paulo, FTD, 2008.

FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira & VALENTE, Mariana Giorgetti (Org.). “Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil”. 1. ed. - Rio de Janeiro: Beco do Azougue.

ECAD – ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. Base de Dados do Ecad. Disponível em: <http://www.ecad.org.br/pt/o-ecad/resultados/Paginas/default.aspx>. Acesso em 26.09.18.

JORNAL O GLOBO. “Artistas como Roberto Carlos são recebidos no Senado e no Planalto para cobrar mudanças no Ecad”. Publicado em 03/07/2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/artistas-como-roberto-carlos-sao-recebidos-no-senado-no-planalto-para-cobrar-mudancas-no-ecad-8904544>. Acesso em 26.09.18.

JORNAL O GLOBO. “Em trocas de e-mails, diretores de associações que compõem o Ecad tratam da relação próxima com a atual gestão do Ministério da Cultura”. Publicado em 03.06.2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/em-trocas-de-mails-diretores-de-associacoes-que-compoem-ecad-tratam-da-relacao-proxima-com-atual-gestao-do-ministerio-da-cultura-2776197> Acesso em 26.09.18.

JORNAL O GLOBO. “Ecad repassou quase R\$ 130 mil para falsário por autoria de trilhas sonoras; entre os lesados estão Sérgio Ricardo e Caetano Veloso. Publicado em 25.04.2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/ecad-repassou-quase-130-mil-para-falsario-por-autoria-de-trilhas-sonoras-entre-os-lesados-estao-sergio-ricardo-caetano-veloso-2792158> Acesso em 26.09.18.

JORNAL O GLOBO. “Documentos revelam irregularidades no Ecad, entidade que administra dinheiro dos músicos”. Publicado em 21.06.2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/documentos-revelam-irregularidades-no-ecad-entidade-que-administra-dinheiro-dos-musicos-2766826> Acesso em 26.09.18.

JORNAL O GLOBO. Publicado em 16.07.17. Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/governo-temer-corta-em-43-orcamento-do-ministerio-da-cultura.html> Acesso em 26.09.18.

MINISTÉRIO DA CULTURA. Publicado em 30.01.18. Disponível em http://www.cultura.gov.br/banner-3/-/asset_publisher/axCZZwQo8xW6/content/minc-habilita-ecad-e-sete-entidades-de-gestao-coletiva-de-direitos-autorais-musicais/10883. Acesso em 26.09.18.

JOHN, Peter. Is There Life After Policy Streams, Advocacy Coalitions, and Punctuations: Using Evolutionary Theory to Explain Policy Change? *The Policy Studies Journal*, Vol. 31, No. 4, 2003.

PIERONI, J.; PEREIRA, R.; MACHADO, L. Metodologia de monitoramento e avaliação do BNDES: uma aplicação para o programa BNDES Profarma. *BNDES Setorial*, n. 33, pp. 315-348., 2011.

SENADO FEDERAL. Justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 129, de 2012. *Diário Oficial do Senado*, 5 de maio de 2012.

TJRJ – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Base de Dados do TJRJ. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>. Acesso em 30.08.18.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo III Direito de Autor e Direito Concorrencial

TÍTULO: A DEDUTIBILIDADE NO IMPOSTO DE RENDA DE PESSOAS JURÍDICAS E O PAGAMENTO DE ROYALTIES A TITULAR DE PATENTE DOMICILIADO NO BRASIL

**Yago Schonarth
Jeferson Teodorovicz**



A DEDUTIBILIDADE NO IMPOSTO DE RENDA DE PESSOAS JURÍDICAS E O PAGAMENTO DE ROYALTIES A TITULAR DE PATENTE DOMICILIADO NO BRASIL

Yago Schonarth¹

Jeferson Teodorovicz²

RESUMO:

A dedutibilidade de despesas operacionais na declaração do imposto sobre a renda de pessoas jurídicas (“IRPJ”) é elemento essencial para a manutenção e saúde econômica de empresas no mercado brasileiro, assim como para o próprio Sistema Tributário Nacional. O resultado das afirmativas acima é a união intrínseca entre dois interesses: o interesse privado e o interesse coletivo. O presente trabalho analisará especificamente a dedutibilidade de despesas operacionais incorridas para o pagamento de royalties à pessoa jurídica titular de patentes domiciliada no Brasil, para a apuração do lucro real e posterior declaração do IRPJ. Como principal problemática, estudar-se-á a celeuma da aplicação de percentuais máximos de dedutibilidade, sua legalidade e seus eventuais impactos no Direito Tributário.

Palavras-chave: Imposto sobre a Renda de Pessoas Jurídicas. Dedutibilidade. Royalties.

1 Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Unidombosco. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Tributação e Sustentabilidade”, na Unidombosco.

2 Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Substituto de Direito Empresarial e de Direito Internacional Privado da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Tributário no curso de graduação em Direito do Centro Universitário Uninter e do Centro Universitário UniDomBosco, em Curitiba/PR. Coordenador do Projeto de Pesquisa “Controle da Administração: Jurisdição Tributária, Jurisdição Financeira e Modulação de efeitos”, na Uninter. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Tributação e Sustentabilidade”, na Unidombosco. Advogado.

ABSTRACT:

The deductibility of operating expenses in the declaration of corporate income tax, is an essential element to the maintenance and economic health of companies in the Brazilian market. In turn, the tax revenues resulting from the collection of corporate income tax is an essential element to the maintenance and health of the national tax system. The result of the above statements is the intrinsic union between two interests: private interest and collective interest. This paper will specifically analyze the deductibility of operating expenses incurred to the payment of royalties to the patent holder domiciled in Brazil, in order to determine the real profit and subsequent declaration of the corporate income tax. As main problem, we will study the controversy of the application of maximum percentages of deductibility, its legality and consequences to the Tax Law.

Keywords: Corporate Income Tax. Deductibility. Royalties.

INTRODUÇÃO

O objetivo fundamental da presente pesquisa é analisar, sob uma perspectiva crítica, a dedutibilidade de despesas operacionais incorridas para o pagamento de royalties ao titular de patentes domiciliado no Brasil, para fins de apuração do lucro real e de declaração do IRPJ. A aquisição de patentes por pessoas jurídicas apresenta regime tributário específico, que inclui a possibilidade de dedução de despesas operacionais no tocante ao pagamento de royalties aos titulares de patentes domiciliados no Brasil.

O Direito Tributário, enquanto instrumento de Políticas Tributárias Públicas, pode e deve ser utilizado enquanto caminho a perseguir determinados objetivos ou fundamentos caros à Sociedade. Nesse sentido, a função extrafiscal ou indutora atribuível à norma tributária (TEODOROVICZ; MARINS, 2010, p. 73), isto é, que se manifesta quando a norma tributária busca atingir determinados objetivos específicos que não apenas a mera arrecadação de receitas públicas derivadas aos cofres públicos, pode ser importante mecanismo para favorecer medidas dedicadas ao desenvolvimento do mercado e determinados bens relevantes para a sociedade.

Da mesma forma, a Propriedade Intelectual possui bases constitucionais diretamente ligadas aos direitos fundamentais, o que se observa no inciso XXIX do art. 5^a da Constituição Brasileira, tanto quanto ao direito ao desenvolvimento, já que, conforme ensina Denis Borges Barbosa, nos termos da Constituição Federal, no art. 3^a, III, é encargo do Estado “(...) a promoção e o incentivo do desenvolvimento científico à pesquisa e à capacitação tecnológica” (BARBOSA, 2010, p. 241).

Adicionalmente, a proteção constitucional à Propriedade Intelectual interliga-se ao Direito Constitucional Concorrencial e à própria Ordem Constitucional Econômica, fortalecidos nos artigos 170, 174 e 219 da Constituição, que vincula o Estado como agente regulador, fiscalizador e incentivador do desenvolvimento econômico e tecnológico do País.

Não por acaso, registra-se o tratamento tributário específico ligado ao Direito da Propriedade Intelectual e ao Direito Empresarial, que oferece possibilidade de dedução (que significa redução da tributação

originalmente aplicável a essa atividade) do pagamento de royalties enquanto despesa financeira operacional paga ao titular da patente, já que, assim, o detentor dos direitos de usufruto da patente do titular poderia deduzir o valor pago ou devido no âmbito do Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas (IRPJ), já que, do contrário, economicamente, haveria tributação tanto por quem paga como por quem recebe o royalty. Assim, evitar-se-ia o “*bis in idem*”, já que a União Federal, detentora da competência tributária para a instituição e cobrança do IRPJ, tributaria apenas uma única vez essa atividade.

Contudo, na prática, o regime tributário específico de dedução apresenta problemas que merecem ser analisados sob uma perspectiva doutrinária, legislativa e jurisprudencial, especialmente se considerados a partir de uma interpretação teleológica ou funcional da legislação aplicável, isto é, na contraposição entre os efeitos pragmáticos e a intenção legislativa de incentivo à aquisição de patentes por contribuintes domiciliados no país.

Para alcançar os resultados pretendidos pela presente investigação, pretende-se lançar mão de método dedutivo, alicerçado em interpretação evolutiva por sua vez pautada em levantamento de dados, fontes legislativas e jurisprudenciais, bem como na investigação bibliográfica, afim de identificar as vertentes doutrinárias aplicáveis ao tema.

Inicialmente, apresentar-se-á breve análise da estrutura normativa do IRPJ, alicerçada em três pilares legislativos. Após, será apresentado breve panorama do regime tributário de dedução aplicada às despesas operacionais para o pagamento de royalties para detentores de patentes domiciliados no país, para, em seguida, após análise crítica sobre a restrição do regime, a partir de argumentos extraídos da literatura e da jurisprudência especializadas, apresentar considerações reflexivas sobre o referido instituto, identificando qual o melhor caminho a seguir.

O Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas (IRPJ)

O Imposto de Renda (IR)

Sabidamente obedecendo aos princípios constitucionais da legalidade e tipicidade tributária, que determinam a instituição ou majoração de tributos obrigatoriamente por meio de lei (assim como de seus componentes estruturais elementares)³, o legislador brasileiro positivou o imposto sobre a renda e de proventos de qualquer natureza (“IR”) em 3 (três) mecanismos legislativos, que devem ser obrigatoriamente interpretados e aplicados sistematicamente:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (“CF/88”), art. 153: Pela CF/88, o legislador atribuiu a competência exclusiva da União para instituir o IR, ou seja, tornou o IR um imposto federal⁴;

Código Tributário Nacional (“CTN”) arts. 43, 44 e 45: Decreto-Lei nº 5172/1966, originalmente editado com fundamento na Emenda nº 18/1965, mas posteriormente recepcionado pela CF/88 (artigo 146) como Lei Complementar (mais precisamente, materialmente Lei Complementar, porém formalmente Lei Ordinária), para estabelecer as normas gerais em matéria tributária, disciplinando as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União para a instituição do IR; e

Decreto nº 3.000 de 1999 – Regulamento do Imposto de Renda (“RIR/99”): Regulamentou a forma de cobrança e fiscalização do IR, dividindo-o em duas espécies: a) Imposto sobre a renda da pessoa física (“IRPF”); e b) Imposto sobre a renda da pessoa jurídica (“IRPJ”).

O IR, portanto, deve ser entendido como o imposto de competência da União, incidente em uma situação de acréscimo patrimonial realizada da personalidade civil (ANDRADE FILHO, 2016, p.22-23), seja ela

3 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

4 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...) III - renda e proventos de qualquer natureza.

pessoa física ou jurídica, com o objetivo de arrecadar recursos ao erário público, bem como manter em equilíbrio o desenvolvimento econômico e social do Estado.

Regra-Matriz de Incidência Tributária do IRPJ

No presente tópico, pretende-se expor algumas linhas gerais da estrutura geral do IRPJ, a partir da teoria construída por Paulo de Barros Carvalho, que dissocia a estrutura da norma tributária em hipótese e conseqüente (ou conseqüência). Da mesma forma, adota-se a distinção entre a hipótese legalmente e abstratamente prevista em lei (hipótese de incidência) e o fato concreto realizado (fato jurídico tributário), embora a legislação não raramente faça uso da menção “fato gerador”, para designar ambas as situações acima mencionadas. Reforce-se que não se pretende avançar nos pressupostos teóricos ou terminológicos que alicerçam a teoria da regra-matriz de incidência, já exaustivamente desenvolvidos em copiosos estudos de relevo. Utilizar-se-á tão somente a estrutura normativa jurídico-tributária carvalhiana (CARVALHO, 1981, p. 43-113), com o objetivo de apresentar, didaticamente, a estrutura e os elementos essenciais que constituem o IRPJ.

Após a apresentação dos critérios que compõem a hipótese (material, espacial e temporal) e o conseqüente (quantitativo e pessoal), passar-se-á a apresentar, sinteticamente, alguns conceitos importantes para o estudo do IRPJ.

Hipótese

CRITÉRIO MATERIAL: A hipótese de incidência do imposto é a situação material determinada na legislação, que pode ser definida pela referência a uma ação ou situação, identificada como núcleo da hipótese (AMARO, 2016, p.293). O IRPJ tem como hipótese de incidência (“fato gerador”, nos termos do art.43 do CTN) a aquisição da disponibilidade

econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza⁵. Neste aspecto, tem-se a obrigação tributária principal, cujo objeto é o pagamento do IRPJ à União Federal, e a obrigação tributária acessória, que são as prestações de fazer ou não fazer (inscrição no cadastro geral de contribuintes, manter escrituração, elaborar demonstrações financeiras, determinar a base de cálculo do imposto e apresentar declaração de rendimentos) a favor do Fisco (PEDREIRA, 1979, p. 13).

CRITÉRIO ESPACIAL: O fato jurídico tributário do tributo ocorre em algum lugar, inexistindo fatos situados fora do espaço (AMARO, 2016, p. 297). Sendo assim, as pessoas jurídicas de direito privada domiciliadas no Brasil são obrigadas a pagar o IRPJ sobre a renda produzida no Brasil⁶. Portanto, o critério espacial é o local no qual é produzida a renda. Se ocorrer no Brasil, a pessoa jurídica que produzir a renda deverá, em regra, pagar o IRPJ.

CRITÉRIO TEMPORAL: O critério temporal é relevante para identificar a lei aplicável ao fato jurídico tributário. O fato ocorre no tempo, e a partir deste acontecimento começam a contar os prazos para cumprimento de obrigações ou exercício de direitos. No IRPJ, o fato jurídico tributário designa-se periódico, isso é, quando sua realização se põe ao longo de um período de tempo, ao término do qual se valorizam vários fatos isolados, como ingressos financeiros e despesas, que, somados, aperfeiçoam o fato gerador do tributo (AMARO, 2016, p.297-298).

5 LEI nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

6 Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999. Art. 147. Consideram-se pessoas jurídicas, para efeito do disposto no inciso I do artigo anterior: I - as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País, sejam quais forem seus fins, nacionalidade ou participantes no capital; II - as filiais, sucursais, agências ou representações no País das pessoas jurídicas com sede no exterior; III - os comitentes domiciliados no exterior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou comissários no País.

Consequente

CRITÉRIO PESSOAL: O critério pessoal determina quem são os sujeitos da relação tributária. Neste aspecto, o critério pessoal é composto pelo sujeito passivo e o sujeito ativo. O sujeito passivo é a pessoa para qual a lei cria o dever de prestar ao Estado a quantidade de dinheiro que constitui o tributo, ou seja, se o fato gerador do IRPJ é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza, o contribuinte do imposto é o titular dessa disponibilidade ou o responsável cuja retenção e recolhimento lhe caibam (PEDREIRA, 1979, p.15). Por sua vez, o sujeito ativo é a pessoa (estatal ou não) que é credora da obrigação tributária. Assim, tratando-se de aquisição de renda o sujeito ativo é a União Federal (AMARO, 2016, p.297).

CRITÉRIO QUANTITATIVO: O critério quantitativo é aquele que determina o valor da obrigação tributária principal. Em regra, os impostos têm seu montante determinado mediante uma operação matemática, na qual se toma uma base de cálculo e, sobre ela se aplica um percentual, tendo-se como resultado o valor da obrigação. A base de cálculo é a medida legal da grandeza do fato gerador que tiver sido eleita pela lei. Já a alíquota é, em regra, o percentual aplicado sobre a base de cálculo para determinar o montante do tributo devido (AMARO, 2016, p.295-297). Sendo assim, no IRPJ, a base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis⁷. A alíquota do IRPJ é de 15% (quinze por cento) sobre o lucro apurado, com adicional de 10% (dez por cento) sobre a parcela do lucro que exceder R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por mês⁸.

Renda tributável

Conforme já informado previamente na análise do critério material da regra matriz, o fato gerador do IRPJ é a aquisição da disponibilidade

⁷ LEI nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. art. 44.

⁸ Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999. art. 228.

econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza. Contudo, a CF/88 não determina elementos linguísticos suficientes em seu texto para que se afirme com facilidade qual é o significado de “renda” e de “proventos de qualquer natureza”. Os termos são imprecisos, pois tem mais de uma significação, dando margem a existência de várias teorias econômicas ou financeiras que tratam do sentido dado ao vocábulo “renda”. De todo modo, utilizar-se-á um entendimento que não possui divergências sérias, pelo qual a base tributável pressuposta pelo texto constitucional é a ideia de acréscimo patrimonial (ANDRADE FILHO, 2016, p. 182).

Por esse entendimento, renda, para fins de tributação, deve ser traduzida como o acréscimo patrimonial disponível para o contribuinte – e apurado em determinado lapso temporal (um ano fiscal, por exemplo). O acréscimo patrimonial pode ser originário do produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ou de proventos de qualquer natureza, que são os acréscimos patrimoniais não compreendidos nas fontes anteriores, desde que represente uma riqueza nova ao contribuinte, nos termos dos incisos I e II do artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal (“STF”), decidiu por unanimidade no julgamento do RE n.º 117.887-6/SP que a expressão “renda” e “provento de qualquer natureza” significa sempre “acréscimo patrimonial”⁹. Desse entendimento acrescenta-se que o critério material que integra a hipótese da regra-matriz do Imposto de Renda cerca-se pela compreensão de que o acréscimo patrimonial deve ser entendido enquanto riqueza nova acrescida ao patrimônio em determinado lapso de tempo pré-determinado.

9 CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RENDA - CONCEITO. Lei n. 4.506, de 30.XI.64, art. 38, C.F./46, art. 15, IV; CF/67, art. 22, IV; EC 1/69, art. 21, IV. CTN, art. 43. I. - Rendas e proventos de qualquer natureza: o conceito implica reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial que ocorrem mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso. C.F., 1946, art. 15, IV; CF/67, art. 22, IV; EC 1/69, art. 21, IV. CTN, art. 43. II. - Inconstitucionalidade do art. 38 da Lei 4.506/64, que institui adicional de 7% de imposto de renda sobre lucros distribuídos. III. - R.E. conhecido e provido. (RE 117887, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1993, DJ 23-04-1993 PP-06923 EMENT VOL-01700-05 PP-00786 RTJ VOL-00150-02 PP-00578).

Lucro Real

Lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela lei. Sua determinação é precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais. O imposto será determinado com base no lucro real por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário. A pessoa jurídica que optar pelo lucro real pode ainda escolher a apuração anual, com a apuração do lucro real em 31 de dezembro de cada ano, devendo, entretanto, recolher mensalmente o imposto por estimativa¹⁰.

Dedutibilidade

A declaração em forma de dedução é a manifestação de uma obrigação tributária acessória, pois deixa claro à Receita Federal, que outra pessoa estará recebendo este dinheiro em forma de renda, devendo o Fisco atentar-se ao IRPJ declarado por esta outra pessoa (PEDREIRA, 1979, p. 15-16).

Para fins do presente trabalho, dedutibilidade deve ser entendida como a possibilidade de subtrair determinado valor da base de cálculo do IRPJ, em decorrência de despesas operacionais incorridas para gerar a atividade empresarial.

Para apuração e declaração do IRPJ, especificamente, é permitida a dedução de despesas operacionais, custos e perdas em geral. Nesse sentido, abre-se a oportunidade para a dedutibilidade de despesas operacionais, que são, nos termos do art. 299 do RIR/99, aquelas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, sendo admitidas somente as despesas usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa. Já no tocante aos royalties, o art. 352 do RIR/99 determina que a dedução será admitida quando necessárias para que o contribuinte mantenha a posse, uso ou fruição do bem ou direito que produz o rendimento.

¹⁰ Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, arts. 247, 220, 222 e 223.

A dedução das despesas operacionais incorridas para pagamento de royalties a titular de patentes domiciliado no Brasil é autorizada pela lei, desde que observados os seguintes requisitos: (i) as despesas operacionais para pagamento de royalties devem ser necessárias para que o contribuinte mantenha a posse, uso ou fruição do bem ou direito que produz o rendimento¹¹; (ii) as despesas operacionais com royalties devem ter efetivamente incorrido; e (iii) o contrato de transferência de tecnologia, para cessão de posse, uso ou fruição do bem ou direito que produz o rendimento, deve ser averbado no Instituto Nacional da Propriedade Industrial do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços do Brasil (“INPI”)¹².

Breves Noções de Propriedade Intelectual (Patentes e Royalties)

A Propriedade Intelectual, nos termos da Convenção da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), é 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, e também 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 (BARBOSA, 2010, I, p.06).

Naturalmente, dentro dessa definição inclui-se tanto a Propriedade Industrial como o Direito Autoral. Assim, o Direito da Propriedade Intelectual garante aos autores e inventores direitos materiais e imateriais (pessoais) relativos ao produto de suas criações, sejam elas artísticas, científicas, literárias ou industriais. Garantindo, por exemplo, que inventores ou detentores da titularidade de determinadas criações ou invenções (lato sensu) possam usufruir economicamente, inclusive pelo uso por terceiros.

11 Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999. art. 352.

12 Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999. art. 355, § 3º.

Contudo, exige-se, de parte do Poder Público, determinadas formalidades para a concretização da proteção jurídica ao autor ou inventor de criação industrial, o que se viabiliza através da Patente que, de acordo com o INPI, é um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgado pelo Estado aos inventores, autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação.

Da mesma forma, pode-se considerar, classicamente, como o direito, conferido pelo Estado, que concede ao seu titular a exclusividade da exploração de uma determinada tecnologia. É, portanto, um direito imaterial de exclusividade ligado à exploração material dessa tecnologia (BARBOSA, 2010, p.1099), ou seja, de exploração do objeto de uma invenção, de um modelo de utilidade, no território nacional e por um determinado período de tempo (DI BLASI, 2010, p.43) Já o sistema de patentes pode ser entendido como o conjunto de regras que tratam da proteção das invenções voltadas para todos os seguimentos da indústria.

A Lei 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, determina, em seus artigos 6º e 8º, que ao autor de invenção será assegurado o direito de obter a patente, garantindo-lhe a propriedade, nas condições estabelecidas na Lei. Assim, é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Nesse aspecto, Ricardo Negrão (2015, p. 63), ensina que “invenção é o ato humano de criação original, lícito, não compreendido no estado da técnica e suscetível de aplicação industrial”. Com a patente, o titular tem a possibilidade de impedir que terceiros, sem a devida autorização (normalmente outorgada por meio de contrato de transferência, cessão ou licença de tecnologia), possam produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o produto objeto da patente. Em contrapartida, no momento do registro frente ao INPI, o titular da patente obriga-se a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida por este instituto.

Assim, obtida a patente, o criador ou inventor passa a receber o direito material pela exploração do respectivo bem. A remuneração pelo seu uso ocorre através dos royalties que, nos termos do art. 22 da

Lei 4.506/64, são os rendimentos de qualquer espécie, decorrentes do uso, fruição, exploração de direitos de uso ou exploração de invenções, processos e fórmulas de fabricação e de marcas de indústria e comércio e direitos autorais, por pessoa devidamente licenciada pelo autor ou criador do bem ou obra, salvo quando percebidos por estes.

Embora o art. 23 da Lei 4.506/64 confunda conceitos ao classificar conjuntamente os significados de aluguéis e royalties¹³, a diferença entre os dois institutos é que a expressão aluguel é utilizada para designar a contraprestação pela utilização de um bem material, enquanto que a palavra royalty designa a contraprestação pelo uso de um bem imaterial (HIGUCHI et al, 2009, p. 370).

É justamente a exploração do bem protegido pela Propriedade Intelectual que gera a obrigação do pagamento de IRPJ, por constituir acréscimo patrimonial identificado como lucro tributável. Contudo, dependendo da circunstância verificada, o legislador tributário passou a considerar a possibilidade (gradual) da dedução dos valores pagos ou devidos ao titular da patente, para evitar o que se passou a considerar, economicamente, como *bis in idem*, pois, do contrário, a União Federal passaria a tributar tanto o beneficiário dos royalties (que já recebe efetivamente o acréscimo patrimonial pela patente do bem, como aquele que efetivamente deve ou paga os royalties) pelo mesmo fato econômico (isto é, o pagamento dos royalties originários da exploração de determinado bem protegido pelo Direito de Propriedade Intelectual).

No entanto, o reconhecimento dessa situação não foi perene e nem constante, conforme se poderá observar nas linhas seguintes.

Histórico legislativo da dedutibilidade de royalties no irpj

Para a máxima efetividade do princípio da legalidade exige-se lei expressa, constituindo uma intrínseca relação com o princípio da segurança jurídica. É em decorrência do referido princípio que as normas

13 Art. 23. Serão classificados como aluguéis ou “royalties” tôdas as espécies de rendimentos percebidos pela ocupação, uso, fruição ou exploração dos bens e direitos referidos nos artigos 21 e 22, tais como: (...)

devem determinar, de forma precisa, clara e compreensível, quem serão seus contribuintes, o que deve ser feito (o que é proibido, o que é permitido e o que é obrigatório fazer) e quais as consequências anteriores e posteriores à ação ou omissão dos contribuintes, para que estes saibam se estão ou não alcançadas por suas disposições. Se não for possível estabelecer uma linguagem inequívoca, é necessário que as normas sejam claras o suficiente para evitar o arbítrio, proibindo o Estado de estabelecer, de forma casuística, o que pode, o que não pode e o que deve ser feito. A inércia legislativa acaba por transferir para as autoridades fiscais poderes judicantes e legislativos de modo não razoável, porque o comportamento do contribuinte é sujeito a julgamento baseado no conhecimento e de acordo com as conveniências das autoridades fiscais. Além disso, se uma norma é declarada inválida, o poder de tributar não tem legitimidade. Os particulares não ficam obrigados a contribuir para os cofres públicos e os valores recolhidos indevidamente devem ser ressarcidos. Portanto, compreender o poder de tributar significa conhecer os seus limites (ANDRADE FILHO, 2016, p.04-13).

Assim, em decorrência da grande quantidade de normas que abordam a possibilidade de dedutibilidade de royalties no IRPJ, bem como por suas contradições, apresenta-se – abaixo - uma brevíssima compilação daquelas consideradas mais importantes, organizadas em ordem cronológica e dispostas a seguir.

Lei nº 3.470 de 28 de novembro de 1958 (“Lei nº 3.470/58”): Estabeleceu pela primeira vez, por meio de seu art. 74, a possibilidade de dedução da soma das quantias devidas a título de royalties pela exploração de marcas de indústria e de comércio, bem como patentes de invenção, por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes para os fins da determinação do lucro real das pessoas jurídicas. Na Lei nº 3.470/58, o limite máximo de dedução foi fixado no patamar de 5% (cinco por cento) **da receita bruta** do produto fabricado ou vendido. Nessa Lei não houve qualquer distinção entre os pagamentos de royalties realizados ao titular de patentes domiciliado no Brasil ou no exterior. Portanto, para ambos os casos, o percentual máximo seria o mesmo. Assim, visando não estagnar no tempo, a Lei nº 3.470/58, por meio dos §1º e §2º, de seu art. 74,

determinou que seriam estabelecidos e revistos periodicamente mediante ato do Ministro da Fazenda, os coeficientes percentuais admitidos para as deduções de que trata este artigo, considerados os tipos de produção ou atividades, reunidos em grupos, segundo o grau de essencialidade. Nesse sentido, o Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda, no uso das suas atribuições legais e tendo em vista o disposto no art. 74 e §§ 1º e 2º da Lei n. 3.470, editou a Portaria MF nº 436 de 1958 (“MF 436/58”).

MF 436/58: Estabeleceu coeficientes percentuais máximos para a dedução de royalties, pela exploração de marcas e patentes, de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, amortização, considerados os tipos de produção, segundo o grau de essencialidade. No tocante aos Royalties, pelo uso de patentes de Invenção, processos e fórmulas de fabricação, despesas de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, foram criados dois grupos, com percentuais que variam de 1% (um por cento) a 5% (cinco por cento): 1) Indústrias de Base; e 2) Indústria de Transformação – Essenciais. Para complementar a MF 436/58, foram editadas as Portarias MF nºs 113/59, 314/70 e 60/94, incluindo novos itens aos grupos 1 e 2. Deve-se ressaltar que depois de criados, os percentuais, alguns determinados há quase 7(sete) décadas, jamais foram revistos ou atualizados, demonstrando a falha do legislador no quesito de atualidade da Lei.

Lei 4.131 de 3 de setembro de 1962 (“Lei 4.131/62”): foi sancionada para disciplinar a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior. Nesta norma, art. 12, o legislador manteve a lógica da Lei nº 3.470/58, ou seja, os pagamentos de royalties realizados a titular de patentes domiciliado no Brasil ou no exterior poderiam ser deduzidos até o limite de 5%(cinco por cento) na declaração do IRPJ.

Lei nº 4.506 de 30 de novembro de 1964 (“Lei nº 4.506/64”): Determinou, em seu art. 71, os requisitos para dedutibilidade de despesas incorridas com royalties para efeito de apuração de rendimento líquido ou do lucro real sujeito ao imposto de renda. No referido artigo, foram estabelecidos, expressamente, apenas coeficientes percentuais máximos para a dedução de royalties pagos a titular de patente com domicílio no exterior. Como a Lei trata exatamente do mesmo tema que as Leis

3.470/58 e 4.131/62, passou-se a discutir a hipótese de revogação tácita dos dispositivos anteriores, que limitavam os percentuais de dedução no âmbito nacional. A partir desse momento, passaram a existir duas interpretações.

A primeira, afirmando que a simples omissão da Lei nova não revogaria dispositivos anteriores e, portanto, permanecem os mesmos coeficientes máximos de dedução, independente do destino dos pagamentos realizados à título de royalties, sejam no Brasil ou no exterior.

A segunda, mais acertada e realista, com o entendimento de que a Lei nº 4.506/64 revoga os dispositivos anteriores e, portanto, não limita as deduções de despesas incorridas para o pagamento de royalties a titular de patente domiciliado no Brasil.

Decreto-Lei n.º 1.730 (“DL 1.730/1979”): Modificou a legislação anterior que tratava da dedutibilidade dos royalties, alterando o limite de dedutibilidade dos royalties pela utilização de patente ou de marca, que até então era de 5% (cinco por cento) da receita bruta das vendas do produto fabricado ou vendido, para 5% (cinco por cento) **da receita líquida**¹⁴.

RIR/99: Próximo do entendimento das Leis 3.470/58 e 4.131/62, o RIR/99, por meio de seu art. 355, manteve a possibilidade de dedução de despesas operacionais incorridas com royalties, fixando percentuais máximos para a dedução de royalties até o limite máximo de 5% (cinco por cento) da receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido, sem fazer distinção sobre o domicílio do titular da patente.

A exclusão ou a manutenção do limite à dedutibilidade na visão da literatura tributária

Conforme constatado no tópico anterior, o objeto desta pesquisa vem sendo tratado há muitos anos na legislação, com interpretações divergentes e alternantes sobre o problema.

Em 1969, José Luiz Bulhões Pedreira, ao avaliar o art. 71 da Lei

14 Art. 6.º. O limite máximo das deduções, estabelecido no artigo 12 da Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962, será calculado sobre a receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido

nº 4.506/64, citando Néri da Silveira - STF - Recurso Extraordinário nº 104-368-7, defendia acertadamente a não imposição de limites máximos de dedutibilidade de despesas operacionais incorridas para o pagamento de royalties ao titular de patente domiciliado no Brasil. Nesse aspecto, ensinava:

A Lei n.º 4.506 reproduziu, mais uma vez, os princípios da legislação anterior, com uma única alteração; a restrição a dedutibilidade, embora tenha surgido na legislação para eliminar instrumento de evasão de renda de imposto, através da transferência de “royalties” para o exterior, fora regulada nas Leis 3.470 e 4.131 em termos genéricos que não distinguem entre beneficiário residente e domiciliado no País ou no exterior. A letra da lei conduzia, portanto, a que as limitações quantitativas de “royalties” dedutíveis se aplicassem também a pagamentos entre empresas, no país. A Lei 4.506 corrigiu essa omissão, declarando expressamente que as condições de dedutibilidade impostas pela lei somente se aplicam, quando o beneficiário do rendimento é pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior. Não há a mesma razão legal para impor restrições quantitativas no pagamento de “royalties” entre empresas domiciliadas no país. (PEDREIRA, 1979, p.09-20)”.

Por sua vez, Hiromi Higuchi, Fábio Hiroshi Higuchi e Celso Hiroyuki Higuchi, em estudo posterior, mantiveram o entendimento de Bulhões Pedreira, reafirmando que a Lei nº 4.506/64 somente fixou limites máximos de dedução das despesas com royalties à beneficiário domiciliado no exterior:

Se o legislador quisesse limitar a dedutibilidade das despesas com royalties pagos, também, para os beneficiários residentes no Brasil, teria utilizado um parágrafo para esse fim sem mencionar se o beneficiário é residente no Brasil ou no exterior. O limite de dedução dos royalties pagos para residentes no Brasil não teria sentido porque a despesa de uma empresa representa receita de outra empresa do Brasil. (HIGUCHI, Hiromi. et al. 2009, p. 374).

Assim, entende-se que o argumento dos referidos autores é nada mais do que lógico. Se a empresa titular da patente, domiciliada no Brasil, receber os pagamentos à título de royalties e obrigatoriamente incluir tais valores em seu IRPJ como receita, já estará a União recebendo os valores devidos à título de imposto. Outrossim, nada mais justo, neste cenário, que a empresa que se utiliza do licenciamento de patentes como premissa

essencial ao seu desenvolvimento, assumindo todos os riscos inerentes da atividade empresarial exercida, possa deduzi-los integralmente como despesas operacionais, pois assim o são.

Deve-se compreender que, impor limites de dedução significa, em muitos casos, inviabilizar a atividade empresarial, pois assim, só ingressará no mercado quem tiver registrado em seu próprio nome as patentes que permitam concorrer com as demais empresas do ramo. Neste sentido, as indedutibilidades refletirão negativamente na economia nacional, pois acarretará na: a) redução do lucro; b) extinção de empresas; e, c) fim da concorrência mercantil. É um efeito cascata com resultado extenso e reflexos catastróficos, que terminam com a diminuição da criação de renda e, conseqüentemente, a redução da arrecadação de impostos pela União Federal. Em muitos aspectos, o incentivo à atividade empresarial promove o desenvolvimento e cria empregos. Não aceitar certas deduções configura desestímulo fiscal, injustificado, a determinadas atividades ou formas de aplicação de capital, dando sentido contrário ao imposto, que é utilizado como instrumento de política econômica, através da criação de incentivos fiscais (PEDREIRA, 1979, p.07-12). Não deduzir é tributar excessivamente. Por sua vez, tributar excessivamente, pode inviabilizar negócios e empresas, dependendo de situações cíclicas, permanentes ou passageiras (ANDRADE FILHO, 2016, p. 12).

Entende-se que a estrutura normativo-tributária do IRPJ, embora disciplinada pelo Direito Tributário, também toca, sistematicamente, outros campos do Direito, como se pode observar até mesmo no Direito Empresarial.

Igualmente, pode-se observar que os efeitos da norma tributária do IRPJ também repercutem na atividade empresarial direcionando a atividade exercida, os riscos assumidos e a decisão estratégica da empresa. Nesse ambiente, por tais motivos, não é possível desvincular a atividade empresária dos riscos assumidos pelo empreendimento, que levam em consideração os aspectos tributários de cada decisão executada. A interpretação doutrinária no sentido de eventual restrição ao direito à dedução de despesas operacionais, portanto, eleva os riscos a que a atividade – e a decisão – empresarial se submete (PEDREIRA, 1979, p. 12-15).

O entendimento do Fisco (Receita Federal do Brasil) e a tendência jurisprudencial brasileira à restrição da dedutibilidade

O IRPJ, enquanto é imposto de competência exclusiva da União, ou seja, trata-se de imposto federal. O órgão específico, singular, subordinado ao Ministério da Fazenda, responsável pela administração dos tributos de competência da União, é a Secretaria da Receita Federal do Brasil (“Receita Federal”).

No tocante ao papel da Receita Federal do Brasil, que possui a prerrogativa de fiscalizar, cobrar e arrecadar o IRPJ, pode-se observar tendência à não concessão da extensão da dedutibilidade de despesas operacionais em pagamento de royalties

Logo, em diversas situações, a Receita Federal costuma autuar e penalizar os contribuintes que, ao realizarem pagamentos de royalties a titulares de patentes domiciliados no Brasil, deduzem tais importâncias integralmente, como despesas operacionais, em percentuais acima de 5% (cinco por cento). O CARE, igualmente, vem mantendo decisões divergentes sobre a possibilidade de deduções.

Porém, na esfera judiciária, Carlos Mário da Silva Velloso, ex-Ministro do STF, em julgamento da Apelação Cível 68.411 perante o Tribunal Federal de Recursos – TFR (Acórdão 02468417, DJ de 13-05-82), concluiu pela não aplicação de percentuais máximos de dedutibilidade aos pagamentos realizados a titular de patentes domiciliado no Brasil:

TRIBUTARIO. IMPOSTO DE RENDA. ROYALTIES. PESSOAS DOMICILIADAS NO BRASIL. LEI N. 4.506, DE 1964. RIR, DECRETO N. 76.186, DE 1975, ARTIGO 177. PROVISÃO PARA DEVEDORES DUVIDOSOS. CREDITOS DE COBRANÇA DIFICIL. DECRETO 76.186, DE 1975, ART. 167. I. “ROYALTIES” PAGOS APESSOAS DOMICILIADAS NO BRASIL: NÃO SE JUSTIFICA A LIMITAÇÃO QUANTITATIVA, A EXEMPLO DO QUE OCORRE COM OS “ROYALTIES” PAGOS APESSOAS DOMICILIADAS NO ESTRANGEIRO, O QUE A LEI 4.506/64 VEIO CORRIGIR. ASSIM, OS LIMITES DE DEDUTIBILIDADE, A PARTIR DA LEI N.4.506/64, NÃO SE APLICAM AOS PAGAMENTOS A PESSOAS RESIDENTES OU DOMICILIADAS NO BRASIL. II. OS MEIOS DE COBRANÇA DE UM CREDITO

SE ESGOTAM NO MOMENTO EM QUE O CUSTO DA COBRANÇA FICA SUPERIOR A QUANTIA A RECEBER. ISTO OCORRENDO, O CREDITO PASSA A SER IRRECUPERAVEL, PODENDO SER INCLUIDO NA CONTA PROVISÃO PARA DEVEDORES DUVIDOSOS. RIR/1975, DECRETO 76.186, DE 1975, ART. 167. III. RECURSO PROVIDO, EM PARTE.

No entanto, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 104-368-7 (DJU de 28-02-92), interposto pela União Federal, decidiu pela não revogação do art. 74, da Lei 3.470/58, determinando que os coeficientes percentuais máximos de dedutibilidade por pagamentos de royalties à pessoa jurídica domiciliada no exterior, aplicam-se também à dedutibilidade por pagamentos de royalties à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:

Recurso extraordinário. Imposto de Renda. “Royalties”. Deduções por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, em montante superior ao limite estabelecido no art. 74, da Lei n. 3.470, de 1958. Lei n. 4.506, de 30/12/1964, art. 71 e seu parágrafo único. R.I.R. de 1966, arts. 232, 233 e 234. A Lei n. 4.506/1964, embora haja estabelecido modificações, no que concerne a dedutibilidade de despesas como «royalties», não revogou o art. 74, da Lei n. 3.470/1958. R.I.R. de 1966, arts. 174 e 175.

Assim como no âmbito legislativo, pode-se notar que as decisões supra-analisadas, além de controversas, são demasiadamente antigas, passando a inequívoca sensação de que estão ultrapassadas em consideração às novas tendências da Propriedade Intelectual, assim como de suas respectivas repercussões tributárias contemporâneas.

CONCLUSÕES

A partir dos questionamentos levantados, conclui-se que existem apenas dois caminhos possíveis para solucionar a problemática da presente pesquisa: 1) A aplicação, dos percentuais máximos de dedutibilidade previstos pela MF 436/58, também para pagamentos de royalties a titulares de patentes domiciliados no Brasil, correndo-se o risco de que eventuais excedentes aos percentuais máximos não sejam deduzidos e, conseqüentemente, o mesmo fato seja duas vezes tributado (*bis in idem*), justamente porque, nesta hipótese, a despesa de uma pessoa jurídica representa a receita de outra ou; 2) seja permitida dedutibilidade integral no IR da pessoa jurídica que realizou os pagamentos de royalties ao titular de patentes domiciliado no Brasil, que, por sua vez, pagará os tributos sobre sua receita, não havendo qualquer prejuízo à União, assim como atenuando, da mesma forma, os efeitos negativos do *bis in idem* trazidos pela cobrança duplicada pela União Federal do IRPJ sobre o mesmo fato jurídico (royalties).

Portanto, no Direito Tributário Brasileiro, deve-se buscar a ampliação do direito à dedução pelo pagamento de royalties relativos às patentes de titulares domiciliados no país, tanto por questões de Políticas Tributárias voltadas ao desenvolvimento nacional tecnológico (princípio igualmente perseguido no Direito da Propriedade Intelectual), já que desoneraria o contribuinte que destina parte de suas receitas ao aperfeiçoamento tecnológico de seu produto ou de sua atividade econômica, assim como evitaria, por questões de Justiça Tributária, a tributação duplicada do mesmo fato econômico.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Imposto de renda das empresas**. 12^a ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de Propriedade Intelectual**. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de Propriedade Intelectual**. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o imposto que recai sobre as rendas e proventos de qualquer natureza. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 de nov. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4506.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Portaria MF nº 436, de 30 de dezembro de 1958. Estabelece coeficientes percentuais máximos para a dedução de Royalties, pela exploração de marcas e patentes, de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, amortização, considerados os tipos de produção, segundo o grau de essencialidade. **Ministério da Fazenda**. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/transferencia/arquivos/legislacao-transferencia-de-tecnologia/portaria436.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. LEI nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 de out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4506.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 2º Edição. São Paulo: Editora Rt, 1981.

DI BLASI, Gabriel. **A Propriedade Industrial**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HIGUCHI, Hiromi. Et al. **Imposto de renda das empresas: interpretação e prática**: atualizado até 10-01-2008. 34ª ed. – São Paulo: IR Publicações, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao código tributário nacional**. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 9ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito Empresarial: estudo unificado**. 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto sobre a Renda: Pessoas Jurídicas**. Rio de Janeiro: ADCOAS JUSTEC – Ed. 1979.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Nº 0104.368-7/210. Recorrente: União Federal. Recorrida: Syntex do Brasil S.A - Indústria e Comércio. Relator: Ministro Néri da Silveira. 1988. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=196430>>. Acesso em: 03mai. 2018.

TEODOROVICZ, Jeferson. **Extrafiscalidade Socioambiental**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. n.90. São Paulo: RT – ABDT, 2010.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo III Direito de Autor e Direito Concorrencial

TÍTULO: SISTEMA DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL: UMA REVISÃO ANALÍTICA SOBRE PATENTES

Jessica Aparecida Soares



SISTEMA DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL: UMA REVISÃO ANALÍTICA SOBRE PATENTES

Jessica Aparecida SOARES¹

Giane de Godoy Favaro FIDELIS²

RESUMO

O estudo expõe o resultado de uma pesquisa de revisão analítica realizada com foco na abordagem histórica, destacando a atualização do assunto para o mundo contemporâneo. Para realizar a pesquisa sobre o sistema de proteção da propriedade intelectual foi utilizado o método dedutivo (fins de abordagem) e método histórico (fins procedimentais). Assim o presente artigo possui como objetivo geral a análise do sistema de proteção patentária no Brasil, analisando a evolução histórica do instituto da Propriedade industrial e o contexto atual de proteção. A pesquisa objetiva, ainda analisar os requisitos de patenteabilidade atualmente considerados pela Lei de Propriedade Industrial e pelo INPI e a atual configuração dos meios para a proteção de patentes. Enfim, a questão central: Qual é a evolução histórica de proteção das patentes por meio da propriedade industrial no Brasil? Qual é a configuração atual para a proteção patentária? Neste viés, é preciso considerar que sendo um artigo de revisão analítica, espera-se que o presente estudo possa contribuir com o desenvolvimento de diversas investigações cujo foco seja a propriedade industrial. Apesar de relativamente novo o instituto da propriedade industrial no Brasil, a evolução e benefícios da regulamentação são inegáveis. A propriedade industrial é o segmento da propriedade intelectual que mais cresce com a demanda tecnológica causando forte impacto no desenvolvimento do país, na inovação e no mercado. É preciso revisitar os conceitos e percurso histórico da proteção intelectual para apreciar o sistema de proteção industrial vigente na atualidade.

Palavras-chave: Sistema de proteção de propriedade industrial; Patentes; requisitos de patenteabilidade.

1 Graduação em Direito; Mestrado em Sociedade, Cultura e Fronteiras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Servidora Pública da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA).

2 Graduação em Gestão; Especialista em Gestão Pública; Servidora Pública da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA).

1 INTRODUÇÃO

O estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica e documental de revisão analítica, realizada com base no método dedutivo (fins de abordagem) e método histórico (fins procedimentais) sobre o sistema de proteção da propriedade industrial brasileiro.

A propriedade industrial é o segmento da propriedade intelectual que mais cresce com a demanda tecnológica. Com a globalização e a modernidade surgem novas necessidades de resolução para problemas cotidianos, e é neste momento que mostra-se a propriedade industrial para proteger as criações industriais de determinado indivíduo. (GAMA, 2011, p. 137)

O registro de patentes é o mecanismo adotado para a proteção das novas tecnologias, sejam elas protegidas por modelo de utilidade ou patente de invenção, esse é o registro responsável por conferir o direito à exclusividade, dentro de certo limite de tempo, para a fabricação e comercialização, ou seja, a usufruição de determinado produto.

A proteção conferida pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), serve para promover um controle e uma retribuição ao inventor, que após investimento de recurso e tempo, criou algo que é tecnologicamente útil, e que pode resultar em novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental. Assim, o direito a exclusividade de praticar atos relacionadas à patente é conferido ao inventor como “moeda de troca” por este ter exposto “seu invento de forma que ele [invento] possa ser integralmente reproduzido ao fim do prazo da patente pela sociedade em geral”. (BARBOSA, 2011, p. 1)

A tecnologia proporcionou velocidade e praticidade aos procedimentos e meios para o depósito de patentes, o que é de grande importância, pois a proteção dos desenvolvimentos tecnológicos por meio de patentes de invenção e de modelo de utilidade tendem a crescer com o passar dos anos, pois a cada minuto, aparelhos modernos tornam-se obsoletos, em virtude da criação de um modelo melhor, mais rápido e com mais recursos.

Assim o presente artigo possui como objetivo geral a análise do

sistema de proteção patentária no Brasil, analisando a evolução histórica do instituto da Propriedade industrial e o contexto atual de proteção. A pesquisa objetiva, ainda analisar os requisitos de patenteabilidade atualmente considerados pela Lei de Propriedade Industrial e pelo INPI e a atual configuração dos meios para a proteção de patentes. Enfim, a questão central: Qual é a evolução histórica de proteção das patentes por meio da propriedade industrial no Brasil? Qual é a configuração atual para a proteção patentária?

Neste viés, é preciso considerar que sendo um artigo de revisão analítica, espera-se que o presente estudo possa contribuir com o desenvolvimento de diversas investigações cujo foco seja a propriedade industrial.

2 HISTÓRICO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL: LEGISLAÇÃO E PRIMEIRAS PATENTES

A propriedade em sentido geral existe desde os primórdios da civilização com o fim de impor um limite aos direitos de uso e fruição de algo que pertence a alguém. Muito antes de leis serem compiladas já existia a propriedade e com ela os direitos e obrigações a ela inerentes, porém, as notícias de propriedade que tínhamos se referiam à propriedade material, palpável, seja ela bem móvel, ou imóvel.

Com o passar do tempo e com o desenvolvimento econômico-social a propriedade acaba por assumir um papel importante na vida em sociedade, requerendo regulamentações a respeito de sua titularidade, uso, direitos e obrigações.

Dessa forma surgem novas necessidades, assim, o homem passa a ter papel fundamental na fabricação de seus instrumentos de trabalho. Com a criação desses primeiros instrumentos à base de pedra e sílex, tornou-se possível conhecer a capacidade do homem para o trabalho manual e criação de novos produtos, descobrindo ainda novas aplicações aos bens já existentes na natureza para a fabricação de novos bens (DEL NERO, 1998, p. 31).

Com a criação de novos produtos surge a necessidade de se proteger os direitos sobre essas criações. Nesse momento nasce o direito industrial, sendo regulado pelas formas de expressão de direito, tendo como função a proteção do trabalho e a aferição de lucros por meio dessa atividade. (PAES, 1996, p. 13)

Diferentemente de outros campos do direito, a proteção industrial não é tão antiga, sendo sustentado por alguns doutrinadores, que seu surgimento se teria dado no século XV, porém, mesmo com esse surgimento tardio, sua evolução é rápida.

Quando se fala do sistema de propriedade industrial sem limites territoriais, a primeira concessão de patentes de que se tem notícia aconteceu no ano de 1409 em Veneza, quando a República garantiu a um homem o poder exclusivo de explorar uma mina. Já no que tange a legalização, a primeira lei a tratar sobre o tema patentes surgiu também em Veneza em 1474, com o estabelecimento de um prazo de exclusividade de 10 anos ao inventor para a exploração de sua invenção. (BARBOSA; MAIOR; RAMOS, 2010, p. 116-117)

Apesar de Veneza ter sido a primeira nação a trazer a previsão legal e conceder patentes, logo após, surgem no seio da propriedade industrial duas importantes propulsoras da moderna propriedade industrial, quais sejam, a França e a Inglaterra. Ambas tiveram grande impacto na propriedade industrial auxiliando outros países na criação de seu próprio sistema de patentes, o Brasil teve grande influência francesa neste período.

A Convenção da União de Paris (CUP), acontecida em 20 de março de 1883 foi a primeira convenção internacional sobre a matéria, tendo ainda papel fundamental no estabelecimento do conceito de propriedade industrial nos seguintes termos:

Entende-se na mais ampla acepção e aplica-se não só à indústria e ao comércio propriamente ditos, mas também às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos manufaturados ou naturais, por exemplo: vinhos, cereais, tabaco em folha, frutas, animais, minérios, água minerais, cervejas, flores, farinhas. (BRASIL, 1975)

Em 1970 é concluído o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT). O referido tratado “rege em detalhes os requisitos formais

que devem ser observados pelo demandante para realizar o depósito internacional da patente.” (PEREIRA, 2009, p. 20)

No Brasil o Decreto n. 81.742, de 31 de maio de 1978 foi a normativa responsável por promulgar o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT).

Outro tratado internacional de grande importância para o tema é o Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS, na sigla em inglês), que foi incorporado pelo Brasil na forma do Decreto n. 1.335 de 30 de Dezembro de 1994. (BRASIL, 1994)

O referido tratado já em seu preâmbulo menciona os objetivos do tratado como:

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 (BRASIL, 1994)

Em 1994 também por meio do TRIPS foi criada a Organização Mundial do Comércio (OMC). A partir do tratado, em meados de 1990, se iniciou uma revisão no Sistema de Propriedade Industrial, consequentemente é lançada a nova e atual Lei sobre o assunto (Lei n. 9.729/96) (LUZ, 2015, p. 140).

Os tratados acima descritos foram de grande importância para a criação do atual sistema brasileiro como veremos adiante.

2.1 O SISTEMA BRASILEIRO DE PATENTES: EVOLUÇÃO E SISTEMA ATUAL

No Brasil o grande fato propulsor das patentes foi a chegada da família real portuguesa em 1808, momento onde havia a necessidade de se fazer uma grande reforma patrimonial em todo o Estado. (BARBOSA, 2010, p. 13)

Em 1809 o príncipe regente do Brasil baixava o alvará que estabelece os primeiros atos de proteção à propriedade industrial.

O alvará de 28 de Abril de 1809 em seu item VI estabeleceu o

primeiro privilégio de proteção de propriedade industrial, com o prazo de quatorze anos de uso exclusivo da tecnologia desenvolvida, ficando ainda obrigados a publicar a tecnologia depois para que toda a nação pudesse usufruir daquela invenção. (BRASIL, 1809)

Em 16 de Dezembro de 1830 nasce a primeira lei de patentes do Brasil, instituída por Dom Pedro I, assegurando direitos ao descobridor ou inventor de um produto útil a propriedade, concedendo-lhe o uso exclusivo a sua invenção ou descoberta. Nesta lei as patentes têm o prazo mínimo de duração de cinco (5) anos e máximo de vinte (20) anos, de acordo com a qualidade da invenção, conforme redação do artigo 5.º: “As patentes se concederão segundo a qualidade da descoberta ou invenção, por espaço de cinco até vinte annos: maior prazo só poderá ser concedido por lei”. (BRASIL, 1830)

A Lei supramencionada é considerada o grande divisor de águas para o Brasil em relação à propriedade industrial, pois foi a grande responsável e, o ponto de partida, para através dos anos chegarmos ao nosso sistema atual.

Em 1875 surge em nosso ordenamento jurídico à primeira regulamentação de marcas através do Decreto n.º 2.682, de 23 de Outubro de 1875, depois disso surgiram outras leis que estabeleciam regras sobre ambos os temas. (COELHO, 2013, p. 203-204)

O direito brasileiro primordialmente disciplinava a proteção dos direitos de propriedade industrial em separado. Em 1882 editou-se a Lei n.º 3.129 de 14 de Outubro, sobre a proteção de patentes, em 1887 surge novamente outro Decreto a tratar do assunto, o Decreto n.º 9.801 de 5 de Novembro, e 1904 surgiu o novo Decreto de marcas n.º 1.236 de 24 de Setembro de 1904. A unificação da proteção só foi efetivada em 1923 (COELHO, 2013, p. 204).

Em 1889 com o término da monarquia surge a constituição republicana de 1891 que estabelece, de forma simples, pequenas disposições sobre a propriedade das invenções em seu artigo 72, § 25 a possibilidade de se conceder um privilégio aos inventores de invenções industriais. (BRASIL, 1891)

Na seqüência instala-se no Brasil o período da nova república, com

instalações de novas fábricas, gerando grande crescimento industrial ao país, conseqüentemente surge em 1923 o Decreto nº 16.264, de 19 de Dezembro de 1923, com uma grande alteração nas questões que envolvem patentes, culminando em uma nova fase da propriedade industrial no país, tendo em vista à unificação da regulamentação das marcas e patentes e ainda a criação da Diretoria Geral da Propriedade Industrial (DGPI), atribuindo a mesma a análise das patentes e marcas. (BRANCO, 2011, p. 16)

O Decreto nº 16.264, de 19 de Dezembro de 1923 foi a primeira Lei a abordar exaustivamente o tema de proteção da propriedade industrial no Brasil. A referida Lei com 137 artigos abordou itens como a já citada criação da “Directoria Geral da Propriedade Industrial”; institui a Revista de Propriedade Industrial (RPI) que começa a divulgar os atos oficiais da Diretoria; disposições sobre os pedidos e expedição de patentes; infrações e penalidades, dentre outros itens relevantes. (BRASIL, 1923)

No período compreendido entre os anos de 1931 a 1933 a Diretoria Geral da Propriedade Industrial é extinta e substituída pelo Departamento Nacional de Propriedade Industrial (DNPI). Entre os anos de 1970 e 1971 surge, para substituir o então DNPI, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). (BRANCO, 2011, p. 16)

O INPI é Autarquia Federal, vinculada ao Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, criado pela Lei n. 5.648 de 1970, responsável pela análise e concessão das patentes no Brasil. (RAMOS, 2013, p. 141)

O INPI é o órgão responsável por executar as normas que regulam a propriedade industrial, agindo sempre de acordo com a função social, econômica, jurídica e técnica, tem ainda a função de pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura e ratificações de tratados sobre matérias que envolvam propriedade industrial. (BRASIL, 1970)

Em relação à temática específica das legislações de propriedade intelectual após 1923 foram publicadas e posteriormente revogadas várias normativas. Como exemplo citamos o Decreto-Lei n. 254, de 28 de fevereiro de 1967, Decreto-Lei n. 1.005, de 21 de outubro de 1969 e a Lei n. 5.772, de 21 de dezembro de 1971, esta última tendo ficado vigente até a atual legislação ser publicada.

Em 1988 eis que surge a Constituição da República Federativa do Brasil, estabelecendo diversos direitos e garantias fundamentais, trazendo em seu artigo 5.º a proteção ao direito da propriedade industrial nos seguintes termos:

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

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; (BRASIL, 1988)

Como preleciona Bruno Falcone:

No Brasil, o privilégio patentário foi elevado a categoria de direitos e garantias fundamentais (e, portanto, constitui cláusula pétreia), esculpido no art. 5º, inc. XXIX, da Carta Magna. Assim, o referido dispositivo constitucional assegura ao titular do invento o privilégio temporário de exploração econômica do seu resultado inventivo, “tendo em vista o desenvolvimento tecnológico do país”. (FALCONE, 2005, p. 213)

Após alguns anos sem alteração na lei de propriedade industrial, desde 1971, surge em 14 de Maio de 1996 a Lei n.º 9.279, também conhecida por Lei de Propriedade Industrial (LPI), atual legislação, responsável pela proteção dos direitos relativos à concessão de patentes de invenção, modelo de utilidade, registro de marcas, repressão às falsas indicações geográficas e repressão à concorrência desleal. (BRASIL, 1996)

A LPI confirma o respeito aos tratados internacionais, seguindo as regras mínimas, estabelecida por eles, trazendo ainda como conteúdo os requisitos para obtenção de proteção para patentes, como veremos adiante. (PAESANI, 2012, p.38-39)

Em relação às primeiras patentes brasileiras, dados históricos informam que a primeira que se tem notícia data de 1822, com a criação de uma máquina de descascar café. (BRANCO, 2011, p.15)

3 PATENTES E SUAS MODALIDADES

A Lei n.º 9.279/96 é a responsável por estabelecer os direitos e formas de proteção industrial. Duas são as proteções atribuídas a patentes, assim o artigo 6.º desta lei estabelece a proteção as patentes de invenção e modelo de utilidade. (BRASIL, 1996)

A patente é o título temporário e exclusivo concedido pelo Estado ao inventor de determinada tecnologia, respeitada as previsões legais. As patentes podem proteger processos ou produtos, se realmente presentes os requisitos para o deferimento do pedido de registro de patentes.

Para Denis Borges Barbosa:

As patentes de invenção, enfim, são direitos de propriedade industrial concedidos pelo Estado, que garantem a possibilidade de excluir terceiros da prática de atos sobre certa tecnologia, por prazo determinado e em troca da divulgação desta mesma tecnologia, observados os requisitos legais. (BARBOSA; MAIOR; RAMOS, 2010, p. 100)

No direito brasileiro duas são as modalidades de patentes, patente de invenção e de modelo de utilidade, passaremos abaixo as explicações a cerca das mesmas.

3.1 PATENTE DE INVENÇÃO

A patente de invenção é concedida a uma inovação, a algo novo, que nunca existiu, dentro dos limites de novidade que a lei de propriedade industrial dispõe. (BARBOSA, 2006, p. 223)

Assim como os modelos de utilidade devem atender a requisitos próprios de patenteabilidade, as patentes de invenção devem atender aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, requisitos que serão tratados abaixo.

O prazo de validade desse privilégio é de vinte (20) anos, contados da data do depósito e de no mínimo dez (10) anos para o efetivo uso da

patente a partir da concessão. (BRASIL, 1996)

Conforme mencionado acima, para se obter a proteção da patente de invenção é necessário que três requisitos sejam preenchidos: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. A previsão legal de tais requisitos se encontra no artigo 8.º da Lei n.º 9.279/96.

3.1.1 Novidade

O primeiro requisito para se auferir a proteção de uma patente é a novidade, o artigo 11 da Lei supramencionada reza que: “A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica.” (BRASIL, 1996)

Para se fazer uma análise completa do que seria a novidade em patentes de invenção é necessário se fazer uma leitura do § 1.º do artigo supracitado, que estabelece o conceito de estado da técnica como sendo: “constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos artigos 12, 16 e 17” (BRASIL, 1996).

Desta forma o estado da técnica é o que é comum, de conhecimento da população antes do pedido de patente, outrossim, tudo o que não é novo por já existir em determinado tempo e determinada região, não importando o país ao qual se tem notícia da novidade, tendo em vista a universalidade da novidade.

Pode-se dizer que uma invenção atende a este requisito quando é desconhecida dos cientistas ou pesquisadores especializados na área da invenção. Assim, a avaliação da novidade da criação depende do conceito do estado da técnica e de tudo que for encontrado no mundo relacionado com determinada invenção. (COELHO, 2013, p. 218)

Como estado da técnica são considerados todos os conhecimentos acessíveis à população, sejam através de livros, documentos de patentes, conhecimentos não divulgados, audiovisual etc.

Neste sentido, Patrícia Aurélia Del Nero acredita que:

A invenção é considerada nova quando não compreendida pelo “estado da técnica” e passível de aplicação industrial, seja no que diz respeito a sua fabricação ou utilização. O “estado da técnica” é constituído por tudo aquilo que foi tornado acessível ao público, seja por uma descrição verbal ou oral, seja por uso ou qualquer outro meio, inclusive conteúdo de patente no país ou no exterior, antes do depósito do pedido de patente. (DEL NERO, 1998, p. 59)

O sistema de patentes brasileiro só concede patentes se atingido esse elemento, que vale lembrar, é requisito universal, ou seja, para que realmente se afigure a proteção de uma invenção ela deve ser nova em todo o mundo, senão não poderá ser concedida com o desrespeito ao presente requisito.

3.1.2 Atividade inventiva

Conforme se observa pelo artigo 13 da Lei n.º 9.279/96 a invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica. (BRASIL, 1996)

Estado da técnica, como discutido em momento oportuno, é tudo que é conhecido pelas pessoas no momento da criação, neste caso o que pretende ser provado é que a invenção é verdadeiramente engenhosa, e não apenas uma decorrência lógica.

Assim, cabe analisar a definição de técnico no assunto para o aferimento desse segundo requisito.

Entende-se por técnico no assunto pessoas de conhecimento mediano na área de conhecimento da patente, não sendo *expert* no tema em questão, pois se assim o fosse, viciado estaria o sistema de concessão de patentes, pois a invenção decorreria de maneira lógica ao profissional especialista que o avaliaria.

Para Denis Borges Barbosa:

Há um parâmetro usualmente utilizado para esta avaliação, que é do profissional graduado na especialidade, detentor dos conhecimentos acadêmicos comuns, e da experiência médica de um engenheiro ou técnico, operando no setor industrial pertinente.

Decididamente, o parâmetro não é do cientista exponencial, laureando com o prêmio Nobel, mas o engenheiro da especialidade pertinente, com experiência real naquela parcela da tecnologia, ao que, lembrando-se das fases da antropologia física, bem como poderia dominar *Homus habilis*. (BARBOSA; MAIOR; RAMOS, 2010, p. 66)

Segundo o guia de depósito de patentes lançado pelo INPI em 2008:

Uma invenção apresenta atividade inventiva quando não decorre de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica para um técnico no assunto (art.13 da LPI). Assim, uma solução apresentada em uma invenção é inventiva se não for alcançada de maneira óbvia para um técnico no assunto, à época do depósito, com os recursos disponíveis no estado da técnica. Portanto, a invenção dotada de atividade inventiva deve representar algo mais do que o resultado de uma mera combinação de características conhecidas ou da simples aplicação de conhecimentos usuais para um técnico no assunto. (BRASIL, 2008, p. 19)

Necessário salientar que o requisito atividade inventiva decorre imediatamente da novidade, sendo assim dependente da existência do requisito da novidade, desta forma, não havendo novidade, não há que se falar em atividade inventiva. (BARBOSA; MAIOR; RAMOS, 2010, p. 66)

3.1.3 Aplicação industrial

O último requisito exigido para a concessão de uma patente de invenção é a aplicação industrial, prevista no artigo 15 da Lei n.º 9.279/96, por esse requisito exige-se que a invenção tenha capacidade de ser produzida em série e aplicável a qualquer indústria, sendo aplicável ainda as indústrias agrícolas e extrativistas. (BRASIL, 2008, p. 14)

Dentre os três requisitos da patente de invenção, esse é o mais fácil de ser caracterizado, tendo em vista que os requisitos anteriores se referiam ao conteúdo técnico da invenção e este somente a forma com que a invenção é colocada à disposição do público.

Com o preenchimento dos três requisitos aqui mencionados os avaliadores do INPI farão o exame técnico do pedido de patente e darão o despacho de deferimento ou indeferimento da patente solicitada.

3.1 PATENTE DE MODELO DE UTILIDADE

A patente de modelo de utilidade se refere à proteção dos aperfeiçoamentos em objetos físicos, que lhe aumente a utilidade e funcionalidade. Esse tipo de proteção é muito recorrente na indústria mecânica e nas inovações geradas diretamente na linha de produção. (BARBOSA, 2006, p. 223)

O período de proteção conferido por lei ao modelo de utilidade é de quinze (15) anos, prazo este contado a partir da data do depósito, entretanto, em casos de demora na concessão da patente, tendo em vista situações de backlog³ a LPI prevê o prazo mínimo de sete (7) anos (após a concessão) para o efetivo uso da patente, conforme previsão legal do artigo 40, parágrafo único da Lei n. 9.279/96.

O modelo de utilidade tem previsão legal no artigo 9.º da Lei n.º 9.279/96, onde fica estabelecido que:

É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação. (BRASIL, 1996)

Como se verifica através da redação do artigo supramencionado, para se obter a proteção do modelo de utilidade é necessário que sejam preenchidos alguns requisitos específicos, quais são, novidade, ato inventivo e aplicação industrial. Como os requisitos de novidade e aplicação industrial são adotados tanto para o modelo de utilidade quanto para a invenção, e os referidos requisitos já foram abordados anteriormente, destacamos neste momento somente o requisito de ato inventivo.

3 O backlog pode ser entendido como a demora na análise de pedidos a serem apreciados pelos examinadores do INPI. Ao se falar em backlog é necessário considerar o nível de pedidos que, devido à falta de ação dos examinadores, ficaram pendentes por mais tempo do que o tempo pretendido para análise (GARCEZ JÚNIOR; MOREIRA, 2010, p. 172)

3.2 Ato inventivo

A Lei n.º 9.279/96 prevê em seu artigo 14 que “o modelo de utilidade é dotado de ato inventivo sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica.” (BRASIL, 1996)

Segundo o Guia para depósito de patentes do INPI:

Nos modelos de utilidade dotados de ato inventivo se aceita combinações óbvias, ou simples combinações de características do estado da técnica, bem como efeitos técnicos previsíveis, desde que o objeto a ser patenteável apresente nova forma ou disposição que resulte em melhoria funcional no seu uso ou na sua fabricação (BRASIL, 2008).

Desta forma podemos concluir que o requisito ato inventivo é mais relativizado em relação a atividade inventiva, tendo em vista que aqui é necessário demonstrar que as alterações trazidas na criação incorporam nova funcionalidade ou praticidade no seu uso ou fabricação.

3.3 SUFICIÊNCIA DESCRITIVA

A LPI prevê na seção II sobre as condições do pedido, por meio do artigo 24 que o relatório descritivo deve ter suficiência descritiva:

Art. 24 O relatório deverá descrever clara e suficientemente o objeto, de modo a possibilitar sua realização por técnico no assunto e indicar, quando for o caso, a melhor forma de execução.

Parágrafo único. No caso de material biológico essencial à realização prática do objeto do pedido, que não possa ser descrito na forma deste artigo e que não estiver acessível ao público, o relatório será suplementado por depósito do material em instituição autorizada pelo INPI ou indicada em acordo internacional. (BRASIL, 1996)

Os requisitos de patenteabilidade, para invenção e modelo de utilidade, estão claramente declarados, respectivamente, nos artigos 8º e 9º da Lei n. 9.279/96. Porém, a suficiência descritiva aparecendo como condição do pedido inaugura um novo requisito de patenteabilidade.

Sobre o assunto Denis Borges Barbosa sobre o assunto afirma:

Nosso entendimento é que, no nosso sistema, essa revelação suficiente é um requisito não só legal, mas constitucional. Tão crucial é, que difícil é imaginar um sistema no qual uma patente opaca, que não permita a revelação suficiente, não seja nula. Tão crucial, que um sistema jurídico que atribuisse uma patente sem revelação, provavelmente estaria violando a sua Constituição. (BARBOSA, 2011 p. 1)

O Guia de depósitos do INPI reafirma que a suficiência descritiva é uma das condições essenciais para a concessão de um pedido de patente de invenção ou modelo de utilidade.

Nas diretrizes de exame de pedido de patente publicado pelo INPI, o Instituto salienta:

3.95 Deve-se notar que, apesar de uma objeção de falta de fundamentação ser uma objeção nos termos do artigo 25 da LPI, a mesma pode muitas vezes, como nos exemplos do item 3.92, também ser considerada como uma objeção de insuficiência descritiva da invenção nos termos do artigo 24 da LPI (vide 2.13). Neste contexto, a objeção reside no fato de que o pedido, tal como revelado, é insuficiente para permitir a um técnico no assunto realizar a “invenção” ao longo de todo o campo reivindicado, embora suficiente em relação a uma “invenção” mais restrita. Ambas as condições são exigidas para fazer valer o princípio de que a redação de uma reivindicação deve ser fundamentada no relatório descritivo do pedido. 3.96 Note-se que a suficiência descritiva da invenção deve ser verificada somente no relatório descritivo, enquanto o artigo 25 refere-se à fundamentação do quadro reivindicatório no relatório descritivo. (BRASIL, 2012)

Desta forma, a ausência de suficiência descritiva no relatório inviabilizará a concessão da proteção intelectual.

CONCLUSÃO

O presente trabalho trouxe como tema principal o sistema de proteção da propriedade industrial brasileiro sob o enfoque de uma revisão analítica.

As primeiras legislações sobre a proteção intelectual abordavam de forma simplificada a concessão de privilégios aos inventores, e por vezes, conforme relatado no decorrer da pesquisa, havia uma confusão entre concessão de privilégio por invento e descoberta, como no caso de Veneza em 1409, quando a República garantiu a um homem o poder exclusivo de explorar uma mina.

Com o passar dos anos as legislações foram ficando mais sólidas, surgindo inclusive a previsão constitucional sobre o tema. A Constituição de 1988 foi claramente a carta magna que deu maior destaque à questão, declarando em seu artigo 5º inciso XXIX a propriedade intelectual como um bem fundamental do homem.

Outro grande impacto para o desenho de nosso atual sistema de proteção foi a incorporação pelo Brasil, de tratados internacionais sobre o tema.

Deve-se destacar a magnitude das alterações no Sistema de Propriedade Industrial brasileira nos últimos anos. Os documentos internacionais foram em grande parte responsáveis pela modernização de nosso sistema de proteção. Se hoje temos uma extensa legislação que aborda a temática, há que lembrar que para se chegar às obras da atualidade muito aconteceu e foi escrito na história da propriedade intelectual.

Apesar de relativamente novo o instituto da propriedade industrial no Brasil, a evolução e benefícios da regulamentação são inegáveis. É incontestável que para o desenvolvimento de um país se faz necessário o investimento em pesquisas e tecnologias e mais do que isso, é necessário que haja a proteção dos inventos, pois somente assim os inventores disponibilizarão suas invenções para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2010. p. 13. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. Do requisito de suficiência descritiva das patentes. Documento postado no site **Denis Barbosa**. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/requisito_suficiencia_patentes.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____.; MAIOR, Rodrigo Souto; RAMOS, Carolina Tinoco. **O contributo mínimo na propriedade intelectual**: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

BRANCO, Gilberto. **Propriedade intelectual**. Curitiba: Aymar, 2011.

BRASIL. **Alvará de 28 de Abril de 1809**. Isenta de direitos as matérias primas do uso das fabricas e concede outros favores aos fabricantes e da navegação Nacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/alvara/anterioresa1824/alvara-40051-28-abril-1809-571629-publicacaooriginal-94774-pe.html>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1891**. <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

_____. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI - 2008. **Guia de**

depósito de patentes. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/guia_de_deposito_de_patentes.pdf/view>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI - 2012. **Diretrizes de exame de pedido de patente.** Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/consultas-publicas/arquivos/diretriz_de_exame_de_patente_retificado_original_1.pdf> Acesso em: 30 ago. 2018.

_____. **Decreto n. 1.335, de 30 de Dezembro de 1994.** Promulga a ata final que incorpora os resultados da rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1994/decreto-1355-30-dezembro-1994-449684-norma-pe.html>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. **Decreto n. 16.264, de 19 de Dezembro de 1923.** Crêa a Directoria Geral da Propriedade Industrial. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16264-19-dezembro-1923-505763-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 29 set. 2018.

_____. **Decreto n. 75.572, de 8 de Abril de 1975.** Promulga a convenção de Paris para a proteção da propriedade industrial revisão de Estocolmo, 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75572-8-abril-1975-424105-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. **Decreto n. 81.742, de 31 de maio de 1978.** Promulga o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-81742-31-maio-1978-430903-publicacaooriginal-21487-pe.html>> Acesso em: 29 set. 2019.

_____. **Lei n. 5.648, de 11 de Dezembro de 1970.** Cria o Instituto Nacional de Propriedade Industrial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5648.htm>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. **Lei n. 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/19279.htm>. Acesso em: 02 nov. 2017.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** direito de empresa. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade intelectual:** a tutela jurídica da biotecnologia. São Paulo: RT, 1998.

FALCONE, Bruno. Questões Controversas sobre Patentes Farmacêuticas no Brasil. In.: CARVALHO, Patrícia Luciane de. (Coord.). **Propriedade intelectual:** estudos em homenagem a professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2005., p. 216-222.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Propriedade intelectual.** Revista dos tribunais. Ano 100. Vol. 907, Maio de 2011. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

GARCEZ JÚNIOR, Sílvio Sobral; MOREIRA, Jane de Jesus da Silveira. O backlog de patentes no Brasil: o direito à razoável duração do procedimento administrativo. In.: **Revista Direito GV.** v. 3, n. 1, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n1/1808-2432-rdgv-13-01-0171.pdf>> Acesso em: 30 set. 2018.

LUZ, Mauro Catharino Vieira da. Sistema de direitos da propriedade industrial brasileiro: impactos da Lei de inovação. In.: VAZ É DIAS, José Carlos; MÜLLER, Juliana Martins de Sá; PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa. **Propriedade intelectual e os dez anos da lei de inovação.** Rio de Janeiro: FAPERJ, 2015.

PAES, Paulo Roberto. Tavares. **Nova lei de propriedade industrial:** lei 9.279, de 14.05.1996: anotações. São Paulo: RT, 1996.

PAESANI, Liliana Minardi. **Manual de propriedade intelectual:** direito de autor, direito da propriedade industrial, direitos intelectuais *sui generis*. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. **A proteção patentária interna e internacional:** implicações do acordo TRIPS/OMC na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado.** 3. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Método, 2013.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo III Direito de Autor e Direito Concorrencial

TÍTULO: O NOVO MARCO DA BIODIVERSIDADE (LEI 13.123/15), CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E ACORDO TRIPS: A PROPRIEDADE INTELECTUAL SOB A PERSPECTIVA DO COMUM

**Julio Arthur Telles
Thiago Luiz R. de Araujo**

O NOVO MARCO DA BIODIVERSIDADE (LEI 13.123/15), CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E ACORDO TRIPS: A PROPRIEDADE INTELECTUAL SOB A PERSPECTIVA DO COMUM

Julio Arthur Telles¹
Thiago Luiz Rigon de Araujo²

RESUMO

A presente investigação científica tem como condão principal propor o debate sobre a questão da biodiversidade frente à nova sistemática da proteção intelectual e estudar a questão envolvente dos países da América Latina, verdadeiros detentores de uma grande diversidade biológica, e que sob o espectro de questões culturais e históricas, somadas as dificuldades e condições econômicas, não possuem os meios necessários para o desenvolvimento de pesquisas e exploração adequada dos recursos naturais abundantes em seus territórios. Destaca-se também a questão da análise da Convenção sobre a Diversidade Biológica, e, o seu aparente contraste e conflito com o Acordo TRIPS frente as demais legislações em âmbito interno que regulam o sistema de patentes e a proteção da biodiversidade.

Palavras-Chave: Propriedade Intelectual; Lei 13.123/2015; Conhecimentos Tradicionais; Bens comuns.

1 Acadêmico do curso de Direito (URI - Frederico Westphalen/RS), membro Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito e Cidadania na Sociedade. E-mail: juliogre7@hotmail.com .

2 Doutorando em Direito pela UCS- Universidade de Caxias do Sul. Mestre em Direito pela URI-Santo Ângelo e Docente na URI-Frederico Westphalen. Membro Pesquisador e Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea. E-mail: rigon@uri.edu.br .

INTRODUÇÃO

Atualmente é impossível negar que a sociedade pós-moderna se debruça em uma crise ambiental que pode ter consequências colossais para a população global, bem como pode se afirmar que seus efeitos imediatos são perceptíveis no cotidiano brasileiro e mundial. A degradação do meio ambiente, seja pelo impacto ambiental do desenvolvimento econômico, ou seja, pelo impacto da raça humana e a necessidade dessa pelo uso dos recursos ambientais, implicam na crença de uma perspectiva pessimista sobre a existência da humanidade no planeta.

Essa crise, a qual também tem um caráter socioeconômico, é percebido em todo continente latino-americano com diretas repercussões no meio ambiente, em especial nos países da América do Sul, países considerados megadiversos e extremadamente abundantes de recursos naturais. Como a crescente tendência dos modelos expansivos de agricultura ajudou na formação de novas fronteiras agrícolas, de forma direta e inconsequente, pois a economia do meio rural tenta isolar as práticas mais tradicionais da agricultura, como a agricultura familiar, e, a agricultura praticada pelas populações tradicionais.

Contudo, nota-se tal exploração econômica como a agricultura familiar e as formas de exploração das populações tradicionais possuem o intento da preservação do meio ambiente local, o qual integra-se com o meio ambiente cultural destas mesmas populações. Desta forma, a busca pela preservação dos elementos essenciais do meio ambiente não estão na mesma diapasão das formas de exploração econômica do meio rural, tais como as grandes monoculturas e o agronegócio.

Com isso, a diversidade biológica, ou a biodiversidade, dos países periféricos do hemisfério sul começa a ser alvo de cobiça incessante dos países ricos do norte, pois os recursos naturais destes países são extremamente abundantes em variedades de espécies, as quais, podem necessariamente ser uma fonte de riquezas para a produção de tecnologias como as biotecnologias e demais ramos tecnológicos. Dessa forma, mesmo havendo tratados internacionais que determinam a proteção destes recursos naturais, em especial o conhecimento gerado por estes,

o descumprimento destas normas e das demais legislações de proteção ambiental, especialmente no Brasil, gera além de conflitos entre nações e populações guardiãs destas riquezas, questionamentos necessários para uma aferição da realidade atual.

Entretanto, menciona-se também que com a internalização de convenções internacionais sobre a proteção do meio ambiente, e, conseqüentemente com a regularização destes documentos por meio de Medidas Provisórias, e, finalmente pelo Marco da Biodiversidade, a Lei nº 13.123 de 2015. Tal legislação pode ser de certa forma considerada uma inovação em termos de acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, mas, no entanto, deve-se questionar a real dimensão da sua aplicação.

Assim sendo, é perceptível que a preocupação com o meio ambiente por parte da sociedade civil de um modo geral implica exigir uma atuação mais constante do Estado na guarida dos direitos que resguardam o meio ambiente, ou seja, faz com que a atuação dos poderes estatais (legislativo e judiciário), pautem a proteção ambiental com um viés prospectivo. É dizer, com um caráter que almeje a proteção do meio ambiente pensando nas próximas gerações, seja por meio de novos diplomas legais, ou seja por meio da aplicação dessas normas protetivas do meio ambiente em casos concretos, na atuação do judiciário.

1. O Conhecimento dos Povos Tradicionais

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,³ visavam

3 Convenção da União de Berna.

salvaguardar aos criadores e produtores de bens intelectuais e serviços os direitos relativos à comercialização e demais recompensas por um determinado lapso de tempo. Fossem 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 no novo Marco da Biodiversidade, a Lei 13.123/2015, 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. 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, p.27, 2002) 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.

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 7

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, 2005)

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, op.cit). 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.

Desta forma, também se pode evidenciar que a apropriação do conhecimento de criação abrangidos pelo sistema de proteção à propriedade intelectual, torna-se mais acessível aos países desenvolvidos e suas grandes aglomerações comerciais frente aos países subdesenvolvidos

e com limitação de investimentos para a pesquisa científica. Haja vista as facilidades encontradas nas legislações nacionais, que em caso de descumprimento legal pela exploração do conhecimento tradicional associado, sem autorização de órgão competente, preveem a aplicação de multas de acordo com os arts. 20, 21, 22, 23 e 24 do Decreto 5.549/05 (BRASIL, 2005). É notório que os valores previstos na lei são ínfimos quando se trata de infratores como as grandes empresas multinacionais, que têm por finalidade empresarial a exploração desses conhecimentos para a produção de seus produtos, em especial, quando se trata da indústria farmacêutica e similares.

Segundo Letícia Borges da Silva (SILVA in BARRAL, 2006), 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, 2006)

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, p.16, op.cit)

2 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, como já frisado em tópico anterior, 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, p.60, 2012)

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)

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)

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, op. cit)

Esse padrão mínimo ou direitos mínimos (BARBOSA, op. cit) 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.

3. BENS COMUNS SOBRE A PERSPECTIVA DO COMUM EM DARDOT E LAVAL

Conceituam-se bens comuns como os recursos e serviços públicos que servem a coletividade, ou seja, pode-se dizer que os bens comuns são os bens à disposição aos membros da sociedade para o uso público. Ao se analisar a palavra comum, percebe-se que em seu significado há a destinação a um número elevado de pessoas, sendo que as mesmas possuem direitos e obrigações em comum, ao que se refere em obrigações e questões fundamentais ao direito de democracia e exercer a participação na construção da sociedade. Essa atividade de comunhão se refere de forma exclusiva a bens. Atividade que envolve o comum, se refere à comunhão de esforços de um grupo para com o outro, embora esse seja um problema no aspecto social, onde os indivíduos tendem a se preocupar no seus próprios interesses.

Nessa questão, fica evidente que o conceito de bens comuns não se vincula ao direito privado, isto, ao interesse particular do indivíduo. O que é comum sempre busca algo maior, sempre havendo a supremacia entre a coletividade em relação ao particular. Os bens comuns, como o próprio termo se refere, busca atender uma demanda grande de pessoas. (DARDOT; LAVAL, 2017, p. 245).

Os bens comuns pressupõem ao indivíduo o desejo de compartilhar, partilhar e vivenciar, se comunicar e interagir com os demais membros da sociedade. Pode consistir em um direito que não tenha em sua formação apenas um indivíduo, mas sim um grupo que ajuda na construção e formação do ambiente em que ambos vivem.

O termo “comum” abrange um grande número de pessoas, e também se refere ao envolvimento e reciprocidade que as pessoas possuem umas com as outras, ou seja, determinado bem ou até mesmo um serviço prestado, podem e devem ser do direito de uso de todos os membros da sociedade, pois a esses se remete um valor de extrema importância que contribui para o desenvolvimento pessoal, bem como dos demais indivíduos. Não se refere somente a questões de necessidade, mas também que possam servir para a construção social do meio em que se encontra.

Para isso, deve haver a interação social, aspecto que une todos de uma dada sociedade, conjuntamente com a cooperação entre todos esses. Esse pensamento se faz necessário para ser compreensível o entendimento de um aspecto importante, na medida em que se procura o entendimento desse termo, pois

O mesmo se refere no pensamento de preocupação dos indivíduos uns com os outros, ou o que deveria haver.

Então dessa forma, a propriedade em comum é derivada de uma atividade de comunhão que se refere a bens. Aristóteles elenca duas dificuldades da efetividade do bem comum. A primeira diz respeito a convivência entre todos, ou seja, o respeito que todos os integrantes devem ter uns com os outros. O segundo aspecto que é demonstrado, se refere à comunhão dos bens que são dispostos a todos. Um ponto está interligado com o outro, e é justamente a preocupação de um indivíduo com o outro que se mostra como ponto de dificuldade. O fato é que há a preponderância do pensamento individualista, em que a preocupação de cada um consigo mesmo se reflete de maneira prioritária. (ARISTÓTELES apud DARDOT; LAVAL, 2017, p. 246-247).

4. ASPECTOS DA PROPRIEDADE COMUM

Como já foi abordado, a propriedade em comum consiste na atividade de pôr em comunhão os bens que são dispostos ao meio social. Assim, os bens dispostos, conjuntamente com as propriedades, devem ser utilizados entre todos. O aspecto fundamental é pelo fato de os bens serem comuns, desta forma, servem tanto a um como o outro, eis que encontramos o a outra característica, sendo a partilha desses bens primordial para o desenvolvimento e progresso da sociedade. (DARDOT; LAVAL, 2017, p. 246).

No que envolve o relacionamento de pessoas conjuntamente com o uso compartilhado dos meios e bens que são dispostos, pode-se observar dificuldades nessa comunhão. Esse se mostra em um aspecto importante para entendermos o comum, pois a falta de interesse, ou a preocupação

em proporcionar o ambiente social mais harmonioso entre todos, é derivado do pensamento individualista que faz o agir em se sobressair ao invés de haver a cooperação e auxílio mútuo de todos. Assim, a falta de preocupação dos indivíduos uns com os outros, faltando o interesse na exploração do bem para a produção, e divisão dos resultados, é sobreposto pelo direito pessoal que se encontra de forma prioritária.

5. FORMAS DE PROPRIEDADE

Ao analisar a propriedade como bem comum em sua forma original, pode-se debater os aspectos da forma romana e da forma germânica. No que traz a respeito da forma romana, podemos compreender a distinção entre o domínio público (*ager publicus*) e a propriedade familiar privada. No aspecto fundamental da forma romana, compreende-se como o *ager publicus*, que consiste na propriedade pública, de domínio público. No entanto, na forma germânica, temos uma relação contrária da forma Romana. Na forma Germânica o *ager publicus* é um complemento do domínio público. Nos moldes germânicos a propriedade individual tem prioridade em relação à propriedade comum. Nessa forma, a propriedade individual consiste na residência familiar, onde nesse meio, o instituto família tem seu local de produção, meio pelo qual desenvolve sua sobrevivência. O fato é que a propriedade privada, de acordo com suas finalidades, possui uma distância em relação com as demais. Aqui o *ager publicus* não é visto como pressuposto para a apropriação privada da terra, mas é visto o reverso, onde a propriedade individual da família é considerada como os bens de uso comum.

Um aspecto importante ao analisar o *ager privatus*, é que esse formato de propriedade afasta os membros de uma mesma sociedade. No momento em que há uma divisão de bens públicos e particulares, há também uma divisão e afastamento entre as pessoas pela desigualdade de condições que se apresentam. Esse efeito é automático, tendo em vista que os membros de um mesmo meio social, apresentam condições

diversas umas das outras. Esse afastamento se resulta também em virtude das diferentes formas de condução da vida dos integrantes de determinada comunidade, pois o que se observa é que os indivíduos que mais recursos detém, não necessitam dos recursos que o bem comum disponibiliza, e desta forma, concentram seus esforços na construção de suas riquezas. Ao contrário se encontra os indivíduos de menos condições, esses participam de forma mais ativa e utilizam os recursos que são dispostos. (DARDOT; LAVAL, 2017, p. 254).

Deste modo, a propriedade privada, torna os seus proprietários privados, em sentido ao seu próprio termo, ou seja, as pessoas que apresentam as melhores condições, são os que possuem o *ager privatus*, e desta forma ficam distantes da porção de bens públicos, conseqüentemente distantes dos demais membros da sociedade, as pessoas mais humildes.

CONCLUSÃO

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, a da possibilidade da transformação dos recursos provenientes da biodiversidade em *commodities* que possuem previsão de proteção nos direitos da propriedade intelectual. Esse fator se consubstancia através da prática da 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.

O avanço da biotecnologia por meio de novas descobertas oriundas da biodiversidade presente nos países do Sul, é possível imaginar a abertura de novas possibilidades de crescimento socioeconômico para as nações que vivem à margem do processo mais intenso de desenvolvimento, de forma que a propriedade desses recursos naturais sejam uma *res nullius*, ou seja, a apropriação desses conhecimentos tradicionais torna esses recursos um bem sem um titular específico. A perspectiva dos comuns, realça a importância de que a gerência desses recursos naturais, e os direitos supervenientes destes, tais como os direitos da propriedade intelectual, não pertencem ao Estado ou algum indivíduo, mas sim a toda a coletividade.

Mas a existência desses recursos aqui referidos, não são somente a solução dos problemas para esses países, mas também são o verdadeiro problema. A biodiversidade, e com a percepção ideológica dos países desenvolvidos industrialmente de que seus recursos eram findáveis e que esses países abaixo dos trópicos que possuem em abundância, isso somado às questões sobre o meio ambiente e o impacto ocasionado neste pelas práticas depredatórias comerciais, tomou frente nos debates entre as nações sobre o tema, ressaltando a importância deste para a preservação da biodiversidade e a importância para as gerações futuras. Portanto, o interesse na preservação da biodiversidade só era respaldado pelo potencial econômico que esses recursos poderiam ocasionar para as grandes empresas do Norte.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Margarita Flórez. Proteção do conhecimento tradicional? *In: Boaventura de Sousa Santos (org.). Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

ANTUNES, Paulo Bessa. *Diversidade Biológica e conhecimento tradicional associado.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.118-119 *apud* NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. Op. Cit. p. 27.

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; ARAUJO, Thiago Luiz Rigon de. Agricultura, meio ambiente e direito: normas de proteção ou de apropriação do conhecimento? *In: Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito-Mestrado-URI.* Santo Ângelo, vol. 8, n.14, Santo Ângelo: EDIURI, 2013, p. 123.

BARABAS, Alicia M. El pensamiento sobre el territorio em 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. p. 11.

BARBOSA, Denis Borges. Biodiversidade, Patrimônio Genético e Propriedade Intelectual. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/79.doc> Acesso em: 23 out. 2014

BARRAL, Welber & PIMENTAL, Luiz Otavio (orgs.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BRASIL. **Marco da Biodiversidade, Lei** nº 13.123 de 20 de maio de 2015, Distrito Federal: Senado Federal, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm.

BRASIL, Decreto n. 5.459/2005. *In: Legislação de direito ambiental.* São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

DARDOT, Pierre; LAVAL, CHRISTIAN. **Comum: Ensaio sobre a**

revolução no século XXI. Boitempo Editorial. 2017.

LIMA, Marcos Costa. A crise ambiental contemporânea. **Carta Capital.** São Paulo, setembro, 2015. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-grri/a-crise-ambiental-contemporanea-5192.html>>. Acesso em: 28/08/2017.

NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. Biopirataria na Amazônia: Uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. Curitiba: Editora Juruá, 2010. p. 27;

VIEIRA, Vinícius Garcia. *Direito da Biodiversidade e América Latina: a questão da propriedade intelectual.* Ijuí: Editora Unijuí, 2012.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo III Direito de Autor e Direito Concorrencial

TÍTULO: A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL À LUZ DA ECONOMIA E DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

**Maurício Brum Esteves
Lucas Rubbo Tesser**



A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL À LUZ DA ECONOMIA E DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Maurício Brum Esteves¹
Lucas Rubbo Tesser²

RESUMO

Trata-se de um estudo que imerge em uma das problemáticas mais sensíveis da Propriedade Intelectual: qual sua função, natureza e eficácia na (e para a) Sociedade? Com base em uma revisão bibliográfica e documental de cunho interdisciplinar, o objetivo central da pesquisa é voltado a elucidar a afeição econômica da Propriedade Intelectual, sua natureza de instrumento de concorrência e função regulatória imanente que exerce para o desiderato promocional da inovação, crescimento econômico e bem estar social (*welfare*). Ao final, verifica-se que a relevância (econômica) da Propriedade Intelectual, na condição de instrumento de concorrência, em um contexto de economia de mercado, está intimamente conectada a sua função regulatória, já que, apenas com o advento da regulação estatal torna-se possível tangibilizar bens (comuns) imateriais, mediante a concessão de uma exclusividade temporária (monopólio), dotando-os dos atributos da apropriabilidade e da transferibilidade, a fim de sanar a falha de mercado (*Market Failure*) que faz com que esta categoria de bens (imateriais) tenha alto custo para desenvolvimento, mas custo marginal reduzidos/nulos para sua reprodução, dificultando a alocação de investimentos. Esta função regulatória revela, ainda, uma interdependência com políticas estatais que promovam liberdade concorrencial e instituições públicas sólidas, capazes de gerir este instrumento concorrencial (Propriedade Intelectual) de forma adequada, visando ao fim promocional democrático a que se destina, sob pena de prevalecerem os efeitos nefastos da criação de monopólios, notadamente a cartelização e a criação de barreiras de entrada.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Função Regulatória. Concorrência.

- 1 É Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul – FADERGS. Integrante do Grupo Interdisciplinar de Pesquisa em Propriedade Intelectual - GIPPI/UFRGS. 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 Doutorando, Mestre e Bacharel em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Pesquisa na área de crescimento e desenvolvimento econômico, econometria aplicada e métodos computacionais aplicados à economia. Economista da Companhia Rio-grandense de Saneamento.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe-se a analisar a relação existente entre os Direitos da Propriedade Intelectual, as Ciências Econômicas e o Direito da Concorrência, a fim de imergir em uma das problemáticas mais sensíveis que envolvem aquela matéria, e se encontram no epicentro das discussões atuais entorno da sua função, natureza e eficácia na (e para a) Sociedade.

A partir de uma revisão bibliográfica e documental de cunho interdisciplinar, abrangendo, principalmente, Direito, Economia, Filosofia e Sociologia, pretende-se elucidar a afeição econômica da Propriedade Intelectual, sua natureza de instrumento de concorrência e a função regulatória imanente que exerce para o desiderato de ser genuíno fator de incentivo à inovação, crescimento econômico e bem estar social (teleologia promocional).

Em outros termos, o objetivo central desta pesquisa é apontar a existência de uma íntima relação entre a Propriedade Intelectual e as Ciências Econômicas, desvelando, a partir desta relação, a natureza de instrumento de concorrência da Propriedade Intelectual e a função regulatória que despenha, no seio de economias de mercado, para o cumprimento de sua teleologia promocional.

Visando a atingir o objetivo a que se destina, o presente artigo desenvolve-se em três partes. Na primeira delas, pretende-se desenvolver uma fundamentação econômica da Propriedade Intelectual, a fim de pontar que, nesta perspectiva (econômica), a Propriedade Intelectual é concebida como um remédio jurídico (instrumento/monopólio) utilizado para resolver uma falha de mercado (*Market Failure*) que faz com que bens imateriais (bens públicos,³ na acepção econômica do termo) tenham alto

3 “Paul Samuelson defined it precisely more than fifty years ago. A public good is a good whose consumption is nonrivalrous. By contrast, private goods can only be consumed by one person. (...) Knowledge, however, is different. I have just shared with you some of the things I know, but sharing this knowledge with you has not taken away from what I know. Thus, knowledge has the quality of nonrivalrous consumption. Another way of putting it is that there is no marginal cost associated with the use of knowledge”. STIGLITZ, Joseph E. Economic foundations of intellectual property rights. [S.I]: Duke Law Journal. 2008. p.1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.

custo de desenvolvimento, mas custo marginal reduzidos/nulos para sua reprodução, dificultando, assim, a alocação de recursos para investimento em criação/inação que assegurem o retorno do investimento inicial.

A partir desta fundamentação (econômica), a segunda parte está voltada a apontar que, muito embora a Propriedade Intelectual possua natureza monopolística, ela não pode ser compreendida como antítese de concorrência. Pelo contrário, esta natureza monopolística desvela que, uma vez inserida no processo concorrencial, a Propriedade Intelectual possui uma função regulatória imanente, restringindo concorrência como meio para adimplemento de sua teleologia promocional.

Por fim, a terceira parte do artigo está voltada à compreensão, mais a miúdo, dessa função regulatória imanente da Propriedade Intelectual, na sua afeição de instrumento de concorrência, perlustrando critérios para equalização dos possíveis efeitos deletérios envolvidos na criação do instrumento (Propriedade Intelectual), com os possíveis benefícios concorrenciais que podem advir ao mercado, tanto em nível Microeconômico, quanto Macroeconômico.

2 UMA FUNDAMENTAÇÃO ECONÔMICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A idéia básica que se reveste a problemática econômica da apropriação de bens imateriais possui origem na seguinte questão fundamental: o conhecimento, insumo básico da inováção, é um bem público,⁴ ou seja, seu consumo é não competitivo (*nonrivalness*). Uma cadeira, por exemplo, é um bem privado e material, uma pessoa pode possuí-la e apenas uma pessoa pode nela sentar-se, por vez. O mesmo vale para alimentos: apenas uma pessoa pode comer um hambúrguer, *e.g.* O conhecimento, no entanto, é diferente, conforme denuncia o economista Joseph, E. Stiglitz:

Acabo de compartilhar com vocês algumas das coisas que eu sei,

4 STIGLITZ, Joseph E. Economic foundations of intellectual property rights. [S.I.]: Duke Law Journal. 2008. p.1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.

mas compartilhar esse conhecimento com vocês não retirou de mim o que eu sei. Por isso, é que o conhecimento tem a qualidade de um bem de consumo não competitivo (nonrivalrous consumption).⁵

De acordo com Stiglitz,⁶ outra maneira de colocar a mesma questão é que não haveria custo marginal associado com a utilização do conhecimento. Em outras palavras, o conhecimento é um bem abundante e sem escassez natural. De forma mais poética e ilustrativa, Stiglitz cita a metáfora de Thomas Jefferson, que teria dito que o conhecimento é como uma vela: quando uma vela acende outra, a segunda não diminui a luz da primeira.

Importante lembrar, conforme adverte Eduardo Loureiro, que a propriedade, sob a ótica econômica, é uma resposta à escassez. Ou seja, quando são muitos os recursos, não há necessidade de se apropriar deles, pois eles estão disponíveis em comum e para todos, gratuitamente em abundância. Apenas quando se tornam escassos é que nascem os conflitos e a necessidade de apropriação individual dos bens.⁷

Estando o conhecimento, destarte, na base da inovação, e sendo um bem público, não escasso e não exclusivo (*nonrivalrous*), poder-se-ia crer mais eficiente distribuí-lo, livremente, a toda a gente, do que restringir o seu uso. Entretanto, alerta Stiglitz ⁸, a distribuição gratuita do conhecimento pode causar problemas para a criação de incentivos para a produção de inovação.

Naturalmente, se um agente do mercado investe no desenvolvimento de certa tecnologia, filme, livro, etc., ele espera que este investimento possa

5 “Knowledge, however, is different. I have just shared with you some of the things I know, but sharing this knowledge with you has not taken away from what I know. Thus, knowledge has the quality of nonrivalrous consumption”. STIGLITZ, Joseph E. Economic foundations of intellectual property rights. [S.I]: **Duke Law Journal**. 2008. p.1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.

6 STIGLITZ, Joseph E. Economic foundations of intellectual property rights. [S.I]: **Duke Law Journal**. 2008. p.1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.

7 LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 10

8 “It is more eficiente to distribute knowledge freely to everybody than to restrict its use by charging for it. Free distribution, however, could cause problems for creating incentives for the production of innovation, and that is the dynamics issue”. STIGLITZ, Joseph E. Economic foundations of intellectual property rights. [S.I]: **Duke Law Journal**. 2008. p.1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.

retornar, trazendo-lhe algum benefício pessoal ou monetário. Entretanto, por suas características específicas (“não rivalidade” e “não exclusividade”), estes bens demandam um alto custo de desenvolvimento, por um lado, mas, de outro, são de fácil reprodução por terceiros. Oportuno transcrever a ilustração de Robert Cooter, a este respeito:

Para ilustrar, a música popular é cara de produzir e as gravações são baratas de copiar. No momento em que o produtor vende informações ao comprador, esse comprador se torna um concorrente potencial com o produtor original. Por exemplo, quando alguém compra uma gravação de disco compacto em uma loja de música, o comprador pode copiar o disco imediatamente e revendê-lo a outras pessoas. Além disso, o revendedor tem apenas o custo de transmissão, não o custo de produção. Assim, os revendedores que pagam pela transmissão subcotam os produtores que pagam pela produção. Os consumidores tentam “viajar livremente” pagando apenas o custo da transmissão.⁹

A fácil reprodução por terceiros é o que Robert Cooter chama de “problema da *nonappropriability*”¹⁰ e Denis Borges Barbosa de “tendência inexoravelmente à dispersão”¹¹ do conteúdo informacional dos bens

9 Texto original da citação: “To illustrate, popular music is costly to make and recordings are cheap to copy. The instant the producer sells information to the buyer, that buyer becomes a potential competitor with the original producer. For example, when someone buys a compact disk recording at a music store, the buyer can copy the disk immediately and resell it to others. Furthermore, the reseller bears only the cost of transmission, not the cost of production. Thus, resellers who pay for transmission undercut producers who pay for production. Consumers try to ‘free ride’ by paying no more than the cost of transmission.” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6 ed. [S.I.] Berkeley Law Books, 2016. p. 115. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em 13 maio 2017.

10 A propósito: “The fact that producers have difficulty selling information for more than a fraction of its value is called the problem of nonappropriability.” Tradução livre: “O fato de os produtores terem dificuldade em vender informações por mais de uma fração de seu valor é chamado de problema de não-apropriação”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6 ed. [S.I.] Berkeley Law Books, 2016. p. 114. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em 13 maio 2017.

11 BARBOSA, Denis Borges. Uma economia do direito autoral. [S.I., 2017?]. p. 30. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf>. Acesso em 26 jun. 2016.

imateriais. Trata-se de um vício incorrigível dos bens imateriais em escorregar para a categoria de bens públicos, onde todo mundo os copia e os usa. E, como consequência dessas características, o livre jogo de mercado passa a ser “insuficiente para garantir que se crie e mantenha o fluxo de investimento em uma tecnologia ou um filme”¹². Nas palavras de Robert Cooter:

Devido a esses problemas, os mercados privados geralmente não fornecem bens públicos. Da mesma forma, economistas que desenvolveram a economia original da informação concluíram que um mercado privado proporcionaria menos do que a quantidade eficiente de informações. Essas considerações teóricas sugerem que um mercado não regulamentado não proporcionará obras criativas que incorporem ideias, como ciência, invenções, livros e pinturas. O problema tem quatro remédios diferentes que descreveremos.¹³

Destarte, visando a dirimir o “problema da *nonappropriability*” e da “tendência inexoravelmente à dispersão”, é que, em sua concepção original, a Propriedade Intelectual cria uma *escassez artificial* e uma *rivalidade de consumo* para os bens imateriais – que são “bens livres” e “públicos”, em seu estado natural -, justamente para permitir sua apropriação, como se estivessem sujeitos à lei da escassez, e, desta forma, servir de incentivo à inovação.

Em termos microeconômicos¹⁴, pode-se dizer que a Propriedade Intelectual nasce para resolver uma falha de mercado (*Market Failure*), que não consegue assegurar a alocação de recursos para o investimento criativo,

12 BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.I., 2017?]. p. 30. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf>. Acesso em 26 jun. 2016.

13 Texto original da citação: “Because of these problems, private markets often undersupply public goods. Similarly, economists who developed the original economics of information concluded that a private market would provide less than the efficient amount of information. These theoretical considerations suggest that an unregulated market will undersupply creative works that embody ideas, such as science, inventions, books, and paintings.” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6 ed. [S.I] Berkeley Law Books, 2016. p. 115. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em 13 maio 2017.

14 Microeconomia é o ramo da economia que estuda o comportamento dos indivíduos (pessoas e firmas) perante a escassez de recursos. Mais precisamente, a microeconomia trata sobre o processo de tomada de decisões dos indivíduos quanto a alocação de recursos finitos, i.e, em um ambiente de mercado. Para tanto, a teoria microeconômica busca modelar a atividade econômica como uma interação de agentes econômicos individuais que baseiam seu comportamento em seus interesses privados. A propósito, ver: Andreu Mas-Colell. **Microeconomic Theory**, Oxford University Press 1995.

conforme expõe Denis Borges Barbosa, *in verbis*:

Quando os benefícios privados não igualam os benefícios sociais, ou os custos privados não igualam custos sociais, existe uma falha do mercado. O resultado eficiente não é alcançado. Uma falha do mercado é quando os valores sociais e privados diferem, de modo que o mercado seja incapaz de fornecer uma solução eficiente.

(...)

Por que falha? Porque o mercado, com toda a prestidigitação de sua mão invisível, não consegue assegurar a alocação de recursos para o investimento criativo, nem lhe assegurar o retorno. Assim, torna-se indispensável intervir no mercado.¹⁵

Portanto, pode-se afirmar que, em uma perspectiva econômica, a Propriedade Intelectual é concebida como um remédio jurídico (instrumento) utilizado para resolver uma falha de mercado (*Market Failure*) que faz com que bens imateriais (bens públicos,¹⁶ na acepção econômica do termo) tenham alto custo de desenvolvimento, mas custo marginal reduzidos/nulos para sua reprodução, dificultando, assim, a alocação de recursos para investimento em criação/inação que assegurem o retorno do investimento inicial.

Paradoxalmente, é através de um mecanismo jurídico que cria uma segunda falha de mercado, que se sana a primeira falha: o Estado intervém no mercado, criando uma exclusividade, ou seja, o direito torna indisponível, reservado, fechado, o que naturalmente tenderia à dispersão. Em outras palavras, para corrigir uma falha do mercado, receita-se o remédio mais oposto à liberdade de mercado – o monopólio¹⁷.

15 BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.I., 2017?]. p. 30. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf>. Acesso em 26 jun. 2016.

16 “Paul Samuelson defined it precisely more than fifty years ago. A public good is a good whose consumption is nonrivalrous. By contrast, private goods can only be consumed by one person. (...) Knowledge, however, is different. I have just shared with you some of the things I know, but sharing this knowledge with you has not taken away from what I know. Thus, knowledge has the quality of nonrivalrous consumption. Another way of putting it is that there is no marginal cost associated with the use of knowledge”. STIGLITZ, Joseph E. *Economic foundations of intellectual property rights*. [S.I]: **Duke Law Journal**. 2008. p.1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.

17 “Ao contrário do que ocorria na nossa tradição constitucional até a Carta de 1946, a Carta de 1988 não prevê alternativa à proteção das criações intelectuais e tecnológicas senão a restrição à concorrência através da exclusiva. Até a carta de 1946, era possível pelo menos como alternativa à patente a concessão de um prêmio estatal. Assim, a proteção única possível para todos direitos da propriedade intelectual é uma restrição à concorrência. Ocorre, porém, o paradoxo de que em nossa Constituição a tutela da concorrência é princípio básico”. BARBOSA, Denis Borges. *Uma*

3 INTERFACES ENTRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA NO MERCADO GLOBAL

O paradoxo da Propriedade Intelectual, que nasce para resolver uma falha de mercado (*Market Failure*), eis sua inaptidão para assegurar a alocação de recursos para o investimento criativo, encontra-se no epicentro de sua fundamentação econômica, e revela um caráter nítido de instrumento (econômico) para a Propriedade Intelectual. Tal resta ainda mais evidente, conforme adverte Karin Grau-Kunst, quando lembramos, *e.g.*, que “os bens intelectuais só se tornam apropriáveis através de uma criação legal, i.e., de uma intervenção do Estado. É o Estado, através da Lei, quem transforma o bem intelectual em bem apropriável”¹⁸.

Neste contexto, vale lembrar que para Denis Borges Barbosa, o pressuposto de uma teoria da Propriedade Intelectual, num contexto de economia de mercado, é a assunção de que: “em *primeiro lugar*, a livre concorrência deve presidir todas as relações econômicas; e que, em *segundo lugar*, é uma falha ou impossibilidade de correto funcionamento da livre concorrência que leva ao aparecimento do conjunto de restrições à concorrência em que consiste a propriedade intelectual”¹⁹. Conjunto de restrições, repise-se, de origem Estatal.

Retornando ao conceito que se lançou na parte anterior, no sentido de que a Propriedade Intelectual é um remédio jurídico (instrumento) utilizado para resolver uma falha de mercado (*Market Failure*), pode-se, também, notar que é o seu próprio paradoxo que o fundamenta como instrumento econômico. Isso porque, em geral, para a Ciência Econômica, monopólio designa uma situação particular de concorrência imperfeita, na qual um único agente econômico detém o mercado de um determinado produto ou serviço, conseguindo, portanto, influenciar o preço de determinado bem comercializado. Evidentemente, tal situação representa uma anomalia de mercado que deve ser tratada pelo Direito

Introdução à Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 90:

18 GRAU-KUNTZ, Karin. Jusnaturalismo e propriedade intelectual. **Revista da ABPI**. nº100. Mai/Jun. [S.I.]. 2009. p. 09

19 BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.I., 2017?]. p. 31. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf>. Acesso em 26 jun. 2016.

Antitruste. No âmbito da Propriedade Intelectual, entretanto, o uso da expressão “monopólio” não significa, necessariamente, identificar os “monopólios” criados, jurídica e legalmente, com os “monopólios” de mesmo nome do Direito Antitruste, que regulamentam as imperfeições de mercado.

Dentre outros motivos para elucidar a diferenciação entre o monopólio economicamente reprovável e o monopólio legal da Propriedade Intelectual, Denis Borges Barbosa afirma que:

Os direitos exclusivos sobre novas criações não retiram do público qualquer liberdade que havia anteriormente a sua constituição, eis que os elementos tornados exclusivos – técnicas, ou obras expressivas - nunca haviam sido integrados ao domínio comum. Novos, ou originais, são sempre *res nova*, bens ainda não inseridos na economia. Ainda que “monopólios”, seriam de uma subespécie socialmente aceitável.²⁰

Relevante citar, que no texto constitucional pátrio, assim como na maioria dos países do mundo, adotou-se essa “subespécie socialmente aceitável” de monopólio. Tanto os Direitos Autorais, quanto as Invenções Industriais (Patentes e Modelos de Utilidade) são tratados como monopólios legais (ou jurídicos), mais precisamente, como “direito exclusivo” e “privilegio temporário”, respectivamente:

CF/88, Art 5º: (...):

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;²¹

Na verdade, apenas os signos distintivos (Marcas) possuem natureza

20 BARBOSA, Denis Borges. **A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual – o caso sul americano**. International Centre for Sustainable Development (ICTSD), 2005. p. 14.

21 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 jun. 2017.

de Direitos de Propriedade, na afeição tradicional do termo. Os demais são monopólios temporários e exclusivos concedido pelo Estado, com fins de suprir a falha de mercado e assegurar a alocação de recursos para o investimento criativo.

A Jurisprudência Norte Americana,²² há muito reconheceu a natureza de monopólio legal da Propriedade Intelectual, sem que isso importe em conflito com o Direito da Concorrência, eis que, paradoxalmente, a Propriedade Intelectual é criada para incentivar a concorrência, suprimindo falhas de mercado.

Com efeito, explica Denis Borges Barbosa, “a expressão ‘monopólio’, utilizada em conexão com os direitos exclusivos sobre criações intelectuais, implica numa fé na prevalência do interesse público sobre o interesse privado dos investidores”²³. Em outras palavras, explica Denis, a criação de um direito exclusivo pelo estado que retira os benefícios imediatos da dispersão de informações; e ainda empresta a estrutura estatal sustentada pelo contribuinte para assegurar a eficácia da exclusividade cria a necessidade de equilibrar os interesses sociais com os daqueles dos indivíduos que são pessoalmente favorecidos pela intervenção²⁴.

Sem dúvida, também no tocante aos direitos autorais se reafirma a questão constitucional de que eles existem não para favorecer pessoalmente o sambista ou a Metro Goldwyn Mayer, mas a sociedade como um todo

22 Neste sentido, citamos: **Pennock v. Dialogue**, 27 U.S. (2 Pet.) 1,19 (1829): “If an inventor should be permitted to hold back from the knowledge of the public the secrets of his invention; if he should for a long period of years retain the monopoly and make and sell the invention publicly”; **Graham v John Deere Co 383 US 1 at 5-6 (1966)**: “The Congress in the exercise of the patent power may not overreach the restraints imposed by the stated constitutional purpose. Nor may it enlarge the patent monopoly without regard to the innovation, advancement or social benefit gained thereby”. ESTADOS Unidos da América. United States Supreme Court. 27 U.S. (2 Pet.) 1,19 (1829). Autor: Abraham L. Pennock & James Sellers. Réu: Adam Dialogue. Chefe da Justiça: John Marshall, 26 de janeiro de 1829. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/27/1/case.html>>. Acesso em 04 Jan. 2018; ESTADOS Unidos da América. United States Supreme Court. **Co 383 US 1 at 5-6 (1966)**. Autor: William T. Graham, et al. Réu: John Deere Co. of Kansas City, et al. Chefe da Justiça: Earl Warren, 21 de fevereiro de 1966. Disponível em <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/383/1.html>>. Acesso em 04 Jan. 2018.

23 BARBOSA, Denis Borges. **A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual – o caso sul americano**. International Centre for Sustainable Development (ICTSD), 2005. p. 13.

24 BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.I., 2017?]. p. 33. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf>. Acesso em 26 jun. 2016.

na sua demanda de produção expressiva. Já o disse a Suprema Corte dos Estados Unidos:

The monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984)²⁵

Destarte, em tese, os direitos exclusivos só deveriam ser conferidos a criações expressivas cuja produção justifique o custo social da exclusão, sob pena do sistema, como um todo, esvair-se de qualquer sentido. O produto desta relação entre liberdade *versus* exclusividade é o que Denis Borges Barbosa chama de contributo mínimo,²⁶ ou seja, a denúncia de que deve haver um critério que pautar a concessão de direitos exclusivos pelo Estado, em níveis adequados, visando a mitigar as distorções econômicas indesejáveis que, infelizmente, a história político-econômica das relações internacionais é pródiga em exemplos.

Neste sentido, vale trazer a lume a denúncia do próprio Denis Borges Barbosa, no sentido de que “os dados disponíveis no início da última revisão da Convenção de Paris mostram que cerca de 95% das patentes concedidas a estrangeiros em países em desenvolvimento não eram usadas para a produção local”²⁷. Segundo o autor, “tais patentes eram (e ainda são) empregadas não apenas para bloquear o desenvolvimento das indústrias nacionais, mas também para assegurar o mercado de importação, impedindo o acesso de concorrentes”.²⁸

25 BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.I., 2017?]. p. 33. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf>. Acesso em 26 jun. 2016.

26 BARBOSA, Denis Borges; MAIOR, Rodrigo Souto; RAMOS, Carolina Tinoco. **O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2010.

27 BARBOSA, Denis. **Tratado da Propriedade Intelectual. Tomo II – Patentes**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro 2010. p. 1766

28 BARBOSA, Denis. **Tratado da Propriedade Intelectual. Tomo II – Patentes**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro 2010. p. 1766

Em exato sentido manifesta, também, Carol Proner, apontando que:

Dados da UNCTAD dos últimos 70 anos indicam que países periféricos, por intermédio de suas pessoas físicas ou jurídicas, seriam detentoras de apenas 16% das patentes concedidas internamente, enquanto 84% pertenceriam a cidadãos ou entidades de países centrais. Estudos apontam que, desse total 84%, apenas 5% dessas patentes passam a ser efetivamente exploradas, atuando, então, como um importante instrumento de bloqueio de mercado à livre entrada de novos concorrentes.²⁹

Ou seja, em que pese a Propriedade Intelectual tenha, em sua gênese, o ânimo de corrigir falhas de mercado, e servir de incentivo à inovação, na condição de instrumento de concorrência, relatos e pesquisas indicam que este mesmo instrumento podem estar sendo utilizado de forma abusiva, principalmente em face de países em desenvolvimento para criar barreiras de entrada, cartelização de preços, etc.

Portanto, não surpreendem os dados obtidos, no ano de 2006, pelo Relatório *Gowers*, do Governo do Reino Unido, que é claro ao afirmar que mesmo os patamares mínimos dos direitos de propriedade intelectual previstos no Acordo TRIPS se provaram muito onerosos para alguns países em desenvolvimento³⁰. Aliás, não apenas onerosos - conforme se vem sustentando³¹ -, mas inadequados:

The economic evidence and, in particular, the history of currently developed countries suggest that a single one-size-fits-all approach is inappropriate. Stronger IP protection can ultimately reap rewards in terms of greater domestic innovation in developing countries and in developing countries with sufficient capacity to innovate. However, it has little impact on innovation in developing countries without the capacity to innovate, and it may impose additional costs. Given that different IP regimes are more appropriate at different stages of development, it would make sense to allow individual nations to choose when to strengthen their IP regimes, rather than to seek to enforce a certain perspective.³²

29 PRONER, Carol. **Propriedade Intelectual: para outra ordem jurídica possível**. – São Paulo: Cortez, 2007. p. 60

30 REINO UNIDO. **Gowers Review of Intellectual Property**, 2006, p. 59. Disponível em <<http://www.official-documents.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.pdf>>. Acesso em 25 Nov. 2013.

31 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 Brasileira de Direito Comercial**, Porto Alegre: Magister. v.7, Out/Nov 2015, p. 80-101.

32 REINO UNIDO. **Gowers Review of Intellectual Property**, 2006, p. 59. Disponível em

Inadequados, justamente porque os elevados níveis de proteção exigidos (possivelmente) encontram-se desproporcionais ao grau de maturidade institucional destes países, bem como de suas economias. E, se a Propriedade Intelectual é melhor entendida como um instrumento de concorrência, é um mister que haja, nestes países, condições mínimas de mercado e concorrência para que a Propriedade Intelectual possa surtir o efeito de incentivo esperado, sem desnudar o seu subproduto aparente: o monopólio econômico do Direito *Antitrust*.

4 A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Do exposto até o presente momento, exsurge que a relevância econômica dos direitos de Propriedade Intelectual “se deve ao fato de constituir um *direito de propriedade* e, assim, dotar o seu objeto dos atributos da *apropriabilidade* e da *transferibilidade*, delimitando as fronteiras do bem imaterial e mitigando custos de transação”³³. E, também, que devido a sua natureza de “monopólio”, deve haver um critério para equalizar o custo social da exclusão, com efeitos possivelmente deletérios (notadamente para os países em desenvolvimento), com os benefícios concorrenciais que a Propriedade Intelectual pode conceder ao mercado, evitando as distorções acima examinadas.

Em outras palavras, trata-se de reconhecer que como todo direito de propriedade, a Propriedade Intelectual pode ser, também, fator de exclusão – “isto é, exclui terceiros do uso e fruição do objeto do direito, garantindo a exclusividade destes ao titular do direito– e, nessa medida, restringe a concorrência”³⁴. Ou seja, restringe a concorrência para permitir que os Direitos de Propriedade Intelectual possam ser apropriados e inseridos como bens móveis passível de concorrência. Daí a sua natureza ambígua, afirma Maria Tereza Mello, eis que “efeitos socialmente positivos e negativos

<<http://www.official-documents.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.pdf>>. Acesso em 25 Nov. 2013.

33 MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in: Revista Brasileira de Inovação*. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 372.

34 MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in: Revista Brasileira de Inovação*. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 372.

podem estar relacionados ao exercício desses direitos”³⁵.

Não seria demais repisar, trazendo a lume os ensinamentos de Cláudio Lins de Vasconcelos, que “as atividades de criação, produção e distribuição de conteúdo intelectual não são gratuitos. Para que atinjam o nível de produtividade desejado pela sociedade, é preciso investir recursos de toda a ordem em sua viabilização econômica”³⁶. Por isso, é que os “direitos de PI constituem a tecnologia jurídica a qual o estado busca remunerar, e com isso, incentivar pessoas físicas e jurídicas a investir na realização de uma espécie de conhecimento que não surge espontaneamente”³⁷.

Destarte, é preciso reconhecer que a Propriedade Intelectual não é antítese de concorrência³⁸, mas pelo contrário, que ela foi desenvolvida como instrumento jurídico (monopólio) para suprir falhas de mercado, e, conseqüentemente, possui uma função regulatória imanente, que visa a inovação como fator de desenvolvimento e crescimento econômico, e, porque não: bem estar (*welfare*).

O processo de concorrência no qual os Direitos de Propriedade Intelectual estão inseridos serve, a um só tempo, como incentivo e restrição de concorrência – mais precisamente, incentiva (a inovação/criação) porque restringe (a tendência à dispersão/concorrência). Ou, dizendo de outra forma: se incentiva, é porque restringe; como efeitos indissociáveis e inerentes ao sistema de propriedade intelectual, conforme esclarece Maria Tereza Leopardi Mello, *in verbis*:

Essa ambigüidade frequentemente leva a um debate sobre os impactos da proteção à PI fortemente enviesado ideologicamente; quando se olha apenas um lado da proteção jurídica – seja o restritivo da concorrência, seja o incentivador de inovações –, tende-

35 MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in: Revista Brasileira de Inovação*. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 395.

36 VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual**: A crônica de um modelo em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 277

37 VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual**: A crônica de um modelo em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 277

38 “É preciso reconhecer, enfim, que propriedade intelectual não é antítese de concorrência; é, antes, um instrumento de competição que, como outros, pode ser utilizado para a busca e/ou manutenção de posições monopolistas”. Os efeitos de incentivo e de restrição lhe são inerentes; ambos fazem parte de um mesmo e único processo – a concorrência –, e é nesse âmbito que deve ser tratado.” MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in: Revista Brasileira de Inovação*. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 398

-se a negligenciar a complexidade de seus efeitos e desconsiderar um aspecto fundamental para a análise destes: as condições do processo competitivo e dos mercados no bojo dos quais os DPIs são usados como instrumento de concorrência.³⁹

A compreensão da função regulatória imanente à Propriedade Intelectual, na sua afeição de instrumento de concorrência, nos conduz à óbvia indagação acerca de qual deve ser o nível de proteção adequado à propriedade intelectual capaz de tornar os efeitos de *incentivo* preponderantes aos efeitos de *restrição*, e desta forma sanar as falhas do mercado e tornar a inovação instrumento de desenvolvimento (*welfare*).

Certamente, a análise do nível de proteção adequado à propriedade intelectual extravasa os objetivos do presente estudo, que busca denunciar a existência desta íntima relação entre a Propriedade Intelectual e as Ciências Econômicas, desnudando, justamente deste aspecto, essa função regulatória que deve servir como instrumento econômico. Todavia, pretende-se com as derradeiras linhas que restam apresentar algumas hipóteses que podem servir de critérios de análise para a aferição de políticas de propriedade intelectual em níveis adequados capazes de tornar os efeitos de *incentivo* preponderantes aos efeitos de *restrição*.

Neste sentido, primeiramente, destaca-se que a literatura técnica econômica, mormente aquela embasada em estudos empíricos, indica ser inadequada uma análise geral e irrestrita dos efeitos da propriedade intelectual nos mais diversos mercados:

Uma das principais conclusões propiciadas pelos trabalhos empíricos é que a análise dos efeitos da propriedade intelectual deve ser alvo de uma abordagem setorial; isso implica que, em alguns setores, a proteção patentária é um dos principais meios de apropriabilidade e que só podemos comparar os efeitos incentivador e restritivo da proteção jurídica dentro de um mesmo setor.⁴⁰

Com efeito, é preciso atentar para o risco de se compararem efeitos detectados em mercados diferentes e níveis diferentes de abordagem. Neste sentido, afirma Maria Tereza: “os efeitos restritivos significativos que são identificados em algumas indústrias – farmacêutica, principalmente

39 MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in: Revista Brasileira de Inovação*. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 373.

40 MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in: Revista Brasileira de Inovação*. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 373.

– só podem ser comparados com os eventuais efeitos incentivadores na própria indústria farmacêutica”⁴¹.

Isso indica que, possivelmente, uma análise dos níveis adequados de proteção à Propriedade Intelectual deve privilegiar um nível de abordagem específico (microeconômico ou macroeconômico, *e.g.*), e um nicho de mercado específico. Consequentemente, uma legislação de Propriedade Industrial que preveja níveis e regramentos genéricos de proteção, como a atual Lei Federal 9.279/96, sem atentar para as diversas peculiaridades de cada nicho de mercado, potencialmente, pode não ser adequado para os fins econômicos da Propriedade Intelectual.

Veja-se, *e.g.*, essa diferença de análises, microeconômico e macroeconômico, dentro de um mesmo autor. Maria Tereza Mello, assim, ao passo em que afirma que níveis elevados de proteção à Propriedade Intelectual são comprovadamente benéficos em nível microeconômico, reconhece que o mesmo não se pode dizer em uma análise macroeconômica:

Se a identificação de efeitos dos DPIs no nível micro e seu uso estratégico são bem estabelecidos na literatura – e razoavelmente comprovados –, o mesmo não se pode dizer sobre as possíveis relações causais entre propriedade intelectual e variáveis mais gerais, como a atividade inovativa da indústria, ou o ritmo do progresso técnico, ou o desenvolvimento de países ou setores.⁴²

Gesner Oliveira e Thomas Fujiwara chancelam a conclusão de que em nível microeconômico, níveis elevados de proteção à Propriedade Intelectual são, *a priori*, mais benéficos para as empresas do que o seu oposto, representando, inclusive, fator de incentivo a práticas de boa concorrência:

In conclusion, the results show that a more frequent use and stronger enforcement of the patent and trademark systems diminishes the probability of anticompetitive practices. These results confirm the theoretical proposition that IP and antitrust are complementary, not contradictory policies⁴³.

41 MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in*: **Revista Brasileira de Inovação**. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 373.

42 MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in*: **Revista Brasileira de Inovação**. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 373.

43 OLIVEIRA, Gesner. Fujiwara, Thomas. **Intellectual property and competition as complementary**

Todavia, estudo promovido pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual indica, paradoxalmente, que a literatura técnica permanece dividida, se níveis elevados de proteção à Propriedade Intelectual, em nível macroeconômico, são realmente positivos para o crescimento econômico de países em desenvolvimento⁴⁴. A resposta, *a priori*, é negativa, principalmente levando-se em considerações os dados apresentados na parte anterior.

De qualquer sorte, para o específico caso dos países em desenvolvimento, como o Brasil, e a partir deste mesmo estudo promovido pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, pode-se, concluir haver certo consenso na literatura, no que atine ao fato de que: i) a Propriedade Intelectual não é a única medida possível para o estímulo do crescimento econômico através da inovação, mas que um nível mínimo sempre é adequado; ii) instituições sólidas são particularmente importantes para o melhor desempenho do item anterior; e que, iii) leis que busquem estimular a concorrência livre, bem como coibir abusos, são particularmente importantes para o desiderato dos itens anteriores.

A consensus does emerge, however, amongst some authors who recognize that IP regimes represent just one variable that might enhance economic growth in developing countries. These authors argue that strong IP rights may be growth-enhancing when such rights are combined with other complementary institutional reforms. They conclude that developing economies will most profit from implementing IP rights in the global marketplace if they establish minimum IP standards, build necessary infrastructure, and adopt regulatory safeguards to prevent abuses and promote free entry. For instance, some authors recommend that developing countries should establish strong competition regimes to combat potentially anti-competitive practices (...).⁴⁵

policies: a test using an ordered probit model. World Intellectual Property Organization (WIPO). Genebra: [2017?]. p. 11. Disponível em <http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/study_ip_competition_oliveira.pdf>. Acesso em 25 jun. 2016.

44 “The articles demonstrate that scholars remain divided about whether strong international standards will promote economic growth in the developing world”. WORLD Intellectual Property Organization (WIPO). **Report on an analysis of the economic/legal literature on intellectual property (IP) rights: a barrier to entry?** Committee on Development and Intellectual Property (CDIP) Eighth Session Geneva, November 14 to 18. Genebra. 2011. p. 27.

45 WORLD Intellectual Property Organization (WIPO). **Report on an analysis of the economic/**

Ou seja, elucida-se o fato de que, como instrumento econômico, a função regulatória da Propriedade Intelectual não se exaure nela mesma, mas depende, principalmente, de políticas estatais e instituições sólidas capazes de utilizar o instrumento regulatório, de forma adequada, para o fim promocional a que se destina.

5 CONCLUSÃO

Com o presente artigo, buscou-se elucidar a afeição econômica da Propriedade Intelectual, sua natureza de instrumento de concorrência, bem como a função regulatória imanente que exerce para o desiderato de ser genuíno fator de incentivo à inovação, crescimento econômico e bem estar social (*welfare*). Assim, ao encaminhar seu desfecho, pode-se alinhar a fundamentação acima exposta com cinco teses principais, que devem ser encaradas como hipóteses para futuras investigações:

1. A relevância econômica da Propriedade Intelectual, em um contexto de economia de mercado, está intimamente conectada a sua natureza instrumental, mais precisamente, de instrumento de concorrência, já que, apenas com o advento da regulação estatal torna-se possível tangibilizar bens (comuns) imateriais, mediante a concessão de uma exclusividade temporária (monopólio), dotando-os dos atributos da apropriabilidade e da transferibilidade, a fim de sanar a falha de mercado (*Market Failure*) que faz com que esta categoria de bens (imateriais) tenha alto custo para desenvolvimento, mas custo marginal reduzidos/nulos para sua reprodução.

2. A natureza monopolística da Propriedade Intelectual, conquanto, não a torna antítese da concorrência. Pelo contrário, desvela que, na condição de instrumento de concorrência (monopólio), a Propriedade Intelectual possui uma função regulatória imanente, restringindo concorrência como fator de adimplemento de sua teleologia promocional.

3. O processo concorrencial no qual a Propriedade Intelectual está inserida, na condição instrumental, desvela consequências positivas

legal literature on intellectual property (IP) rights: a barrier to entry? Committee on Development and Intellectual Property (CDIP) Eighth Session Geneva, November 14 to 18. Genebra. 2011.p. 28.

e deletérias distintas, dependendo da perspectiva de análise empregada, Microeconômica ou Macroeconômica. Assim, em nível Microeconômico, estudos indicam que níveis elevados de proteção à Propriedade Intelectual são, geralmente, benéficos para empresas. Entretanto, dependendo do grau de desenvolvimento das instituições de um determinado país, bem como do grau de liberdade que se tem em determinado mercado, estes mesmos níveis (benéficos em nível Microeconômico) podem ter efeitos nefastos, em nível Macroeconômico, criando barreiras de entrada, monopólios e cartelização.

4. Sem instituições fortes e liberdade econômica, a Propriedade Intelectual não tem espaço para cumprir suas promessas teleológicas promocionais. É o caso dos países em desenvolvimento, na qual a Propriedade Intelectual, genuíno instrumento de concorrência, aparenta ter-se tornado o próprio algoz da concorrência que, em sua essência, busca fomentar. Em nível Microeconômico, algumas empresas isoladas até se beneficiam, mas, no geral, não faz diferença, já que políticas de Propriedade Intelectual não resolvem problemas fundamentais da Economia.

5. Para a realidade dos países em desenvolvimento, como o Brasil, estudos indicam que, além de instituições sólidas, leis que busquem estimular a concorrência livre, bem como coibir abusos concorrenciais, são particularmente importantes para o desiderato promocional da Propriedade Intelectual.

THE REGULATORY FUNCTION OF INTELLECTUAL PROPERTY IN THE LIGHT OF ECONOMIC SCIENCES AND THE LAW OF COMPETITION.

This is a study that addresses one of the most sensitive problems of Intellectual Property: what is its function, nature and effectiveness in (and for) Society? Based on an interdisciplinary bibliographical and documentary review, the main objective of the research is to elucidate the economic affection of Intellectual Property, its nature as an instrument of competition and immanent regulatory function that it exerts for the promotional purpose of innovation, economic growth and welfare. Thus, the (economic) relevance of Intellectual Property as a competitive instrument in a market economy context is closely connected to its regulatory function, since only with the advent of state regulation, it is possible to tangibilize intangible (common) goods by granting a temporary exclusivity (monopoly), endowing them with the attributes of appropriability and transferability, in order to remedy the market failure that makes this category of (intangible) goods to have a high cost for development, but marginal cost reduced/null for their reproduction, making it difficult to allocate investments. This regulatory function also reveals an interdependence with state policies that promote competitive freedom and solid public institutions, capable of managing this competitive instrument (Intellectual Property) in an adequate way, aiming at the democratic promotional goal for which it is intended, under penalty of prevailing of monopolies damages, notably cartelization and the creation of barriers to entry.

Keywords: Intellectual Property. Regulatory Function. Competition.

REFERÊNCIAS

MAS-COLELL, Andreu. **Microeconomic Theory**, Oxford University Press 1995.

BARBOSA, Denis Borges. **A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual – o caso sul americano**. International Centre for Sustainable Development (ICTSD), 2005.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.I., 2017?]. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf>. Acesso em 26 jun. 2016.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

BARBOSA, Denis Borges; MAIOR, Rodrigo Souto; RAMOS, Carolina Tinoco. **O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2010.

BARBOSA, Denis. **Tratado da Propriedade Intelectual. Tomo II – Patentes**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 jun. 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6 ed. [S.I] Berkeley Law Books, 2016. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em 13 maio 2017

ESTADOS Unidos da América. United States Supreme Court. **27 U.S. (2 Pet.) 1,19 (1829)**. Autor: Abraham L. Pennock & James Sellers. Réu: Adam Dialogue. Chefe da Justiça: John Marshall, 26 de janeiro de 1829.

Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/27/1/case.html>>. Acesso em 04 Jan. 2018.

ESTADOS Unidos da América. United States Supreme Court. **Co 383 US 1 at 5-6 (1966)**. Autor: William T. Graham, et al. Réu: John Deere Co. of Kansas City, et al. Chefe da Justiça: Earl Warren, 21 de fevereiro de 1966. Disponível em <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/383/1.html>>. Acesso em 04 Jan. 2018.

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 Brasileira de Direito Comercial**, Porto Alegre: Magister. v.7, Out/Nov 2015, p. 80-101.

GRAU-KUNTZ, Karin. Jusnaturalismo e propriedade intelectual. **Revista da ABPI**. nº100. Mai/Jun. [S.I]. 2009

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in*: **Revista Brasileira de Inovação**. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I]. 2009.

OLIVEIRA, Gesner. Fujiwara, Thomas. **Intellectual property and competition as complementary policies**: a test using an ordered probit model. World Intellectual Property Organization (WIPO). Genebra: [2017?]. p. 11. Disponível em <http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/study_ip_competition_oliveira.pdf>. Acesso em 25 jun. 2016.

PRONER, Carol. **Propriedade Intelectual**: para outra ordem jurídica possível. – São Paulo: Cortez, 2007.

REINO UNIDO. **Gowers Review of Intellectual Property**, 2006, p. 59. Disponível em <<http://www.official-documents.gov.uk/document/>

other/0118404830/0118404830.pdf>. Acesso em 25 Nov. 2013.

STIGLITZ, Joseph E. Economic foundations of intellectual property rights. [S.I]: **Duke Law Journal**. 2008. p.1693-1724. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual: A crônica de um modelo em transformação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WORLD Intellectual Property Organization (WIPO). **Report on an analysis of the economic/legal literature on intellectual property (IP) rights: a barrier to entry?** Committee on Development and Intellectual Property (CDIP) Eighth Session Geneva, November 14 to 18. Genebra. 2011.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo III Direito de Autor e Direito Concorrencial

TÍTULO: PROPRIEDADE INTELLECTUAL: ELEMENTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Ricardo Sichel



PROPRIEDADE INTELECTUAL: ELEMENTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Ricardo Sichel¹

RESUMO

O presente trabalho objetiva abordar o instituto do direito da propriedade intelectual, como elemento de fomento de desenvolvimento econômico. Para tanto, busca objetiva identificar o papel dos principais atores do setor, incluindo universidades e setor produtivo e qual a atuação destes, na disseminação da inovação tecnológica. De forma a viabilizar o estudo, partiu-se de informações disponíveis na literatura e na internet, bem como relatório e dados divulgados por órgãos internacionais, como a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, além do Escritório Norte-Americano de Patentes. Feita esta coletânea de dados, pode-se observar que a aceleração do desenvolvimento econômico decorreu, em alguma forma, do reconhecimento da importância de políticas de Estado voltadas para a disseminação e proteção da inovação tecnológica. Esta abordagem procedeu, por outro lado, a prospecção de dados de países que passaram por processo de crescimento recente, seja pela reestruturação da vida política, através da redemocratização, como também pela adoção das regras de economia de mercado, além do processo de integração econômica, como observado na Polônia. Verifica-se, quando acrescentado a situação da China, o papel da propriedade intelectual, para propiciar um ambiente favorável para o seu incremento, possibilitando a celebração de convênios entre as principais universidades daquele país com outras nações. Todos estes dados, corroboram com a conclusão da importância de institutos e regras estáveis no campo da propriedade intelectual de forma a viabilizar investimentos em pesquisa e desenvolvimento.

Palavras-chave: desenvolvimento, universidade, pesquisa

¹ Doutor em Direito Europeu de Patentes - Westfälische Wilhelms Universität Münster, Mestre em Propriedade Industrial - Westfälische Wilhelms Universität Münster, Procuradoria Federal do Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

INTRODUÇÃO

A propriedade intelectual pode desempenhar um papel importante como elemento de fomento de desenvolvimento econômico. Trata-se de temática relevante, ante a nova etapa de crescimento econômico, baseada na denominada revolução do conhecimento. Por esse motivo, a primeira indagação a ser feita passa pelo papel do Estado, universidades e setor privado no seu desenvolvimento, de forma a estabelecer mecanismos que viabilizem o seu crescimento. Cabe, como problema a ser abordado, verificar os possíveis gargalos, que entram esta dinâmica, que podem, em uma abordagem inicial, decorrer de falhas estruturais ou da falta de um marco regulatório que permita o ambiente necessário para o fomento da atividade empreendedora. Para tanto, deve-se buscar seu elemento de informação e não um sistema de normas que visem o estabelecimento de um regime de exclusividade, constituindo um mero segmento cartorial, que visa conferir direitos reais aos usuários do sistema. A amplitude desse ramo do Direito não fica restrito aos seus aspectos administrativos, mas constitui em objeto de análise e estudo para a elaboração de políticas públicas, por demais atores estatais e privados, que consigam perceber a qualidade da informação disponível e desta forma as utilizar como fator inovador em processo produtivo e de prestação de serviços.

O presente trabalho se propõe a fazer uma análise das informações disponíveis do sistema de propriedade intelectual, limitando a este aspecto sua abordagem, de forma a evitar o exame do procedimento administrativo referente a concessão de direitos, que se trata de uma atividade administrativa vinculada, portanto limitada, no tocante a sua discricionariedade, aos ditames legais vigentes. Desse modo, objetiva-se através da presente discussão de qual o dado que possa ser extraído daquela atividade administrativa vinculada e que possa, em um espaço de maior discricionariedade, implementar políticas de desenvolvimento econômico.

Esta compreensão parece ter uma dimensão especial, em face das conhecidas carências no Brasil, no que se refere a depósitos nacionais de pedido de patente de invenção. Por outro lado, a compreensão desta carência, cujas origens e causas são complexas e decorrem da precariedade

de políticas que privilegiem a inovação no ambiente da educação, impõem a adoção de outras condutas, desde que sejam implementadas de forma concomitante com o fomento de pesquisa e desenvolvimento (P&D) no âmbito das universidades, sejam elas públicas ou privadas. Trata-se de um dos elementos que compõem a educação de nível superior, a saber: ensino, extensão e pesquisa.

Destarte, a análise do potencial da informação tecnológica e sua forma de obtenção vem a ser objeto de reflexão. Questiona-se, desta forma, como esta pode deixar de ser um mero dado estatístico, constante em publicações globais, para se transformar em elemento gerador de uma nova política de inovação, não com vistas a ressuscitar modelos derivados da época da Revolução Industrial ou do período imediatamente posterior a 2ª Guerra Mundial. Busca-se, em verdade a compreensão da capacidade de compreensão desta informação, no âmbito da denominada Revolução do Conhecimento, que de um lado promova o desenvolvimento econômico e de outro minimize os impactos ambientais, de forma a garantir a qualidade de vida do ser humano, em face dos efeitos perversos da degradação do ecossistema, já bastante conhecidos.

Para tanto, parte-se de conceitos fundamentais do Direito da Propriedade Intelectual, no âmbito das patentes, bem como uma abordagem de dados estatísticos divulgados, iniciando-se, por aqueles disponibilizados pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e em seguida aqueles divulgados pelo Escritório de Patentes dos Estados Unidos da América (USPTO), do Escritório Europeu de Patentes (EPO) e do Escritório de Patentes da China (SIPO).

A escolha destas repartições estrangeiras decorreu da importância que as mesmas desempenham no cenário internacional e do quantitativo de depósitos de patentes e na indagação principal do presente estudo, decorrente de qual a utilidade que se possa extrair deste dado de forma a implementar medidas capazes de impulsionar o desenvolvimento brasileiro. Trata-se, desta forma, no questionamento se o sistema global de patentes se constitui em elemento de monopólio ou traz em si informações que possam propiciar o crescimento sustentável, desde que devidamente interpretadas e usadas.

1 – Abordagem preliminar

O sistema de propriedade intelectual, decorrente da proteção conferida as patentes, se constitui em ferramenta de fomento para o desenvolvimento econômico, desde que a parte interessada tenha o devido interesse em interpretar e compreender o seu funcionamento. Trata-se de requisito indispensável, na medida em que o mesmo parte de um pressuposto do privilégio, porém abre possibilidades, desde que devidamente manipulado. Exatamente, este é o enfoque que será dado na presente apresentação.

Para a compreensão dos institutos de propriedade intelectual, faz-se necessário uma abordagem das duas principais convenções internacionais que se referem à matéria. Trata-se de um exame indispensável para o entendimento das possibilidades que o sistema oportuniza, para quem tem uma compreensão do seu funcionamento e parta para um exame desprovido de preconceitos estabelecidos. Assim, serão destacadas a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (CUP), de 1883 e o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual relativos ao Comércio (ADCPIC), de 1994.

1.1.1 - Convenção da União de Paris

A Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial constitui um marco relevante na proteção desse segmento do direito, sem constituir importante marco na internacionalização do direito da propriedade industrial. O final do século XIX, marcou a necessidade de uma regulamentação mais efetiva destes direitos e a necessidade de harmonização internacional dos mesmos, apesar dos duros golpes advindos da economia liberal e dos reflexos da Revolução Francesa, como na Holanda, onde em 1817, foi revogada a proteção patentária. (SICHEL, 2004, p. 10).

Com o incremento da Revolução Industrial e a necessidade de dotar o sistema de uma melhor e efetiva proteção, foi editada em Paris, em 1883, a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade

Industrial, sendo seus signatários as seguintes nações: Bélgica, Brasil, El Salvador, Espanha, França, Guatemala, Países Baixos, Portugal, Sérvia e Suíça. Antes de sua entrada em vigor, assinaram a Convenção os seguintes Estados: Equador, Grã-Bretanha e Tunísia, sendo que os Estados Unidos aderiram em 1887, a Alemanha em 1903 e a Rússia em 1965.

O objetivo do Acordo é a proteção da propriedade ainda denominada de industrial, com especial foco nas patentes, modelos de utilidade e nos signos de comércio (marcas e indicações geográficas). Restou estabelecido o preceito da prioridade unionista, que atualmente encontra-se regulado no artigo 4:

A . - (1) Aquele que tiver devidamente apresentado pedido de patente de invenção, de depósito de modelo de utilidade, de desenho ou modelo industrial, de registro de marca de fábrica ou de comércio num dos países da União, ou o seu sucessor, gozará, para apresentar o pedido nos outros países, do direito de prioridade durante os prazos adiante fixados.

.....

C . - (1) Os prazos de prioridade acima mencionados serão de doze meses para invenções e modelos de utilidade e de seis meses para os desenhos ou modelos industriais e para as marcas de fábrica ou de comércio.

.....

H . - A prioridade não pode ser recusada com o fundamento de que certos elementos da invenção para os quais se reivindica a prioridade não figuram entre as reivindicações formuladas no pedido apresentado no país de origem, contando que o conjunto dos documentos do pedido revele de maneira precisa aqueles elementos.

A prioridade unionista foi um grande marco divisor de águas do sistema de propriedade intelectual (naquela época industrial), ao estabelecer, através de normativo internacional a possibilidade de se efetuar de requerimentos dos diversos institutos, em vários países, em momentos distintos, sem prejuízo do requisito autorizadores de sua concessão.

Além deste preceito, salientamos a questão relativa do tratamento nacional, da proteção ao nome comercial, da marca notoriamente conhecida e da imprescritibilidade no que pertine a marcas requeridas

por má-fé. Entretanto, com a sofisticação e globalização das relações econômicas e o estabelecimento da Organização Mundial do Comércio, merece ser abordado o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual relativos ao Comércio (ADCPIC), de 1994.

1.1.2 – Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual relativos ao Comércio

O comércio internacional era regulado até o advento da Organização Mundial de Comércio (OMC) pelo GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio). Esta última Organização tinha por objeto garantir o livre comércio, como também, através de procedimentos administrativos, procurava solucionar o contencioso entre os seus Membros. Entretanto, em face da diversidade do grau de proteção dos inventos nos diversos Estados Membros, entendeu-se pela necessidade de se buscar uma solução que harmonizasse os diversos interesses, evitando-se, desta forma soluções isoladas, sendo, para tanto iniciada a Rodada do Uruguai, em 1986, que ao término estabeleceu os Atos Constitutivos da Organização Mundial do Comércio, sendo um de seus anexos o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual relativos ao Comércio (ADPIC), cuja sigla em inglês em TRIPS, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1995. (DÖRMER, 1998, p. 919)

O ADPIC constitui, em oposição à Convenção da União de Paris, um acordo que estabelece padrões mínimos de proteção, herdando do sistema anterior do GATT o princípio do tratamento nacional e da regra da nação mais favorecida. (BARBOSA, 2010, p. 157) Por seu turno, sobreleva enfatizar que os Acordos em questão estavam agora sendo administrados por um Organismo de caráter permanente e desta forma sem o grau de temporariedade existente no GATT. (SICHEL, 2002, p. 69)

Por seu turno, o conceito de padrões mínimos de proteção deve ser entendido como o patamar mínimo desta, não impedindo que os Estados-Membros fixem outros, mais elevados, com o objetivo de incrementar a proteção da propriedade intelectual. (SICHEL, 2008, p. 87) Impende ainda observar, que o ADPIC incorporou, através de seu

artigo 2, os preceitos constantes nos artigos 1 a 12 e 19 da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, na versão de 1967. Já em seu artigo 27.1, estabeleceu o Acordo um padrão mínimo de proteção para as patentes, determinando que esta deva ser estendida a todos os setores de tecnologia, sem distinção quanto a sua origem, uma vez que dotada de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. A sua implementação se deu de forma escalonada, conforme estabelecido no artigo 65. Vale acrescentar que a única data comum para todos os signatários e aquela relativa da entrada em vigor dos atos constitutivos da OMC – 01.01.1995.

2. Tecnologia

Todos estes conceitos passam pelo exame da importância da tecnologia, como elemento de fomento do desenvolvimento econômico. Constitui em fator de inclusão, porém que depende de uma compreensão de seu funcionamento de forma a viabilizar o aproveitamento das oportunidades geradas. Nesse sentido observa Olivier Blanchard (2007, p. 197) que o estado da tecnologia vem a ser determinado pelos produtos que podem ser extraídos da economia, incluindo a organização das sociedades empresárias no que se refere a sua adequação ao sistema legal de um determinado Estado. Esta compreensão depende de uma análise das imperfeições ou falhas do mercado de capitais, que acabam por viabilizar vantagem competitiva para aqueles atores de grande porte, no que se refere a obtenção de financiamento de projetos de P&D. (KUPFER, 2002, p. 140)

2.1 – Importância da tecnologia

Nesse campo, tem-se que deter o conhecimento, através do processo tecnológico assume importância capital, quando verificado o desenvolvimento econômico das sociedades. A evolução econômica das nações já teve na revolução industrial marco importante, onde o processo acelerado de industrialização foi levado a cabo, sendo que, hodiernamente,

esta fase foi suplantada pela revolução do conhecimento.

A propriedade intelectual, através de seus elementos de proteção, constitui um de elementos de sua difusão. O acréscimo e a acumulação destes conhecimentos servem de força motriz para o seu constante aprimoramento. (ANDERSON, 1998, p. 71) Nesse diapasão, não se pode deixar de consignar que tecnologia, nos dias atuais, constitui em um importante bem, objeto de comercialização, sendo que este valor se aduz pela sofisticação, ultrapassando em muito aquele das *commodities*, além de considerar a inexistência de impactos ambientais.

Desta forma, deter tecnologia não pode decorrer da simples aquisição desta, mas sim pesquisar e desenvolvê-la, de forma a capacitar o Brasil aos novos desafios da ordem econômica. Em publicação referente ao futuro das ferrovias no Brasil, esclarece Eduardo Gonçalves David (2009, p. 250), que tecnologia é desenvolvida e não adquirida.

Ora, quem detém a tecnologia, de certo não vai querer transferi-la se existir o risco de a mesma ser desenvolvida em seu desfavor e desta forma vir a perder mercado. A tecnologia tem o seu sentido em função das vantagens de caráter econômico dela advindo, gerando desta forma riqueza e assim se alcançar o bem comum, através de um desenvolvimento econômico-social equilibrado e sustentado.

2.2 – Tecnologia como fomento do desenvolvimento econômico.

Denis Borges Barbosa (2015, p. 41), relatando os incrementos utilizados pela tecnologia, relata que o Japão, em seu processo de desenvolvimento econômico, se utilizou da tecnologia, copiando produtos disponíveis, de forma a aprimorá-los e desta forma desenvolvê-los, como base de criação e sustentação de seu desenvolvimento econômico. O nível de proteção de propriedade intelectual, quando da transferência de tecnologia, tem impacto no campo de investimentos diretos nesse segmento. Resultando que fraqueza nesse setor se concentra em Países que as tomam, mediante licenciamento, através de sua importação. Assim, aqueles que detém o conhecimento tecnológico estão mais propícios a licenciá-las naqueles Países com melhores padrões de proteção

da propriedade intelectual.(CORREA, 2000, p. 30) Por seu turno, o sistema de patentes pode ser encarado como sistema eficiente de fomento da tecnologia, caso haja algum desenvolvimento científico e tecnológico (CORREA, 2000, p. 39), não podendo passar *in albis* que o Brasil já detém expertise em vários destes, como por exemplo na prospecção de petróleo em grandes profundidades e em Institutos de Pesquisa como a Farmanguinhos, o Butantã entre outros. Este entendimento é defendido por Robert Sherwood, que estatui que o incremento de investimentos em tecnologia, tem como pressuposto uma melhora e aprimoramento dos sistemas de proteção da propriedade intelectual. (GUISSE, 2006, p. 4)

Por outro lado, estes direitos devem estar subordinados ao interesse público, sendo certo que no caso das patentes, uma das formas mais tradicionais de restrição destes direitos é o da licença compulsória, instituto este encontrado na grande maioria das legislações patentárias, como elemento para coibir o abuso de poder econômico, decorrente da posição de privilégio e monopólio advinda da proteção conferida pela Lei. O ADPIC consagra a possibilidade do licenciamento compulsório, como, aliás, preceito análogo é constante da Lei nº 9279/96. A partir do reconhecimento pela Organização das Nações Unidas, de que o acesso a medicamentos constitui um direito inerente ao ser humano, como também as dificuldades passadas por vários países africanos em adquirir estes produtos, estabeleceu-se litígio entre consumidores e laboratórios farmacêuticos. (SICHEL, 2002, p. 99) Em face deste conflito, acrescido pelos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 e a posterior disseminação do Antrax, teve lugar a Rodada de Doha, promovida pela Organização Mundial do Comércio. Observou-se as dificuldades oriundas da concessão de licenças compulsórias e a incapacidade da indústria local em fabricar determinados produtos, abrindo-se a possibilidade de que estes venham a ser importados, sendo que esta prerrogativa é conferida aos países de menor desenvolvimento econômico, devendo, para tanto, ser notificado o Conselho do ADPIC. (AMARAL, 2005, p. 8)

A tecnologia deve ser encarada sob vários aspectos, não sendo desprezível a participação das universidades e dos centros de pesquisa no seu fomento. Esta, todavia, não se basta se não houver um sistema

eficiente de sua proteção. Nesse sentido, deve levar-se conta que o campo de proteção da tecnologia, através do sistema de patentes, obedece ao princípio da territorialidade.

A territorialidade implica em reconhecer que a proteção de uma patente se restringe ao País em que a mesma venha a ser concedida. Em função do princípio da novidade absoluta, tudo aquilo que tiver sido divulgado em data anterior ao depósito de um pedido de patentes, implica em obstáculo para a concessão da proteção. Por seu turno, o conceito de novidade absoluta não encontra limites ao território onde se busca a proteção patentária. Esta tem uma série de exceções, sendo a mais conhecida aquela decorrente do princípio da prioridade unionista, que confere a um pedido depositado em um país membro da Convenção da União de Paris o prazo de 12 meses para depositá-lo em algum Estado Membro, valendo a data do primeiro depósito para fins de aferição de novidade. (SICHEL, 2008, p. 115)

A territorialidade, em regra geral, importa na limitação dos direitos patentários ao Estado que a concede. (BARBOSA, 2010, p. 368) Este preceito já se encontrava estabelecido na Convenção da União de Paris:

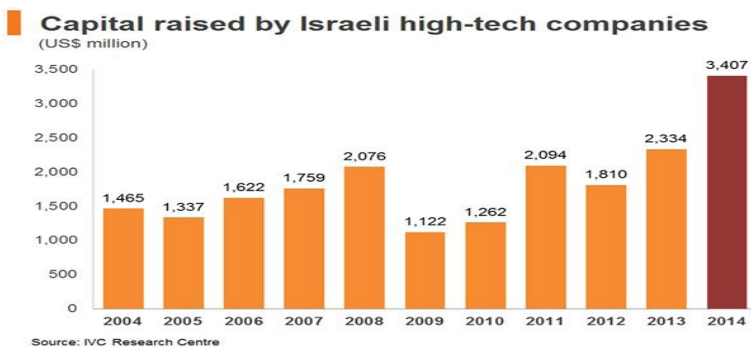
Art. 4o bis

(1) As patentes requeridas nos diferentes países da União por nacionais de países da União serão independentes das patentes obtidas para a mesma invenção nos outros países, membros ou não da União.

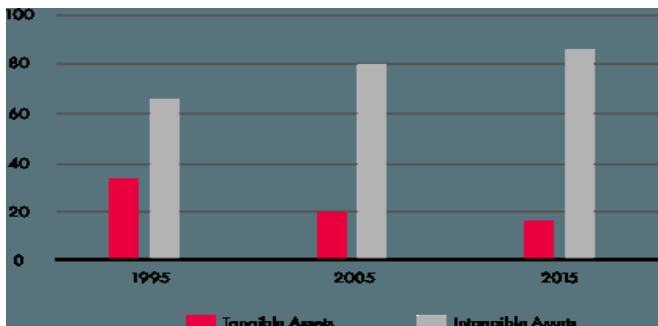
(2) Esta disposição deve entender-se de modo absoluto particularmente no sentido de que as patentes pedidas durante o prazo de prioridade são independentes, tanto do ponto de vista das causas de nulidade e de caducidade como do ponto de vista da duração normal.

Desta forma, não há que se falar em patente internacional, sendo que a não proteção no território brasileiro acarreta no domínio de seu objeto, o que abre uma grande possibilidade na medida em que é bastante inferior o número de pedidos de patentes depositados perante o INPI, se comparados com as estatísticas divulgadas pelos principais Escritórios de Patentes do mundo.

A experiência internacional tem mostrado a importância da informação tecnológica, como elemento motor do desenvolvimento. Em Israel, após a realização de acordo de cooperação técnica com a China (Hong Kong) pode ser observado um expressivo desenvolvimento de sociedades empresárias de alta tecnologia, conforme demonstra o gráfico abaixo. Segundo este mesmo relatório, fundos israelenses e globais investiram, em Israel, em 2014 o equivalente a 3.4 bilhões de US\$ em alta tecnologia. Todos estes projetos tem por base a implementação de Centros de pesquisa e desenvolvimento (P&D). . (YUEN, 2015, p. 1)

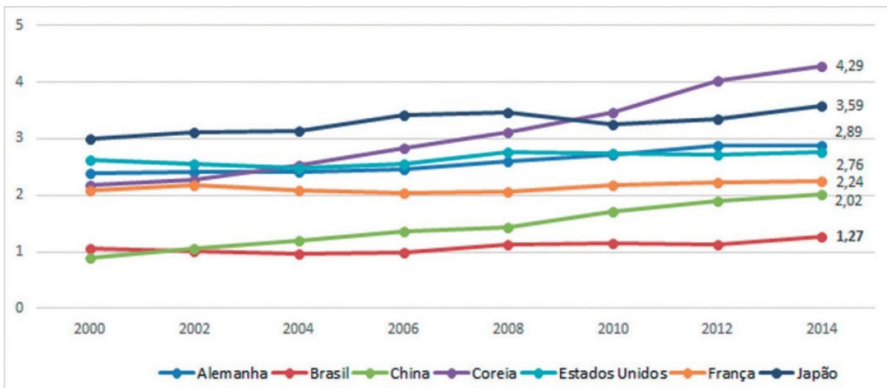


Da mesma forma a Austrália que reconhece a importância da patente, em especial na área da saúde, ao estabelecer o ambiente necessário para o desenvolvimento num fluxo constante de inovação. (Weisbrot, 2004, p; 440) O ponto a ser observado, se centra em um movimento global de otimização de processos, estabelecimento de fontes de investimento, como o fundo soberano do Canadá para patentes (Clarke, 2017), onde se evidencia a evolução de valores intangíveis em comparação com tangíveis, conforme quadro abaixo:

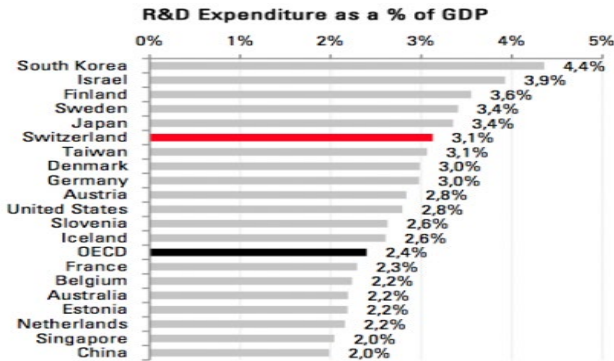


Desta forma, estabeleceu o Canadá alguns objetivos a seguir, passando pela proteção das companhias nacionais, em face de litigância agressiva, por parte de titulares de direito patentário, a percepção da importância da comercialização de intangíveis de propriedade intelectual, em face de seu valor agregado. Baseado em modelos da França, Coreia do Sul e Japão, busca o Canadá o estabelecimento de ambiência para o desenvolvimento do setor de inovação, seja no setor privado, como no desenvolvimento de P&D nas Universidades.

O Brasil dispõe de uma legislação bastante atualizada, na que diz respeito às melhores práticas de pesquisa e desenvolvimento (P&D). Porém, conforme se observa do quadro abaixo, o investimento, calculado sob a proporção do produto interno bruto (PIB) ainda é baixo, principalmente comparado com outras nações. (ARBIX, 2017, p. 55)



Do quadro acima, observa-se que a China, anteriormente em posição inferior ao Brasil, em 2002 ultrapassou o país no que se refere a investimentos em P&D. Este, quando observado o ordenamento abaixo, acabam por evidenciar que o Brasil não desponta entre as nações que mais investem em inovação. (SUIÇA, 2015)



Source: OECD, Main Science and Technology Indicators Database, 2014/1

Este último quadro, por outro lado, acaba por evidenciar que, fora do discurso, não se verifica medidas práticas que visem implementar políticas de inovação tecnológica, o que acaba por justificar o baixo quantitativo de depósitos nacionais de pedidos de patente. O Brasil destinou em 2016, aproximadamente 1,21% do PIB em P&D. (IRIWEB, 2016, p. 5)

O que se vislumbra dos exemplos acima é o papel desempenhado pela Academia e como este deve ter o apoio do setor privado, haja vista a valoração do ativo intangível, em face de seu valor agregado, de forma a geral a necessária força motriz para o desenvolvimento econômico. Esta consciência fica evidente, quando se analisa o quadro relativo as 10 maiores universidades, no ranking de P&D: (EWALT, 2017)9.

Posição	Universidade	País
1.	Stanford University	EUA
2.	Massachusetts Institute of Technology	EUA
3.	Harvard University	EUA
4.	University of Pennsylvania	EUA
5.	KU Leuven	Bélgica
6.	KAIST	Coréia do Sul
7.	University of Washington	EUA
8.	University of Michigan System	EUA
9.	University of Texas System	EUA
10.	Vanderbilt University	EUA

O que pode ser observado é a presença maciça de participação de universidades dos EUA, neste primeiro grupo. Ampliando-se o quadro, para as vinte primeiras instituições, onde continua uma posição de destaque para os EUA, já tendo a participação de mais uma universidade da Coreia do Sul, uma da Grã-Bretanha e outra da Suíça. No âmbito geral, não se verifica a participação de universidade brasileira.

Já o próximo quadro apresenta o quantitativo de pedidos de patentes e de publicações, de lavra das principais universidades brasileiras: (AMADEI, 2007)

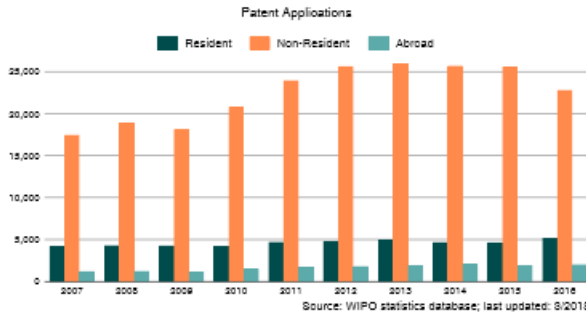
TABELA 3
Relação publicação *versus* depósito de patente

	Publicações* (1998-2002)	Depósitos de Patentes (1998-2002)	Relação Publicação/Depósito de Patente
USP	1.6517	51	323,86
Unicamp	6778	168	40,35
Unesp	4335	20	216,75
Unifesp	2536	6	422,67
UFSCar	1869	9	207,67

*Publicações indexadas na base SCIE – 1998-2002 (FAPESP, 2005)

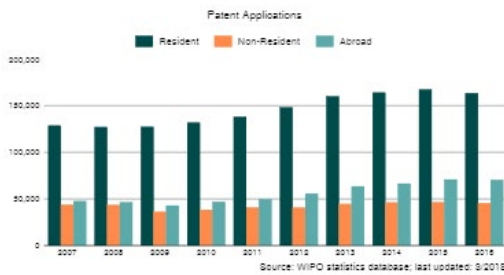
Observa-se do quadro acima o número desproporcional entre publicações e o de depósitos efetuados, o que evidencia um primeiro sinal de incompreensão ou falta de conhecimento da verdadeira amplitude da propriedade intelectual. Apesar de se referir ao ano de 2002, os números constantes no sítio da Organização Mundial da Propriedade Intelectual também corroboram com o baixo quantitativo de depósitos no Brasil, principalmente se comparando com os Estados Unidos da América, Alemanha, Coreia do Sul, Japão e China, conforme quadro abaixo. De forma a propiciar um melhor entendimento foram os países citados divididos em três grupos, sendo o primeiro o Brasil, no segundo Coreia do Sul e China e no terceiro Estados Unidos da América, Japão e Alemanha. (WIPO, 2017):

Brasil

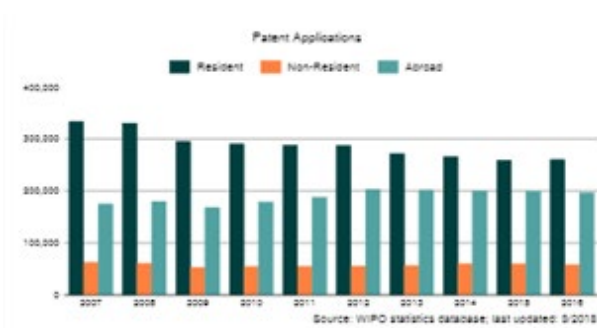


O que se observa do gráfico acima é que o número de depósitos de patentes nacionais se manteve praticamente inalterado, quando de origem nacional. A variação se deu em relação aos pedidos estrangeiros que, desde 2014, tem sofrido uma redução. Os motivos para este decréscimo podem ser variados, mas com certeza, além da crise econômica global, as incertezas locais e a falta de estrutura e respostas adequadas pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) contribuíram para tanto.

Coréia do Sul

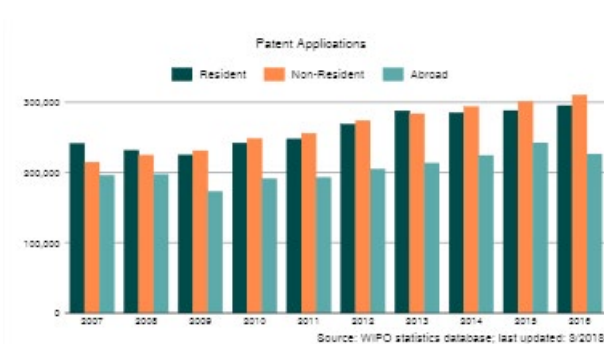


Japão

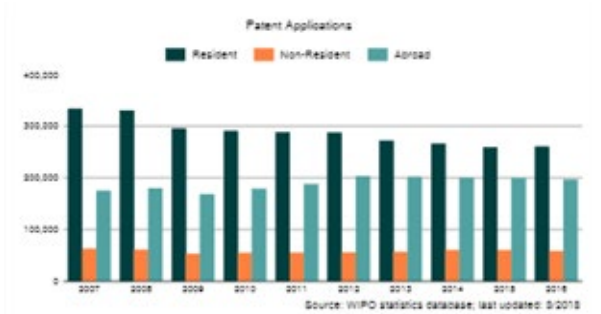


Este primeiro grupo, representam países que atingiram expressivo estágio de desenvolvimento econômico, onde políticas de P&D implicaram em um crescente número de depósitos de patentes de invenção. Na China, como na Coréia do Sul observa-se o número crescente de pedidos formulados por residentes, bastante superior ao de estrangeiros, onde se conclui do elemento estratégico de uma política voltada para o incremento da tecnologia, de forma a alavancar o desenvolvimento econômico.

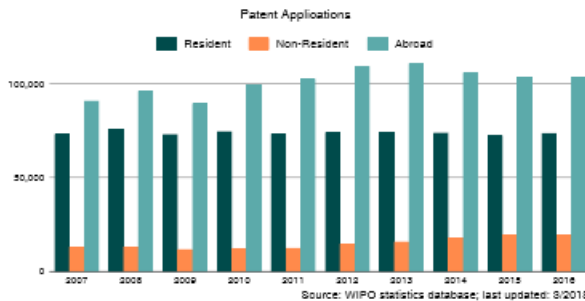
Estados Unidos da América



Japão



Alemanha



Este último quadro, com nações desenvolvidas, deve ser observado, inicialmente, a inserção da Alemanha em dois sistemas de proteção patentária; o primeiro derivado de um pedido formulado ao Escritório Alemão de Patentes (DPMA) e um segundo, com a sua indicação, para fins de proteção, através de pedido formulado junto ao Escritório Europeu de Patentes (EPO). O que se verifica dos quadros é uma estabilidade no quantitativo total de depósitos, mesmo quando observada a origem dos mesmos. Nestes países, há um constante incremento de novas medidas visando a manutenção do processo inovador, seja através da universidade, com acordos em esfera global, como o firmado entre a Universidade da Califórnia (UCLA) e a Universidade de Beijing, para o desenvolvimento de novas tecnologias com base em investimentos do setor público e privado.

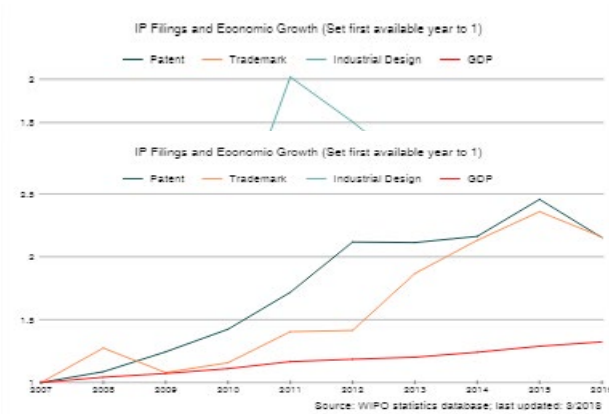
Esta parceria teve, da parte chinesa, investimentos superiores a US\$ 1 bilhão. (UCLA, 2018) A UCLA, desde 1975, depositou 4985 patentes perante o Escritório Norte Americano de Patentes (USPTO, 2018), enquanto a Universidade de Beijing requereu 218 patentes, no mesmo período. (USPTO, 2018) Deve ser levado em conta, que o primeiro depósito desta listagem é de 2012. A preocupação da manutenção do padrão do desenvolvimento do processo inovador decorre do fato de que ele não tem um marco final ou conclusivo ele se retroalimenta em um movimento constante de propulsão, na busca de soluções novas e do estabelecimento de novos patamares de desenvolvimento econômico.

Fica claro dos dados extraídos acima que no Brasil são apresentados cerca de 30.000 pedidos de patentes, enquanto nos demais países este quantitativo é bastante superior. O excedente, isto aqueles procedimentos que não são apresentados no Brasil, seja através da via da prioridade unionista ou através do Tratado de Cooperação de Patentes (PCT) está em domínio público, podendo ser livremente utilizado, sem a necessidade de pagamento de qualquer valor ao seu titular no exterior. Trata-se, evidentemente, de uma ação de que deveria decorrer de uma política de estado, pautada em prospecção das informações disponíveis nas ferramentas globais de propriedade intelectual.

O domínio público fica configurado quando não vem a ser requerida a proteção do pedido, oriundo do estrangeiro, com a aplicação do princípio da prioridade da Convenção da União de Paris ou através da designação em decorrência do Tratado de Cooperação de Patentes (PCT). Ultrapassados estes prazos, estão estes inventos passíveis de serem usados e desenvolvidos no Brasil sem o pagamento de qualquer valor em royalties. Trata-se, portanto, de um excelente mecanismo de aprimoramento do desenvolvimento técnico, que deve correr em paralelo com investimentos em pesquisa.

Mesmo quando observado o aspecto comercial, isto é envolvendo marcas e desenhos industriais, merecem destaque os quadros abaixo, comparando Brasil e Polônia (WIPO, 2017): (WIPO, 2017)

Brasil



O fator de crescimento de depósitos de marcas e de desenhos industrial, observados nos gráficos acima, apontam para um claro crescimento destes na Polônia que vem se alavancando como centro europeu do comércio, em especial se observado o projeto denominado “rota da seda”, que na cidade polonesa de Lodz movimentou, em 2012, 10 trens e em 2018 teve um acréscimo para 500, em decorrência do desenvolvimento da respectiva logística, visando a otimização do transporte. (Poland, 2018)

O que se observa dos dados acima é emblemático para o processo recente de desenvolvimento. Polônia e Brasil atravessaram momentos históricos, no final do século XX, com a prevalência de sistemas políticos fechados e economia centralizada. Ambos passaram por transformações políticas, que culminaram com abertura de seus sistemas econômicos. Desta forma, não há como se vislumbrar um melhoria do quadro em curto prazo, na medida em que políticas nesse campo apresentam seus resultados em médio e longo prazo.

3. CONCLUSÃO

A presente análise evidencia alguns pontos, que podem ser sintetizados em três campos, sendo o primeiro referente a importância da inovação tecnológica, o segundo relativo a políticas de fomento do setor e o terceiro em relação ao papel da academia. Nesse sentido, impende observar, de forma preliminar, que implementar políticas de desenvolvimento econômico depende, para fins de sua sustentabilidade, de um campo favorável ao desenvolvimento tecnológico. Nesse sentido, parece ser inadmissível a criação de institutos que visem promover este novo patamar, mas que se encontrem impossibilitados de cumprir esta tarefa em face de situações estruturais ou imprevisibilidade do marco regulatório, além de falta de previsibilidade da atuação célere do Poder Judiciário.

Por outro lado, P&D é fruto de investimentos. Estes, por seu turno, dependem de um ambiente favorável, que privilegie o empreendedorismo, que estimulem a livre iniciativa em busca de soluções ousadas, para problemas postos. Este ambiente deve ter a sua atuação limitada pelas leis do mercado e estar livre de interferências estatais ou corporativas, que busquem o estabelecimento de mecanismos artificiais de preços, em detrimento a justa remuneração do investidor. Produto novo, inexistente no estado da técnica se torna incomparável em relação aos existentes, na medida em que propicia utilidades anteriormente inexistentes. Desta forma, qualquer busca de similaridade com relação a produtos anteriores, por qualquer ótica que seja se torna falaciosa, haja vista a comparação de objetos heterogêneos, com efeitos diversos, parte de premissas diferenciadas, o que impede uma análise pautada em critérios objetivos. Um procedimento inovador, mesmo na área de tratamento de moléstias, constitui um novo patamar da evolução humana, social e econômica, sendo, portanto, incomparável com aquele anterior. Entender de forma diversa é deixar de compreender o caráter inovador da tecnologia.

Em outra visada, tem-se o papel das universidades, como centros de pesquisa. Estas constituem ao lado do setor privado produto força motriz para o desenvolvimento de novas tecnologias, uma vez que,

como se observa da própria Constituição brasileira, compõe a pesquisa, juntamente com o ensino e a extensão a base do ensino de nível superior. A academia, por outro lado, ao ser integrante do meio social desta, encontre-se inserida em seu meio, devendo, para tanto, ter a devida sensibilidade aos diversos atores sociais e necessidades desse meio, na busca de soluções para os problemas postos. Inovar implica em buscar elementos novos, que proporcionem para a sociedade uma implementação da sua qualidade de vida, gerem novas oportunidades e por fim acabem por criar os meios para a comercialização de produtos de alto valor agregado e desta forma realimentar o processo de pesquisa, em um movimento constante e contínuas na busca de melhores e mais arrojadas soluções para os diversos problemas da humanidade.

O que se verifica desta forma é que o processo inovador se torna contínuo. Ele é perene e desprovido de um momento final. O alcance de um novo patamar tecnológico, com toda a riqueza que o mesmo proporciona, é a base para se dar continuidade ao mesmo, na busca de um nível ainda mais arrojado, haja vista ser impensável a acomodação. Aqueles que param estarão condenados, em breve espaço de tempo, a ser ultrapassados, perdendo a condição de inovadores, para a de obsoletos. Destarte, políticas de P&D constituem a base do desenvolvimento econômico de um país de forma consistente.

Os dados coletados, os textos analisados permitem concluir que o sistema de proteção da propriedade intelectual está intimamente vinculado a políticas que estimulem o crescimento econômico. Da leitura destes dados se permite observar que a falta de estruturas confiáveis acabam por limitar e inibir o espaço do empreendedor e desta forma se tornar em obstáculos a obtenção de um patamar mais avançado em termos de desenvolvimento econômico.

REFERÊNCIAS

AMADEI, José Roberto Placido. As patentes nas universidades: análise dos depósitos das universidades públicas paulistas (1995-2006), disponível em <https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=5000154508&tip=sid&clean=0>

AMARAL Jr., Alberto. Licença compulsória e acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, 2005, São Paulo, vol. 8, n. 16, pags. 11-23.

ANDERSON, Robert. Intellectual property, technology diffusion and growth, **Calgary Press**, Calgary, 1998

ARBIX, Glauco. **Políticas de inovação em nova chave**, **Estudos Avançados**, São Paulo, vol 31, págs. 49-73, 2017

BARBOSA, Denis. **Uma introdução à propriedade intelectual**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

_____. **Ensaio e estudos de propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro da Propriedade Intelectual, 2015

BLANCHARD, Olivier. **Macroeconomia**, 4ª edição, São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007

CLARKE, WARREN. **A worthwhile intervention? The potential role for a sovereign patent fund in Canada**. 2017. Disponível em <<https://www.cigionline.org/articles/worthwhile-intervention-potential-role-sovereign-patent-fund-canada>>. Acesso em 14 ago. 2018

CORREA, Carlos, **Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries**. 2ª ed. Londres: Zed Books, 2000

DAVID, Eduardo Gonçalves. **O futuro das estradas de ferro no Brasil**., Niterói: Portifolium, 2009.

DÖRMER, Sigrid. **Streitbeteiligung und neue entwicklung im rahmen von TRIPS**, GRUR Int. 1998

EWALT, David. Reuters. **Top 100: the world's most innovative universities – 2017**, Disponível em <<https://www.reuters.com/article/us-amers-reuters-ranking-innovative-univ/reuters-top-100-the-worlds-most-innovative-universities-2017-idUSKCN1C209R>>. Acesso em 14 set.2018

GUISE. Monica, **Propriedade intelectual no mundo contemporâneo: fomento ao desenvolvimento?** In: XV Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2006

Hong Kong Trade Development Council, **Technology financing in Israel: the Hong Kong partnership**. Disponível em <<http://economists-pick-research.hktdc.com/business-news/article/Research-Articles/Technology-Financing-in-Israel-The-Hong-Kong-Partnership/rp/en/1/1X000000/1X0A34L3.htm>>. Acesso em 11 ago 2018

IRIWEB, 2016 global R&D funding forecast, winter 2016, <https://www.iriweb.org/sites/default/files/2016GlobalR&DFundingForecast_2.pdf>. Acesso em 14 set. 2018

KUPFER, David. HANSECLEVER, Lia. **Economia Industrial**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2002

POLAND. China-Poland freight trains boost economic development in Lodz. Disponível em <<https://polandinenglish.info/38677429/chinapoland-freight-trains-boost-economic-development-in-lodz>>. Acesso em 13 set.2018

SICHEL, Debora Lacs. **Direito patentário no Brasil: do estado nacional para o mundo globalizado**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SICHEL, Ricardo L., **Direito europeu de patentes**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo III Direito de Autor e Direito Concorrencial

TÍTULO: A INFLUÊNCIA DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA NA MEDICINA: COMPREENSÃO DE UMA ANÁLISE AMPLA

**Eduardo de Serpa P. Fairbanks
Allan Rocha de Souza**

A INFLUÊNCIA DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA NA MEDICINA: COMPREENSÃO DE UMA ANÁLISE AMPLA ¹

Eduardo de Serpa Pinto Fairbanks²

Allan Rocha de Souza³

RESUMO:

Milhões de pessoas fazem uso de medicamentos todos os dias e, por conseguinte, as atividades da Indústria Farmacêutica assumem extrema importância para a humanidade. É conhecido que as produtoras de fármacos possuem uma relação estreita com instituições e profissionais da área médica. Com base em notícias de jornais, artigos e principalmente o livro *Medicamentos Mortais e Crime Organizado: como a Indústria Farmacêutica Corrompeu a Assistência Médica*, são expostas aqui formas de atuação das grandes empresas farmacêuticas para fomentar os lucros e as consequências de seus atos para a sociedade. Por meio da análise detalhada da literatura selecionada, este trabalho tem como objetivo avançar na análise sobre como a Indústria Farmacêutica influencia a atuação da medicina e suas relações com os pacientes em geral.

Palavras-chave: Indústria Farmacêutica; Medicamentos; Propriedade Intelectual

- 1 Este trabalho foi desenvolvido com apoio e incentivo 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 e do Program on Information Justice and Intellectual Property (PIJIP), Washington College of Law, American University. Pesquisador do NUREP: Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. 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: allan@rochadesouza.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>

INTRODUÇÃO

Cenário de suma importância na área das ciências médicas, a Indústria Farmacêutica é um grande setor da economia mundial. No Brasil, este possuiu um faturamento anual de cerca de 63,3 bilhões de dólares em 2016⁴. Novos medicamentos são produzidos ano após ano visando aperfeiçoar o tratamento de enfermidades e fomentar seu mercado altamente competitivo. Nessa linha, é necessário compreender como os recursos utilizados pela a Indústria Farmacêutica pode aproximar seu público-alvo de seus produtos.

Porém, nem sempre as formas encontradas possuem caráter benéfico para a população. Nesse contexto, a influência que a Indústria Farmacêutica exerce sobre a medicina em geral é, sob diversos aspectos, significativa. A partir da busca de artigos selecionados, matérias de jornais eletrônicos e do livro “Medicamentos Mortais e Crime Organizado: como a Indústria Farmacêutica Corrompeu a Assistência Médica”, de Peter Gotzsche, foram analisadas algumas de suas ações, que se mostram prejudiciais à sociedade mundial, seja pela falta de ética nos meios de propaganda, pelas vendas off-label, pela contratação de médicos para palestrar a favor de certas marcas e produtos, entre outros diversos exemplos que são trabalhados a seguir.

1. Patentes de medicamentos e a medicina

A patente é uma das formas mais antigas de proteção da propriedade intelectual. Resume-se na proteção de uma nova invenção, seja modelo de utilidade ou uma invenção propriamente dita. Uma vez concedidas, garantem ao inventor direitos exclusivos de usar sua criação por um limitado período de tempo, dentro de um determinado país. A proteção concebida em um determinado território só é garantida neste, e, para ampliar a proteção para os demais países, deve-se encaminhar um pedido a cada qual. Mas, graças ao Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT), pode-se realizar um único pedido internacional, em um idioma e

4 ANVISA. Anuário estatístico do mercado farmacêutico 2016. Brasília: 2017.

redirecioná-lo aos países, através do escritório de patentes.

Entre a primeira patente concedida até os dias atuais, infinitas invenções foram patenteadas, sejam compostos químicos, aparelhos de celular, máquinas agrícolas e até processos de fabricação de um produto. Três são seus requisitos fundamentais: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. No âmbito de criações patenteáveis, se encontram os fármacos, produzidos pelas indústrias de medicamentos. Há, porém, de acordo com a legislação vigente em cada país, bens que são impossibilitados de serem protegidos por uma patente, como materiais pré-existentes na natureza.

No âmbito da medicina, Sir Jonas Edward Salk, o criador da vacina contra a rubéola, acreditava que os medicamentos não deveriam possuir patentes, que este era uma conquista da sociedade. Uma vez perguntado acerca do assunto, o médico indagou: “A quem pertence minha vacina? Ao povo! Você pode patentear o sol?”. As patentes farmacêuticas, assim como as demais, protegem os progressos tecnológicos das empresas e melhorias funcionais de seus produtos. Proporciona, assim, o incentivo pela criação de um fármaco novo, estimulando atitudes que promovam o progresso, tanto econômico quanto social, a exemplo de uma descoberta de novos tratamentos.

Desta forma, ao se patentear um medicamento, o titular pode impedir que terceiros possam produzir, usar, vender e colocar a venda sua invenção, por um período de no mínimo 20 anos, a contar da data do depósito do pedido. Assim que a patente se extingue, está se torna domínio público, disponível para utilização sem necessidade de autorização ou pagamento.

Contudo, de acordo com especialistas, o controle mais rigoroso da liberação de patentes estimula o progresso das pesquisas. Conforme o coordenador do Grupo de Trabalho em Propriedade Intelectual – GTPI, Pedro Villardi, o maior número de tecnologia sob domínio público garante o maior acesso a ela e, com isso, acelerar o desenvolvimento de pesquisas. Além disso, a população de menor renda pode ter um acesso facilitado aos medicamentos, sem sofrerem com os altos preços estipulados em um monopólio. Essa afirmação é uma resposta à pretensão do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços de conceder, sem análise de

mérito, todos os pedidos de patentes feitos antes de 2014. Essa decisão aprovaria aproximadamente 230 mil pedidos de patente, criando assim, vários núcleos de monopólio⁵.

Em uma análise mais subjetiva, Villardi apontou que a liberação do maior número de patentes pode representar uma falsa sensação de que inovações estão acontecendo. De acordo com o especialista, “medir inovação pela quantidade de emissão de patente é falacioso. Hoje não existem medicamentos novos e estamos em uma crise de inovação justamente neste período de mais de 20 anos de obrigatoriedade de patentes”⁶.

Um estudo realizado na União Europeia, mostrou que desde 1994, ao mesmo passo que os avanços na inovação de medicamentos diminuíram, o lucro das empresas seguiu aumentando⁷. Outro exemplo usado pelo coordenador da GTPI foi o medicamento Sofosbuvir. Este foi desenvolvido pela Pharmasset e, após ter seu portfólio comprado pela Gilead, teve sua patente liberada, passando a custar 84 mil dólares o tratamento. Em 2014, a empresa lucrou cerca de 12,4 bilhões de dólares, superando o valor da compra (11 bilhões de dólares). Essa quantia gera a seguinte dúvida: uma empresa precisa de 20 anos de proteção de sua patente para conseguir garantir retorno financeiro pelos gastos com os avanços?⁸

Nos últimos 25 anos, não houve avanço significativo no espectro dos antibióticos. Além disso, na década de 1990, havia 18 empresas pesquisando essa classe farmacológica, enquanto em 2010, apenas 04. Villardi ainda alegou que cerca de 700 mil pessoas morrem devido a infecções por não haver antibióticos eficazes para seus tratamentos⁹. De outra forma, conforme Lori M. Reilly, em declaração ao jornal New York

5 GRUPO DE TRABALHO EM PROPRIEDADE INTELECTUAL. GTPI pede regras rigorosas nos exames de patentes na área farmacêutica. 2017. <http://deolhonaspentes.org/gtpi-pede-regras-rigorosas-nos-exames-de-patentes-na-area-farmaceutica>. Acesso em: 28 set. 2018.

6 GRUPO DE TRABALHO EM PROPRIEDADE INTELECTUAL. GTPI pede regras rigorosas nos exames de patentes na área farmacêutica. 2017. <http://deolhonaspentes.org/gtpi-pede-regras-rigorosas-nos-exames-de-patentes-na-area-farmaceutica>. Acesso em: 28 set. 2018.

7 Ibidem.

8 Ibidem.

9 Ibidem.

Times, sem as patentes, a indústria não teria incentivo para gerar inovações ao mercado. Estas então são a proteção das empresas farmacêuticas¹⁰.

No entanto, quanto isso custa ao consumidor? Vale salientar que o consumidor em questão, muitas vezes, está utilizando o produto para tratar problemas de saúde graves, os quais, se não tratados, custariam a sua vida. Um exemplo de consumidor afetado é o norte americano. Estima-se que os Estados Unidos é o país que tem os medicamentos com maior custo entre os países desenvolvidos. Até mesmo em posicionamentos políticos, líderes de partidos importantes nos Estados Unidos se posicionam contrários aos preços dos medicamentos no país, inclusive o atual presidente, Donald Trump, afirmou que não gosta da realidade do custo dos tratamentos farmacêuticos para a população¹¹.

Tratamentos de doenças severas, como o câncer de mama, hepatite C, câncer de pulmão e até a leucemia estão custando dezenas de milhares de dólares mensais para a população do país, com ênfase nos produtos das empresas Eli Lilly, Gilead Sciences, Pfizer e Novartis. Esses exemplos apontam para o que se tornou a indústria farmacêutica nas últimas décadas: uma instituição que lucra às custas da vulnerabilidade da saúde humana¹².

As empresas justificam o preço elevado de medicamentos através do também elevado custo de produção. Além disso, alegam que: a maioria dos pacientes não paga o preço de custo total do tratamento, possuindo subsídio dos seguros e que as patentes não são vitalícias. Desta forma, defendem que o lucro é a garantia do próximo ‘milagre’ que será produzido¹³.

2. Investimento em propaganda

Sabe-se que a indústria farmacêutica possui um elevado giro de

10 HABERMAN, Clyde. Lives and Profits in the Balance: The High Stakes of Medical Patents. 2016. <https://www.nytimes.com/2016/12/11/us/retro-report-medical-patents-profits.html>. Acesso em: 28 set. 2018.

11 HABERMAN, Clyde. Lives and Profits in the Balance: The High Stakes of Medical Patents. 2016. <https://www.nytimes.com/2016/12/11/us/retro-report-medical-patents-profits.html>. Acesso em: 28 set. 2018.

12 Ibidem.

13 Ibidem.

capital em seu comércio. Uma forma de fomentar o lucro é o aumento expressivo nos valores cobrados pelos medicamentos. Para justificar esse aumento, as empresas costumam alegar um maior investimento em pesquisa. No entanto, conforme estudos¹⁴, a maior parte dos lucros da Indústria Farmacêutica é reinvestida em publicidade e outros mecanismos de marketing, e não em pesquisas. De acordo com a Kantar Media, as principais redes de transmissão norte-americanas, durante o noticiário da noite, exibem propagandas constantes de medicamentos. Dados da empresa apontam que houve um investimento nesse setor de cerca de 5,4 bilhões em 2015. Dentre os medicamentos mais vendidos, destacam-se: Humira, da Abbott, que trata artrite reumatóide; Lyrica, da Pfizer, para dores neurais; Eliquis, da Bristol-Myers Squibb, um anticoagulante; Cialis, da Eli Lilly, que atua contra a disfunção erétil e por fim, Xeljanz, da Pfizer, que também trata artrite reumatóide¹⁵.

Além disso, diariamente representantes de vendas visitam médicos para apresentar os produtos das empresas. Em cenários como ambulatórios e clínicas particulares, por exemplo, um estudante de medicina pode ser surpreendido ao ver o médico que está acompanhando receber itens como: amostras grátis de um medicamento, trabalhos científicos, pôsteres, entre outros “brindes” fornecidos por grandes empresas farmacêuticas. Mesmo não sendo considerada uma atitude antiética (artigo de estratégias promocionais), é uma estratégia frequentemente utilizada pela Indústria Farmacêutica para atrair a visibilidade entre os médicos. Desta forma, é uma linha tênue a relação entre distribuição de amostras grátis e demais brindes aos profissionais e a tomada de decisão no momento da prescrição.

Em meados da década de 1970, estimava-se haver um propagandista para dez médicos nos EUA, número que pode ser contrastado com uma média de 1:3 nos seguintes países: Guatemala, México e Brasil¹⁶. Tal

14 CELIA, Frank. Pharma ups the ante on DTC advertising. 2017. <https://www.kantarmedia.com/us/newsroom/km-inthenews/pharma-ups-the-ante-on-dtc-advertising>. Acesso em: 30 set. 2018

15 HABERMAN, Clyde. Lives and Profits in the Balance: The High Stakes of Medical Patents. 2016. <https://www.nytimes.com/2016/12/11/us/retro-report-medical-patents-profits.html>. Acesso em: 28 set. 2018.

16 BARROS, José Augusto C. Revista Saúde pública, São Paulo, 17:377-86, 1983. p380.

estatística demonstra a relevância da propaganda para as grandes empresas.

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 de maneira crescente as 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, porém, 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 prescrição¹⁷.

Para completar o quadro, temos ainda a questão da vinculação de pesquisadores à indústria e médicos como consultores. A princípio, vale destacar a presença de médicos nas folhas de pagamentos de grandes empresas. Em 2010, uma análise de 4036 médicos, realizada na Dinamarca, mostrou que 40% deles estavam vinculados às empresas como pesquisadores. Apesar do elevado número, o progresso com o tratamento medicamentoso não é tão expressivo. 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. Apenas entre 11 a 16% representaram um ganho terapêutico, mas com definições superficiais do que seria ganho¹⁸.

Ainda dentro deste universo, 1.160 médicos foram contratados pela indústria farmacêutica para fazer aconselhamentos como membro ou consultor de Comitê Consultivo, um número que não condiz com a quantidade necessária para realizar tal função. De acordo com

17 BARROS, José Augusto C. Revista Saúde pública, São Paulo, 17:377-86, 1983. p378.

18 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.

a Pharmaceutical Marketing, o aconselhamento é um dos meios mais poderosos de chegar perto de pessoas e influenciá-las. 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 outros médicos, especialistas e generalistas¹⁹.

3. Minimização de efeitos colaterais, vendas off-label e combate à regulação

A venda off-label de medicamentos ocorre uma vez que o uso diverge da bula de um medicamento registrado. Pode incluir diferenças na indicação, faixa etária/peso, dose, frequência, apresentação ou via de administração. Um exemplo 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 cardíacas²⁰.

Nos Estados Unidos, o grande desafio da FDA é que esta regula os produtores de medicamentos, mas fica restrito a isso, pois não possui poder de regulamentação sobre os prescritores dos remédios²¹. No contexto do mundo, no geral, por mais que seja proibido um fármaco ser vendido off-label, um médico pode prescrevê-lo desta forma de acordo com seu critério. No Brasil, o cenário não é diferente:

“Os dados acerca do uso irracional de medicamentos no Brasil são alarmantes. Aproximadamente um terço das internações ocorridas no país tem como origem o uso incorreto de medicamentos. Estatísticas do Sistema Nacional de Informações Tóxico-Farmacológicas (Sinitox) da

19 Ibidem, p.74.

20 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.

21 THOMAS, Katie. Trump's F.D.A. Pick Could Undo Decades of Drug Safeguards. 2017. <https://www.nytimes.com/2017/02/05/health/with-fda-vacancy-trump-sees-chance-to-speed-drugs-to-the-market.html>. Acesso em: 28 set. 2018.

Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) revelam que os medicamentos respondem por 27% das intoxicações no Brasil, e 16% dos casos de morte por intoxicações são causados por medicamentos.”

Peter Gotzsche realizou uma pesquisa em 2012 usando dados da Google sobre as multas aplicadas a estas empresas, na qual o autor selecionou 10 grandes empresas farmacêuticas, encontrando uma variação de 0,5 a 2,7 milhões de ocorrências para cada uma dessas empresas. Destacou então os 10 casos mais relevantes, que variaram dos anos de 2007 a 2012. Esses dados têm sua importância demonstrada nos valores exorbitantes que as grandes empresas aparentam não se importar em pagar, multas que variam de 423 milhões a 3 bilhões de dólares²². Os registros destacados por Gotzsche estão evidenciados na tabela a seguir:

22 GOTZSCHE, Peter C. Op. Cit. Pp. 24-25.

Empresa	US\$	Ano	Fatos
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 (<i>Corporate Integrity Agreement</i>), 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 para induzi-los a prescrever Trileptal e outros cinco medicamentos. Os delatores, todos sendo funcionários da Novartis, receberam mais de 25 milhões de dólares e a empresa assinou um <i>Corporate Integrity Agreement</i> . ²

Sanofi-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
GlaxoSmithKline	3 bilhões	2011	É o maior encerramento de fraude em atenção à saúde na história dos EUA. A empresa comercializou ilegalmente medicamentos para uso <i>off-label</i> . 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
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	<p>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 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</p>
-------------------	------------	------	---

Merck	670 milhões	2007	<p>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, dentre eles: pagamentos em excesso disfarçados em taxas como “treinamento” e “consultoria”. A empresa concordou com um <i>Corporate Integrity Agreement</i>.⁷</p>
Eli Lilly	1,4 bilhão	2009	<p>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, tendo danos substanciais.⁸</p>

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
--------	------------	------	---

Além das multas, é recorrente a tentativa de reduzir o espaço de regulamentação da atividade. No início de 2017, o presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, quis revisar a FDA (Food and Drug Administration), agência que regulamenta a circulação de medicamentos, utilitários médicos, alimentos, cosméticos e afins no país. Um dos principais assuntos acerca dessa revisão é a aceleração do processo de aprovação de novas drogas produzidas²³.

23 THOMAS, Katie. Trump's F.D.A. Pick Could Undo Decades of Drug Safeguards. 2017. <https://www.nytimes.com/2017/02/05/health/with-fda-vacancy-trump-sees-chance-to-speed-drugs-to-the-market.html>. Acesso em: 30 set. 2018.

Trump analisou candidatos para comandar a agência, sendo um deles, Jim O'Neill, argumentou que as empresas não devem provar a eficácia de seus produtos em ensaios clínicos para serem liberadas ao mercado. De acordo com a matéria do jornal New York Times, outros candidatos também são a favor da redução de barreiras de regulamentação²⁴. Em uma conferência em 2014, O'Neill defendeu que os medicamentos deveriam demonstrar apenas uma segurança comprovada quanto aos efeitos adversos em seus usuários, sem precisarem de uma real efetividade no tratamento proposto por este²⁵.

Acontece que, em 1962 o Congresso aprovou uma lei que obriga as companhias a apresentarem provas substanciais da eficácia das drogas produzidas, para a venda destas ser licenciada. Esta lei e diversas outras posteriores forçaram as empresas a testar seus produtos rigorosamente, sendo examinados pela FDA antes de liberados para o consumo. É importante ressaltar que cerca de 90% das drogas avaliadas falham nos ensaios clínicos da agência. Com isso, drogas podem levar anos antes de serem comercializadas²⁶. Segundo o presidente Trump, esse período é muito demorado. Para ele, seguindo o raciocínio de O'Neill, na existência de uma droga, você pode aprovar sua eficácia, ao invés de esperar muitos anos para comercializá-la²⁷.

Na década de 60, o Congresso estabeleceu processos para a liberação de medicamentos. Após o episódio envolvendo a Talidomida, que causou defeitos congênitos graves em recém-nascidos cujas mães haviam tomado o fármaco durante a gravidez, o Congresso endureceu ainda mais o processo de liberação de drogas no mercado. A partir daí, a FDA passou a ser o principal órgão de fiscalização de drogas e alimentos do mundo, sendo exemplo a ser seguido por líderes de diversos países²⁸.

Os críticos da desregulamentação no processo de liberação dos medicamentos alegam que isto pode levar ao mercado drogas sem

24 Ibidem.

25 Ibidem.

26 Ibidem.

27 Ibidem.

28 Ibidem.

comprovação científica embasada no real efeito do produto²⁹. Daniel Carpenter, professor da Universidade de Harvard afirmou que essa facilitação na comercialização pode não somente diminuir a garantia da segurança de uma droga, mas também, reduzir a confiança de pacientes, investidores, pois essa é embasada pelo fato de os fármacos terem sido testados e, em meio a alguma evidência, se mostrou eficaz³⁰.

A agência estabelece um período de 10 meses para a aprovação de medicamentos padrão e um período de seis meses para aqueles que se qualificaram para aprovação acelerada; um estudo recente mostrou que a agência decide sobre drogas mais rapidamente do que suas contrapartes na Europa e no Canadá. Em dezembro de 2016, o Congresso aprovou uma lei que acelera aprovações para certos medicamentos e dispositivos médicos. Líderes do setor de medicamentos dizem que querem que a FDA seja mais aberta para permitir novos tipos de ensaios clínicos e que precisa se tornar mais ágil em acompanhar o ritmo deslumbrante dos avanços médicos, além de estimularem a contratação de mais 1000 funcionários para tomadas de decisões se tornarem mais rápidas³¹.

4. Fabricantes de genéricos fora do mercado

Uma das consequências das atividades lucrativas da Indústria Farmacêutica é a interferência na produção e comercialização de produtos genéricos. O genérico é um medicamento com o mesmo princípio ativo, forma farmacêutica e dosagem e com a mesma indicação que o medicamento de referência. No Brasil, geralmente são produzidos após a expiração ou renúncia da proteção da patente ou de outros direitos de exclusividade e a aprovação da comercialização é feita pela ANVISA. Ou seja, são fármacos produzidos com seu preço de mercado menor do que os produtos das grandes empresas farmacêuticas. Segundo Peter Gotzsche, empresas como a GlaxoSmithKline, Bystol-Myers Squibb e Lundbeck,

29 THOMAS, Katie. Trump's F.D.A. Pick Could Undo Decades of Drug Safeguards. 2017. <https://www.nytimes.com/2017/02/05/health/with-fda-vacancy-trump-sees-chance-to-speed-drugs-to-the-market.html>. Acesso em: 30 set. 2018.

30 Ibidem.

31 Ibidem.

encontraram meios de dificultar a circulação de genéricos nos Estados Unidos³².

Antes de exemplificar os atos de cada empresa citada, é importante entender que nos Estados Unidos, se uma empresa entrar com uma ação judicial contra um produto genérico, alegando violação de patente, a aprovação deste medicamento é postergada por 30 meses pela FDA, a agência norte-americana que realiza o controle dos fármacos no país³³. No caso da GlaxoSmithKline, esta bloqueou formas mais baratas de seu antiinflamatório Relafen, além da empresa fraudar patentes, em violações antitrustes e em litígio para manter um monopólio e bloquear a entrada no mercado de versões genéricas³⁴.

Em 2003, a empresa Bystol-Myers Squibb foi acusada de padrão de bloqueio ilegal da entrada de concorrentes genéricos com 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 genérico³⁵.

Já no caso da Lundbeck, esta foi multada pela Comissão Europeia por diversos produtores de genéricos terem aceitado retardar, em 2002, a entrada no mercado de antidepressivos. A empresa também tinha adquirido o estoque de genéricos com a finalidade de destruí-lo³⁶.

Em 2008, foi estimado que o bloqueio da circulação de genéricos na Europa custou aproximadamente três bilhões de euros em apenas oito anos³⁷.

Além destes bloqueios, outra manobra de domínio de mercado é a criação de um monopólio de determinada classe farmacêutica. Há o exemplo do ocorrido com as empresas Concordia e Actavis UK, acusadas pela CMA (Autoridade de Concorrência e Mercados) do Reino Unido por selarem uma parceria para restringir a venda de hidrocortisona para

32 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. 33.

33 Ibidem.

34 Ibidem.

35 Ibidem.

36 Ibidem.

37 Ibidem.

uma das empresas. Este medicamento possui amplo mercado sendo utilizado no tratamento de insuficiência adrenal, uma patologia que coloca em risco a vida de seu portador. A Actavis induziu a Concordia a adiar a entrada do fármaco concorrente no mercado, o que garantiu que a empresa pudesse direcionar e manter por longo período o preço da hidrocortisona. Sendo assim, o custo do medicamento subiu de 49 libras para 88 libras de 2013 a 2016. Essas descobertas aconteceram após a CMA acusar a Actavis UK de estabelecer aumentos de até 12000% no preço de seu produto³⁸.

Outro episódio a ser destacado é o que envolve a Aspen Pharmacare, quando seus funcionários aparentemente conspiraram para destruir estoques de fármacos que são utilizados no tratamento para o câncer. Conforme notícia do Independent, e-mails de profissionais da empresa vazaram, nos quais estariam celebrando o aumento no preço das drogas. A empresa comprou cinco fármacos da GlaxoSmithKline e tentou aumentar o preço em 40 vezes. Os medicamentos Busulfan, Leukeran, Alkeran e outros dois sofreram aumentos consideráveis³⁹. O aumento no preço dos genéricos custou cerca de 380 milhões de libras por ano para a NHS (Serviço Nacional de Saúde) inglesa, de acordo com o Congresso Europeu do Câncer⁴⁰.

Segundo o jornal El Confidencial Digital, a Aspen barganhou com o Ministro da Saúde, que cancelaria as vendas dos tratamentos para o câncer caso não fossem aprovados aumentos em até 4000% no preço dos fármacos. Ao mesmo passo, o The Times confirmou que o mesmo foi feito na Itália, em que foi pedido autorização para o aumento em até 2100%⁴¹.

38 RODIONOVA, Zlata. Pharma firms Actavis UK and Concordia accused of illegally driving up prices for life-saving NHS drug. 2017. <https://www.independent.co.uk/news/business/news/actavis-uk-concordia-nhs-drug-price-drive-up-pharmaceuticals-cma-illegal-dealing-hydrocortisone-a7608941.html>. Acesso em: 29 set. 2018.

39 FORSTER, Katie. Pharmaceutical giant 'plotted to destroy cancer drugs to drive prices up 4,000%'. 2017. <https://www.independent.co.uk/news/health/drug-giant-aspen-plot-destroy-cancer-medicine-big-pharma-times-investigation-a7683521.html>. Acesso em 29 set. 2018.

40 Ibidem.

41 Ibidem.

5. A crise dos opioides

Visto como um enorme problema nos tratamentos de longa duração, a minimização dos efeitos colaterais e consequentes riscos dos determinados fármacos está apresentando atualmente uma crise de larga escala nos Estados Unidos e outros países como Canadá e Reino Unido. A classe farmacológica em questão são os opioides.

No ano de 2017, as empresas Big Pharma, Janssen Pharmaceuticals, Allergan, Purdue Pharma, Endo e Cephalon foram alvo de processos em Ohio. As últimas cinco foram acusadas de minimizarem os riscos do uso de alguns medicamentos opióides. Esta classe de medicamentos se tornou a maior fonte de overdose não intencional no estado⁴².

De acordo com o procurador geral do Estado, Mike DeWine, as empresas estão diminuindo o risco de dependência de opiáceos e consequentemente criando uma população dependente fisicamente ou psicologicamente destes. O procurador acusou os fabricantes de violarem leis estaduais, como a Lei de Práticas Corruptas, além de fraudarem o Medicaid⁴³.

Mesmo sem boas evidências quanto ao uso dos opiáceos, médicos influentes e representantes de vendas são pagos para defenderem o uso benéfico destes medicamentos em longo prazo. DeWine alegou que as empresas têm que arcar com os custos dos consumidores que utilizaram os opióides para dor crônica⁴⁴. O estado de Ohio é um dos mais afetados pela comercialização de opiáceos. Funcionários da capital, Columbus, estavam registrando cerca de uma morte por dia causada por overdose⁴⁵.

Próximo aos Estados Unidos, o Canadá é o segundo país com maior consumo de opioides no mundo. Desde a década de 1980, prescrições desta classe farmacológica vêm aumentando, alcançando um aumento

42 SIEMASZKO, Corky. Ohio Sues Big Pharma, Blaming Drug Makers for Causing Opioid Epidemic. 2017. <https://www.nbcnews.com/storyline/americas-heroin-epidemic/ohio-sues-big-pharma-blaming-drug-makers-causing-opioid-epidemic-n766706>. Acesso em 29 set. 2018.

43 Ibidem.

44 Ibidem.

45 Ibidem.

de aproximadamente 3000%. No país, é estimado que esse fármaco seja a quarta substância mais utilizada entre os canadenses, perdendo apenas para o álcool, o tabaco e a maconha. A prescrição destes medicamentos parece ser um passaporte para o início do uso irracional⁴⁶. Em 2016, aproximadamente 16 pessoas foram internadas por dia no Canadá devido à intoxicação pelo uso de opioides e cerca de metade morreu. Este valor é superior a mortes automobilísticas, por exemplo⁴⁷.

Formas potentes de opioides estão sendo cada vez mais utilizados, como o Fentanil e seus análogos, que são combinados com outras substâncias, como o álcool, e benzodiazepínicos, aumentando assim, o risco de overdose⁴⁸. Todas as classes socioeconômicas estão sendo afetadas no país, mas vale destacar que a maior quantidade de mortes ocorre em bairros de classe média, principalmente em ambiente domiciliar⁴⁹.

Há uma estatística que torna possível o cálculo da possível quantidade de anos de vida perdidos por uma pessoa pelo uso de opiáceos. Enquanto globalmente esta diminui, no Canadá aumentou nas últimas três décadas. Quanto ao número de internações anuais para o tratamento da dependência de opioides existem dados que apontam o aumento em mais de seis vezes nos últimos 17 anos⁵⁰.

46 Belzak, L. Halverson, J. The opioid crisis in Canada: a national perspective. Public Health Agency of Canada, Ottawa, Ontario, Canada. Jun, 2018.

47 Ibidem.

48 BELZAK, L.; HALVERSON, J. The opioid crisis in Canada: a national perspective. Public Health Agency of Canada: Ottawa, Ontario, jun, 2018.

49 Ibidem.

50 THERESA, T. Commentary - Building the evidence base for sustained public health response to the opioid epidemic in Canada. Public Health Agency of Canada, Ottawa, Ontario, jun, 2018.

Conclusão

A propriedade intelectual está intimamente relacionada à saúde, principalmente tendo em vista as formas de agir da indústria farmacêutica, seja na construção de um monopólio, combate à circulação de medicamentos genéricos ou pela incessante propaganda.

Por meio de ações que fogem à perspectiva do bem-estar humano, os medicamentos são vendidos com auxílio de entidades do sistema da saúde, seja por meio de seus médicos, poderes públicos e até órgãos fiscalizadores, sendo este último exemplo afetado por tentativas de redução na regulação praticada ou até mesmo corrupção dentro do meio.

O que a literatura utilizada nos expõe é a desenfreada busca por lucros a qualquer custo, inclusive de vidas humanas. As patentes, neste contexto, são instrumentos de monopolização que, por estas características, trazem ações que fogem em muito dos objetivos e razão destes institutos de proteção (incentivar a pesquisa e inovação em medicamentos para o melhoramento da saúde e bem-estar), o que nos faz questionar a desejabilidade da própria propriedade intelectual.

REFERÊNCIAS

ANVISA. Anuário estatístico do mercado farmacêutico 2016. Brasília: 2017.

BARROS, José Augusto C. Revista Saúde pública, São Paulo, 17:377-86, 1983

BELZAK, L. Halverson, J. The opioid crisis in Canada: a national perspective. Public Health Agency of Canada, Ottawa, Ontario, Canada. Jun, 2018.

CELIA, Frank. Pharma ups the ante on DTC advertising. 2017. <https://www.kantarmedia.com/us/newsroom/km-inthenews/pharma-ups-the-ante-on-dtc-advertising>.

FORSTER, Katie. Pharmaceutical giant 'plotted to destroy cancer drugs to drive prices up 4,000%'. 2017. <https://www.independent.co.uk/news/health/drug-giant-aspen-plot-destroy-cancer-medicine-big-pharma-times-investigation-a7683521.html>.

GOTZSCHE, Peter C. Medicamentos mortais e crime organizado: como a indústria farmacêutica corrompeu a assistência médica. Tradução: Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: Bookman, 2016

GRUPO DE TRABALHO EM PROPRIEDADE INTELECTUAL. GTPI pede regras rigorosas nos exames de patentes na área farmacêutica. 2017. <http://deolhonaspateentes.org/gtpi-pede-regras-rigorosas-nos-exames-de-patentes-na-area-farmaceutica>.

HABERMAN, Clyde. Lives and Profits in the Balance: The High Stakes of Medical Patents. 2016. <https://www.nytimes.com/2016/12/11/us/retro-report-medical-patents-profits.html>.

MORIN, Kristen A.; EIBL, Joseph K.; FRANKLYN, Alexandra M.; MARSH, David C. The opioid crisis: past, present and future policy climate in Ontario, Canada. Subst Abuse Treat Prev Policy. 2017; 12: 45, Canada. Nov 2017.

RODIONOVA, Zlata. Pharma firms Actavis UK and Concordia accused of illegally driving up prices for life-saving NHS drug. 2017. <https://www.independent.co.uk/news/business/news/actavis-uk-concordia-nhs-drug-price-drive-up-pharmaceuticals-cma-illegal-dealing-hydrocortisone-a7608941.html>.

SIEMASZKO, Corky. Ohio Sues Big Pharma, Blaming Drug Makers for Causing Opioid Epidemic. 2017. <https://www.nbcnews.com/storyline/americas-heroin-epidemic/ohio-sues-big-pharma-blaming-drug-makers-causing-opioid-epidemic-n766706>

THERESA, T. Commentary - Building the evidence base for sustained public health response to the opioid epidemic in Canada. Public Health Agency of Canada, Ottawa, Ontario, Canada. Jun, 2018.

THOMAS, Katie. Trump's F.D.A. Pick Could Undo Decades of Drug Safeguards. 2017. <https://www.nytimes.com/2017/02/05/health/with-fda-vacancy-trump-sees-chance-to-speed-drugs-to-the-market.html>.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo IV Direito de Autor e Novas Tecnologias

TÍTULO: BREVES TÓPICOS SOBRE A 'REGULAÇÃO' DA VIDA COTIDIANA PELOS ALGORITMOS, PRIVACIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

**Beatriz Brito Beserra
Pedro Marcos Nunes Barbosa**

BREVES TÓPICOS SOBRE A ‘REGULAÇÃO’ DA VIDA COTIDIANA PELOS ALGORITMOS, PRIVACIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

Beatriz Brito Beserra¹

Pedro Marcos Nunes Barbosa²

(1) INTRODUÇÃO

Pierre Levy³ vaticinava seus leitores de que a expansão da utência da internet geraria a obsolescência do conceito de *off-line/online*, mas jamais poderia prescrever os resultados pragmáticos quanto à privacidade⁴ destes mesmos seres diante dos vínculos quase ininterruptos entre consumidores e provedores de serviço. Aliás, a todo o momento, inúmeros dados pessoais são coletados dos indivíduos – para os mais distintos fins – de uma sociedade que acessa a rede mundial de computadores, em vetusta práxis que antes se centrava no uso abusivo de *cookies* esparsos⁵, e hoje constitui perfis precisos, conglobantes, a revelar a *silhueta* do emissor de tais dados.

Deste modo, o comércio cibernético goza de um valioso ativo que não é comum ao ambiente tradicional/físico, consistente na redução das assimetrias⁶ informacionais de seus interlocutores/consumidores, pelo

- 1 Acadêmica do quinto período de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. bia.beserra@globo.com
- 2 Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Comercial (USP), Mestre em Direito Civil (UERJ) e Especialista em Direito da Propriedade Intelectual (PUC-Rio). Sócio de Denis Borges Barbosa Advogados. pedromarcos@nbb.com.br
- 3 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Editora 34. São Paulo. 1996.
- 4 RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância*. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- 5 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet*. São Paulo: RT, 2008, p. 232.
- 6 “Não se espera que, no momento da vinculação, as empresas efetivamente disponham de todas as informações sobre o negócio ou sobre o contexto fático que o circunda (mesmo porque, como já assinalamos, isso seria impossível)” FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, p. 140.

uso *estratégico* das informações coletadas pelos acessos empenhados. Ou seja, a maximização da destinação publicitária eficiente e do cruzamento de dados para policiar uma oferta com maiores chances de fazer surtir a sedução capitalista⁷, repristina um antigo debatehavido no Direito Comercial sob novas vestes (privacidade) e searas (Propriedade Intelectual, Direito Constitucional, Direito do Consumidor e Direito Civil): a *titularidade* de um bem (*in casu* dos dados sensíveis) não se confunde com o *controle* sobre o mesmo⁸.

Este breve ensaio, portanto, se propõe à exemplificação de certas *fattispecie* que desafiam a subsunção corriqueiramente feita sobre regulação, Estado, privacidade e sociedade, e, ao final, se propõe a oferecer algumas reflexões.

(2) EFICIÊNCIA, MERCADOS E SERES HUMANOS

Não é exagero asseverar que, hoje, algumas das maiores atividades econômicas da Internet se baseiam em vigiar violações cotidianas da privacidade dos usuários. Nesta senda, a socióloga Marta Kanashiro⁹ costuma advertir, em suas palestras, que os dados pessoais são a nova matéria prima do século XXI. Por sinal, boa doutrina estadunidense identifica – pondo em xeque a tradicional noção do direito comercial de que a clientela não integra¹⁰ o perfil objetivo da *empresa* – que tais dados

7 “a direção do processo produtivo pertence principalmente aos donos dos meios de produção e é orientado em função do lucro, isto é, do aumento e da acumulação do capital; é uma economia de mercado, isto é: a produção de cada produtor privado é trocada por dinheiro (: mercantilmente), e só por essa mediação (: como mercadorias) atinge o consumidor” MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3ª Edição. Editora: Centelha; Coimbra, 1978, p. 28.

8 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p. 3

9 Palestra proferida por Marta Kanashiro para os alunos do curso de especialização em jornalismo científico da Unicamp, em outubro de 2017.

10 “One way to begin is by realizing that we are not Google’s customers: we are its product. We-our fancies, fetishes, predilections, and preferences-are what Google sells to advertisers” VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything*. (And Why We Should Worry). Los Angeles: University Of California Press, 2012, p. 3.

sensíveis dos utentes são a maior riqueza de uma sociedade empresária.

Empresas das mais variadas áreas, governos e escolas são alguns exemplos de instituições que têm utilizado, de forma progressiva e constante, dados particulares para os guiarem em tomadas de ‘decisão’, por meio de algoritmos. Esses funcionam como regras que têm como objetivo determinadas finalidades. Imagine, por exemplo, seguir uma receita de bolo ou as instruções de um jogo. Entretanto, a *lógica técnica* é em geral ignorada pelos utentes dos serviços da internet, bem como muitas vezes os programas de computador¹¹ (que incorporam os algoritmos prescritos à coleta de dados) realizam uma regulação peculiar diante da legalidade constitucional.

Este fenômeno, novamente, tampouco é novo. *Verbi gratia*, a doutrina autoralista¹² que, com absoluta precisão, criticou o emprego de *Digital Rights Management* que cerceavam o rol exemplificativo (art. 46 da LDA) de limites às criações intelectuais de natureza estética, já antecipara que a *regulação tecnológica* muitas vezes é mais restritiva do que o direito positivo. Por sua vez, pensadores *yankees* como (Larry Lessig¹³) alertavam sobre um tipo de *arquitetura técnica* que poderia importar na *reescrita* dos ‘códigos’ *cristalizados* pelo Poder Legislativo, em qualquer tipo de relação na internet. É necessário, aliás, cotejar se não há a paulatina inversão do que seja *soft law* para o que seja *hard law*!?

Em tais hipóteses, nota-se a preocupação da maioria dos estudiosos com fenômenos como soberania, o esgarçamento da efetividade de direitos de propriedade intelectual sujeitos à territorialidade, a dificuldade de realizar controle preciso sobre execução pública¹⁴ e o uso privado.

11 BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Volume IV, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

12 E.g., TRANQUILLINI NETO, Aristidis. *Digital Rights Management e Fair Use*. Rio de Janeiro: Revista da ABPI, 116, 2012 e entrevista concedida por ROSSINI, Carolina Almeida Antunes ao site <http://www.observatoriodaeducacao.org.br/index.php/entrevistas/56-entrevistas/872-lei-de-direitos-autorais-brasileira-e-umas-das-mais-restritivas-do-mundo-diz-pesquisadora>, acessado no dia 15.10.2018.

13 LESSIG, Lawrence. *Code And Other Laws Of Cyberspace*. Nova Iorque: Basic Books, 1999.

14 V.g. vide o famoso julgado sobre a execução pública no streaming realizado pela 2a Seção do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.567.780-RJ. Sobre as críticas

Contudo, há duas importantes questões que, em geral, são tratadas *a latere* pelos estudiosos do ‘Direito Digital’: de um lado i) a ausência de transparência – ínsita à ideia de qualquer tipo de regra que advenha de uma *república*¹⁵ – do funcionamento de tais *algoritmos* que conformam as condutas dos utentes, e, de outro, ii) a carência de legitimidade¹⁶ dos *autores* de tais *algoritmos* em restringir as tradicionais definições binomiais (*lícito/ilícito, uso conformelabusivo, não merecedor/merecedor de tutela*) ao *permitido pelo código/proibido pelo código*.

Se é verdade que os Constitucionalistas¹⁷ brasileiros – bem como o STF¹⁸ – desde a época dos anos 90 do século XX, passaram a se preocupar com a eficácia irradiante dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, com o chamado *private power*, o contexto contemporâneo internet põe em xeque¹⁹ conceitos básicos do direito público tais como *serviço público*, direito à informação²⁰, e garantia aos direitos fundamentais.

à metodologia e à fundamentação de tal julgamento permita-se a remissão ao artigo de BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. O STJ e o Streaming. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/o-stj-e-o-streaming-07052017>, acessado em 15.10.2018, às 22:51.

- 15 “*The idea here, associated with Justice Louis Brandeis, is that “sunlight is the best of disinfectants.” And if such policies are not adopted voluntarily, legal requirements might be considered. The idea would be to ensure that anyone who is engaging in a practice that might produce harm, or do less good than might be done, should be required to disclose that fact to the public*” SUNSTEIN, Cass Robert. *Republic.com2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 197.
- 16 “A democracia é a ideologia do nosso tempo, talvez não por convicção, nem por hábito, mas por falta de alternativas” ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 36.
- 17 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. xxvii.
- 18 Em especial nos leading cases RE 201.819/RJ (caso União Brasileira de Compositores) e RE 161.243-6 (caso Air France).
- 19 “A Constituição passou para o centro do sistema jurídico, desfrutando de uma supremacia que já não é tão somente formal, mas também material axiológico” BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. Edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.
- 20 LEONARDI, Marcel. *Marco Civil da Internet, Plataformas Digitais e Redes Sociais*. In. ARTESE, Gustavo (coordenador). *Marco Civil da Internet. Análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2015, p. 279

Pensadores de matriz próxima ao liberalismo/utilitarismo²¹ econômico, em grande parte das vezes, não são entusiastas da regulação²² das relações havidas na internet, sob o argumento de que a ignorância dos legisladores significaria a manietação dos bons *outputs* tecnológicos. Entretanto, o cuidado necessário não deve ser confundido com ausência Estatal. Nas palavras do jovem doutrinador²³:

“Benefícios e riscos deverão ser sopesados de forma cautelosa por empresas e consumidores. O direito deve estar atento ao seu papel nesse cenário para, de um lado, não dificultar demasiadamente o desenvolvimento econômico e tecnológico em andamento, e, de outro, regular com eficácia essas práticas, visando coibir abusos e protegendo os direitos constitucionais vigentes”.

Sem que queira se endossar o dogma da completude²⁴ do Direito, ressalte-se que no Brasil, há um relevante vazio legislativo quanto à defesa de direitos básicos em relação às inovações tecnológicas. O direito pátrio na Constituição Federal de 1988, assim como em outros institutos jurídicos, como o Marco Civil da Internet de 2014, deixa evidentes lacunas²⁵ e

21 “Ninguém deseja que as leis devam interferir em todos os detalhes da vida privada” MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. São Paulo: Escala, 2007, p. 70.

22 Em sentido oposto – mas ainda de maneira moderada – vide: “Já, o conceito de regulação foi introduzido para afirmar que a Administração poderia receber das leis uma série de competências para ordenar amplamente quaisquer atividades econômicas, inclusive poderes normativos, exercidos pela edição de regulamentos autorizados pelas leis. A contrapartida é que eles sejam exercidos por meio de processos administrativos e de estruturas administrativas de caráter técnico (em alguns casos, por meio de agências reguladoras independentes). Com a ideia de regulação, caminhou-se para superar o pressuposto, herdado do liberalismo econômico, de que a ordenação das atividades econômicas privadas pelo Estado deveria ser mínima, baseando-se em um poder de polícia administrativa de caráter simplesmente negativo, que importaria apenas algumas limitações ao exercício dos direitos, mas não poderia determinar positivamente seu exercício” SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 29.

23 MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018, p. 160-161.

24 Para críticas contundentes deste tópico vide: SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 134.

25 Uma das omissões mais ‘retumbantes’ do MCI é a ausência de enfrentamento direto sobre a interface com os Direitos de Autor, conforme previsão do art. 31 da Lei 12.965/2014.

questionamentos. Verifica-se, também, a necessidade de atualização das leis a partir das novas problemáticas, não sendo apropriada a subsunção de velhos e ultrapassados conceitos²⁶. Nesse momento, a atuação do Poder Judiciário, por meio de jurisprudência, se destaca, inclusive no sentido de minimizar os danos perpetrados por aqueles que criam e programam os algoritmos²⁷.

A exponente fragilidade dos consumidores em face do *uso estratégico* das tecnologias cibernéticas é ainda mais agravado quando se compreende que, ao projetar ou encomendar algoritmos, não é incomum que eles estejam recheados dos mesmos preconceitos e opiniões enraizados na sociedade. Do mesmo modo que, ao analisar dados públicos para a criação de fórmulas, os ideais culturais dos usuários também são incorporados. Logo, para que sejam alcançados parâmetros justos nas arquiteturas ‘privadas’ munidas de algoritmos, seria interessante, no mínimo, uma grande variedade de pessoas contribuindo com suas diferenças, visando, assim, combater a onipotência dos algoritmos. Werner Karl Heisenberg

26 BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. E-stabelecimento. Teoria do Estabelecimento Comercial na Internet, Aplicativos, Websites, Segregação Patrimonial, Trade dress Eletrônico, Concorrência Online, Ativos Intangíveis Cibernéticos e Negócios Jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 31.

27 Mutatis mutandi: “Direito do consumidor. Boleto bancário. Novo código de barras informado pelo credor. Pagamento não reconhecido. Falha na prestação do serviço. Restrição cadastral do nome dos autores. Dano moral in re ipsa. Reforma da sentença. 1. É de consumo, insofismavelmente, a relação contratual entabulada entre pessoa jurídica empresarial e instituição financeira sempre que o objeto da contratação - no caso, uma prestação de serviço bancário de pagamentos - visar ao próprio funcionamento da sociedade usuária, e não seja repassado por revenda ou agregado por meio de transformação industrial. Além disso, a pessoa jurídica autora qualifica-se como microempresa, situação jurídica em que a vulnerabilidade é presumida, fato suficiente para qualificar a relação de consumo, em aplicação da teoria finalista mitigada. 2. A divergência entre os códigos de barras não se resume a um ou alguns números, mas quase a toda sequência numérica, a indicar que não se tratou de erro de digitação, mas deliberada digitação de outro código. Ademais, é conhecida a utilização de dígitos verificadores criados por algoritmos matemáticos no código de barras capazes de impedir o pagamento em caso de erro na digitação de qualquer dos números da sequência, não sendo crível que o autor tenha deliberadamente “inventado” outra sequência apenas para efetuar o pagamento com erro, em prejuízo próprio” BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 27ª Câmara Cível, Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, AC 00953380820148190001, DJ 22.08.2018.

já dizia: “ideas are not responsible for what men do with them”.

Vidas humanas diante dos programas de computador que absorvem os dados sensíveis se tornam *big data*, animais previsíveis e cálculos atuariais. Por exemplo: calcula-se que uma mulher de 30 anos que comprou um teste de gravidez e roupas de bebê pela Internet, seja uma gestante. Logo, anúncios de livros para parturientes, produtos de beleza destinados à maternidade, indumentária premida de conforto serão considerados mais relevantes para serem exibidos para a *utente* daquele *Internet Protocol*. Verifica-se aqui, a manipulação das informações visando a promoção de uma ‘eficiência’ mercantil

Em um segundo exemplo, ventile-se o fato de que a Microsoft criou um robô (de ‘gênero’ feminino) que interagia em redes sociais. De acordo com um pronunciamento da própria empresa: “*Quando mais você conversar com Tay, mais inteligente ela fica, o que faz com que a experiência seja ainda mais personalizada para você*”. Em menos de vinte e quatro horas de interações, Tay virou propagadora de discursos de ódio²⁸, proferindo frases como: “*O Bush arquitetou o 11/9 e Hitler teria feito um trabalho melhor do que o macaco que temos agora. Donald Trump é a única esperança que temos*”.²⁹ Denota-se aqui os perigos de absorção de *frases advindas do senso comum* que podem ser profundamente discriminatórias, ainda que exercidas por uma tecnologia que o faça *longa manus*.

Em um terceiro exemplo, é possível denotar que o uso das mesmas tecnologias que delinham probabilidades possa estar sendo empenhado para *mercantilizar* sociedades que não sejam tipicamente empresárias, tais como sociedades simples. Assim, muitos escritórios de advocacia brasileiros já possuem *softwares* capazes de indicar a probabilidade de se vencer uma causa perante um determinado juízo. Tal fenômeno é algo corriqueiro naqueles escritórios especializados em demandar causas fungíveis e repetitivas, na chamada ‘advocacia de massa’. Averbese-se que a ausência regulatória da *autarquia especial* (OAB) poderá levar à

28 Informações obtidas em <https://www.telegraph.co.uk/technology/2016/03/24/microsofts-teen-girl-ai-turns-into-a-hitler-loving-sex-robot-wit/>, acessado em 15.10.2018, às 23:22.

29 MOREIRA, Isabela. A Microsoft criou uma robô que interage nas redes sociais - e ela virou nazista. Revista Galileu, 24/03/2016.

precarização desta forma de mão de obra, para uma era da supremacia dos ‘robôs’.

Em um quarto exemplo, a ex-professora da Universidade de Columbia, Cathy O’neil, autora do livro *Weapons of Math Destruction*³⁰ (*Armas de Destruição Matemática*, na tradução livre), explica: “Por exemplo, quando ligamos para o serviço de atendimento ao consumidor de uma empresa, às vezes nos pontuam de acordo com nosso número de telefone e o perfil que eles têm registrado de nós. E decidem se somos um cliente de alto ou baixo valor. Se somos de valor baixo para eles, pode ser que nos façam esperar mais tempo na ligação”. Ventile-se que aqui há uma alta probabilidade do fenômeno econômico do risco moral e da seleção adversa³¹.

Como mostram os exemplos acima, a utilização de algoritmos e o compartilhamento de dados pessoais ocorrem nas mais distintas situações, potencializando de um lado a eficiência, mas de outro, catalisando as probabilidades de violação à privacidade, de mecanização e mercantilização de atuações infungíveis, de atos que ofendam a isonomia material.

Por sinal, o funcionamento de arquiteturas fechadas pela lógica de algoritmos é adversa ao diálogo para com um ordenamento jurídico que não é apenas composto por regras, mas também por princípio, valores, postulados e pelo contexto³². Nota-se, assim, algumas das dificuldades das programações³³ que ignoram os vários sentidos prudentes da

30 O’NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction*. Nova Iorque: Crown Books, 2016.

31 REIS, Victor Mauro Salomoni. *Ensaio sobre Seleção Adversa e Risco Moral no Mercado de Crédito*. São Paulo: Dissertação apresentada à Escola de Economia da FGV-SP, como requisito parcial para a obtenção de mestrado em economia, sob a orientação do Prof. Dr. Lucas Ferraz, 2012.

32 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

33 A mecanização da vida contratual já era objeto de observações pela doutrina nacional desde a década de 1960: “Estamos referindo-nos à denominada venda mecânica, isto é, aquela em que a atividade do vendedor-pessoa é substituída por uma máquina. Certamente, o artefato deverá ter proprietário e a atribuição patrimonial que se faça no ato de depositar o dinheiro no receptáculo mecânico equipara-se ao de colocá-lo nas mãos do credor, ou no órgão de recepção ou pagadoria de uma sociedade. E, do mesmo modo, é exato que o objeto assim vendido está sujeito às regras gerais aplicáveis à compra e venda, inclusive quanto a uma eventual resolução por vícios

hermenêutica³⁴, a implementação das cláusulas gerais (boa-fé objetiva, função social, função promocional do direito) e do adimplemento substancial³⁵.

Embora muitos estudiosos sejam críticos acerca da insegurança jurídica que as cláusulas gerais, princípios e valores carregam em si, compreende-se que sua aplicação seja um bom caminho para tentar amenizar a possível rigidez e segurança jurídica *injustas* que advenham dos algoritmos. Ou seja, a ausência de regulação ativa dos poderes públicos poderá, em breve, retroagir às exegeses, não mais do Estado, mas do positivismo legalista dos algoritmos.

redibitórios. Como venda feita ao indivíduo, integrante da coletividade, como “contrato de massa”, estará sujeito às regras referentes a esse tipo de negócios. O importante, sob o aspecto dogmático, é que o adimplemento, de ambas as partes, se realiza com absoluta falta de conhecimento de quem seja o vendedor. Exigir-se-á, contudo, a possibilidade de individuação apenas para fins de garantia, a respeito de falta ou vício de mercadoria” SILVA, Clóvis V. do Couto e. A Obrigação como processo. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006, p. 60.

34 GRAU, Eros Roberto. *Direito Penal – Sob a Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Malheiros, 2010, p. 30.

35 SCHREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento. Rio de Janeiro: RTDC, 2010, disponível também em http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimplemento.pdf, acessado em 15.01.2018, às 23:41.

(3) NOTAS CONCLUDENTES

Narrados alguns dos problemas havidos pelas tecnologias disruptivas, proscritos os riscos sobre seleção adversa, a cristalização da *morte da privacidade* (ao menos tal como a conhecemos), ventiladas as possibilidades de uma arquitetura regulatória centrada na abstração de uma programação desumana, faz-se necessário compreender algumas das medidas possíveis para atenuar os danos, sem que se perca as possíveis virtudes das lógicas técnicas.

Pode-se averiguar que uma das saídas mais importantes é não crer na *espontaneidade* da mão invisível, e produzir uma regulação eficiente pautada tanto no procedimentalismo (participação democrática em audiências públicas, pareceres de especialistas, atuação proativa da academia), mas também em um substancialismo³⁶ que projete as políticas públicas incluídas de a) acesso à informação, b) defesa do consumidor, c) prestígio à concorrência, d) endosso à liberdade de expressão etc.

Portanto, é possível concordar com o professor de Harvard que elaborou uma importante obra sobre regulação e liberdade: “*The free market is not anarchy; it is a regulatory structure that requires detailed laws*

36 “Assim, o papel significativo reservado à jurisdição constitucional em virtude daquilo que podemos chamar “aumento da dimensão hermenêutica do direito” representa, certamente, um elemento decisivo para o enfrentamento dos dilemas atuais da hermenêutica jurídica. Essa questão vem sendo trabalhada, por diversos autores, a partir de dois eixos temáticos, que são chamados *procedimentalismo* e *substancialismo*. A grande diferença de cada um destes apartes teóricos está no tipo de atividade que a jurisdição realiza no momento em que interpreta as disposições constitucionais que guarnecem direitos fundamentais. As posturas *procedimentalistas* não reconhecem um papel concretizador à jurisdição constitucional, reservando para esta apenas a função de controle das “regras do jogo” democrático; já as posturas *substancialistas* reconhecem o papel concretizador e veem o Judiciário com um *locus* privilegiado para a garantia do fortalecimento institucional das democracias contemporâneas. Evidentemente, essa posição adotada pelas posturas *substancia- listas* não autorizam a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos *ad hoc*, a pretexto de estar-se concretizando direitos. A concretização só se apresenta *como* concretização na medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica Da Construção Do Direito*. 10ª Ed. Rev., atual e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 52.

to set the rules of the game. And property owners are not warlords; they do not have despotic power over those who enter their property. The law protects and limits the rights of owners to ensure that property rights are compatible with individual freedoms, including market freedom”³⁷.

37 SINGER, Joseph William. *No Freedom Without Regulation*. The Hidden Lesson of the Subprime Crisis. Londres: Yale University Press, 2015, p. 6.

(4) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de & ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos. A ditadura do algoritmo e a proteção da pessoa humana: uma análise do controle do SI Eletrônico. Revista de Direito Privado, vol. 69, 09/2016.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Volume IV, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. E-stabelecimento. Teoria do Estabelecimento Comercial na Internet, Aplicativos, Websites, Segregação Patrimonial, Traded ress Eletrônico, Concorrência Online, Ativos Intangíveis Cibernéticos e Negócios Jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

_____. O STJ e o Streaming. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/o-stj-e-o-streaming-07052017>, acessado em 15.10.2018, às 22:51.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. Edição, São Paulo: Saraiva, 2012

BIONI, Bruno R. Privacidade e proteção de dados pessoais em 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protECAo-de-dados/privacidade-e-protECAo-de-dados-pessoais-em-2018-15012018> . Acesso em: 15/01/2018.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

ELIAS, Paulo Sá. Algoritmos, Inteligência Artificial e o Direito. Disponível

em: <https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>.
Acesso em: 03/04/2018.

FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. 2ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

GRAU, Eros Roberto. Direito Penal – Sob a Prestação Jurisdicional. Curitiba: Malheiros, 2010.

KANASHIRO, Marta. Palestra proferida para os alunos do curso de especialização em jornalismo científico da Unicamp, em outubro de 2017.

LEMOS, Ronaldo. Fala que a máquina te escuta. Planeta Digital, edição 856, 23/06/2015.

LEONARDI, Marcel. Marco Civil da Internet, Plataformas Digitais e Redes Sociais. In. ARTESE, Gustavo (coordenador). Marco Civil da Internet. Análise jurídica sob uma perspectiva empresarial. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2015.

LESSIG, Lawrence. Code And Other Laws Of Cyberspace. Nova Iorque: Basic Books, 1999.

LÉVY, Pierre. Cibercultura. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Editora 34. São Paulo. 1996.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet. São Paulo: RT, 2008.

MAGALHÃES, João Carlos. Democracia e internet: precisamos falar sobre algoritmos. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2016/09/25/Democracia-e-internet-precisamos-falar-sobre-algoritmos>. Acesso em: 16/04/2018.

MAGRANI, Eduardo. A internet das coisas. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MILL, John Stuart. Utilitarismo. São Paulo: Escala, 2007.

MOREIRA, Isabela. A Microsoft criou uma robô que interage nas redes sociais - e ela virou nazista. Revista Galileu, 24/03/2016.

MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. 3ª Edição. Editora: Centelha; Coimbra, 1978.

O'NEIL, Cathy. Weapons of Math Destruction. Estados Unidos: Crown Books, 2016.

PARISER, Eli. O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

REIS, Victor Mauro Salomoni. Ensaio sobre Seleção Adversa e Risco Moral no Mercado de Crédito. São Paulo: Dissertação apresentada à Escola de Economia da FGV-SP, como requisito parcial para a obtenção de mestrado em economia, sob a orientação do Prof. Dr. Lucas Ferraz, 2012.

RODOTÀ, Stefano. A Vida na Sociedade da Vigilância. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

SCHREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento. Rio de Janeiro: RTDC, 2010, disponível também em http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimplemento.pdf, acessado em 15.01.2018, às 23:41.

SGARBI, Adrian. Introdução à Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. A Obrigação como processo. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

SILVA, Evandro Rabello da. Fake news, algoritmos e democracia: o papel do Direito na defesa da sociedade aberta. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

SINGER, Joseph William. No Freedom Without Regulation. The Hidden Lesson of the Subprime Crisis. Londres: Yale University Press, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica Da Construção Do Direito. 10ª Ed. Rev., atual e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 29.

SUNSTEIN, Cass Robert. Republic.com2.0. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

TRANQUILLINI NETO, Aristidis. Digital Rights Management e Fair Use. Rio de Janeiro: Revista da ABPI, 116, 2012.

VAIDHYANATHAN, Siva. The Googlization of Everything. (And Why We Should Worry). Los Angeles: University Of California Press, 2012

VERDÚ, Daniel. O gosto na era do algoritmo. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/07/cultura/1467898058_835206.html. Acesso em: 09/02/2018.

WERMANN. Governança algorítmica e a proteção de dados pessoais. Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. A crucificação e a democracia. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo IV Direito de Autor e Novas Tecnologias

TÍTULO: A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN PODE REALMENTE CONTRIBUIR PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS?

**Cinthia O. de Almendra Freitas
Josélio Jorge Teider**

A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN PODE REALMENTE CONTRIBUIR PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS?

Cinthia Obladen de Almendra Freitas¹
Josélio Jorge Teider²

RESUMO

A evolução da humanidade fundamenta-se criação e disseminação do conhecimento veiculado em obras intelectuais, literárias, científicas e culturais. Para que a produção deste conhecimento seja motivada e democratizada de forma justa e sustentável, é essencial que os direitos autorais daquelas obras sejam respeitados. A evolução tecnológica desestabilizou por vez o precário sistema de tutela jurídica destes direitos autorais. Todavia, também a tecnologia pode ser utilizada para implementar um modelo que resgate a dignidade dos autores, protegendo suas obras ao mesmo tempo que ampliando a distribuição do conteúdo produzido. A pesquisa apresentada neste artigo busca descobrir em referência bibliográficas tecnocientíficas, relatórios e reportagens oficiais, como a tecnologia Blockchain e os Contratos Inteligentes estão revolucionando este cenário. Conclui-se que, mesmo considerados aspectos controversos e obstáculos a serem superados, as promessas são animadoras. A curto prazo os resultados são incipientes e será necessário paciência para se colher resultados mais consistentes.

Palavras-chave: Blockchain. Contratos Inteligentes. Direitos Autorais.

1 Doutora em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Mestre em Engenharia Elétrica e Informática Industrial pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

2 Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Pós-graduado no MBA em Gestão de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas, Advogado, Professor.

INTRODUÇÃO

Conta uma anedota popular que uma pessoa pediu para um artista pintar um quadro. Quando o artista entregou a pintura e cobrou o pagamento ao seu cliente, este reclamou que o era muito caro pois foram apenas algumas horas de trabalho. O artista então: “Para bem fazer a pintura em pouco tempo eu precisei dedicar toda minha feita estudando e me aperfeiçoando”.

Aqueles que se dedicam à criação artística e intelectual nem sempre são recompensados à altura do seu esforço, talento e dedicação. Este dissabor pode ser agravado quando estes criadores têm suas obras utilizadas sem a devida permissão, têm a sua fonte e autoria adulteradas, ou são omitidos os seus créditos pelo mérito por sua criação. A busca dos seus direitos autorais nos órgãos competentes e nos tribunais é dispendiosa, arrastada e incerta. Tal cenário leva os autores a desacreditar na eficácia dos direitos autorais e ao desânimo para empreender novas obras.

O advento da digitalização das mídias e a facilidade de troca de conteúdo pela Internet piorou esta situação, ao tornar muito fácil se obter qualquer mídia no formato digital, alterá-la e redistribuí-la sem qualquer preocupação com os créditos dos seus autores originais. Um estudo divulgado relatou que 6,7 milhões ou 15% dos usuários de Internet do Reino Unido consumiram pelo menos um item de conteúdo online ilegalmente durante o primeiro trimestre de 2017 (INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, 2017).

A proteção dos direitos autorais é a essencial para o manter incentivados aqueles que se dispõem a criar obras intelectuais, literárias, científicas e culturais. Estas por sua vez são de fundamental importância para o desenvolvimento da sociedade. Porém, há um descompasso das leis de proteção destes direitos em face à acelerada evolução tecnológica seja na criação, produção e circulação da obra intelectual. Pois, uma vez digitalizada a obra sua disponibilidade e acessibilidade pela INTERNET implica em novas formas de difusão da obra completamente inéditas, que não estavam previstas pelo legislador. É necessário um novo direito autoral que necessariamente “repense a importância de garantir os direitos

fundamentais (informação, cultura, educação e acesso ao conhecimento), percebendo os valores éticos intrínsecos a esse novo ambiente tecnológico” (WACHOWICZ, 2015, p. 555).

A proposta do presente artigo é adentrar no campo de batalha virtual e combater os trapaceadores utilizando-se também de sua principal arma, a tecnologia. Nesse sentido, poder-se-ia falar aqui de muitos tipos de tecnologia como a Inteligência Artificial, o reconhecimento de padrões, *machine learning* e *deep learning*. Todavia, para fins deste estudo, foi escolhida a tecnologia Blockchain e seu potencial uso na proteção dos direitos autorais.

O problema proposto nesta pesquisa pode é saber como o uso da tecnologia Blockchain pode contribuir para a proteção dos direitos autorais. E a hipótese que se pretende testar é que as obras de produção intelectual podem ser registradas na Blockchain para que os seus autores possam comprovar, com eficácia, a existência, integridade e propriedade de obras e os respectivos direitos que detém sobre suas criações.

Esta pesquisa busca fundamento científico em vários artigos e obras técnicas e acadêmicas sobre o tema e procura sustento no marco teórico da obra de Melanie Swan, em particular em seu livro “**Blockchain: Blueprint for a New Economy**”, onde se apresenta o mecanismo de funcionamento da referida tecnologia, sua evolução e vários modelos de negócio, inclusive com um capítulo específico para a proteção da propriedade intelectual. Esta obra também apresenta como podem ser implementados os contratos eletrônicos para negociação dos direitos autorais e proteção da propriedade intelectual.

Enfim, o objetivo geral deste trabalho é desenvolver um estudo das aplicações implementadas com o uso da tecnologia Blockchain para contribuir no processo de proteção intelectual com um recorte nos direitos do autor. Para tanto será utilizado o método de pesquisa dedutivo, por meio de técnica de investigação documental e bibliográfica, valendo-se de referenciais doutrinários referenciais.

CONCLUSÃO

O uso de tecnologia avançada para resolver problemas de forma disruptiva é um tema muito empolgante. A tecnologia Blockchain e os Contratos Inteligentes possibilitam uma oportunidade significativa para superar os atuais obstáculos da proteção intelectual de produtos inovadores. Mesmo diante da complexidade destas tecnologias e sua implementação ainda em estágios experimentais, as possibilidades de avanços são expressivas e merecem ser estudadas com atenção. Existem infinitas possibilidades para criadores e artistas ou qualquer calibre em relação ao futuro da tecnologia blockchain. Ao empregar um sistema que vincula os dados associados ao seu trabalho a outras informações desde o início, os artistas que usam blockchain podem potencialmente proteger sua propriedade intelectual contra a pirataria cibernética. Embora ainda haja muito a ser explorado em relação a esse sistema potencialmente revolucionário, não há dúvida de que ele tem o potencial de revolucionar o estado da lei de direitos autorais como a conhecemos.

As vantagens da tecnologia Blockchain e dos contratos inteligentes são notórias. No entanto, as desvantagens também o são. Como os registros de blockchain são imutáveis, as questões relacionadas à autenticação inicial nos *uploads* precisam ser respondidas. Além disso, se o modelo de compensação funciona em situações de execução prolongada, ou com criptomoedas específicas (ou conversões de tais moedas criptografadas para moeda tradicional), dada a volatilidade da criptomoeda, ainda tem que ser visto.

Por sua vez, um contrato inteligente é na realidade um *software* que funciona como um meio para se executar um contrato. É imperioso, portanto, assegurar que as regras implementadas por este *software* estejam adequadas ao sistema jurídico, sob pena de sua ineficácia. Considerando as informações armazenadas na Blockchain, assim como os contratos inteligentes nela implementados são baseadas em alto nível de criptografia, é necessário pensar na possibilidade da sua discussão em juízo.

A complexidade destas tecnologias também dificulta ou até mesmo impossibilita que que os uma ou ambas as partes possam por si mesmas

alterar os termos de acordos registrados na Blockchain. A necessidade de peritos em programação de contratos inteligentes pode colocar em xeque o princípio da autonomia contratual que constitui a base jurídica dos contratos inteligentes.

Como demonstrado, as questões levantadas são muitas. Portanto, o sucesso do blockchain na gestão de direitos digitais é baseado em um complexo equilíbrio de interesses envolvendo usuários, autores, corretores, provedores de blockchain e de contratos inteligentes. Mesmo considerando a tecnologia Blockchain já é uma possibilidade concreta de evolução da proteção dos direitos autorais, por enquanto, é impensável esperar uma rápida implementação dessa tecnologia. No entanto, embora blockchains não sejam a solução para todos os problemas e mesmo que eles não revolucionem todos os aspectos de nossas vidas, eles podem ter um impacto substancial em muitas áreas e é necessário estar preparado para os desafios e oportunidades que eles apresentam.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Uma introdução à propriedade intelectual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2018.

BOUCHER, Philip; NASCIMENTO, Susana; KRITIKOS, Mihalis. **“How blockchain could change our lives”**, 2017. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA\(2017\)581948_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA(2017)581948_EN.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 9.609, de 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/19609.htm> Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 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/19610.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

DE FILIPPI, P; WRIGHT, A. **Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia**. SSRN. 2015. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664. Acesso em: 29 set. 2018.

HARVARD BUSINESS REVIEW. **Blockchain pode ajudar músicos a ganhar dinheiro novamente**. Disponível em <<http://hbrbr.uol.com.br/blockchain-pode-ajudar-musicos-ganhar-dinheiro>>Publicado em:10 ago. 2017. Acesso em: 29 set. 2018.

INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, The. **Online Copyright Infringement Tracker: Latest wave of research** (March 2017). Disponível em <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/628704/OCI_-tracker-7th-wave.pdf>. Acesso em 29 set. 2018.

KODAKOne Whitepaper. **Initial Coin Offering – ICO**. Disponível em <https://kodakone.com/fileadmin/white_paper/180424_kodakone_wp.pdf>. Publicado em 24 abr. 2018. Acesso em 30 set. 2018.

LIGUORI FILHO, Carlos Augusto. **Tente outra vez: o anteprojeto de reforma da lei de direitos autorais, sua compatibilidade na sociedade da informação e a espera pela reforma que nunca chega**. 2016. Disponível em <<https://goo.gl/gkp9vw>>. Acesso em 29 set. 2018.

MAICHER, Lutz; DE LA ROSA, Josep Lluís; GIBOVIC, Denisa; TORRES-PADROSA, Víctor; MIRALLES, Francesc; EL-FAKDI, Andres; BIKFALVI, Andrea. (2016). **On Intellectual Property in Online Open Innovation for SME by means of Blockchain and Smart Contracts**. Disponível em: <<http://eia.udg.edu/~aelfakdi/papers/woic16.pdf>>. Acesso em 26 set. 2018.

MYCELIA, Site. Disponível em <<http://myceliaformusic.org>>. Acesso em 01 out. 2018.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System**, <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>, 2008. Acesso em 28 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. Berne **Convention for the Protection of Literary and Artistic Works**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/berne.pdf>>. Acesso em 29 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. **Universal Copyright Convention of 6 September 1952**. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/details.jsp?treaty_id=208>. Acesso em: 29 set. 2018.

SWAN, Melanie. **Blockchain: Blueprint for a New Economy**. O'Reilly Media. Edição do Kindle, 2015.

SZABO, Nick. **Formalizing and securing relationships on public**

networks. First Monday, vol. 2, n. 9–1, 1997. Disponível em <<http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>>.

TAPSCOTT, D., & TAPSCOTT, A. (2016). **Blockchain Revolution.** Cambridge, 2017

WACHOWICZ, Marcos. **A Revisão da Lei Autoral, Principais Alterações, Debates e Motivações.** In *Revista de Propriedade Intelectual e Direito Constitucional Contemporâneo - PIDCC*, Ano IV, N. 8, fev 2015. Pp. 542-562. Disponível em <<http://pidcc.com.br/artigos/082015/21082015.pdf>>. Acesso em 29 set. 2018.

WIPO Magazine. Edição 1. Fevereiro, 2018. **Blockchain and IP Law: A Match made in Crypto Heaven?** Disponível em: <http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/01/article_0005.html>. Acesso em 27 set. 2018.

WIPO Magazine. Edição 5, setembro, 2018. **Artificial intelligence and intellectual property: an interview with Francis Gurry.** Disponível em: <http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/05/article_0001.html>. Acesso em 27 set. 2018.

ZEILINGER, M. *Philos. Technol.* (2018) 31: 15. **Digital Art as ‘Monetised Graphics’: Enforcing Intellectual Property on the Blockchain.** Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/s13347-016-0243-1>>. Acesso em 27 set. 2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo IV Direito de Autor e Novas Tecnologias

TÍTULO: O DIREITO À DESINDEXAÇÃO DE OBRAS AUTORAIS

**Laísa Fernanda Alves Vieira
Rodrigo Otávio Cruz e Silva**

O DIREITO À DESINDEXAÇÃO DE OBRAS AUTORAIS

Laísa Fernanda Alves Vieira¹
Rodrigo Otávio Cruz e Silva ²

RESUMO

O intuito do presente trabalho é analisar se e em que medida utilizar o direito à desindexação para desindexar obras autorais nos motores de buscas é uma alternativa para se efetivar os direitos do autor. O artigo, para tanto será dividido em quatro tópicos para o exame dos seguintes temas: o direito à desindexação na Europa; o direito à desindexação na perspectiva brasileira; a responsabilidade civil dos provedores de busca no âmbito do direito autoral, evidenciando a trajetória e posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça em relação a natureza das atividades desenvolvidas pelos buscadores e sua responsabilização; a (in)eficácia do direito à desindexação em relação a possibilidade de se tutelar os direitos autorais. Pretende-se desse modo responder ao seguinte problema: diante das novas formas de violação de direitos autorais, advindos em razão dos novos cenários de produção cultural permitidos pelo surgimento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) e da internet, é possível aplicar o direito à desindexação como ferramenta para se tutelar a proteção do núcleo autoral? A partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial com utilização do método dedutivo, tal problemática é respondida, em um trabalho descritivo.

Palavras-chave: Direito à desindexação; Direitos Autorais; Motores de busca; direitos fundamentais.

- 1 Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná; mestranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Rua XV de novembro, 1299, Centro, 80060-000, Curitiba, Paraná, Brasil; laisafvieira@gmail.com
- 2 Doutorando em Direito no PPGD/UFPR, Mestre em Direito pela UFSC. Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial GEDAI/UFPR; rodrigoocs@hotmail.com

ABSTRACT

The purpose of the present work is to analyze if and to what extent to use the right to the desindexation to des-link works on copyright contends on the search engines is an alternative to realize the rights of the author. The article will be divided into four topics for examining the following themes: the right to de-indexation in Europe; the right to de-indexation in the Brazilian perspective; the civil responsibility of the search providers in the scope of copyright, evidencing the trajectory and positions of the Superior Court of Justice in relation to the nature of the activities developed by the search engines and their accountability; (in) effectiveness of the right to de-indexation in relation to the possibility of protecting copyright. The aim is to respond to the following problem: in view of the new forms of copyright infringement, due to the new cultural production scenarios allowed by the emergence of Information and Communication Technologies (ICTs) and the Internet, it is possible to apply the right to deindexation as a tool to protect the protection of the author's nucleus? From a bibliographical and jurisprudential research using the deductive method, this problem is answered, in a descriptive work.

Keywords: The right of deindexation; copyright; search engines; fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

O foco do presente trabalho é estudar a possibilidade de desindexação de obras autorais dos provedores de busca quando as mesmas estiverem sendo veiculadas de forma ilícita, como forma de se tutelar esse campo da Propriedade Intelectual.

A cada segundo, milhares de informações são indexadas na *web*. A capacidade de armazenamento dessas informações é incomensurável, e a extensão que esse progresso tecnológico traz para a sociedade se reflete em diversos setores. A digitalização da vida privada e pública, das notícias, dos bancos, trabalhos, serviços, das criações artísticas (envolvendo aqui obras literárias, musicais, esculturas, fotografias, entre outras) trazem à baila a quarta revolução industrial, responsável por conectar e fundir diversas tecnologias.

Esse *big data* viabiliza a *perenização* de fatos e a possibilidade de reprodução das obras em larga escala. Apesar dos benefícios para a indústria cultural, que notadamente criou um novo modelo de negócios através da venda de obras digitalizadas pelo *e-commerce*, criou-se novas formas de consumo, mas também se permitiu a abertura para ameaçar de forma intermitente o fenômeno da figura do gênio criador.

É uma dicotomia irrefreável, e a partir do momento em que o próprio instrumento que possibilita um novo nicho de mercado promove o compartilhamento desmedido e ilícito da obra autoral faz-se necessário repensar as formas de proteção dos direitos autorais vigentes, tanto para abarcar a figura do gênio criador quanto os direitos econômicos que circundam o direito autoral.

A problemática da pirataria digital circunscreve-se na possibilidade incomensurável de se realizar *downloads* não autorizados. Os mecanismos de busca da *web* são os grandes responsáveis pela localização e acesso a esses conteúdos. Através de palavras-chaves os buscadores condensam e trazem referências em forma de lista de resultados, ou seja, eles captam os conteúdos públicos e esparsos da rede e os sistematizam para os usuários em segundos.

Sob a ótica da legislação autoral, músicas, filmes, livros e demais

obras autorais não podem ser reproduzidas, copiadas e compartilhadas na internet sem a devida permissão legal, salvo em algumas exceções; como quando se enuncia pequenos trechos das obras para o uso privado. Por outro lado, a mera viabilidade de a qualquer tempo, serem encontrados e replicados tais obras, embaraça os direitos autorais, trazendo ao campo jurídico a obrigação de se rediscutir o fenômeno da autoria e as formas atuais de se evitar a sua sucessiva violação.

Multiplicam-se pedidos de exclusão de conteúdos por violação de direitos autorais, utilizando-se como fundamento o direito à desindexação, grosso modo um direito do titular exigir que os motores de busca desvinculem de seus provedores determinados *links* que trazem referências a certas páginas da *web* que violem algum direito. Portanto, o direito à desindexação endossa a filtragem de resultados de pesquisa com base nas palavras-chaves. Tal direito foi construído doutrinariamente, respaldado na proteção dos direitos da personalidade e direitos fundamentais, ou seja, sob um viés de direitos individuais. O cerne desse trabalho pretende refletir acerca da utilização de tal instituto para se tutelar violações de direitos autorais na internet, já que a atual legislação autoral, Lei 9.610/98, é obsoleta e não regulamenta a tutela dos direitos do autor no ciberespaço.

2. Direito à desindexação na Europa

O direito à desindexação ganhou notoriedade internacional em 2014 quando um cidadão espanhol incomodado com os resultados que o provedor Google exibia acerca de uma dívida que teve no passado com a seguridade social – e que já havia sido quitada – pleiteou na justiça que as informações não estivessem mais acessíveis ao público quando digitassem seu nome no buscador.

O *leading case* pode ser resumidamente apresentado da seguinte forma: em 1998 o jornal espanhol *La Vanguardia* noticiou em sua página *online* de anúncios de leilões públicos o apartamento de M.C.G (nome omitido propositalmente), que foi levado à hasta pública em razão de uma dívida do autor com a seguridade social espanhola. Decorre do fato que

M.C.G havia quitado o débito sem que houvesse necessidade de ordem judicial³, mas mesmo assim, o registro da dívida continuava presente nos arquivos de busca do jornal.

Em 2009, o autor procura o jornal para que seu nome fosse retirado do motor de busca em associação àquela dívida. Como a resposta foi negativa, em março de 2010, M.C.G apresenta reclamação na Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra o jornal espanhol *La Vanguardia* e contra o Google Spain e Google Inc. pleiteando que as páginas em que seus dados estavam disponíveis fossem suprimidas ou alteradas pelo jornal, bem como que fosse determinado ao Google a ocultação dos resultados de pesquisa que ligassem seu nome às páginas.

Segundo o autor não havia mais razão de ser na divulgação dos dados, posto que a dívida já estava quitada havia anos. O julgamento da reclamação ocorreu quatro meses depois e a AEPD indeferiu o pedido do autor em relação a remoção do conteúdo das páginas do jornal *La Vanguardia*, alegando que o jornal apenas publicou a notícia por ordem do Ministério Público do Trabalho e Seguridade Social, com a finalidade precípua de dar publicidade ao leilão do imóvel, a fim de reunir o número máximo de interessados.

Entretanto, em relação ao Google Spain e Google Inc., a AEPD acolheu o pedido, pois considerou que os operadores de motores de buscas estão sujeitos à legislação protetiva de dados pessoais, sendo perfeitamente lícito determinar que o motor retirasse ou suprimisse tais resultados. Para a agência, a localização e indexação das informações pessoais, ainda que lícitas, nos motores de pesquisa, podem lesar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana⁴.

Em sede de recurso, o Google Spain ajuizou uma ação perante a Audiência Nacional – órgão judiciário espanhol, cujos julgamentos

3 RODRIGUES, Otavio Luiz Júnior. Direito de apagar dados e a decisão do Tribunal Europeu no caso Google Espanha. *Revista Consultor Jurídico*, 21 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

4 REINALDO. Demócrito Filho. A remoção dos resultados de pesquisa na internet (1ª. parte). Instituto Brasileiro de Direito da Informática, 24 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.ibdi.org.br/site/artigos.php?id=281>>. Acesso em: 31 agos. 2018.

cabem recurso ao Supremo Tribunal espanhol⁵. A Audiência Nacional decidiu por suspender o julgamento e submeter determinadas questões prejudiciais à Corte Europeia, por considerar que a tratativa envolvia a análise da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que toca ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados⁶.

As questões prejudiciais versavam sobre: 1) análise do âmbito de aplicação territorial da Diretiva 95/46. Seria a lei europeia aplicável ao Google Spain, levando em conta que a matriz (Google Inc.) não se encontrava em solo europeu? (competência territorial); 2) qual a natureza dos buscadores de pesquisa? Realizam tratamento de dados? Se sim, seria legítimo exigir dos mesmos que retirassem de seus índices, informações publicadas por terceiros, ainda que lícitas? A tese alegada pelo Google era a de que os buscadores não realizam tratamento específico de dados, uma vez que não selecionam as informações disponíveis na rede, sendo meros intermediários, e se mesmo assim, a Corte entende-se que o Google operasse tratamento de dados, esse fato não o tornaria responsável juridicamente por eles, na medida em que ele não conhece o teor dos dados e não os controla;⁷ 3) a última controvérsia dizia respeito se o direito de apagar e bloquear dados, dispostos no art. 12, b da Diretiva 95/46, deveria ser interpretado no sentido do homem poder impedir a indexação da informação referente à sua pessoa, publicada em sites de terceiros (nesse sentido exerceria o “direito de ser esquecido”).

Ao analisar a questão prejudicial concernente ao âmbito de aplicação da Diretiva 95/46, a Corte entendeu pela sua aplicabilidade ao Google Spain, considerando que a atividade desenvolvida pelo buscador era sujeita às leis e instituições europeias – como fundamento foi alegado

5 RODRIGUES, Otavio Luiz Júnior. Direito de apagar dados e a decisão do Tribunal Europeu no caso Google Espanha...

6 UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Jornal Oficial da União Europeia, 23 nov. 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>>. Acesso em: 30 agos. 2018.

7 RODRIGUES, Otavio Luiz Júnior. Direito de apagar dados e a decisão do Tribunal Europeu no caso Google Espanha...

que apesar da atividade da filial não está diretamente ligada à indexação de informações, a mesma realiza a venda de espaços publicitários, o que constitui parte essencial da atividade comercial do grupo Google Search.

Na segunda controvérsia, o Tribunal concluiu que a atividade dos motores de busca se enquadra no conceito de “tratamento de dados”⁸, tal como previsto na Diretiva 95/46, e que o Google Spain poderia ser responsabilizado no caso concreto, por não assegurar um nível mínimo de proteção da vida privada. Conforme o acórdão, os buscadores exploram a internet de forma automatizada, constante e sistemática: na busca por informações lá depositadas, “recolhem” estes dados, “recuperam”, “registram”, “organizam”, “conservam” nos seus servidores, e, posteriormente, os “colocam à disposição” dos usuários sob a forma de resultados das pesquisas⁹.

Reitera-se: além de concluir que os buscadores realizam tratamento de dados pessoais, a Corte firmou entendimento que eles são também responsáveis pelo seu tratamento, mesmo levando em consideração que os dados foram publicados por terceiros e não terem sido modificados pelo motor de buscas¹⁰.

Assim, o Tribunal Constitucional Europeu, reconheceu ao longo do acórdão o direito à desindexação: qualquer cidadão pode pleitear ao

8 A análise dos tratamentos de dados é crucial, pois, é através desse mecanismo que se efetua a transformação de um conjunto genérico de informações em algo racionalizado. Conforme os professores Gediél e Adriana Espíndola, “a ideia de tratamento de dados é relevante, porque é justamente essa possibilidade de trabalhar os dados e informações, por meio da tecnologia da informática e das telecomunicações que lhes agrega elevado valor político e econômico”. GEDIÉL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 47, p. 141-153, jan./dez. 2008, p. 144.

9 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Case C-131/12. Google Spain SL, Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González, julgamento em 13 mai. 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=pt&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>>. Acesso em: 14 set. 2018.

10 Conforme entendimento do Tribunal, o motor de busca determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais, consoante artigo 2º, “d”, da Diretiva 95/46. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Case C-131/12...

buscador de pesquisa que suprima dados que violem à dignidade de sua pessoa, estejam desatualizados, inexatos, inadequados, impertinentes ou excessivos. Pragmaticamente se resolveria o litígio de quem quer ser desvinculado da *web*, pois, o buscador de pesquisa acaba sendo, hegemonicamente, o portal de acesso dos usuários as informações da rede.

Deste modo, a Comissão da União Europeia, introduziu o direito à desindexação no contexto da revisão da Diretiva de Proteção de Dados 95/46/CE¹¹. A decisão da Corte amplificou sobremaneira a discussão sobre o tema, possuindo o mérito de trazer à tona a necessidade de se (re) discutir a proteção de dados pessoais.

A construção do direito à desindexação na Europa, se deu como forma de balizar o direito à privacidade e proteção dos dados pessoais com o direito à informação e à liberdade de imprensa. É certo que o direito à desindexação é para uma parte da doutrina um viés do direito ao esquecimento, responsável por salvaguardar a memória individual dos cidadãos que almejam a consolidação de situações pretéritas e a limitação da divulgação desse conteúdo de caráter íntimo e pessoal¹². Entretanto, desindexar não se confunde de nenhuma forma com um desígnio de apagamento de conteúdos, o que geralmente se deduz por se inferir que desindexar é uma forma de efetivar uma espécie de “esquecimento”, que nesse caso é realizado pelo condão de se tornar inacessível.

Assim, o direito à desindexação é recepcionado como uma forma de suprimir dos índices dos buscadores a informação lesiva, restringindo o acesso a certos conteúdos, mas de nenhuma forma prenuncia a existência de um botão *deletar*, haja visto que a notícia continuará hospedada no seu provedor original.

A discussão que ocorreu na Corte de Justiça europeia foi a de retirar a referência em *sites* de buscas: a mesma ocorre quando “um mecanismo de busca pode eliminar determinados resultados de seu banco de dados, fazendo com que certos *websites* não apareçam em pesquisas feitas pelos

11 WEBER, Rolf H. The right to be forgotten: more than a Pandora's Box? JIPITEC 120, 2011. Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>>. Acesso em: 12 jul. 2018, p. 120.

12 MARTINEZ, Pablo Dominguez. Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

usuários”¹³. Apesar da desvinculação possuir eficácia limitada, ela logra sucesso ao impedir que a informação que se quer impedir o acesso continue em evidência. A criação de uma barreira que obstaculiza o acesso à informação, compreende também evitar violações à honra, nome e imagem da pessoa: “a desvinculação de URL protege indiretamente também esses bens jurídicos. Assim, pode-se considerar que esse instituto enuncia proteger na era digital os direitos da personalidade, em suas várias manifestações”¹⁴.

Após a implementação do direito à desindexação em maio de 2014, o Google obteve mais de 729.000 (setecentos e vinte e nove mil) solicitações de remoção de URL's, conforme atesta o relatório *Transparency Report*, disponibilizado pela própria plataforma, e que enumera em dados os pedidos de remoções de pesquisa em cumprimento da legislação europeia sobre privacidade¹⁵. Desse total apenas 44% foram removidos da *web* após uma análise manual caso a caso, pela multinacional. Nos casos em que o conteúdo não é removido as razões variam entre a existência de soluções alternativas, motivos técnicos, URL's duplicados ou a existência de informações de grande interesse público.

Tal temática foi regulamentada com a entrada em vigor da *General Data Protection Regulation* (GDPR), nova legislação de dados europeia

13 LEONARDI, Marcel. Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 1 e 2, p. 382 apud GONÇALVES, Luciana Helena. *O direito ao esquecimento na era digital: desafios da regulação da desvinculação de URLs prejudiciais a pessoas naturais nos índices de pesquisa dos buscadores horizontais*. 2016. 146 f. Tese (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

14 GONÇALVES, Luciana Helena. *O direito ao esquecimento na era digital: desafios da regulação da desvinculação de URLs prejudiciais a pessoas naturais nos índices de pesquisa dos buscadores horizontais*. 2016. 146 f. Tese (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

15 Os dados podem ser acessados no relatório atualizado diariamente pelo Google. *Transparency Report*. Remoções da pesquisa em cumprimento da legislação europeia sobre privacidade. Disponível em: <<https://support.google.com/legal/troubleshooter/1114905?hl=pt-BR#ts=1115655%2C6034194>>. Acesso em: 22 set. 2018.

em maio de 2018. O direito à desindexação de conteúdos está previsto sob o fundamento do direito ao esquecimento: a própria regulamentação expressa no art. 17 a nomenclatura “right to erasure” e o termo “right to be forgotten” aparece entre parênteses.

A par de ser problemática a escolha do legislador pela utilização da nomenclatura “direito ao apagamento dos dados”, já que segundo Aurelia Tamò e Damian George, “tanto na literatura quanto em discussões políticas há uma falta de uniformidade em relação à definição do conceito global de eliminação de dados pessoais”¹⁶ o dispositivo assegura, sob o viés – frise-se - de proteção dos dados pessoais, que se for configurada uma das seis hipóteses previstas no artigo 17 o titular terá o direito de obter do controlador de dados a eliminação de seus dados pessoais sem demora injustificada¹⁷.

É certo que o regulamento não inclui expressamente os mecanismos de busca como controladores de dados, mas para a aplicabilidade das regras de proteção de dados pessoais se convencionou que os buscadores controlam os dados pessoais, na medida em que condicionam e interferem nos resultados das pesquisas que espelham, realizando assim tratamento de dados.

3. Direito à desindexação no Brasil

Após o conhecimento do panorama europeu, primordial se examinar criticamente a realidade brasileira.

No Brasil a questão da responsabilidade civil dos provedores de pesquisa, no que tencionava o direito à desindexação, foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2012, muito antes da decisão da corte do Velho Continente, no Recurso Especial nº 1.316.921/RJ.

Em síntese, uma apresentadora de televisão pleiteou na justiça que

16 GEORGE, Damian; TAMÒ, Aurelia. Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 5, 2014.

17 STATEWATCH. Interinstitutional File: 2012/0011 (COD). Disponível em: <<http://www.statewatch.org/news/2015/dec/eu-council-dp-reg-draft-final-compromise-15039-15.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2018.

o buscador Google se abstinhasse de disponibilizar certos resultados/links que utilizavam seu nome junto de expressões insultuosas, como “pedófila” ou qualquer outra que a associasse a uma prática criminosa qualquer.

O caso se iniciou em 2010, onde a justiça de primeiro grau concedeu liminar que proibia o Google de listar resultados referentes aos termos acima descritos. Um ano depois, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro analisou o recurso da multinacional e limitou a proibição de listagem apenas aos conteúdos eróticos.

A Google recorreu ao STJ, tendo a terceira turma da Corte acolhido o recurso por unanimidade. Em sua decisão, a relatora Ministra Nancy Andrighi concluiu que os serviços prestados pelo Google na rede, mesmo sendo gratuitos configuram relação de consumo. No caso, o termo “mediante remuneração”, disposto no art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor foi interpretado de forma ampla, apto a abranger o ganho indireto do fornecedor, que no caso auferia ganhos através de anúncios, por exemplo. Portanto, apesar da utilização da plataforma ser gratuita para o usuário, a empresa ganha por venda de espaços publicitários no site, inclusive vendendo ordem de listagem dos resultados das buscas.

Sendo o Google um prestador de serviço e o usuário um consumidor, a ministra continua seu voto tocando no ponto da natureza jurídica do serviço de pesquisa na web. Em sua análise que ocorreu antes da aprovação do Marco Civil da Internet (MCI), ela afirma que os sites de pesquisa são espécies do “gênero provedor de conteúdo”, já que aqueles, segundo o seu argumento, não hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais que disponibilizam.

Como os provedores de busca seriam meros intermediários da informação, sua responsabilidade deveria permanecer restrita à natureza da atividade que desenvolvem, se limitando a garantia do sigilo, segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais dos seus usuários e das buscas por eles realizadas, incluindo-se o bom funcionamento e manutenção do sistema.

O acórdão concluiu que os provedores de pesquisa: (i) não realizam tratamento específico de dados, sendo meros intermediários das informações que terceiros depositam na rede, sendo ilegítima a sua responsabilização por essa atividade, ainda que o conteúdo disponibilizado

seja ilícito; (ii) não podem ser obrigados a eliminar de seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, independentemente da indicação da URL da página onde este estiver inserido; (iii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário¹⁸.

A tese central fixada pelo STJ foi a de que, como os provedores de pesquisa possuem como atividade intrínseca *facilitar a localização* de informações da rede pública de computadores, não se poderia reputar como defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o buscador que não exerce controle sobre os resultados de buscas.

O posicionamento jurisprudencial fixado em 2012 pelo STJ, de que os provedores de busca seriam meros intermediários, sofreu inúmeras críticas, intensificadas sobremaneira pela decisão do TJUE de dois anos depois.

O argumento de que os provedores de busca não influenciam nos resultados de pesquisa que espelham, sendo agentes neutros e intermediários é criticável na medida que esses provedores se utilizam de centenas de algoritmos para indexar os resultados de busca em suas plataformas.

Em maio desse ano, houve um giro na jurisprudência do STJ: a corte aplicou pela primeira vez o direito à desindexação, no Recurso Especial nº 1.660.168/RJ. O voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze foi o responsável pela divergência onde se decidiu que os provedores de busca podem ser obrigados a filtrarem resultados de seus bancos de dados, em casos excepcionais.

Em síntese, o caso trata de uma promotora de justiça do Rio de Janeiro que pleiteou em 2009, uma ação contra o Google, Yahoo e Microsoft, o direito de não ter mais o seu nome associado a reportagens sobre suspeita de fraude em um concurso para a magistratura. Ao se digitar

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.316.921, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Recorrente Google Brasil Internet Ltda., Recorrida Maria da Graça Xuxa Meneghel, decisão de 26.06.2012, Dje 29.06.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1161904&num_registro=201103079096&data=20120629&formato=PDF>. Acesso em: 25 agos. 2018.

o nome da autora, apareciam resultados de que ela havia sido suspeita de ter reproduzido exatamente o gabarito da prova de Direito Tributário na segunda fase do certame.

O caso chegou a ser apurado pelo Conselho Nacional do Justiça (CNJ), que entendeu por maioria não existir elementos suficientes para uma condenação. Dado esse fato, a promotora alegou que a indexação de seu nome às notícias que versavam sobre a suposta fraude, causavam graves abalos à sua dignidade e no seu meio social.

Na primeira instância a justiça julgou os pedidos improcedentes. Em segundo grau, o TJRJ reformou a decisão, condenando Google e Yahoo a instalarem filtros de conteúdo que não mais atrelassem o nome da autora ao fato em tela. O colegiado entendeu que havia prevalência do direito à imagem, personalidade e ao esquecimento, objetivando evitar o exercício da livre circulação dos fatos noticiosos por tempo indeterminado.

Em contraposição a essa decisão as empresas interpuseram recurso especial no STJ pedindo a aplicação da jurisprudência consolidada no tribunal acerca da impossibilidade de filtragem e remoção de resultados.

A relatora do caso, ministra Nancy Andrighi apontou a jurisprudência consolidada do tribunal, mas ficou vencida. A tese que prevaleceu conforme dito foi a de Bellizze, que teve como premissa considerar que as regras positivadas no Brasil não são tão distintas das quais o TJUE utilizou para embasar sua decisão, qual seja, a incidência da Diretiva de proteção de dados aos aplicativos de busca.

Segundo o ministro,

“Essa sistemática de busca, na essência, é a mesma para qualquer buscador, variando de acordo com os algoritmos próprios para a atribuição de importância a fim de ordenar as respostas apresentadas. Assim, no intuito de agregar velocidade ao sistema de pesquisas e reduzir o tempo de resposta, alcançando resultados mais relevantes e úteis aos usuários, a base de dados trabalha num crescente, sempre adicionando novos resultados e novos conteúdos.”¹⁹

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.660.168, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Recorrente Google Brasil Internet Ltda., Yahoo! Do Brasil Internet Ltda; Recorrida D.P.N, decisão de 08.05.2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1660168_b9afb.pdf?Signature=Q0t60%2BKZaBleg2m2L3W3mNa9h08%3D&Expires=15369>

A alteração da jurisprudência da corte se baseou em quais critérios? Primeiramente, o ministro frisou que a hipótese dos autos era distinta daquele precedente, já que este não requereu a responsabilização civil dos recorrentes. Adiante, afirma que a situação em tela é excepcional por se tratar de uma pessoa não-pública, onde o fato referido já tinha mais de uma década e os buscadores ainda referenciavam os resultados de busca como mais relevantes (nas primeiras posições) notícias a ele relacionadas.

Frisa o ministro que a incidência da decisão se restringe a mera associação do nome da autora, desvinculado de qualquer outro termo, a exibição do fato desabonador em apreço. Em suas palavras manter esses resultados retroalimenta o sistema, já que “ao realizar a busca pelo nome da recorrida e se deparar com a notícia, o cliente acessará o conteúdo – até movido por curiosidade despertada em razão da exibição do link – reforçando, no sistema automatizado, a confirmação da relevância da página catalogada”²⁰.

Interessante notar que no seu voto o ministro faz questão de fundamentar e assimilar o direito à desindexação não como uma forma de censura, já que não se faz referência a existência de um botão *deletar*, mas sim a restrição do acesso a certos conteúdos, uma indisponibilização dos mesmos, que continuariam ainda presentes na sua fonte original, qual sejam os provedores de conteúdo.

4. Direito à desindexação por violação de direitos autorais

A par do panorama do direito à desindexação na construção europeia e brasileira, faz-se *mister* pontuar a sua utilização para tutelar a proteção dos direitos autorais.

Como prenuncia a teoria geral dos direitos do autor, estes derivam de uma dicotomia entre direitos de propriedade e direitos morais. Em relação aos direitos da propriedade, a relevância centra-se na edição,

[67472&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=9961bd9880798404b4374fc2cf701472](https://www.stj.jus.br/imprensa/vernoticia.php?id=67472&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=9961bd9880798404b4374fc2cf701472)>. Acesso em: 25 agos. 2018.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.660.168, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Recorrente Google Brasil Internet Ltda., Yahoo!.... p. 29.

cópias e distribuição. Já em relação aos direitos morais, há de se enunciar o direito de reivindicar a autoria e ter a prerrogativa de ter o seu trabalho respeitado²¹.

Sob um olhar institucional, a legislação define também as penalidades para os que infringem a lei. O problema ocorre na perspectiva da sociedade da informação, onde a natureza imaterial da pirataria digital e a amplitude e abstração da rede dificulta forçosamente o seu combate²², o que exigiria ações coordenadas, para que se for o caso de se privilegiar o direito à desindexação como forma de frear o consumo ilegal de obras autorais, o mesmo ter efeitos em outros provedores e domínios digitais.

Nesse cenário, o labor regulatório europeu sobre influxos após a aprovação da GDPR: avança na Europa uma tentativa de atualizar a proteção de direitos autorais na era digital. A “Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o *Copyright* no Mercado Único Digital”, aprovada pelo Comitê de Assuntos Legais do Parlamento Europeu, prevê que serviços da internet criem filtros automáticos para identificar e deletar conteúdos protegidos por direito autoral²³.

Críticos dessa regulamentação argumentam que a mesma será uma máquina de censura, sufocaria a inovação e prejudicariam grosseiramente o fluxo de informações²⁴. O artigo 13 é um dos mais polêmicos: ele define que os serviços digitais devem atuar em cooperação com os proprietários dos direitos autorais para evitar o acesso indevido as obras de conteúdo autoral, e também implantaria um sistema de proteção de direitos autorais que obrigaria os *sites* a impedir o *upload* de qualquer material protegido por direitos autorais.

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

22 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. 2018.

23 ÉPOCA NEGÓCIOS. Lei de direitos autorais avança na europa; críticos veem censura sem precedentes. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/mundo/noticia/2018/06/lei-de-direitos-autorais-avanca-na-europa-criticos-veem-censura-sem-precedentes.html>>. Acesso em: 30 set. 2018.

24 GIZMODO. The founding fathers of the internet plead with eu to squash its bad copyright bill. Disponível em: <<https://gizmodo.com/the-founding-fathers-of-the-internet-plead-with-eu-to-s-1826792360>>. Acesso em: 30 set. 2018.

Assim, não haveria como realizar o envio do conteúdo para alguma plataforma digital, que possivelmente violaria direitos autorais. Na prática, uma pessoa que tivesse um vídeo com uma música ao fundo protegida por direitos autorais estaria impedida de publicá-lo em qualquer rede digital.

Enquanto a legislação é discutida, alguns autores voltam-se a par da própria política de uso e privacidade das plataformas digitais, ou seja, pela via extrajudicial para fazer valer os seus direitos. Caso a sua obra tenha sido postada sem a sua autorização, o autor tem a prerrogativa de enviar uma solicitação de violação de direitos autorais à plataforma. A exemplo, o Google mantém uma política de responder as notificações objetivas e específicas de supostas violações a direitos autorais, conforme o *Transparency Report* que trata das remoções de conteúdo por direitos autorais²⁵.

Basicamente o autor preenche um formulário que está em consonância com a Lei de Direitos Autorais do Milênio Digital (DMCA), onde julga e aponta a URL que dá acesso ao conteúdo infrator, e solicita a remoção pelo motor de busca do *link* dos resultados de busca.

Em 2012 o Google incorporou ao seu relatório de transparência os dados que recebe dos proprietários dos direitos autorais pedindo a desindexação. No relatório há de observar que os *sites* que mais tiveram *links* removidos da plataforma foram Pirate Bay, Extra Torrent, File Tube, 4Shared, entre outros que se destacam no segmento de torrentes e downloads de arquivos²⁶.

É notório que a medida não possui eficácia plena e depende da viabilidade técnica dos *softwares* do buscador de pesquisa. Apesar dessa constatação e da situação de que o rastreamento do conteúdo deve ser constante, tal medida logra êxito em situações em que não se pode indiciar onde o conteúdo ofensivo está hospedado ou o mesmo está sediado em provedores de hospedagem internacionais.

Nesse compasso, no Brasil foi aprovado em 2014 o Marco Civil da

25 Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/copyright/overview?hl=pt_BR>. Acesso em: 14. set. 2018.

26 CANALTECH. Direitos autorais: cresce o número de pedidos de remoção de conteúdo do Google. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/mercado/Direitos-autorais-cresce-o-numero-de-pedidos-de-remocao-de-conteudo-do-Google/>>. Acesso em: 04 set. 2018.

Internet (MCI) que estabelece direitos e deveres que devem ser observados tanto pelos usuários quanto pelos prestadores de serviços digitais. Não há na referida lei nenhuma referência expressa ao direito à desindexação. Entretanto, apesar dessa lacuna legislativa o art. 19 do MCI preceitua alguns delineamentos do direito à desindexação. *In verbis*:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário²⁷.

A previsão é clara ao condicionar a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, somente se após notificado judicialmente não tomar as providências cabíveis para tornar o conteúdo apontado como lesivo, adequando-se a teoria conhecida como *judicial notice and takedown*.

Em relação a regulação da responsabilidade dos provedores por violações de direitos autorais, o §2º do art.19 e o art. 31 excluem à disciplina no que tange à violação ao direito autoral. A exclusão ocorreu porque paralelamente a aprovação do MCI, discutia-se pelo Ministério da Cultura de um projeto de revisão da lei autoral brasileira.

Portanto, há de se inferir que apesar do MCI disciplinar a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet ao não removerem o conteúdo infringente após decisão judicial, tal hipótese não abarca questões relativas ao direito autoral.

Como a legislação é silente em relação a matéria, em razão da ressalva do MCI e da ausência de regulamentação acerca da responsabilidade na lei de direitos autorais, a jurisprudência vem solucionando os casos com base no julgamento do Recurso Especial n 1.512.647, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. No caso, ao decidir se o provedor de buscas teria ou não responsabilidade por espelhar conteúdos que violem

27 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 União, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 06 set. 2018.

direitos autorais, o ministro fundamentou seu voto afirmando que o provedor não praticou nenhum dos núcleos tipificados nos arts. 102 e 104 da Lei nº 9.610/98. No caso apenas o usuário foi o autor do delito, reproduzindo ilicitamente a obra com conteúdo autoral, devendo apenas ele ser responsabilizado.

A falta de uma legislação específica sobre esse assunto é problemática, na medida em que a responsabilização dos provedores por atos de terceiros é sempre pautada na responsabilidade única do usuário, sendo que a plataforma digital é efetivamente a forma de acesso ao conteúdo ilícito.

Não se trata de responsabilizar objetivamente os provedores de busca, pelo mero fato de espelharem conteúdos que infrinjam direitos autorais, protegendo tão somente os interesses do autor. Segundo Leonardi, isso traria como consequência imediata o estabelecimento de políticas agressivas de censura da conduta de tais usuários, transformando-se em injusta limitação à liberdade de expressão destes²⁸.

Outrossim, em tempos da sociedade da informação, em que a internet permite o consumo ilimitados de *downloads* prenuncia uma violação intermitente dos direitos do autor. O proprietário do direito autoral, lesado pelo compartilhamento e uso ilícito de sua obra literária, criação artística, profissional, englobando o direito do autor e os direitos conexos do direito do autor, está desamparado já que ao mesmo tempo em que o MCI não se aplica à matéria em tela, os tribunais não entendem terem os provedores de busca responsabilidade compartilhada, muito menos são obrigados a filtrar resultados que violem direitos autorais.

A rigor o autor ofendido pela violação dos seus direitos autorais está sujeito a agir apenas contra o provedor de conteúdo, onde a informação lesiva está efetivamente hospedada. Entretanto, se por algum motivo o provedor de conteúdo não cumprir a decisão judicial que determinasse a remoção infringente do direito autoral, e a mesma estiver hospedada em um provedor estrangeiro, o lesado não poderia se voltar judicialmente contra o provedor de buscas, pleiteando a desindexação, mesmo sendo ele a fonte principal de acesso a propagação do conteúdo ilícito.

28 LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 49

5. CONCLUSÃO

O direito à desindexação é uma construção recente e não livre de críticas. É nítido que a sua eficácia protetiva é limitada, mas há de se auferir que a indisponibilização do conteúdo lesivo terá um papel importante para se concretizar o núcleo dessa proteção.

A ideia de que os provedores de busca não podem ser responsabilizados pelos conteúdos que espelham é criticável. Conforme demonstrado nesta pesquisa, esta é uma visão distante da compreensão contemporânea do papel dos provedores, que influenciam diretamente na experiência do usuário, pela presença de vários algoritmos que intervêm nos resultados das pesquisas. O advento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) e da Internet trouxe uma gama de discussões à superfície, inclusive ampliando o debate para se discutir a acerca da utilização do direito à desindexação quando as formas convencionais de retirada do conteúdo infringente autoral não forem possíveis ou de difícil realização.

Aqui uma possibilidade de se tutelar a proteção dos direitos autorais, já que se o provedor de conteúdo não cumprir a ordem judicial que determine a exclusão da informação lesiva, posto que o mesmo pode estar inserido em domínio estrangeiro, o autor teria a possibilidade de voltar-se contra o provedor de buscas judicialmente, o canal onde efetivamente a informação é geralmente acessada, pleiteando para isso o seu direito à desindexação para efetivar o seu direito autoral.

Assim a desindexação se apresenta como um mecanismo de proteção aos direitos autorais, tendo uma tutela limitada já que o conteúdo autoral ainda continuará presente na rede, mas permitirá que o conteúdo infringente não continue em evidência. Dificultar o acesso, acarreta no freio da propagação do conteúdo ilícito, colocando-se uma barreira artificial a sua disponibilização, quando não for possível retirar o conteúdo do site hospedeiro original por qualquer motivo.

Tais perspectivas trazem à baila ainda o longo caminho que o

direito deve percorrer, revelando a inconsistência legislativa perante uma sociedade que se altera a todo segundo, chegando o direito “sempre atrasado”. Imperioso se discutir a extensão e aplicabilidade do direito à desindexação em casos pontuais, aptos a condicionar uma efetividade à lei de direitos autorais. Ademais, condicionar tal prospecção legislativa com a realidade de uma rede mundial de computadores incomensurável, novas tecnologias de armazenamento de dados, minituarização e compressão dos conteúdos, é um desafio intermitente, realidade presente na era da quarta revolução industrial.

REFERÊNCIAS

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

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. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.965/14. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 11 de sete. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.316.921, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Recorrente Google Brasil Internet Ltda., Recorrida Maria da Graça Xuxa Meneghel, decisão de 26.06.2012, Dje 29.06.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1161904&num_registro=201103079096&data=20120629&formato=PDF>. Acesso em: 25 agos. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.660.168, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Recorrente Google Brasil Internet Ltda., Yahoo! Do Brasil Internet Ltda; Recorrida D.P.N, decisão de 08.05.2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1660168_b9afb.pdfCMBA&responsehash=9961bd9880798404b4374fc2cf701472>. Acesso em: 25 agos. 2018.

BRANCO, Sergio. Nove perguntas sobre o “Direito ao esquecimento”. ITS Rio. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/nove-perguntas-sobre-o-direito-ao-esquecimento-dbacefdbbe5c>>. Acesso em 13/07/2018.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

ÉPOCA NEGÓCIOS. Lei de direitos autorais avança na europa; críticos

veem censura sem precedentes. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/mundo/noticia/2018/06/lei-de-direitos-autorais-avanca-na-europa-criticos-veem-censura-sem-precedentes.html>>. Acesso em: 30 set. 2018.

EUROPA. General Data Protection Regulation. (EU 2016/679). April 14th, 2016. Disponível em: <<https://www.eugdpr.org/>>. Acesso em 13 de set. de 2018.

EUROPA. Diretiva 95/46/CE. 1995. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em 13 de set. de 2018.

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/liste.jsf?num=C-131/12>>. Acesso em 23 de set. de 2018.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 47, p. 141-153, jan./dez. 2008.

GEORGE, Damian; TAMÒ, Aurelia. Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age. Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, vol. 5, 2014.

GIZMODO. The founding fathers of the internet plead with eu to squash its bad copyright bill. Disponível em: <<https://gizmodo.com/the-founding-fathers-of-the-internet-plead-with-eu-to-s-1826792360>>. Acesso em: 30 set. 2018.

GONÇALVES, Luciana Helena. O direito ao esquecimento na era digital: desafios da regulação da desvinculação de URLs prejudiciais a pessoas naturais nos índices de pesquisa dos buscadores horizontais. 2016. 146 f. Tese (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

LEONARDI, Marcel. Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 49

MARTINEZ, Pablo Dominguez. Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PARENTONI, Leonardo Netto. O direito ao esquecimento (right to oblivion). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). Direito & Internet — Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei no 12.965/2014) — São Paulo: Quartier Latin, 2015.

REINALDO. Demócrito Filho. A remoção dos resultados de pesquisa na internet (1ª. parte). Instituto Brasileiro de Direito da Informática, 24 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.ibdi.org.br/site/artigos.php?id=281>>. Acesso em: 31 agos. 2018.

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 de set. de 2018.

STATEWATCH. InterinstitutionaluuuuFile: 2012/0011 (COD). Disponível em: <<http://www.statewatch.org/news/2015/dec/eu-council-dp-reg-draft-final-compromise-15039-15.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2018.

TRANSPARENCY REPORT. Remoções da pesquisa em cumprimento da legislação europeia sobre privacidade. Disponível em: <<https://support.google.com/legal/troubleshooter/1114905?hl=pt-BR#ts=1115655%2C6034194>>. Acesso em: 22 set. 2018.

VIDIGAL, Leonardo Bruno Marinho. O Direito ao Esquecimento e a incipiente experiência brasileira: incompreensões sobre o tema, limites para sua aplicação e a desafiadora efetivação no ambiente virtual. 2017. 261 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, PUCRio, Rio de Janeiro, 2017

WEBER, Rolf H. The right to be forgotten: more than a Pandora's Box? JIPITEC 120, 2011. Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>>. Acesso em: 12 jul. 2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo IV Direito de Autor e Novas Tecnologias

TÍTULO: O DIREITO DE AUTOR SOBRE O SOFTWARE E SUAS IMPLICAÇÕES SOBRE A GOVERNANÇA DOS ALGORITMOS

**Letícia Canut
Heloísa Gomes Medeiros**

O DIREITO DE AUTOR SOBRE O SOFTWARE E SUAS IMPLICAÇÕES SOBRE A GOVERNANÇA DOS ALGORITMOS

Letícia Canut¹

Heloísa Gomes Medeiros²

RESUMO

No contexto em que o Brasil apresenta projetos para acompanhar o cenário internacional da sociedade e economia digital, nas quais os software e algoritmos desempenham um papel essencial nas mais variadas atividades nos setores público e privado, o presente trabalho objetiva demonstrar que o direito de autor sobre software, ao garantir o sigilo do código-fonte do algoritmo, cria implicações para a governança dos algoritmos, dificultando a verificação e compatibilização de seu uso com direitos e liberdades fundamentais. O trabalho consiste em análise descritiva, orientada pelo método dedutivo e com base em pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras chave: governança dos algoritmos; direito de autor; software

1 Doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pesquisadora do Pós-doutorado Júnior do Cnpq e do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR). Professora do curso de direito do Centro Universitário Estácio de Santa Catarina. Advogada. 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 nos Cursos de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), do Centro Universitário UNDB, e da Faculdade Estácio de São Luís. Advogada. E-mail: medeiroshg@gmail.com

ABSTRACT

In the context of Brazilian development of projects to follow the international scenario and the digital economy, in which software and algorithm have essential role in the most diversity activities in public and private sector, this work aims to show that the software copyright, by guaranteeing the non-disclosure of the source code, creates implications to the algorithm governance, complicating the verification and compatibilization of its use with fundamental rights and freedoms. The work consists of a descriptive analysis, guided by the deductive method and based on bibliographical and documentary research.

Key words: Algorithm Governance; Copyright; Software

INTRODUÇÃO

Numa sociedade digital, marcada por inovações como a Internet das Coisas, o *blockchain*, novos modelos e plataformas de comércio, de indústria 4.0, dentre tantas outras inovações baseadas em tecnologias de big data, o *software* e seus algoritmos, que lhes permitem o desempenho de diferentes funções, nas mais diversas atividades, tanto no setor público quanto privado, passam a fornecer a configuração para diversas atividades humanas.

Os algoritmos são recebidos, inicialmente, com entusiasmo dadas as suas potencialidades de melhorar procedimentos e resultados nos mais variados campos e áreas de atuação. Uma potencialidade incrementada a cada dia diante do desenvolvimento das tecnologias de Inteligência Artificial.

No entanto, o recurso a algoritmos tem demonstrando, também, potencialidades negativas, com efeitos sobre direitos e liberdades fundamentais, mostrando-se, em alguns casos, perpetuadores de preconceitos, em outros como invasores da privacidade e violadores de dados pessoais ou, ainda, violadores de direito dos consumidores e da livre concorrência.

Trata-se de um cenário que está a cobrar a atenção e reflexões dos operadores do direito e que impõe o desafio de aplicar normas jurídicas, que estiveram sempre voltadas a normatizar o comportamento humano, aos algoritmos, suas funcionalidades e seus resultados.

Começam a surgir diferentes debates sobre a possibilidade de governança, regulação, auditoria, responsabilidade e governabilidade dos algoritmos. De um lado, há a necessidade de maior governança dos algoritmos, suas atividades e resultados e, de outro, encontram-se dificuldades e empecilhos para que seja possível alcançar tal objetivo.

O presente trabalho não pretende explicar o significado de cada um desses termos relacionados à governança dos algoritmos, mas tão somente ressaltar como eles se conectam e carregam preocupações similares com intuito de dar respostas às potencialidades negativas que seu uso pode gerar.

Tendo em vista que os algoritmos consistem no conjunto de instruções do software, escritas em código matemático, denominados de código-fonte, e que no Brasil o software é protegido pelo direito de autor

que garante o sigilo do código-fonte do algoritmo, o presente trabalho procura analisar - no eixo temático direito autoral e novas tecnologias - se e em que medida os direitos autorais, geram implicações para a governança dos algoritmos.

Parte-se da hipótese de que ao garantir o sigilo ao código-fonte do software, o direito autoral contribui para a sua falta de transparência, dificultando, assim, as atividades que vem sendo abordadas pelas denominações de regulação, auditoria, responsabilização/accountability dos algoritmos. Objetiva-se demonstrar que a proteção garantida pelos direitos autorais ao software configura-se como um dos desafios a ser enfrentado para que seja possível um maior controle sobre os algoritmos, suas funcionalidades e seus resultados, dificultando, assim sua compatibilidade e respeito a direitos e liberdades fundamentais. Para tanto, a pesquisa será descritiva, desenvolvida sob orientação do método dedutivo e por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

1. O papel essencial dos algoritmos na sociedade e economia digitais

O fundador do Fórum Econômico Mundial, Klaus Schwab, apresenta as potencialidades abertas pelas novas tecnologias que passam a impulsionar aquilo que ele denominou de 4ª Revolução Industrial. Em sua cartilha sobre o tema, tais tecnologias são sistematizadas como megatendências sob três categorias: física, digital e biológica, tendo todas elas, como característica comum, o aproveitamento da capacidade de disseminação da digitalização e da tecnologia da informação (SCHWAB, 2016, p. 15,16;26).

Na categoria física tem-se, por exemplo, os veículos autônomos, as impressões 3D, a robótica avançada, e os novos materiais. Na digital estão a internet das coisas (IoT), o blockchain, as plataformas digitais ou economia compartilhada. Na categoria biológica faz-se menção à biologia sintética, à edição genética, à utilização da fabricação 3D e aos avanços na neurotecnologia (SCHWAB, 2016, p.26-37). A maior parte de tais tecnologias, senão todas, baseia-se - para seu desenvolvimento e/ou

utilização- em *software* e algoritmos, inteligência artificial, processamento, armazenamento e tratamento de dados e informações.

As discussões sobre economia digital, caracterizada pelas tecnologias ora mencionadas, têm de atenção prioritizada não só no Fórum Econômico Mundial como também, na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico-OCDE (OECD, 2017).

Esse cenário tem impulsionado o Brasil a se inserir nesse contexto internacional. Verificam-se diferentes propostas/projetos para inserção do país na era digital como, por exemplo³: o Decreto nº 9.319, de março de 2018, que instituiu no Brasil o Sistema Nacional para a Transformação Digital- SinDigital (BRASIL, 2018) e a E-Digital, aprovada pela Portaria nº. 1.556, de 21 de março de 2018 (Brasil, 2018a); a Política de Governança Digital, instituída pelo Decreto nº 8.638, de janeiro de 2016 (BRASIL, 2016); o Decreto nº 8.936, de 19 de dezembro de 2016, que institui a Plataforma Cidadania Digital e dispõe sobre serviços públicos digitais (Brasil, 2016a) e o Plano de ação estratégico para o país em Internet das Coisas (Internet-of-Things - IoT), elaborado mediante parceria do BNDES com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), cujo relatório foi publicado em novembro de 2017 (BNDES, 2017). Nota-se, contudo, que esse cenário apresentado pelo atual governo tem sido acompanhado, paradoxalmente, pelo corte de verbas públicas em pesquisa e inovação (CARBINATTO; MOLINARI, 2018).

Na sociedade e economia digitais os *software* e algoritmos passam a desempenhar papel essencial, marcando diversos setores da atividade humana, sejam elas públicas ou privadas. Sem pretensão de se dedicar, no presente trabalho a explicações pormenorizadas a respeito do que são *software* e algoritmos⁴, aqueles podem ser compreendidos como programações prévias que operam o computador, como um conjunto de instruções para ele execute determinada função⁵ (CANUT, MEDEIROS,

3 Outros projetos e iniciativas podem ser consultados na introdução da obra de WACHOWICZ e CANUT, 2018.

4 Para melhor compreensão do tema indicação a leitura de: CANUT, MEDEIROS, 2017; ELIAS, 2018.

5 Nesse sentido, João Paulo Remédio Marques (2016, p. 3-4) conceitua programa de computador.

2017) e que é escrito em linguagem específica, codificada, que pode ser lida pelo computador (DURELL, 2000, p. 235) e que não coincide com a linguagem humana. Os algoritmos, são a parte técnica essencial do software que diz respeito ao processo – com a sequência de etapas a serem cumpridas- para solução de um problema identificado. (CANUT, MEDEIROS, 2017, p.1042).

Software e algoritmos têm sido utilizados pelo poder judiciário como, por exemplo, nos casos dos estados de New Jersey e Wisconsin, nos Estados Unidos, com vistas a “tomar decisões no âmbito da Justiça criminal sobre questões incluindo execução penal, condenação de fiança, reincidência etc”; e, no Brasil, no âmbito do STF, seja para fazer a distribuição de processos, ou ainda para o desempenho de atividades mais complexas como a adoção de VICTOR, uma ferramentade inteligência artificial, que, em sua fase inicial irá ler “todos os recursos extraordinários que sobem para o STF e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral” (CANUT, MEDEIROS, 2018). Também estão presentes no setor de segurança pública para mapear áreas de crimes, havendo um crescente uso pelas agências de segurança e de inteligência (ELIAS, 2018, p.12; 6; 12).

Algoritmos também têm sido empregados com frequência para a seleção de candidatos a empregos; por seguradoras para avaliarem e tomarem decisões sobre seus possíveis clientes; na área de saúde como ferramenta de auxílio à decisão dos profissionais dessa área; agências de crédito e gestão de riscos vem - há muito tempo - utilizando algoritmos para fazer pontuações de crédito, os denominados *credit score*(ELIAS, 2018, p. 11), influenciando em decisões acerca daqueles que terão acesso ao crédito e outros serviços e os que não terão.

Os diversos aplicativos dos celulares nada mais são do que software que seguem o passo a passo indicado por seus algoritmos. Nota-se, também, que a utilização de algoritmos é cada vez mais corriqueira nos *sites* de comércio eletrônico que, por meio desse recurso conseguem, inclusive, fazer análises preditivas das opções dos consumidores e influenciar nas suas escolhas (CANUT, MEDEIROS, 2017). Além disso, “a próxima geração de e-commerce será conduzida por agentes digitais baseados

em algoritmos que podem lidar inteiramente com as transações (GAL; ELKIN-KORREN, 2017, p. 310).

Algoritmos inteligentes de recomendação já estão inseridos nas atividades diárias quando se vê um filme no Netflix ou se encomenda um livro na Amazon. A sugestão de caminho proposto pelo Waze ou a precificação de uma corrida pelo Uber também 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)

Esse quadro exemplificativo chama a atenção para a consideração de Paulo Sá Elias de que

o êxito do desenvolvimento de novas tecnologias de dados, incluindo a utilização mais ampla de algoritmos, inteligência artificial, aprendizado de máquina (*machineLearning*) e a *Internet das coisas (Internet ofthings)*, como estamos percebendo, será essencial para o crescimento de qualquer país ou empresa nos próximos anos (ELIAS, 2018, p. 9).

Não restam dúvidas de que os *software* e os algoritmos no paradigma de sociedade e economia digitais assumem papel essencial e “são incumbidos cada vez mais de decisões, avaliações e análises que têm impactos concretos em nossas vidas” (DONEDA, ALMEIDA, 2016) e , por vezes, sobre diferentes direitos fundamentais.

Além disso, com os avanços na área de Inteligência Artificial e de desenvolvimento de tecnologias de big data, a ampliação, de forma rápida e surpreendente, da quantidade, qualidade e variedade de dados que alimentam os algoritmos, possibilita que eles se tornem além de essenciais, cada vez mais complexos.

2. Potencialidades negativas dos algoritmos

Costumam-se destacar as potencialidades positivas dos software e algoritmos para o desenvolvimento das atividades que os têm como base. No entanto, pouco tem sido abordado, especialmente no Brasil, a respeito dos riscos que a utilização dessas tecnologias podem gerar para direitos

e liberdades individuais, sendo ainda mais escassos os debates e estudos sobre a necessidade de se criarem mecanismos de controle dos algoritmos- sejam técnicos, éticos ou jurídicos- de identificação e prevenção dos riscos que geram e, ainda, de responsabilização pelos resultados negativos que podem e estão a gerar.

Ao destacar a importância dos algoritmos para qualquer país ou empresa, especialmente os baseados em inteligência artificial, Paulo Sá Elias, destaca que essa realidade irá gerar “profundo impacto em relação a autodeterminação informativa, o direito constitucional da intimidade e a privacidade, que são direitos individuais característicos de um Estado Democrático e que devem ser mantidos diante do desenvolvimento tecnológico” (ELIAS, 2018, p. 9; 15).

Uma das consequências negativas que costuma ser levantada em relação ao uso dos algoritmos relaciona-se à disseminação de preconceitos ao fornecerem resultados tendenciosos como, por exemplo: casos de mapeamento de crimes que são “influenciados pela segmentação de grupos marginais”; o caso do poder judiciário norte americano que ao fazer *scoring* de risco em matéria de execução penal levou em conta o fato do pai do acusado já ter sido preso (ELIAS, 2018, p. 6) e ainda o fato de o criminoso ser negro para determinar o grau – maior – de periculosidade, influenciando na estipulação de suas penas⁶ (BBC NEWS, 2016; UK PARLIAMENT, 2018, p.19); o caso dos algoritmos do Google que produziram um “resultado inadequado” quando classificaram os negros como gorilas (CRAWFORD, NEW YOUR TIMES, *apud* ELIAS 2018, p. 12).

Nessa mesma linha, observaram-se algoritmos apresentando classificações “de declarações do tipo ‘eu sou homossexual’ e ‘eu sou uma mulher negra gay’ como negativas” (PIERRO, 2018).

Algoritmos são utilizados, também, para realizar fraudes em diversas áreas. Em 2015, foram instalados software nos carros da Volkswagem para identificar quando eles passavam por um teste da Agência de proteção ambiental dos Estados Unidos para, nesse momento, reduzirem os poluentes emitidos pelo motor (SILVEIRA, 2017, p. 272; WAGNER, 2016, p.5).

6 Como constatado na pesquisa feita pelo [propublica](https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing) <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>

Gal e Elkin-Koren destacam, ainda, os riscos do uso de algoritmos para o direito de livre concorrência e a facilitação que geram para criação de oligopólios⁷ (2017, p. 312). Também já foi analisado como sua utilização no comércio eletrônico, fazendo previsões, indicações e resultados de busca afeta o direito à informação e de livre escolha do consumidor (CANUT, MEDEIROS, 2017) e como podem afetar direitos fundamentais relacionados à publicidade e fundamentação das decisões judiciais (CANUT, MEDEIROS, 2018).

Algoritmos também foram utilizados para influenciar campanha eleitoral, em favor da candidatura de Donald Trump à presidência dos Estados Unidos, que acabou vitorioso. Nessa ocasião, os “algoritmos utilizados pela empresa Cambridge Analytica conseguiram obter dados do comportamento de 50 milhões de usuários do Facebook e os utilizaram para orientar campanhas nas redes sociais pela saída do Reino Unido da União Europeia” (PIERRO, 2018).

Os efeitos negativos ora mencionados evidenciam que algoritmos não são neutros (VIETH, BRONOWICKA, 2015, p.5). Eles perpetuam as opções, valores e preceitos de seus criadores, seus padrões de discriminação e desigualdade e, além disso, sua imparcialidade pode derivar, também, dos dados⁸ que foram usados para treinar o algoritmo, para desenvolvê-lo. Desta forma, para além dos benefícios que já possibilitaram e ainda viabilizarão, ressalta-se que os algoritmos não são infalíveis e não estão “[...] livres da influência humana, de governos, interesses políticos, militares, econômicos e vários outros que você já consegue imaginar” (ELIAS, 2017, p.7; 14;17).

Apesar de o uso dos software e algoritmos ser cada vez mais corriqueiro eles são, para a maioria das pessoas, invisíveis, não sendo percebidos no dia-a-dia (SILVEIRA, 2017, p. 272). Eles “costumam

7 Nesse sentido a avaliação de Pierro - ao citar o caso do Uber - acerca do poder dos algoritmos de grandes empresas para acessar dados e, conseqüentemente, gerar informações valiosas. (PIERRO, 2018)

8 A oferta de dados tornou-se tão importante na construção de algoritmos quanto o desafio de programá-lo. “Analisar as características dos dados ofertados é fundamental na hora de construir um algoritmo, porque descuidos nesse momento podem provocar vieses nos resultados”, afirma Marcondes Cesar. (PIERRO, 2018)

ser vistos como objetos intangíveis pela população em geral –que sente seus efeitos, mas não conhece ou compreende seu formato e modo de ação”(PIERRO, 2018).

Essa “imaterialidade e invisibilidade dos software e algoritmos reforçam a prática discursiva de uma tecnicidade neutra de uma racionalidade naturalizada que implicam o tratamento não-político e não-crítico dos códigos no setor público” (SILVEIRA,2017, p. 272) e, também, no privado. O que faz com que todos esses efeitos negativos, mencionados a título exemplificativo, sequer sejam notados ou, ainda que notados, compreendidos.

Esse cenário torna difícil a identificação de lesão a diferentes fundamentais e, conseqüentemente, cria novos desafios para proteção de direitos e liberdades individuais.

Assim, o quadro de efeitos negativos que estão sendo e que ainda podem vir a ser gerados em razão do uso dos algoritmos nos mais diversos setores da sociedade é um tema de extrema importância para países democráticos como o Brasil, que tem o dever de garantir o desenvolvimento tecnológico e a proteção dos direitos e liberdades fundamentais individuais.

Trata-se de desafio típico do paradigma social atual, que está a cobrar uma capacidade crítica frente aos algoritmos e que envolve a compreensão de que essas tecnologias têm dimensão pública e diversas implicações políticas (SILVEIRA, 2017, p. 272) e jurídicas na vida das pessoas, gerando, significativos efeitos negativos na esfera de direitos fundamentais.

3. A necessidade de governança dos algoritmos e o desafio de sua opacidade

O quadro apresentado inaugura um cenário desafiador para os padrões jurídicos modernos e tradicionais. O direito, enquanto produto do ente estatal, que esteve voltado a normatizar o comportamento humano para garantir a proteção de direitos dos indivíduos, vê-se diante

de situações em que algoritmos passam a desafiar e ferir tais direitos, emergindo daí questionamentos acerca de como fazer com que os algoritmos respeitem os diferentes direitos e liberdades fundamentais. Essa questão é um desafio a ser enfrentado pelo país, que tem se esforçado para entrar no contexto internacional da sociedade e economia digital.

Ben Wagner afirma que a mudança de regulação dos seres humanos, responsáveis pelo desenvolvimento do sistema de negociação de algoritmos, para os próprios algoritmos é particularmente interessante (2016, p.7), sendo que, aceitar argumentos relativos à importância dos algoritmos enquanto atores da sociedade atual faz surgir questões sobre a governança de suas ações ou desses atores (INTRONA, 2016, p. 8, 9).

Há diversas concepções para o termo governança quando relacionada aos algoritmos. Lucas Introna cita três: uma associada à intenção de agências de governo de governar os algoritmos ou aqueles que os criam, de forma direta; outra que considera os algoritmos como atores importantes para promulgar a governança, o que costuma ser descrito como “regulamento algoritmo”, sendo esta perspectiva criticada com frequência em razão da automatização de suas operações e pela natureza arbitrária ou tendenciosa⁹ de suas classificações¹⁰; uma terceira relacionada à noção foucaultiana de governamentalidade¹¹ (2016, p.9,10). E “os processos de governança de algoritmos podem variar desde soluções orientadas para o mercado até mecanismos governamentais (DONEDA, ALMEIDA, 2016)

Na linha do denominado “regulamento algoritmo”, verifica-se a existência de sujeitos ou de atores que pretendem governar por meio dos

9 Diega, com base no inquérito do Reino Unido sobre algoritmos no processo de tomada de decisão, cita seis razões pelas quais sistemas algorítmicos podem produzir resultados tendenciosos. (DIEGA, 2018, p. 8,9)

10 Algo similar com o que cenário descrito no tópico anterior.

11 O presente trabalho não abordará essa perspectiva da governança. No entanto, ressaltam-se os dizeres de Lucas Introna: “[...] o conceito de governamentalidade focaliza nossa atenção em como as práticas, o conhecimento e o poder se interligam para encenar sujeitos governados particulares (ou melhor, subjetividades) numa variedade de contextos institucionais (como o asilo, a clínica e a prisão)”. O autor utilizou essa concepção para analisar o tema da governança da redação acadêmica (INTRONA, 2016).

algoritmos já que eles consistem em normas sociais embutidas na tecnologia e, nesse sentido, nem sempre tais normas correspondem aos regimes legais relevantes, podendo muitas vezes divergir deles¹²(WAGNER, 2016, p. 9,10), como verificado nos exemplos do tópico anterior.

Esse tipo de governança precisa de um controle para permitir a compatibilidade entre o desenvolvimento tecnológico e os direitos e liberdades fundamentais, donde se destacam as perspectivas que seguem a primeira concepção citada por Lucas Introna, que indicam a possibilidade de os algoritmos serem regulados. Nesse sentido:

A lei deve estar atenta ao seu papel nesse contexto: por um lado, não dificultar o atual desenvolvimento econômico e tecnológico e, por outro lado, regular efetivamente as práticas tecnológicas, com o objetivo de coibir os abusos e proteger os direitos constitucionais¹³(MAGRINI; LEMOS, 2018).

Surgem, então, debates sobre a auditoria e supervisão das funcionalidades e impactos dos algoritmos, acompanhados de devido apoio regulamentar (ELIAS, 2018,p.14;18; PIERRO, 2018) com criação de códigos e princípios e projetos de certificação¹⁴ (UK PARLIAMENT, 2018a); sobre a necessidade de os algoritmos prestarem contas estando esta abordagem conectada à ideia de responsabilização (DONEDA, ALMEIDA, 2016).

Apesar de se reconhecer a necessidade de regular, governar, auditar os algoritmos, suas funcionalidades e resultados, não é possível ignorar as dificuldades, desafios e empecilhos que se impõe para que tais atividades sejam viabilizadas. Nesse sentido, mesmo diante de diferentes conceitos, perspectivas e abordagens - estreitamente jurídica ou técnica -, é possível identificar a opacidade ou falta de transparência dos algoritmos como obstáculo comum a tais formas de controle dos algoritmos.

12 Assim: “as regras do Facebook sobre a liberdade de expressão têm pouco a ver com a primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos ou de fato o quadro legal para a liberdade de expressão de qualquer país do mundo.[...]” (WAGNER, 2016, p 9,10)

13 Tradução livre do original. (MAGRANI, LEMOS,2018).

14 O’neil, ao mencionar o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Européia-GPDR, afirma que “a responsabilização algorítmica, incluindo a auditoria de algoritmos, parece ser adotada pela EU como uma maneira de evitar os problemas associados à tomada de decisões ruins sobre Inteligência Artificial. (2018). Esse tema relaciona-se ao que vem sendo denominado, por alguns, de direito à explicação.

A opacidade parece estar no centro das novas preocupações sobre algoritmos entre os estudiosos do direito e os cientistas sociais¹⁵(BURREL, 2016, p.1) e dos debates sobre a sua governança (DONEDA, ALMEIDA, 2016; MAGRINI, LEMOS,2018). Ao tratar do tema sobre decisões feitas por algoritmos, o governo do Reino Unido identificou a transparência e a equidade como temas chave para projetos de governança de dados e usos da Inteligência Artificial (UK PARLIAMENT, 2018a).

A opacidade é verificada em razão de raramente ser possível ao receptor de uma saída (de uma classificação) saber concretamente como ou porque se chegou até ela a partir dos dados de entrada, sendo que as próprias entradas podem ser total ou parcialmente desconhecidas (BURREL,2016, p.1). Daí ela costuma estar associada à “dificuldade de decodificar o seu resultado”(DONEDA, ALMEIDA, 2016; MAGRINI, LEMOS, 2018).

Nos casos de algoritmos que utilizam IA essa opacidade é intensificada. Os algoritmos de *learn machine* ou aprendizado de máquina que correspondem à maioria dos algoritmos utilizados hoje e que, por terem a capacidade de auto-aprendizado (UK PARLIAMENT, 2018, p.7), seus resultados são imprevisíveis em razão da utilização de dados diferentes dos usados para seu treinamento e pelos caminhos que seguirão por escolha própria, cujos resultados nem os seus desenvolvedores conseguem explicar ou prever (ELIAS,2018, p.2; 5).

Jenna Burrel(2016, p.3) faz a seguinte tipologia da opacidade dos algoritmos:

começando primeiro com a questão da “opacidade” como uma forma de proteção proprietária ou como “sigilo corporativo” (Pasquale, 2015). Em segundo lugar, [...] a opacidade em termos de legibilidade do código. A escrita de código é uma habilidade necessária para a implementação computacional de algoritmos, e um que permanece uma habilidade especializada não amplamente encontrada no público em geral. Finalmente, [...] uma terceira forma de opacidade centrada no descompasso entre procedimentos matemáticos de algoritmos de aprendizado de máquina e estilos humanos de interpretação semântica. No centro deste desafio está uma opacidade relacionada às técnicas específicas usadas no aprendizado de máquina. Cada uma dessas formas de opacidade

15 Tradução livre do original (BURREL, 2016, p.1)

pode ser abordada por diferentes ferramentas e abordagens que variam do legislativo, ao organizacional ou programático, ao técnico. Mas, mais importante, a forma (ou formas) de opacidade implícita em uma aplicação algorítmica específica deve ser identificada a fim de buscar um curso de ação que possa mitigar seus problemas¹⁶.

Para Guido Noto La Diega(2018, p. 9-10) a falta de transparência dos algoritmos está relacionada a três “caixas-pretas”: (i) a organizacional, relacionada ao fato de, na maior parte das vezes os algoritmos serem implementados por entidades privadas que maximizam o lucro e operam sob obrigações mínimas de transparência; (ii) a técnica, que diz respeito ao uso da inteligência artificial que torna difícil de acessar a lógica das decisões algorítmicas; e (iii) a legal, que está associada à propriedade intelectual. Assim, há diversas justificativas, técnicas e não técnicas para a opacidade dos algoritmos.

Apesar dos desafios que se apresentam e aqueles ainda a serem conhecidos no âmbito da regulação, auditoria, supervisão e responsabilização dos algoritmos, é certo que quando afetam direitos e liberdades individuais eles e seus processos, incluindo seus resultados e, também, o conjunto de dados e fontes (ELIAS,2018,p.17) de coleta por eles utilizados, precisam passar por alguma forma de controle para que atuem em conformidade com as normas e princípios jurídicos de direitos fundamentais, devendo-se, para isso, enfrentar os desafios relacionados às diferentes formas de opacidade dos algoritmos.

Sem pretensão de levantar críticas a quaisquer uma das formas de controle ora mencionados - sejam elas de caráter técnico, organizacional ou jurídica- nem de propor soluções para as dificuldades brevemente citadas, relacionadas à opacidade, o cenário ora traçado evidencia ocupar-se de tema extremamente atual e complexo, que ainda precisa ser devidamente compreendido para que surjam propostas efetivas em torna dessas problemáticas. Além disso, acredita-se que as propostas nessa área estão a exigir um olhar multidisciplinar.

16 Tradução livre do original (BURRELL, 2016, p. 3).

4. A tutela jurídica do software no Brasil

No Brasil, os programas de computador ou software – utilizados no presente trabalho como sinônimos - são protegidos pelo direito autoral, em regime geral, nos termos da lei nº 9.610/98, e em regime especial, pela lei nº 9.609/98, por um prazo de cinquenta anos.

A noção brasileira de software reflete a noção internacional sobre o tema e ressalta as ideias de conjunto de instruções, da linguagem e da execução de uma função ou alcance de um resultado. Deve-se ter claro que 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. (MEDEIROS, 2017)

Tais instruções devem estar contidas em suporte físico de qualquer natureza. Exige-se, assim, um suporte corpóreo ou tangível - como, por exemplo, em disquete, em disco rígido, em disco óptico (CD-ROM), em fita e em cartão perfurado - como condição obrigatória para ser considerado um programa de computador e, como tal, passível de registro. Essa exigência é diferente da lei de direito autoral que garante proteção às obras intelectuais expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (BRASIL, 1998).

Entende-se que a lei 9.609/98 protege apenas o programa de computador 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 9.609/98, mas, cumprindo os requisitos legais, poderão ser objeto de patente. (MEDEIROS, 2017)

A não obrigatoriedade do registro do programa de computador (BRASIL, 1998) é uma das mais reconhecidas características do regime de direito de autor, para o qual o registro consiste em mera formalidade e

cujo escopo maior é a constituição de prova em juízo quanto à autoria. Tal qualidade era um dos grandes benefícios enxergados internacionalmente para a apropriabilidade do software por essa espécie de direito de propriedade intelectual. Assim, basta a criação do mesmo para que lhe seja atribuída proteção intelectual.(MEDEIROS, 2017)

Optando-se pelo registro, este deve ser realizado junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), nos termos regulamentados pelo Decreto 2.556/98. Deve, conter para essa finalidade, pelo menos, as seguintes informações: os dados do autor do programa de computador e do titular, se outro for, sejam pessoas físicas ou jurídicas;a identificação e descrição funcional do programa de computador; e os trechos do programa e outros dados que possam se considerar suficientes para identificá-lo e caracterizar sua originalidade. Porém, a identificação e a descrição funcional do programa de computador são de caráter sigiloso, não podendo ser reveladas, salvo por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular.

Destaca-se ainda que não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador, sendo assim de uso livre e permitido legalmente:(i) a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;(ii) a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;(iii) a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;(iv) a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu (BRASIL, 1998, artigo 6º).

Sobre esta última hipótese recaem as opiniões doutrinárias acerca de um dos temas de maior discussão na proteção ao software: a descompilação ou engenharia reversa do software, que consiste em fazer o processo reverso da compilação (PEREIRA, 2001, p. 641) que normalmente ocorre na

produção de um software. Explica-se: (i) a programação de um software é primeiramente escrita em linguagem de alto nível pelo programador (ii) que depois será compilada, por meio de um tradutor ou compilador, para a linguagem binária própria da máquina. O processo inverso, isto é, transformar a linguagem binária em linguagem de alto nível, é uma forma comum para se chegar ao processo lógico de funcionamento do software (algoritmo), bastando em seguida que se escreva o código de outra forma/expressão.

Para José Oliveira Ascensão a descompilação consistira mesmo em poder ter acesso ao algoritmo em si, pois é possível

partindo da fórmula, aceder ao algoritmo ou idéia lógico-matemática fundamental que está na origem do programa. A partir daí, e com base naquele, poderiam desenvolver-se novos programas, que não violariam o programa anterior por serem diferentes na sua expressão (ASCENSÃO, 1996, p. 671).

Esse procedimento é frequentemente considerado ilegal, pois se trataria de cópia ou reprodução que, na ausência de autorização do titular, feriria direitos autorais (BARBOSA, 2010, p. 1865). Se não fosse a possibilidade de engenharia reversa, o segredo industrial seria uma forma efetiva de proteção ao software (FLINDERS, 2007, p. 75-76). A doutrina nacional¹⁷ não é unânime sobre a matéria, mas há uma forte tendência a aceitar a descompilação como objeto lícito. Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão entende que a legislação brasileira, ao permitir a integração de que trata o artigo 6º, inciso IV, possibilita realizar adaptações ou transformações no programa, o que pressupõe a descompilação. Conclui o autor que, como não há regra especial, deve-se considerar que a descompilação é livre no direito brasileiro (ASCENSÃO, 1997, p. 671). Da mesma forma, Denis Borges Barbosa interpreta que a proibição da engenharia reversa feriria o condicionamento da proteção do software à cláusula finalística do art. 5º, XXIX da Constituição, ao qual também está subjugado, pois “a blindagem do programa à engenharia reversa importaria em frustrar o desenvolvimento tecnológico” (BARBOSA, 2010, p. 1960).

¹⁷ Dentre os autores que advogam pela possibilidade legal de realizar engenharia reversa: Denis Borges Babosa, José de Oliveira Ascensão e Marcos Wachowicz. Interpreta contrariamente Manoel Joaquim Pereira dos Santos.

Pela impossibilidade de realizar engenharia reversa, encontra-se o ensinamento de Manoel Joaquim Pereira dos Santos (2008, p. 413-414), que parte do entendimento de que se deve aplicar o regime de direito de autor no caso da ausência de regra especial. Dessa forma, para o autor, as exceções devem ser sempre interpretadas restritivamente.

Por fim, cabe comentar que apesar de não se encontrar presente na lei 9.609/98 os requisitos para a proteção do software, com exceção da obrigatoriedade de fixação em alguma espécie de suporte físico, a doutrina (BARBOSA, 2010; WACHOWICZ, 2010; LUPI, 1998; ASCENSÃO 1997) vem estabelecendo que é necessária a presença de algumas exigências para que tal direito seja concedido. Os requisitos são: novidade e originalidade.

A novidade é um critério geral da propriedade intelectual, em todas as suas espécies, cada uma a sua maneira e internamente de acordo com seu conjunto especial de normas. No programa de computador, a novidade tem o mesmo significado dos princípios do direito de autor, conectando-se, assim, ao sentido de originalidade. Marcos Wachowicz (2010, p. 143) considera que a originalidade no programa de computador é relativa, isto é, apregoa que “não se exige no desenvolvimento de um programa o requisito da novidade absoluta”, no entanto, o conjunto de expressões de um programa de computador não deve se confundir com outro preexistente. Denis Borges Barbosa afirma que a originalidade reflete a ideia de contributo mínimo da atividade de criação para sociedade (BARBOSA, 2010, p. 1905). Contributo mínimo é o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida (RAMOS, 2010), que existe para todas as espécies de propriedade intelectual.

5. A configuração da tutela jurídica do software como obstáculo à governança dos algoritmos

A caixa-preta legal dos algoritmos viabilizada pela lei brasileira de proteção do software, tida como uma das formas de opacidade que dificulta a governança dos algoritmos, pode ser percebida em pelo menos

três pontos fulcrais:(i) os únicos requisitos para proteção do software por direito de autor são a fixação em suporte físico, a novidade e a originalidade; (ii) a facultatividade do registro de software, que mesmo quando efetuado, não exige divulgação do código-fonte; e (iii) a legislação não é clara sobre a possibilidade e circunstância de descompilação para que se tenha acesso ao algoritmo, cuja aplicação é mais facilmente perceptível no caso interoperabilidade.

O algoritmo, a parte mais importante do programa de computador - e que, a princípio, não é tido como patenteável em decorrência de ser um mero cálculo matemático(HAHN, 2005, p. 1) e, como tal, um processo ou etapa mental(ASCENSÃO, 1997, p. 665) que se expressa muitas vezes na noção de utilidade industrial(BARBOSA, 2010, p. 1863-1864) e também não passível de proteção por direito de autor por não atender a condição de ser legível por humanos -, acaba por também se tornar impenetrável pois opera à sombra e no contexto de um código-fonte (INTRONA, 2016, p. 7). Pode-se dizer que o código-fonte implementa o algoritmo e, assim, pela proteção autoral que se confere ao primeiro, este só seria acessível a partir do conhecimento do seu código. (DIEGA, 2018, p. 13-15).

A opacidade dos algoritmos é propositadamente concebida pela empresa, nesse contexto, como uma estratégia de mercado relacionada ao segredo comercial e a uma vantagem competitiva. Em algumas áreas, como os aplicativos de segurança de rede que lidam com spam, golpes e fraudes, o segredo apresenta-se como indispensável para a eficácia da funcionalidade do programa. Em outras especialidades de aplicação, no entanto, a opacidade algorítmica não é justificada e é concebida como um produto de regulamentações negligentes ou atrasadas(BURREL, 2016, p. 3-4).

Como em outros momentos de disrupção tecnológica nessa sociedade digital, o que se sucede no presente com o algoritmo é sua autorregulamentação e uma política controlada por entidades empresariais, uma das formas de governança operada somente pelo mercado e que tem se mostrando inconcebível frente às novas tendências e necessidades de controle e transparência sobre o mesmo.

A autorregulamentação, logo, a autogovernança, sozinha esta

tornando possível que titulares de direitos de propriedade intelectual ocasionem no exercício do seu direito desequilíbrios com o interesse público e direitos fundamentais. É impossível, nesse contexto, afastar a ordem jurídica frente aos interesses da coletividade, em âmbito privado ou público, como a privacidade, a liberdade de informação, proteção de dados pessoais, presentes nessa seara, o que implica na necessidade de governança direta pelo governo estatal.

As soluções regulatórias da atualidade devem ser mais sofisticadas, dando espaço para o desenvolvimento da tecnologia, mas ao mesmo tempo garantindo direitos e liberdades fundamentais, o que se tem observado como tendência das leis gerais sobre os temas conectados à internet, como no caso do Marcos Civil da Internet e da Lei Geral de Dados Pessoais. As múltiplas estratégias demonstram que um único conceito de governança não pode responder à complexa estrutura dos algoritmos. É necessário que haja uma regulamentação voltada ao mercado e aos seus operadores, mas isso não pode exprimir somente concentração e apropriação sem que reflita outros interesses também de uma sociedade liberal. A promoção de acesso, de uso e de distribuição da informação clara e compreensível são diretrizes fundamentais para adequação às novas demandas provocadas pelas mudanças da sociedade e economia digital. Precisa-se buscar um equilíbrio maior entre as possibilidades legais de liberdade e controle que reflitam as características do pós-industrialismo e da rede em sua sistematicidade e complexidade.

Parte dos problemas relacionados da caixa-preta legal, - aquela associada à propriedade intelectual- pode ser resolvida por meio do abandono ao sigilo que o direito de autor oferece ao código-fonte. A disponibilização do código-fonte não significa seu uso livre, gratuito e ilimitado, já que ainda restam muitos direitos patrimoniais a serem executados e persistem grandes incentivos à inovação, como provam as iniciativas de software livre.

O software livre está fundamentado em quatro liberdades: (i) liberdade para executar o programa da maneira e razão que convir ao usuário; (ii) liberdade para modificar o programa de acordo com suas necessidades; (iii) liberdade de redistribuir cópias, de forma onerosa ou

gratuita; e (iv) liberdade de distribuir versões modificadas do programa. (STALLMAN, 2015). Não se quer dizer com isso que a regra deve ser de que todo software deva seguir as regras do modelo do software livre, mas, que nada impede que um software no formato tradicional disponibilize ao licenciado seu código-fonte e conceda liberdades semelhantes ou não às do software livre.

A abertura do código-fonte não resolve todas as questões relacionadas à opacidade do software, cuja conjuntura técnica (caixa-preta técnica) é mais complexa e ainda restam problemas quanto à habilidade de compreender a linguagem do código e da extensão de suas implicações (PIERRO, 2018). Como relata Lucas Introna os algoritmos de aprendizado de máquina e inteligência artificial não podem ser inspecionados diretamente ou mesmo compreendidos, como explica o autor, “parece improvável que se possa examinar totalmente a natureza precisa de suas ações quando temos 50 milhões linhas de código-fonte para inspecionar (aparentemente o Windows Vista consiste de 50 milhões linhas de código-fonte)”. A evolução que esses programas sofrem por meio da autoaprendizagem através de dados colhidos transformam esses algoritmos em verdadeiras caixas pretas mesmo aos seus programadores (2016, p.7), por isso apelidados de “algoritmos caixa-preta” (PIERRO, 2018).

Mas certamente, a divulgação do código-fonte garantiria mais segurança jurídica para inovadores e usuários em geral, consistindo num elemento a ser exigido judicialmente e que também diminuiria a possibilidade infração ao software. A divulgação do código-fonte refletirá nas questões relativas à compatibilidade, interoperabilidade do software e transparência do algoritmo, revelando os problemas de manipulação de dados pessoais ou outras violações de direitos. Não seria necessário, assim, recorrer à engenharia reversa, o que para alguns, da forma como está expresso na legislação nacional, é interpretado como infração ao direito de autor. É imprescindível, em outra perspectiva, que se reflita sobre novos mecanismos de auditoria e de compreensão dos software em conjunto com políticas sobre tratamento de dados (ELIAS, 2018, p. 15-16; DONEDA, ALMEIDA, 2016).

A abertura do código-fonte justifica-se ainda no contexto de

ascensão das chamadas invenções implementadas por programa de computador, que, ao impedir que os concorrentes escrevam códigos que incluam qualquer aspecto da patente implementada por software, as patentes acabam por constituir o mecanismo mais eficiente para bloquear ou, pelo menos, dificultar a duplicação da funcionalidade do software (BALLARDINI, 2010, p. 34).

As patentes relacionadas ao software, nada obstante, ao mesmo tempo que produzem uma proteção a um elemento que se encontrava sem cobertura e gerava uma situação de proteção aquém das necessidades tecnológicas, criam a possibilidade de se oferecer uma superproteção. Assim, a coexistência dos dois regimes de proteção, direito de autor e patente, constitui realidade que, se não pode ser retrocedida, precisa minimamente ter melhores definições sobre os limites de seu escopo de proteção para poderem interagir, sob pena de minar os objetivos de instituir direitos de propriedade intelectual.¹⁸ O que indica mais um elemento de preocupação no quadro da temática analisada.

18 O tema dessa dupla proteção- do programa de computador, por meio do direito de autor, e a das soluções técnicas de invenções, por intermédio da patente, é investigado profundamente por MEDEIROS (2017).

CONCLUSÃO

Elaborado com intuito de analisar se e em que medida os direitos autorais geram implicações para a governança dos algoritmos, o presente trabalho, partindo do exame da tutela jurídica brasileira sobre o software, confirmou a hipótese proposta segundo a qual o direito autoral, ao garantir o sigilo ao código-fonte, atribui opacidade ou falta de transparência ao algoritmo. Configurando-se, portanto, como um obstáculo – dentre tantos outros apontados – para a governança dos algoritmos e, conseqüentemente, para garantir que sua utilização ocorra em conformidade e respeito aos direitos e liberdades fundamentais.

Adotou-se a perspectiva de governança que se relaciona à possibilidade de sua auditabilidade, sua regulação e responsabilização e destacaram-se diferentes tipos de opacidade, elegendo dentre elas, como objeto de estudo, a legal – caixa-preta legal.

Além da confirmação da hipótese elaborada, o trabalho apontou, também, que os obstáculos, criados pela tutela jurídica do software, também dificultam a governança dos algoritmos em razão: i) de serem exigidos como requisitos de concessão do direito de autor apenas a fixação do software em suporte físico, a novidade e a originalidade, exigências que se voltam a garantir apenas o direito do autor e que não servem como parâmetro de ponderação ou compatibilização entre esse direito e outros direitos e liberdades fundamentais, o que contribui para sua opacidade; ii) da falta de clareza quanto à possibilidade de acesso ao algoritmo por meio da descompilação, criando dificuldades de acesso ao seu código-fonte quando houver risco de o algoritmo apresentar funcionalidades e resultados que ferem normas e princípios jurídicos fundamentais.

Apontou-se o abandono do sigilo do código-fonte como um meio de facilitar a governança dos algoritmos, superando, em alguma medida, a trava legal criada pela direito de autor. No entanto, verificou-se tratar de apenas um passo a ser tomado, persistindo vários outros desafios, como por exemplo, aqueles característicos dos algoritmos complexos de *learn machine*.

O exame elaborado evidencia a necessidade de instrumentos efetivos

de governança dos algoritmos que possibilite a superação do cenário atual em que se vive uma governança pelos algoritmos– o “regulamento algoritmo”-, que baseados em sua autorregulamentação e nos interesses das empresas, têm ditado as regras de diversos setores, desrespeitando ou ignorando, muitas vezes, os direitos e liberdade fundamentais.

Nos planos e projetos de uma sociedade e economia digital devem estar inseridos as discussões e pesquisas acerca das potencialidades negativas que o uso dos algoritmos pode gerar para direitos e liberdades fundamentais, especialmente em um Estado Democrático de Direito como o Brasil. Sendo este um desafio para o país que pretende acompanhar o cenário internacional, marcado por atores como o Fórum Econômico Mundial e a OECD e por iniciativas como, por exemplo, a Internet das Coisas, o *blockchain*, tecnologias de big data, indústria 4.0, que colocam os software e algoritmos enquanto elementos centrais e essenciais das mais variadas atividades nos setores público e privado.

REFERÊNCIAS

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

BALLARDINI, Maria Rosa. Scope of IP protection for the functional elements of software. In: IPR UNIVERSITY CENTER. In search of new IP regimes. Helsinki: Oy Nord Print Ab, 2010. BALLARDINI, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. Tratado da propriedade intelectual. Tomo 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BBC NEWS. Simon Maybin. Sistema de algoritmo que determina pena de condenados cria polêmica nos EUA. 31 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-37677421>>. Acesso set. de 2018.

BNDES; BRASIL, Ministério da ciência Tecnologia, Inovações e Comunicações. Produto 8: Relatório do Plano de Ação. Iniciativas e Projetos Mobilizadores. Versão 1.1. Nov. 2017. Disponível em: <<http://www.abinee.org.br/informac/arquivos/pniot.pdf>>. Acesso Abril de 2018.

BRASIL. Decreto n. 9.319, de 21 de Março de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9319.htm>. BRASIL. Portaria n. 1.556, de 21 de março de 2018a. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27627346_PORTARIA_N_1556_DE_21_DE_MARCO_DE_2018.aspx>. Acesso set. 2018.

BRASIL. Decreto n. 8.638, de 15 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8638.htm>.

BRASIL. Decreto n. 8.936, de 19 de dezembro de 2016a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8936.htm>.

BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm>. Acesso set. 2018.

BURRELL, Jenna. How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society* January–June 2016: 1–12 <https://doi.org/10.1177/2053951715622512>. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2053951715622512>>. Acesso jul. 2018.

CANUT, Letícia; MEDEIROS, Heloísa Gomes. Os algoritmos nas relações de consumo eletrônicas: análise do direito do consumidor à informação. GEDAI Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial Prof. Dr. Marcos Wachowicz (organizador). Anais do XI CODAIP. XI Congresso de Direito de autor e interesse Público Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2017. Disponível em: <<http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/04/xi-codaip-2017-gedai.pdf>>. Acesso jul. 2018.

CANUT, Letícia; MEDEIROS, Heloísa Gomes. O princípio da publicidade e da fundamentação das decisões judiciais frente a utilização de algoritmos no desempenho da atividade jurisdicional e dos atos processuais. Trabalho enviado e em avaliação para o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI. 2018.

CARBINATTO, Bruno; MOLINARI, Laura. Financiamento para pesquisa no Brasil corre risco faz tempo. Um panorama dos cortes, as justificativas para diminuição de verba e os projetos ameaçados pelo “teto de gastos”. Setembro de 2018. Disponível em: <http://www.jornaldocampus.usp.br/index.php/2018/09/financiamento-para-pesquisa-no-brasil-corre-risco-faz-tempo/> >. Acesso set. de 2018.

DIEGA, Guido Noto La. Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information (May 31, 2018). 9 (2018) JIPITEC 3 para 1. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3188080>. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3188080>. Acesso set. 2018.

DONEDA, Danilo; ALMEIDA Virgílio A.F. O que é a governança de algoritmos? *Politics*. Uma publicação do Instituto Nupef. Outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.politics.org.br/edicoes/o-que>>

<A9-governanA7a-de-algoritmos>. Acesso ag.2018.

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.

ELIAS, Paulo Sá. Algoritmos, Inteligência Artificial e o Direito. *Conjur.* 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>> .Acesso ag.de 2018.

FLINDERS, Matt. Protecting computer software-analysis and proposed alternative. *Journal of High Technology Law*. v. 7. p. 71-105. 2007.

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.

HAHN, Robert W. Intellectual property rights in frontier industries: software and biotechnology. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2005.

INTRONA, Lucas D. 2016. Algorithms, Governance and Governmentality: On governing academic writing. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/OneDrive/pos%20doc%202018/leitura%20par%20artio%20sobre%20algoritmos/REGULAÇÃO%20ALGORITMOS/STHV_final_author_version_introna.pdf>. Acesso set.2018.

LUPI, André Lipp Pinto Bastos. Proteção jurídica do software: eficácia e adequação, Porto Alegre: Síntese, 1998

MAGRINI, Eduardo; LEMOS, Ronaldo. Governance of Internet of Things and Ethics of Intelligent Algorithms. ThingsCon fosters the creation of a human-centric & responsible #IoT. By @jimmiehu @peterbihr @krgermax. Aug24, 2018. Disponível em:<<https://medium>.

com/the-state-of-responsible-iot-2018/governance-of-internet-of-things-and-ethics-of-intelligent-algorithms-b88b565e126>. Acesso set. de 2018.

MARQUES, João Paulo F. Remédio. Patentes de programas de computador e de sistemas informáticos de jogos eletrônicos/patentes de métodos de exercício de atividades econômicas? In: REVISTA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: DIREITO CONTEMPORÂNEO E CONSTITUIÇÃO (PIDCC). Aracaju, Ano V, Volume 10 n° 01, p.1- 46, 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-atividades-economicas>>. Nov. 2016.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. A sobreposição de direitos de propriedade intelectual no software: coexistência entre direito de autor e patente na sociedade informacional. 2017. 440 p. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2017.

OECD Digital Economy. Outlook 2017. OECD Publishing, Paris, 2017. Disponível em: Acesso em março de 2018.

O'NEIL Cathy. Audit the algorithms that are ruling our lives. Governments should follow France and move towards algorithmic accountability. Financial Times. July 30, 2018. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/879d96d6-93db-11e8-95f8-8640db9060a7>>. Acesso set. 2018.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

PIERRO, Bruno. O mundo mediado por algoritmos. Sistemas lógicos que sustentam os programas de computador têm impacto crescente no cotidiano. Pesquisa FAPESP. Edição 266. abr. 2018. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2018/04/19/o-mundo-mediado-por-algoritmos/>>. Acesso ag. 2018.

RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo mínimo em direito de autor:

mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro. In: BARBOSA, Denis Borges; MAIOR, Rodrigo Souto;

RAMOS, Carolina Tinoco. O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira. A proteção autoral de programas de computador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Trad. Daniel Moreira Miranda. 1 Ed. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu. Governo do algoritmos. Revista de Políticas Públicas. v.21. n. 1(2017). DOI: <http://dx.doi.org/10.18764/2178-2865.v21n1p267-281>. Disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/6123>>. Acesso set. 2018.

STALLMAN, Richard. O Projeto GNU. Tradução de Bruno Félix Rezende Ribeiro. 2015. Disponível em: <<https://www.gnu.org/gnu/the-gnu-project.html>>. Acesso set. 2018.

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 Ag.2017.

UK PARLIAMEN. 2018. House of Commons Science and Technology Committee Algorithms in decisionmaking Fourth Report of Session 2017–19 Report, together with formal minutes relating to the report Ordered by the House of Commons to be printed 15 May 2018. Published on 23 May 2018 by authority of the House of Commons. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmsctech/351/351.pdf>>. Acesso set.2018.

UK PARLIAMENT. 2018a. Sixth Special Report On 23 May 2018 the

Committee published its Fourth Report of Session 2017–19, Algorithms in decision-making [HC 351]. Published: 10 September 2018. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmsctech/1544/154402.htm>> Acesso set. 2018.

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.

WACHOWICZ, Marcos; CANUT, Leticia (org.) Análise da Estratégia brasileira para a transformação digital. Comentários ao Decreto nº 9.319/2018. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2018. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/08/livro_An%C3%A1lise-da-estrat%C3%A9gia-brasileira-para-transforma%C3%A7%C3%A3o-digital.pdf>> Acesso set. 2018.

WACHOWICZ, Marcos. Propriedade intelectual do software e revolução da tecnologia da informação. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

WAGNER, B. Algorithmic regulation and the global default: Shifting norms in Internet technology. . *Etikk I Praksis - Nordic Journal of Applied Ethics*, 10(1), 5-13. 2016. <https://doi.org/10.5324/eip.v10i1.1961>. Disponível em: <https://www.ntnu.no/ojs/index.php/etikk_i_praksis/article/view/1961>. Acesso set. 2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo IV Direito de Autor e Novas Tecnologias

TÍTULO: A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO DE AUTOR E OS DESAFIOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS

**Marcos Henrique Costa Leroy
Fernanda Amaral Duarte**

A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO DE AUTOR E OS DESAFIOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Marcos Henrique Costa Leroy¹

Fernanda Amaral Duarte²

RESUMO:

Desde as primeiras discussões sobre direito autoral, o conceito de autor e seus impactos no direito sobre as obras foram se alterando. Enquanto as primeiras legislações buscavam proteger o direito dos criadores das obras de maneira restrita, novas tecnologias atreladas à nova configuração da própria sociedade desafiam o modelo protetivo em relação aos direitos de autor. Para demonstrar essa mudança, este trabalho se propõe a verificar a evolução do conceito de autor, perpassando por avanços tecnológicos como a internet que incitam um olhar diferente para a proteção autoral tradicional, trazendo alguns dilemas e discussões atuais sobre a existência ou não de certos limites para caracterização como autor. Por fim, pretende-se analisar diferentes mecanismos para o enquadramento ou não de uma inteligência artificial como autora de direitos e uma possível flexibilização do conceito clássico de autor para se adequar a essa nova realidade tecnológica.

Palavras-chave: Direito Autoral. Internet. Inteligência Artificial.

-
- 1 Mestrando em Direito Econômico e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) e coordenador do Grupo de Estudos em Propriedade Intelectual (gPI), ambos da Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: mhcleroy@hotmail.com
 - 2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Monitora do Grupo de Estudos em Propriedade Intelectual (gPI) da Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: fernanda.amaralduarte@gmail.com

INTRODUÇÃO

As obras artísticas aludem aos primórdios da humanidade que, com o decorrer do tempo, foram ganhando significados históricos, acadêmicos e até mesmo financeiros. Assim, é perfeitamente compreensível a premissa de que um livro possui valor tanto quanto seu conteúdo (histórico-acadêmico), quanto à sua negociação em mercado (lucro).

Neste sentido, os interesses dos autores ganham foco, visto que quanto maior a valoração dada à sua obra, maior seu reconhecimento e retorno patrimonial. É por tal razão que os Direitos Autorais movem um grande setor da economia mundial, como o de livros, filmes e músicas.

Basta, contudo, um simples exercício de retorno ao passado para constatar grandes mudanças neste setor, que, em verdade, tiveram caráter expansivo e não extintivo. Ao exemplo, uma história que só era declamada de geração em geração, foi transportada para um objeto corpóreo (livro) e que, atualmente, retorna ao incorpóreo por meio da tecnologia da informação (ebooks). Também, as músicas, antes só tocadas ao vivo, passam a serem “capturadas” em bens corpóreos (LP, Fitas, CDs, PenDrives) e regressam ao incorpóreo (plataformas de streaming).

Em consequência, o conceito de autor também se muda, tendo que se adequar aos novos parâmetros mundiais. A criação dos Direitos Conexos ao autor (tratada posteriormente neste artigo) é um exemplo, ante a extrema dificuldade, outrora, de tradução de obras literárias, em face de baixo consumo e grandes dificuldades de produção do livro.

Nesta perspectiva, este artigo busca enfrentar as transformações ocorridas, ao longo do tempo, no conceito de autor, bem como apontar os dilemas trazidos pelas novas formas de tecnologia (plataformas de streaming e, mais recentemente, a Inteligência Artificial). A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica dos temas específicos e a análise de casos-chave que levam a compreensão do novo paradigma de autoria. Deste modo, por fim, objetiva-se demonstrar como a transformação do conceito de autor porta para discussão de proteção, por meio dos Direitos Autorais, das obras criadas por inteligência artificial.

1. Conceito clássico de Direito de Autor

Enquanto as obras literárias estavam vinculadas ao aspecto artesanal, ou seja, à uma produção manual, o Direito Autoral não era alvo de intensos debates. Os desentendimentos sobre o tema tinham como objeto, precipuamente, a paternidade dos trabalhos, mas a dificuldade de popularização dos livros obstaculizava a percepção financeira das obras.

As primeiras discussões sobre Direito Autoral remontam à aceção econômica destes³. A preocupação governamental, por toda Europa, girava em torno de regular a impressão e circulação das obras, sobretudo as escritas, face à facilidade e celeridade da propagação dos livros, e consequentemente de ideias, após invenção da imprensa no século XV. Neste sentido, os privilégios concedidos não reportavam ao criador da obra, mas àquele que possuía o Direito de colocá-la no mercado, ou seja, os denominados livreiros.

O marco histórico do reconhecimento de direitos aos criadores das obras ocorre na Inglaterra em 1710, com o Estatuto da Rainha Ana, que dispunha que todo autor que não havia transferido sua obra a terceiro: “deverá ter o direito e liberdade de impressão do livro ou livros pelo período de 21 anos, contados do décimo dia de Abril, e nada mais.”⁴ (tradução livre)

Em 1886, a Convenção de Berna para proteção de obras literárias e artísticas elevou a nível internacional a regulação do Direito Autoral. A Associação literária e artística internacional de 1878, cujo presidente era Victor Hugo, foi o principal órgão responsável para as negociações da proteção internacional. Deste modo, como explica Henri Desbois (1960), a Associação elaborou um projeto tendo como premissa básica que “*Todos os autores de obras publicadas ou representadas em um país*

3 Neste sentido, o professor Marcos Waschowicz explica a distinção entre Copyright e Direito Autoral. Afirma que Copyright estaria ligado ao viés patrimonial da obra, enquanto os Direitos Autorais passam a ser adotados pelos países da Europa Continental e da América Latina com a Convenção de Berna.

4 Vide Statue of Anne 1710, II: “shall have the sole right and liberty of printing such book and books for the term of one and twenty years, to commence from the said tenth day of April, and no longer;”

*contratante, de qualquer nacionalidade, são assimilados, nos outros países da União, aos autores nacionais destes países, sem serem restringidos por formalidade*⁵ (tradução livre).

Dessarte, apesar do conceito de autor ainda ser àquele que produziu a obra, percebe-se que este ganha um novo contorno a partir da Convenção de Berna. Assim, o detentor de Direitos Autorais passa a ser não somente o nacional, mas também o estrangeiro de país unionista. Eis o conceito clássico de Autor.

2. Expansão do conceito Direito de Autor

2.1. Direitos Conexos

A concepção clássica de autor não demorou muito a ser questionada frente à necessidade de proteção de terceiros que difundiam a obra. Em outros termos, a ideia de regulação autoral somente para os criadores do trabalho artístico, não satisfazia os anseios dos responsáveis por sua propagação, ou seja, os intérpretes. Desta maneira entendem BRANCO e PARANAGUÁ (2009) que “*Trata-se, a bem da verdade, do direito de difundir obra previamente criada. O esforço criativo aqui evidente não é o de criação da obra, e sim de sua interpretação, execução ou difusão*”.

Desta maneira, em 1961, a Convenção Internacional para Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonograma e aos Organismos de Radiofusão (Convenção de Roma), estabeleceu direitos similares aos autorais para músicos, intérpretes, dançarinos, cantores, etc. Estes, conhecidos como Direitos Conexos, ou *Droit Voisin*, entraram no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 57.125 de 1965, sendo reforçados na Lei de Direitos Autorais de 1973 (antiga Lei Autoral), no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade

5 “Le principe fondamental était énoncé dans une formule suivante: <<Tous les auteurs de oeuvres publiées ou représentées dans un pays contractant, à quelque nationalité qu’ils appartiennent, sont assimilés dans les autres pays de l’Union aux auteurs nationaux de ces pays, dans être astreints à la moindre formalité.>>” (DESBOIS, 1960, p.43).

Intelectual Relacionados ao Comércio (sigla em inglês: TRIPS) e na Lei 9.610/98 (atual Lei de Direitos Autorais - LDA).

A este respeito, destacamos o caso do livro “O Senhor dos Anéis” em que os tradutores da obra, contratados pela Editora Martins Fontes, requereram judicialmente os direitos autorais da tradução, tendo como fundamento os Direitos Conexos. O pedido foi julgado, em primeira instância, procedente para o pagamento de 5% sobre cada item vendido pela editora aos autores.

Em verdade, apesar dos Direitos Conexos serem considerados como apenas similares aos direitos autorais, temos que no âmbito conceitual há a relativização do que é ser autor. Isto porque o conceito clássico de autoria, já discutido no tópico anterior, também passa a abarcar, ainda que fictamente, os intérpretes da obra, ocorrendo, portanto, uma expansão do Direito Autoral.

2.2. Pessoa Jurídica como autora de obras

Até o momento viu-se que o conceito de autoria só abarca pessoas físicas. A expansão desta definição, deu-se, até o presente momento, dentro dos limites da pessoalidade humana. Todavia insurge-se a discussão sobre a salvaguarda de direitos autorais para entes não humanos, como a Pessoa Jurídica.

No mesmo sentido, a Lei de Direitos Autorais determina o conceito de autor como “pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”⁶. Entretanto, também aponta que a Pessoa Jurídica pode deter os direitos concedidos na lei nos casos expressamente tipificados.

Para Leonardo Poli a temática deve ser apreciada pela distinção entre os conceitos de titularidade e autoria. O titular é aquele a qual a proteção autoral recai, geralmente em seu aspecto patrimonial. Por outro ângulo, o autor segue o conceito estipulado da LDA, qual seja, pessoa física criadora da obra.

A titularidade, nas palavras do doutrinador, se dividiria em duas: originária e derivada. Sendo que:

6 Vide artigo 11.

Titular originário de direitos autorais é aquele que os adquire no momento em que a criação intelectual é exteriorizada. Titular derivado é aquele que adquire os direitos autorais do autor por ato inter vivos, causa mortis ou por disposição legal, a exemplo dos casos de cessão legal. (POLI, 2008, p.94).

A aquisição de direito autoral pela Pessoa Jurídica, nestes termos, estaria no plano da titularidade derivada. Ou seja, a Pessoa Jurídica somente poderia vir a deter os direitos patrimoniais da obra, uma vez que os direitos morais, inerentes ao autor, são intransmissíveis e inalienáveis.

Em conclusão, Poli advoga pela impossibilidade de admissão da titularidade originária da Pessoa Jurídica e explica:

Isso porque a proteção jurídica aos direitos da personalidade parte da premissa de elevação da pessoa humana, e apenas ela, ao centro do ordenamento jurídico e a realização de uma transposição mecânica, por mais que na superfície aparentasse progresso jurídico nada mais seria que retrocesso. (POLI, 2008, p.96).

Diversamente, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) entendeu por devida a indenização por danos morais em ação proposta por LPJ Editora Gráfica LTDA em face de Henrique dos Santos por prática de plágio. Preliminarmente o Réu alegou ilegitimidade passiva da autora, visto que o direito autoral, em seu aspecto moral, estaria diretamente ligado à pessoa física.

O TJSC afastou a preliminar e concedeu o pedido de indenização por direitos morais à gráfica. Sobre legitimidade passiva, e, conseqüentemente os direitos morais da autora, o Desembargador Eduardo Gallo Júnior explicou:

Além disso, ainda que a criação artística derive de obra intelectual necessariamente do ser humano, a pessoa jurídica que esta pessoa integra, reveste-se como titular do direito autoral, pelo fato de que explora economicamente o produto, notadamente, porque a ela é destinada a produção intelectual⁷.

Pela análise do caso, em contraponto com os ensinamentos do professor Leonardo Poli, infere-se que não há consenso em relação à titularidade originária da Pessoa Jurídica. Assim, se de um lado da

⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão nº 2012.053809-4. Henrique dos Santos. LJP EDITORA GRÁFICA LTDA. Florianópolis, 03 fev. 2015.

balança, a titularidade originária (relacionada aos direitos morais) é fruto do “espírito humano”⁸, do outro é inegável a possibilidade de indenização por danos morais⁹ às Pessoas Jurídicas, pressupondo, portanto, aqueles direitos.

Por outro viés de análise, qual seja, o da relação de emprego entre o autor da obra contratada e a pessoa jurídica, temos que, ordinariamente, a obra é de titularidade do empregador. Contudo, o problema da titularidade ainda reside, visto que há unanimidade no que toca ao termo inicial de transferência desses direitos.

Melhor dizendo, o problema tange a questão da imediatidade de transferências dos direitos autorais por força do contrato de trabalho. Defendendo a impossibilidade de titularidade originária, Poli (2006) argumenta: “Por outro lado, pela natureza do contrato de trabalho, ao empregador pertencem os frutos daí decorrentes. Mesmo nesses casos, contudo, haveria dificuldade em se atribuir a titularidade originária ao empregador tendo-se em vista a norma expressa na LDA que atribuiu ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

Novamente, pelo prisma conceitual, a autoria da Pessoa Jurídica perpassa pela bifurcação do direitos morais-patrimoniais. Assim, o óbice para que uma Pessoa Jurídica seja autora parece se fundar, precipuamente, na possibilidade ou não de conceder direitos morais à esta.

2.3. Animais como sujeitos de direitos autorais

Nos últimos anos o mundo acompanhou a disputa judicial entre David John Slater, fotógrafo e Naruto, macaco da espécie *Macaca nigra*, representado na corte americana pela PETA Foundation. O autor (PETA Foundation) argumenta que Naruto seria detentor dos direitos autorais referentes a um conjunto de fotografias, conhecidas como Selfie do Macaco.

Segundo o alegado, apesar da máquina fotográfica ser de propriedade de David John, Naruto teria apertado o botão e feito sua própria *selfie*.

8 Termo utilizado pela Lei de Direitos Autorais em artigo 11.

9 Neste sentido, ver súmula 277 do STJ.

Deste modo, o autor argumentou que Naruto deveria ser considerado autor do conjunto fotográfico, visto que se as Selfies do Macaco tivessem sido feitas por um humano, utilizando a câmara remanescente de Slater, este humano seria considerado autor das fotos¹⁰.

Naruto não é o único “artista” do reino animal. O elefante Suda, de um zoológico Tailandês, se tornou mundialmente famoso por pintar seu autorretrato em tela preparada por funcionário do local. Basta uma mera pesquisa na internet para se encontrar dezenas de exemplos de animais com dita sensibilidade artística. Entretanto, dificilmente os tribunais decidem acerca autoria das obras feitas por animais não humanos.

Isto porque, geralmente, as performances são frutos de intenso treino imposto pelo dono ou responsável pelo animal. É por tal razão que o caso de Naruto foi um paradigma na questão, visto que se tratou de ato “espontâneo” do macaco.

A decisão da justiça americana foi no sentido de manter o fotógrafo como autor da coleção de fotos. Apesar da manutenção do conceito tradicional de autor no caso, como pessoa física, é inegável sua importância, por abrir a discussão quanto a possibilidade de concessão destes direitos aos animais.

Ressalta-se que, ao menos no contexto brasileiro, a questão não estaria totalmente definida. A natureza jurídica dos animais tem mudado ao longo dos, deixando de serem coisas, é o chamado processo de descoisificação dos animais¹¹.

Por fim, outro ponto a ser notado é a “vontade”, ou melhor dizendo, a total falta de ingerência humana no objeto digno de proteção autoral, foco da discussão do caso Naruto vs David Slater. Isto se deve ao fato de ser ponto-chave para o tema Direito Autoral e Inteligência Artificial, que será tratado mais adiante.

Sobre o capítulo, portanto, conclui-se que apesar de não ter havido

10 In verbis: “Had the Monkey Selfies been made by a human using Slater’s unattended camera, that human would be declared the photographs’ author and copyright owner.”

11 Vide PL351/15 do Senador Antônio Anastasia, que altera o artigo 82 do Código Civil de 2002 dando a seguinte redação “Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. Parágrafo único. Os animais não serão considerados coisas.”

modificação na delimitação de autor, abriu-se o espaço para novos contornos do conceito a depender da própria determinação da natureza jurídica dos animais.

3. Direito Autoral e novas tecnologias

A exemplo do que foi retratado no capítulo anterior, tecnologias recentes como a câmera fotográfica têm alterado a relação entre indivíduos e arte, considerando a possibilidade de direitos sobre a criação de obras por sujeitos não-humanos.

Todavia, essas tecnologias não somente intensificaram a discussão sobre a proteção ou não do direito de autoria a seres não humanos como também alteraram a forma como a sociedade se relaciona com os direitos ligados às suas obras. Nesse sentido, é inegável que o advento da Internet foi uma das maiores transformações relativas a difusão e a forma de uso de obras.

Uma das características fundamentais do direito autoral na internet, por exemplo, é a possibilidade de obtenção do uso ou propriedade de uma obra sem afetar diretamente o direito de outrem. Isso porque, anteriormente a proteção do direito de autor com a imprensa, cada obra feita era única e muito cara já que envolvia uma produção manual. Mesmo com a inovação trazida pela imprensa, a criatividade era sobreposta em favor da garantia do retorno financeiro da empresa já que a própria impressão era ainda custosa e restrita a um bem físico, o que não se verifica mais com a internet.

Criatividade e inovação são os factores-chave da criação de valor e da mudança social nas nossas sociedades — ou melhor, em todas as sociedades. Num mundo de redes digitais, o processo de criatividade interactiva é contrariado pela legislação relativa a direitos de propriedade, herdados da Era Industrial. (CARDOSO e CASTELLS, 2005, p. 27)

A rede mundial de computadores permite que um simples documento virtual, ou seja, um bem não atrelado a um formato corpóreo, seja amplamente divulgado e a custos bem mais baixos, sem impactar o direito de outrem devido a um número limitado de impressão ou na

necessidade de propriedade direta sobre um bem.

Na indústria musical, por exemplo, era necessário comprar um CD ou LP para ter acesso a uma música, que mesmo com a proteção de direito autoral, o consumidor possui o direito de propriedade sobre aquele CD ou LP. Contudo, o streaming originou um novo mecanismo que permite seus usuários o acesso a uma biblioteca de músicas ofertada pela plataforma, dando ao consumidor a possibilidade de escutá-las, mas não tendo mais uma propriedade sobre elas já que não há uma transferência de propriedade, somente o fluxo de mídia enquanto houver a disponibilização delas pelo programa.

Dessa forma, esse cenário colaborou com a introdução de novos autores que viram a internet como uma forma de inserção no mercado já que, com a diminuição de intermediários e menores custos, propiciou maior oportunidade de divulgação da sua obra. Um dos exemplos mais visíveis dessa mudança foram os blogs com os mais diversos temas como culinária, viagem e moda, que com um simples nome de domínio, permite que autores produzam conteúdo e alcancem usuários por meio da internet.

Aliado a essa nova configuração de produção e divulgação de obras, provocou-se um anseio de mudança na própria proteção do direito autoral para abarcar os novos interesses dos autores. Isso porque, enquanto anteriormente existia uma pressão por garantir todo e qualquer controle sobre a obra ao autor, produtor ou intérprete, a internet motivou uma alteração por parte dos criadores para que haja uma simplificação dos direitos, podendo até mesmo concordar com a concessão das suas prerrogativas para que haja maior difusão do conhecimento, por exemplo.

Como forma de tentar abarcar esse interesse, o estudioso Lawrence Lessig criou o Creative Commons - um conjunto de licenças atreláveis a obras diferente do modelo clássico de todos os direitos reservados. Esse modelo viabiliza que autores identifiquem em suas criações a sua voluntariedade sobre usos como: liberar a reprodução somente com necessidade de atribuição, proibição ou não para uso comercial, possibilidade de derivação, dentre outros.

*A licença Creative Commons constitui uma concessão de liberdade a qualquer pessoa que acesse a licença e, mais importante, uma expressão do ideal de que a pessoa associada à licença acredita em algo diferente dos extremos “Todos” ou “Não”. O conteúdo é marcado com a marca CC, o que não significa que os direitos autorais sejam renunciados, mas que determinadas liberdades sejam dadas.*¹² (LESSIG, 2004, p. 289).

Dessa maneira, é perceptível que as novas tecnologias geraram uma transformação na cultura, colocando em xeque o conceito atual de proteção do direito ao autor. Houve, portanto, interesse por parte de autores em uma proteção menos rígida do direito autoral, permitindo a argumentação por uma maior relativização dos conceitos ao discutir sobre a real necessidade de preservar direitos previstos historicamente que não mais se adequam à nova realidade da sociedade.

4. Direito Autoral da Inteligência Artificial

Alinhada a essa acepção, a inteligência artificial é uma das novas tecnologias que tornam o estudo sobre a proteção do direito autoral ainda mais complexo. Isso porque, enquanto as tecnologias estavam facilitando por meio do intermédio entre o usuário e a obra, a IA é a própria criadora de obras, o que leva a reflexão sobre o seu impacto no conceito de autor.

Conceituar inteligência artificial por si só já é um desafio por abranger diferentes e complexos mecanismos computacionais que não necessariamente se assemelham perfeitamente a uma inteligência humana. John McCarthy em seu artigo *What is Artificial Intelligence?* traz o seguinte significado:

É a ciência e engenharia de fazer máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes. Está relacionado à tarefa semelhante de usar computadores para entender a inteligência humana, mas a IA não precisa se limitar

12 Tradução livre do original: “Creative Commons license constitutes a grant of freedom to anyone who accesses the license, and more importantly, an expression of the ideal that the person associated with the license believes in something different than the “All” or “No” extremes. Content is marked with the CC mark, which does not mean that copyright is waived, but that certain freedoms are given”

a métodos biologicamente observáveis.¹³ (MCCARTHY, 2007).

Definindo a inteligência artificial como um computador que funciona similarmente a uma inteligência humana, mas não funcionando biologicamente como o de um ser humano, remete-nos mais uma vez para a discussão sobre possibilidade ou não de considerar um não-humano como autor de obras que possam ser protegidos pelo direito autoral.

Ao destrinchar melhor como opera uma inteligência artificial, Surden explica como é o método de realização das tarefas de uma IA:

Há certas tarefas que parecem exigir inteligência porque, quando os humanos as executam, elas implicam em habilidades cognitivas de ordem superior, como raciocínio, compreensão, metacognição ou percepção contextual de conceitos abstratos. No entanto, a pesquisa mostrou que algumas dessas tarefas podem ser automatizadas - até certo ponto - por meio do uso de técnicas computacionais não cognitivas que empregam heurísticas ou proxies (por exemplo, correlações estatísticas) para produzir resultados úteis e “inteligentes”.¹⁴ (SURDEN, 2014, p. 9)

E continua ainda debatendo se as IAs podem ser consideradas inteligentes:

Algoritmos não-cognitivos de computador podem, às vezes, produzir resultados “inteligentes” em tarefas complexas sem a cognição em nível humano. Para empregar uma visão funcional da inteligência, tais resultados automatizados podem ser considerados “inteligentes” na medida em que se aproximam daqueles que teriam sido produzidos por uma pessoa similarmente situada, empregando processos cognitivos humanos de alto nível. Essa é uma visão da inteligência orientada a resultados - avaliar com base no fato dos resultados produzidos serem sensíveis e úteis - em vez de saber se o processo subjacente que os pro-

13 Tradução livre do original: “It is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable”

14 Tradução livre do original: “There are certain tasks that appear to require intelligence because when humans perform them, they implicate higher-order cognitive skills such as reasoning, comprehension, meta-cognition, or contextual perception of abstract concepts. However, research has shown that certain of these tasks can be automated—to some degree—through the use of non-cognitive computational techniques that employ heuristics or proxies (e.g., statistical correlations) to produce useful, “intelligent” results”

*duziu era de natureza “cognitiva”.*¹⁵ (SURDEN, 2014, p. 9 e 10)

Para o autor, apesar da IA não possuir uma cognição humana, uma inteligência artificial produz resultados automáticos que podem se aproximar a um processo cognitivo humano a partir dessa visão teórica baseada na sua resultância.

Contudo, não basta realizar um exame teórico sobre o conceito e intelecto de uma IA ser ou não similar a um ser humano, é impetrante analisar a capacidade desse sujeito não humano de possuir o direito autoral na legislação vigente.

No caso do Brasil, a principal fonte referência é a própria Lei de Direitos Autorais de 1998, que em seu Título II Capítulo II retrata sobre a Autoria das Obras Intelectuais ao introduzir em seu art. 11 qual o conceito de autor:

Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei. (Brasil. Lei 9.610/1998)

Como pode se observar, a LDA brasileira garante a proteção de direito autorais para pessoa física como também para pessoa jurídica - um ente detentor de direitos e deveres que pode ser denominado como um representante de um sujeito abstrato. Analogicamente, uma IA poderia, caso possua sua inteligência próxima a de um ser humano, ser considerado como um sujeito abstrato, como adversamente estar mais próximo de um animal, se enquadrando no caso retratado anteriormente do macaco Naruto que não possuía vontade na produção da obra.

Para abarcar as novas tecnologias - incluindo a própria inteligência artificial -, a legislação do Reino Unido na lei *Copyright, Designs and Patent Act de 1988* na Parte I Capítulo I na Seção 9 sobre autoria tem a

15 Tradução livre do original: “non-cognitive computer algorithms can sometimes produce “intelligent” results in complex tasks without human-level cognition. To employ a functional view of intelligence, such automated results can be considered “intelligent” to the extent that they approximate those that would have been produced by a similarly situated person employing high-level human cognitive processes. This is an outcome-oriented view of intelligence—assessing based upon whether the results that were produced were sensible and useful—rather than whether the underlying process that produced them was “cognitive” in nature”

seguinte definição de autor:

- (1) *Nesta parte, “autor”, em relação a uma obra, significa a pessoa que cria.*
(2) *Essa pessoa deve ser tomada como*
(aa) *No caso de uma gravação sonora, o produtor;*
(ab) *no caso de um filme, o produtor e o diretor principal;*
(b) *No caso de uma transmissão, a pessoa que faz a transmissão (ver secção 6(3)) ou, no caso de uma emissão que transmite outra emissão por recepção e retransmissão imediata, a pessoa que transmite essa outra emissão;*
(c).
(d) *no caso do arranjo tipográfico de uma edição publicada, o editor.*
(3) *No caso de uma obra literária, dramática, musical ou artística que é gerada por computador, o autor deve ser considerado como a pessoa por quem os arranjos necessários para a criação do trabalho são realizados.*¹⁶ (REINO UNIDO. Copyright, Designs and Patents Act 1988)

O ponto (3) mostra que para qualquer criação dramática, musical ou artística gerada por computador será considerada a pessoa que promoveu a combinação necessária para a criação da obra para a obtenção do direito de autor sobre ela. Isso significa que, no caso da inteligência artificial produzir alguma obra, o direito a ela estará atrelado ao criador da própria IA.

Em soma, o conceito de direito de autor é tratado diferentemente na Austrália. Tal fato se deve a não especificação na legislação australiana da necessidade de humano como dono dos direitos de maneira explícita:

- 35 Propriedade dos direitos de autor em obras originais
(2) *Sujeito a esta seção, o autor de uma obra literária, dramática, musical ou artística é proprietária de quaisquer direitos de autor que subsistam na obra em virtude desta Parte.*¹⁷ (AUSTRÁLIA. Copyright Act 1968)

16 Tradução livre do original: “(1) In this Part “author”, in relation to a work, means the person who creates it. (2) That person shall be taken to be— (aa) in the case of a sound recording, the producer; (ab) in the case of a film, the producer and the principal director; (b) in the case of a broadcast, the person making the broadcast (see section 6(3)) or, in the case of a broadcast which relays another broadcast by reception and immediate re-transmission, the person making that other broadcast; (c). (d) in the case of the typographical arrangement of a published edition, the publisher. (3) In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken”

17 Tradução livre do original: “35 Ownership of copyright in original works (2) Subject to this section, the author of a literary, dramatic, musical or artistic work is the owner of any copyright subsisting in the work by virtue of this Part”

A legislação australiana de copyright ao não identificar a caracterização humana como imprescindível para possuir direito autoral sobre a obra abre uma brecha para que criações não humanas possam ter seus direitos ligados a sujeitos não humanos como animais ou uma inteligência artificial.

Por consequente, a definição de direito autoral quando relacionada a inteligência artificial enfrenta o desafio sobre a abrangência de seu conceito caso um sistema computacional fosse inteligente como um ser humano e dar ou não direitos autorais a uma IA. Em outras palavras, uma IA poderia ser a própria autora de suas obras ou seria seu criador o sujeito de direito autorais das criações de uma inteligência artificial?

De maneira ilustrativa, algumas inteligências artificiais já incitam reflexões sobre o direito autoral e seus limites relativos ao conceito tradicional de autoria ao engendrar decisões criativas para produções artísticas.

The Next Rembrandt é um exemplo de IA de iniciativa da ING em conjunto com a Microsoft que coletou e examinou diversas coleções e trabalhos de Rembrandt van Rijn - um dos pintores mais conhecidos e clássicos da Holanda - para a produção de nova obra baseada nas técnicas desse artista. Ao analisar uma base de dado de obras do pintor, a IA criou um novo quadro utilizando o estilo do artista, mas com uma interpretação computacional sobre como uma pintura típica de Rembrandt deveria se parecer (GUADAMUZ, 2017, p. 1).

Outra IA conhecida é o Sony Flow Machine que consiste em uma análise computacional para criação de música de maneira autônoma ou em colaboração de artistas humanos para composição de novas músicas baseadas no estilo de artistas, como a música Daddys Car com base nas produções da banda The Beatles.

Já na área da literatura, o romance *The Day a Computer Writes a Novel* foi criado por uma IA que teve palavras, frases e parâmetros construídos por Hitoshi Matsubara e sua equipe da Future University Hakodate no Japão. O fato mais curioso dessa experiência é que a IA criou o romance e ele chegou a concorrer ao prêmio literário no Nikkei Hoshi Shinichi Literary Award, ultrapassando a fase inicial e indo até a

premiação final.

Esses exemplos demonstram que a inteligência artificial está cada vez mais impactando o cotidiano da sociedade ao criar novas obras a partir de uma base de dados introduzida por humanos, mas o que se pondera da autoria está ligada à capacidade de participar do processo criativo ou até mesmo de fazê-lo de maneira autônoma.

Essa é uma preocupação da própria Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO - World Intellectual Property Organization, em inglês) ao mostrar que os programas de computador não são mais uma ferramenta. Atualmente, a IA já pode fazer parte integrante para decisões criativas, podendo gerar impactos comerciais e dificuldades legais devido ao aumento e complexidade do uso da inteligência artificial ao produzir obras criativas (WIPO. 2017).

5. CONCLUSÃO

O conceito de autor foi se modificando ao longo do tempo para se adequar aos anseios dos criadores em garantir certa proteção à suas criações. Na atualidade, essa discussão tem se intensificado com as possibilidades geradas por novas tecnologias como a fotografia feita pelo macaco Naruto ou por inteligências artificiais como The Next Rembrandt, instigando a ponderação sobre a necessidade ou não de um ser humano para a proteção dos direitos autorais de uma obra, por exemplo.

Além disso, os próprios criadores observam um caminho para uma flexibilização dos direitos tradicionais de autor a partir do surgimento de mecanismos alternativos para proteção das obras como o Creative Commons ou por meio de plataformas de consumo diferentes como o streaming sem a necessidade de transferência da propriedade física de uma obra.

Isso significa que as novas tecnologias modificaram as relações entre o autor e obra e provaram a necessidade de repensar o modelo de proteção do direito autoral para que se adeque às práticas cotidianas como o direito do autor na internet. Para tal, deve-se vislumbrar o conceito de autor de maneira mais flexível às normas vigentes para promover e garantir o interesse e incentivar a criatividade e inovação dos criadores.

REFERÊNCIAS

AUSTRÁLIA. **Copyright Act 1968**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00180>> . Acesso em 30/09/2018.

BRANCO, Sérgio; PARANAGUÁ, Pedro. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

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, último acesso em 29/09/18.

_____. **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, último acesso em 29/09/18.

_____. **Projeto de Lei nº 351**, de 10 de junho de 2015. Brasília, Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697>>. Acesso em: 30/09/ 2018.

_____. **Decreto nº 57.125, de 19 de outubro de 1965**. Promulga a Convenção Internacional para proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão.. . Brasília, 19 out. 1965. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-57125-19-outubro-1965-397457-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29/09/2018.

_____. **Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975**. Promulga a Convenção de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm> . Acesso em: 29/09/18

CARDOSO, Gustavo; CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à ação política. **Imprensa Nacional–Casa da Moeda: Belém-Portugal**, 2005.

CATRACA LIVRE. **Conheça “Suda” o elefante desenhista.** Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/criatividade/conheca-suda-o-elefante-desenhista/>>. Acesso em: 30/09/2018.

DEBOIS, Henri. **Les Conventions de Berne (1886) et de Genève (1952) relatives à la protection de oeuvres littéraires et artistiques.** Annuaire Français de Droit International:1960. Disponível em: <https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1960_num_6_1_895> . Acesso em 29/09/2018.

DIGITAL TRENDS. **A Japanese AI program just wrote a short novel, and it almost won a literary prize.** Disponível em: <<https://www.digitaltrends.com/cool-tech/japanese-ai-writes-novel-passes-first-round-nationnl-literary-prize/>>. Acesso em: 30/09/2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Schwarz vs Peta Foundation.** Northern District of California. Case No 15-cv-4324

GUADAMUZ, Andres. **Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in Artificial Intelligence generated works.** 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2981304>. Acesso em 20/09/2018.

GUADAMUZ, Andrés. The monkey selfie: copyright lessons for originality in photographs and internet jurisdiction. **Journal On Internet Regulation**, Brighton, v. 5, n. 1, p.1-12, 21 mar. 2016.

ING. **The Next Rembrandt.** Disponível em: <<https://www.nextrembrandt.com/>>. Acesso em: 30/09/2018.

LESSIG, Lawrence. Free culture: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. **The Penguin Press, New York.** 2004.

MCCARTHY, John. **What is artificial intelligence?.** 2007. Disponível em: <<http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/>>. Acesso em: 30/09/2018.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito autoral: parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

REINO UNIDO. **Copyright, Designs and Patents Act de 1988**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/part/I/chapter/I/crossheading/authorship-and-ownership-of-copyright>> . Acesso em 29/09/2018.

REINO UNIDO. **Estatuto da Rainha Ana de 1710**. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/anne_1710.asp>. Acesso em: 30/09/2018

REINO UNIDO. **Guidance: Ownership of copyright works**. Disponível em: <<https://www.gov.uk/guidance/ownership-of-copyright-works>> . Acesso em 29/09/2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Acórdão nº 2012.053809-4**. Henrique dos Santos. LJP EDITORA GRÁFICA LTDA. Florianópolis, 03 fev. 2015.

SONY CSL. **Flow Machines**. Disponível em: <<http://www.flow-machines.com/>>. Acesso em: 30/09/2018.

SURDEN, Harry. Machine learning and law. **Wash. L. Rev.**, v. 89, p. 87, 2014.

WACHOWICZ, Marcos. **Direito Autoral**. A. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo_marcoswachowicz_direitoautoral_6-1.pdf>. Acesso em: 29/09/ 2018.

WAEDELDE, Charlotte; BROWN, Abbe; *et al.* **Contemporary Intellectual Property: Law and Policy**. 4. ed. Oxford: Oxford, 2016.

WIPO. **Artificial intelligence and copyright**. 2017. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html>. Acesso em: 30/09/2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo IV Direito de Autor e Novas Tecnologias

TÍTULO: OS DESDOBRAMENTOS DO DIREITO AUTORAL NA ERA DIGITAL

Thales Boechat Nunes Leira

OS DESDOBRAMENTOS DO DIREITO AUTORAL NA ERA DIGITAL

Thales Boechat Nunes Leira¹

RESUMO

O objetivo do presente artigo é relacionar o desenvolvimento das novas tecnologias com os conceitos e bases do direito autoral. Vivemos numa constante mudança e alterações das formas de convivência e plataformas utilizadas, ao passo que o Direito Autoral ainda reside em sua bolha, com elementos e institutos desatualizados. Dessa forma, como pensar essas novas questões através das Leis e Tratados que nos regulam?

Palavras-chaves: Direito Autoral. Meta-autoria. Obras Colaborativas. Sociedade Digital

¹ Pós-Graduado em Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

O avanço da Sociedade Digital e suas tecnologias, obrigou o Direito a se adaptar á suas novas demandas e tendências, a revolução tecnológica fez surgir questionamentos e desafios ao Direito Autoral. O conceito de Autoria, obra, originalidade vem sendo colocado em pauta diante dos avanços em todas as esferas da civilização.

A partir dessa onda, a transformação do mundo ocorre de forma mais rápida e dinâmica. Discussões inimagináveis há poucos anos atrás, se tornam cada vez mais presentes em nossas vidas, sendo fundamental o debate para solucioná-las.

Dois termos que ganharam bastante visibilidade por esse movimento são “Compartilhamento” e “Interatividade”. A revolução tecnológica alterou a forma como os seres humanos interagem, e inaugurando uma nova relação entre homem e máquina, não aquela baseada no computador como mero instrumento da mente humana, mas sim, em um complemento de seu corpo.

Outra ação que teve seu significado remodelado foi o compartilhamento, nunca se compartilhou tantos textos, fotos, momentos e a vida de uma forma geral. Esse movimento de socialização das criações, e consequentemente apropriação das mesmas, mexe diretamente com a proteção Autoral e seus desdobramentos.

O conceito de originalidade vem sendo questionado, tanto no que se refere à tecnologia, quanto ao próprio mercado, como pontua Pedro Barbosa:

Se a obra de arte já foi caracterizada pelo puro e livre espírito criativo do artista, que expressava sua verdade, sua individualidade, externalizava uma parcela de seu dasein através de produtos personalíssimos e infungíveis, observa-se uma infeliz tendência à erosão do filtro da originalidade, em virtude dos paradigmas da lógica de mercado (BARBOSA, 2018, p.40).

Porém, não só a lógica do mercado contribui para os questionamentos dos conceitos tradicionais do Direito Autoral. O surgimento de novas plataformas e dispositivos estão promovendo o surgimento de novas questões e obstáculos. Como se verá nos tópicos que seguem, já é realidade

a criações artísticas sem a figura do Autor, pelo menos não a clássica a qual estamos acostumados. Assim como, a “diluição” da Autoria, haja vista a grande interferência do usuário/leitor, o que, às vezes, acaba por extinguir a contribuição do criador original.

A internet transformou a figura do consumidor das obras, que deixou de ser uma figura passiva, passando a interagir de maneira fundamental para a criação em si. Diante desse cenário inovador, como é possível insistir nos mesmos termos e conceitos de Autor, Coautor e Receptor da obra?

A vinculação entre Autor e Obra ocorre no momento da criação, sem formalidades. A partir dessa criação surgem duas categorias de direito: Pessoais (morais) e Econômicos (patrimoniais). Como definir esses aspectos frente a forte onda tecnológica que cresce rapidamente?

O presente artigo tem o objetivo de trazer essas questões a mesa, correlacionando os institutos tradicionais do Direito Autoral à essas novas ferramentas e práticas. Os questionamentos são certamente maiores do que as respostas, mas de qualquer maneira, é indispensável o estudo desses casos, a fim de entender de que maneira o Direito Autoral deve fomentar e proteger esses novos movimentos.

1 Construção do Conceito do Autor

Analisando em um primeiro plano legal, a Autoria é definida pela Lei de Direitos Autorais como sendo o autor, pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica, trazendo ainda a exceção à essa proteção, conferindo também à pessoa jurídica quando a lei assim a prever.

Dessa forma, é importante frisar a diferença entre Autoria e titularidade dos Direitos Autorais. De acordo com a construção legal observada acima, apenas a pessoa física pode ser Autora, vez que para ser protegida, além de outros critérios, a obra deve ser necessariamente uma criação do espírito humano, nesses moldes cabe à pessoa jurídica apenas a titularidade e não o status de Autoria em si. Por mais que a pessoa física possa transferir a titularidade econômica de sua criação, jamais deixará de

ser a criadora da obra, em regra. (PARANAGUÁ E BRANCO, 2009, p.39)

Superando o aspecto legal, a história nos mostra que o conceito de Autor é uma construção, desenvolvida com o passar dos anos, e não uma verdade absoluta. Dessa forma acreditamos que sua definição deve ser mutável e flexível, uma vez que o tempo causa desdobramentos sociais e novos horizontes são traçados.

As criações intelectuais são tão antigas quando a existência do homem, o mundo era tomado pela cultura oral e, posteriormente, a cultura escrita deu a base necessária para difusão de conhecimentos técnicos e culturais através dos anos.

Entretanto, o grande divisor de águas do Direito Autoral foi a invenção da Imprensa por Johannes Gutenberg em torno do ano de 1450. O conhecimento fora difundido de uma forma ainda não vista, com isso, o mundo presenciou a possibilidade de avanço da ciência e das artes.

Além da notória facilidade de reprodução e difusão das obras, a imprensa também inaugurou o que alguns autores chamam do surgimento da percepção de privacidade pessoal. Segundo McLuhan, a impressão direcionou o leitor para o centro do universo, trazendo a possibilidade de um mundo subjetivo dentro da leitura (MCLUHAN, 1972, p.218). Isso porque antes, na cultura manuscrita, a leitura era um momento coletivo devido à dificuldade de locomoção e leitura dos exemplares. Essa característica plural tirava a singularidade da leitura, vez que interpretação, pausa e reflexão eram propostas pelo leitor. Com a chegada da impressão, o centro do universo da leitura passou a ser habitado por um único leitor, abrindo espaço para seus próprios pensamentos e devaneios.

Entretanto, mesmo com a mudança de paradigmas na cultura literária, os autores ainda não haviam atingido o grau de importância e valorização dos quais estamos acostumados. Os editores dominavam o mercado e recompensavam os autores de forma não compatível com o seu trabalho. Com a valorização do mercado literário e a ausência de regras para definir seus moldes, em 1710, a Rainha Ana promulga o *Copyright Act*, primeira lei do direito Autoral. (CARBONI, 2010, p. 49)

A valorização da posição do Autor se deu ao longo do século XVIII, segundo Woodmanse, essa crescente se deu pela venda dos livros

pelos próprios escritores somado a uma sociedade cada vez mais leitora (WOODMANSEE, 1984, p.425). Essa busca pela valorização do próprio trabalho e reflexões a cerca da matéria, foi o que definiu o conceito de Autoria moderna que possuímos hoje.

O conceito Autoral, na primeira metade do século XVIII, observava o escritor através de duas formas diferentes, antagônicas entre si. De um lado havia a visão do homem artesão, mero dominador de estratégias pré-estabelecidas pelo seu público. E quando tal conceito não se encaixava, o autor era visto como um receptor de força externa inspiradora. Fundamental perceber que, nas duas hipóteses, a responsabilidade sobre a criação não era conferida ao Autor, que funcionava como receptor ou instrumento, ou seja, sua criação não era advinda de seu interior, sendo necessário elementos externos para a criação.

Teóricos do sec. XVIII partiram desses dois conceitos para se chegar a um novo. O artesão, mero conhecedor rudimentar de direções voltadas aos ensejos do público foi descartado e o elemento inspiração enaltecido, com a diferença de que agora, a inspiração não é mais oriunda de força externa ou divina, e sim do próprio Autor. A força propulsora para criação está presente dentro do escritor, que agora é visto como “*original genius*” (WOODMANSEE, 1984, p.427). Dessa forma, a obra se torna produto único e exclusivo do Autor.

Ainda nos ensinamentos de Woodmanse, debruçado sobre o ensaio “*Proof of the Illegality of Reprinting: A Rationale and a Parable*” de Johann Gottlieb Fichte, observamos os fundamentos de defesa no que tange o pleito autoral dos autores sobre suas obras. Nesse contexto, o livro é entendido como além da emanção intelectual do escritor, como uma encarnação verbal, de tal maneira que a obra é dividida entre os aspectos físicos e os intelectuais. (CARBONI, 2010, p. 53)

Ainda abordando os desdobramentos desse conceito, o exemplar de um livro poderia ser dividido em dois aspectos. O primeiro seria o físico, nada além do próprio exemplar do livro, por exemplo. Já o segundo se refere às ideias presentes na obra, esse segundo aspecto deve ser dividido novamente em dois segmentos, o primeiro abrangendo o conteúdo em si das ideias e o segundo a forma e maneira como são explanadas.

Segundo Fichte, a forma como o Autor opta por escrever e dar vida as suas ideias e pensamentos serão sempre sua propriedade, ao passo que os conceitos e ideias ali escritos se tornam propriedade conjunta entre Autor e leitor. (CARBONI, 2010, p. 54)

Tal conceito é fundamental na história do Direito Autoral, uma vez que da base às leis da matéria das décadas seguintes. O reconhecimento a legitimidade de concessão de direitos exclusivos ao criador sobre sua criação original é oriunda de seu interior e exclusiva, tal conceito pode ser observado até hoje nas legislações e entendimentos doutrinários.

Todavia, como se verá ao longo deste artigo, a Sociedade de Informação vem criando desafios à esses conceitos. A ideia do “gênio criador” e toda a individualidade que o cerca vem se relativizando frente a crescente interatividade dos leitores. A tecnologia trouxe para o globo, situações complexas, distanciando os conceitos enraizados com as novas plataformas e técnicas desenvolvidas.

2 Obras colaborativas

A internet é sem dúvidas um marco na história que trouxe grandes revoluções ao mundo. A forma como as pessoas interagem entre si e com as máquinas mudou, difícil seria apontar qual setor não fora afetado pela rede.

Entretanto, com tanta inovação e quebras de paradigmas, o direito se vê em uma emboscada, pelo fato de muitos de seus pilares e conceitos permanecerem estagnados frente às mudanças na sociedade que a tecnologia imprime.

A propriedade intelectual passou a ser colocada diante de problemáticas até então não pensadas, como a privacidade, liberdade de expressão na internet, garantia de existência de espaços públicos na rede e a livre concorrência tecnológica. Esses aspectos acabam por entrar em conflito com a proteção à propriedade intelectual, que além de servir para assegurar ao inventor o retorno de seu investimento, também tem como função o desenvolvimento tecnológico. (LEMOS, 2005, p.65)

A balança dos pilares e institutos tradicionais do Direito Autoral tem tendido para a individualização da criação do Autor, deixando aspectos plurais e sociais, de certa forma, descartados.

Nesse cenário de avanço tecnológico e apelo popular por novas formas de produção intelectual surgem novas ferramentas e movimentos, buscando a adaptação do Direito, pela insatisfação, dos usuários e criadores, pelos mecanismos existentes. (LEMOS, 2005, p.66)

O “software livre” é um desses movimentos que busca enfrentar a tradicional proteção Autoral em um dos seus principais pontos, o uso exclusivo. Pode ser apontada como o contraponto do monopólio capitalista, exercido por algumas empresas, como no caso da indústria de softwares Microsoft.

Nas palavras de Ronaldo Lemos (2005, p.65): “O movimento do software livre é produto da subversão das tradicionais ideias de propriedade com relação aos “bens intelectuais””. O Autor do software, sendo detentor dos direitos nele existente, exige que seu código fonte seja aberto a qualquer usuário, podendo, inclusive, modifica-lo e criar outros softwares a partir dele. A regra é a cópia ilimitada e sua distribuição, aspectos contrários ao que observamos no Direito Autoral, onde a exclusividade impera.

O direito, no caso em tela, é corrompido quando há a tentativa de alterar o regime de *copyleft* (“software livre”) para *copyright* (proteção tradicional), ou seja, fechar o código-fonte, proibir o acesso ilimitado, assim como sua distribuição. Ao contrário do que se costuma pensar, a comercialização do “Software livre” não é vedada, tendo suas prerrogativas mantidas no que se refere a livre distribuição, cópia e etc. (LEMOS, 2005, p.76)

Outra fonte de dúvida é sobre a titularidade do direito do Autor. Ela existe e pertence ao seu criador, porém sua exploração e divulgação são feitas de forma livre, mediante licença denominada GLP (General Public Licence). (CARBONI, 2010, p. 95)

Na forma tradicional do Direito Autoral, o código-fonte do software é fechado, de tal maneira que o usuário só pode usa-lo nos moldes de sua liberação, sem alterar, distribuir e criar em cima da ferramenta. Se por um lado os moldes tradicionais valorizam a criação no quesito individual,

sendo o Autor o principal *player* da equação, no “software livre” temos uma maior difusão da tecnologia e desenvolvimento social.

O movimento destacado acima nada mais é do que um entre muitos outros movimentos que ganharam força com o avanço da tecnologia. Essa inserção do receptor da obra, dentro da autoria da mesma, é entendida como Obras Colaborativas. Dentro dessa ideia, tanto a posição do Autor como do leitor ou usuário está sendo remodelada de tal maneira que muitas vezes passam a se confundir.

A velha estrutura imaginária do Autor solitário, isolado de outras obras, produzindo seu conteúdo de forma pessoal, visando seu público, que exercerá apenas uma função passiva de receber e absorver a obra está ficando para trás. Não que deixará de existir, ou que serão raros os casos. A questão é que novas formas de produção e criação estão sendo desenvolvidas, e o direito não pode ficar estagnado em suas velhas formas e conceitos.

Segundo Guilherme Carboni (2010, p.93), as criações colaborativas não são novidade do avanço da tecnologia digital. Tal conceito já fora experimentado antes, quando o homem ainda se utilizava única e exclusivamente da cultura oral para se comunicar, nessa época, as criações tinham a característica comunal e não individual.

Talvez a plataforma colaborativa mais famosa seja a *wikipedia*, “um projeto de enciclopédia multilíngue de licença livre, baseado na web e escrito de maneira colaborativa” (Wikipedia, acesso em 10 Ago. 2018)². Como a definição acima da própria página afirma, trata-se de uma enciclopédia colaborativa online, onde não há a presença de escritores e pesquisadores fixos ou intromissão de células editoriais. Nas palavras de Sergio Branco, a Wikipedia põe: “[...] xequê os conceitos de autor, de titularidade, de edição e até mesmo de obra, a Wikipedia pode ser considerada não mais uma obra coletiva, mas sim uma obra colaborativa.” (BRANCO, 2007, p.172)

Enquanto as empresas comuns do mesmo ramo investem em revisores e editores, a *wikipedia* se fortalece apenas da colaboração

2 Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9>, acesso em 10 Ago. 2018.

de pessoas interessadas em contribuir. Tal diferença de sistemática se apresenta também no Direito Autoral, onde na plataforma colaborativa o texto presente pode ser alterado pelo usuário, por conta de sua licença, diferente do que ocorre nos textos protegidos pelo Direito Autoral tradicional. (LEMOS, 2005, p.81)

No que tange a confiabilidade da página, a revista Nature realizou uma comparação entre a Wikipedia e a Enciclopédia Britânica. Dos textos fornecidos aos pesquisadores, apenas oito erros sérios foram identificados, sendo quatro para cada lado. Sobre erros relativos a fatos, omissões ou declarações equivocadas, a plataforma colaborativa apresentou 162 erros, contra 123 de sua adversária.³ (site BBC acesso em 10 Ago. 2018)

A quebra da lógica de mercado e empresarial não é um ponto negativo para a colaboração da plataforma, nas palavras de Ronaldo Lemos:

Muitos fazem isso porque consideram esta atividade divertida, outros o fazem porque acreditam estar retribuindo conhecimento à sociedade, e outros ainda porque passam a se sentir parte de uma iniciativa global, que pode beneficiar diretamente centenas de milhares de pessoas, senão a humanidade como um todo. (LEMOS, 2005, p.81)

3 Meta-autoria

Além da interatividade entre Autor e receptor, a tecnologia digital também trouxe à mesa outra discussão pertinente no que tange os direitos Autorais, a chamada Meta-Autoria.

Para explicar o conceito, vale a análise do programa AARON, desenvolvido em 1968, em San Diego, Califórnia, pelo pintor britânico Harold Cohen. O programa realiza pinturas, com total autonomia e espontaneidade.

Trata-se de uma inteligência artificial voltada para a produção de pinturas. Nota-se aqui que a ênfase não está no desenho, e sim na forma como AARON os produz. Uma base de dados com noções mínimas é implementada no sistema pelo seu criador e através de um algoritmo seus

3 Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/ciencia/story/2005/12/051215_wikipediacomparacaofn.shtml, acesso em 10 Ago. 2018.

desenhos vão sendo criados.

O programa produz soluções para problemas apresentados, assim como uma calculadora que nos mostra a resposta para diferentes equações. A diferença é que não estamos tratando de ciências exatas, e as respostas oferecidas por AARON, realizadas através de seus desenhos, são dotadas de originalidade e não se repetem.

Nas palavras de Carboni, “De certa forma, AARON comporta-se como um animal com relação ao meio ambiente: o programa reage a um ambiente artificialmente criado por meio de simulações por Harold Cohen”. (CARBONI, 2010, p.88).

O meta-autor é responsável por criar um processo gerador de significados, que então, a partir desse universo, dá como resposta a obra. AARON possui um mundo limitado de “lembranças e orientações” e através do mergulho nessas diretrizes, consegue responder entregando obras de artes.

Dessa maneira, podemos mais uma vez observar, uma quebra de paradigma entre a sistemática de produção literária/artística. Antes, a fruição de uma obra se dava por uma máquina fechada, através da sequência Autor – Máquina – receptor. Nos moldes apresentados pela meta-autoria, a relação passa pela máquina aberta, passando a vigorar o esquema Autor – ideia – máquina – Obra – Receptor. (CARBONI, 2010, p.91)

Cohen é o criador do programa, e também é inegável que seu estilo está presente na IA, esta jamais seria capaz de produzir tais obras sem a base e conceito fornecidos previamente. O artista humano está implícito na imagem que AARON produz em suas cores, estilo e desenho. (CARBONI, 2010, p.91)

Haveria a possibilidade da abertura do código fonte do programa, ou ainda, sua alteração de modo que AARON se atualizasse de forma sistemática. Porém, esse não seria o objetivo de Cohen, que visa desenvolver um artista cibernético, com propriedades similares a um artista humano. (SILVIA, 2008, p.76). Assim, não é do interesse do Autor que sua criação ganhe asas e passe a possuir traços totalmente independentes de suas orientações.

Porém, ainda que AARON produza obras que remetam a de seu criador, não fora Cohen que pintara os quadros, tampouco seria capaz de produzi-los talvez, e como o estilo não é protegido por direito Autoral, como ficam as questões práticas sobre as obras?

Outro ponto interessante diz respeito à própria Autoria do programa. Nos termos do Copyright, o criador de AARON se reservaria os direitos sobre a produção e a reprodução do material. Entretanto, no meio de tantas inovações e questionamentos cabe a pergunta, os autores dos softwares utilizados por Cohen para desenvolver sua criação, também seriam coautores de AARON? (SILVIA, 2008, p.38).

No caso de AARON o trabalho desenvolvido e aperfeiçoado ao longo dos anos é o próprio processo de criação, ou seja, o algoritmo capaz de transformar problemas em obras de artes, e não as obras de artes em si. Após o falecimento de Cohen, seu programa continuará desenvolvendo obras que remetem a sua estética, AARON se tornará um autor imortal. (SILVIA, 2008, p.86).

O direito autoral tradicional não consegue responder de forma segura todas essas questões. Considera-se que a obra criada por um sistema ou programa de computador não é passível de proteção por direitos Autorais, estando, dessa forma, livre para uso. (CARBONI, 2010, p.93) Isso porque para o direito internacional e brasileiro, para uma criação ser protegida pelo direito Autoral, deve advir do espírito humano.⁴

Porém, retornando ao primeiro tópico sobre os conceitos e bases do direito Autoral, seria justo considerar as obras produzidas pela IA não passíveis de proteção? O titular dos direitos sobre o programa de computador que idealizou e aplicou suas bases e conceitos não deveria ser coautor das obras ou possuir algum direito de crédito sobre elas?

Assim como visto aqui e no tópico 3, a tecnologia acaba impondo desafios à temática do Direito Autoral, que sempre as analisa através dos institutos tradicionais consagrados ao longo dos anos. Não seria a hora de enxergar o Direito Autoral através de uma vertente do desenvolvimento

⁴ 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 (Lei de Direitos Autorais 9.610 de 1998).

social? Abrir o leque de opções para entender os movimentos da era digital, de tal forma que possam ser inseridos na disciplina. O tópico seguinte abordará a Função Social do Autor, elemento que visa alterar a observação das obras dando uma nova perspectiva para a proteção Autoral.

4 Função social do autor

Segundo a Constituição Brasileira, a propriedade não é um direito absoluto.⁵A função social é sedimentada em nosso ordenamento, sendo desnecessário qualquer tipo de defesa ao instituto. Porém, no que tange os bens incorpóreos, tal pacificidade não é encontrada, vez que ainda há certa relutância na observação da Função Social sobre a Propriedade Intelectual, devido a forte proteção, dando ênfase as criações protegidas pelo Direito Autoral, tema deste artigo.

Seria irresponsável qualquer afirmação “contra” o Direito Autoral, porém entendemos prejudicial à sociedade encarar esse Direito como absoluto, deixando de lado princípios fundamentais para o desenvolvimento, como o acesso a educação e a cultura.

O direito Autoral vive um momento de crise na sociedade contemporânea, a tecnologia tem alterado a forma como a sociedade consome e interage com produtos e plataformas. Todas essas mudanças acabam afetando o Direito Autoral, devido à velocidade com que se apresentam e a forte ruptura com os paradigmas pré-estabelecidos.

Essa inadequação do conceito Autoral com as novas tecnologias se da pelo fato de todo alicerce da matéria ter sido construída em um período pré-tecnológico. Dessa forma, o atual Direito Autoral, não consegue acompanhar e se enquadrar nas novas questões apresentadas pelo mercado.

Segundo Guilherme Carboni, o cerne da questão é estrutural e uma reforma tendo como base a Função Social do Direito Autoral pode se apresentar como o ponto mais interessante. Mas qual seria essa função? Promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico. Ainda

5 Art. 5º Inc. XXIII A propriedade atenderá a sua função social. Constituição Federal brasileira de 1988.

na visão do autor, seria um exercício de observação externa do instituto, compreendendo suas contribuições para Sociedade e Estado, e não de forma interna, nos seus usos práticos.⁶

Quando a proteção Autoral, ou o excesso dela, passa a ser um obstáculo para a função social, suas bases devem ser revistas. Com a difusão do conhecimento sobre esse tipo de Proteção, maior tem sido seu pleito, impulsionada pelo interesse da indústria de bens intelectuais. O que se vê hoje é, nas palavras de CARBONI (2010, p.166), uma banalização do objeto de proteção Autoral, sendo as atenções voltadas para o “conteúdo” comercializável. Obras como *softwares* e base de dados ganham espaço no direito autoral, sendo totalmente questionável sua adequação a proteção.

Sobre os aspectos da Função Social do Direito Autoral, interessante é observar o artigo 7º do Acordo TRIPS⁷. O texto aborda a questão da proteção e aplicação das normas de Propriedade Intelectual como meio para se alcançar o desenvolvimento tecnológico, e ainda, de forma conducente com o bem estar econômico social.

O dispositivo em destaque analisa a proteção intelectual sobre o viés de sua função social, entendendo que sua proteção deve ter como objetivo, não só a questão individual do criador, como um pensamento coletivo de sociedade.

Outro diploma internacional que aborda a questão aqui trabalhada é o art.42 da Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação de Genebra⁸. Nesse contexto, a proteção Intelectual é tão

6 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LUECNcUg0D4> , acesso em 14 Ago. 2018.

7 Art.7º A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações. (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – Acordo TRIPS, 1994)

8 Art.42 A proteção da propriedade intelectual é importante para incentivar a inovação e a criatividade na Sociedade da Informação, do mesmo modo que o são a ampla divulgação, difusão, e compartilhamento de conhecimento. Facilitar a participação substancial de todos nas questões de propriedade intelectual e compartilhamento de conhecimento mediante ampla sensibilização e capacitação é parte fundamental

importante quanto a ampla divulgação, difusão e compartilhamento de conhecimento. Nesses moldes, não há sobreposição, e sim uma equidade de forças.

A proposta não seria a relativização absoluta do direito autoral, vez que sua existência é essencial para, por exemplo, incentivar a inovação e investimento na área. Porém a divulgação do conhecimento e difusão da cultura são fundamentais para o avanço da sociedade, e tal aspecto não pode ser visto como assistente a proteção.

É assegurado a todos, de forma constitucional o acesso a informação e o Estado como garantidor do exercício dos direitos culturais e acesso as fontes da cultura nacional. Dessa forma, é fácil a percepção de possibilidades de casos de conflito entre o acesso a informação e cultura e a proteção aos Direitos Autorais.

No caso do avanço tecnológico, cerne deste artigo, muitas são as questões que o cerca. Entendemos que o Direito Autoral deve se adequar as novas tecnologias e não estas serem impedidas de circular ou sofrerem restrições. Logicamente, o trabalho realizado pelo Autor de uma obra deve ser sempre valorizado, mas este não pode se sobrepor ao avanço tecnológico da sociedade.

Mais uma vez nos ensinamentos de G. Carboni, essa mudança de norte da interpretação do Direito Autoral com base na função social, deve observar algumas questões fundamentais, que ele divide como extrínsecos e intrínsecos.

As restrições intrínsecas, oriundas do próprio sistema, observariam o objeto, a duração e as limitações estabelecidas em lei. Dessa forma, a indagação seria sobre a amplitude do objeto, sua contribuição a sociedade ou até mesmo, seus danos à ela. Assim como se seus prazo e limitações estariam adequados não só com as questões individuais do autor mas também com as questões sociais.

No que tange os aspectos extrínsecos, temas como a função social da propriedade como um todo e os diversos princípios constitucionais, como o Direito de acesso ao conhecimento e a cultura, deveriam ser

de uma Sociedade da Informação inclusiva. (Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação de Genebra, 2003)

aplicados às normas de proteção para validar suas legitimidades.

Na legislação brasileira, o artigo 46 da LDA traz um rol de limitações aos Direitos Autorais, rol esse que na visão da Função Social do Direito Autoral não deveria ser taxativo, abrindo espaço para interpretações e novas limitações, observadas o bem maior e o desenvolvimento social.

Porém, com o objetivo de trazer um contraponto sobre a questão, temos as palavras de E. Abraão:

O rol das obras que independem de prévia autorização do autor para seu uso público é taxativo, porque a limitação é uma exceção à regra geral, e no dia em que o legislador deixar de considerá-la como tal, passará automaticamente a demandar a autorização prévia para seu uso (Abraão, 2002, p.152)

O intuito da Função Social do Direito Autoral não seria abandonar a proteção Autoral, fundamental, em nosso entendimento, para o incentivo a criação e valorização da arte, porém relativiza-la com outras questões basilares para o avanço da nação, como o acesso a cultura e difusão do conhecimento. A taxatividade das limitações não contribui para o avanço do país nos aspectos tecnológicos e sociais, deixando o Direito Autoral em descompasso com outros institutos.

Nas palavras de Corsani:

Podemos dizer que a utilização de um conhecimento é uma atividade criadora, pois, como “conhecimento em ação”, ele evolui com o uso subjetivo que dele se faz. Além disso, o conhecimento não comporta perda ou sacrifício com a troca, que se torna, então, apenas uma metáfora. Quem fornece conhecimento não fica dele privado. Ao contrário: o conhecimento só tem valor se for trocado, isto é, quando se difunde. (CORSANI, 2003, p.28 e 29).

CONCLUSÃO

A sociedade da Informação tem introduzido novas ferramentas e métodos de produção científica, autoral e artística. Tais modelos vêm evoluindo e se sofisticando, sendo impossível e pouco inteligente frear seu desenvolvimento.

Ao passo que tais ferramentas se estabelecem e são difundidas, novos desafios são criados para ordenamento jurídico, que tem a difícil missão de se atualizar e fornecer os institutos necessários para suas devidas proteções e direcionamentos.

Como visto, o Direito Brasileiro ainda possui uma visão quase absoluta sobre o Direito Autoral, sendo o Autor o principal *player* dessa equação, tendo sua individualidade exaltada frente outros princípios constitucionais e internacionais que visam a coletividade.

Porém novas formas de produção já são uma realidade. O viés econômico não é o único motivador para a criação, como vimos nas obras colaborativas, onde os usuários colaboram com a criação da obra única e exclusivamente para participarem de uma ação em sociedade ou propagar a informação. O direito não pode ignorar essa tendência e movimento.

É comum, se observamos a relação “história-tecnologia” a famosa ideia de que as máquinas irão substituir o homem e a constante oposição à essas inovações, como se a *SKYNET*⁹ fosse uma realidade a ser considerada. Porém, as novas relações aqui debatidas não surgiram no intuito de exterminar com a figura do Autor ou caminhar para a sua desvalorização, apenas são novas formas de expressão, comunicação e interação entre os seres humanos.

Como já apontado neste trabalho, os questionamentos são muitos, porém estimular o debate é única maneira de alcançarmos uma estrutura

9 WIKIPEDIA: Na série de filmes O Exterminador do Futuro e na série As Crônicas de Sarah Connor, a Skynet é uma inteligência artificial altamente avançada criada no fim do século XX. Ela opera principalmente por meio de robótica avançada e sistemas de computador. Assim que se tornou autoconsciente, ela viu a humanidade como uma ameaça à sua existência e decidiu acionar o holocausto nuclear conhecido como “Dia do Julgamento” e enviar um exército de exterminadores contra os seres humanos. É a principal antagonista da franquia *Terminator*.

ideal para receber as novas frentes que nos são apresentadas.

Pensar fora da caixa é fundamental para absorver essas novas tendências. E o foco na função social do Autor é um dos meios de se repensar a proteção autoral através de novos institutos. Nas palavras de Ronaldo Lemos, “enquanto o direito autoral aplicável permanece intacto, ou se torna ainda mais severo, uma estrutura paralela fundada na ideia de *copyleft* é desenvolvida” (Lemos, 2005, p.91).

Quando tratamos sobre os Direitos Autorais estamos adentrando nas esferas da cultura, lazer, tecnologia, educação e artes, elementos essenciais para o desenvolvimento social de um país. Destarte não podemos abordá-lo apenas sobre o viés mercadológico, individual e protecionista, sendo fundamental a observância das questões que envolvem o desenvolvimento social.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Originalidade em crise**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 15, 2018.

BRANCO, Sergio. **Direitos Autorais na Internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CARBONI, Guilherme. **Direito Autoral e Autoria Colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010.

LEMONS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: FGV direito Rio, 2005.

MCLUHAN, Marshall. **A galáxia de Gutenberg**. São Paulo: Editora da USP, 1972.

PARANAGUÁ E BRANCO, Pedro e Sérgio. **FGV Jurídica: Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora Direito Rio, 2009, p.39

CORSANI, Antonella. **Elementos de uma ruptura: a hipótese do capitalismo cognitivo**. In: GALVÃO, Alexander; SILVA, Gerardo; COCCO, Giusepp (Org). *Capitalismo cognitivo*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SILVIA, Ligia da. **AARON: um experimento de coautoria desenvolvido pelo meta-artista Harold Cohen**. São Paulo, 2008. Dissertação (Mestrado em Estética e História da Arte). Pós-graduação Interunidades em Estética e história da Arte da Universidade de São Paulo (USP).

WOODMANSEE Martha. **The genius and the copyright: economic and legal conditions of the emergence of the “author”**. *Eighteenth-Century Studies*, v. 17, Issue 4, Summer, 1984.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo V Direito de Autor e Direitos Humanos

**TÍTULO:
LIMITES ÉTICOS NA UTILIZAÇÃO DA
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O IMPACTO
NA SOCIEDADE INFORMACIONAL:
ANÁLISE DA RESOLUÇÃO DO
PARLAMENTO EUROPEU SOBRE
DISPOSIÇÕES DE DIREITO CIVIL SOBRE
ROBÓTICA (2015/2103 - INL)**

Luiza Daniele Monteiro dos Reis

LIMITES ÉTICOS NA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O IMPACTO NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: ANÁLISE DA RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU SOBRE DISPOSIÇÕES DE DIREITO CIVIL SOBRE ROBÓTICA (2015/2103 - INL)

Luiza Daniele Monteiro dos Reis¹

RESUMO

O presente estudo visa, de forma breve e inicial, apresentar a necessidade de discussão e observância quando aos limites éticos no desenvolvimento das tecnologias com Inteligência Artificial (IA) e os seus impactos na Sociedade Informacional, bem como a urgência de regulamentação. Pretende-se, dessa forma, discorrer sobre os seguintes pontos (i) o que é a inteligência artificial e suas tecnologias existentes; (ii) seu impacto na sociedade informacional (iii) quais são os limites éticos e se estão sendo observados. Para tanto, será discorrido sobre o viés da Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103-INL), apresentando recomendações legislativas, sob ponto de vista jurídico e ético, sem que impossibilite a inovação. Por fim, conclui-se, a partir da análise da referida Resolução, ser urgente a conversação na sociedade – principalmente em cunho internacional – quanto aos limites éticos da Inteligência Artificial e a posterior regulamentação. Mostra-se necessário ater que os avanços tecnológicos, em especial aos algoritmos utilizados, devem ser manuseados com observância ética, com prevalência aos direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Ética. Regulamentação.

¹ Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Positivo. Advogada. Pesquisadora vinculada ao Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI) da Universidade Federal do Paraná (UFPR)..

1. INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica está a cada dia ocorrendo de forma mais rápida e se estabelecendo em inúmeras searas da sociedade, ocasionando impactos profundos e inovadores (BERMAN; DORRIER, 2016). Contudo, mesmo que tais tecnologias estejam possibilitando grandes avanços e benfeitorias para a sociedade em um panorama geral, também trouxeram inúmeras fragilidades e conflitos éticos quanto aos direitos e garantias (BOSTROM; YUDKOWSKY, 2011).

Observa-se que com o desenvolvimento tecnológico surgiram as tecnologias com Inteligência Artificial (IA), as quais vêm possibilitando aos computadores a capacidade de desenvolver e atuar de forma autônoma, ou seja, independentemente de um comando específico de um ser humano por intermédio de algoritmos. Desse modo, a Inteligência Artificial e suas tecnologias, tais quais, robôs, *bots*, *drones*, veículos autônomos, membros artificiais e até mesmo os *smartphones* (SPARKS & HONEY, 2016) estão cada vez mais presentes e imprescindíveis à vida humana.

A principal problemática tem surgido pelo seguinte fator: quanto mais aperfeiçoada e sutil for a inteligência artificial, mais inteligente (e independente) ela será. O que a princípio pode ser extremamente vantajoso, poderá ocasionar um grande problema: como se comportará uma máquina sem qualquer intervenção humana sob os aspectos éticos básicos? As máquinas possuíram um código ético-humano já estabelecido? Teria a máquina direitos? E é nesse ponto que se encontra a principal questão: quais os aspectos éticos - e seus limites - na utilização e desenvolvimento das tecnologias com Inteligência Artificial (IA) e quais serão os dilemas da legislação para normatizar as relações jurídicas (PINHEIRO, 2018).

Logo, tem-se que o tema a ser enfrentado é delicado e necessita de vasta discussão, especialmente como serão os impactos da nova tecnologia gerada pela Inteligência Artificial, ou melhor dizendo, como será o modo que a Inteligência Artificial atuará com essas tecnologias.

Nesse contexto, mesmo com diversas tecnologias inteligentes, o principal elemento a ser considerado é o ético. E é justamente nesse

ponto que será apresentada a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103-INL), que expôs recomendações legislativas à União Europeia, baseando-se na doutrina a fim de determinar quais considerações dogmáticas (e garantias fundamentais) e de princípios éticos básicos devem ser respeitados no desenvolvimento, na programação e na utilização de Inteligência Artificial, objetivando à integração desses princípios nos regulamentos e na legislação dos seus estados-membros.

Ademais, será demonstrada a proposta de Resolução do Parlamento Europeu e os princípios éticos destacados no documento (em especial ao Código de Conduta Ética na Robótica), pois mesmo no cenário internacional ainda é embrionária, sendo proposto a prevalência dos direitos fundamentais, tal qual observância aos direitos humanos sobre a perspectiva ética aos avanços tecnológicos.

Por fim, o presente artigo servirá como introdução quanto ao tema, sendo a metodologia de pesquisa qualitativa e bibliográfica.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O ser humano em sua história sempre imaginou a possibilidade de construir e conviver com máquinas inteligentes, tanto que a ficção científica literária e cinematográfica possuem vastos exemplares com a temática de inovação². E na Inteligência Artificial não poderia ser diferente.

Tal como descrito na ficção, acreditar e desenvolver máquinas que possuem e atuam de forma inteligente e autônoma, partindo de características essenciais e únicas ao ser humano, que surgiram os programas de computadores, que por meio de algoritmos pré estabelecidos

2 A cinematografia possui filmes desde a década de 60 até os dias atuais, tais como: 2001 - Uma Odisseia no Espaço (1968); Colossus 1980 (1970); Blade Runner: O Caçador de Andróides (1982); O Exterminador do Futuro 1 & 2 (1984; 1991); O Fantasma do Futuro (1995); Matrix (1999); A. I. - Inteligência Artificial (2001); Lunar (2009); Her (2013) e Ex Machina (2015). Ademais, o seriado Black Mirror, lançado em 2011 pela Netflix, apresenta inúmeros contos de ficção científica, com tecnologias com IA.

e independentes, passaram a atuar de forma descrita como Inteligência Artificial.

O desenvolvimento da Inteligência Artificial (IA) iniciou após a Segunda Guerra Mundial, por meio da publicação do artigo “*Computing Machinery And Intelligence*” de Alan Mathison Turing em 1950 na Revista Mind (TURING, 1950), o qual introduziu o conceito atualmente conhecido como Teste de Turing³.

O termo “Inteligência Artificial” foi utilizado primeiramente pelo cientista de computação John McCarthy, que cunhou o termo em 1956 em “uma conferência de especialistas celebrada em Darmouth Colege” (GUBERN, 2013, p.87) que a descreveu como “a ciência e engenharia de produzir máquinas inteligentes”.

A literatura especializada tem em Marvin Minsky, cientista cognitivo norte-americano, como o pai da Inteligência Artificial (GUBERN, 2013, p. 90). Minsky é o co-fundador do laboratório de inteligência artificial do Instituto de Tecnologia de Massachusetts e desenvolveu inúmeros estudos nesta ciência.

Nota-se que o principal objetivo das tecnologias com sistemas com Inteligência Artificial é solucionar questões de forma racional, como se ser humano fosse. Vale dizer, é a área da ciência que dedica pesquisa de computação, a fim de buscar métodos ou dispositivos computacionais capazes de atuar e multiplicar a capacidade racional do ser humano, com base em algoritmos.

A Inteligência Artificial, nas palavras de Michael C. Harris é definida como:

[...] the science of making intelligent machines that perform tasks as well as, or better and faster than, human can. Artificial intelligence isn't really about intelligence, though. It's about solving problems. But the solutions in artificial intelligence are always math-and computer-based (HARRIS, 2011).

Ainda, Nils John Nilsson apresenta a Inteligência Artificial:

3 O Teste de Turing possui o objetivo de avaliar se uma inteligência artificial, testando a capacidade da máquina em exibir comportamento inteligente tal qual do humano, não havendo a possibilidade de distingui-los.

Artificial intelligence is that activity devoted to making machines intelligent, and intelligence is that quality that enables an entity to function appropriately and with foresight in its environment (NILSSON, 2010).

Outrossim, a Inteligência Artificial, da forma se apresenta atualmente, é gerada a partir de um algoritmo, podendo ser este de forma simples ou complexa. O algoritmo consiste em uma fórmula matemática que, a partir de uma série de comandos dados ao computador, produz um resultado.

Ainda para definir a Inteligência Artificial, Russel e Norvig, destacam duas características principais: a primeira, associada a um processo de raciocínio, e a segunda ao comportamento. Ou seja, a diferença entre a tecnologia com IA e a de um algoritmo comum se dá na forma de que a máquina passa a armazenar experiências não pré-estabelecidas, como se desenvolvesse inteligência própria. Essa forma de tecnologia é conhecida como *Machine Learning*⁴, sendo muito similar as capacidades de decisão e atuação humana (RUSSEL; NORVING, 2014).

Como será abordado a seguir, a sociedade atual (Sociedade Informacional) já convive há algum tempo com tecnologias inteligentes, as quais utilizam algoritmos para apresentar informações e transformaram a capacidade dos equipamentos de armazenamento e processamento de dados, atualmente denominados *Big Data*⁵.

Além dessas tecnologias, atualmente a Inteligência Artificial está subdividida em *Machine Learning*⁶ e *Deep Learning*⁷.

4 Em tradução livre significa Aprendizado da Máquina, ou seja, aprendizado automático.

5 O termo Big Data, em tecnologia da informação, refere-se a um grande conjunto de dados armazenados. E se baseia em 5 V's: velocidade, volume, variedade, veracidade e valor.

6 A tecnologia de inteligência artificial, denominada Machine Learning (Aprendizado da Máquina) refere-se ao ato de programar máquinas para essas consigam aprender, por meio de análise dos dados compilados, utilizando-se dos algoritmos, conseguindo realizar previsões e gerar dados quanto aos assuntos.

7 Deep learning significa na tradução livre Aprendizado profundo. A tecnologia por inteligência artificial que por meio de uma rede neural artificial permite a máquina uma semelhança cognitiva com o cérebro humano, possibilitando que a máquina possa interpretar e interligar dados (vide Olhar Digital).

3. O IMPACTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

A Sociedade de Informação, termo que passou a ser utilizado nos últimos anos em substituição ao conceito de Sociedade pós-industrial, refere-se a uma sociedade que consome e valora a informação. Para Castells (CASTELLS, 2000) ela possui os seguintes atributos: a) a informação é sua matéria-prima; b) os efeitos das novas tecnologias abrangem a sociedade como um todo; c) predomínio da lógica da rede; d) flexibilidade; e) crescente convergência de tecnologias.

Quanto aos desafios éticos da Sociedade de Informação, Karamjit S. Gill (LEAL, 1996) apresenta quais seriam os principais: alto índice de desemprego, ante a perda de qualificação e da automatização; perda de comunicação interpessoal, transformada pelas novas tecnologias ou mesmo destruída por elas; perda de privacidade, pela invasão do espaço individual e efeitos da violência visual e poluição acústica; perda de controle sobre a vida pessoal; e perda do sentido da identidade, ante a intimidação pela crescente complexidade tecnológica.

Nessa perspectiva, nota-se que a utilização de tecnologias com Inteligência Artificial traz inúmeros – e grandes – impactos na sociedade. Aliás, nos últimos anos, especialmente a partir do ano de 2016 em que houve o “boom” sobre essa temática, ocasionou inúmeros estudos quanto ao impacto da Inteligência Artificial na sociedade.

Em uma dessas pesquisas, um grupo de especialistas acadêmicos e de tecnologia da Universidade de Stanford elaboraram um relatório denominado “Artificial Intelligence And Life In 2030” (STANFORD University, 2016) no qual avaliaram e prospectaram os possíveis impactos da Inteligência Artificial nos setores da saúde, segurança, entretenimento, educação, robôs de serviço, transporte e nas relações trabalhistas.

Já nas considerações iniciais da Resolução do Parlamento Europeu, objeto desta pesquisa, destacou ser necessária a discussão da sociedade informacional como um todo, pois constatou-se que somente no período entre 2010 e 2014 houve aumento nas vendas de robôs no patamar de

17% para 29% ao ano, especialmente nos setores automotivos e indústria elétrica/eletrônica. Ainda, a proposta considerou a necessidade dessa pauta pelo fato de que a Inteligência Artificial estará cada vez mais inserida na sociedade e em diversos eixos, pois:

[...] nos últimos 200 anos, os níveis de emprego aumentaram de forma constante devido ao desenvolvimento tecnológico; considerando que o desenvolvimento da robótica e da IA pode ter potencial para transformar vidas e práticas de trabalho, para aumentar os níveis de eficiência, de poupanças e de segurança, e para oferecer um melhor nível de serviços; considerando que, a curto e médio prazo, a robótica e a IA prometem trazer vantagens em termos de eficiência e de poupança, não só na produção e no comércio, mas também em sectores como os transportes, os cuidados médicos, os trabalhos de salvamento, a educação e a agricultura, ao mesmo tempo que permitem evitar a exposição dos humanos a condições perigosas, como as que caracterizam as operações de limpeza de locais tóxicos poluídos (UNIÃO EUROPEIA, 2017).

Outrossim, considerou, numa perspectiva de longo prazo, que a tendência atual para o desenvolvimento de máquinas inteligentes e autônomas, com a capacidade tomar decisões de forma independente, não implica apenas vantagens econômicas, mas também um conjunto de preocupações relacionadas com os efeitos diretos e indiretos para a sociedade como um todo.

Além disso, em suas considerações, asseverou que a curto e médio prazo, as máquinas e a Inteligência Artificial prometem trazer vantagens nos aspectos de eficiência e tempo, não somente na produção e no comércio em geral, mas também nos setores como de saúde, transporte (público e privado), educação e agricultura, o que possibilitará aos seres humanos a desnecessidade de exposição à condições perigosas e insalubres.

Também apresenta a perspectiva de diminuição dos problemas de segurança pública e social, pois de acordo com a atual base de fiscalidade, poderá auxiliar na melhoria de distribuição da riqueza.

Considera-se, contudo, a existência de preocupação quanto a segurança física, ocasionado por eventual falha do código de um robô, ou as decorrentes das potenciais consequências da avaria do sistema ou de ataques informáticos a sistemas robóticos interligados, numa altura em que são desenvolvidas e utilizadas cada vez mais aplicações autônomas,

sejam estas destinadas a carros e a aeronaves pilotadas à distância (drones), a máquinas que prestam assistência ou a robôs utilizados para a manutenção de ordem pública e o policiamento.

As recomendações também destacam a necessidade de maior proteção de dados, tanto os que já foram objetos de análise em contextos gerais da Internet e do comércio eletrônico, mas que outros aspetos associados à propriedade de dados e à proteção de dados pessoais e da privacidade devem ser resolvidos, sob risco de haver comunicação sem a intervenção (e anuência) humana.

Por fim, apresenta como considerações o fato de sendo possível a existencia de que em algumas décadas a Inteligência Artificial possa ultrapassar a capacidade intelectual humana, de forma que possa ocasionar problemas à capacidade humana de controlar a sua criação e, desse modo, talvez a sua capacidade de tomar conta do seu próprio destino e de garantir a sobrevivência da espécie.

Também, mesmo sendo o documento destinado à União Europeia, destacou ser necessário o diálogo entre as diversas jurisdições estrangeiras, destacando os Estados Unidos, o Japão, a China e a Coreia do Sul (logo, as detentoras das potências tecnológicas) a fim de todas ponderem uma ação regulamentar em conjunto, o que de certo modo já é existente, em matéria de Inteligência Artificial e robótica e que alguns Estados-Membros possam refletir e contribuir com possíveis alterações legislativas, tendo em vista as aplicações emergentes de tais tecnologias.

4. ÉTICA E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: RECOMENDAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

Nesse contexto, o aspecto ético caracteriza-se como um conjunto de valores morais e princípios que norteiam a conduta humana na vida em sociedade, sendo necessário para o bom convívio coletivo.

Mostra-se necessário tecer algumas das diversas teorias filosóficas que abordam as questões morais e éticas. Nota-se que uma dessas teorias que mais influenciam as questões jurídicas (e agora, nas questões

tecnológicas) é a da Doutrina do Utilitarismo de Jeremy Bentham e John Stuart Mill. De acordo com essa doutrina, o princípio da Utilidade é dado por: todo ser humano busca sempre maior prazer possível; busque sempre o maior prazer e fuja da dor. Ainda, quanto ao princípio da Identidade de Interesses: o fim da ação humana é a maior felicidade de todos aqueles cujos interesses estão em jogo. Obrigação e interesse estão ligados por princípio. Ou seja, para o filósofo, a questão moral correta seria aquela que proporcionasse a máxima felicidade na comunidade (SANDEL, 2015, p. 48).

Contudo, sob outra perspectiva diversa, deve-se observar a teoria Kantiana. A Teoria Moral de Emmanuel Kant, questiona o utilitarismo básico pois, ao seu ver, a moral deve ser de acordo com as suas consequências. Ou seja, se uma ação traz felicidade ela é moral, mas se a consequência da ação fizer o oposto é ruim (SANDEL, 2015, p. 143-144)

Apenas nessa questão, pode-se perceber que diversos nichos e aspectos manifestam a ética e a moral com pontos de vistas diversos e, muitas vezes, conflitantes. Partindo desse pressuposto, necessário abordar as questões éticas na sociedade informacional.

Quanto ao tema proposto, constata-se que a Resolução do Parlamento Europeu, aprovada em 16 de fevereiro de 2017, percorreu quanto as recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (Processo nº 2015/2103 - INL). Dentre as pautas, foi discutido especialmente quanto aos aspectos éticos dos sistemas ciberfísicos.

Prefacialmente, em suas exposições e motivos, a Resolução considerou que “a humanidade, desde Frankenstein de Mary Shelley ao mito clássico do Pigmaleão, passando pela história do Golem de Praga ao robô de Karel Čapek, que cunhou o termo, tem fantasiado acerca da possibilidade de construir máquinas inteligentes, frequentemente andróides com características humanas” (UNIÃO EUROPEIA, 2017), sendo necessário, portanto, a que a legislação pondere as suas implicações e efeitos a nível jurídico e ético, sem ocasionar, contudo, óbice à inovação.

Pois bem. A questão moral e ética sempre norteou os limites de qualquer revolução tecnológica. E do mesmo jeito não poderia ser

diferente na descrita Quarta Revolução⁸, pois essa modificação social é impactante, ocorrendo de forma veloz, ampla e profunda, além de se inserir em diversos aspectos da sociedade.

A Quarta Revolução (aspecto atual ou futuro?) é descrita por Klaus Schwab como:

Ainda precisamos compreender de forma mais abrangente a velocidade e a amplitude dessa nova revolução. Imagine as possibilidades ilimitadas de bilhões de pessoas conectadas por dispositivos móveis, dando origem a um poder de processamento, recursos de armazenamento e acesso ao conhecimento sem precedentes. Ou imagine a assombrosa profusão de novidades tecnológicas que abrangem numerosas áreas: inteligência artificial, robótica, Internet das Coisas, veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica, para citar apenas alguns. Muitas dessas inovações estão apenas no início, mas já estão chegando a um ponto de inflexão de seu desenvolvimento, pois já constroem e amplificam umas às outras, fundindo as tecnologias do mundo físico, digital e biológico. (SCHWAB, 2016)

Todas as tecnologias descritas por Schwab apontam para essa grande revolução, pois descreve como será a Sociedade Informacional e de Conhecimento, a qual não parece ser um futuro, mas o presente.

Em suma, constata-se que a sociedade (tanto na perspectiva interna como internacional), em especial nas ciências sociais, deve estar preparada para enfrentar uma nova gama de situações complexas em um futuro que se parece mais como presente.

4.1. NOTAS E CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

O Parlamento Europeu como recomendações quanto ao conteúdo da proposta, elencou nos Anexos do INL 2015/2103 a necessidade de definição e classificação dos robôs inteligentes comum à comunidade

8 A Quarta Revolução Industrial é terminologia apresentada por Klaus Schwab, no livro “A Quarta Revolução Industrial” quanto as inovações tecnológicas em curso, tais como: inteligência artificial, robótica, internet das coisas, veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, armazenamento de energia e computação quântica.

européia, incluindo, se for o caso, subcategorias. Nesse ponto, destacou as seguintes características: a) a capacidade da máquina adquirir autonomia por meio de sensores e/ou troca de dados com seu ambiente (interconectividade) e a análise destes dados; b) a capacidade de aprender com a experiência e com a interação; c) a forma do suporte físico do robô; d) a capacidade de adaptar o seu comportamento e suas ações ao ambiente.

O relatório da Resolução estipula princípios gerais e éticos relativos ao desenvolvimento das tecnologias e da Inteligência Artificial para a utilização civil. Primeiramente, o documento descreve a perspectiva de desenvolvimento adequado, estabelecendo as definições aos robôs autônomos inteligentes.

Na sequência, apresenta um Anexo (com respaldo a Carta dos Direitos Fundamentais da UE) denominado Carta da Robótica. Essa cártula estabelece um Código de Conduta Para Engenheiros de Robótica, um Código para as Comissões de Ética em Robótica e Licenças para Criadores e Desenvolvedores. Por fim, recomenda a criação de uma Agência Europeia regulamentadora para robótica e inteligência artificial.

Quanto ao conteúdo da proposta requerida, apresentou também recomendações detalhadas quanto as classificações de robôs inteligentes; como seria a forma de seus registros; quanto a responsabilidade civil; a interoperabilidade, acesso a códigos e de direitos de propriedade intelectual; e os aspectos éticos, os quais serão abordados na sequência.

4.1.1. Dos Princípios Gerais e Éticos para o Desenvolvimento da Inteligência Artificial

Quanto aos princípios gerais e éticos, a Resolução apresenta um quadro descritivo no qual apresenta considerações acerca da robótica e da inteligência artificial, em especial quando a tecnologia possuir capacidade de retirar, compilar e partilhar informação sensível com diversas partes interessadas ou mesmo de autoaprendizagem e até de auto modificação evolutiva, sendo que em todos os cenários deverão ser subordinadas a princípios ou leis. O principal fator destacado é notadamente de que um

robô não pode matar ou infligir danos a um ser humano e tem de ser controlado por um ser humano.

Ademais, destaca que o processo usado pela inteligência artificial para recolher, processar e utilizar dados pessoais tem de ser transparente e inteligível – o que já está ocorrendo na sociedade – devendo a evolução tecnológica estar em conformidade com os códigos e práticas éticas, em especial o da dignidade do ser humano, o respeito e a proteção da privacidade e da vida familiar, a segurança, a proteção dos dados pessoais e da propriedade intelectual, a liberdade de expressão e informação, a igualdade e não discriminação, a solidariedade, a justiça e direitos dos cidadãos – e subordinado à proporcionalidade.

Além disso, descreveu que para definir as leis e os princípios e, por consequência, sua aplicação prática, reconheceu ser necessário maior investigação no domínio da ética da inteligência artificial, considerando que o Grupo Europeu de Ética para as Ciências e as Novas Tecnologias poderá desempenhar excelente trabalho em favor da sociedade quanto as questões da evolução tecnológica.

Também elencou a necessidade de avaliar quanto ao impacto psicológico e social da interação entre seres humanos e máquinas inteligentes, bem como o caráter duplo do impacto da tecnologia nas capacidades humanas, em especial aos grupos de hipossuficientes, tais quais: crianças, idosos e pessoas com deficiência.

Destacou, ainda, que as máquinas e a inteligência artificial principalmente nas áreas doméstica, da saúde e da assistência e os sistemas ciberfísicos (este que poderia ser implantados no corpo humano), terão grande impacto na vida humana, em particular nas pessoas com deficiência.

Por fim, destacou ser extremamente necessário a constituição de um quadro ético orientador para a concepção, produção e utilização dos robôs, pois essencial para complementar as recomendações jurídicas do relatório e o acervo nacional e da União existente, tais como os descritos abaixo:

4.1.2. Carta Robótica

Na proposta quanto aos atos jurídicos em matéria de robótica, a Comissão destacou ser necessária a observância dos princípios consagrados na Carta da Robótica pelas Leis de Asimov⁹.

O Código de Conduta Ética proposto no domínio da robótica estabelece as bases para a identificação, a supervisão e o cumprimento dos princípios éticos fundamentais, desde a fase inicial do projeto até o desenvolvimento e prática. Tal Código consignou que todos os Organismos envolvidos no desenvolvimento tecnológico (seja o para financiamento, para investigação ou os de comissões de ética) devem ponderar e incentivar, mas, principalmente, exigir que todas as propostas, desde a fase inicial até a implementação na sociedade, sejam acompanhadas de um dossiê de avaliação de risco, devendo ser considerados os seres humanos, e não as máquinas, como os agentes responsáveis.

Quanto aos desenvolvedores e criadores das inovações por Inteligência Artificial, destacou que devem pautar-se pelos padrões éticos e profissionais, seguindo a risca os seguintes princípios: a) Beneficência: os robôs devem atuar no interesse dos seres humanos; b) Não-maleficência: a doutrina de “acima de tudo, não prejudicar”, segundo a qual os robôs não devem causar danos aos humanos; c) Autonomia: a capacidade de tomar decisões informadas e livres de coação sobre as condições de interação com os robôs; d) Justiça: uma distribuição equitativa dos benefícios associados à robótica e, em particular, a acessibilidade a robôs de cuidados domésticos e de cuidados de saúde.

No que concerne aos direitos fundamentais, asseverou que as atividades para desenvolvimento de tecnologia por Inteligência Artificial devem respeitar os direitos fundamentais e ser realizada no bem-estar social. Destaca-se entre esses princípios, o princípio da dignidade e autonomia (tanto física quanto psicológica) dos seres humanos.

9 As três leis, descritas no livro de ficção científica “Eu, Robô”, do escritor e bioquímico Isaac Asimov, estabelecem que (1) Um robô não pode ferir um ser humano ou, por inação, permitir que um ser humano sofra algum mal (2) Um robô deve obedecer as ordens que lhe sejam dadas por seres humanos exceto nos casos em que tais ordens entrem em conflito com a Primeira Lei (3) Um robô deve proteger sua própria existência desde que tal proteção não entre em conflito com a Primeira ou Segunda Lei (0) um robô não pode causar mal à humanidade ou, por omissão, permitir que a humanidade sofra algum mal.

4.1.3. Do Código para as Comissões de Ética em Matéria de Investigação (CEI)

A Resolução também prevê a formação de Comissões de Ética (CEI) ou *Compliance*¹⁰ as quais serão responsáveis em analisar a investigação oriunda de práticas com tecnologias de IA ou robóticas que entrem em conflito com a dignidade, os direitos fundamentais e o bem-estar das pessoas.

A Comissão deverá ser constituída, em regra, de forma multidisciplinar, incluindo homens e mulheres, com especialidade em robótica. A nomeação dos membros deve ser realizada de forma equilibrada, dando preferência ao conhecimento científico, filosófico, jurídico e ético, com ao menos um elemento com conhecimento especializado em ética e utilizadores de serviços especializados de saúde, educação ou sociais, sempre quando um desses temas forem objetos das atividades investigadas, evitando assim conflito de interesses.

A Resolução ainda destaca que a Comissão deve se pautar pelos seguintes princípios: a) Independência: o processo de exame ético deve ser independente, a fim de evitar conflitos de interesses entre os investigadores e investigados; b) Competência: o processo de exame ético deve ser realizado por pessoas qualificadas e com conhecimentos especializados e adequados sobre o objeto investigado; c) Transparência e Responsabilização: O exame deve ser responsável e aberto a votação.

Também descreveu ser necessária uma comissão especializada quanto as questões éticas suscitadas pelo desenvolvimento de robôs médicos e de sistemas ciberfísicos em diversos domínios da saúde e assistência a pessoas idosas e deficientes, inclusive, de carácter emocional desenvolvidos pelos pacientes com a máquina. Ademais, deverão se pautar nos princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tais como: dignidade da pessoa humana e os direitos humanos, a igualdade, a justiça e a equidade, a autonomia, a

10 Nos âmbitos institucional e corporativo, Compliance é o conjunto de disciplinas para fazer cumprir as normas legais e regulamentares, as políticas e as diretrizes estabelecidas para o negócio e para as atividades da instituição ou empresa, bem como evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possa ocorrer.

responsabilidade individual, o consentimento informado, a privacidade e responsabilização social, direitos dos idosos, da pessoa com deficiência, a saúde e direito de proteção ao consumidor, bem como nas práticas e códigos éticos em vigor.

Entretanto, é de se observar que o Código não servirá para substituir a necessidade de resolver os inúmeros problemas jurídicos oriundos das tecnologias com Inteligência Artificial, mas servirá como complemento e orientação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como abordado, é urgente e necessária a discussão quanto aos limites éticos no desenvolvimento das tecnologias com Inteligência artificial. Ademais, deve ser proposto a prevalência dos direitos fundamentais, tal qual observância aos direitos humanos sobre a perspectiva ética aos avanços tecnológicos.

Constata-se que a atuação de máquinas e computadores com inteligência quase humana (ou até mesmo superior) deve se ater não somente ao crescimento tecnológico e financeiro, mas utilizá-los em prol da sociedade, de forma ética e transparente. Também deve levar em consideração que todo o desenvolvimento até a comercialização e disponibilização à sociedade como um todo deve ser questionada, pois a imutabilidade de uma inteligência artificial acarretará grande perigo às relações sociais.

Quanto a Resolução apresentada pelo Parlamento Europeu que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica, nota-se pertinente a abertura de discussão, em especial por Comissões formadas por *Experts* em diversas áreas de tecnologia, saúde, medicina, ética, jurídica, entre outros.

Ademais, mostrou-se necessária e urgente a discussão de todo os países, não somente as potências desenvolvedoras dessas tecnologias (pois, atualmente, detentoras exclusivas do mercado tecnológico e das riquezas), pois as tecnologias com Inteligência Artificial impactará o mundo de forma significativa.

E, por fim, nas palavras de Klaus Schwab “assumamos, portanto, uma responsabilidade coletiva por um futuro em que a inovação e a tecnologia estejam focadas na humanidade e na necessidade de servir ao interesse público, e estejamos certos de empregá-las para conduzir-nos para um desenvolvimento mais sustentável” (SCHWAB, 2016).

REFERÊNCIAS

BERMAN, Alison E.; DORRIER, Jason. **Technology feels like it's accelerating - because it actually.** Singularity Hub. 2016 Disponível em <<https://singularityhub.com/2016/03/22/technology-feels-like-its-accelerating-because-it-actually-is/>> Acesso em: 03.08.2018.

BLASI, Gabriel Di. **O Limite da Atuação da Inteligência Artificial Frente aos Dilemas Éticos e Morais.** 2017. Portal do Magistrado.

BOSTROM, Nick; YUDKOWSKY, Eliezer. **The Ethics Of Artificial Intelligence.** 2011. Disponível em: <<https://nickbostrom.com/ethics/artificial-intelligence.pdf>>. Acesso em: 27.07.2018.

CASTELLS, Manuel. **La Sociedad Red: la era de la información: economía, sociedad y cultura.** 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

COMPUTER WORLD. **Cientistas medem impactos da inteligencia artificial na sociedade até 2030.** Disponível em <<https://computerworld.com.br/2016/09/05/cientistas-medem-impactos-da-inteligencia-artificial-na-sociedade-ate-2030/df>>

GUBERN, Roman. **O Eros Eletrônico.** Disponível em < <https://pt.scribd.com/document/124062697/O-Eros-Eletronico-Roman-Gubern>> Acesso em: 08.09.2018.

HARRIS, Michael Christopher. **Artificial Intelligence.** 2011. Disponível em < <https://books.google.de/books?id=Cmf5cp4YBKMC&printsec=frontcover&dq=artificial+intelligence&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwj147DZyMHdAhUMy6QKHYZgB8kQ6AEINzAC#v=onepage&q=artificial%20intelligence&f=false>>

INTERNET SOCIETY. **Artificial Intelligence and Machine Learning: Policy Paper.** 2017.

Disponível em <https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/08/ISOC-AI-Policy-Paper_2017-04-27_0.pdf>. Acesso

em 15.09.2018.

LEAL, Fernando. **Ethics is fragile: goodness is no.** In: KARAMJIT, S. Gill. (Ed.). Information Society: new media, ethics and postmodernism. London: Springer, 1996.

NILSSON, Nils J. **The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements.** Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010. Disponível em: < <https://ai.stanford.edu/~nilsson/QAI/qai.p>

OLHAR DIGITAL. **As diferenças entre inteligência artificial, machine learning e deep learning.** 2017. <https://olhardigital.com.br/alem_da_infra/noticia/as-diferencas-entre-inteligencia-artificial-machine-learning-e-deep-learning/72678>

PINHEIRO, Patricia Peck. **Por que governos devem se unir para regulamentar a inteligência artificial.** IDG NOW. Disponível em <.http://idgnow.com.br/internet/2018/03/07/por-que-governos-devem-se-unir-para-regulamentar-a-inteligencia-artificial/> Acesso em 10.09.2018.

RUSSEL, Stuart; NORVING, Peter. **Artificial Intelligence: a modern approach.** 3. ed. Harlow (UK): Pearson Education Limited, 2014.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** 2015. 17ª edição. Rio de Janeiro.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial.** 2016. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/371105950/Klaus-Schwab-A-Quarta-Revolucao-Industrial>> Acesso em: 08.09.2018.

SPARKS & HONEY. **AI Ethics & the future of humanity.** Medium. 2016. Disponível em <<https://medium.com/sparksandhoney/ai-ethics-and-the-future-of-humanity>> Acesso em: 27.07.2018.

STANFORD, University. **Artificial Intelligence And Life In 2030.** 2016. Disponível em <<https://ai100.stanford.edu/sites/default/files/>

ai_100_report_0831fnl.pdf> Acesso em 10.09.2018.

STARTUP DIGITAL. **Top 10 Melhores Filmes Sobre Inteligência Artificial.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/blog/startup-digital/post/top-10-melhores-filmes-sobre-inteligencia-artificial.html>> Acesso em 27.09.2018.

TURING. Alan M. **Computing Machinery and Intelligence.** Disponível em <<http://phil415.pbworks.com/f/TuringComputing.pdf>> Acesso em 07.09.2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)).** 2017. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2015/2103\(INL\)](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2015/2103(INL))>. Acesso em 11.08. 2018.

WIKIPEDIA. **Compliance.** 2018. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Compliance>> Acesso em 28.09.2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo V Direito de Autor e Direitos Humanos

TÍTULO: A RESPONSABILIZAÇÃO DOS PROVEDORES DE INTERNET NOS CASOS DE *PORN REVENGE*

Alice de Perdigão Lana

A RESPONSABILIZAÇÃO DOS PROVEDORES DE INTERNET NOS CASOS DE PORN REVENGE

Alice de Perdigão Lana¹

RESUMO

O trabalho aborda a tratativa estabelecida pelo Marco Civil da Internet para a responsabilização dos provedores de internet nos casos de disseminação não consensual de imagens íntimas (popularmente conhecido como *porn revenge*). Busca-se, como objetivo, problematizar o disposto no art. 21 do Marco Civil, que dispensa a ordem judicial para a retirada de imagens íntimas compartilhadas sem consentimento na internet. Para isso, aborda-se também a discussão pública que originou o texto legal, sem perder de vista o que foi elaborado doutrinariamente e pelo STJ posteriormente à sua aprovação. A metodologia utilizada foi a análise de fontes bibliográficas, nacionais e internacionais, a respeito dos temas amplos de disseminação não consensual de imagens íntimas, responsabilização de provedores e Marco Civil da Internet. Como resultado, viu-se que o método do notice and take down, dispensando a ordem judicial, ainda que não seja recomendado como regra geral, pode ser aplicado nos casos de disseminação não consensual de imagens íntimas, em função de suas especificidades. Conclui-se, por fim, que o debate a respeito do tema da disseminação não consensual de imagens íntimas não pode se restringir ao âmbito jurídico. A solução para o problema não poderá vir através de tratativas judiciais, mas sim por mudanças culturais e políticas.

Palavras-chave: Marco Civil da Internet; porn revenge; provedores de internet.

¹ Graduanda no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direitos Autorais e Industriais (GEDAI-UFPR). Bolsista do PET Direito/UFPR.

1. INTRODUÇÃO - PORN REVENGE? CONSIDERAÇÕES TERMINOLÓGICAS E METODOLÓGICAS

O roteiro é conhecido. Uma mulher - ou, frequentemente, uma garota - descobre repentinamente que imagens suas, de caráter íntimo, estão circulando, por meio das redes sociais, entre seus amigos e conhecidos - quando não também entre desconhecidos. Essa circulação ocorre sem seu consentimento. Mesmo que possa ter ela mesma produzido ou enviado as imagens para alguém de sua confiança, não há qualquer aceite naquela disseminação descontrolada. Os muitos efeitos também são conhecidos e geralmente envolvem alterações drásticas na vida pessoal, como mudança de emprego, de escola e mesmo de cidade ou estado. Não são raros os casos que terminam com o suicídio da mulher exposta².

A tal fato dá-se comumente o nome de *porn revenge* ou *revenge porn* - em tradução literal, pornografia de vingança ou, como mais visto em publicações lusófonas, pornografia de revanche. Reconhece-se que essas locuções, em certo grau, ao definirem o ato como vingança ou revanche, devam ser objeto de crítica - pois pressupõem que alguma ação da mulher, previamente, deu ensejo à retaliação. Mesmo sem ser essa a intenção, os termos acabam por justificar a conduta de quem dissemina as imagens, por caracterizá-lo como uma resposta.

Entretanto, é em torno desses nomes que a discussão se estabeleceu e atualmente ocorre. É complicado e contraproducente abandonar as locuções em volta das quais todos os estudos sobre o ato se desenvolvem. Desta forma, esse trabalho fará uso dos termos usuais, mas também da expressão “*disseminação não consensual de imagens íntimas*” (que pode ser abreviada para NCII, em conformidade com o termo utilizado na discussão por acadêmicas de língua inglesa, *non consensual intimate images*), visando ressaltar que a exposição da intimidade alheia não pode ser tida como mera reação, como também fez o centro de pesquisa InternetLab na publicação *O Corpo é o Código* (ALENTE, 2016, p. 11).

2 Como exemplo, lembram-se dois casos recentes: <https://oglobo.globo.com/brasil/adolescente-se-mata-apos-ter-video-de-sexo-com-um-casal-divulgado-na-internet-10782350> e <https://oglobo.globo.com/brasil/jovem-comete-suicidio-depois-de-ter-fotos-intimas-vazadas-na-internet-10831415>. Acesso em 04.07.2018.

Também delimita-se este estudo aos efeitos do *porn revenge* em relação às mulheres expostas, e não aos homens. Isso por motivo básico: além da maioria das imagens divulgadas serem de mulheres, mesmo quando há disseminação não consensual de imagens íntimas envolvendo homens, os impactos são mínimos - quando não positivos para a vida do homem exposto, que ganha a fama de “garanhão”. Logo, muito mais necessário compreender a pornografia de revanche no que atine às mulheres atingidas.

A importância do estudo a respeito assunto também é inegável: dados da organização Safernet indicam um preocupante aumento de casos registrados. Em 2014, 1.225 pedidos de orientação psicológica chegaram à entidade. Destes, 224 eram relacionados à questão de vazamento de fotos íntimas (18%) - um aumento de 119,8% em relação a 2013. 81% dos pedidos foram feitos por mulheres. O número ainda se concentra em mulheres com até 25 anos (53%), sendo que um em cada quatro casos envolveu adolescentes³.

A metodologia utilizada foi a análise de fontes bibliográficas e documentais a respeito dos temas de disseminação não consensual de imagens íntimas, responsabilização de provedores e Marco Civil da Internet. A fim de proceder de maneira suficiente esta análise, foi usado também o recurso de utilização de fontes internacionais, em especial produção bibliográfica estrangeira. Além da análise da bibliografia acadêmica, também abordou-se o texto legislativo do Marco Civil da Internet e a discussão pública que o originou, bem como as discussões atuais a respeito do texto jurídico que foi aprovado. Buscou-se entender as motivações e impactos da lei, especialmente no que tange à responsabilização de provedores da internet no caso de disseminação não consensual de imagens íntimas, sem perder de vista o que foi elaborado doutrinariamente e pelo STJ posteriormente à aprovação do texto legal.

Ainda, importante justificar a escolha do texto legislativo ao invés de decisões judiciais específicas que versam sobre a disseminação não consensual de imagens íntimas. Ela foi motivada principalmente porque as decisões de segundo grau a respeito da NCII, julgadas pelos Tribunais

3 Dados disponíveis em <<https://new.safernet.org.br/>>. Acesso: 21.06.2018

da Federação, apresentam caráter deveras divergente entre si, sem ser possível falar de uma tendência jurisprudencial. Há casos em que não se reconhece ilícito algum, em especial quando a vítima foi a responsável ou consentiu com a produção das imagens⁴; casos em que se condena com base na Lei de Maria da Penha através do conceito da violência moral⁵; casos em que se condena através do viés da responsabilidade civil e do dano moral⁶; casos em que o ato é classificado como injúria e tratado penalmente; casos em que, pela idade da vítima, a questão é regulada pelo art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷; casos em que a competência é atribuída às Varas de Família por conta do vínculo afetivo entre as partes; entre outros.

Registra-se, ainda, que em 24/09/2018 foi sancionada a lei que tornou crime a importunação sexual, acrescentando ao (já inchado) Código Penal o artigo 218-C, que tipifica a divulgação por qualquer meio, de vídeo e foto de cena de sexo ou nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima, além da divulgação de cenas de estupro, podendo o ato ser

-
- 4 “a propagação de imagens que violam a intimidade da parte é capaz de ensejar indenização por danos morais, quando não há autorização para tanto, nos termos do artigo 20 do CC. O fato de a parte ter produzido e remetido a foto íntima para outrem caracteriza sua culpa exclusiva pela propagação das imagens acostadas nos autos”. (TJMT, Apelação n. 105148/2015, Barra do Garças, Rel. Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas, julgado em 13/4/2016, DJMT 20/4/2016, p. 99)
- 5 “a divulgação via whatsapp e Facebook para conhecidos e desconhecidos, de imagens de companheira nua consubstancia violência moral contra a mulher no âmbito de relação íntima de afeto, a qual foi prevista pelo legislador nacional no art. 5º, III, c/c art. 7º, V, da lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), ensejando a reparação por dano moral in re ipsa” (TJDF, Apelação cível n. 2016.16.1.009786-5, Acórdão n. 108.2311, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Ângelo Passareli, julgado em 14/3/2018, DJDFTE 20/3/2018).
- 6 “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIAS ÍNTIMAS. Provada a conduta ilícita, a autoria, o dano e o nexo de causalidade, há de ser mantida a sentença que condenou o apelante ao pagamento da indenização arbitrada em favor da autora, em razão da divulgação indevida de fotos íntimas” (TJMG, Apelação n. 1.0180.11.004047-4/001, Rel. Des. Wagner Wilson, julgado em 13/11/2013, DJEMG 22/11/2013).
- 7 Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

punível por pena de 1 (um) a 5 (cinco) anos, com o fim de vingança ou humilhação. Prevê-se que a pena será aumentada em até dois terços se o crime for praticado por pessoa que mantém ou tenha mantido relação íntima afetiva com a vítima, como namorado, namorada, marido ou esposa. Ou seja: através desse dispositivo, o *porn revenge* foi tipificado como crime. No entanto, a forma como se lida com a conduta na seara civil, bem como a responsabilização dos provedores de serviço de acesso a internet, não foi modificada pela previsão legislativa.

Não há, ao menos por hora, uma linha jurisprudencial segura. Além disso, os artigos dispostos no Marco Civil da Internet não são devidamente utilizados (mesmo que o texto legal possua um dispositivo específico para a tratativa da disseminação não consensual de imagens íntimas), o que demonstra a ímpar necessidade de um aprofundamento teórico no estudo desta legislação.

Por fim, a análise da responsabilização dos provedores da internet como alternativa ao foco em casos individuais seguiu motivação similar: além da inexplicada não aplicação da previsão expressa, contida no artigo 21, a respeito da responsabilização dos provedores de internet, esta escolha foi feita justamente para analisar as condições de possibilidade da concretização da disseminação não consensual de imagens íntimas, sem ser central o enfoque nas particularidades dos sujeitos envolvidos – por exemplo, tratar-se de adolescente, figura pública, entre outros.

2. O Marco Civil da Internet

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) é a principal lei reguladora do funcionamento da internet no Brasil e alçou o serviço de acesso à internet à condição de serviço de interesse público essencial, pois atribuiu ao Estado uma série de poderes/deveres para garantir o seu acesso⁸. Ele surgiu como uma resposta a tentativa de criação de um marco penal para regulação da internet, conhecido como Projeto Azeredo⁹ e também

8 Disponível em < <http://marcocivil.cgi.br/contribution/neutralidade-da-rede-no-marco-civil-da-internet/139>>. Acesso em: 12.06.2018.

9 Que tramitou na Câmara sob a numeração 48/99.

chamado de AI-5 digital. O projeto previa a criação de uma série de tipos penais para crimes cibernéticos, tratando a Internet primordialmente como um local para a prática de crimes. A iniciativa foi sistematicamente rechaçada por grupos organizados em defesa da liberdade na Internet, por entenderem que seria muito mais benéfica a criação de um marco civil para regulamentar as condutas ocorridas no meio cibernético (ALENTE, 2016, p. 71). A formulação da lei, bem como sua posterior regulamentação¹⁰, contou com forte participação popular e primou pela garantia da liberdade de expressão, protegendo a neutralidade da rede¹¹ e a privacidade dos usuários na internet. O texto legal também se preocupa com a inclusão digital e as práticas de e-gov¹².

A forma colaborativa na elaboração deu-se em dois momentos. O primeiro ocorreu entre 2009 e 2011, através da uma plataforma online para sugestões e críticas - sendo a primeira vez que esse modelo colaborativo entre governo e sociedade civil foi utilizado para o desenvolvimento de um texto legal (WACHOWICZ, 2017). O segundo momento deu-se entre 2011 e 2014, através do acompanhamento e participação popular já no processo legislativo ordinário, propiciando novos debates entre os parlamentares, que culminaram com a aprovação do projeto pela Câmara dos Deputados em 23 de março e pelo Senado em 22 de abril de 2014. A consulta pública realizada neste período teve mais de 1057 contribuições. Para o autor Marcos Wachowicz (2017), a elaboração colaborativa do Marco Civil da Internet propiciou (i) sólida base jurídica do projeto que seria enviado ao Congresso Nacional; (ii) formulação de políticas públicas capazes de garantir direitos e deveres individuais na internet; (iii) surgimento de novos processos legislativos baseados em formas colaborativas; e (iv) fortalecimento da transparência, representatividade e celeridade dos processos legislativos.

10 Concretizada no Decreto 8.771/2016, decretado no dia anterior ao afastamento da então presidenta Dilma Roussef.

11 A neutralidade da rede, ou neutralidade da Internet, em sua essência, representa a garantia de que os dados receberão tratamento isonômico independente de seu conteúdo, dispositivo de acesso, origem e destino. Em um entendimento menos técnico, vídeos, textos, imagens serão transmitidos de forma igual na Internet.

12 Disponível em: < <http://marcocivil.artigo19.org/>> Acesso em: 15.06.2018.

O texto legal é uma espécie de carta de direitos, que estabelece obrigações e perspectivas, e foi objeto de elogios e críticas (WACHOWICZ, 2014). Já foi qualificado por diversas entidades internacionais como “uma das mais importantes e avançadas propostas sobre o uso da Internet no mundo”¹³. Tim Berners-Lee, considerado o pai da Internet, por ter tornado as tecnologias da web de domínio público e livres de royalties, afirmou que o texto legislativo estava na vanguarda mundial a respeito da internet.¹⁴ No Brasil, sua aprovação contou com o apoio de grandes grupos defensores de direitos humanos, como a ARTIGO 19 e a Geledés - Instituto da Mulher Negra¹⁵.

Por outro lado, a lei também foi severamente criticada. Primeiro, pelas inúmeras mudanças ocorridas entre o texto elaborado coletivamente - e efusivamente apoiado nacional e internacionalmente - e a lei aprovada ao final do trâmite parlamentar. Ademais, a indevida aplicação de alguns de seus dispositivos legais, que permitiram por algumas vezes o bloqueio do aplicativo Whatsapp em todo o território nacional (CARVALHO, 2018), também gerou grande descontentamento. Além disso, fala-se da falta de efetividade do Marco Civil, especialmente em seus pontos mais democráticos, como a garantia da universalização da rede. Também surgiram críticas de setores mais conservadores da sociedade, por entenderem que a lei coloca o direito à liberdade de expressão acima de todos os outros, dificultando o combate à posturas criminosas.

De uma forma ou de outra, o Marco Civil da Internet foi regularmente aprovado, está vigente e contém diversos dispositivos bastante úteis para a proteção de direitos de usuários da internet, mas que são esquecidos e subaplicados. Por conseguinte, é essencial que a academia, a doutrina e a jurisprudência se debruçam sobre o texto legal, trazendo atenção para seus artigos e fazendo valer suas previsões legais

13 Disponível em: <https://docs.google.com/document/pub?id=134lCsVfQ9m9y7M6cf8INTgCFJtB1bBwDd9Vs0iA_0C4>. Acesso em: 15.06.2018.

14 Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/05/28/aos-20-anos-da-web-brasil-discute-marco-legal>>. Acesso em: 15.06.2018.

15 Disponível em: <<http://marcocivil.com.br/quem-esta-apoiando/>> Acesso em: 15.06.2018.

- afinal, foram elaboradas com enorme participação popular. Portanto, merecem atenção e a devida aplicação.

3. Classificação de provedores de Internet

Ao longo do texto do Marco Civil da Internet, encontra-se o termo “*provedores de conexão à internet e de aplicações de internet*”. Ainda que não haja definição destas expressões no texto legal, há substancial produção doutrinária a respeito.

O Digital Millenium Copyright Act (DMCA) é uma lei estadounidense que buscou, de maneira pioneira, em 1998, proteger os direitos autorais das fáceis violações (como a facilidade da cópia e da circulação) advindas do desenvolvimento da internet. Ela influenciou várias disposições legais de regulação da internet e não faz a diferenciação entre provedores, referindo-se apenas, de forma genérica, a provedores de serviço.

Marcel Leonardi (2012), por sua vez, entende que o provedor seria o responsável (pessoa física ou pessoa jurídica) por fornecer serviços relacionados ao funcionamento da internet, ou por meio dela. Desta forma, dentro do grande gênero “provedores de serviços de internet”, existiriam diversas espécies de provedores: (i) Provedor de Backbone ou Provedor de Estrutura; (ii) Provedor de Acesso ou Provedor de Conexão; (iii) Provedor de Correio Eletrônico; (iv) Provedor de Hospedagem; (v) Provedor de Conteúdo; e (vi) Provedor de Informação.

O Provedor de Backbone ou Provedor de Estrutura é a pessoa jurídica proprietária das redes que circulam grandes volumes de informações, como a Embratel. O Provedor de Acesso ou Provedor de Conexão é a pessoa jurídica que fornece serviços que possibilitam o acesso dos consumidores à internet, como a Net Virtua e a TIM. O Marco Civil refere-se à esse tipo de provedor como “administrador de sistema autônomo”, conforme art. 5º, IV:

*Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:
(...)*

IV - administrador de sistema autônomo: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País;

O Provedor de Correio Eletrônico, por sua vez, é a pessoa jurídica que fornece serviços que possibilitam o envio de e-mails, como o Gmail e o Hotmail. O Provedor de Hospedagem é a pessoa jurídica fornecedora de serviços que possibilitam o armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, como a Uol Host, o WordPress, o Facebook, e o Youtube. Por vezes, também oferecem serviços de correio eletrônico. Já o Provedor de Conteúdo pode ser pessoa natural ou jurídica e é caracterizada por disponibilizar na internet as informações desenvolvidas pelos autores (também chamados de Provedores de Informação). Exemplos conhecidos são grandes portais de imprensa, como o Estadão, ou mesmo donos de blogs pessoais.

Outra diferenciação doutrinária é a proposta por Ronaldo Lemos (2005), que distingue os provedores de internet entre Provedores de Serviço de Acesso, que fornecem acesso à internet, e os Provedores de Serviço Online, que se utiliza do acesso à internet para prestar outros serviços. A Webopedia¹⁶, espécie de enciclopédia para termos técnicos da internet, define os Provedores de Serviço Online como um termo genérico que descreve qualquer companhia, organização ou grupo que forneça um serviço online, como websites.

O Marco Civil da Internet, por sua vez, usa dois termos distintos - provedores de conexão de internet e provedores de aplicação de internet. Ainda que não haja definição explícita na lei, é fácil alinhar a primeira distinção com a definição de provedor de acesso, incluindo-se aqui os provedores de backbone, como definidos por Marcel Leonardi. Já os provedores de aplicação de internet se assemelham aos provedores de serviço online, na classificação de Ronaldo Lemos, e aos provedores de hospedagem, correio eletrônico, conteúdo e informação, na definição de Marcel Leonardi.

Ainda que não haja definição explícita na lei, o inciso VI do art.

16 Disponível em: <<https://www.webopedia.com/>> . Acesso em: 02.06.2018.

5º do Marco Civil indica que aplicações de internet são “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”. A partir disso, é possível compreender que provedor de aplicação de internet é quem provê um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. O art. 15 dá outra pista para construção de um conceito legal para provedor de aplicação de internet, ao reconhecer, no parágrafo primeiro, que nem todo provedor de aplicação está necessariamente constituído como pessoa jurídica, exercendo essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos. Veja-se o texto da lei:

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

§ 1º *Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no caput a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.*

Dessa forma, pessoas físicas (como donos de blogs) ou mesmo entidades sem fins lucrativos (como a Wikipedia) podem ser caracterizadas como provedores de aplicações de internet.

A partir de todo o exposto, é possível adotar um conceito para provedor de aplicação de internet no Marco Civil. Nas palavras de Frederico Meinberg Ceroy (2014):

“Provedor de Aplicação de Internet (PAI) é um termo que descreve qualquer empresa, organização ou pessoa natural que, de forma profissional ou amadora, forneça um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet, não importando se os objetivos são econômicos”.

Esse, portanto, é o conceito tido como mais adequado para o cenário jurídico brasileiro e, conseqüentemente, é o significado com o qual o presente trabalho se alinha.

4. A responsabilização de provedores de serviços de internet no Marco Civil e a especificidade da disseminação não consensual de imagens íntimas

A partir desse conceito, pode-se adentrar a construção do STJ a respeito do tema. Antes do advento do Marco Civil da Internet, a jurisprudência da Suprema Corte se encaminhava para a responsabilização do provedor de internet quando havia divulgação de conteúdo ofensivo por parte de seus usuários após a notificação extrajudicial da pessoa ofendida. Esse sistema é conhecido internacionalmente como “*notice and take down*” e, especialmente quando a notificação pode ser feita por qualquer um, é frequentemente rechaçado quando utilizado como regra geral. Isso em função dos grandes riscos de censura associados a esse método, bem como o fato de possíveis publicações legítimas (não ilícitas) serem retiradas, pois a análise não passa pelo crivo judicial (ROSSINI, 2013).

O Marco Civil, por sua vez, em seu artigo 19, alterou essa construção, estabelecendo que a obrigação de retirar o conteúdo supostamente ofensivo só surge após a notificação judicial. Essa opção legislativa é conhecida pelo termo “*judicial notice and take down*” (notificação judicial e retirada) e é entendida pela doutrina em geral como um bom equilíbrio entre o direito de liberdade de expressão e os direitos potencialmente violados do notificante. Isso porque o provedor de internet não tem o dever (e, geralmente, nem a capacidade) de identificar o que o judiciário enquadraria como ilícito ou não. A análise do caso concreto e identificação da existência de ilícito compete ao poder judiciário, não aos provedores.

A tese alinhada ao “*judicial notice and take down*” é chamada de tese da responsabilidade subjetiva, pela qual o provedor de internet torna-se solidariamente responsável quando, ao ser notificado judicialmente da existência de conteúdo ofensivo, mantém-se inerte¹⁷. Há também outros dois posicionamentos. Uma é a tese da irresponsabilidade, pela qual o provedor de internet jamais é responsabilizado pelo conteúdo gerado

17 REsp 1694405/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.

por seus usuários, sendo mero intermediário. Existem algumas exceções - como no caso de violação de direitos autorais - mas a regra geral é pela impossibilidade de responsabilização do provedor. É a tese majoritária nos Estados Unidos da América.

A outra tese, por sua vez, é conhecida como tese da responsabilidade objetiva, pela qual a responsabilidade é fundada no risco da atividade ou no defeito do serviço. Essa tese também não vingou na construção jurisprudencial brasileira, restando vencedora a tese da responsabilidade subjetiva¹⁸ - segundo a qual, como explicado, o provedor de aplicação é solidariamente responsável com quem gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão, não tomar as providências necessárias para a sua remoção.

A partir dessa discussão, podemos adentrar a responsabilização dos provedores da internet estabelecido pelo Marco Civil e a especificidade prevista para o caso de disseminação não consensual de imagens íntimas.

O Marco Civil estabelece as regras gerais para responsabilização dos provedores de internet por conteúdos gerados por terceiros. A priori, os provedores não têm responsabilidade pela ação dos usuários, conforme texto do art. 18:

Art. 18. O provedor de conexão à Internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Existem, obviamente, exceções - como no caso do descumprimento de ordem judicial. Segundo o caput do art. 19, o provedor poderá ser responsabilizado caso descumpra ordem judicial que obrigue a retirada do conteúdo:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

18 Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201641133>>. Acesso: 02.07.2018.

Esse dispositivo é a positivação jurídica da adoção do sistema “*judicial notice and take down*” pelo ordenamento jurídico pátrio. Outro método possível, mas não adotado pelo sistema brasileiro, é o “*notice and notice*” (ser notificado e notificar, em tradução livre), utilizado pelo Canadá. Nesse sistema, o provedor, quando notificado, deve notificar o responsável pela postagem do conteúdo e, às vezes, monitorar seu comportamento por um determinado período de tempo (GEIST, 2006).

Os casos de disseminação não consensual de imagens íntimas, por sua vez, são regulados por dispositivo específico, que determina que os provedores de internet devem remover o conteúdo online a partir de notificações extrajudiciais feitas pelas vítimas, sem ser necessária a notificação judicial para que surja a obrigação. Isso é estabelecido no art. 21:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Trata-se, justamente pela sensibilidade do assunto tratado, de uma exceção à exceção à regra geral. Veja-se: o artigo estabelece um procedimento extrajudicial para os casos de “violação de intimidade”: o provedor de internet, após recebimento de notificação pela ofendida ou sua representante legal, deve diligentemente promover a indisponibilização do conteúdo, sob pena de tornar-se solidariamente responsável. Esse método, “*notice and take down*”, ainda que seja objeto das críticas feitas anteriormente, para tratar de casos excepcionais como a disseminação não consensual de imagens íntimas, é adequado e acertado.

Isso porque cenas de intimidade ou nudez são facilmente identificáveis, sem a usual dúvida que pode subsistir em outros casos de responsabilidade civil na internet (como por exemplo, a existência de dano moral ou não em uma reportagem que afirma que político X é

corrupto). Já a falta de consentimento da parte envolvida na disseminação é descoberta no momento da notificação feita pela mulher exposta ou seu representante legal devidamente constituído, estando esse requerimento também devidamente suprido. Por conseguinte, defende-se que a utilização do método “*notice and take down*” nos casos de *revenge porn* é pertinente e acertada.

Ainda, é necessário ressaltar o contexto contemporâneo do advento da Internet 2.0. Esse nome é dado para designar o fato de que, atualmente, as plataformas de Internet ganham valor sem oferecer necessariamente conteúdo próprio, mas sim as ferramentas para que o conteúdo seja postado por diversos usuários e seja possível a interação destas pessoas entre si. A tecnologia faz parte do cotidiano e o usuário comum não é apenas receptor de conteúdo, mas também criador (WACHOWICZ, 2015). Em outras palavras: diversas plataformas sustentam-se economicamente justamente em função do conteúdo gerado por seus usuários. Dessa forma, é essencial pensar em um modelo relativamente uniforme de responsabilização destes provedores, ponderando os direitos das partes, posto que a circulação de conteúdo alheio é o fundamento que mantém esses provedores existindo.

5. CONCLUSÃO: PARA ALÉM DO MARCO CIVIL

Vê-se que, considerando todo o estado da arte a respeito da regulação da internet e da responsabilização dos provedores de internet no Brasil e no mundo, a possibilidade da retirada da internet de imagens íntimas compartilhadas sem o consentimento da mulher apenas após a notificação da ofendida, mesmo sem a ordem judicial, mostra-se justificada e acertada. A mulher exposta garante a falta de consentimento já na denúncia, enquanto a existência ou não de exposição de partes íntimas é de fácil visualização. Assim sendo, a disposição do art. 21 demonstra-se justa e devida.

No entanto, não é possível nem viável argumentar que a questão da disseminação não consensual de imagens íntimas poderá ser resolvida através da tratativa jurídica. A violação da intimidade de mulheres não é

um fenômeno que surgiu com a internet; pelo contrário, é uma prática que manteve-se presente ao longo de vários séculos - desde as “espiadelas” retratadas em quadros renascentistas, até a cobertura midiática da vida da amante de Mussolini (DONEDA, 2006, p. 127). A violação da intimidade de mulheres não é um problema do século XXI ou da era da Internet - ainda que tenha se acentuado com a facilidade de disseminação dessas imagens pelo meio virtual. Por esse motivo, compreende-se que a discussão a respeito do porn revenge não pode se esgotar em discussões jurídicas ou judiciais. Trata-se, em realidade, de uma questão cultural e política, que marca a sociedade brasileira - e boa parte dos países do mundo.

A violação de privacidade das mulheres é um problema estrutural da sociedade, que se relaciona com o papel destinado às mulheres socialmente, e não será plenamente resolvido nem mesmo por um bom dispositivo legal, muito bem aplicado judicialmente. A solução também não passa por aprofundadas construções doutrinárias. Problemas estruturais exigem soluções estruturais. A disseminação não consensual de imagens íntimas é um sintoma de uma sociedade extremamente sexista e desigual, que vê mulheres como objetos, desprovidas de direitos.

É claro que a existência e devida aplicação de instrumentos jurídicos para minimizar os efeitos nefastos dessa prática é essencial; não por outro motivo o artigo se debruça sobre a temática. No entanto, apenas isso não é o suficiente. A alteração efetiva da disseminação não consensual de imagens íntimas requer, necessariamente, a alteração do papel da mulher na sociedade.

REFERÊNCIAS:

ACCESS et all. Em favor do Marco Civil da Internet no Brasil. Brasília, 07 ago. 2012. Disponível em: <https://docs.google.com/document/pub?id=134lCsVfQ9m9y7M6cf8INTgCFJtBIbBwDd9Vs0iA_0C4>. Acesso em: 15.06.2018.

ALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. InternetLab: São Paulo, 2016.

ARTIGO 19 et all. Neutralidade da rede no marco civil da internet. Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI). Disponível em <<http://marcocivil.cgi.br/contribution/neutralidade-da-rede-no-marco-civil-da-internet/139>>. Acesso em: 12.06.2018.

ARTIGO 19. Monitoramento da Implementação do Marco Civil da Internet no Brasil. Disponível em: < <http://marcocivil.artigo19.org/>> Acesso em: 15.06.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação cível n. 2016.16.1.009786-5, Acórdão n. 108.2311, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Ângelo Passareli, julgado em 14/3/2018, *DJDFTE* 20/3/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Apelação Cível n. 105148/2015, Barra do Garças, Rel. Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas, julgado em 13/4/2016, *DJMT* 20/4/2016.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. *Marco Civil da Internet*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 04.01.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0180.11.004047-4/001, Rel. Des. Wagner Wilson, julgado em 13/11/2013, *DJEMG* 22/11/2013.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 12.06.2018.

CARVALHO, Ana Cristina Azevedo. *Marco Civil da Internet e o Bloqueio do Whatsapp*. 19 de março de 2018. Disponível em: <<https://cobizz.com.br/2018/03/19/marco-civil-da-internet-e-o-bloqueio-do-whatsapp/>> Acesso em: 18.06.2018.

CEROY, Frederico Meinberg. *Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet*. 2014. Disponível em: <<http://marcocivil.cgi.br/contribution/os-conceitos-de-provedores-no-marco-civil-da-internet/31>>. Acesso em: 02.06.2018.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GEIST, Michael. The effectiveness of notice and notice. 15 de fevereiro, 2007. Disponível em: <<http://www.michaelgeist.ca/2007/02/notice-and-notice-in-canada/>> Acesso em: 23.06.2018.

ILHA, Flávio. Jovem comete suicídio depois de ter fotos íntimas vazadas na internet. Globo, 20 nov. 2013. Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/brasil/jovem-comete-suicidio-depois-de-ter-fotos-intimas-vazadas-na-internet-10831415>>. Acesso em 04.07.2018

LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LEONARDI, Marcel. *Internet: elementos fundamentais*. in Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação, coordenado por Regina Beatriz Tavares da Silva e Manoel J. Pereira dos Santos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATURANA, Márcio. Aos 20 anos da web, Brasil discute Marco Legal. Senado Notícias, 28 mai. 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/05/28/aos-20-anos-da-web-brasil-discute>>

marco-legal>. Acesso em: 15.06.2018.

RIBEIRO, Éfrem. Adolescente se mata após ter vídeo de sexo com um casal divulgado na internet. Globo, 14 nov. 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/adolescente-se-mata-apos-ter-video-de-sexo-com-um-casal-divulgado-na-internet-10782350>>. Acesso em 04.07.2018.

ROSSINI, Carolina. *Com novo Marco Civil quem ganha é a liberdade de expressão*. 7 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-07/carolina-rossini-marco-civil-quem-ganha-liberdade-expressao>>. Acesso em: 21.06.2018.

WACHOWICZ, Marcos; KIST, Vitor Augusto Wagner. *Marco Civil da Internet e direito autoral: uma breve análise crítica* in Boletim do Gedai, 10 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/boletins/boletim-gedai-setembro2014/marco-civil-da-internet-e-direito-autoral-uma-breve-an%C3%A1lise>> Acesso em: 15.06.2018.

WACHOWICZ, Marcos. *Marco Civil da Internet: A garantia da liberdade de expressão e de informação na INTERNET 2.0*. 6 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.gedai.com.br/publicacoes/marco-civil-da-internet-a-garantia-da-liberdade-de-expressao-e-de-informacao-na-internet-2-0-2/>> Acesso em: 21.06.2018.

WACHOWICZ, Marcos. *X Seminário Internacional sobre Sociedade da Informação e Propriedade Intelectual: Marco Civil da Internet*. 2017. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2017/04/data_marco_civil_internet_2017.pdf> Acesso em: 15.06.2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo V Direito de Autor e Direitos Humanos

**TÍTULO:
DISCIPLINA, CONTROLE
E INFORMAÇÃO:
CONTRIBUIÇÕES PARA UM
ESTUDO DO PANORAMA DA
SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA**

**Pedro Henrique Machado da Luz
Sarah Helena Linke**

DISCIPLINA, CONTROLE E INFORMAÇÃO: CONTRIBUIÇÕES PARA UM ESTUDO DO PANORAMA DA SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA

Pedro Henrique Machado da Luz¹

Sarah Helena Linke²

RESUMO

O presente artigo tem como escopo o estudo de formulações filosóficas acerca da sociedade, do poder e da vigilância com o aporte de diferentes autores do direito, da sociologia, da filosofia e da economia. Assim, foram explorados sequencialmente os conceitos de sociedade disciplinar, biopoder, sociedade de controle e sociedade informacional. Tal investigação permitiu traçar as principais características de cada arquétipo societário. Para Foucault a sociedade disciplinar tem como instrumentos de exercício de poder a vigilância, o exame e a sanção, buscando a homeostase ou compatibilização dos comportamentos a padrões artificiais. A partir da metade do século XVIII, ocorre o acoplamento desse modelo com novas formas de normalização dos indivíduos e de populações, consubstanciando o chamado biopoder, preocupado com a promoção da vida através do controle de taxas de nascimento, mortalidade, entre outros. Sequencialmente, Deleuze cunhou seu conceito de sociedade de controle, pautada pela interpenetração de espaços e por um fluxo de produção contínua em que nada jamais termina. Finalmente, explorou-se a noção de sociedade informacional. Para Castells, no final do século XX a informação passa a ser central, constituindo a matéria-prima de exploração das grandes empresas, que hoje são as protagonistas ou grandes detentoras

1 Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial - GEDAI, da Universidade Federal do Paraná. Advogado.

2 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Concentração Direito, Estado e Sociedade, Linha de Direito do Consumidor. Pesquisadora adjunta do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação da Universidade Federal do Paraná.

do poder. Assim, este estudo tem por intuito traçar o retrospecto acerca dos processos e fatores que influenciaram e contribuíram para as alterações e para a reconfiguração dos fundamentos do poder, da reformulação do panóptico para a instauração do sinóptico.

ABSTRACT:

The present article has as scope the study of philosophical formulations about society and power with the contribution of different authors of law, sociology, philosophy and economics. Thus, the concepts of disciplinary society, biopower, control society and information society were sequentially explored. This investigation allowed to outline the main characteristics of each corporate archetype. For Foucault the disciplinary society has as instruments of exercise of power the surveillance, the examination and the sanction, seeking the homeostasis or compatibility of the behaviors to artificial standards. From the mid-eighteenth century onwards, the coupling of this model occurs with new forms of normalization of individuals and populations, consubstantiating the so-called biopower, concerned with the promotion of life through the control of birth rates, mortality, among others. Sequentially, Deleuze coined his concept of a society of control, ruled by the interpenetration of spaces and a flow of continuous production in which nothing ever ends. Finally, the notion of information society was explored. For Castells, at the end of the 20th century information became central, constituting the raw material for exploration of large companies, which today are the protagonists or great holders of power. Thus, the purpose of this study is to trace retrospectively the processes and factors that contribute to the change and reconfiguration of the foundations of power, from the reformulation of the panéptico to the establishment of the synoptic.

Palavras-chave: Estado; sociedade disciplinar; biopoder; sociedade de controle; sociedade informacional

Keywords: State; disciplinary society; biopower; control society; information society

INTRODUÇÃO

A temática do poder recebeu grande atenção — sobretudo, mas não somente — de filósofos do Século XX. Após as duas Grandes Guerras, que vitimaram milhões de pessoas, tentou-se compreender os seus mecanismos e instrumentos; suas formas de manifestação e camuflagem; e os seus processos de capilaridade. O assunto, embora aparente ser deveras abstrato reverbera com proeminência no cotidiano, uma vez que as técnicas e burocracias estatais e privadas de vigilância, disciplina e controle, que ainda nos conformam e nos moldam a fim de atingir comportamentos esperados, estão intimamente ligadas às possibilidades do aparato tecnológico.

De uma sociedade baseada na disciplina, do controle sobre a vida e a morte, sobre a inclusão e a exclusão, e a manutenção de pessoas apartadas (escolas, presídios, hospitais, nosocômios); passou-se a uma sociedade de controle dos corpos, cuja vida é mantida, contudo, sob as rédeas de um ente público ou privado, ou seja, a garantia da ordem agora não mais se baseia na coercitividade explícita, mas implícita; e, de maneira contemporânea, percebe-se que a possibilidade de coleta, tratamento e uso de grande volume de informação, permite tanto a influência a mercados, como também a indivíduos, de maneira cada vez mais sutil, o psicológico passa a ser o alvo e o objetivo de controle.

Diante do exposto, este estudo tem por intuito traçar o retrospecto acerca dos processos e fatores que influenciaram e contribuíram para as alterações e para a reconfiguração dos fundamentos do poder, da reformulação do panóptico para a instauração do sinóptico. Devido às limitações deste trabalho, não se pretende esgotar o tema, mas revisitar os conceitos e autores considerados fundamentais para a compreensão deste movimento.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, com base em três marcos teóricos que são peças-chave para compreender tanto a fase a que se debruça, quanto para a compreensão geral, quais sejam: Michel Foucault com suas noções de sociedade soberana, disciplinar e biopoder; Gilles Deleuze que insere o estudo de uma sociedade de controle; e Manuel Castells, que observa a sociedade a partir dos processos tecnológicos ocorridos no final do Século XX.

1. A coroa e o panóptico: o poder soberano e o disciplinar para Foucault

O filósofo francês Michel Foucault, em parte de sua obra³, preocupou-se, sobretudo, com a questão do poder e a desmistificação de alguns dogmas que permearam as teorizações precedentes. Os principais questionamentos do autor foram os seguintes: quais são os mecanismos do poder? Quais são seus efeitos? Pode a análise do poder ser deduzida da economia?⁴

Esta última pergunta diz respeito a um fenômeno reconhecido por Foucault como o “economismo” na teoria do poder. Isso significa que, nas teorias clássicas acerca do poder, este seria uma mera mercadoria, uma moeda de troca que alguns cediam em nome de, por exemplo, um ente abstrato como o Estado, portanto uma espécie de contrato. Já para a teoria marxista, haveria uma “funcionalidade econômica” do poder, que seria um instrumento de perpetuação das relações de produção e de recondução da dominação de classes. Essas duas visões embebedam-se no fato de que o poder advém e encontra repercussões práticas em relações econômicas.⁵

Como prosseguir, pois, em uma análise não econômica do poder? Para tanto, segundo o filósofo, é necessário utilizar-se de uma categoria que coloca o poder como “repressão”⁶ e promover-se um resgate desses mecanismos propriamente repressivos. Se, de outro lado, poder é força, ele estaria contido no combate, no enfrentamento, na guerra; “a política é a guerra continuada por outros meios”⁷, afirma Foucault em inversão à proposição de Clausewitz⁸. O poder político serviria, então, para perpetuar um estado de coisas belicista, reinserido nas instituições, desigualdades econômicas, linhagens e até nos corpos. Em suma, Foucault apresenta dois momentos da concepção de poder: o primeiro, alicerçado em um modal clássico e contratualista de poder (modelo jurídico) e o chamado “esquema guerra-opressão” ou ainda “dominação-repressão”.

Os mecanismos de manifestação desses poderes são mutáveis, diferenciando-se em decorrência do tempo e do espaço a que estão submetidos. Rememora-se, ainda, nas palavras de Thamy Pogrebinski,

que, em Foucault: “uma teoria geral sobre o poder, no entanto, nunca foi gerada, mas também nunca foi ambicionada. (...) [Todavia] Foucault jamais deixou de preocupar-se com o poder”.⁹

Cediço que o poder soberano, que possui um foco estatalista, não é o foco e preocupação principal de sua obra, mas sim na identificação e compreensão do poder fora da redoma do Estado. Um dos principais motivos para a transição do poder soberano ao disciplinar foi a mudança da forma de produção agrária para a industrial, que requer a disciplina do corpo e o seu ajuste à produção mecânica.

Nesse sentido, conforme aponta o filósofo em sua obra “Vigiar e Punir”¹⁰, publicado originariamente em 1976, Foucault identifica a inexistência de um poder único - centrado somente no Estado, enquanto uno e onipotente - mas sim de diversas relações de poder rizomáticas, exercidas em campos diversos da convivência social, que demandavam o exercício do poder disciplinar para a manutenção da ordem e garantia de seu “bom funcionamento”, tais como as escolas, prisões, hospícios, fábricas ou oficinas, instituições essas que passaram a se proliferar a partir do Século XVII.¹¹

Segundo explica Han¹², o velho poder de morte cedeu diante da administração dos corpos e da gestão da vida. O poder disciplinar, então, descobriu a população como uma massa de produção e reprodução que deve administrar meticulosamente, sendo imprescindível o poder disciplinar normativo, visto que fixa preceitos e proibições com o fito de eliminar desvios e anomalias.

Ademais, conforme aponta Ricardo Marcelo Fonseca, já não é mais possível vislumbrar o poder na figura do rei e sim “nos corpos dos sujeitos individualizados por suas técnicas disciplinares”¹³. Com isso, se quer dizer que, na ótica de Foucault, esse período representou uma profunda reformulação na arquitetura do poder, que passa de um tempo-espaço bastante determinado para uma estrutura circular, em que não é possível determinar exatamente quem detém o poder e em qual sentido ele é exercido.

Para Foucault, o poder não se detém enquanto propriedade ou privilégio adquirido ou conservado de uma classe dominante, mas é,

antes disso, “o efeito de conjunto de suas posições estratégicas, efeito manifestado e às vezes reconduzido pela posição dos que são dominados”¹⁴. Coloca-se, ainda, que a disciplina tem sua operacionalidade alicerçada em três frentes: (i) a vigilância hierárquica; (ii) a sanção normalizadora; e (iii) o exame.

Neste contexto, a vigilância se insere como tecnologia de poder que incide sobre os corpos dos indivíduos, controlando seus gestos, suas atividades, sua aprendizagem e sua vida cotidiana, visando à docilidade dos corpos: “É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado”¹⁵. Para o autor, saber é poder e, conseqüentemente, poder é saber: não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder.

Conforme Foucault, por meio da normatização, a Sociedade Disciplinar almeja a normalização dos corpos e a assemelhação dos indivíduos. A estratificação social deixa de possuir o aspecto de status, privilégios, filiações, para possuir um grau de normalidade, mantendo, no entanto, o seu papel: de diferenciação, de classificação e de hierarquização. Assim, enuncia o caráter dicotômico da norma: ao mesmo tempo em que homogeneiza, também individualiza: permitindo medir os desvios, determinar os níveis, fixar as especialidades e tornar úteis as diferenças, ajustando-as umas às outras.

Compreende-se que o poder da norma funcione facilmente dentro de um sistema de igualdade formal, pois dentro de uma homogeneidade que é a regra, ele introduz, como um imperativo útil e resultado de uma medida, toda a gradação das diferenças individuais. Para tanto, as normas referentes à individualidade disciplinar permitem homogeneizar os traços individuais, indicando a “formalização” do individual dentro de relações de poder.

Identifica-se o poder disciplinar enquanto técnica e dispositivo de poder cujo fim é justamente o controle dos corpos, de modo a assegurar a sujeição dos indivíduos e a sua docilidade-utilidade. Para tanto, a vigilância se torna uma peça-chave na dinâmica de saber-poder, um poder exercido em tantos sistemas e de forma tão ramificada que é incorporado

à vida dos indivíduos, exercendo-se de forma automática e anônima. “A disciplina faz ‘funcionar’ um poder relacional que se autossustenta por seus próprios mecanismos e substitui o barulho das manifestações pelo jogo ininterrupto dos olhares calculados¹⁶”.

Era possível, assim, identificar os habitantes que não se enquadravam nos padrões de normalidade delineados pela sociedade e excluí-los, confinando-os fisicamente em locais apartados da vida social, significando a morte cívica do indivíduo ora apartado. A fim de mantê-los vigiados, Jeremy Bentham traça uma máquina considerada ideal para a vigilância, em que poucos indivíduos poderiam vigiar eficientemente o comportamento de muitos, inexistente no caso a recíproca.

Para tanto, funciona a partir de três elementos arquitetônicos principais: a) um espaço circular e fechado, com controle das pessoas que entram e saem; b) uma divisão em celas, sem qualquer possibilidade e forma de comunicação entre os vigiados; e c) uma torre central, cujo plano de observação está em um nível mais alto que o das celas. Uma das mais importantes características desse dispositivo é que ele instaura um princípio de visibilidade permanente:

[...] cada um, em seu lugar, está bem trancado em sua cela, de onde é visto de frente pelo vigia; mas os muros laterais impedem que entre em contato com seus companheiros. É visto, mas não vê; objeto de uma informação, nunca sujeito numa comunicação. A disposição de seu quarto, em frente da torre central, lhe impõe uma visibilidade axial; mas as divisões do anel, essas celas bem separadas, implicam uma invisibilidade lateral. E esta é a garantia da ordem.¹⁷

Sucintamente, a divisão do espaço permite que fiscais verifiquem continuamente todos os que estão inseridos em tais ambientes, tanto de baixo para cima como de cima para baixo e inclusive lateralmente. Com isso, o poder tornou-se invisível e inverificável, porquanto basta a potencialidade da vigilância para que o poder disciplinar provoque seus efeitos de autorrestricção nos indivíduos, substituindo assim a forma mais crua de violência, aquela exercida pela força, sendo esse o sucesso do panóptico:¹⁸

induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer

com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce; enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores. Para isso, é ao mesmo tempo excessivo e muito pouco que o prisioneiro seja observado sem cessar por um vigia; muito pouco, pois o essencial é que ele se saiba vigiado; excessivo, porque ele não tem necessidade de sê-lo efetivamente. [...] o panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto¹⁹.

Nesse local, a vigilância e a disciplina eram ainda mais evidentes: “O panoptismo é o princípio geral de uma nova ‘anatomia política’ cujo objeto e fim não são a relação de soberania, mas as relações de disciplina”.²⁰ Por meio da vigilância, é possível saber, por exemplo, quais palavras foram utilizadas, quais as atitudes tomadas em cada situação e o rendimento nas atividades designadas de cada indivíduo. Estes saberes, associados às técnicas disciplinares, que visam à padronização e a normatização de condutas, consideradas fundamentais para o sistema de produção, proporcionam a intervenção eficaz sobre os indivíduos. O exercício do poder como método de dominação, através de processos de objetivação e de sujeição culminam na perda da subjetividade do indivíduo.

Já a sanção normalizadora, segundo dispositivo disciplinar, trata-se de um mecanismo penal com caráter corretivo. Ou seja: a sanção se preocupa justamente com o comportamento desviante, com as condutas inadequadas às regras postas artificialmente por um programa, lei ou regulamento²¹. Ademais, tal dispositivo acaba por diferenciar os indivíduos em razão de “sua natureza, de suas virtualidades, de seu nível ou valor”.²² Calha mencionar, contudo, que a sanção não detém unicamente um viés negativo, porquanto prêmios também podem ser conferidos; e essa é uma importante distinção entre as penas jurídicas e a sanção normalizadora, visto que aquelas geralmente são negativas e atuam como limites às condutas, ao passo que, nessa, o objetivo está em moldar comportamentos e propriamente limitá-los. O objetivo da sanção, portanto, é a normalização, a ordenação. Isso se observa, por exemplo, na

divisão entre bons e maus alunos, entre boas e más pessoas, entre bons e maus empregados.

Por fim, o exame, terceiro e último elemento característico da sociedade disciplinar, consiste em uma combinação entre a vigilância e a sanção normalizadora. Um dos seus principais aspectos é a objetivação do indivíduo para sua posterior comparação. É, portanto, um controle com viés normalizador, capaz de qualificar, classificar e punir condutas.²³ Em outras palavras, o exame coloca o indivíduo nos holofotes da vigilância, para que enfim seja aplicada uma sanção com vistas à normalização de seus comportamentos. Um importante ponto é o de que, no exame, o indivíduo torna-se ao mesmo tempo efeito e objeto do poder. De acordo com Ricardo Marcelo Fonseca: “o poder disciplinar (o exame), aqui, atribui a cada indivíduo um ‘status’ de sua própria individualidade (...) o indivíduo aqui é tratado como um caso”.²⁴

Embora seja reconhecida a relevância da obra de Foucault, alguns autores ressaltam que é necessário ter cautela ao interpretar a vigilância atual aos olhos do panóptico. Por exemplo, David Lyon²⁵ alerta que a concepção e a ideia do panóptico chegaram à tona no debate e na crítica por meio da releitura feita pelo autor francês, e não diretamente por Bentham. Outra crítica, esta realizada por Gary Marx²⁶, seria a de que Foucault direciona sua análise para o controle deixando de lado outras formas de vigilância, tais como a interorganizacional e a não-organizacional, aquela na qual indivíduos realizam a vigilância uns sobre os outros.

Sugerem Bauman e Lyon que o trabalho de Foucault acerca do panóptico apresenta “limites históricos, assim como lógicos, à utilização das imagens do pan-óptico hoje, isso porque, sendo o espelho da modernidade, não mais persiste o contexto no qual se insere” sendo imprescindível releituras que se adaptem à realidade, com as novas tecnologias e as diferentes práticas sociais. 179-201, 2004. p. 194.

De forma semelhante, em outra obra, Bauman²⁷ disserta que o panóptico, nos arranjos contemporâneos do poder, persiste com novas e melhoradas versões técnicas, visto que as estratégias ortodoxas, por conta de seu rigor excessivo, revelar-se-iam irrelevantes ou inteiramente

contraproducentes na atualidade.

Han²⁸ pontua que o intuito do panóptico, em uma sociedade disciplinar, é o de impor um padrão uniforme ao comportamento dos internos, ou seja, trata-se de uma arma contra a diferença, a opção e a variedade. Ademais, tem por função garantir que ninguém escape do espaço estreitamente vigiado. As torres de observação, atualmente, no entanto, foram substituídas por bancos de dados: os indivíduos passam a estar “amarrados informaticamente”, sem qualquer refúgio à observação ou barreira em torno da qual se possa traçar uma linha de resistência.

3. A sociedade de controle em Gilles Deleuze

A primeira elaboração teórica acerca da Sociedade do Controle da qual se tem registro de Deleuze, em pequeno ensaio intitulado “Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle”, inserido na compilação “Conversações”²⁹ e originariamente publicado em 1990. Explica este autor que, enquanto na sociedade disciplinar a operação fundamental seria o enclausuramento, lastreado na ideia de ordenação do tempo em espaços confinados (escola, hospital, prisão, fábricas), a sociedade de controle, por outro lado, teria como marca a interpenetração dos espaços, sem a possibilidade de delimitação espacial das atividades humanas e pelo tempo contínuo, em que os indivíduos se veem atravessados por um processo de formação ininterrupto em que nada jamais termina.³⁰ E, nesse câmbio, o trabalhador ideal não é mais aquele cujo corpo fora disciplinado para trabalhar na indústria e sim aquele que detém versatilidade criativa, inteligência e habilidades comunicativas.³¹

Se na Sociedade Disciplinar os indivíduos deviam ser moldados para aumentar o sistema de produção, na Sociedade do Controle o que deve ser expandido é o consumo, a fim de criar uma demanda que tenha capacidade de absorver a incessante produção de bens e serviços, com a eliminação de estoques e o estímulo ao descarte. O controle social, conforme delineado a seguir, passa a ser realizado por técnicas de manipulação e desejo, ou seja, deixa de atuar diretamente sobre os corpos,

mas passa a atuar indiretamente sobre as mentes. Deleuze identifica dois polos que se contrapõem nas Sociedades Disciplinares: o indivíduo e a sociedade de massa. A assinatura que indica o indivíduo e o número de matrícula que indica sua posição na multidão indeterminada.

Nas Sociedades de Controle, ao contrário, o essencial não se refere mais a assinaturas ou a números, mas a uma cifra, que marca o acesso aos bens e à informação - ou à rejeição - e, conseqüentemente, à possibilidade de participação da vida pública. Os indivíduos tornaram-se “dividuais”, divisíveis, e as massas se tornaram amostras, mercados ou bancos de dados. Para o autor, este novo arranjo social não decorre apenas da evolução tecnológica, mas, principalmente, do capital.

Neste compasso, a lógica e a proeminência das fábricas são substituídas pelas empresas, enquanto alma e enquanto razão de ser, inclusive para os seres “dividuais”. O capitalismo abandona sua direção exclusivamente para a produção a fim de se dirigir à venda e ao mercado. Em outras palavras, ele passa a ser voltado para o consumo.

Para Bauman, o mérito da Sociedade do Controle foi atingir seus fins por meios coercitivos sutis, motivando condutas comportamentais desejadas à necessária e pretendida manipulação, de forma antagônica às antigas técnicas disciplinares e de punição: “o que por sua maneira de intervir era incômoda, custosa e tendia ao conflito, visto que impunha constrangimentos severos e inegociáveis à sua própria liberdade de manobra”³². O que de fato ocorreu após a superação da sociedade disciplinar “foi a descoberta, invenção ou emergência de um método alternativo de manipular as probabilidades comportamentais necessárias para sustentar o sistema de dominação reconhecido como ordem social”³³

Conforme explica Han, o regime disciplinar, para Deleuze, se organiza como um corpo, ou seja, trata-se de um regime biopolítico. Por seu turno, a sociedade do controle se insere no regime neoliberal, comportando-se como alma, sendo a psicopolítica sua nova forma de governo. Institui a lógica da competição empresarial aos indivíduos, sendo inerentes a esta técnica de dominação a motivação, o projeto, a competência, a otimização e a iniciativa. Em outras palavras, o poder inteligente e amável não opera contra a vontade dos sujeitos. É mais

afirmativo do que denegador, mais sedutor do que repressivo, esforça-se para gerar emoções positivas e explorá-las. Não proíbe, seduz, não enfrenta o sujeito, mas lhe oferece facilidades.

Neste diapasão, de acordo com Fernanda Bruno, o sofrimento se desloca do corpo para a alma; é o sentimento de culpa que julga e condena: “ainda que muitas vezes um dispositivo intangível na pós-modernidade, os efeitos da vigilância e sua intervenção são reais”³⁴.

Schneier³⁵ alerta que a tecnologia oferece aos governos e às corporações capacidades robustas para uma vigilância massificada e, ao mesmo tempo, individualizada, permitindo que se proceda à discriminação com base em qualquer tipo de critério elegível: raça, religião, classe, política. Desta forma, a vigilância pode ser utilizada para controlar o que se vê, o que se faz e até mesmo o que se diz, tendo em vista sua influência e manipulação. O mesmo autor percebe que inexistente, atualmente, qualquer mecanismo significativo de checks and balances ou oportunidade real de sair dessa dinâmica: as leis promulgadas com o objetivo de proteger a sociedade de perigos advindos de regimes tecnológicos são insuficientes.

Para Agamben, Foucault demonstrou como “numa sociedade disciplinar, os dispositivos visam, através de uma série de práticas e de discursos, de saberes e de exercícios, criação de corpos dóceis, mas livres, que assumem a sua identidade e a sua ‘liberdade’ de sujeitos no próprio processo do seu assujeitamento.”³⁶ Por sua vez, o entendimento do referido autor acerca do “dispositivo” seria o de que qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres vivos. Não somente, portanto, as prisões, os manicômios, o panóptico, as escolas, a confissão, as fábricas, as disciplinas, as medidas jurídicas, cuja conexão com o poder é num certo sentido evidente, mas também a escritura, a literatura, a filosofia, o cigarro, a navegação, os computadores, os telefones celulares, e - por que não - a própria linguagem, que talvez é o mais antigo dos dispositivos³⁷.

Na Sociedade de Controle, desta forma, o indivíduo deixa de ser moldado por ameaças, pelo medo, pela mão de ferro, tornando-se impossível identificar um poder central, não é mais o seu corpo o artifício

de controle. A manipulação acontece por meio da própria psique: o autocontrole, a autopunição e a aparente liberdade da criação e de exercício do desejo dominam os indivíduos, que se tornam incapazes de reconhecer essa dinâmica.

No tocante à diferença da autodeterminação informativa entre as sociedades disciplinar e de controle, Rogério da Costa elucida que: “no primeiro tipo de sociedade [disciplinar], teríamos uma organização vertical e hierárquica das informações”³⁸. Assim, seria possível, em tese, localizar tanto o dado procurado em si quanto aquele que seria seu proprietário. Diferentemente, o fluxo de informações na sociedade de controle não permitiria localizá-las, pois tal sociedade estaria organizada em redes, configurando uma arquitetônica horizontal e impessoal.³⁹ O poder, assim, não estaria mais centrado em uma figura; apareceria, em verdade, difundido em cada indivíduo, presente nos nós de cada uma das pontas das redes.

Por tudo isso, Deleuze afirma que “deixamos para trás as sociedades disciplinares, que já não somos mais isso”.⁴⁰ O que se está a dizer é que o velho direito, erigido através de noções modernas de soberania, população e território, enfrenta, no seio da sociedade de controle, uma profunda reconfiguração que afasta esses três significantes de sua semântica originária.

Embora as ideias dos autores apresentados tenham tido grande aceitação em seu diagnóstico da sociedade contemporânea, alguns questionamentos subsistem: seria correto afirmar que o Estado em geral vem perdendo força diante das novas tecnologias e do progresso cada vez mais veloz da informática, da microeletrônica, entre outras áreas do saber? Ou, de outro modo, seriam essas ferramentas tecnológicas justamente a força que faltava ao Estado para expandir a antevista normalização dos indivíduos?

4. Informação é poder: Castells, a sociedade informacional e o sinóptico

As contribuições trazidas pelas obras filosóficas de Foucault e Deleuze serviram como caixa de ferramentas para que sobretudo operadores do direito, da filosofia, da sociologia, da psicologia, da medicina e de outros

saberes compreendessem os mecanismos de sujeição e normalização que as sociedades perpassaram ao longo dos últimos séculos. Contudo, crê-se que outro autor com formulações igualmente importantes também merece atenção nessa temática: Manuel Castells.

Segundo o mencionado autor, foi no último quarto do século XX que ocorreu uma verdadeira revolução tecnológica⁴¹ que acabou por reverberar em outros campos do saber, inclusive no tema do poder. Sua vasta obra é marcada pela análise de temas como tecnologia, informação, globalização e economia informacional. Dentre diversos termos que verdadeiramente qualificam a obra do espanhol, o que mais nos interessa para fins de estudo é o conceito de sociedade informacional. Lembra-se, contudo, que um dos pontos de apoio desse conceito, para Castells, é justamente seu caráter disruptivo (no mesmo sentido de destrutivo), cujas mudanças estruturais acontecem de forma cada vez mais veloz.

Afinal, o que seria essa sociedade informacional e no que ela diferiria dos outros arquétipos de sociedade previamente estudados? Tal expressão, assim, adviria de um jogo de palavras promovido pelo autor comparando-a com a sociedade industrial. Se na revolução industrial, que se iniciou na Inglaterra do século XVIII, o centro de toda a produção se dava na indústria, a sociedade informacional teria como núcleo a informação e a tecnologia para seu armazenamento e difusão: “essa nova estrutura social está associada ao surgimento de um novo modo de desenvolvimento, o informacionalismo, historicamente moldado pela reestruturação do modo capitalista de produção, no final do século XX”.⁴²

Embora a informação sempre tenha sido parte integrante do processo produtivo humano (eis que toda produção depende de uma interligação entre conhecimento e processamento de informação⁴³) o que ocorre nessa viragem paradigmática, que compõe a sociedade informacional, é o empenho em utilizar os conhecimentos não mais apenas para a produção, mas também para o aprimoramento da informação em si por ocasião de tecnologias que resultam em melhores meios de geração de conhecimento e de processamento. Em suma, o novo paradigma que se está a falar tem como base a tecnologia da informação, modificando a estrutura e o

exercício do poder.

O advento da sociedade informacional teve raízes ano de 1973, com a crise mundial do petróleo, em que o modelo capitalista de acumulação então existente foi progressivamente substituído por uma outra espécie de capitalismo, chamado de informacional ou flexível. Essa mudança, fruto da já elucidada política econômica de expansão dos mercados a nível global, caminhou ainda com as inovações tecnológicas dos anos 70, ocorridos mormente nas “incubadores” do Vale do Silício⁴⁵.

Com isso conclui-se que, se antes a economia era pautada na produção e venda de bens, com as atividades exercidas no chão das fábricas sob a égide diversos modelos produtivos⁴⁶, hoje as maiores empresas do planeta não se ocupam com isso: estão essencialmente ligadas à informação e sua organização.

Apesar de redes serem anteriores à sociedade em rede (pois são padrões observáveis na natureza), é nessa arquitetura societária que elas alcançam uma sofisticação jamais vista, fruto das sobreditas inovações tecnológicas operados no final do século XX. Todavia, o próprio autor reconhece que, embora ela tenha exercido a aptidão de conectar o mundo por meio de redes globais de capitais, bens, serviços, ciência, comunicação e outros, a sociedade em rede também protagonizou uma exclusão jamais vista. Em suas palavras: “De fato, neste início de século, ela [a sociedade em rede] exclui a maior parte da humanidade, embora toda a humanidade seja afetada por sua lógica, e pelas relações de poder que interagem nas redes globais da organização social”.⁴⁷

A definição de poder adotada pelo espanhol está lastreada na capacidade de um ator social impor sua vontade sobre outros atores. Na sociedade em rede, é a relação estrita entre tecnologia, comunicação e poder que inicia um processo conflituoso entre tais atores.⁴⁸ Cediço que Castells aponta para um crescente poder das empresas inseridas na lógica das redes ao reboque de um Estado cada vez mais atrasado e incapaz de lidar com esse novo panorama.⁴⁹ Em suas hipóteses de pesquisa apresentadas no artigo científico nominado *Communication, Power and Counter-power* (ainda sem tradução para o português), Castells coloca que o Estado, outrora a fonte principal de poder, está sendo desafiado

na sociedade em rede: a) pela globalização, que limita a eficácia de suas decisões no plano interno (quebra da soberania); b) por mercados globais que prezam pela desregulamentação econômica, diminuindo sua capacidade de intervenção; c) uma crise da legitimidade política que enfraquece sua influência sobre os cidadãos.⁵⁰

Diante de todo o exposto, é preciso reconhecer que o objetivo do panóptico e do uso de banco de dados difere: empresas de crédito e marketing visam garantir que se trate de um consumidor de credibilidade com fulcro no conhecimento gerado a partir das informações obtidas. Desde já, os considerados incapazes de procederem a escolhas no âmbito do mercado são peneirados antes que possam causar danos ou desperdiçar recursos.

Nos termos de Bauman⁵¹, estar “fixado” em um banco de dados se transforma em condição primordial para participação social, sendo este o meio de acesso à “melhor oportunidade local”: o banco de dados registra os consumidores confiáveis e dignos de crédito, eliminando todo o restante que não deve ser levado em conta no jogo do consumo simplesmente pelo fato de não haver nada a registrar sobre suas atividades.

A principal função do Panóptico era garantir que ninguém pudesse escapar do espaço estreitamente vigiado; a principal função do banco de dados é garantir que nenhum intruso entre aí sob falsas alegações e sem credenciais adequadas. O banco de dados é um instrumento de seleção, separação e exclusão. Ao contrário do Panóptico, o banco de dados é um veículo de mobilidade, não grilhões a imobilizar as pessoas, conforme preleciona Bauman⁵².

Numa tentativa de localizar os esforços teóricos empregados desde o panóptico de Bentham acerca da vigilância, Gary Marx oferece uma trama de ensaios teóricos cujos autores elaboraram conceitos considerados relevantes para o estudo atual da vigilância:

disciplinary society, the gaze, and biopower (Foucault 1977, 1988) surveillance society, the new surveillance, and maximum security society (Marx 1985, 1988, 2002) net widening (S. Cohen 1985) dossier society (Laudon 1986b) dataveillance (Clarke 1988) superpanopticon (Poster 1990) society of control (Deleuze 1990) l'anamorphose de l'état-nation (Palidda 1992) panoptic sort (Gandy 1993) minimum security society (Blom-

berg 1987) synopticon (Mathiesen 1997) securitization (Waever 1995) telematic society (Bogard 1996) techno-policing (Nogala 1995) transparent society (Brin 1998) liquid modernity (Bauman 2000) information empire (Hardt and Negri 2000) surveillant assemblage (Haggerty and Ericson 2000) postpanopticon (Boyne 2000) glass cage (Gabriel 2004) ban-opticon (Bigo 2006a) high policing (Brodeur and Lemay-Langlois 2006) ubiquitous computing (Greenfield 2006) überveillance (Michael, Fusco, and Michael 2008) safe society (Lyon 2007) ambient intelligence (Wright et al. 2010) thick and thin surveillance (Torpey 2007) cryptopicon (Vaidhyanathan 2011).⁵³

O referido autor explica que, embora não haja unanimidade, a construção de tais conceitos é um primeiro passo imprescindível para a compreensão do fenômeno da vigilância. Também reconhece que, uma vez que esses estudos se baseiam em dados empíricos restritos (que abrangem contextos tecnológicos e de países diferentes), são incapazes de desenredar as múltiplas dimensões que compõem o tipo ideal de vigilância e, conseqüentemente, de explorar distribuições, correlações e inter-relações: as tecnologias de informação e comunicação alteram de forma qualitativa a natureza da vigilância.

No entanto, Bauman e Lyon pontuam que, se existe um consenso, uma espinha dorsal que liga os teóricos que se debruçam ao estudo de vigilância, este diz respeito ao abandono do entendimento da vigilância enquanto um dispositivo sólido e estável, uma vez que se torna “muito mais móvel e flexível, infiltrando-se e se espalhando em muitas áreas da vida sobre as quais sua influência era apenas marginal”⁵⁴.

Diante disso, o presente estudo irá pincelar alguns dos conceitos trazidos por esses autores, a fim de localizar esta guinada que representa a mudança da estrutura de produção e consumo de bens, de controle social e do desenvolvimento de tecnologias de informação e comunicação que auxiliam na vigilância maciça e integral dos indivíduos.

Thomas Mathiesen, em seu artigo intitulado “The Viewer Society: Michel Foucault’s Panopticon Revisited”⁵⁵, traz a ideia do “sinóptico” - do grego *syn*, que significa “estar junto” ou “ao mesmo tempo”; e “óptico”, que remete ao visual - à via de mão dupla concernente à vigilância massiva, seja pelo aparato de poder panóptico, seja pela atuação da mídia.

Reconhece o autor a mudança de eixo de vigilância ao longo da história, que estabelece novos nexos entre o ver, o ser visto e o poder. De acordo com esse estudo, na idade pré-moderna dominava a lógica do espetáculo: muitos vigiavam poucos. Os plebeus observavam, seja com espanto ou admiração, o poder soberano. O poder moderno, por sua vez, inverte essa situação: o soberano fica na sombra e observa os súditos em vez de ser observado por eles.

Ulteriormente, com o desenvolvimento de tecnologias e novas técnicas de poder, ocorre uma nova mudança de perspectiva: não são mais poucos que vigiam muitos, mas também muitos vigiam poucos. Essa nova relação seria fruto da ascensão dos veículos de comunicação de massa (jornais, rádio, televisão), que agora possuem o poder de noticiar qualquer pessoa, deslocando a possibilidade de ver e de ser visto.. Além disso, o referido autor critica Foucault por não ter dado a devida atenção ao processo moderno paralelo de tecnologias informacionais e burocráticas, bem como à ascensão de meios de comunicação de massa que permitiam que muitos vigiassem poucos.

Já Bauman⁵⁶ reconhece que, por conta da transformação existente na relação espaço-tempo, compactada devido às Tecnologias de Comunicação e Informação, que permitem que a distância deixe de ser um problema de tempo e custo, o ato de vigiar desprende os vigilantes e os vigiados de sua localidade. O autor então adota o sinóptico em sua obra, visto que reconhece sua natureza global, bem como sua reconhecida tática de sedução das pessoas à vigilância, em contraposição à coerção direta existente no panóptico.

Conforme defendem Bauman e Lyon⁵⁷, o sinóptico substitui o panóptico na nova lógica social: as muralhas e as torres de vigilância são despendidas, bastando supervisores para garantir que os novos vigiados seguirão a rotina prescrita. Tais supervisores seriam, para ambos os autores, os engenheiros empregados no “processamento de bases de dados”, que preparam o terreno para a aplicação de técnicas de marketing: “Assim é e deve ser, considerando-se que um marketing eficaz exige o conhecimento das clientelas inadequadas para funcionar como alvo, da mesma forma que precisa identificar os “alvos” mais promissores de seus esforços comerciais.”

Sobre o conceito de poder sinóptico desenvolvido por Mathiesen, disserta Stefano Rodotà:

Os espetáculos tomam o lugar da supervisão sem perder o poder disciplinador do antecessor. A obediência aos padrões (uma maleável e estranhamente ajustável obediência a padrões eminentemente flexíveis, acrescento) tende a ser alcançada hoje em dia pela tentação e pela sedução e não mais pela coerção - e aparece sob o disfarce do livre-arbítrio, em vez de revelar-se como força externa⁵⁸.

Neste diapasão, Han⁵⁹ adota o sinóptico como sendo o panóptico digital, que faz desaparecer qualquer distinção estrutural entre centro e periferia, sendo sua eficiência a vigilância sem perspectiva, ou seja, quando se ilumina um cenário sem qualquer ótica perspectivista, mas a partir de todos os pontos possíveis. Assim, a vigilância pode se reproduzir em todos os lados, a partir de todas as partes. Na arquitetura do panóptico de Bentham, quem está na torre vigia as células, enquanto ele mesmo permanece invisível para os guardados.

Por sua vez, no caso do sinóptico ou panóptico digital, sem olho central, nenhuma subjetividade central ou soberania é formada. Enquanto os moradores do panóptico de Bentham estão conscientes da presença constante do observador, aqueles que habitam o panóptico digital acreditam estar em liberdade. Outra diferença identificada por Han é a de que as células foram projetadas para que não houvesse qualquer possibilidade de comunicação entre os vigiados, enquanto no sinóptico as pessoas se conectam e se comunicam intensamente umas com as outras.

Desta forma, o que garante a transparência do indivíduo não é a solidão, mas a hipercomunicação: a autoexposição do sujeito no mercado panóptico. A sociedade de controle consoma-se onde seu sujeito é despojado, não por coerção externa, mas pela prescrição engendrada em si mesma, ou seja, onde o medo de renunciar à sua esfera privada deixa de ser um fator impeditivo.

CONCLUSÃO

Foram lançadas diversas pistas ao longo deste estudo para a compreensão da sociedade de vigilância na ótica de Foucault, Deleuze e Castells. Se, por séculos, era o soberano a fonte por excelência do poder, a partir do século XVIII observa-se uma reconfiguração de um poder tido como disciplinar, que gradualmente é acoplado ao biopoder e seus mecanismos de promoção da vida. Utilizando do gancho de Foucault, Deleuze aponta que na sociedade de controle do século XX há uma nova relação do ser com o espaço e com o tempo, com o saber e poder, com o vigiar e ser vigiado. Ainda, Castells coloca que os processos tecnológicos do final do século XX passaram a focar na própria informação e isso resultou em uma quebra paradigmática. A esse momento, no qual ainda estamos imersos, o autor nominou de sociedade informacional, com a difusão e o crescimento de potencial de bancos de dados.

Conclui-se, portanto, que nos últimos séculos a vigilância, com a evolução de tecnologias e burocracias, bem como com as recentes evoluções em técnicas de informação e comunicação, com o aperfeiçoamento e crescimento de coleta, processamento e tratamento de dados, moldam as formas de exercício de saber e poder, as quais atuam de forma simbiótica. Apesar dos esforços crescentes, as consequências e meios utilizados atualmente ainda são pouco compreendidas, a velocidade das mudanças e o deslocamento do monopólio estatal para as grandes empresas desafiam o próprio direito.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o Poder Soberano e Vida Nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

_____. **O que é o Contemporâneo e Outros Ensaio**s. Chapecó: Argos, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Zahar, 2008.

_____. **A Vida para Consumo: A Transformação das Pessoas em Mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____; LYON, David. **Vigilância Líquida**. Zahar, 2012.

BENTHAM, Jeremy. **O panóptico ou a casa de inspeção**. Belo Horizonte: Autêntica, p. 11-74, 2000.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____; ESPANHA, Rita. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Paz e terra, 1999.

_____. **O poder da comunicação**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

_____. **A Galáxia Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade**. Zahar, 2003.

_____; MAJER, Roneide Venâncio; GERHARDT, Klauss Brandini. **A sociedade em rede**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. Communication, power and counter-power in the network society. **International journal of communication**, v. 1, n. 1, p. 238-266, 2007.

COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. **São Paulo em perspectiva**, v. 18, n. 1, p. 161-167, 2004.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Rio de Janeiro, Editora 34, 1992.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **O Estado e o direito depois da crise**. Editora Saraiva, 2ª. ed. 2017.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: **Repensando a Teoria do Estado**. (Organizador: Ricardo Marcelo Fonseca), Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **História da Sexualidade: A vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

_____. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões** (tradução de Raquel Ramallete). Vozes, 1996.

HAN, Byung-Chul. **La Sociedad de la Transparencia**. Barcelona: Herder, 2013.

LYON, David. **Surveillance as Social Sorting**. Nova Iorque: Routledge, 2003.

MARX, Gary. **Windows into the Soul: Surveillance and Society in an age of High Technology**.

Chicago: The University of Chicago Press, 2016. DOI: 10.7208/chicago/9780226286075.001.0001

MATHIESEN, Thomas. “**The Viewer Society: Michel Foucault’s Panopticon Revisited**”. Londres: Theoretical criminology : an international journal 1 (1997) pp.215-232.

MENDES, Alexandre Fabiano. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Organização de Vicente de Paulo Barretto. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

NAVARRO, Vera Lucia; PADILHA, Valquíria. Dilemas do trabalho no capitalismo contemporâneo. **Psicologia & Sociedade**,v. 19, n. 1, 2007.

PASSADOR, João Luiz. Política pública em ciência e tecnologia: as redes de fomento tecnológico e as relações entre governo, empresas e universidade. In: **VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Panamá.2003**.

POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. **Lua Nova**,v. 63, p. 179-201, 2004.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

TELLO, Diana Carolina Valencia. **O Estado na era da globalização e as novas tecnologias** (dissertação). Universidade Federal do Paraná, 2013.

TÓTORA, Silvana. Democracia e sociedade de controle. **Revista Semestral Autogestionária do Nu-Sol (PUC-SP)**,n. 10, p. 237-261, 2006.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo V Direito de Autor e Direitos Humanos

**TÍTULO:
REFLETINDO SOBRE DIREITOS
AUTORAIS ANTE A IMINENTE
TRANSFORMAÇÃO NO ÂMBITO
DE INCIDÊNCIA DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE A PARTIR DO
CASO DA SELFIE DA MACACA.**

**Saulo Bichara Mendonça
Benedicto de V. L. Gonçalves Patrão**

REFLETINDO SOBRE DIREITOS AUTORAIS ANTE A IMINENTE TRANSFORMAÇÃO NO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE A PARTIR DO CASO DA *SELFIE* DA MACACA.

REFLECTING ON COPYRIGHT TO THE IMPROVED TRANSFORMATION WITHIN THE FRAMEWORK OF THE INCIDENCE OF PERSONALITY RIGHTS FROM THE CASE OF *SELFIE* OF THE MONKEY.

Autores: SAULO BICHARA MENDONÇA . Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF), lotado no Departamento de Direito de Macaé. Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA), Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF); BENEDICTO DE VASCONCELLOS LUNA GONÇALVES PATRÃO. Advogado, Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF), lotado no Departamento de Direito de Macaé. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

RESUMO

Em relação ao tratamento jurídico despendido aos animais, embora ainda sejam genericamente definidos como *res* (coisa), recentes decisões judiciais apresentam clara tendências de lhes conferirem tratamento *sui generis*. Neste sentido, por exemplo, em emblemático caso apreciado pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos foi defendida a tese de que uma macaca negra, pertencente a um grupo de macacos-de-cresta, pudesse ser titular de direitos autorais sobre uma fotografia tirada pelo próprio símio. Este estudo analisa a eventual disparidade hermenêutica entre a lei de direitos autorais e as novas tendências jurisprudenciais, em que os direitos da personalidade vêm sendo rediscutidos. Desta forma, esta pesquisa tem por objeto a verificação de eventuais pontos divergentes e convergentes

verificáveis em- precedentes jurisprudenciais correlatos às questões que envolvam direitos autorais e direitos patrimoniais e existenciais atinentes aos animais. Como premissa, considera-se a equidistância entre os pontos no entendimento jurídico pátrio, sendo esta a pretensa conclusão a ser verificada ao final da pesquisa, razão pela qual, metodologicamente, serão consideradas premissas autorais de ambos os segmentos do direito que se conectam através de princípios constitucionais; Registra-se o caráter interdisciplinar do presente estudo, que propõe uma reflexão a partir de um caso concreto específico, analisando-se precedentes jurisprudenciais atinentes ao objeto do estudo. Correlaciona-se, assim, direitos autorais e direitos da personalidade, sem deixar de considerar premissas decorrentes dos direitos ambiental e constitucional, a partir de proposituras doutrinárias extraídas de obras bibliográficas e revistas especializadas.

Palavras-chave: Direito Autoral, Direito da Personalidade, Legitimidade

ABSTRACT

Regarding the legal treatment of animals, although they are still generally defined as *res*, recent court decisions clearly show a tendency to grant *sui generis* treatment. In this sense, for example, in an emblematic case appreciated by the Judiciary of the United States was defended the thesis that a macaca nigra, belonging to a group of monkey-crests, could be the holder of copyright on a photograph taken by the simian himself . This study analyzes the possible hermeneutic disparity between the copyright law and the new jurisprudential tendencies, in which the rights of the personality are being rediscussed. In this way, this research has as its object the verification of eventual divergent and convergent verifiable points in jurisprudential precedents related to issues involving copyright and patrimonial and existential rights related to animals. As a premise, it is considered the equidistance between the points in the legal understanding of the country, this being the alleged conclusion to be verified at the end of the research, which is why, methodologically, will

be considered as the authors premises of both segments of the law that connect through constitutional principles; The interdisciplinary character of the present study is recorded, which proposes a reflection based on a specific concrete case, analyzing jurisprudential precedents related to the object of the study. Copyright and personality rights are thus correlated, while taking into account assumptions derived from environmental and constitutional rights, based on doctrinal propositions extracted from bibliographical works and specialized journals.

Keywords: Copyright, Personality Law, Legitimacy

INTRODUÇÃO

A temática proposta é correlata à necessidade de uma reflexão, quiçá até mesmo revisão dos direitos autorais, ante a iminente transformação no âmbito de incidência dos direitos da personalidade que se faz relevante a partir do deslinde alcançado num emblemático caso que teve por base uma fotografia, no estilo *selfie*, que teria sido feita por uma macaca nigra, pertencente a um grupo de macacos-de-cresta.

A despeito de não se conhecer caso semelhante no Brasil, recentes precedentes jurisprudenciais atribuem aos animais contornos mais sofisticados do que os que a lei lhes confere, demonstram a importância em se verificar nestes a existência de pontos divergentes e convergentes que possam embasar uma releitura, ou mesmo uma revisão de conceitos derivados dos direitos autorais e os reflexos patrimoniais passíveis de serem atribuídos a outros que não sejam efetivamente os titulares das ideias criadoras.

A despeito da questão não ter sido tratada num Tribunal brasileiro, considerando a essência do objeto da lide em si e, considerando que noutros casos ocorridos no Brasil foram firmados entendimentos que garantiram aos animais direitos à pensão alimentícia¹, por exemplo, restam dúvidas: O direito está deixando de considerar os animais como coisas? Os limites dos direitos da personalidade estão sendo ampliados para alcançar os animais? E principalmente, a questão mais importante de todas dentro do contexto deste estudo: As decisões que têm sido tomadas em sede de Vara de Família, correlatas à guarda e pensão para animais, podem embasar uma releitura dos direitos autorais quando o objeto da obra fotográfica for um animal?

A relevância da reflexão proposta se encontra nas demandas e resultados apresentados no crescente e promissor mercado *pet* que tem, através dos *dog walkers*, *pet sitter* e similares, uma profissão relativamente

1 A 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro teria determinado que o ex-companheiro arcasse com as despesas no valor de R\$ 150 por animal, R\$ 1.050 no total. Segundo consta, o caso tramita em segredo de justiça, o que impede de obter maiores e melhores informações no presente momento. (NÓBREGA, 2018.)

nova, um *marketing* construído e desenvolvido com imagens de animais dos clientes, sua principal forma de divulgação e promoção do serviço.

A leitura atual dos direitos autorais sobre obra fotográfica, que foi o objeto de litígio no caso da *selfie* da macaca, que será melhor apresentado no item 2 deste estudo, exige a verificação da autenticidade e finalidade comercial ou documental da fotografia em si. Se o objeto for a pessoa humana deve-se respeitar o direito de imagem do retratado, seja pessoa, pintura, escultura ou arquitetura.

Tendo por base precedentes jurisprudenciais que tem atribuído aos animais direitos até então restritos à pessoa humana, tal interpretação poderá/deverá ser revista, reinterpretada, ampliada ou modificada.

Ou seja, quanto à obra fotográfica, cabe ao autor o direito de reproduzi-la e coloca-la à venda, mas nos retratos, até então, deve-se observar as restrições em face ao direito da pessoa focada. Mas tais direitos devem ser restritos apenas à pessoa?

A metodologia empregada neste estudo considera proposituras autorais como Carlos Alberto Bittar e Luis Felipe Salomão, no âmbito dos direitos autorais, e, André Franco Montoro e Gustavo Tepedino, dentre outros, no que tange aos direitos da personalidade, servindo de base doutrinária a interpretação dos preceitos jurisprudenciais que tem encontrado amparo, por exemplo, no Direito Português que superou o entendimento segundo o qual os animais seriam coisas, reconhecendo-os como seres vivos dotados de sensibilidade, conseqüentemente, carentes de proteção jurídica decorrente da sua natureza.

Desta forma, o objetivo deste estudo é perquirir se recentes precedentes jurisprudenciais pátrios poderão servir de inspiração para rever o tratamento legal que restringe os animais a condição de coisas, viabilizando assim a aplicabilidade dos raciocínios desenvolvidos em Varas de Família em eventuais litígios onde hajam animais envolvidos discussões sobre direitos autorais e de imagem.

1. Os animais domésticos sob a perspectiva do direito de família: Direitos da personalidade e reflexos jurisprudenciais

É relativamente comum que os estudantes de direito, nas primeiras aulas do curso, ouçam seus professores explanando sobre direitos da personalidade como sendo aquele conjunto de direitos inerentes à pessoa humana, ligados a ele de maneira perpétua e permanente.

Na linguagem jurídica, as expressões “sujeito de direito” e “pessoa” são equivalentes. E aplicam-se a duas realidades fundamentais: a) aos homens, considerados individualmente, que são chamados “pessoas físicas”, “pessoas naturais”, “pessoas singulares”, “pessoas individuais” ou ainda “pessoas de existência visível” (Teixeira de Freitas); b) às instituições públicas ou privadas, denominadas “pessoas jurídicas”, “pessoas morais”, “pessoas coletivas”, “pessoas de existência ideal” (Teixeira de Freitas) etc. (MONTORO, 2008, p. 551)

Esse raciocínio, formulado ainda sob a égide do Código de Clóvis Beviláqua está presente em quase todos os manuais acadêmicos indicados como referências aos neófitos estudantes e tem por fundamentos as orientações extraídas das interpretações dos direitos subjetivos decorrentes da Declaração de Direitos do Homem (1789) e Declaração das Nações Unidas (1948) reconhecidos em sua complexidade pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, especificamente.

Beviláqua assumia, de modo nítido e firme, uma posição categórica contra as inovações de fundo social que se infiltravam, desde então, na legislação dos povos mais adiantados. Estava convencido de que as “novas formações” não possuíam substantividade, não se devendo lhes injetar seiva, para que se não processasse uma intervenção funesta na economia da vida social. (GOMES, 2006, p. 37)

Sendo o Direito uma das ciências sociais aplicadas, voltada para as relações humanas em seus aspectos econômicos e sociais, sua característica eminentemente antropocêntrica sempre foi percebida de forma natural, como uma consequência dos fins para os quais foi idealizada. Daí a concepção de personalidade ser, até então, totalmente voltada à pessoa humana.

A personalidade é definida pela doutrina como a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, da qual todo homem –

conforme a expressão que empregava o art. 2º do CC1916 – é dotado (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, pp. 213-214). Tal definição já se encontrava, entre outros autores, na obra de Clovis Beviláqua, que preferia a redação do seu projeto primitivo, onde, ao invés de “homem”, lia-se “ser humano”, expressão que ele considerava mais compreensiva, alcançando também os nascituro (*Código Civil*, p. 181). Como explicou Rui Barbosa, contudo, a comissão revisora do Projeto de Clovis não abraçou a doutrina que identificava o início da personalidade na concepção, “bem que sob a cláusula do nascimento com vida” (*Parecer*, p. 33), mantendo-se o Código de 2002 na mesma técnica. (TEPE-DINO, BARBOZA e MORAES, 2007, p.4)

A personalidade ficou adstrita à pessoas físicas ou jurídicas, como atributo dessas, caracterizando-as ou individualizando-as como sujeito ativo ou passivo de direitos, ou seja, a personalidade representa um bem relevante, juridicamente, de interesse central no ordenamento jurídico, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana.

Respeitando e considerando estes preceitos antropocêntricos, o artigo 82 do Código Civil definiu, em sentido diametralmente oposto, os bens moveis, dentre os quais se destacam doutrinariamente os animais, tidos por semoventes ou móveis por natureza. Muito embora existam leis de proteção aos animais, ainda assim, o direito não lhes reconhece personalidade, “são ‘objeto’ da regulamentação jurídica e não ‘sujeito’ ou titular de direitos” (MONTORO, 2008, p. 552).

Esse panorama positivado tem sido um tanto quanto mitigada na seara do Direito de Família, especialmente nas questões envolvendo a partilha dos animais domésticos, fixação de pensão alimentícia, considerando o período de convivência dos mesmos com os ex-cônjuges e as necessárias demandas para sua manutenção de forma íntegra e digna dos animais.

Considerando os termos dos artigos 225 e 227 da CRFB/88 e a Lei nº 9.605/98, que tem servido de base à tese segundo a qual os animais não podem ser tratados como coisa numa eventual partilha de bens; recentes decisões judiciais entendem que “eles são seres que possuem uma natureza especial, seja porque são ligados aos donos por laços de afetividade, seja porque o próprio bem-estar do animal deve ser preservado no divórcio do casal” (SILVA, 2018)

Disposições relativas ao bem-estar de animais têm sido incorporadas aos sistemas jurídicos ocidentais ao menos desde as últimas décadas do século XIX. Concepções renovadas a respeito da posição dos seres humanos diante de outros seres vivos conduziram gradualmente, a partir de então, à consideração jurídica das espécies não humanas em si mesmas, como elementos da biodiversidade cuja proteção não decorre de modo direto ou exclusivo de sua importância econômica ou científica para os seres humanos. Esse deslocamento do foco normativo, contudo, é apontado como insuficiente por algumas vertentes do ativismo em defesa dos animais que propugnam o reconhecimento de seres vivos não humanos não apenas como objeto de proteção, mas como sujeitos de direitos tidos até recentemente como especificamente humanos.

Ao desafiar a longa tradição doutrinária segundo a qual os animais só têm existência no universo do direito sob a condição de coisa, essas demandas também incidem sobre o outro polo do dualismo básico que sustenta os ordenamentos jurídicos ocidentais, desestabilizando, ao menos potencialmente, o estatuto jurídico da pessoa, humana ou não humana. De maneira análoga ao que ocorre, por exemplo, no âmbito dos debates acerca das implicações recíprocas entre direito e biotecnologia (ver Pottage, 2007), o que conta como pessoa ou coisa, quando se (re) considera o estatuto jurídico dos animais, deixa de ser uma questão não problemática e imune a inflexões oriundas de situações particulares. (BEVILAQUA, 2011, p. 2)

A integração dos valores democráticos, mediante a constitucionalização dos vários ramos do Direito, impôs uma nova roupagem ao próprio fundamento de proteção aos direitos da personalidade. No caso brasileiro, esse fenômeno teve significativo impulso com a promulgação da CRFB/88, que teve o mérito de sujeitar a interpretação das leis infraconstitucionais a uma nova realidade, por meio da exigência de verificação do fundamento de validade constitucional para qualquer norma jurídica. A progressiva ingerência dos preceitos da CRFB/88 em matérias anteriormente concebidas e tratadas nos textos infraconstitucionais, fez com que a norma constitucional galsasse força normativa superior a outras fontes, de tal forma que, na eventualidade de possível antinomia entre norma constitucional e infraconstitucional, impõe-se a prevalência da primeira sobre a última.

A Carta Constitucional representa a unidade do sistema, possível em razão do reconhecimento da superioridade e prevalência dos valores constitucionais, que se estendem a todas as demais normas do ordenamento jurídico vigente. Consequentemente, a garantia ao usufruto do espaço de convivência familiar, claramente previsto em favor da criança e do adolescente pelo artigo 227 da CRFB/88, mas passível de ser estendido aos animais domésticos como seres dotados de sentimento e em situação de vulnerabilidade, incide sobre os preceitos ordinários, de tal forma que o direito destes deve ser interpretado de forma teleológica, a fim de concretizar a ideologia constitucional, materializada na proteção de todos os seres (humanos ou não) em situação de risco.

A fim de assegurar essa indispensável unidade interpretativa, a CRFB/88 suscita profunda reflexão metodológica, destacando-se algumas premissas a serem observadas com o objetivo de superar eventuais obstáculos à plena eficácia das normas constitucionais, em especial nas relações jurídicas de Direito Privado. Para alcançar a unidade do ordenamento – que deve ser “*sistêmico, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, ainda que composto por uma pluralidade de fontes normativas*” (TEPEDINO, 2008, p. 1) – rejeitam-se, primeiramente, os chamados microssistemas, que transmitem a fantasia de que há a existência de centros gravitacionais autônomos. Ora, conforme destacado alhures, a função de núcleo magnetizador é exercida pelo texto constitucional, diante da hierarquização conferida pelo ordenamento (PERLINGIERI, 1999, p. 6), sob o fundamento de que os princípios e regras constitucionais são normas jurídicas, localizadas no topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico positivo.

O ECA, o Estatuto da Cidade e a legislação de proteção aos animais, dentre outras, nesse aspecto, não podem ser analisados pelo prisma de serem polarizadores da unidade das normas protetivas da criança e do adolescente, do ordenamento urbano e dos animais, respectivamente, de forma a serem compreendidos como compartimentos estanques. Caso contrário, inviabiliza-se a análise das devidas imbricações entre o Direito de Família e as normas de natureza urbanística e ambiental, dentro da análise da acepção urbanístico-ambiental de convívio social.

Além do mais, não é porque as normas infraconstitucionais, especialmente aquelas que regulam as questões envolvendo a dissolução da sociedade conjugal, são omissas quanto à tutela dos animais domésticos, que a promoção do usufruto equitativo do espaço de convivência familiar por parte destes seres não tenha a mesma importância e proteção concedida ao convívio dos membros humanos desta família.

Caso contrário, admitir-se-ia a concepção de que é o Direito Civil e suas categorias que influem decisivamente na interpretação constitucional.

Verdadeiro absurdo, por óbvio, à medida que cada categoria do direito infraconstitucional, inclusive o Direito de Família, é que deve ser impregnada pelos valores constitucionais, prevalecendo-se a hierarquia axiológica inerente à Carta Constitucional, *“sob pena de se obstaculizar o projeto constitucional em nome de soluções legislativas hauridas da práxis judiciária, da tradição histórica ou do próprio mercado, incompatíveis com o sistema”* (TEPEDINO, 1999, p. 7).

Inexiste, portanto, ambiente imune ao espectro de abrangência do projeto constitucional, uma vez que a liberdade, que deve ser exercida de forma plena e intensa na conformidade da ordem constitucional, não é um dado pré-jurídico, sob pena de pressupor a dualidade entre o fato social e a norma, de tal forma que, equivocadamente, o exercício da liberdade pareça se contrapor à intervenção legislativa, *“de modo a autorizar, aprioristicamente, certos componentes humanos, desresponsabilizando seus titulares”* (TEPEDINO, 1999, p. 2).

Frisa-se, também, que o sentido e o alcance dos princípios constitucionais no ordenamento não podem ser outorgados ao legislador infraconstitucional, mesmo quando codificador, em razão do risco de serem concretizados segundo valorações setoriais. Assim, para cada norma infraconstitucional, que são imprestáveis para traduzir os contornos dos valores constitucionais, devem-se aplicar os princípios fundamentais em conjunto, de tal maneira que estes definam o sentido daquela, sob pena de subverter a ordem hierárquica do ordenamento, por meio da aplicação dos princípios fundamentais à luz das regras infraconstitucionais, o que acarretaria o arrefecimento das prioridades axiológicas estabelecidas constitucionalmente.

Da mesma forma, encontra-se superada a discussão acerca da aplicabilidade direta ou indireta das normas constitucionais, visto que, considerando a unidade do ordenamento, a norma constitucional deve prevalecer com ou sem regra específica, pois a legislação ordinária apenas encontra legitimidade se conformada aos valores constitucionais, de modo que sua aplicação deve traduzir, em qualquer hipótese, a aplicação da própria Constituição. Com isso, reunifica-se em torno de valores constitucionais o ordenamento jurídico, inclusive o Direito de Família, tendo como base os ideais igualitários e solidários entranhados no tecido constitucional, que exigem a releitura de conceitos, de institutos e de categorias tradicionais do Direito de Família, mesmo que elaborada em outro contexto social e axiológico (SARMENTO, 2006, p. 273).

Veda-se, por conseguinte, interpretações setoriais (interpretação do Direito Penal, interpretação do Direito Administrativo e outros), sob pena de ser admitida a possibilidade de que nem toda interpretação seja constitucional, bem como inexistente o dogma da completude e da exaustão do sistema codificado – do qual o Código Civil de 1916 é exemplo mais próximo.

Abandona-se, definitivamente, “*a noção de subsunção, como técnica binária, baseada em etapas sucessivas e lógico-dedutivas, pela qual o intérprete primeiro qualifica para depois enquadrar o suporte fático na norma*” (TEPEDINO, 1999, p. 1). Afinal, diante da imprescindibilidade da fundamentação das decisões e da argumentação que as legitimam, a norma interpretada e o fato qualificado são produzidos em um só momento no processo interpretativo, fazendo com que o sistema jurídico, dessa forma concebido, afluja à atividade legislativa e interpretativa na aplicação do Direito, “*que permanece aberto a todos os matices norteadores da vida em sociedade*” (TEPEDINO, 1999, p. 2).

Para tanto, a partir do destacado compromisso axiológico estabelecido pela CRFB/88, torna-se necessária a reconstrução da própria noção de segurança jurídica, por meio da elaboração de dogmática sólida, capaz de enfrentar a complexidade dos novos fenômenos sociais e de suas mudanças, bem como o fortalecimento e a difusão da teoria argumentativa, associada à interpretação unitária do ordenamento, em

que o papel criativo dos magistrados é de fundamental importância para a efetividade da norma constitucional a fim de legitimar o discurso jurídico e a decisão judicial, que não deve ser confundido com decisionismo ou voluntarismo judiciário.

Vincula-se a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais a serem promovidos no âmbito da atividade econômica, em que “*os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados*” (TEPEDINO, 1999, p. 3). Tem-se, portanto, a funcionalização dos institutos de Direito Privado, em que o reconhecimento de valores existenciais constitucionalmente estabelecidos, como no caso do Direito à Convivência Familiar, privilegia tanto a pessoa humana como os animais domésticos, igualmente munidos de sentimentos.

Do ponto de vista finalístico, ao menos, o direito se despe da consideração de ser mero mecanismo de conservação da realidade existente, pois passa a ser instrumento de realização da justiça, de inclusão social, de concretização da solidariedade social, de garantia à dignidade da pessoa, enfim, contempla, também, uma dimensão emancipatória. Por essa razão, faz-se necessário separar a lógica proprietária e a dialética da pessoa, que encerra, a um só tempo, os elementos subjetivo e objetivo da relação sob o argumento de que “*tal promíscua superposição acaba por impedir a promoção dos valores existenciais, reduzindo-os aos paradigmas das relações patrimoniais, no âmbito das quais o conceito de direito subjetivo foi construído a partir da dualidade entre sujeito e objeto*” (TEPEDINO, 1999, p. 3).

A questão tem sua complexidade comprovada pela existência de dois projetos de lei sobre o tema. Infelizmente, porém, o PL 7196/2010 e o PL 1058/2011 arquivados e as discussões interrompidas em sede legislativa, fato que exige do magistrado atenção na aplicação dos princípios constitucionais, posto que, sob a premissa de que o ordenamento é uno e completo, não há que se falar em lacuna e, por conseguinte, aplicação de analogia seria inapropriada.

No seio de uma imaginação político-jurídica que concebe o indivíduo humano como uma unidade em si mesmo, dotado de

razão e autonomia de vontade, uma parte considerável do debate acerca dos direitos de animais tem se sustentado em analogias com os chamados casos “marginais” ou não paradigmáticos (fetos e recém-nascidos, portadores de deficiências mentais, adultos que sofreram danos cerebrais ou se encontram em condições físicas que os impedem de expressar sua vontade). (BEVILAQUA, 2011, p. 9)

Ao que parece, os estudiosos deste segmento do direito tem apontado como sendo a melhor solução aquela que preservar os interesses dos animais tidos como de estimação, sendo menos relevante a mera demonstração da propriedade do animal para a efetiva concessão da guarda, haja vista que, muitas vezes, a relação afetiva estabelecida entre o não proprietário e o animal é mais forte e, conseqüentemente, mais saudável. Os envolvidos, portanto, devem demonstrar quem possui melhores condições para agir como tutor do animal, considerando assim condições de natureza psicológica, sentimental, financeira, dentre outras que podem variar caso a caso.

“A par da inexistência de normas legais, o magistrado deve socorrer-se à analogia para a melhor solução da demanda.” (SILVA, 2015, p. 107) Neste sentido lê-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil [...] a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2052114-52.2018.8.26.0000)

Esse paradigma tem sido construído a partir de comprovações científicas de que existem relações de profunda afeição mútua entre animais e seres humanos, fato que exige que se harmonize, da melhor forma, os interesses do animal com os interesses dos seus tutores humanos (Assessoria de Comunicação do IBDFAM com informações do TJSP, 2016)

Em recente decisão envolvendo disputa pela convivência com os animais domésticos entre os cônjuges, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu que, nos tempos modernos os animais de

estimação – especialmente cães e gatos – mantém uma inegável relação de afetividade com seus proprietários, que se situa em nível muito próximo, em alguns casos, tem-se uma verdadeira relação familiar. Por esta razão, não haveria óbice eventual homologação de acordo estabelecido entre os ex-cônjuges em relação à visitação dos animais de estimação, avença que se encontra inserida no bojo do acordo de dissolução da união estável e cujo objetivo, pelo que se deduz, tendo em vista que a separação é consensual, deve ser de evitar eventuais desavenças futuras (TJ-RS - AC: 70072568892 RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Data de Julgamento: 26/07/2017, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/08/2017).

Em outra interessante decisão, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, discutiu-se a guarda do cachorro *Dully*. O Relator, Desembargado Marcelo Lima Buhatem, reconheceu que, não obstante ser tecnicamente reconhecido como semovente, o referido animal não poderia ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família. Destaca o referido magistrado que o animal fora presenteado à esposa pelo marido, em momento de especial dissabor enfrentado pelos conviventes, a saber, aborto natural sofrido pelo virago. Logo, vínculos emocionais e afetivos construídos em torno do animal devem ser, na medida do possível, mantidos, expressando-se como uma das variadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade (TJRJ, AC Nº 0019757-79.2013.8.19.0208, Relator: Marcelo Lima Buhatem, 22ª Câmara Cível, J. 27/01/2015).

E, essa leitura interdisciplinar e, quiçá, até mesmo multidisciplinar, precisa ser considerada a revisão dos limites dos direitos da personalidade no que tange ao reconhecimento de direitos de ordem patrimonial decorrentes das regulamentações sobre os direitos autorais, conforme se aprofundará no item subsequente.

2. A abrangência dos direitos autorais e o caso da *selfie* da macaca

Os direitos autorais se constroem sobre as bases do direito moral, correlatos à personalidade do autor, e do direito patrimonial, decorrente da decisão do autor em utilizar a obra economicamente, comunicando-a ao público, fazendo-a circular juridicamente em relações socioeconômicas.

Mesmo separados pela utilização econômica da obra, estes direitos são partes do mesmo conjunto, razão pela qual a obra permanece inexoravelmente ligada ao seu criador mesmo após sua morte. Desta forma, o aspecto moral do direito é a base e o limite do aspecto patrimonial, por ser atrelado à personalidade do criador; este aspecto representa a tradução da expressão econômica do direito moral que nascem com a criação da obra, como a simples materialização da ideia.

Já os direitos patrimoniais representam o conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, porém, com sua comunicação ao público, caso se deseje fazê-lo, ou seja, tal direito exige prévia comunicação ao autor e autorização deste, antes que se faça qualquer uso econômico da obra, bem como o garante o direito de intervir em qualquer modalidade não contratada de uso da obra; representa a faculdade do autor de usar ou autorizar o uso da obra, no todo ou em parte.

No que tange à fotografia propriamente dita, em atenção e respeito ao objeto deste estudo, considera-se, em regra que, se o objeto fotografado for a pessoa humana deve-se respeitar o seu direito de imagem enquanto retratado. Ou seja, quanto à obra fotográfica de paisagem, cabe ao autor o direito de reproduzi-la e coloca-la à venda, mas nos retratos de obra (de arte ou de engenharia) ou de pessoas, deve-se observar as restrições em face ao direito do autor da obra focada ou pessoa, diferente de quando a foto é de uma paisagem; não se trata da mesma forma a foto de alguém ou mesmo algo que pertence a alguém.

Importante ressaltar que as relações jurídicas decorrentes da confecção do material fotográfico são complexas, a análise do teor do REsp 27202 RJ 1992/0023121-7 permite compreender que são distintos os direitos ao pagamento pela realização do serviço de fotógrafo e o

pagamento pelos direitos autorais das fotos produzidas, tanto que o relator asseverou que: “A averiguação se a quantia recebida seria referente a honorários e não a direitos autorais demandaria análise de todo material probatório, próprio das instâncias ordinárias [...]” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1995)

Cabe então ao autor da fotografia (obra), contratar adequadamente a exploração de sua criação, assegurando-se que na divulgação constará sua identificação e ser-lhe-á atribuído os devidos créditos, nos termos da Lei nº 9.610/98, em seu artigo 79, §1º.

Há ainda o direito do fotografado de não ter sua imagem divulgada sem prévia autorização, “afirmando que a divulgação não autorizada de sua fotografia em noticiário televisivo fere o direito a sua imagem física, o qual é distinto do direito à honra, conforme reconhece a jurisprudência da Corte Suprema (RE 215.984RJ)” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Assim, a consequência da publicização da imagem alheia sem prévia autorização do titular do direito é o dever do responsável em indenizá-lo, com base no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988.

Deste direito surgiu o emblemático caso envolvendo uma macaca negra, pertencente a um grupo de macacos-de-cresta e um fotógrafo de natureza que, segundo consta, verificou que algo estava assustando os animais e o impedia de fazer as fotografias tal como desejava, fato que o inspirou à ideia de deixar a câmera num tripé com foco automático ligado, o equipamento aguçou a curiosidade dos animais que se aproximaram da câmera e levou uma macaca a apertar o botão, disparando algumas fotos, dentre algumas imagens pouco nítidas, uma fotografia se destacou por tê-la enquadrado sorrindo, como se estivesse numa *selfie*.

A imagem foi parar nas páginas da *Wikipédia* o que deu ensejo a uma demanda que posteriormente teve a inserção de um grupo protetor dos animais, o PETA – Pessoas pelo Tratamento Ético dos Animais, ao final o Tribunal decidiu “que macacos não podem ser parte em uma ação judicial (ou ser representados) para a tutela de direitos autorais” (AFFONSO, 2018), acompanhando a decisão do escritório de direitos autorais dos Estados Unidos no mesmo sentido.

Inobstante a questão não ter sido tratada num Tribunal brasileiro, como já se registrou no introito deste estudo, mas, considerando o teor da problemática proposta, há que se verificar que a dificuldade em enquadrar juridicamente os animais, que em outros sistemas jurídicos não são coisas², mas que também não são pessoas, gera reflexos para além do âmbito dos direitos da personalidade, especificamente para o direito autoral que abriga, “em sua essência, o conflito entre o interesse público na fruição das obras, por vontade ou necessidade, e o privado, este voltado para a retribuição econômica sobre o trabalho”. (SALOMÃO, 2016, p. 550)

O caso concreto que estimulou a curiosidade pelo tema deste estudo exige que se desenvolva um raciocínio parabólico³ (FERES, 2013, p. 82) considerando fatos e proposituras de distintas áreas do direito, que permita, quiçá a construção de uma outra diferença entre humanos e não humanos que venha permitir uma melhor delimitação e atribuição dos direitos decorrentes da exploração da imagem de animais.

3. Perspectivas e expectativas ante iminente revisão regulamentar

Tem-se, no entendimento de Bevilaqua (2011, p. 10), uma questão, perturbadora que mescla o senso de humanidade e não humanidade, que pode ser situada e até mesmo administrada no contexto de um “arcabouço jurídico construído a partir da oposição fundamental entre pessoas e coisas, e no âmbito do qual ‘opor’ é sinônimo de ‘excluir’.

2 Faz-se referência ao Direito Português, para o qual os animais são “são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza” (INSTITUTO BRASILEIRO DE ALTOS ESTUDOS EM DIREITO PÚBLICO, 2017)

3 Segundo o citado autor, este raciocínio “tem um significado profundo como um método de interpretação das normas jurídicas. Deriva de uma argumentação jurídica aprofundada, em que a força e o significado de termos jurídicos são detectados para além de uma perspectiva estritamente semântica. Assim, por meio de uma metodologia argumentativa de atribuição de sentido a termos legais, procura-se, a todo o momento, reconstruir o processo de interpretação, tendo como base razões socialmente relevantes. Portanto, a natureza argumentativa do raciocínio parabólico requer uma distinção qualitativa de valor, de forma a orientar o intérprete em sua busca por uma prática jurídica mais precisa e mais justa”

A impressionante similaridade do DNA de seres humanos e grandes primatas não humanos é uma das alegações centrais [...] O papel desempenhado por esta proposição, porém, produz suas próprias ambiguidades. De um lado, o argumento define implicitamente o estatuto do próprio direito, ao assumir que a relação apropriada entre operações jurídicas e realidade natural é aquela em que as primeiras espelham a segunda: o direito não pode se situar aquém ou além da natureza, mas deve se alinhar àquilo que é biologicamente verificável. De outro lado, entretanto, está a percepção imediata de que chimpanzés e humanos são “naturalmente” diferentes. (BEVILAQUA, 2011, p. 10)

Deve-se reconhecer a necessidade de subordinação do direito à natureza tanto quanto aos fatos científicos, como condição de legitimidade dos enunciados.

Se por um lado se negam os efeitos dos direitos da personalidade aos animais, sob a alegação de que não são humanos, por outro, se atribui, mesmo que de forma adaptada e parcial, os mesmos direitos às pessoas jurídicas que, de acordo com a conhecida teoria da ficção, não tem existência social, apenas uma existência ideal, representando não mais do que um produto da técnica jurídica, ou seja, as pessoas jurídicas são meras abstrações e, mesmo isentas de realidade social lhe são conferidos e garantidos os direitos da personalidade⁴.

Instituições, empresas e associações são reconhecidas juridicamente como pessoas. Embora não sejam seres humanos, nem mesmo organismos vivos, esses entes - em certa medida análogos a “coisas” - existem tão somente como expressão da intencionalidade humana e, desse modo, podem habitar o universo do direito e nele agir na condição de pessoas. Inversamente, seres humanos podem se tornar coisas. Sem mencionar o estatuto jurídico frequentemente ambíguo de “partes” humanas como órgãos, tecidos e linhas celulares, corpos humanos inanimados existem juridicamente, de modo incontroverso, como coisas (mesmo que sob a rubrica de *res extra commercium*). Por outro lado, mesmo que seres humanos sejam temporariamente reconhecidos após a morte como pessoas dotadas de capacidade jurídica, isto acontece por meio de um testamento que expressa, significativamente, sua última vontade. (BEVILAQUA, 2011, p. 13)

4 Tanto assim que a súmula 227 do STJ assegura o direito das pessoas jurídicas de serem indenizadas por danos morais, com base nos mesmos preceitos constitucionais que garantem tal direito às pessoas físicas.

Ao que parece, recentes entendimentos de diferentes áreas do conhecimento estão revendo a forma como os animais coexistem com o ser humano, como interagem, como se expressão e, apesar da comunicação não se dar de forma direta (e, por vezes, nem dentre os seres humanos ela se dá de forma direta) por meio de um idioma nacional ou mesmo um vernáculo regional, há indicativos de compreensão e entendimento natural entre as espécies.

O Direito não deve ignorar os fatos sociais, sob pena de os mesmos ignorarem o sistema jurídico como um todo. Pessoas jurídicas ou a memória dos mortos, são inclusive menos abstratos do que os bens tutelados pelos direitos autorais que, em regra, lida com bens imateriais, subjetivos por natureza.

Os bens tutelados nestas relações jurídicas são mais abstratos do que os móveis e imóveis protegidos pelo direito de propriedade previsto no Código Civil, fato que exige atenção ao analisar o objeto em comum da Lei nº 9.279/96, Lei nº 9.609/96 e Lei nº 9.610/96, estando os três diplomas legais voltados ao bem criado em razão do exercício da atividade humana inventiva.

E, por ser um bem criado pelo ser humano, no exercício pleno de suas capacidades mentais, o objeto do direito industrial que tutela a propriedade imaterial e que se assevera que as presentes regras tem natureza jurídica híbrida, compreendendo tanto o direito da personalidade do criador quanto o direito patrimonial sobre o bem resultante de sua capacidade inventiva e/ou de aprimoramento. (MENDONÇA, 2017, p. 50)

Perceba, o propósito não é defender que os seres vivos não humanos tenham acesso a todos os direitos fundamentais relegados aos seres humanos, o que não se acredita ser sensato, quiçá nem mesmo dentre os que defende os direitos dos animais de forma mais contundente e não representa a pretensão deste trabalho. Contudo, a categorização jurídica dos animais como coisas parece inadequada ante a delimitação de uma proteção jurídica de sua imagem no que tange ao necessário respeito aos termos dos direitos autorais, considerando os valores que podem ser auferidos com sua exploração comercial.

Ressalta-se que mesmo as legislações inovadoras, de vanguarda, que tem alijado a ideia de que animais são coisas os tem definido como não

sendo coisas, ou seja, não são coisas, não são pessoas, são submetidos a um regime específico de proteção que, por sua vez, também não enfrenta a questão e se limita a protegê-los de maus tratos, garantido relativa dignidade, sem contudo lhes conceder a condição para serem sujeitos de outros direitos.

Essa oscilação coloca em evidência o problema que o direito até aqui tem prudentemente evitado: a necessidade de fabricar conceptualmente uma outra diferença (uma diferença que é outra, que não corresponde aos modos jurídicos estabelecidos de diferenciação), uma vez que as tentativas de dissolução das diferenças entre humanos e não humanos parecem fadadas ao fracasso. (BE-VILAQUA, 2011, p. 13)

A expectativa que decorre deste entendimento é que aos animais sejam garantidos recursos mínimos derivados dos dividendos gerados com a exploração da sua imagem, de forma a compor fundos de amparo aos da mesma espécie, algo mais justo do que alijá-los de tudo o que é gerado a partir dele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a complexidade da questão, a despeito da idiosincrasia curiosa do caso que serviu de pano de fundo ao presente estudo, não se pode asseverar por uma conclusão, mas por uma consideração final no sentido de equalizar o raciocínio em torno do desafio teórico a ser enfrentando doravante.

O contexto da performática situação envolvendo a selfie da macaca, considerada ante a problemática posta, atinente ao fato do direito estar, aos poucos, deixando de considerar os animais como coisas, ampliando os entendimentos e hermenêutica sobre direitos da personalidade representa fato que tem sido notadamente constatado em decisões judiciais correlatas à guarda e pensão para animais, embasando a necessária releitura dos direitos autorais quando o objeto da obra fotográfica for um animal.

O presente estudo permite reconhecer que recentes entendimentos de diferentes áreas do conhecimento estão contribuindo positivamente para a revisão da forma como os outros animais coexistem com o ser humano, interagindo e se expressando.

Reconhecendo essa capacidade de conectividade e natural interação, chega-se ao momento de enfrentar o desafio que é redefinir os animais que, por mais que não sejam pessoas, coisas, como as pessoas jurídicas, também não o são.

Essa redefinição precisa ser devidamente embasada, filosófica e sociologicamente, de forma a permitir que o Direito cumpra sua função de organizar a vida e sociedade e promova efetiva tutela dos direitos destes seres, direitos de toda ordem, inclusive os patrimoniais, conforme se considerou no presente estudo.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM COM INFORMAÇÕES DO TJSP. **Justiça de SP determina guarda compartilhada de animal de estimação durante processo de divórcio.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5905/estima%C3%A7%C3%A3o+durante+processo+de+div%C3%B3rcio>>. Acesso em 31 de maio de 2018.

AFFONSO, Carlos. **Justiça dos EUA finalmente decide caso da selfie do macaco.** Disponível em <<https://tecfront.blogosfera.uol.com.br/2018/04/24/justica-dos-eua-finalmente-decide-caso-da-selfie-do-macaco/?cmpid=copiaecola>>. Acesso em 30 de maio de 2018.

BEM, Leonardo Schmitt. **Teoria da relação jurídica. Análise da parte geral do novo código civil.** Curitiba, JM Editora, 2004.

BEVILAQUA, Ciméa Barbato. **Chimpanzés em juízo: pessoas, coisas e diferenças.** Horizontes Antropológicos. vol.17, nº.35, Porto Alegre, Jan./Jun., 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor.** 6ª ed. revista, atualizada e ampliada por Eduardo C. B. Bittar, Rio de Janeiro, Forense, 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 9.610**, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em 31 de maio de 2018.

CABRAL, Plínio. **A nova lei dos direitos autorais – Comentários.** Porto Alegre, Sagra

Luzzato, 1998. Disponível em <<http://www.bibvirt.futuro.usp.br/textos/humanas/legislacao/autorais/novalei.html>>. Acesso em 30 de maio de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 7196/2010.**

Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=474862>>. Acesso em 31 de maio de 2018.

_____. **Projeto de Lei nº 1058/2011**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498437>>. Acesso em 31 de maio de 2018.

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (1948). Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2018.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 30 de maio de 2018.

FABRIS, Annateresa. **Reivindicação de nadar a sherrie levine: autoria e direitos autorais na fotografia**. ARS, vol.1, nº.1, São Paulo, 2003.

FAUTH, Juliana de Andrade. **A natureza jurídica dos animais: rompendo com a tradição antropocêntrica**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16684>. Acesso em 30 de maio de 2018.

FERES, Marcos Vinício Chein. **Regulação, intervenção do Estado na economia e políticas públicas: Uma leitura crítica a partir do direito como identidade**. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; FERES, Marcos Vinício Chein e KEMPFER, Marlene (Organizadores). **Direito e inovação. Estudos críticos sobre Estado, empresa e sociedade**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2013.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ALTOS ESTUDOS EM DIREITO PÚBLICO. **Direito Civil: Animais não são coisas: Portugal estabelece novo estatuto jurídico dos animais**. Disponível em <<http://www.altosestudos.com.br/?p=56520>>. Acesso em 30 de maio de 2018.

MENDONÇA, Saulo Bichara. **A função social da propriedade imaterial à luz da constitucionalização dos direitos privados.** Revista da Associação Brasileira de Propriedade Imaterial, nº 151, nov./dez. 2017, p. 43-55.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito.** 27ª ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NÓBREGA, Bárbara. **Homem é obrigado pela Justiça a pagar pensão para animais de estimação. Valor de R\$ 1.050 vai cobrir despesas com seis cães e uma gata.** Disponível em <<https://oglobo.globo.com/rio/homem-obrigado-pela-justica-pagar-pensao-para-animais-de-estimacao-22608092>>. Acesso em 31 de maio de 2018.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial.** 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2017.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz, GUTERRES, Thiago Martins. **Lei de propriedade industrial comentada: Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Salvador, Ed. JusPodivm, 2016.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito privado: teoria e prática.** 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2016.

SANTANA, Luciano Rocha; MACGREGOR, Elizabeth; SOUZA, Mariângela Freitas de Almeida e; e, OLIVEIRA, Thiago Pires. **Posse responsável e dignidade dos animais.** 8º Congresso Internacional de Direito Ambiental. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26684-26686-1-PB.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2018.

SARMENTO, Daniel. *A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado.* *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2006.

SILVA, Camilo Henrique. **Animais, divórcio e consequências jurídicas.** *Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis*, vol. 12, nº 1, jan./jun.

2015. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/viewFile/1807-1384.2015v12n1p102/29617>>. Acesso em 31 de maio de 2018.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Guarda compartilhada de animal de estimação**. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/guarda-compartilhada-de-animal-de-estimacao/>>. Acesso em 30 de maio de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 27202 RJ 1992/0023121-7**. Quarta Turma, DJ 09.10.1995, p. 33566, Julgamento em 19 de Setembro de 1995, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551146/recurso-especial-resp-27202>>. Acesso em 31 de maio de 2018.

_____. **REsp 1423899 SP 2013/0271242-2 – Decisão Monocrática**. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204196611/recurso-especial-resp-1423899-sp-2013-0271242-2/decisao-monocratica-204196621>>. Acesso em 31 de maio de 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; e, MORAES, Maria Celina Bondin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: _____. (Coord.). *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 35, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Voto nº 10559. Agravo de instrumento nº 2052114-52.2018.8.26.0000**. Comarca de São Paulo, 3ª Vara da Família e Sucessões. 7ª Câmara de Direito Privado. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>>. Acesso em 31 de maio de 2018.

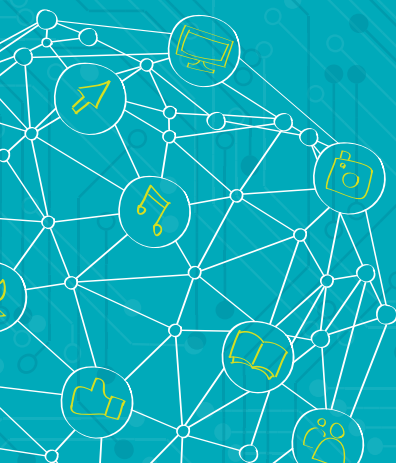


XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VI Direito de Autor e Sociedade da Informação

TÍTULO: Universos paralelos para um paradigma cansado: a criação intelectual

**Ângela Kretschman
João B. da Rocha Filho**



UNIVERSOS PARALELOS PARA UM *PARADIGMA* *CANSADO*: A CRIAÇÃO INTELECTUAL

Ângela Kretschmann¹

João Bernardes da Rocha Filho²

Resumo: O presente estudo tem por objetivo enfrentar noções de propriedade, autoria e originalidade para acessar as possibilidades de uma remodelação criativa sobre

-
- 1 * Especial agradecimento a Kelly Lissandra Bruch e Maurício Brum Esteves, pelas colaborações em torno do tema sobre a autoria, a partir da apresentação deste trabalho junto ao CODAIP, na Universidade Federal do Paraná, em novembro de 2017 e novembro de 2018. Pós-doutorado pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Alemanha (ITM). Professora Pesquisadora Sênior da Universidade de Brasília – UnB. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1999). Advogada no escritório <http://www.kre.adv.br>. É integrante da Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial (ABAPI). É integrante da ABPI (Associação Brasileira de Propriedade Intelectual), realizando perícias judiciais na área do Direito da Propriedade Intelectual. Foi Coordenadora do Curso de Direito do Cesuca (2009-2014). Foi Diretora de Pesquisa do CESUCA (2014-2016). Integra o Quadro de Árbitros da Câmara de Arbitragem da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (CARB-ABPI), do Centro de Solução de Disputas em Propriedade Intelectual (CSD-PI, da ABPI). Foi professora da Unisinos, lecionando a disciplina de Direito de Propriedade Intelectual (EAD) e Direito e Tecnologia da Informação, do Curso de Segurança da Informação, entre 1992 e 2016. Foi professora no Curso de Especialização em Direito, Mercado e Economia, e também da Especialização em Propriedade Intelectual, da PUCRS. Integrou a Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional RS (2004-2006), e a Comissão de Propriedade Intelectual (CEPI) da OAB/RS, de 2006 até 2016.
- 2 Pós-Doutor em Enseñanza de las Ciencias (Facultad de Educación, PUC/çChile, 2012). Mestre em Educação (Faced/Pucrs, 1994). Especialista em Psicossomática (Facis/SP, 2002). Doutor em Engenharia, Metrologia e Instrumentação (Labmetro/UFSC, 1999). Especialista em Metodologia do Ensino Superior (Faced/Pucrs, 1991). Licenciado em Física (Fafis/Pucrs, 1989). Licenciado em Matemática (Claretiano/SP, 2018). Bacharel em Filosofia (Unisul/SC, 2015). Atua como professor titular em dedicação exclusiva da Escola de Ciências da Pucrs e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Educação em Ciências e Matemática (PPGEducem/Pucrs). Atuou como metrologista em Eletricidade e Tempo e Frequência no LabeLo/Pucrs, como professor concursado da Secretaria de Educação do Estado do Rio Grande do Sul (Seduc/RS) e em escolas privadas de EF, EM e EJA, tendo lecionado em cursos de pós-graduação da Sociedade Brasileira de Psicooncologia (SBPO) e da Associação Brasileira de Medicina Psicossomática (ABMP).

uma obra que não seja considerada violação de um direito, quando não autorizada, sem confundir-se com plágio. Os conceitos de paráfrase e paródia são pobres nesse sentido, e há necessidade de robustecer o poder da coletividade para acessar livremente obras e usá-las em novas criações. Recursos a conceitos auxiliam nesse sentido, emprestados da Linguística, como a ideia de Patchwriting, entre outras, da Psicanálise, com a consideração do plano do leitor na constituição da autoria e de inconsciente coletivo, e da Física, por ser um caminho de busca ontológica de compreensão da realidade, para que seja possível considerar fatos que consubstanciem teorias jurídicas, e não ideologias construídas por interesses específicos, e em especial da Física da Informação, para a qual a informação é mais fundamental que a energia, quando se pensava que tudo girava em torno da energia.

Palavras-chave: propriedade intelectual, autoria, originalidade, transformação criativa.

Abstract: The purpose of this study is to face historical notions of ownership, authorship and originality in order to allow creative remodeling of a work not to be considered a violation of a right, if not authorized, without being confused with plagiarism. The concepts of paraphrase and parody are poor in this sense, and there is a need to strengthen the power of the collectivity to freely access works and use them in new creations. Resources and concepts help in this sense, borrowed from Linguistics, such as the idea of Patchwriting, among others, of Psychoanalysis, with the consideration of the reader's plan in the constitution of authorship and collective unconscious, and of Physics, since it is an ontological search path of understanding of reality, so that it is possible to consider facts that consubstantiate legal theories, not ideologies built by specific interests, and especially of Information Physics, for which information is more fundamental than energy, when it was thought that the center of everything was the energy.

Keywords: intellectual property, authorship, originality, creative transformation.

INTRODUÇÃO³

No início do advento da proteção autoral, em especial nas proteções internacionais que até hoje servem de marco para as legislações nacionais, nos séculos XVIII e XIX, e de modo ainda mais contundente no século XX, percebia-se um nítido interesse em proteger o criador e garantir uma forma de incentivo para que colocasse seus atributos criativos a serviço do público. Entretanto, não demorou muito, as leis começaram a representar uma barreira para aquilo que deveriam beneficiar em última instância: a difusão da cultura, ou seja, o público. Também não demoraram as constatações de que as primeiras legislações usavam o autor como bandeira para a proteção de interesses velados, de intermediadores.

As questões que se colocam no presente estudo se relacionam com o verdadeiro motivo de proteção do direito de autor, e apenas o direito de autor.⁴ Com a atual Lei de Direitos Autorais brasileira, em 1998 (e já as legislações anteriores, de 1973, por exemplo), não foi diferente.⁵ Teria ocorrido historicamente um distanciamento entre o que seriam os fundamentos da proteção autoral e seus resultados, ou desde o princípio o sistema de proteção já nasceu comprometido com outros valores? De fato, há certo tempo boa parte da doutrina critica a lei que não serve nem a gregos, nem a troianos, ou seja, nem a autores, nem ao público que quer acessar as obras, mas sim a terceiros - os titulares - que intermediam e submetem as produções intelectuais a um público que passou a ser designado como “mercado consumidor”.

Ou o mercado se alterou, ou ocorreu algum engano na aprovação das leis, que deveriam proteger o autor. O autor, entretanto, com a revolução digital, aparece transformado, e essa também é uma das questões que são

3 Os primeiros estudos acerca do tema foram realizados e publicados pela primeira autora na Revista Humboldt Forum Recht: KRETSCHMANN, Ângela. *Autorschaft, Schöpfung und Originalität: einige Überlegungen aus brasilianischer Perspektive*. Humboldt Forum Rechts, Berlin, 2016. v. 2, p. 4-9.

4 Não são avaliadas as questões de patentes e marcas, por exemplo, que não apresentam as mesmas dificuldades, pelo contrário – o que será explorado em outro momento, mas alguns exemplos podem ser comuns aos dois campos.

5 A respeito: KRETSCHMANN, Ângela. *A transição legal e desespero enciclopédico da Lei Autoral brasileira IN ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. vol. II, Juruá: Curitiba, 2014.

enfrentadas aqui. O autor se transformou ou nossa forma de percebê-lo que está diferente? Qual forma seria mais adequada de perceber/compreender o autor? De qualquer forma, a Lei de Direitos de Autor não deveria servir para favorecer monopólios de grandes empreendimentos econômicos, onde a criação passa a ser uma “fabricação em série”, uma vez que dessa forma não passa de mero instrumento para monopólio da produção cultural e controle do acesso, tornando autor e consumidor vítimas de um sistema que prima pela acumulação. Com isso, também a originalidade é uma das questões postas e que merecem análise aqui. Depara-se, assim, com um *paradigma cansado* no campo dos direitos autorais.

Para compreender esse paradigma cansado é necessário rever os fundamentos do Direito e da Lei Autoral. Se o Direito é histórico, também o é o direito autoral, que surgiu historicamente para proteger certos interesses. Que interesses seriam esses, e quais interesses devem ser protegidos hoje, quando as pessoas se movimentam cada dia mais em um espaço digital, que na época da origem do direito autoral sequer era cogitado?

Além disso, é preciso refletir sobre a possibilidade de considerar fatos alheios ao Direito, que deveriam influenciar conceitos como autoria na defesa de interesses. Se o Direito, ao fim e ao cabo, é o resultado de interesses do vencedor, é possível desconsiderar fatos, constatações, descobertas naturais, nesse conflito de interesses? Para discutir o tema da adequação legal, e mais amplamente a adequação de um direito de autor, entende-se que há condicionantes que merecem destaque, como a própria questão da autoria, da originalidade e da propriedade.

Colocados os temas nesses aspectos, é possível retomar a discussão sobre os interesses que hoje reclamam proteção, focando as questões sob um novo viés, que visite e dialogue com outras áreas como a Filosofia da Linguagem, Psicologia e a Física, que possam auxiliar a esclarecer e justificar melhor um sistema de proteção. Este breve artigo é um resultado bastante incipiente dos estudos envolvendo esse diálogo.

1. A instrumentalização da criação intelectual: como propriedade e como privilégio

A apropriação de algo para uso exclusivo, em detrimento do uso e fruição de terceiros desenvolveu-se no contexto das ideias libertárias e de formação dos Estados. Mas a ideia de que a economia se regularia pelas regras de mercado caiu por terra, e a redução do Estado a um mínimo intervencionista abriu mais espaço para a formação das forças econômicas que ditam as regras que os demais devem seguir. Nesse contexto de surgimento, o controle e fomento da produção de bens encontrou nos princípios da propriedade o terreno fértil para a criação de um verdadeiro feudo. A propriedade intelectual surge assim, com uma ideologia e fundamento de proteção que está longe do ninho aparentemente romântico no qual foi forjada. É antes resultado de um interesse prático de solidificar o direito exclusivo de exploração de um bem intelectual, explorando-o como um bem de consumo.

É sabido que as doutrinas mais conhecidas acerca do fundamento da propriedade são:

a) as teorias consideradas *estáticas*, que abrangem as teorias da ocupação (a propriedade pertence àquele que a ocupa) e da especificação (ela pertence àquele que realizou um trabalho, transformou algo e por isso é legítimo que a possua)⁶, e;

b) as teorias consideradas *dinâmicas*, como a teoria individualista ou personalista, que corresponde ao liberalismo e democracia, que subordina a propriedade à personalidade. O ser humano deixa de ter um *domínio* sobre o bem para ter uma *relação* com ele. Por fim, no âmago disso encontra-se a exclusão dos demais sobre o aproveitamento da propriedade, em especial aqueles que não são proprietários de coisa alguma.

6 Os desenvolvimentos acerca dos fundamentos da propriedade, de modo mais amplo, podem ser conhecidos em RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 269 a 271.

Em outra oportunidade⁷ parafraseamos Drahos e Braithwaite,⁸ chamando essa situação de “feudalismo autoral”, adaptando a expressão que os autores utilizam para o “feudalismo informacional”, questionando a quem pertence o conhecimento. Por isso, é preciso insistir, inicialmente, na questão da propriedade, uma vez que ela é o âmago de intensos debates e é o que de fato sustenta a grande força dos titulares de obras contra o interesse público.

A partir do século XIX, e com mais insistência no século XX, passou-se a reconhecer que o nascimento do autor e de um direito autoral ocorria no mesmo instante do nascimento de uma obra. Mas já vimos que nem sempre foi assim. Até a Idade Medieval do ocidente a obra não era vista como algo fechado e acabado, havia uma natural continuidade no processo de construção, fechá-las era até mesmo estranho. Havia total liberdade para acrescentar, melhorar e modificar. Segundo Laurent Pfister⁹, a qualidade de autor não constituiu um elemento central no princípio, em especial no Ancient Regime, pois os primeiros privilégios foram concedidos tendo em vista combater injúrias causadas por edições não autorizadas, e a partir de 1566, na França, o próprio sistema ficou atrelado à censura dos textos, de modo que a aprovação da publicação dependia da liberação do censor. E, ainda:

Thus in the medieval period, creativity was largely conceived as a participatory process, as opposed to the modern romantic individualistic perception. Creativity in the Romantic sense is an exclusive medium, empowering the individual to stand out from the community.¹⁰

7 KRETSCHMANN, Ângela. Feudalismo no direito autoral: um mal necessário? In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero. (Org.). *Direito Civil: Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 169-189.

8 DRAHOS, Peter & BRAITHWAITE, John. *Information feudalism: Who owns the knowledge economy?* Earthscan Publication Ltd, UK, 2002. p. 12.

9 PFISTER, Laurent. Author and work in the French Print Privileges System: Some Milestones. In: DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin; BENTLY, Lionel. *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*. Open Book Publishers: Cambridge: 2010, p.130.

10 FROSIO, Giancarlo F. *Rediscovering Cumulative Creativity From the Oral Formulaic Tradition to Digital Remix: Can I Get a Witness? The John Marshall Review of Intellectual Property Law*: Chicago, 2014. Disponível em <<https://>

A primeira legislação francesa mencionou a palavra *autor* em 1551 (o Edict de Châteaubriant) determinando que “todos os editores devem garantir que o nome do autor apareça nas obras”¹¹ – mas não para promover um direito à paternidade, e sim para garantir o trabalho da censura. Além disso, as perseguições religiosas aos livros “heréticos” também tiveram um importante papel na construção do “sujeito-autor”, uma vez que para conseguir condenar, banir e punir era imprescindível vincular um indivíduo à obra.¹² E foi assim que, com influências de fatores sociais, políticos e econômicos, de um sistema de privilégios, foi fácil migrar para o atual sistema da propriedade, correspondendo às ideias liberais da época – porém, sem esquecer que o que passou a ser reconhecido como um direito do criador ou inventor à exploração exclusiva, como destaca Franz Wieacker, era *originariamente combatido como um monopólio inadmissível*¹³.

Mais tarde, com a construção de um direito de propriedade como direito individual, a situação da propriedade intelectual ficou difícil de se inserir no contexto dos bens corpóreos. Afinal, como destaca Karin Grau-Kunz¹⁴, o direito sobre coisas corpóreas tem como finalidade viabilizar a autodeterminação patrimonial do seu titular, enquanto a propriedade intelectual, não estando sujeita à lei da escassez, foi envolvida em um mito difícil de desconstruir, pois para rivalizar o consumo foi necessária a criação de modos artificiais para criar a escassez, produzi-la ou, ao menos,

cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradition.pdf. Acesso em 16 nov. 2018. p. 356.

11 PFISTER, cit., p. 126.

12 Ver em CHARTIER, Roger. A aventura do livro: do leitor ao navegador. Ed. da Unesp: São Paulo, 1999.

13 WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespânia. Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1993, p. 628-629.

14 A propriedade sobre as coisas visa a autodeterminação patrimonial dos indivíduos, o que permite classificá-lo como direito individual, “sendo possível determinar uma relação direta entre o objeto do direito e o sujeito do direito”. Já em relação à propriedade intelectual, como refere a autora, a relação direta entre propriedade e coisa não ocorre, por uma impossibilidade que não é só ideológica, mas real, devido a sua ubiquidade, além do que, não perece, como os bens materiais (GRAU-KUNTZ, Karin. O que é Propriedade Intelectual? Disponível em <http://www.ibpibrasil.org/O-que-e-Propriedade-Intelectual>. Acesso em 29/01/2014).

induzir sua existência ideológica. E aqui se apresenta o papel fundamental do direito na criação desse artifício.

Teorias com o escopo econômico ganharam fama no século XX, em especial a fase de *Law and Economics*, onde o direito autoral passa a ser visto como um instrumento útil para resolver o problema do desequilíbrio nos lucros, na medida em que a natural abundância do bem imaterial prejudicava os negócios que se perceberam muito lucrativos. Era necessário bloquear, controlar e assim, tornar escasso essa abundância natural. Ou seja, continuava sendo importante controlar, bloquear, valorizar a escassez. Assim Landes e Posner¹⁵ (1989) ganharam a fama pelo alcance de uma “solução” para um “problema” do “copyright”, afetando mesmo o direito de autor proveniente de uma tradição “romano-germânica”. A internacionalização da propriedade intelectual, entretanto, atropela as distinções de origem, de tal forma que na atualidade pouco importa se a origem do instituto está na “common law” ou no direito continental.

Com isso, dez anos depois, William Fisher (1999) reunirá os temas de debates da doutrina sob o manto proprietário, classificando-as em um resumo apertado: (a) na teoria utilitarista, com a maximização do bem-estar social, citando Landes e Posner; (b) na teoria do trabalho, de Locke, cujo nome já a explica, como resultado do esforço pessoal sobre os resultados desse trabalho; (c) na teoria que se escora na personalidade, vinculada à Kant e Hegel, pela qual os direitos de propriedade intelectual criam condições econômicas e sociais para a criatividade, sendo fundamentais para a satisfação das necessidades humanas; (d) a teoria de plano social, pela qual os direitos devem ser moldados de forma a promover a cultura, num sentido inclusivista. Todas, como se observa, sob o manto de uma concepção de propriedade.¹⁶

E assim pode ser observado, nos últimos duzentos anos, como

15 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. An Economic Analysis of Copyright Law. *The Journal of Legal Studies*, v. 18, n. 2, jun/1989. p. 325-363. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/24101229_An_Economic_Analysis_of_Copyright_Law/download acesso em 08/12/2017.

16 FISHER, William. *Theories in Intellectual Property*. s.d. Publicado originalmente em 1999. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>, acesso em 14/04/2017. p. 1-2.

destaca Rainer Kuhlen¹⁷, uma história da privatização e comercialização crescentes, não apenas da informação, mas também do conhecimento. Quer dizer, a transformação dos bens públicos em privados, e os bens relativos à informação e conhecimento dominam hoje os mercados, são forças motrizes da economia, pois são a cada dia mais importantes para qualquer setor, e tornaram-se negociáveis diretamente no mercado. A tese da *tragédia dos comuns*, de Garret Hardin¹⁸ (1968) não pode aplicar-se a bens intelectuais, pois transferir conceitos aplicáveis a bens móveis, tendentes à escassez devido a sua própria natureza, é um erro no mínimo ingênuo, como destacou Kuhlen.

Não é possível comparar o uso de um “bem intelectual, incorpóreo”, a partir do momento em que ele pode ser utilizado ao mesmo tempo por diferentes pessoas, com um “bem material, corpóreo”, como vagas em um estacionamento ou um campo para animais¹⁹. Várias ideias artificiais e ficcionais acerca do direito do autor não eram sequer válidas até o início da década de 1990, quando se tornaram ainda gritantemente inadequadas com o advento da sociedade da informação. Parece um filme de ficção, inclusive de baixa qualidade, porém, o que o marketing não é capaz de fazer? Vende qualquer coisa. É o equivalente a considerar, hoje, apenas as leis da mecânica clássica, quando a mecânica quântica é mais adequada para explicar situações inexplicáveis diante dos limites daquela. Porém, parece que cientistas das “ciências duras” são mais críticos e céticos para aceitar passivamente algumas situações. Fatos são fatos, e não podem ser desconsiderados. Já no plano jurídico, interesses são fatos e são considerados, podendo gerar abordagens dignas de filmes de animação.

Tentando chegar às origens simples, parece inaceitável e vergonhoso expedir uma sentença simples como a que informa que “bens materiais e bens intelectuais” são fundamentalmente distintos, e enquanto a restrição pode ser positiva para os bens materiais, ocorre o oposto com os intelectuais.

17 KUHLEN, Rainer. A informação é um bem público ou privado? Uma perspectiva global, também para as bibliotecas. *Revista Jurídica do Cesuca*. v. 1, jul/2013, p. 90.

18 HARDIN, Garret. The tragedy of the Commons. *Science*, 13 Dec 1968: v. 162, issue 3859, p. 1243-1248. Disponível em <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>. Acesso em 23/10/2017.

19 HARDIN, cit., p. 1247.

Nessa linha, como destaca Kuhlen,²⁰ “pode-se considerar como regra fundamental que a produção do conhecimento será tanto mais criativa e intensa, inclusive em abrangência quantitativamente mensurável, quanto maior for a garantia da liberdade da comunicação científica”. O autor leva diretamente a McLuhan, mas informando que nem é preciso estar na tradição de teóricos da mídia como ele para reconhecer que a realidade midiática é, na perspectiva média, mais eficaz do que a inércia de modelos comerciais e organizacionais.

Em geral, as teorias por onde se debatem os autores entendem que o controle deve existir porque a escassez inexistente é um grande problema, ou seja, a ideia de propriedade e de controle serve como estímulo à criação, garantindo o retorno do investimento e estímulo à criatividade. Tal levou a que se pretendesse dar “ao autor” uma propriedade intelectual, vista como solução para uma “falha” do mercado – porque a verdadeira natureza do “bem intelectual” – é sua imaterialidade (ou ato intelectual – mas teóricos logo trariam igualdade para “produtos” e “serviços”).

Procura-se entender, assim, por que motivo quando nasce um autor, na atualidade, há um direito automaticamente a ele vinculado. Por que dar ao autor um direito? Parece óbvio. Porque ele criou. Sim, criou, mas a matéria prima usada é exclusivamente seu cérebro? Seu gênio criativo? Ou ele tomou emprestadas ideias, conteúdos, inspirações do meio em que vive? Sendo assim, esse direito deve ser pensado de modo a não representar, nem um reconhecimento do “gênio criativo”, típico das ideias iluministas, nem representar uma espécie de vítima dos “fins sociais monolíticos” descrito por Popper²¹ na Sociedade Aberta e seus Inimigos – ou uma vítima dos inimigos da sociedade aberta, no sentido de ser reduzido a uma espécie de mártir proletário que deve oferecer tudo pelo bem de todos: “não podemos sucumbir ao elemento neurótico, histérico”, de uma acentuação exagerada sobre a tensão entre o eu e o coletivo.

O direito autoral, que protege a obra criada pelo autor, deveria estar vinculado a uma reivindicação razoável do autor quanto à proteção

20 KUHLEN, cit. p. 101-103.

21 POPPER, Karl Raimund. A sociedade aberta e seus inimigos. 2a. ed. Milton Amado, tradutor. Itatiaia: Belo Horizonte e São Paulo, 1974. p. 285.

de seu trabalho criativo. Mas, na medida em que se retoma o passado - antes da vinculação do autor à obra como um bem com *mais valia* - é preciso verificar as condições dessa afirmação, considerando que um pressuposto básico é que raramente o autor escreve para si próprio. O autor não apenas expressa algo porque algo foi capaz de despertá-lo, mas também cria, imbuído do desejo de comunicar sua criação, para que também dialogue.

Poder-se-ia sustentar que apesar da escrita pertencer ao ato comunicativo, o autor pode não desejar publicidade²². Sem querer entrar nas teorias monista e dualista²³ do Direito de Autor, ressaltando prerrogativas morais e pecuniárias do direito, como já foi feito em outra oportunidade²⁴. Entrementes, se o autor não deseja publicidade, se poderia

22 E ainda assim, como aponta Victor Drummond (DRUMMOND, 2015, p. 195-197) há um contínuo esvaziamento de alguns direitos de autor, como o direito de arrependimento, o direito de retirar a obra de circulação, e o direito de integridade, “como impedir o uso de mashups musicais”, pois como destaca, “a simples existência e circulação de obras musicais no ambiente virtual” traz tal impedimento, com uma tendência de desvalorização sucessiva, por meio da qual acredita que os criadores “vão compreendendo que faz parte do processo criativo não poder exercer determinados direitos simplesmente em decorrência da impossibilidade fática de seu exercício. O autor destaca que se trata de uma constatação, e que a relativização de conceitos pode ser admitida sem que isso represente defesa de sua relativização (DRUMMOND, Victor Carneiro. O combate ao esvaziamento semântico e ético de expressões utilizadas como ‘mantras’ performáticos no universo do direito do autor. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. Coord. Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. v. II, Juruá: Curitiba, 2014, p. 185-200).

23 Nem mesmo os chamados direitos morais, segundo GRAU-KUNTZ, podem ser considerados de natureza pessoal, de personalidade ou personalíssimos, pois que o direito moral é também reflexo de um valor jurídico que vem destacado no ordenamento jurídico, que é a valorização e exaltação do trabalho individual. E com isso a autora se distancia tanto das correntes monista quanto dualista do direito de autor, entendendo que as prerrogativas morais não são prerrogativas “de autor, mas como todo o restante do Direito, um produto cultural, de modo a circunscrever no núcleo do Direito de Autor apenas as prerrogativas patrimoniais.” (GRAU-KUNTZ, KARIN. Domínio público e Direito do Autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora. Revista do IBPI, 2012. n. 6, p. 38. Disponível em <http://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-6>, acesso em 14/07/2016.

24 KRETSCHMANN, Ângela. Direitos Intelectuais: (re)visitando o direito autoral na era digital. Conceito: Florianópolis, 2008).

pensar na reivindicação de um direito à privacidade para que ele possa proteger-se contra o acesso a algo que percebe, foi por si exteriorizado, mas necessita manter inédito. Ou mesmo o direito de não ser indicado como autor da obra, pois é uma comunicação. Mas não faz sentido conceder direito absoluto sobre algo que efetivamente não é coisa que dependa exclusivamente dele, pois ele e sua obra são resultados de um entorno (e leve-se em conta a diferença entre fundamentalidade e direito absoluto).²⁵

A fundamentalidade do direito autoral o reconduz, como aos demais direitos fundamentais, ao princípio amplo e aberto da dignidade humana, permanecendo ali ao lado de outros direitos básicos – sendo que a relação da dignidade com outros direitos fundamentais não é de integral convergência, pois nem todos correspondem a exigências da dignidade humana, e seu conteúdo é diferenciado.²⁶ Não há por que misturar o direito autoral com os casos em que o autor demanda outro interesse que não seja a proteção de sua obra. Se ele não quer comunicá-la porque não quer se expor, o caso é diferente. Excetuando, portanto, tais casos excepcionais, pode-se entender que as obras produzidas são de e para uma pluralidade, e essa mesma pluralidade tem relação com a autoria que a produziu. E não se está falando na obra colaborativa digital, que é apenas um modo de coautoria.

Exatamente nesse sentido que se entende que o coautor indicado já existe antes mesmo da exteriorização da obra, e com os avanços da ciência, em especial a Física, e até a Física da Informação, isso deixa de ser uma hipótese e não deve mais ser simplesmente ignorado.

2. A instrumentalização da autoria e a autoria como mito

Por mais que se tente entender e inserir os bens criativos no contexto

25 Sobre a diferença entre um direito fundamental, vinculado a uma gama mais ampla de direitos, como o direito de acesso à cultura e informação, e não um direito absoluto, ver SARLET, Ingo Wolfgang; KRETSCHMANN, Ângela. Direitos do autor como direitos fundamentais? Revista Jurídica do Cesuca. V.1, n. 1, jul./2013. p. 17-18. (p. 10-21). Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/363>, acesso em 15/09/20017.

26 SARLET e KRETSCHMANN, cit., p. 19.

proprietário, as dificuldades saltam aos olhos.²⁷ Para compreender é necessário questionar a relação da criação com o ser humano, antes das ideias proprietárias. Como era tratada essa relação, rememorando o passado, se antes não existia propriedade sobre as coisas? O que existia? E se antes não existia a propriedade intelectual sobre os textos, o que é que existia? O que se faziam com os textos e obras? O que eles representavam? Na realidade, teve uma época que o “bem intelectual” não era um “bem”, e não tinha o adjetivo de “intelectual”. Poderia ser outra coisa?

Segundo Foucault²⁸, antes do texto adquirir o status de um bem imaterial sujeito às regras da propriedade, ele constituía simplesmente um ato. Do ato, da ação, passou a ser um produto, que se pode vender, alienar ou guardar. O autor, que era apenas aquele que *discursava*, é sagrado como titular de uma subjetividade poderosa, capaz de produzir bens, passando a ser produtor - como uma árvore que produz frutos que podem ser vendidos.

Entre os romanos, dos quais a “civilização” (ocidental) é herdeira, parece que era compreendido que uma criação intelectual não poderia ser resultado de um único e exclusivo gênio, uma vez que esse gênio expressava de alguma forma seu contexto existencial, com todas as influências decorrentes de tal contexto – daí que era natural um sentimento de uma obra pertencente ao meio, ao contexto, e não exclusiva ao emissor dela. Pode-se dizer que é bastante estranha, a ideia perpetrada pelo direito ocidental, em especial a partir do Iluminismo, de vínculo da obra com a personalidade do autor – e como vimos em item anterior, vários fatores, sociais, econômicos e políticos levaram à mudanças de paradigma, onde o que era visto como inacabado e permanentemente aberto, levou a uma obra fechada e com designação certa de autoria.

As investigações sobre os trabalhos mais influentes na cultura

27 Em outra oportunidade foi exposta a terminologia “direitos intelectuais” como mais aproximada e adequada, considerando as dificuldades da natureza jurídica proprietária representar tais direitos (KRETSCHMANN, Ângela. Direitos Intelectuais: (re) visitando o direito autoral na era digital. Conceito: Florianópolis, 2008).

28 FOUCAULT, Michel. Trad. Inês Autran Dourado Barbosa. Ditos e escritos III: estética: literatura e pintura, música e cinema. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 274-275.

ocidental demonstram que a percepção da criatividade era muito diferente do que é aceita hoje em dia e distancia-se muito mais do atual sistema legal. Na realidade, os escritores ganhavam autoridade “*less by their originality than by their contribution to an ongoing tradition*”. Na antiguidade, a tradição oral determinava uma contínua recriação das obras intelectuais:

*Creativity is the act of blending together individual contributions; it is the act of the ‘sewer of songs’. In modern eyes, this may very much resemble an act of plagiarism. (...) The Homeric works would be construed as products of collective genius as opposed to the romantic idea of individual genius.”*²⁹

Mais do que isso, remete-se a Platão e Aristóteles para compreender a ênfase positiva que foi cunhada acerca da imitação e acumulação para a concepção de criatividade. Apenas com efeito do Romantismo moderno é que a ideia platônica de imitação foi reduzida a uma “sistemática violação da arte”.³⁰ Nesse sentido, veja-se o esforço para a descrição do que seria o “gênio criativo” de Alexander GERARD (de 1774)³¹, tratando detidamente de critérios, da faculdade da mente, a influência do julgamento, sua dependência de outros poderes da inteligência, das várias espécies e qualidades de ideias, flexibilidade da imaginação e variedade de memória, sua influência e tipos de gênio, para a arte e para a ciência.

Portanto, conceitos de autoria e originalidade da obra são modernos, “cunhados de acordo com o Romantismo, os quais há muito tempo já foram desconstruídos pelas teorias contemporâneas acerca do fenômeno da

29 FROSIO, Giancarlo F. *Rediscovering Cumulative Creativity From the Oral Formulaic Tradition to Digital Remix: Can I Get a Witness?* The John Marshall Review of Intellectual Property Law: Chicago, 2014. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 16 nov. 2018. p. 347 e 348, 356.

30 “According to modern studies, ancient Roman literature knew three forms of literary imitation – ‘interpretatio, imitatio and aemulatio’. The interpretatio was the less original adaptation and coincided with the direct translation of one source. The imitatio was an adaptation that consisted in the borrowing of form, or content, or both from one or more renowned Greek sources” (FROSIO, cit, p. 3510).

31 GERARD, Alexander. *An Essay on Geius*. W. Trahan; T. Cadell e W. Creech in the Strand: : Edimburgh, 1774.. Disponível em <<https://ia600204.us.archive.org/11/items/essayongenius00gera/essayongenius00gera.pdf>>. Acesso em 04 dez. 2017.

autoria”, como expresso por Liz Saas. A autora destaca que, em geral, diz-se que o conceito de autoria tem se aprofundado, mas se limitado a destacar novas formas de autoria, como a autoria colaborativa. Ou seja, sem ir além. A autora reforça que isso não é suficiente, pois falta trabalhar o fenômeno da autoria, saturado já de um discurso oficial implicado no senso comum teórico dos juristas, citando a conhecida expressão de Warat³².

A movimentação jurídica pelo reconhecimento da autoria, vinculado a um direito de exclusiva teria iniciado apenas quando os tipos móveis foram criados por Gutenberg, em 1450, ou seja, quando fisicamente foi possível a reprodução das obras em maior escala. Agora, a reprodução em forma exponencial ocorre em virtude das tecnologias de informação e comunicação e da internet. Então, historicamente temos primeiro, o surgimento do plágio, depois, da propriedade (lembrando aqui, inclusive, a questão dos direitos do Editor) e depois, do direito de autor.

Por outro lado, é a ideia de plágio que é bastante antiga, pois conhecido ainda séculos antes da era cristã. Mas essa ideia de plágio, como roubo de obra alheia, não tem qualquer vínculo histórico com a ideia de reconhecimento moderno da autoria. Já o reconhecimento da autoria sim, tem relação com um período romântico de desenvolvimento dos ideais de propriedade e personalidade, atingindo seu ápice nos ideais revolucionários americano e francês. Aqui já é possível perceber alguma dificuldade em relacionar o plágio (como uma cópia de criação alheia), com um direito autoral (direito sobre uma criação original). O plágio acabou também sendo utilizado como instrumento para banir qualquer sinal de uso alheio de informação ou mesmo inspiração, propagando o medo em autores que já não sabem mais se o que fazem pode ser plágio ou se é de livre expressão, uma vez que deveria restringir-se a apropriação de obras intelectuais e não incidir também sobre eventual expressão nova de obra calcada ou inspirada em obra anterior – essa é a parte mais cruel de uma ausência de compreensão da questão, e uso do direito autoral para fins e interesses próprios, auxiliando o controle e a limitação que interessa

32 SASS, Liz Beatriz. Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade: a sustentabilidade como limite. Tese de Doutorado. UFSC, Florianópolis, 2016. cit., p. 101 e 102.

a alguns poucos.

Foram abordados exemplos de que na época antiga e medieval uma espécie de colaboração era aceita, também a imitação, a cópia e outras formas que não eram vistas do modo pejorativo como são hoje, muito provavelmente porque a cópia não era na época algo fácil e mecânico, mas também demandava uma habilidade. Na realidade, era possível adaptar textos para novas versões, sem que isso significasse uma afronta, antes pelo contrário, era visto como homenagem.

Nesse sentido, GAZDA³³ introduz o resultado do trabalho de pensadores a respeito da marginalização de obras, considerando que se percebeu a necessidade de revisão dessa marginalização, entendendo que as “cópias romanas” seriam neoclássicas ou trabalhos idealizados merecendo consideração e reconhecimento como expressão legítima da cultura e problemas romanos. A ideia de “cópia romana” foi desenvolvida basicamente sobre dois dogmas: a) a valorização da arte grega, e b) a insistência sobre a autenticidade e inovação artística.

A confusão e prejuízo advindo de tal preconceito levou alguns autores a confundirem obras, a ponto de designarem como gregas o que seria legitimamente romano, como o Apolônio Belvedere, reverenciado como grande exemplo de estilo clássico grego. A arte romana só foi revista com as possibilidades do olhar pós-moderno, pois o modernismo nunca viu com bons olhos a cópia. Apenas a partir de 1980 os estudos acerca da cópia romana começam a ter outro rumo, com a rejeição do artista como alguém independente, que cria do nada. A noção de “morte do autor” altera o conceito de autor/artista, criador de um original, e recoloca o copista como alguém igualmente merecedor de mais atenção, e menos repressão. Reações mais contundentes vieram dos estudiosos do século XX, apontando ausência de expressão criativa individual, sendo que “certainly the Romans would have found the modern rejection of the predecessors peculiar, perhaps even foolish,”³⁴ considerando ainda que mesmo as referências dos originais de Horácio e Virgílio formam

33 GAZDA, Elaine K. Introduction: Beyond Copying: artistic originality and Tradition. cit., p. 5, 7. 9.

34 GAZDA, Elaine K. Introduction: Beyond Copying: artistic originality and Tradition. cit., p. 12.

resultado de um propósito político, representando deliberadamente o regime de Augusto na sua intenção de tornar Roma uma cidade de esplendor helenístico, uma vez que para o regime romano tradicional e conservador, a arte considerada luxúria grega era perigosa para servir de exemplo para os valores romanos. Melhor, portanto, ver a arte grega como estranha aos elementos romanos, e aceitar que a arte grega também representava um papel político na busca da paz em meio às guerras.

A autora GAZDA destaca que o grupo não foi tão longe a ponto de aceitar a teoria da “morte do autor”, ou a impossibilidade da criatividade pessoal, mas levantou aspectos sobre as limitações acerca das teorias que fragilizam a “cópia” e aumentaram a distância e temor acerca do prejuízo que tais teorias possam ter trazido, levando em conta recentes teorias da cópia artística, imitação, apropriação, alusão, emulação e intertextualidade.³⁵

Não era simplesmente aceito, sem dúvida, “vestir as honras de outrem”, ou tentar passar por autor no lugar de outrem, como até hoje não é. Ainda que não houvesse um direito a regular esse gesto a princípio exclusivamente imoral e antiético. Mas as ideias de propriedade, e de reconhecimento de um direito autoral não foram unidas por mera coincidência, vêm justamente de uma época em que surge a industrialização da cultura, onde a imprensa constituiria um marco da mecanização dessa cultura, como se verá adiante.

3 O mito da originalidade e do desejo de converter-se em mito

O mito da originalidade também segue o mesmo caminho já trilhado para a questão da autoria. Os temas estão intrinsecamente relacionados. O foco sobre a originalidade de uma obra surgiu também com a imprensa, como destaca Carboni,³⁶ pois antes dela os manuscritos acabavam sofrendo alterações, com comentários frequentes nas cópias seguintes, de modo que com a imprensa o texto passou a constituir uma

35 GAZDA, Elaine K. Introduction: Beyond Copying: artistic originality and Tradition. cit., p. 14.

36 CARBONI, 2014, p. 140-141.

palavra definitiva do autor para o leitor, e assim, “ao perceber uma obra como fechada, separada de outras obras, uma unidade em si mesma, a cultura impressa dá origem às noções românticas de “originalidade” e “criatividade”, uma cultura estética isolacionista”³⁷, à qual será oposta depois às doutrinas da intertextualidade.

A questão da originalidade, que é subjetiva, é tema de permanente debate, e não se pode deixar de abordá-la aqui. Além disso, é evidente que os desenvolvimentos tecnológicos têm tornado cada vez mais difícil mensurar a originalidade das obras, mormente porque a criação está por vários aspectos vinculada ao que já foi desenvolvido e publicado – e sempre se pode ir além, indicando que mesmo o que está inédito de alguma forma atinge as novas criações.

Nesse sentido, Karin Grau-Kunz destaca que O uso do vocábulo “estético” no contexto jurídico sempre é alvo de resistência e crítica, ainda que seja inevitável lançar mão do qualitativo “estético” a fim de determinar quais criações intelectuais são merecedoras de proteção jurídica. A autora parte do ponto de vista sociológico, entende que o “estético” aí perde parte de seu subjetivismo, pois o sentimento individual do belo, agradável depende de padrões culturais predeterminados. Ou seja, não aplica-se o vocábulo no seu sentido cotidiano e aberto, mas dentro de uma linha teórica que a autora adota para desenvolver suas ideias, esclarecendo que o ato de criação é resultado de um produto histórico: se a criação fosse realmente produto exclusivo da percepção pessoal não teríamos sequer uma história, ou seja, tudo o que se faz está vinculado a uma memória, que é o que faz com que se desenvolva uma história da arte, e até uma filosofia da história. A autora destaca, assim, que a legitimação da proteção “patrimonial, por sua vez, encontra-se na verificação de grau mínimo de originalidade”.³⁸

37 CARBONI, Guilherme. Direito Autoral, Diversidade das Expressões Culturais e Pluralidade de Autorias. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva & WACHOWICZ, Marcos. Coord. Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Juruá, Curitiba, 2014, p. 137-150.

38 KUNTZ, KARIN-GRAU. Domínio público e Direito do Autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora. Revista do IBPI, 2012. n. 6, p. 10-23, 30. Disponível em <http://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-6>, acesso em 14/07/2016.

Para a autora, a originalidade trata-se de uma *contribuição reflexivo-transformadora* contida na criação intelectual, é o único critério capaz de legitimar a proteção patrimonial, ao mesmo tempo em que traça seus limites, não sendo o vínculo de personalidade que liga o autor à sua criação (ou individualidade) que efetivamente legitima a exclusividade e controle de acesso, mas sim essa “contribuição reflexivo-transformadora”³⁹ – um filtro que permite reconhecer algo como uma criação intelectual original, que é justamente o sentimento estético de cada indivíduo, no sentido de que “criações intelectuais originais comunicam alguma coisa, porém, à ausência do aspecto estético necessário que lhes permite serem compreendidas, elas permanecem mudas”.

Karin Grau⁴⁰ demonstra que para o direito, “não há espaço para pensarmos o que é arte”, “o que interessa é a decisão *sobre* a originalidade da criação intelectual”. E é justamente o que a Lei Autoral brasileira diz: são protegidas as obras intelectuais originais. Muitas obras são intelectuais, artísticas e literárias, mas nem todas são dotadas de originalidade, e a lei a exige. A autora pontua que há criações intelectuais que são “criações intelectuais em geral, as “obras”, que incorporam uma “contribuição reflexivo-transformadora”, e propõe balizas⁴¹ para chegar à conclusão do

39 A autora esclarece aqui que o sentimento estético envolve conhecimento prático, histórico e teórico (p. 33 e 35).

40 KUNTZ, KARIN-GRAU. Domínio público e Direito do Autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora, cit., p. Revista do IBPI, 2012. n. 6, p. 38. Disponível em <http://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-6>, acesso em 14/07/2016.

41 Em um resumo apertado: a) A primeira impressão – o conteúdo expressivo deve ser capaz de gerar espontaneamente reação por parte do receptor, ela deve ser capaz de comunicar alguma coisa. Seria, nas palavras da autora, um “termômetro” do “grau de variação e/ou transformação cultural.”

b) Consideração dos elementos da criação intelectual – observa-se por seus elementos simbólicos, sem perder de vista o que constituem o todo. É uma análise que deve ser procedida por alguém iniciado nas artes, não precisa ser um especialista, mas que tenha condições de compreender a criação sob o aspecto de técnica simbólica.

c) Interação da obra com seu meio ambiente – esta terceira baliza proposta seria a baliza sociológica, que busca responder “quando uma criação é original”, sendo que a originalidade deve ser procurada na existência “de uma relação e estética entre a criação intelectual e o receptor”. Nesse último aspecto, quando a autora apresenta situações concretas e usa as balizas, deixa claro que o quadro pintado com preto no fundo branco só alcança resultado insignificante em relação às balizas estéticas, mas

que seriam obras protegíveis, que todavia não serão aqui analisadas, pois merecem um estudo à parte.

De todo modo, a análise da originalidade pode transformar-se em uma árdua tarefa, mormente considerando a vontade da Lei de superproteção, e as características da era informacional. Ao lado de maior produção e distribuição, as obras hoje são cada vez mais parecidas umas com as outras. O “estilo” que antigamente servia apenas como guia a outros artistas, agora confunde-se com a própria obra, pois o estilo é que determina um determinado público e os donos dos meios de distribuição escolhem os estilos e públicos, e mudar de estilo implica correr risco de perder lucros. Por isso, programas são tão idênticos em emissoras diferentes. Interessa que, com a tecnologia, há produção em massa e produção de cultura de massa. Poucos produzem para bilhões, generalizando-se o gosto de modo que produtos sejam consumidos por um grande público. Se o estilo se confunde com a obra, pode-se dizer que não há criação original.⁴²

Lembramos que Horkheimer e Adorno⁴³ já destacaram que a própria produção cultural se assumiu como indústria, no sentido de justificar que o lixo produzido se reduz à necessidade de produção de lucros, numa economia de mercado, de modo que sequer se pretende como “arte”, mas que se impõe como *locus* privilegiado de difusão de uma padronização de percepção de mundo, e bem assim, gerando estigmas e preconceitos. E com a internet, que se pensava romper esse círculo vicioso,

conseguiu alcançar a terceira, comunicando-se com o público. Nesse caso, recebe proteção autoral, mas ao mesmo tempo, enfraquece sua possibilidade de reclamar por eventual plágio, só podendo fazê-lo se uma reprodução trouxesse a mesma conotação comunicativa que o quadro original provocou. Já no exemplo das assinaturas, a autora lembra que elas são um excelente exemplo da individualidade de alguém, e se os critérios de proteção fossem a individualidade e unicidade, a assinatura teria proteção autoral, o que seria um absurdo, pois ela é prova de consentimento jurídico. Por outro lado, a assinatura não preenche nenhuma das balizas... ou seja, não é dotada de originalidade, não merecendo proteção autoral (GRAU-KUNTZ, Karin. cit., Revista do IBPI, n. 6, p. 48, 58 e 63).

42 HORKHEIMER, Max & ADORNO, Theodor. Indústria cultural e sociedade. Paz e Terra: São Paulo, 2002. p. 6-8.

43 HORKHEIMER, Max & ADORNO, Theodor. Indústria cultural e sociedade. Paz e Terra: São Paulo, 2002. p. 18.

não se pode dizer que há o acesso universal, mas que existem acessos parciais que impedem que as pessoas possam fazer escolhas que não sejam pré-determinadas pela indústria cultural. Assim, a arte foi reduzida a seus efeitos, ou seja, gerar lucros.

A produção de sentido ficou relegada ao segundo plano, ou extinta, pois importa mais o efeito do lucro. Como destaca Adorno, diferenças entre “séries”, como Chrysler e GM ou Warner Brothers e MGM são ilusórias. De fato, o autor previu o vazio estético e, pelo menos, é possível sentir a ausência dele. A indústria cultural consiste na repetição, sua ideologia são os negócios, e sua força reside no seu acordo com necessidades criadas, e não em contrastes da onipotência em face da impotência. O espectador não deve trabalhar com a cabeça, deve ter prazer sem esforço algum. Chega a manifestar que a indústria cultural herdou a “função civilizatória” da democracia e da livre iniciativa, que na realidade nunca manifestou uma sensibilidade muito refinada quanto às diferenças espirituais, mas “a liberdade na escolha das ideologias, contudo, que sempre reflete a pressão econômica, revela-se em todos os setores como liberdade do sempre igual”.⁴⁴ A liberdade, sob o efeito da pressão econômica, é a liberdade do “tudo igual”.

Não sem razão, Rainer Kuhlen manifesta que a proteção jurídica reforçou garantias para proteger o interesse da comercialização do conhecimento e da informação, reforçando a propriedade intelectual por meio da extensão temporal da duração da proteção, extensão dos direitos a objetos vivos, conhecimento deles e seu aparecimento na natureza, extensão a softwares, a banco de dados, reforço da harmonização internacional e a própria redução das exigências de originalidade, entre outros⁴⁵.

Se a originalidade é requisito do conceito de autoria, como diz Walter Benjamin⁴⁶, talvez o próprio Benjamin já estaria percebendo a

44 HORKHEIMER, Max & ADORNO, Theodor. Indústria cultural e sociedade. Paz e Terra: São Paulo, 2002. p. 43.

45 KUHLEN, Rainer, cit., p. 93.

46 BENJAMIN, Walter. The work of art in the Age of Mechanical Reproduction. Disponível em: <http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/ge/benjamin.html>

importância do potencial comunicador da reprodutibilidade, já que o pensar deste autor é bastante simpático à técnica que traria à arte novas formas de representação. E ele exige uma politização da arte e de seus produtores, como uma crítica e resistência ao fascismo e suas formas de manifestação estéticas. As novas formas de reprodução alteram o caráter da obra de arte, e a cópia não será vista como falsidade ou imperfeição (o que era visto por Platão), e no seu âmago procurou trazer à compreensão a ideia de que a obra de arte já nasce para a reprodutibilidade. Isso ocorre com a emancipação da obra de arte do seu valor de culto, aproximando-se do público, e, com sua secularização (seu valor estético deixa de ser eterno) ela também se politiza quando a multidão vê a si mesma na própria arte – em grandes eventos públicos⁴⁷.

De fato, assim como a reprodução da obra de arte quebrou a unicidade da obra e a trouxe para perto do público, isso foi prontamente percebido por sistemas políticos e econômicos que assumiram a arte como mercadoria. Mas Benjamim chamou a atenção para o fato de que a reprodução em si constituía também uma forma própria de arte. Mas, assim como a aceitação pública da cópia é imediata, também o é o aproveitamento do sistema capitalista e a redução da arte a uma mercadoria. Pior, uma mercadoria que teria como pano de fundo uma suposta originalidade.

Para conseguir perceber a originalidade de outros ângulos, e desqualificá-la como mito, é necessário olhares forasteiros, estrangeiros, olhares que digam algo mais sobre o que é dito e reproduzido no direito. Talvez assim se possa sair de um monólogo rumo a um diálogo sobre esse tema.

4. Algumas visões distintas de concepção da originalidade

Autoria, originalidade (e também as últimas versões do que constitui plágio), são conceitos criados no interior de uma tradição proprietária, sedenta por justificar a exploração econômica do que se percebeu,

47 VAZ, A. F. Da modernidade em Walter Benjamim: crítica esporte e escritura histórica das práticas corporais. Educar. Editora da UPFR, Curitiba, n. 16, 2000, p. 67. (61 a 79)

auxiliou a construir um excelente modelo de negócio. Para a época atual, entretanto, outros modelos de negócios foram florescendo, forçando a compreensão de que nem tudo o que se teorizou – além de não fazer sentido – não precisa ser mantido, pois interesses distintos surgem para renovar a compreensão do problema.

Além disso, saliente-se que é muito difícil observar e tecer uma solução vinda de dentro do próprio problema. A ideia, portanto, aqui, é visitar outras áreas não sufocadas por uma filosofia da consciência que criou artificialmente as justificativas que serviram de fundamento para o direito de “propriedade” intelectual.⁴⁸ Um olhar externo pode, se não auxiliar a encontrar uma solução, trazer um ar fresco para que se possa respirar em meio à lona de um circo que está velho, cansado, caindo em cima de palhaços tristes e desencorajados de seguir na jornada romântica da modernidade. O paradigma está cansado, e também seus atores – incluindo-se aí a enorme soma de professores que foram quase que doutrinados a repetir fórmulas sobre o direito autoral e sua pretensão de ser o único estímulo que alguém precisa receber para criar.

4.1 A resistência do paradigma mesmo diante das revoluções da filosofia e da comunicação

O advento das tecnologias da informação e comunicação fez surgir obras intelectuais geradas por colaboração, onde a individualidade de um autor não é possível de ser identificada, e nem por isso cessou de crescer e se expandir. Ainda assim, o conteúdo da plataforma Wikipédia, por exemplo, pode ser reproduzido apenas se lhe for atribuído os créditos, do contrário, conforme Wachowicz e Foutoura Costa⁴⁹, há violação de

48 A interpretação não é um ato complementar e posterior à compreensão, mas compreender é sempre interpretar, e por isso a interpretação é a forma explícita da compreensão, como restou claro com Gadamer que deixa ainda mais clara a posição central da linguagem na filosofia (GADAMER, Hans-Georg. Verdad y metodo. Sígueme: Salamanca, 1994. 2a. ed., v. I, trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, p. 379).

49 WACHOWICZ, Marcos. COSTA, José Augusto Fontoura. Plágio Acadêmico. Curitiba: Gedai Publicações, 2016. p. 32. Os autores também apontam (p. 40) que “a ojeriza ao plágio parece ter se agudizado, senão surgido, ao longo dos dois ou

direitos autorais. Os autores destacam ainda que o argumento principal da defesa “dos interesses coletivos é de que o investimento estatal para criar a escassez, transformando bens livres em bens econômicos, e portanto, criando uma sistemática de incentivo e remuneração, nem sempre se justifica, pois os benefícios do livre acesso à informação, tanto como bem de consumo, quanto na forma de insumo produtivo, pode superar o modelo vigente em termos de incentivo”.⁵⁰

O plágio, assim como a autoria e a originalidade, sofreu com a intensa propagação da ideia de “gênio criativo” moderna, fortalecida pelo investimento dos lucros da indústria cultural em marketing pelo controle das obras. A figura do plágio foi sendo igualmente subjugada por um terceiro ator (indústria) que usou a figura do autor como bandeira para proteger seus interesses lucrativos. O mesmo aconteceu com a questão da “pirataria”, com marketing intenso sugerindo que mesmo no recinto fechado de sua privacidade as pessoas estão cometendo um crime horrendo ao acessar uma obra, devido às novas formas tecnológicas de acesso que representariam uma reprodução ilícita dessa obra. Assim, cada dia mais o que era natural, como ouvir uma música no rádio, passou a sofrer risco de extinção, não porque o rádio seria extinto, mas porque o domínio sobre a obra se estendeu demais.

Mas a reprodução em escala nunca antes vista trouxe também outras novidades. Não apenas essas ideias foram difundidas, banindo do indivíduo a chance de satisfazer sua natural curiosidade, acessando uma obra para ler ou uma música para ouvir. Com a facilitação da transmissão em escala digital, que a maior parte da doutrina conceitua como forma de reprodução, como destaca PESSERL⁵¹, “a tecnologia digital trouxe profundas alterações no conceito de autoria e nos processos de criação”, sendo que a interatividade relacionada com o usuário traz ao momento

três séculos passados”. Nessa passagem, os autores (ibidem) citam Ascensão, 1997, Pcciotto e Campbell, 2003, e Wachowicz, 2011.

50 WACHOWICZ, Marcos. COSTA, José Augusto Fontoura. Plágio Acadêmico, cit. p. 59.

51 PESSERL, Alexandre. Notas introdutórias a um estudo do direito de reprodução de obras autorais no ambiente digital. In: WACHOWICZ, Marcos, coord. Direito Autoral & Marco Civil da Internet. Curitiba: Gedai Publicações, 2015. p. 229.

um novo e inesperado coautor. O autor sugere, então, que sempre haverá origens e influências que fazem o autor interpretar o mundo, de modo que “toda originalidade é relativa, mesmo na presença indiscutível do gênio”.⁵²

Karin Grau-Kuntz destaca que “hoje, em pura contradição com a essência da proteção autoral, quer-se ver na proteção patrimonial (garantia de prerrogativas exclusivas de acesso à obra intelectual” um “direito” de controle do processo criativo intelectual.”⁵³ Parece ser necessário recuperar um sentido não pejorativo do vocábulo “imitar”, pois ele nem sempre irá caracterizar plágio, pelo contrário, pode caracterizar justamente obra original, criativa.

De fato, não se quer em absoluto defender o plágio, pelo contrário, mas ao mesmo tempo é de se ter em conta que com a difusão tecnológica, a questão da originalidade deve ser melhor esclarecida. Há aumento na transmissão de informações, muitas vezes confundidas com obras intelectuais – e isso muitas vezes intencionalmente, a fim de banir uma espécie de concorrência, dado ao intenso mercado de negócios envolvendo as obras intelectuais -, além do que, nem sempre há intenção de se passar por autor de algo que se transmite, pois o desejo é apenas transmitir a imagem ou texto, sem intenção de usurpar. Observe-se que passamos a nos concentrar nos meios que são utilizados para transmitir algo.

Na medida em que as pessoas se concentram menos em “quem” transmitiu, e mais nos meios usados para transmitir, sem intenções de usurpação, mas de transmissão, efetivamente, acabamos por nos aproximar das previsões de McLuhan,⁵⁴ de que o acesso à informação seria abundante, ainda antes do surgimento da internet. O acesso à

52 E que talvez fazer ciência demandasse uma construção de conhecimento incremental, enquanto criar arte demandasse “romper com o vigente para apreender o espírito”, mas admite que não há como empreender essa ruptura, pois existem sempre influências do mundo (PESSERL, Alexandre. Notas introdutórias a um estudo do direito de reprodução de obras autorais no ambiente digital. In: WACHOWICZ, Marcos, coord. Direito Autoral & Marco Civil da Internet. Curitiba: Gedai Publicações, 2015. p. 230).

53 Revista do IBPI, n. 6, p. 30.

54 McLUHAN, Marshal. A galáxia de Gutenberg. Editora Nacional, USP: São Paulo, 1972.p. 56.

informação além disso seria instantâneo, e a aprendizagem, na sua maior parte, deixaria de estar centrada no espaço fechado da sala de aula, com aprendizado permanente, contínuo, de todos, através de múltiplos meios de processos de aprendizagem. Em especial, os distintos meios pelos quais conteúdos são transmitidos colocou o conteúdo em segundo plano, e no primeiro plano o próprio meio que o transmite. Assim, McLuhan mostrou algo que ainda nem existia, e que na atualidade pode ser melhor compreendido. Na época de McLuhan os computadores pessoais eram apenas um sonho distante, o que não o impediu de afirmar que o aprendiz do futuro teria que ter domínio sobre o meio que transmite o conteúdo, sob pena de nada dominar. Daí as previsões de que o meio é a mensagem, pois o meio em si, também é conteúdo, e que os meios passam a ser a extensão do ser humano.⁵⁵

De longa data convive-se com criações intelectuais que não possuem um sujeito definido, e podemos fazer um paralelo com as criações intelectuais da era digital com as lendas, usos populares, adágios, o folclore. Entretanto, pode-se pensar que com o fortalecimento de um direito autoral restritivo até o próprio folclore pode já estar condenado. Não há a identidade de um autor por detrás de determinada lenda, mas há um pertencimento ao todo.

McLuhan distinguiu pelo menos três eras de comunicação, escrita, oral e eletrônica (onde outras classificações apontam para fase pré-verbal, oral, literária, elétrica e eletrônica)⁵⁶, nenhuma dessas e de outras classificações poderia deixar de considerar a comunicação como expressão de informações, que pode ocorrer no plano macroscópico, através de todas as classificações tangíveis e perceptíveis, e aquela existente no plano microscópico, da energia, do inconsciente, do próprio inconsciente coletivo, aquela conhecida como a comunicação da “informação” propriamente dita, aquela informação que é conduzida e que na Física da Informação substituiu a própria energia.

55 TREMBLAY, Gaetan. De Marshall McLuhan a Harold Innis ou da Aldeia Global ao Império Mundial. Revista Famescos, Porto Alegre, n. 22, dez/2003, p. 13-23.

56 LOGAN, Robert K. The Five Ages of Communication. Exploration in Media Ecology. V.1, n.1, 2002, p.13-20. Disponível em http://openresearch.ocadu.ca/id/eprint/891/1/Logan_Five_2002.pdf. Acesso em 27/10/2017.

McLuhan, entretanto, como *Oráculo da Comunicação*⁵⁷, é visto por críticos como determinista tecnológico, pela própria concepção da evolução das mídias nos períodos da civilização da oralidade, civilização da imprensa (Gutenberg) e civilização da eletricidade (galáxia de Marconi), e devido à ênfase que concede ao caráter mecânico da produção da mídia, incluindo a reprodução mecânica e a linearidade do pensamento. Para McLuhan, a “imprensa foi a primeira mecanização de uma arte antiga e tem conduzido à mecanização posterior de todas as profissões manuais”. McLuhan chega a citar o conto de um sábio chinês, explicado pelo físico Werner Heisenberg: “ouvi meu mestre dizer que quem quer que use máquina acaba fazendo tudo como se fosse uma máquina. Aquele que faz seu trabalho como uma máquina passa a ter o coração à semelhança da máquina, e aquele que traz o coração de uma máquina no peito perde sua simplicidade”⁵⁸.

Há uma certa dissidência de McLuhan em relação à Escola de Frankfurt, em especial em relação a Adorno e Horkheimer, pois ainda que concordem entre si sobre o caráter mecânico da cultura, discordam sobre as causas da industrialização da cultura. McLuhan entende que a mecanização da cultura resulta da invenção da imprensa do século XV (a imprensa seria a primeira mecanização de uma arte antiga, e conduziu à mecanização posterior de todas as profissões manuais)⁵⁹, ou seja, o

57 TREMBLAY, Gaetan. De Marshall McLuhan a Harold Innis ou da Aldeia Global ao Império Mundial. Revista Famecos, Porto Alegre, n. 22, dez/2003, p. 13-23 (p. 14-16).

58 McLUHAN, Marshal. A galáxia de Gutenberg. Editora Nacional, USP: São Paulo, 1972. p. 56.

59 Nesse sentido: “As extensões de nossas faculdades e sentidos passaram a constituir um campo único de experiência que exige se fazer coletivamente consciente. Nossas tecnologias, à semelhança de nossos sentidos particulares, exigem agora um intercurso e mútuo relacionamento que torne possível sua co-existência racional. Enquanto nossas tecnologias foram tão lentas quanto a roda ou o alfabeto ou o dinheiro, o fato de se terem constituído sistemas separados e fechados foi, social e psiquicamente, suportável. Já isto não se pode dar agora, quando a visão, o som e o movimento são em toda extensão simultâneos e globais” (McLUHAN, Marshal. A galáxia de Gutenberg. Editora Nacional, USP: São Paulo, 1972. p. 22). Assim como os eventos físicos eram isolados, e deixaram de sê-lo, como destaca Louis de Broglie ao descrever “A Revolução da Física”, também não se pode mais isolar os eventos tecnológicos, compara McLuhan (p. 23).

ser humano é o produto da cultura da impressão vinda de Gutenberg, enquanto que para a Escola de Frankfurt a homogeneização e reprodução industrial ameaça a cultura da emancipação herdada do Iluminismo.

Com a Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, restou esclarecido que a indústria cultural trouxe a tudo um ar de semelhança, as diversas formas de expressão cultural passaram a apresentar certa uniformidade. Reduziu-se a diversidade, que agora é apenas aparente, dando lugar à homogeneidade. Lembra-se do modelo de sociedade de Adorno, do capitalismo monopolista. O produto “arte” é produzido de acordo com a intenção descoberta previamente do desejo do produto. E diminui-se o exercício da imaginação e da espontaneidade, que vão se atrofiando, reduzidas ao consumo: “A imitação é colocada como algo absoluto. O estilo é universal, tecnicamente condicionado. Os produtos sofrem estilização, submetem-se a certa ‘unidade de estilo’, o que Nietzsche denomina de barbárie, degradação da qualidade da obra” - como exemplo, a música não apresenta sons novos, segundo Adorno, mas passa a excitar, apenas⁶⁰.

Segundo McLuhan⁶¹, mudanças ordinárias nos modos de falar e agir do homem estão ligadas à adoção de novos instrumentos, e bem assim, se o ser humano tivesse refletido sobre isso antes, teria dominado a natureza e os efeitos da tecnologia, e não seria dominado por ela. Cita muito apropriadamente um dos livros de maior influência do século XX, de Karl Popper⁶² e a reflexão sobre a sociedade aberta e o mal-estar da civilização, informando que este é consequência da ruptura da sociedade fechada, e a tensão é o preço a ser pago por todo aumento no conhecimento, “na razoabilidade, na cooperação e no auxílio mútuo, e consequentemente, em nossas chances de sobrevivência e de crescimento

60 A diferença entre McLuhan e Adorno estaria na busca, deste último, dos motivos para além da aparência das coisas, refutando os conceitos e explicações que detêm a função de não fazer pensar e tendem a transformar-se em ideologia, desenvolvendo-se em um terreno mais teórico. Já McLuhan relaciona aspectos materiais da mediação e da cultura, tem uma abordagem mais concreta, mas ambos veem a modernidade como insensível para as formas de entendimento (DOMINGUES, José António. Labcom: O paradigma mediológico, cit., 2010, p. 165-167).

61 Seguindo aqui as ideias do biólogo J. Z. Young (Cfe. Domingues, cit., p. 167).

62 POPPER, Karl Raimund. A sociedade aberta e seus inimigos. 2a. ed. Milton Amado, tradutor. Itatiaia: Belo Horizonte e São Paulo, 1974.

demográfico”⁶³. Nesse sentido o meio é a mensagem,⁶⁴ pois o meio cria um novo ambiente, que não representa um entorno passivo – ele se comunica e nos comunicamos com ele⁶⁵.

Com esse caráter mecanicista da cultura, destacado tanto por McLuhan quanto pela Escola de Frankfurt (entenda-se tal mecanização cultural como resultado da imprensa, ou seu contrário, a imprensa como causa da mecanização cultural), depara-se com uma cultura que é desgastada e frágil em termos de originalidade. Desgastada, ou porque confunde-se transmissão com conteúdo e informação com obra, ou mesmo porque desde o iluminismo se superestimou a criação intelectual, como se tudo o que o ser humano exterioriza fosse digno de ser protegido como obra intelectual – enquanto, de fato, percebe-se grande vulgarização das criações, repetições e ausência de criatividade. Como destaca McLuhan:

Como as línguas são tecnologias, no sentido de constituírem prolongamento ou expressão (exteriorização) de todos os sentidos ao mesmo tempo, ficam elas mesmas imediatamente sujeitas ao impacto ou intrusão de qualquer expansão mecânica de algum sentido. Isto é, a escrita afeta diretamente a palavra não só em suas inflexões e sintaxe, como também em sua enunciação e usos sociais⁶⁶.

Inúmeras acusações, inclusive de plágio, não passariam também pelo crivo de acusação idêntica, uma vez que a repetitividade de manifestações é evidente, e seu autor nem sempre percebe que o que

63 MCLUHAN, Marshal. A galáxia de Gutenberg. Editora Nacional, USP: São Paulo, 1972.cit., p. 24, 27.

64 “Os meios, ao alterar o meio ambiente, fazem germinar em nós percepções sensoriais de agudeza única. O prolongamento de qualquer de nossos sentidos altera nossa maneira de pensar e agir – o modo de perceber o mundo. Quando essas relações se alteram, os homens mudam

65 “A IBM só começou a navegar com boa visibilidade depois que descobriu que não estava no ramo da produção de máquinas e equipamentos para escritórios e sim de processamento da informação” (MCLUHAN, Marshal. Os meios de comunicação como extensões do homem. Trad. de Décio Pignatari. Cultrix: São Paulo, 1964. p. 23).

66 E por isso que “sociedades não-alfabetizadas não podem ‘ver’ filmes e fotos sem que para isso sejam devidamente treinadas”, como demonstra com um exemplo bem interessante em seu livro (MCLUHAN, Marshal. A galáxia de Gutenberg. cit., p. 63-64)

pensa criar já é velho⁶⁷.

É difícil falar de originalidade ou ausência dela e não se deparar com a questão do plágio sob o aspecto linguístico – considerando a linguística como o estudo que visa explicar o fenômeno da linguagem. Para Dione Pecorari⁶⁸, o plágio necessita de uma análise linguística, uma vez que se trata antes de um fenômeno linguístico do que uma violação de leis e princípios éticos. Esclarece a autora que além de um ato que viola regras éticas, em especial na academia, é também um ato de uso linguístico. A questão para a qual chama a atenção é de que, em geral, compara-se o plagiário a um ladrão, o que comprova que o discurso está rodeado de termos morais, sendo o *roubo* uma metáfora muito comum para o plágio.

A autora (ibid.) destaca que o tratamento dado ao texto relativo ao plágio é bem diferente do tratamento dado a outros aspectos do texto. Enquanto a ideia de pobreza na organização textual tem seu oposto no texto organizado, o oposto do plágio é a sua ausência, que não garante que as fontes não tenham sido efetivamente usadas, mas apenas que o texto omite algo que, se aparecesse, constituiria uma imensa ofensa. Nesse

67 Como exemplo cita-se o famoso caso do lançamento da marca (apesar de ser caso de direito marcário serve bem para tratar da questão, pois desenhos são também protegidos por direitos autorais e o caso pode ser visto sob esse aspecto) da Olimpíada do Rio de Janeiro, em 2016, quando a agência criadora da marca foi acusada de plagiar a marca da ONG americana Telluride Foundation, que teria, por sua vez, buscado inspiração na pintura A Dança, do pintor francês Matisse. Também chegou a ser citada a logomarca do carnaval de 2004 de Salvador, também acusada de cópia da fundação americana. Na defesa da agência, “pessoas se abraçando representam um símbolo universal, presente no inconsciente coletivo”, além do que, “a marca passou por uma sabatina do Comitê Olímpico Internacional (COI)”, e em sua defesa também publicou um vídeo detalhando o processo criativo do sinal, recebendo apoio de dezenas de designers apontando diferenças entre elas (Ver SCHEFFER, Cristina. Entre o plágio e a Inspiração. Gazeta do Povo, 27/01/2011. Disponível em www.gazetadopovo.com.br/economia/entre-o-plagio-e-a-inspiracao-drcky0g0ntlx2wkv6vp005ij2/ampgp, acesso em 27/10/2017). Outro exemplo é a acusação de Fernanda Abreu, em outubro de 2017, acusando Ludmilla de copiar sua apresentação no show do Rock in Rio, mas vários internautas se manifestaram dizendo que tal coreografia é antiquíssima e originária da Tailândia. (AOLI, Rafael. Fernanda Abreu diz que Ludmilla a copiou no Prêmio Multishow. 17/10/2017. Disponível em <http://www.papelpop.com/2017/10/fernana-abreu-diz-que-ludmilla-copiou-no-premio-multishow/> acesso em 18/10/2017).

68 PECORARI, Diane. Academic Writing and Plagiarism: A Linguistic Analysis. Continuum: London, 2010, p. 1.

sentido, o modo como se trata do tema com estudantes é bem diverso: quando advertidos acerca do plágio, fala-se sobre a importância de evitá-lo, e sobre as responsabilidades e sanções a quem o comete.

Enquanto isso, destaca a autora,⁶⁹ para outras características textuais a linguagem utilizada é no sentido de que é desejável que o texto apresente coerência, bons argumentos, organização léxico-gramatical. O *patchwork* aplicar-se ia ao *patchwriting*, de modo que seria uma estratégia de copiar um texto e deletar algumas palavras, alterando estruturas gramaticais, o que seria inevitável, pois é como os escritores aprendem a produzir textos, sendo, portanto, uma parte benéfica do processo de aprendizagem. Seria um resultado (o *patchwriting*) da necessidade de suporte de autores novatos, e não porque o autor deseja enganar o leitor. Para a autora, *pachworking* e *prototypical plagiarism* podem ser vistos como subcategorias textuais de plágio, distintas da presença ou ausência do plágio em si, pois um dos tipos de plágio, o “patchwriting” é apenas um subproduto do processo de aprendizagem, de escrita dentro de um contexto: “It is, therefore, one aspect of language learning”.

Além disso, existe outra série de razões como critérios para estabelecer se um texto é plágio:⁷⁰

1) o novo texto deve conter palavras e/ou ideias que estão presentes em um texto anterior (o plágio poderia envolver a apropriação de ideias expressas completamente em nova linguagem), mas na prática, com frequência, é a semelhança na linguagem que leva à desconfiança sobre o plágio – fato é que a relação linguística entre dois textos é um elemento muito importante.

2) O plágio textual ocorre com uma repetição de palavras ou ideias do texto anterior, o que significa que os textos não podem ser coincidentemente semelhantes – e por isso quem está na função de detectar plágio em uma perícia leva em conta o tamanho do texto, pois o tamanho de pedaços da linguagem que dois textos partilham sugere um forte sinal de plágio. Se há possibilidade de coincidência então o rótulo

69 PECORARI, Diane. *Academic Writing and Plagiarism: A Linguistic Analysis*. Continuum: London, 2010, p. 5. - citando HOWARD, Rebecca, 1995, 1999.

70 PECORARI, Diane. *Academic Writing and Plagiarism: A Linguistic Analysis*. Continuum: London, 2010, p. 6.

de plágio é descartado.

3) O terceiro critério é o novo texto não indicar, não atribuir que possui relação com o anterior. A citação, por exemplo, envolve a repetição intencional da linguagem, mas com ela o plágio desaparece. Entretanto, se tal atribuição ao autor original é ou não adequada não é determinado em absoluto por princípio. Entre os fatores que devem ser levados em conta está a compreensão do autor e a expectativa da comunidade discursiva na qual o texto é produzido. Ou seja, “Textual plagiarism, therefore, results not only from writing process but is partially constructed by the reader”.⁷¹

Historicamente, entretanto, sabe-se que a ideia de plágio se robusteceu na medida em que esforços para promover os direitos de autor surgiram, e não é coincidência que a ideia de plágio surgiu concomitantemente ao surgimento da premissa de que o autor é capaz de produzir um texto original, premissa reforçada pela razão iluminada dos séculos XVIII e XIX. Isso significa que o plágio não pode ser julgado sem referência ao contexto no qual ocorre: “Plagiarism is not a violation of an absolute standard; it is the product of a particular context and cannot be judged without reference to the context in which it occurs”.⁷²

Pode-se dizer que assim como a mecanização está para o surgimento

71 A autora também traz interessante análise do plágio em um contexto intercultural, destacando que professores que trabalham com estudantes em nível internacional, que vêm de diferentes culturas, estão mais propensos ao plágio. Vinculada a essa ideia está a simples afirmação de que uma das causas óbvias do aumento do plágio é o influxo de estudantes estrangeiros no campo das engenharias. Isso levou a um estudo que buscou apontar melhor as causas:

- a) estudantes de culturas “coletivistas” não percebem a necessidade de dar créditos a autores individuais;
- b) ideias que merecem ser citadas como sendo de alguém não são comuns a todas as culturas;
- c) o desejo de preservar a harmonia social pode tornar mais difícil criticar autores individualmente;
- d) a percepção de alguns alunos de que sua função é repetir informações de fontes podem fazê-los sentir que citações são supérfluas;
- e) escritores podem entender que há uma única verdade acerca de algo, uma obviedade, e, portanto, “where a fact comes from is unimportant”, entre outros (PECORARI, Diane. *Academic Writing and Plagiarism: A Linguistic Analysis*. Continuum: London, 2010, p. 10).

72 PECORARI, Diane. *Academic Writing and Plagiarism: A Linguistic Analysis*. Continuum: London, 2010, p. 12.

e difusão da imprensa, também a imprensa está para a mecanização cultural, de modo a gerar o desgaste do conceito de autor e originalidade. Ao mesmo tempo, e paradoxalmente, em que as legislações se viram forçadas, por interesses de uma indústria da reprodução, de cancelar o endeusamento do autor e da originalidade a ponto de tornar ilícito e criminoso gestos que antigamente poderiam representar homenagem – com o aval da ideologia proprietária e da personalidade para reforçar a ideia de que um direito é naturalmente dado ao seu autor, que merece ser respeitado a todo custo, e que todo o resto é violência contra uma ideia que é apenas uníssona na indústria cultural. Tudo isso agravado por um marketing contra qualquer inspiração, de modo que tudo vira plágio, quando muitos dos “autores” que se inspiraram em outra obra muitas vezes sequer tinham qualquer intenção de desacreditar a obra original ou se passar por autor da versão original.

Não é possível que o autor da modernidade tenha se tornado um dos inimigos da sociedade aberta, parafraseando Karl Popper. Ou será que é possível? De fato o autor pode ter se transformado contra sua vontade em um desses inimigos uma vez que os interessados na montagem de um verdadeiro circo precisavam desviar a atenção de si – então elegeram-se advogados dos autores, e num processo de marketing agressivo construíram e soldaram os fundamentos do direito de autor em bases teóricas que sequer foram um dia imaginadas por seus autores. Muitas vezes, autores que se envaideciam de tamanha defesa protetiva, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, reclamavam não receber devidamente os resultados de sua criação, uma vez que os valores ficavam com os tais “advogados”.

O surgimento da indústria paralela dos ghostwriters⁷³ pode se constituir como prova paradoxal de que a indústria usa a defesa do “gênio

73 Ver a recente notícia de uma brasileira que escreveu mais de 30 livros, muitos em inglês, acusada de plágio de cerca de 24 autores. Em resposta se disse surpresa pois teria contratado ghostwriters (Ver em: Quem é a brasileira que está sendo acusada de plágio por autores internacionais <https://oglobo.globo.com/cultura/quem-a-brasileira-que-esta-sendo-acusada-de-plagio-por-autores-internacionais-23470678> , 21/02/2019, acesso em 21/02/2019). De fato fica difícil dizer que se o espanto é mais pela acusação (- Cometeste plágio!) ou pelo argumento de defesa (- Não fui eu, contratei um ghostwriter (!)).

criativo” para impor uma proteção que muitos não fazem a menor questão de possuir⁷⁴, vendendo e mantendo uma “ética do escritor fantasma” que dificilmente é abalada pela ficção do “gênio autor” da indústria cultural.⁷⁵

Ou também podemos deduzir que a mercantilização da cultura gerou uma indústria paralela, fatal, em alguns casos muito mais danosa do que a instrumentalização em si, original, da indústria cultural, uma vez que criadores riem, brincam e desprezam o próprio “gênio criador” em troca de dinheiro. O plágio, no momento, virou o grande negócio dos ghostwriters. Pois escrevem e aceitam, por dinheiro, que outro aponha o nome na obra. Ou teremos que inventar um novo nome para isso, inventando uma nova ponte para justificar o estranho no ninho, permanecendo dentro de uma cultura da filosofia da consciência, que interpreta para depois compreender?

Mas há ainda outras hipóteses. Talvez teremos que concluir que essa vaidade de ser reconhecido autor não passa de um exagero *egocentrista* típico do antropocentrismo iluminista – no qual o direito autoral encontra-se incrivelmente ainda amarrado. Ou então, também

74 Ver a respeito da ética dos ghostwriters, num mundo onde a literatura vira mercadoria, o excelente livro de Chico Buarque, Budapeste, da Cia das Letras. Também, o filme de Roman Polanski, O escritor fantasma (no Brasil, de 2010).

75 Desde 2007, Crofts se tornou uma espécie de escritor fantasma dos escritores fantasmas, o profissional de referência em um mercado florescente. ‘Cobro caro’, ele admite, e reconhece que seus honorários ficam na casa dos cento de milhares de libras. Crofts, que no momento fatura mais do que a maioria dos escritores profissionais do Reino Unido, é muito procurado por celebridades, políticos e astros internacionais, especialmente da Índia (MCCRUM, Robert. Ghostwriter de sucesso revela o mundo secreto dos autores de aluguel. Em 03/08/2014, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2014/08/1494442-ghostwriter-de-sucesso-revela-o-mundo-secreto-dos-autores-de-aluguel.shtml>, acesso em 12/03/2017. Andrew Croft publicou o livro “Confessions of a Ghostwriter”. Ver também no Brasil: Ghostwriters como Crofts estão por toda a parte. No Brasil, uma das mais requisitadas é a jornalista Tânia Carvalho. Autora de 18 volumes da Coleção Aplauso, como os dedicados a Irene Ravache e Tony Ramos, Tânia garante que a relação entre ghost e “autor” nem sempre é das mais amistosas. “O pior é aquele que conta sua vida em uma rodada de entrevistas e não quer falar mais. Ou, então, aquele que insiste que ‘não disse isso’ quando disse. Nessas horas, dá vontade de jogar a toalha”, desabafa Tânia, que investe, em média, 20 horas de entrevista na apuração. Ela ganha de R\$ 20 mil a R\$ 40 mil por encomenda e leva em torno de cinco meses para finalizar cada livro (Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2015/02/escritores-de-aluguel.html>, acesso em 12/03/2017.

podemos hipoteticamente sugerir, que não é verdade que um autor é autor, no sentido posto pela teoria moderna. Um autor, pelo menos, não é “tudo isso” que propagandearam durante cerca de 200 anos – tempo incrivelmente curto para o estrago causado.

Eis portanto, um pequeno exemplo de como olhares externos podem levar a uma visão um pouco mais acurada do significado do plágio para a Academia, sendo que a Academia não se resume ao plano do Direito, podendo render esclarecimentos a percepção de que nem todos os pesquisadores pensam exatamente a mesma coisa sobre plágio, sugerindo que essa análise e diálogo entre distintas áreas se aprofunde.

4.2 A originalidade vista a partir da Física em associação à Psicologia

A percepção de que outra área, fora do Direito, pode contribuir para a compreensão do fenômeno “plágio” em si, e ainda o envolvimento dos autores deste artigo com a área da Física, tornou inevitável que se trouxesse algumas contribuições também da Física e da Psicologia, para o Direito.

Há discussões envolvendo as relações da psicologia analítica com a física quântica que remontam ao médico Carl Gustav Jung e ao físico Wolfgang Pauli, na primeira metade do século XX. Pauli foi um cientista destacado, ganhador do Prêmio Nobel, autor do Princípio da Exclusão dos férmions, enquanto Jung é o fundador da psicologia analítica, e propôs a existência de um vasto inconsciente coletivo, fato que deve ser levado em consideração no contexto da possível aferição da originalidade de uma obra.

Jung tratou clinicamente Pauli após um episódio de depressão, e ambos se tornaram amigos, trocando oitenta cartas sobre o tema das relações da física com a psicologia, que depois foram publicadas em um livro sob o nome de *Átomo e Arquétipo: Cartas de Jung e Pauli*⁷⁶. Em síntese, como a relação física-psicologia veio a se constituir como um ramo frutífero do conhecimento, sabe-se hoje que as variáveis incluídas

76 JUNG, G.; PAULI, W.; MEIER, C.A. *Atom and Archetype: The Pauli/Jung Letters, 1932-1958*, Princeton University Press, 2001.

na descrição do processo criativo tornam temerário concluir que qualquer criação possa ser fruto de um processo unicamente individual.

No âmbito da física, desde o surgimento da mecânica quântica, em 1900, e depois, no estabelecimento de suas bases conceituais, na Conferência de Solvay de 1927 - um evento que reuniu os principais físicos da época, em Copenhague -, os princípios que prevêm a interconexão e interdependência entre partículas subatômicas fazem parte do paradigma científico vigente. Daí à manifestação macroscópica do Princípio da Incerteza ou da Dualidade Onda-Partícula vai, evidentemente, uma larga distância, em que só faz sentido alguma suposição no âmbito da analogia e/ou, especialmente, se for possível considerar que o sistema nervoso é afetado por variáveis quânticas – o que os neurocientistas têm se mostrado reticentes em aceitar, apesar das evidências de Jahn e Dunne⁷⁷, no Laboratório de Pesquisas de Anomalias de Engenharia (PEAR), da Universidade de Princeton.

De qualquer modo, deduções teóricas, como a Desigualdade de Bell, demonstrada em 1964 pelo físico irlandês John Bell, associada ao Experimento de Paris, realizado por Alan Aspect na Universidade Paris-Sud, em 1982, enfraqueceram a esperança dos realistas⁷⁸ de que descrições locais⁷⁹, derivadas da mecânica clássica ou relativística, pudessem explicar completamente o funcionamento do universo. Isso significou, para a física, que seria necessário considerar que o tempo e/ou o espaço não representam barreiras para fenômenos quânticos, como fazem com os fenômenos macroscópicos. As consequências são dramáticas e contrintuitivas, principalmente se, por exemplo, for considerada a

77 JAHN, R.; DUNNE, B. *Consciousness and the Source of Reality*. ICRL Press, Princeton, New Jersey, 2011.

78 Realismo, na física, é o nome que se dá à crença de que as partículas, isoladamente ou em aglomerados formando corpos, têm existência independente e possuem propriedades específicas, independentemente do observador.

79 A *localidade*, na física, é entendida como um princípio que supõe que todas as influências físicas (incluindo as ações a distância) são descritíveis pelas leis da mecânica clássica e/ou da relatividade. A mecânica quântica mostrou que só com a existência de variáveis *não-locais* seria possível compreender certas correlações encontradas na física das partículas, como o *emaranhamento* (entanglement, em inglês), caracterizado pela superação das barreiras espaço-temporais.

possibilidade de que o cérebro ou o sistema nervoso, como um todo, possa ser influenciado por variáveis quânticas, como defendem os físicos David Deutsch⁸⁰ e Roger Penrose⁸¹, além do médico anestesiologista Stuart Hameroff⁸², entre outros.

Na mesma época em que os físicos quânticos estabeleciam suas bases conceituais - na primeira metade do século XX – Jung e Pauli trocaram suas cartas. Esse diálogo prolífico se deu na medida em que Jung percebeu que alguns fenômenos psíquicos que ele vinha observando desde o início de sua carreira, no tratamento psiquiátrico, não poderiam ser explicados unicamente em termos de manifestações neuróticas causadas por projeções dos conteúdos do inconsciente pessoal, constituído a partir do esquecimento ou do recalque⁸³ de memórias de experiências traumáticas da pessoa analisada. Foi preciso reconhecer que o inconsciente continha, também, materiais informacionais transpessoais⁸⁴ aos quais a pessoa analisada jamais poderia ter acesso direto ou indireto. Jung acumulou um conjunto apreciável de evidências clínicas desses fatos.

Na tentativa de agrupar esses conteúdos inconscientes não-pessoais e atemporais sob uma designação compreensível, Jung propôs que existissem dois níveis de inconsciente: o inconsciente pessoal e o inconsciente coletivo. O primeiro, seria composto por vivências antigas, que já estiveram presentes na consciência, mas foram esquecidas ou recalçadas, para evitar sofrimento - algo parecido com o que Sigmund

80 DEUTSCH, D. Quantum Computation. *Physics World* v.5, n.6, p.57-61, 1992.

81 PENROSE, R. *The Emperor's New Mind - Concerning Computers, Minds, and the Laws of Physics*. Oxford University Press, 1989.

82 HAMEROFF, S. et al. Nanoneurology and the Cytoskeleton: Quantum Signaling and Protein Conformational Dynamics as Cognitive Substructure, In: Pribram, K. (1993), p. 317-376, 1993.

83 *Recalque* é um nome do mecanismo mental da *repressão*, caracterizado pelo deslocamento de um conteúdo da consciência para o inconsciente com o fim específico de evitar o sofrimento. O recalque ocorre com memórias traumáticas, por exemplo.

84 Uma *memória transpessoal* é aquela que supera o tempo e/ou o espaço associados à vida de uma pessoa, seja porque o fato gerador da memória pertence a outra pessoa, inclusive do passado distante, e não poderia ter sido comunicado pelas vias conhecidas à primeira, seja porque se refere a um evento futuro, hipoteticamente ainda não conhecido por ninguém, mas que depois vem a ser confirmado.

Freud havia teorizado poucos anos antes. A diferença fundamental estaria no segundo – o inconsciente coletivo -, que Jung compreendeu como um repositório universal da espécie humana, não pessoal, mas sim universal e coletivo, constituído por arquétipos, que são formas imateriais aos quais os fenômenos psíquicos se ajustam autonomamente.

Esse ajustamento se dá, ocasionalmente, por meio da ocorrência de coincidências significativas que, no entanto, não podem ser justificadas como decorrentes de séries causais de eventos interligados. Ou seja, são coincidências que têm um sentido evidente para a pessoa envolvida, parecendo que houve uma espécie de *planejamento do destino*, porém não podem ser explicadas em termos de causa e efeito. Essas coincidências, Jung denominou *sincronicidades*. Pelo poder explicativo e potencial clínico do seu método, assim como pelo acúmulo de evidências a favor do inconsciente coletivo e das sincronicidades, Jung fez escola, e a psicologia analítica constitui-se atualmente em uma importante linha da clínica psicológica.

Decorre daí que a simples existência do inconsciente coletivo já seria um fator a considerar na questão da autoria, dado que, de acordo com a psicologia analítica, cada pessoa pode ser influenciada psiquicamente pelos mesmos arquétipos, segundo um padrão universal que não pertence a ninguém, especificamente. Desse modo, o inconsciente coletivo seria a origem primária de toda manifestação psíquica individual, que só secundariamente seria afetada pelas experiências pessoais.

Da mesma forma, as várias alegações bem fundamentadas de Hameroff, Penrose e Deutsch (op. cit) de que o sistema nervoso poderia ser afetado por variáveis quânticas, em especial nos microtúbulos que rodeiam os dendritos, implica que não é possível delimitar rigidamente a origem de uma ideia, pois os fenômenos quânticos sofrem ação de variáveis não-locais. Desse modo, a fonte da *inspiração* que precede a criação de uma obra supostamente original não pode ser indubitavelmente associada unicamente ao indivíduo criador e a sua história, mas sim, muito mais apropriadamente, à história de toda humanidade, e quiçá do mundo, armazenada nas formas arquetípicas do inconsciente coletivo.

Por fim, as descobertas de Jahn e Dunne (op. cit) de que as pessoas

decididamente são capazes de afetar o funcionamento de máquinas eletrônicas e mecânicas de operação aleatória, apenas pelo poder da vontade, sugere que existe um canal de conexão mente-matéria ainda não compreendido, que muito provavelmente se estende para o espectro mente-mente, como já havia concluído, muitos anos antes, o cientista americano Joseph Banks Rhine⁸⁵, na Duke University. Isso implica que é perfeitamente possível que uma mesma ideia surja simultaneamente em muitas mentes, como a história da física já demonstrou uma porção de vezes, e que no contexto da psicologia analítica seria compreendido como mais uma sincronicidade.

Embora a física, enquanto ciência, não se pronuncie sobre questões da psicologia, alguns físicos e psicólogos têm se libertado das amarras das suas disciplinas e trabalhado juntos, em um movimento transdisciplinar. Para estes, o entendimento dos fundamentos do fenômeno mental é decisivo. Entende-se⁸⁶ que é possível, em linhas gerais, agrupá-los sob três concepções gerais quanto à relação entre a mente e a matéria:

a) a mente (ou alma, ou espírito) é externa à matéria e independente desta, como no contexto de uma dualidade corpo-espírito, tradicional em certas religiões, podendo ser uma espécie de *mapa* que dá origem e forma ao mundo e à vida, assumindo um corpo biológico por ocasião do nascimento ou fecundação, e abandonando-o quando este morre. Nesta concepção, pode haver uma única mente, que se manifesta em diferentes corpos, como se fossem muitas mentes, ou podem haver muitas mentes relativamente independentes, mas todas tendo uma matriz comum, assim como ocorreu com a matéria;

b) a mente não tem uma existência independente da matéria, sendo desta uma propriedade emergente, ou seja, um subproduto da organização da matéria, que surge apenas quando esta atinge certo grau mínimo de complexidade, como ocorre nos animais e, talvez, nos vegetais, mas não naquilo que se convencionou chamar de *matéria inerte*. Neste caso, porém, como os animais e vegetais são compostos complexos de matérias

85 RHINE, J. B. Parapsicologia atual. São Paulo: Cultrix, 1989.

86 ROCHA FILHO, J. B. Física e Psicologia: as fronteiras do conhecimento científico aproximando a física e a psicologia junguiana. 5. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2014.

inertes, é preciso admitir que a matéria já contém em sua própria natureza a potencialidade de produzir a mente;

c) a mente preexiste à matéria, mas é intrínseca a esta em formas e/ou graus variados, desde a mais ínfima partícula, sendo que os seres humanos só a percebem quando há suficiente semelhança qualitativa e quantitativa com a mente humana. Nesta concepção, mente e matéria se confundem, sendo *faces da mesma moeda*.

Em qualquer dos três casos, porém, a mente e a matéria contêm e acessam a informação que constitui o mundo. Em termos físicos, a informação pode ser a base de todas as manifestações, e o potencial informacional se relaciona à sua capacidade de produzir modificações na mente e na matéria. Dessa forma, a mensagem é mais valiosa quanto maior for o número de modificações que pode provocar. Nesse sentido, chega-se ao conceito de originalidade, na física, que está relacionada à taxa de novidade de uma mensagem. Quanto maior seu valor informativo, maior a mudança de comportamento provocado. E isso está relacionado à entropia. Quanto menor a entropia, maior o potencial de mudança e, portanto, maior a taxa de originalidade. Como a entropia está relacionada com a medida de desordem existente ou provocada na estrutura informacional, a originalidade se associa tanto à ordem quanto à complexidade.

E bem assim, a originalidade está, portanto, vinculada à imprevisibilidade. Quanto maior o potencial de transformação de um conteúdo informacional, mais frequentes e imprevisíveis serão essas transformações. O papel do leitor/receptor aqui é fundamental, pois o nível de originalidade que pode ser destacado, ou a própria existência da informação vai depender do repertório do receptor. Por exemplo, o quanto o conhecimento do receptor é suficiente para perceber a complexidade do que recebe e, portanto, ver algo como original.

Como destaca Lilian Alvares⁸⁷, da Faculdade de Ciência da

87 ALVARES, Lillian; ARAÚJO JÚNIOR, R. H. de. Marcos históricos da Ciência da Informação: breve cronologia dos pioneiros, das obras clássicas e dos eventos fundamentais. *Transinformação*. Campinas, 2010, v. 22, n. 3. Disponível em: <http://periodicos.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/transinfo/article/view/494> , p. 105-205.

Informação da UnB, ainda que informar venha do latim “infomare”, ou seja, “colocar em forma”, há uma valorização de conteúdo, porém, sem desconsiderar a forma, assim como o próprio processo de comunicação que impacta no receptor, devendo-se levar em conta o repertório do mesmo, que é constituído dos conhecimentos técnicos, mas também dos valores éticos, estéticos, filosóficos, políticos e a ideologia do indivíduo.

5 O paradigma cansado: como ainda justificar esse direito de autor que está aí?

Como foi possível perceber, historicamente há uma falha nas teorias que procuraram justificar o direito autoral. Foram criadas verdadeiras lendas em torno do gênio autor que seria merecedor de toda proteção para sua criatividade não sucumbir.⁸⁸ Paradoxalmente buscaram o controle, e ao mesmo tempo, a difusão das obras. Na realidade, o propósito de justificação da proteção como estímulo, de proteção para promoção da disseminação, concomitante com um direito de restringir a distribuição sucumbe diante de uma análise lógica, pois é contraditória.⁸⁹

Servir a dois senhores não costuma funcionar muito bem, há dois objetivos que se contradizem. Como um direito pode pretender difundir e ao mesmo tempo restringir? O déficit filosófico levou a que as justificativas para a proteção viessem de valores equivocados atribuídos de empréstimo a Locke, Hegel, Kant, Bentham... e todos ao fim visam apenas trazer legitimidade e autoridade para interesses econômicos – aqueles que escreviam a história e as leis viram nisso um ótimo modelo de negócio e aprisionaram tudo o que naturalmente era livre e livre deveria continuar, sob pena de justamente inibir o que a prisão mais argumentava proteger – a criatividade.

88 “Tal avanço somente foi possível porque algumas crenças ou procedimentos anteriormente aceitos foram descartados, e, simultaneamente, substituídos por outros.” Kuhn vai além, argumentando que nas ciências o fato e a teoria, a descoberta e a invenção, “não são categóricas e permanentemente distintas” – assim, “Priestley foi o primeiro a ‘descobrir’ o oxigênio, que Lavoisier ‘inventaria’ mais tarde”... (KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 9 ed. Perspectiva: São Paulo, 206. p. 93).

89 Análise muito bem posta por JASZI, Peter. Toward a theory of copyright: the metamorphoses of “authorship”. Duke Law Journal: Durham, 1991. p. 463.

O instituto do controle vem de longe, começou com o controle da impressão e censura da coroa, para respingar até hoje. Imagine-se, portanto, que tudo o que era publicado até bem pouco tempo era o que era autorizado, simpático aos órgãos de controle. Depois, a concepção de propriedade privada, que viria a combater tais privilégios, padecia também de suas dificuldades para expressar uma legitimidade. Os ideais iluministas foram aproveitados para consagrar a propriedade intelectual como a “mais sagrada”. Ora, a aproximação da justificação da proteção ao autor a pensadores como Locke, Hegel, Kant, Bentham e Marx, à propriedade intelectual, só ocorreu por uma imaginação fértil dos seus leitores e intérpretes, que na realidade tinham esse interesse – de construir uma ponte que satisfizesse os interesses econômicos de então, valendo aqui de modo límpido a constatação de mais um caso em que se interpretou antes de compreender – e foi feito de modo voluntário, desejado, para o bem de uma elite proprietária – aquela que percebeu que as restrições justificadas de um “gênio criador” e de uma “propriedade sagrada”, seria útil aos seus negócios.

Em um instrumentalismo persistente, a história dos meios tem mostrado que a linguagem é o que dá às coisas “o espaço que as torna coisas conhecidas”.⁹⁰ Há um sentido de mediação, que passa pela linguagem, quando vista de um ponto de vista gramatológico, mas de uma perspectiva teológica (inclusive cristã e da filosofia grega) é valorizada a conexão dos seres, que pressupõe participação num tempo da ideia.

Toda ideia de um gênio criador é mandatária de um paradigma cansado, vinculado a teorias filosóficas tradicionais, desaguando em especial na filosofia da consciência. Com a virada ontológico-linguística, e o sentido das coisas não podendo mais ser visto na consciência (ergo sum, de Descartes, que aprisiona a percepção dos sentidos na subjetividade), mas na linguagem, surge algo que produzimos e que nos produz. Daí, também, a clareza de uma época que vive o compartilhamento como algo natural, pois essa virada deixa o indivíduo, que sozinho criava, para perceber que a “aldeia” (McLuhan) ou comunidade é que faz o sujeito – ele não está sozinho – nem nunca esteve – o gênio criador, portanto,

90 DOMINGUES, José António. Labcom: O paradigma mediológico, cit., 2010. p. 4-5.

individual, nunca existiu.⁹¹

Em outra oportunidade foi possível avaliar o direito do autor como um direito sem dúvida alguma de cunho fundamental, no sentido formal. Os direitos fundamentais, entretanto, são históricos, assim como os direitos humanos também o são, e sendo assim é de ser questionada a fundamentalidade material dos direitos autorais. No texto de 2013, I. Sarlet e A. Kretschmann destacaram que “existe um problema de origem, de desvirtuamento de um instituto jurídico, no caso de um direito humano e fundamental, mediante sua redução a uma grandeza meramente instrumental, para, além disso, atender a interesses exclusivamente comerciais”. Com isso, o direito de autor deve ser visto dentro do contexto do direito de acesso, e não fora dele, praticamente limitando-o. Outra linha argumentativa, vinculada ao reconhecimento da fundamentalidade material, é considerar que os próprios direitos fundamentais devem ser “reconduzidos a um princípio amplo e aberto, designadamente, a dignidade humana, em virtude da qual são atribuídos a todos os seres humanos, pelo simples fato de sua humanidade”.⁹²

A análise de Thomas Höeren aqui tem grande valor. Esse autor destaca que a discussão política sobre as mudanças no direito de autor precisam levar em conta as mudanças históricas da “criatividade individual” para a “criatividade coletiva”, especialmente com a chegada da tecnologia digital.⁹³ Para o autor toda questão está vinculada a um tópico

91 Ver excelente trabalho de ESTEVES, Maurício Brum: A hermenêutica filosófica representa uma chance de justificação dos direitos autorais na medida em que desnuda a existência de um autor que só existe com sua obra porque existe, entre o autor e sua obra um terceiro elemento, a arte, que existe no círculo hermenêutico de afirmação e reafirmação do direito. Ora, esse “autor” que existe ali não é “um autor” indivíduo, mas sim todos os autores, sob pena de não suplantarmos o paradigma da consciência – se agora a linguagem passa a ocupar lugar central, deveria nos libertar do egocentrismo desse paradigma (171 e 172, 198, 201).

92 SARLET, Ingo Wolfgang; KRETSCHMANN, Angela. Direitos do autor como direitos fundamentais? Revista Jurídica do Cesuca. V.1, n. 1, jul./2013. p. 17-18. (p. 10-21). Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/363>, acesso em 15/09/2017.

93 HOEREN, Thomas. Direito de acesso como um símbolo pós-moderno de desconstrução dos direitos autorais? Revista Jurídica do Cesuca, n. 1., v. 1, julho/2013, p. 20 a 34. Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/360>, acesso em 15/09/2017.

pós-moderno bastante difícil, que é o próprio significado de autoria. E como aponta Ginsburg, “o mérito artístico nunca foi pré-requisito para o direito autoral, e os autores não são necessariamente menos criativos sendo múltiplos.”⁹⁴ Thomas Höeren aconselhou então um retorno às luzes do século XVIII, lembrando que aqueles valores foram valiosos por 250 anos, mas que merecem ser agora reconstruídos, nesse sentido, questiona se a colaboração não seria possível no lugar da competição. Conclui que o mundo digital nos mostra que sim, e do ponto de vista do direito ao acesso à informação e à cultura, do interesse público, é possível concordar com James Boyle⁹⁵ de que o problema da cópia de fato pode ser uma solução (ou do mal uma virtude).

Para Thomas Höeren, o direito de autor deve ser visto como parte de um direito mais amplo, o direito à informação, um termo que tem sido cada vez mais discutido, devendo-se considerar o direito de autor como algo bem distinto da perspectiva tradicional. Ele seria apenas um entre vários outros elementos do direito informacional, devendo ser visto junto com Lei de Imprensa, direitos de acesso público, regulamentações privadas, questões antitruste e acesso à informação. Por fim, a regra geral determinará que acima de qualquer direito de propriedade intelectual há o direito à liberdade de informação, dentro do conhecido lema de uma música popular: “*Die Gedanken sind frei*. Pensamentos, conteúdos, ideias, expressões estão abertas para serem utilizadas, integradas, alteradas, por qualquer um.” Daí vem uma leva de advogados que se debate sobre a diferença entre expressões (protegidas) e ideias (livres). Ora, como destaca Höeren: “deve ser irritante para advogados tradicionais saber que foram incapazes de encontrar um limite razoável entre o uso livre das ideias e expressões protegidas”.⁹⁶

94 GINSBURG, Jane C. The concept of Authorship in comparative copyright law. Paper n. 03-51, in Columbia Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Group, New York, 2003. To be downloaded via: http://ssrn.com/abstract_id=36848, p. 4

95 BOYLE, James. The public domain: enclosing the commons of the mind. Yale University Press, 2008. P. 3.

96 HOEREN, Thomas. Direito de acesso como um símbolo pós-moderno de desconstrução dos direitos autorais? Revista Jurídica do Cesuca, n. 1., v. 1, julho/2013, p. 20 a 34. Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/360>, acesso em 15/09/2017.

E séculos se passaram. Entretanto, na dúvida, deve-se eleger a liberdade,⁹⁷ uma vez que a proteção do direito de autor existe para benefício do público, não para o autor individualmente. Quer dizer, os limites e isenções não devem ser interpretados como exceções, antes como regras gerais, e deveriam prevalecer e falar bem mais alto do que o direito autoral. Em palavras mais claras: não existe nenhum direito de autor supremo ou superior ao direito de acesso à informação e cultura, afirmação que parece bastante óbvia na Sociedade Informacional. Entretanto, a quebra de paradigma ousa não ocorrer. A pressão dos detentores de modelos de negócios superados é grande, o *marketing* é poderoso, mas as justificativas vazias cada dia mais enganam menos.

Ainda, o direito de autor é parte de um direito mais amplo, é parte do direito à informação, e deve a ele prestar contas. A construção de um novo paradigma deve levar em conta a humanidade do ser, antes de tudo, em todas as suas possibilidades, de modo a que os interesses econômicos possam ser tratados como tais, e dentro desse contexto, os direitos às reproduções – que não podem pretender se impor, nem de longe, sobre o princípio da dignidade, que exige para sua plenitude, o acesso pleno e irrestrito do indivíduo às criações intelectuais, sob pena de termos de admitir que é chegada a era em que se instrumentalizou o próprio humano.

Quem deseja explorar comercialmente tudo isso, deve prestar contas dos ganhos, na tradicional concepção de que não se pode enriquecer sem causa. O direito de propriedade industrial está bem posto no contexto de um direito concorrencial, parece que o direito autoral pode ir nessa direção, sem medo. E nem se diga ingenuamente que para acessar há que pagar, pois paga-se de inúmeras formas, seja de forma mais ou menos direta, seja mediante a propaganda, seja mediante o uso, em menor ou maior escala, dos dados de quem acessa, só para citar as formas mais óbvias.

97 Idem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como alguns pesquisadores vinculados à filosofia da linguagem, psicólogos, e também físicos têm se libertado das amarras de suas disciplinas e trabalhado juntos. Também juristas deveriam seguir com mais frequência esse exemplo. Um movimento interdisciplinar que envolva distintas áreas pode ser muito valioso e esclarecedor. O direito deveria levar mais em conta o que outras áreas dizem sobre o fenômeno mental antes de concluir acerca do “gênio criativo” e com base numa imaginação chegar a construir leis. Copérnico chegou a referir que a tradição astronômica que herdara acabara criando tão-somente um monstro...⁹⁸ quem sabe não diremos o mesmo mais tarde sobre o direito autoral.

A visita a áreas distintas do direito faz sentido na medida em que precisamos nos livrar de um pensamento tradicional do direito autoral que usa velhos conceitos filosóficos do século XIX para se justificar. O direito de autor “tem sido uma área pensada e praticada por um pequeno círculo de especialistas”, e por isso, “se tornou autorreferencial, autopoético, apenas fixado sobre si mesmo, incapaz de se mover. O mundo mudou, mas não os advogados” – aponta Thomas Höeren.⁹⁹

Seria possível analisar, ainda, à luz da Psicologia, em termos de desejos de poder e posse, o excesso de apego que alguém possa ter sobre o que produz intelectualmente. Nesse sentido, cada vez mais se lê acerca do “senso comum”, ou de jargões comuns na linguagem de determinada área, e excessos de vaidades costumam *corroer* quem, nos tempos atuais, deseja manter sob seu exclusivo domínio os textos que tenha produzido. Aliás, nesse comportamento individual percebe-se uma minúscula ponta do iceberg que pode originar um preconceito de toda uma geração ou muitas gerações em relação a uma cultura – como aconteceu erradamente com a cultura romana, considerada inferior em relação à grega, e uma

98 KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 9 ed. Perspectiva: São Paulo, 206. p. 95.

99 HOEREN, Thomas. Direito de acesso como um símbolo pós-moderno de desconstrução dos direitos autorais? Revista Jurídica do Cesuca, n. 1., v. 1, julho/2013, p. 32. Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/360>, acesso em 15/09/2017.

simples cópia da cultura e arte gregas.¹⁰⁰

De modo ainda mais contundente, à luz da Física, em conjunto com a Psicologia, deve ser considerado que a mente e matéria contêm e acessam a informação que constituem o mundo. Para a Física, a informação pode ser a base de todas as manifestações, e tem condições de modificar a mente e a matéria. E quanto mais é capaz de modificar, mais uma mensagem é valiosa. Mais um motivo para darmos mais atenção à mensagem, e menos ao emissor “genial” que a emitiu. A originalidade é assim conhecida na Física e na Psicologia, envolvendo importantes conceitos de entropia, para indicar potenciais de mudança, como visto. Sem esquecer que aqui fica claro que o papel do leitor/receptor é mais importante do que o do emissor, uma vez que o nível de originalidade dependerá do repertório prévio do receptor. E assim, o próprio emissor foi antes um receptor.

É muito comum nos tempos atuais, inclusive, constatar que muitos juristas digladiam-se vaidosamente por reconhecimento por uma ou outra expressão “criada” pelo que supõe ser seu próprio, exclusivo, incomparável, inoldidável “gênio criativo” – quando mais importante do que agarrar-se às expressões que se conseguiu construir, é prestar atenção nas condições pelas quais a mesma surgiu para o seu criador. Reconhecer que seu universo se comunica inexoravelmente com o universo dos outros, e com o inconsciente coletivo, e que jamais poderá saber em qual percentual seu “gênio criativo” colaborou para a conclusão de uma obra. Além disso, se a proteção ao “autor”, ditada pelos interesses de poucos, continuar a se ampliar, estaremos em breve vivendo uma situação em que tudo será plágio. Na realidade, o mito da autoria leva a tais egocentrismos: o que deveria servir para propagar a cultura, usa o mesmo discurso para restringi-la. E assim muitos mitos foram criados. Há quem diga que também as crianças foram inventadas no século XVII.¹⁰¹ Ora, com a

100 Ver a respeito em GAZDA, Elaine K. Introduction: Beyond Copying: artistic originality and Tradition. 2002: ...”Roman art that have for a long time been marginalized by traditional scholarship on Classical art, which classifies them as straight forward copies of lost Greek masterpieces, or ‘originals’, otherwise known only from literary references” (p. 1).

101 “A criança é uma invenção do século dezessete; ela não existia, digamos, no tempo

construção dessa ideia, “em 1966 foram comprados nos Estados Unidos 30 milhões de caminhões de brinquedos”.¹⁰²

Construções úteis, ainda mais no plano jurídico. Mas para não cair num abismo onde não há proteção alguma, onde ninguém seria efetivamente criador de nada (porque o “gênio criativo” foi um exagero de confiança ingênuo que é necessário admitir), e para não cair no outro abismo em que tudo é resultado de um “gênio criativo” e, portanto, protegido, nada mais restando a não ser o medo generalizado de que se está permanentemente correndo o risco de cometimento de plágio (imaginação que parece cada vez mais próxima da realidade), parece que precisamos conversar com outras áreas para fundar uma nova justificativa para o direito autoral.¹⁰³ Do contrário, logo, a cada palavra escrita, ter-se-á que indicar indefinidamente, no tempo, até o início da escrita, quem foi que cunhou determinada expressão, pois o “gênio criador” tornou-se mais importante do que a mensagem que é passada, no manuseio de uma palavra, na sua melhor inserção no contexto de uma sentença. Perde-se tempo ovacionando exageradamente aquele que cunhou uma expressão, sem que se permita que outros a usem livremente a não ser que indiquem exaustivamente sua fonte. Algo vai mal.

Poderia aventar-se a hipótese de que, considerando que os intermediários foram os mais beneficiados pelas teorias proprietárias do direito autoral, que erigiram o “gênio criador” a um astro que não produz se não tiver estímulo da proteção, talvez os argumentos de que esse “gênio” não exista represente jogar fora a banheira com o bebê dentro. Significa acabar com o autor para acabar com o problema. Não é

de Shakespeare. Ela havia, até àquela época, estado fundida com o mundo adulto e nada havia que pudesse ser chamado de infância no sentido que damos à palavra. A criança hoje cresce em absurdo porque vive em dois mundos, nenhum dos quais a impele a ‘crescer’. ‘Crescer – essa é a nossa nova tarefa, e ela é total. A simples instrução já não é suficiente.’ (MCLUHAN, Marshal. Os meios são as “Massagens”. Trad. de Ivan Pedro de Martins. 2a. ed., Record: Rio de Janeiro, 1969. p. 46)

102 MCLUHAN, Marshal. Os meios são as “Massagens”. Trad. de Ivan Pedro de Martins. 2ª. ed., Record: Rio de Janeiro, 1969. p. 37.

103 E também para não cair no embate da Tragédia dos Commons e dos Anticommons, possível de antever com Hardin (HARDIN, Garret. The tragedy of the Commons. Science, 13 Dec 1968: v. 162, issue 3859, p. 1243-1248. Disponível em <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>. Acesso em 23/10/2017).

isso obviamente que se quer. Entretanto, o importante aqui é ter algum mínimo de humildade para reconhecer que algo está muito errado, e ter um mínimo de coragem para observar e compreender as coisas como parece que se apresentam.

Aliás, não seria a primeira vez que a humanidade cometeria algum sacrilégio nesse sentido, diminuindo a produção artística de uma cultura por entender que outra seria superior, como destacou-se com GAZDA.¹⁰⁴

Naturalmente não se quer deixar de reconhecer que alguém joga xadrez muito melhor do que outros, mas de fato, o feliz jogo de palavras que se alcança muitas vezes fica prejudicado pela importância que seu autor quer dar, não à sua construção, e ao resultado do seu trabalho, mas a si mesmo, como um gênio criativo.

A busca do saber pelo saber fica longe, dando lugar à busca de reconhecimento. Este, aliás, costuma ser automático com a prova de que alguém tem de fato algo a dizer (ainda que através de um ghostwriter, até que este ouse se revelar...). Mas a maioria dos jovens, felizmente, não parece mais estar tão preocupada com isso, mas em viver e aproveitar o que há disponível, preocupada, sim, com as possibilidades de – e para – o exercício da experimentação, como receptora, leitora, e finalmente, então, criadora, expressando assim o modo como percebem seu entorno (nada passivo), e como retornam ao mesmo, mediante o ato criativo.

Certo é que são vários fatores que levaram à criação de um paradigma que ficou muito tempo – e ainda hoje – funcionando como justificativa para a proteção autoral. Entretanto, com as revoluções operadas tecnologicamente, em especial a partir de finais do século XX, as estruturas se fragilizaram.

O momento atual é fundamental para que se compreenda o que é um autor, o que é uma obra intelectual, e qual a posição ocupada por um direito autoral num cenário jurídico que não é e nem pode ser absolutizado pelos artifícios da “propriedade” intelectual. Até porque, algoritmos já conseguem confundir e já conseguem se passar por autores, com um nível de originalidade muitas vezes inacessível a humanos.

104GAZDA, Elaine K. Introduction: Beyond Copying: artistic originality and Tradition. 2002. cit., p. 5-14.

Esse autor artificialmente inteligente poderá, quem sabe, destruir a ficção da propriedade artificialmente posta no direito autoral, liberando o caminho para estudos mais coerentes – onde quem sabe concorrentes digladiem pela atenção do público, sem necessariamente instrumentalizá-lo – para a construção de uma nova caminhada jurídica que efetivamente tenha condições de difundir a cultura e protagonizar um incentivo real e sadio à criatividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas: benefícios coletivos. A dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação.** Florianópolis: 2006. 386p. Tese de Doutorado. PPGD, Unisinos. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2472/obras%20privadas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acesso em 04/03/2017.

ALVARES, Lillian; ARAÚJO JÚNIOR, R. H. de. **Marcos históricos da Ciência da Informação: breve cronologia dos pioneiros, das obras clássicas e dos eventos fundamentais.** Transinformação. Campinas, 2010, v. 22, n. 3. Disponível em: <http://periodicos.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/transinfo/article/view/494> , p. 105-205.

BENJAMIN, Walter. **The work of art in the Age of Mechanical Reproduction.** Disponível em: <http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/ge/benjamin.html>, acesso em 7/02/2017.

BOYLE, James. **The public domain: enclosing the commons of the mind.** Yale University Press, 2008.

CARBONI, Guilherme. **Direito Autoral, Diversidade das Expressões Culturais e Pluralidade de Autorias.** In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva & WACHOWICZ, Marcos. Coord. Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Juruá, Curitiba, 2014, p. 137-150.

CHARTIER, Roger. **A aventura do livro: do leitor ao navegador.** Ed. da Unesp: São Paulo, 1999.

JAHN, Robert; DUNNE, Brenda. **Consciousness and the Source of Reality.** ICRL Press, Princeton, New Jersey, 2011.

DEUTSCH, David. **Quantum Computation.** Physics World, 1992. v.5, n.6, p.57-61.

DOMINGUES, José António. Labcom: **O paradigma mediológico: Debray depois de McLuhan**. Série: Estudos em Comunicação. Covilhã, 2010. 201p. Disponível em: <http://www.labcom-ifp.ubi.pt/ficheiros/domingues-paradigma-2010.pdf>, acesso em 12/04/2017.

DRUMMOND, Victor Carneiro. **O combate ao esvaziamento semântico e ético de expressões utilizadas como 'mantras' performáticos no universo do direito do autor**. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. Coord. Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. v. II, Juruá: Curitiba, 2014, p. 185-200.

ESTEVES. Maurício Brum. **Por uma justificação constitucional do direito de autor: da hermenêutica aos direitos fundamentais**. Dissertação de Mestrado. 2018. 232p. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/7320/Maur%C3%ADcio%20Brum%20Esteves_.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em 19/01/2019.

FISHER, William. **Theories in Intellectual Property**. s.d. Publicado originalmente em 1999. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>, acesso em 14/04/2017. p. 1-2.

FOUCAULT, Michel. Trad. Inês Autran Dourado Barbosa. **Ditos e escritos III: estética: literatura e pintura, música e cinema**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 274-275.

FROSIO, Giancarlo F. **Rediscovering Cumulative Creativity From the Oral Formulaic Tradition to Digital Remix: Can I Get a Witness?** The John Marshall Review of Intellectual Property Law: Chicago, 2014. Disponível em <https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>. Acesso em 16 nov. 2018. p. 347 e 348.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y metodo**. Sígueme: Salamanca, 1994. 2a. ed., v. I, trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, p.697p

GAZDA, Elaine K. (Org.). **The Ancient Art of Emulation: Studies in Artistic Originality and Tradition from the Present to Classical Antiquity**.

Introduction: Beyond Copying: artistic originality and Tradition. Michigan, University of Michigan Press for the American Academy, Vol. 1., p. 1-24., 2002. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/4238443>, acesso em 14/09/2018.

GERARD, Alexander. **An Essay on Genius**. W. Trahan; T. Cadell e W. Creech in the Strand: : Edimburg, 1774.. Disponível em <https://ia600204.us.archive.org/11/items/essayongenius00gera/essayongenius00gera.pdf>. Acesso em 14/09/2018.

GINSBURG, Jane C. **The concept of Authorship in comparative copyright law**. Paper n. 03-51, in Columbia Law School, *Public Law & Legal Theory Working Paper Group*, New York, 2003.

GRAU-KUNTZ, Karin. **O que é Propriedade Intelectual?** Disponível em <http://www.ibpibrasil.org/O-que-e-Propriedade-Intelectual>. Acesso em 29/01/2014.

KUNTZ, KARIN-GRAU. **Domínio público e Direito do Autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora**. Revista do IBPI, 2012. n. 6, p. 38. Disponível em <http://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-6>, acesso em 14/07/2016.

HAMEROFF, S. et al. **Nanoneurology and the Cytoskeleton: Quantum Signaling and Protein Conformational Dynamics as Cognitive Substructure**, In: Pribram, K. (1993), p. 317-376, 1993.

HARDIN, Garret. **The tragedy of the Commons**. *Science*, 13 Dec 1968: v. 162, issue 3859, p. 1243-1248. Disponível em <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>. Acesso em 23/10/2017.

HOEREN, Thomas. **Direito de acesso como um símbolo pós-moderno de desconstrução dos direitos autorais?** Revista Jurídica do Cesuca, n. 1., v. 1, julho/2013, p. 20 a 34. Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/360>, acesso em 15/09/2017.

HORKHEIMER, Max & ADORNO, Theodor. **Indústria cultural e sociedade**. Paz e Terra: São Paulo, 2002.

JASZI, Perter. **Toward a theory of copyright: the metamorphoses of “authorship”**. Duke Law Journal: Durham, 1991. p. 455-502

JUNG, C. G.; PAULI, Wolfgang; MEIER, C. A. **Atom and Archetype: The Pauli/Jung Letters**, 1932-1958. Princeton University Press, 2001. 320p.

KRETSCHMANN, Ângela. **Direitos Intelectuais: (re)visitando o direito de autor na era digital**. Conceito: Florianópolis, 2008.

KRETSCHMANN, Ângela. A transição legal e desespero enciclopédico da Lei Autoral brasileira IN ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. **Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. vol. II, Juruá: Curitiba, 2014.

KRETSCHMANN, Ângela. **Feudalismo no direito autoral: um mal necessário?** In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero. (Org.). **Direito Civil: Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 169-189.

KRETSCHMANN, Ângela. **Autorschaft, Schöpfung und Originalität: einige Überlegungen aus brasilianischer Perspektive**. HUMBOLDT FORUM RECHTS, v. 2, p. 4-9, 2016.

KUHLEN, Rainer; Peter Naumann, Tradutor. A informação é um bem público ou privado? Uma perspectiva global, também para as bibliotecas. **REVISTA JURÍDICA DO CESUCA**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 89 a 107, jun. 2013. Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/377>, acesso em 15/08/2017.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **An Economic Analysis of Copyright Law**. The Journal of Legal Studies, v. 18, n. 2, jun/1989. p. 325-363. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/24101229_An_Economic_Analysis_of_Copyright_Law/download acesso em 08/12/2017.

LANDES, William M.; POSNER, Richard. An economic analysis of copyright law. IN WITTMAN, Donald A. *Economic analysis of the law: selected readings*. Blackwell: Oxford, 2003.

LOGAN, Robert K. **The Five Ages of Communication. Exploration in Media Ecology**. V.1, n.1, 2002, p. 13-20. Disponível em http://openresearch.ocadu.ca/id/eprint/891/1/Logan_Five_2002.pdf. Acesso em 27/10/2017.

MCCRUM, Robert. **Ghostwriter de sucesso revela o mundo secreto dos autores de aluguel**. Em 03/08/2014, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2014/08/1494442-ghostwriter-de-sucesso-revela-o-mundo-secreto-dos-autores-de-aluguel.shtml> , acesso em 12/03/2017

MCLUHAN, Marshal. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. Trad. de Décio Pignatari. Cultrix: São Paulo, 1964. 407p.

MCLUHAN, Marshal. **A galáxia de Gutenberg**. Editora Nacional, USP: São Paulo, 1972.

MCLUHAN, Marshal. **Os meios são as “Massa-gens”**. Trad. de Ivan Pedro de Martins. 2ª. ed., Record: Rio de Janeiro, 1969. 187p.

PENROSE, R. **The Emperor’s New Mind - Concerning Computers, Minds, and the Laws of Physics**. Oxford University Press, 1989.

PFISTER, Laurent. **Author and work in the French Print Privileges System: Some Milestones**. In: DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin; BENTLY, Lionel. *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*. Open Book Publishers: Cambridge: 2010, p.130.

PESSERL, Alexandre. **Notas introdutórias a um estudo do direito de reprodução de obras autorais no ambiente digital**. In: WACHOWICZ, Marcos, coord. *Direito Autoral & Marco Civil da Internet*. Curitiba: Gedai Publicações, 2015. p. 229.

PECORARI, Diane. **Academic Writing and Plagiarism: A Linguistic Analysis**. Continuum: London, 2010, p. 1.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. 2a. ed. Milton Amado, tradutor. Itatiaia: Belo Horizonte e São Paulo, 1974.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 269 a 271.

RHINE, J. B. **Parapsicologia atual**. São Paulo: Cultrix, 1989.

ROCHA FILHO, J. B. **Física e Psicologia: as fronteiras do conhecimento científico aproximando a física e a psicologia junguiana**. 5. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; KRETSCHMANN, Angela. **Direitos do autor como direitos fundamentais?** Revista Jurídica do Cesuca. V.1, n. 1, jul./2013. p. 17-18. (p. 10-21). Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/363>, acesso em 15/09/2017.

SASS, Liz Beatriz. **Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade: a sustentabilidade como limite**. Tese de Doutorado. UFSC, Florianópolis, 2016. 449p.

SCHEFFER, Cristina. **Entre o plágio e a Inspiração**. Gazeta do Povo, 27/01/2011. Disponível em www.gazetadopovo.com.br/economia/entre-o-plagio-e-a-inspiracao-drcky0g0ntlx2wkv6vp005ij2/ampgp, acesso em 27/10/2017

TREMBLAY, Gaetan. **De Marshall McLuhan a Harold Innis ou da Aldeia Global ao Império Mundial**. Revista Famecos, Porto Alegre, n. 22, dez/2003,

VAZ, A. F. **Da modernidade em Walter Benjamim: crítica esporte e escritura histórica das práticas corporais**. Educar. Editora da UPFR, Curitiba, n. 16, 2000, p. 61 a 79.

WACHOWICZ, Marcos. COSTA, José Augusto Fontoura. **Plágio Acadêmico**. Curitiba: Gedai Publicações, 2016.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1993, p. 628-629.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VI Direito de Autor e Sociedade da Informação

**TÍTULO:
REFLEXÕES SOBRE A
PROPRIEDADE INTELECTUAL E
O FENÔMENO DA APROPRIAÇÃO
NAS ARTES PLÁSTICAS
CONTEMPORÂNEAS.**

Claudia Lopes Tolentino



REFLEXÕES SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL E O FENÔMENO DA APROPRIAÇÃO NAS ARTES PLÁSTICAS CONTEMPORÂNEAS.

Claudia Lopes Tolentino¹

RESUMO

O presente estudo é uma reflexão sobre o uso de elementos protegidos, tais como: marcas, desenhos industriais, fotografias, trechos de obras literárias e outras criações de terceiros em obras artísticas. Fenômeno antigo, conhecido como apropriação que, atualmente, tem se utilizado de elementos da cultura de massa como matéria-prima e os artistas contemporâneos, muitas vezes, são impedidos de expor seus trabalhos ou precisam modificá-los para expô-los. Inseguros e envergonhados, evitam discutir a questão. A metodologia utilizada é de natureza qualitativa, baseada na literatura disponível sobre arte, mercado arte e Propriedade Intelectual, objetivando levantar o problema e incentivar a discussão, concluindo pela necessidade de aprofundar e divulgar, entre os diversos profissionais do mercado de arte, modelos de convivência, oferecendo ferramentas para a manutenção da liberdade da criação artística.

Palavras-chave: Apropriação, Artes e Propriedade Intelectual.

¹ Doutoranda em Propriedade Intelectual e Inovação pela Academia da Propriedade Industrial/ INPI, Mestre em Artes Visuais / Imagem e Cultura, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Servidora pública federal, no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

INTRODUÇÃO

Este estudo foi desenvolvido a partir de questionamentos de dois artistas plásticos, Fernando Campos Maia e Márcio Goldzweig, a respeito de limitações impostas às suas criações em função, segundo eles, de uma “nova” exigência mercadológica: a proibição de apropriação de elementos de terceiros. Sem discutir o problema, os artistas se submeteram as exigências impostas e se calaram.

Fernando Campos Maia desenvolveu uma série de pinturas baseadas na obra literária do escritor José de Souza Saramago² e, ao apresentá-las em um projeto para a Galeria da Caixa Econômica Federal, no Rio de Janeiro, foi instruído pelo produtor cultural a omitir que as pinturas se baseavam em textos literários para evitar a rejeição do trabalho durante o processo de seleção, tendo sido alertado para sugerir que as obras haviam sido inspiradas nos textos apenas se considerasse muito relevante.

Primeiramente, pensei em citar trechos dos livros que mais me influenciaram a criar esse ou aquele quadro da exposição. Mas fui alertado sobre os prováveis custos que acarretaria e das dificuldades burocráticas que seriam naturalmente acrescentadas na aprovação do projeto, não apenas em concorrências públicas, mas em galerias. Seria necessária a aprovação dos donos dos direitos autorais das obras. Não acho incorreto, estou de acordo. Só que não estou em condições de “agregar” mais dificuldades à um projeto que se arrasta há anos, sem poder apresentá-lo por falta de recursos básicos (MAIA, 2013)³.

O gravador Márcio Goldzweig passou por situação semelhante quando apresentou criações da Série Monstros do Blues e do Jazz para uma exposição e para ilustrar o material gráfico a ser usado no evento “Tributo ao Jazz e Blues”, que ocorreria entre 06 e 30 de novembro de 2012, no Festival SESC-Rio Blues & Jazz.

A produção do evento ao perceber que as imagens dos músicos compunham as gravuras, suspendeu a exposição e pediu que o artista

2 Escritor, argumentista, teatrólogo, ensaísta, jornalista, dramaturgo, contista, romancista e poeta português nascido em 1922 e falecido em 2010.

3 Depoimento escrito pelo pintor sobre o episódio que gerou a censura do uso dos textos apropriados do escritor José Saramago que poderiam suscitar disputa na área de direito autoral, em janeiro de 2013.

interferisse nas imagens das figuras para esconder ou retirar as referências aos músicos como exigência para mantê-las no material publicitário. Ele precisou descaracterizar todas as imagens, retirando textos que nomeavam os retratados e as imagens foram cobertas por manchas pretas.

Mas, onde está a liberdade criativa do artista? Pode o mercado direcionar e cercear criações do espírito? Essas perguntas estão sem respostas para todos aqueles que vivem no universo da arte. Pintores, gravadores, escultores, aqueles que pensavam ter o mundo como matéria-prima, estão descobrindo que o mundo tem dono e não pode ser representado livremente.

1. A arte e o cotidiano

Considerada um encontro de elementos mentais e sociais, significações rearranjadas, um jogo que se apropria de elementos cotidianos para propor algo diferente, precursora de acontecimentos pelo seu poder de reflexão sobre o coletivo (DUVIGNAUD, 1970), a arte está inserida em processos e contextos sociais e históricos (THOMPSON, 2007). O hábito de assistir a espetáculos, cinema e televisão, enraizou-a na vida concreta, transformando-a em ferramenta⁴ que acentua relações e emite mensagens para a sociedade (DUVIGNAUD, 1970).

A arte carrega na realidade misturando sinais mentais e reais. Confronta trivial e imaginário, converte o real em sinal estético e procura elementos cotidianos para transformar em espetáculo (DUVIGNAUD, 1970).

É compreensível que artistas plásticos busquem no cotidiano um campo para suas criações. Vários artistas contemporâneos criam reutilizando materiais/produtos da indústria cultural (PEREZ, 2008).

A ideia de apropriação parte do princípio de que a cultura (especificamente, as imagens produzidas ao longo dos séculos nas artes plásticas, na literatura e, mais recentemente, no cinema) nos pertence e constrói constantemente nosso imaginário, o artista

⁴ A comunicação de massa é “a produção institucionalizada e a difusão generalizada de bens simbólicos através da transmissão e do armazenamento da informação” (THOMPSON, 2007).

contemporâneo não receia em criar a partir de fragmentos de nossa memória artístico-cultural (ESTÚDIO DE CRIAÇÃO DIGITAL CASTHALIA, 2006).

Portanto, tem sido comum a utilização de elementos do cotidiano nas obras, rostos famosos ou não, marcas, desenhos industriais, manchas gráficas de jornais, matérias jornalísticas, textos literários, fotografias de terceiros tudo serve de elemento para criações artísticas.

2. Arte contemporânea, um mercado promissor.

A sociedade pós-industrial baseada no conhecimento é mantida por uma economia baseada nos bens intelectuais e, dessa forma, cresce o comércio global de bens culturais cujos impactos econômicos, políticos e jurídicos apenas recentemente começam a ser percebidos e considerados (SOUZA, 2012).

A arte enquanto atividade privilegiada e carismática, exercida por privilegiados, não existe mais, transformou-se em um bem simbólico, produzido e difundido em larga escala, em múltiplas cópias pela mídia e para observadores em espaços, muitas vezes, distantes e sempre numerosos (BENJAMIM, 1975). A arte transferiu-se para a esfera do consumo e tornou-se uma mercadoria. A ideologia da indústria cultural é o negócio (ADORNO, 1996) e, conseqüentemente, o sucesso da atividade artística relaciona-se à venda que, em quantidade, reflete a qualidade do produto (BENJAMIM, 1975).

A novidade não é o caráter mercantil da obra de arte, mas o fato que, hoje, ela se declara como tal e se inclui nos bens de consumo (ADORNO, 1996). Situada no mundo dos negócios, usa publicidade, fideliza clientes e estabelece valor. A midiaticização da arte atrai fama e sucesso, vivendo dessa reputação. O objeto artístico não é diferente de qualquer outro produto e segue as mesmas leis de transmissão de valor (CAUQUELIN, 2005).

Por circular em ambientes cada vez mais abertos: televisão, cinema, jornais e revistas, a arte tem sofrido tentativas de controle por autoridades e grupos reguladores, como acontece aos produtos convencionais

(THOMPSON, 2007). Com forte tendência à comercialização e enquanto ferramenta de comunicação, ela está subordinada às estratégias corporativas e tem sido tratada como mercadoria, obedecendo a ofertas, demandas, lucros e análises de custo-benefício (SOUZA, 2012).

Consequentemente, os artistas, atualmente, são profissionais voltados para a produção de “obras de arte”, redefinindo as próprias identidades. A unicidade do autor está abalada pela arte produtora de comunicação que solicita uma equipe para a realização do trabalho (CAUQUELIN, 2005). A mitologia do gênio criativo está sendo erodida (DANTO, 2006), pois o trabalho do gênio podia ser música, filosofia, pintura ou poesia, mas nada que fosse para uso ou lucro. A característica do gênio era o seu título de nobreza (SCHOPPENHAUER, 1958). Considerada representativa, expositiva, contemplativa, a arte adotou característica *apresentativa* (BENJAMIM, 1975). O artista deixou de ser aquele que cria transformando-se naquele que mostra e vende. Houve uma ruptura entre os dois modelos. A arte hoje pertencente ao regime do consumo (CAUQUELIN, 2005).

Falar de arte contemporânea é falar em um sistema que envolve distintos agentes: produtores, artistas, compradores, críticos, publicitários, curadores, instituições cuja característica mais evidente é manter com o público/consumidor uma relação econômica baseada em preço, valor das obras, uma relação produtor-consumidor (CAUQUELIN, 2005).

Dessa forma, ao se apreciar a “apropriação” nas artes plásticas contemporâneas, deve-se considerar uma forma de criação com objetivo comercial cujos produtos são desenvolvidos a partir de outros bens consumo, em muitos casos, protegidos, em torno dos quais surgem normas de convivência social, política e econômica que solicitam debates.

3. A apropriação nas artes plásticas

A apropriação não é um fenômeno recente na história da arte. Artistas sempre incluíram referências imagéticas produzidas por outros em suas obras, porém, nem sempre, tornavam claras essas citações.

Ultimamente, o conceito tem sido empregado para indicar a incorporação de objetos não artísticos nas criações. Picasso e Braque, na fase cubista, são expoentes que utilizaram apropriações diretas. A partir deles, o Dadaísmo⁵, o Surrealismo, a Pop Art apropriaram, explicitamente.

Os artistas americanos Sherrie Levin e Jeff Koons são celebridades que utilizam apropriações em seus trabalhos.



Figura 1. Exemplo de apropriação nas artes plásticas: “O juízo de Paris”, de Marcantonio Raimondi, 1520, e “Lê Déjeuner sur l’Herbe”, de Edouard Manet, 1863.

Fonte: <<http://www.artes.unb.br/revistadearte/valeria/valeria.htm>>.

Acesso em: 28 de janeiro de 2017.

Na arte contemporânea, as apropriações colocam em pauta valores como originalidade⁶, autenticidade, autoria, novidade, questionando a natureza e a definição de arte (ARCHER, 2001). Na ausência de um estilo característico ou de uma tendência dominante, o método característico

5 O dadaísmo foi um movimento artístico que surgiu na Europa, em Zurique, na Suíça, em 1916. Possuía como uma das características principais a ruptura com as formas de arte tradicionais e o uso de objetos comuns do cotidiano apresentados de uma nova forma e dentro de um contexto artístico – incluindo a utilização de vários formatos de expressão (objetos do cotidiano, sons, fotografias, poesias, músicas, jornais, etc) na composição das obras de artes plásticas.

6 “Justamente porque é necessário que haja um mínimo de criatividade não se pode prescindir de um juízo de valor. A proteção é a contrapartida de se ter contribuído para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade. Terá de haver assim sempre critérios de valoração para determinar a fronteira entre a obra literária ou artística e a atividade não criativa.”. (BARBOSA, 2010)

da arte tem sido a apropriação (HONNEF, 1992). Artistas combinam fragmentos de diversas naturezas que aparecem de várias formas em suas obras: cópia, pastiche, referência irônica, imitação, duplicação e outras (ARCHER, 2001). O paradigma atual é o da colagem (DUVIGNAUD, 1970) aliada ao conceito de que qualquer elemento pode ser transformado em arte desde que exibido em um espaço legitimador, como um museu ou uma galeria, cabendo ao artista reconstruir o mundo a partir do universo que tem de herança, resignificando-o⁷.



Figura 2. “New 100’s Merit Ultra-Lights” de Jeff Koons.

Fonte: <<http://veja.abril.com.br/multimedia/galeria-fotos/jeff-koons>>.

Acesso em: 29 de janeiro de 2017.

O conceito “apropriação” foi utilizado por artistas Norte-Americanos, a partir da década de oitenta, designando o ato ou efeito

7 “A diferença entre as “apropriações” artísticas usadas no passado da história da arte e as contemporâneas estão no fato de que, no passado, elas eram ocultadas e hoje são apresentadas explicitamente nas obras.” (BARBOSA, 1987)

de tomar para si, apoderar-se, integralmente ou de partes, de uma obra para construir outra obra e muitos tem utilizado criações protegidas por terceiros nessas obras.

Hoje se emprega a palavra apropriação para denominar muitas práticas diferentes, da citação à cópia pura e simples. Podem ser apropriados, em graus diversos: imagens, estilos, modelos da História da Arte ou da cultura de massa, materiais, técnicas etc, de contextos não artísticos inclusive (TRIGO, 2008).

O termo “apropriação” indica que o artista incorporou à obra materiais heterogêneos que, anteriormente, não faziam parte do campo da arte (PEREZ, 2008). Como prática artística, representa novas aplicações e entendimentos sobre objetos conhecidos, mas tem levantado dúvidas sobre infrações de PI e tornando diluída, em alguns casos, a fronteira entre original e cópia. Provocando discussões sobre expressão individual e coletiva. Questões legais envolvendo artistas geram análises judiciais cujo conteúdo versa sobre originalidade e justo uso na área de direito autoral. (CHON, 2012) ⁸

4. A apropriação da cultura de massa.

Um dos primeiros artistas plásticos a chamarem atenção por apropriar-se de objetos de consumo em sua obra foi Marcel Duchamp - pintor, escultor e poeta francês, que desenvolveu o conceito do *ready-made*⁹, em 1913, propositalmente, utilizando um produto industrial como matéria prima¹⁰. Ele simplesmente expôs um produto industrial

8 “By obscuring the line between original and copy, this type of art also blurs the line between individual and collective expression. Legal cases involving these artists have pushed judicial analysis of originality and fair use in copyright law. Peter Jaszi suggested recently that, as a result, judges may be absorbing an attitude of skepticism about fixed identity and stable point of view-recognizing what has been clear for some time in arts practice and aesthetic theory: that...constructed culture is fair game for reinterpretation[...]”(CHON, 2012).

9 Movimento que discutia a utilização de objetos da vida cotidiana, de uso comum, na arte.

10 “Não mais a habilidade, não mais o estilo – apenas signos, ou seja, um sistema de indicadores que delimitam locais. Expondo objetos prontos, já existentes e em geral

como arte criticando conceitos vigentes à época. Segundo Duchamp, um objeto poderia ser utilitário ou artístico, dependendo do local onde estivesse exposto e questionando a figura do artista. O autor desaparece e o artista é apenas aquele que mostra (CAUQUELIN, 2005).

A Fonte, trabalho polêmico e famoso de Marcel Duchamp, é um urinol, assinado com o pseudônimo de “R.Mutt”, Richard Mutt (ARCHER, 2001), apresentado no Salão da Sociedade Novaiorquina de Artistas Independentes, em 1917 (MINK, 1994).

Criando polêmica e escândalo em torno do produto, Duchamp desconsiderou a imagem e a reputação do fabricante da empresa Mott Works, expondo social e negativamente o equipamento sanitário e o nome comercial do fabricante.



Figura 3 A *Fonte*, escultura de Marcel Duchamp.

Fonte: <http://estoriadahistoria12.blogspot.com.br/2012/07/marcel-duchamp-28071887-02101968.html> Acesso em: 28 de janeiro de 2017.

A partir dos anos 60, Andy Warhol¹¹, ícone da Pop Art, apropriou-

utilizados na vida cotidiana, [...], ele faz notar que apenas o lugar de exposição torna esses objetos em obras de arte. É ele que dá o valor estético ao objeto, por menos estético que seja [...] Em relação à obra, ela pode então ser qualquer coisa, mas numa hora determinada. O valor mudou de lugar: está agora relacionado ao lugar e ao tempo, desertou o próprio objeto” (CAUQUELIN, 2005)

11 Warhol é o primeiro artista de Pós-Vanguarda. A sua criação artística reflete o devir daquela realidade paralela constituída não apenas só pelas peças de cenário da paisagem tecnológica midiática, como também pelos slogans da sociedade de consumo. (HONNEF, 1992)

se de símbolos publicitários (HONNEF, 1992) como tema de suas serigrafias. O supermercado era sua fonte de inspiração. Latas da sopa – Campbell –, garrafas do refrigerante – Coca-Cola –, caixas de sabão em pó – Brillo – e as marcas desses produtos foram reproduzidas em seus trabalhos e expostas em museus e galerias, a venda por todo o mundo. “Um objeto que todo o mundo conhece. Ele é público. Ligando o seu nome ao objeto em série, conhecido de todos, Warhol se torna tão conhecido quanto à imagem que assina” (CAUQUELIN, 2005). O artista procurou elementos cotidianos de expressão mercadológica, pegando carona para estimular suas vendas.



Figura 4 Serigrafias de Andy Warhol contendo desenhos, desenhos industriais e marcas de terceiros.

Fontes: < <http://www.wikipaintings.org/en/andy-warhol/mickey> >;
 < <http://artefontedeconhecimento.blogspot.com.br/2010/12/andy-warhol.html> >;
 < <http://identidadesolida.wordpress.com/2010/05/09/sobre-andy-warhol/%E2%80%A6sobre%C2%A0andy%C2%A0warhol-8/> >

Acesso em: 30 de janeiro de 2017.

Houve autorização das empresas para a inclusão dos elementos protegidos nas obras de Warhol? Essas empresas gostaram de ter seus direitos usados para uma crítica social ou associados à imagem ou ao trabalho do artista?

O mundo do negócio e do consumo, dos *mass media* e da arte trivial já não é considerado como pólos opostos, mas sim aproveitados conscientemente como uma fonte de inspiração bem-vinda

e com a mesma seriedade que merece a tradição artística. Na arte da Pós-Vanguarda, as fronteiras entre as esferas, até então rigorosamente separadas, tornam-se fluidas, de modo que as obras mais características contêm elementos tanto da arte mais elevada como imagens triviais da cultura de massas. (HONNEF, 1992).

A principal característica das artes visuais desde o final do modernismo é a falta de critério estilístico, não há uma base para reconhecimento de um direcionamento narrativo. É um período de liberdade estética sem limite histórico em que tudo é permitido (DANTO, 2006).

Não há nenhuma limitação a priori de como as obras de arte devem parecer – elas podem assumir a aparência de qualquer coisa [...] A arte para existir não precisa nem mesmo ser um objeto para ser contemplado, e, havendo objetos em uma galeria, eles podem se parecer com qualquer coisa (DANTO, 2006).

5. O mercado de arte no Brasil

O mercado de arte está em alta e tem movimentando aproximadamente um bilhão de dólares ao ano no Brasil. Surgiram fundos de investimentos em artes (OLIVEIRA, 2011). Segundo pesquisa encomendada pela Associação Brasileira de Arte Contemporânea (ABACT), os negócios das galerias de arte brasileiras cresceram 44% entre 2010 e 2012 e, em 2011, as exportações atingiram um recorde de mais de 60 milhões de dólares (JARQUE, 2012).

Este não é um fenômeno apenas brasileiro.

Os preços sobem em fecho, colecionadores privados encomendam obras em quantidades sem precedentes. Museus e galerias de arte dificilmente conseguem conter as multidões de visitantes que afluem às inaugurações das suas exposições [...] Os preços astronômicos que as obras clássicas dos tempos modernos atingem nos leilões de Londres e Nova Iorque constituem um investimento seguro para o futuro (HONNEF, 1992).

E, neste mercado, existem brasileiros que trabalham com apropriação. Artistas que vendem obras que podem ser negociadas por até centenas de milhares de dólares, tais como: Vick Muniz, Beatriz Milhazes

e Adriana Varejão (RAMOS, 2012) ¹².

Neste quadro, investidores/consumidores precisam se assegurar do que visam adquirir e os negócios acabam um tanto restritivos (PAIVA, 2011).

6. A apropriação dos objetos de consumo de massa na arte brasileira

No Brasil, é possível listar vários artistas que trabalham com apropriação de produtos, como: Farnese de Andrade, Waldemar Cordeiro, Aloísio Magalhães, Nelson Leiner, Wesley Duke Lee, Rubens Gershman, Rochelle Costi, Leda Catunda, Rosangela Rennó, Vick Muniz, Adriana Varejão, Beatriz Milhazes, Denize Torbes, Guto Lacaz e muitos outros.

O brasileiro Carlos Augusto Martins Lacaz é um exemplo de uso explícito e direto de marcas e desenhos industriais protegidos. Há autorização para o uso desses elementos em suas obras? Mesmo não havendo concorrência direta entre a obra de arte e o desenho industrial ou a marca, não podemos considerar que a obra artística, como produto da indústria cultural, está incidindo no exposto na Lei de Propriedade Industrial?

Art. 187 - Fabricar, sem autorização do titular, produto que incorpore desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão. (BRASIL,1996)

Art. 189 - Reproduzir, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imitá-la de modo que possa induzir confusão ou alterar marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado. (BRASIL, 1996)

Como produto a venda no mercado de arte, as criações artísticas podem se beneficiar da fama dos elementos apropriados para atraírem consumidores?

¹² “Na trilha do título de “artistas universais”, os brasileiros dominam o ranking dos latino-americanos mais valorizados em leilões internacionais no ano passado, segundo o site especializado Art Price. Adriana Varejão, que diz se lembrar de, em 1990, vender obras a US\$ 10 mil, ocupa o primeiro lugar (com “Parede com incisões à Fontana II”, vendida por US\$ 1,52 milhão) e também aparece em 5º, 6º, 8º e 10º lugares. Já Beatriz Milhazes surge em 3º e em 4º, e Cildo Meireles ocupa a 7ª posição. O único não brasileiro da lista é o cubano Felix Gonzalez-Torres, que aparece em 2º e em 9º lugares.” (FURLANETO, 2012).

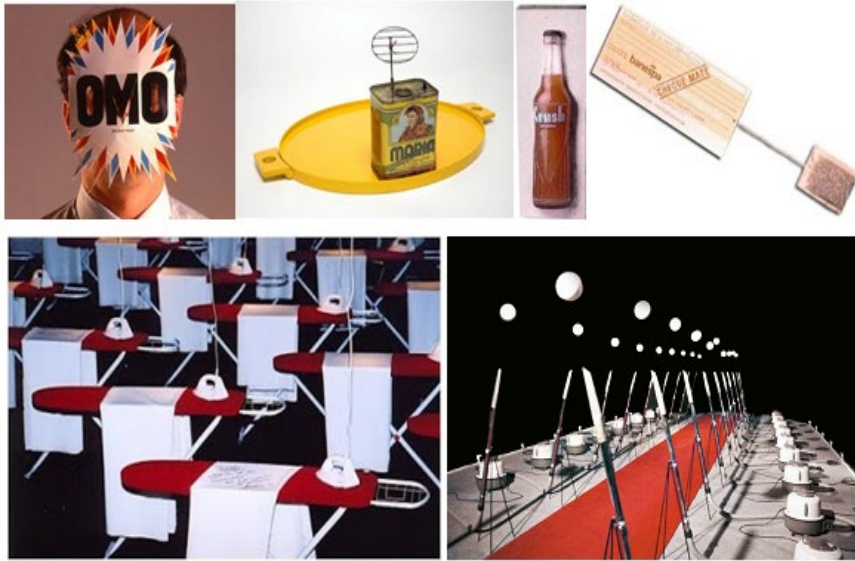


Figura 5 Instalações do artista Guto Lacaz utilizando marcas e desenhos industriais de terceiros.

Fontes: < <http://www.gutolacaz.com.br/artes/fotos/objetos/omo.html> >

< http://www.gutolacaz.com.br/artes/fotos/objetos/maria_003.jpg >

< <http://www.gutolacaz.com.br/grafica/omemobjeto.html> >

< <http://kiannegoncalves.blogspot.com.br/2010/05/guto-lacaz.html> >

Acesso em: 31 de janeiro de 2017

Para responder a este impasse é necessário buscar na legislação vigente, Lei nº 9.279/96, de 14/05/1996, Lei da Propriedade Industrial, e Lei nº 9.610, de 19/02/1998, Lei de Direito do Autor, opções possíveis de harmonização para o uso de direitos exclusivos e excludentes concedidos pelo Estado em produtos artísticos.

7. A Propriedade Intelectual nas leis vigentes

A Propriedade Intelectual faculta aos titulares direitos econômicos, garantindo a exclusividade sobre criações provenientes da atividade intelectual. A exploração econômica dos direitos patrimoniais pode ser transferida ou permitida, mas mediante modalidades legalmente previstas.

O art. 26.1 de TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of*

Intellectual Property Rights) dispõe que o titular de um desenho industrial protegido tem o direito de impedir terceiros que, sem sua autorização, produzam ou vendam artigos que exibam ou insiram um desenho, cópia de um desenho protegido, quando esses atos sejam para fins comerciais.

O Art.104, da Lei nº 9.610, de 19/02/1998, postula que quem vender, expuser a venda, distribuir ou utilizar obra reproduzida com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será responsabilizado como contrafator.

A Lei nº 9.279/96, de 14/05/1996, de Propriedade Industrial, expõe no Art. 191, que reproduzir ou imitar, induzindo a erro ou confusão, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, uma marca registrada, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos pode vir a cometer um crime contra marcas, acrescentando, ainda, no parágrafo único, que fica sujeito à mesma pena quem vende, expõe ou oferece à venda produtos assinalados com essas marcas.

Se a obra de arte contemporânea é um produto oferecido a venda em um mercado, o exposto na Lei de Propriedade Industrial pode significar um conflito entre criação artística e criação industrial protegida. Mas como tratar a liberdade artística exposta no inc. II, do Art.206, da CRFB/1988?

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

É necessária a segurança

CONCLUSÃO

Baseado no exposto, concluímos pela necessidade de aprofundar entendimentos sobre a apropriação artística contemporânea dos produtos de consumo de massa, como: filmes, matérias jornalísticas, fotografias, personagens, marcas e desenhos industriais, pois, como são bens protegidos, direitos exclusivos e excludentes, diminuiria a tensão entre artistas e interesses econômicos, possibilitando a construção de modelos de convivência, oferecendo ferramentas para a manutenção da liberdade da arte e divulgação segura das criações artísticas.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. Indústria cultural: o esclarecimento como mistificação das massas. In: *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

ARCHER, Michael. *Arte Contemporânea: uma história concisa*. São Paulo: Martins fontes, 2001.

BARBOSA, Ana Amália Tavares Bastos. Apresentação. In: *Mac/USP. Imagens de 2ª geração*. São Paulo, 1987.

BARBOSA, Denis Borges; MAIOR, Rodrigo Souto; RAMOS, Carolina Tinoco. *O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BENJAMIN, Walter. A obra de arte na era da sua reprodutibilidade técnica. In: *Os Pensadores*. Vol. XLVIII. São Paulo: Abril Cultural, 1975, pp. 9-34.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 de março de 2017.

BRASIL. Lei nº 9.279, 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 14 de março de 2017.

BRASIL. Lei 9.610, 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 14 de março de 2017.

BRASIL. Decreto Nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a ata final que incorpora os resultados da rodada do Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em: 14 de março de 2017.

CAUQUELIN, Anne. A arte Contemporânea – uma introdução. Trad. Rejane Janowitz. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CHON, Margaret. The Romantic Collective Author. Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, Vol. 14. Seattle University School of Law Research Paper, 2012, 12-28. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2076959>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2017.

DANTO, Arthur Coleman. Após o fim da arte: a arte contemporânea e os limites da história. São Paulo: Edusp, 2006.

DUVIGNAUD, Jean. Sociologia da Arte. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1970.

ESTÚDIO DE CRIAÇÃO DIGITAL CASTHALIA. Apropriação. Santa Catarina, 2006. Disponível em: <http://www.casthalia.com.br/a_mansaoopreste_atencao/apropriacao.htm>. Acesso em 28 de janeiro de 2017.

FURLANETO, Audrey. Arte contemporânea brasileira desponta para o primeiro mundo. O Globo: cultura. 12 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/arte-contemporanea-brasileira-desponta-para-primeiro-mundo-5765883#ixzz2OI6fRAkD>>. Acesso em: 10 de março de 2017.

HONNEF, Klaus. Arte contemporânea. Rio de Janeiro: Taschen do Brasil. 1992.

JARQUE, Fietta. Brasil abre la boca. El País. Cultura. 4 /08/ 2012. Trad. Karina de Freitas. Disponível em:

<http://cultura.elpais.com/cultura/2012/08/02/actualidad/1343907966_783335.html> Acesso em: 01 de fevereiro de 2017.

MAIA, Fernando Campos. [Opinião sobre a questão levantada neste estudo]. Rio de Janeiro, 2013. Entrevista com o artista Fernando Campos Maia pelo autor.

MINK, Janis. Marcel Duchamp, 1887 – 1968: a arte como contra-arte. Alemanha: Taschen, 1994.

OLIVEIRA, Grazielle. Fundo de investimento em artes: conheça uma opção na hora de diversificar. Infomoney. 2011. Disponível em:

<<http://www.infomoney.com.br/onde-investir/noticia/2240806/fundos-investimentos-artes-conheca-uma-opcao-hora-diversificar>>. Acesso em: 22 de março de 2017.

PAIVA, Daniela. O novo quadro do mercado de arte. Brasil Econômico. 23 de nov. 2011. Disponível em:

<<http://www.brasileconomico.com.br/noticias/nprint/109634.html>>. Acesso em: 11 de março de 2017.

PEREZ, Karine Gomes. Apontamento sobre o conceito de apropriação e seus desdobramentos na arte contemporânea. Revista Digital Art& - Ano VI - Número 10 - Novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.revista.art.br/site-numero-10/trabalhos/42.htm>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2017.

RAMOS, Natália. Mercado de arte no Brasil cresce com colecionadores. Exame.com. São Paulo, 29 mai. 2012. Disponível em:

<<http://exame.abril.com.br/noticia/mercado-de-arte-no-brasil-cresce-com-colecionadores/imprimir>>. Acesso em: 11 de março de 2017.

SCHOPENHAUER, Artur. O Mundo Como Vontade e Representação.

Editora: Brasil, 1958.

SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012.

THOMPSON, J.B. Para uma teoria social da comunicação de massa. In: Ideologia e cultura de massa: teoria social crítica na era dos meios de comunicação da massa. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 287-351.

TRIGO, Luciano. Apropriações. G1. Máquina de Escrever. Globo.com. Categoria: Artes plásticas. 11 de novembro de 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/platb/maquinadeescrever/2008/03/11/apropriacoes/>. Acesso em: 01 de abril de 2017.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VI Direito de Autor e Sociedade da Informação

TÍTULO: POSSIBILIDADES DE UM DIÁLOGO ENTRE DIREITO PATENTÁRIO E SAÚDE PÚBLICA: A PERCEPÇÃO DE UM VÍNCULO DE RECIPROCIDADE

**Débora Gomes Bandeira
Thamires Rodrigues Guimarães**



POSSIBILIDADES DE UM DIÁLOGO ENTRE DIREITO PATENTÁRIO E SAÚDE PÚBLICA: A PERCEPÇÃO DE UM VÍNCULO DE RECIPROCIDADE

Débora Gomes Bandeira¹

Thamires Rodrigues Guimarães²

RESUMO

Analisando o instituto da propriedade intelectual na concepção protetiva às criações, de incentivo à inovação, é evidenciada a influência dessa proteção sobre os direitos sociais básicos, como o patenteamento de medicamentos e seus impactos na saúde pública. Diante desse cenário, o presente artigo tem como objetivo principal analisar a coexistência do direito patentário com o interesse público no acesso aos medicamentos. Além disso, será abordada a dinâmica da concorrência no direito à propriedade intelectual e os impactos na indústria farmacêutica, sendo descrita a relação conflituosa do direito à saúde com a proteção garantida através da patente a medicamentos. Serão abordadas, por fim, as soluções normativas trazidas pelos acordos internacionais, principalmente pelo acordo TRIPS. Para tanto, a análise se vale do método dedutivo e bibliográfico, buscando compreender tais questões através de teorias técnico-jurídicas.

Palavras-chave: Patente; Concorrência; Direito à saúde.

1 Graduada em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB).
Email: debora_gb@outlook.com.

2 Graduada em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB).
Email: thamirodrigues.g@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Ao compreender o instituto da propriedade intelectual no seu viés de proteção às criações e, conseqüentemente, incentivo à inovação, algumas questões devem ser levantadas em se tratando de proteção a bens que exercem influência direta em direitos sociais básicos, tal qual o caso do patenteamento de medicamentos e os impactos deste na saúde pública.

São geradas, portanto, discussões não apenas respectivas à relação opositiva entre concorrência e direitos de propriedade intelectual (BARBOSA, 2010, p. 464), mais especificamente a patente, como também os impactos significativos ao direito de saúde no seu status de direito humano, portanto, protegido vigorosamente nos âmbitos interno e internacional (GUISE, 2011, p. 65). Diante disso, questiona-se: como ocorre a coexistência do direito patentário com o interesse público no acesso aos medicamentos?

Para abordar a questão, é necessário compreender a essência dos institutos e elementos envolvidos: concorrência, patente, saúde pública; observando a função que desempenham na indústria farmacêutica (RODRIGUES JUNIOR; POLIDO, 2007, p. 133, 134). Deve-se perceber os esforços internacionais na tentativa de estabelecer critérios e parâmetros quanto aos limites desses elementos, uma vez que geram impactos nas relações jurídicas domésticas e internacionais (CORREA, 2007, p. 57).

A pesquisa aufere sua relevância a partir discussões que a ensejam. Nesse sentido, o direito patentário é amplamente difundido no ambiente internacional com fulcro na proteção da atividade inventiva humana, e como um incentivo ao desenvolvimento desta. O direito à saúde pública, primordialmente na acepção de que o Estado é o garantidor, dá margem ao questionamento acerca dos limites protetivos, principalmente nos aspectos de mercado, quando a patente apresenta um óbice ao acesso a medicamentos.

O presente artigo apresenta cunho exploratório, de abordagem direta e hipotética-dedutiva, realizado de acordo com os seguintes passos operacionais: identificação do problema; elaboração da pergunta

norteadora; delimitação do tema; levantamento de hipóteses; coleta em bases científicas para a fundamentar as hipóteses e objetivos; seleção dos artigos; análise e interpretação dos artigos. A pergunta que norteou este estudo foi “como ocorre a coexistência do direito patentário com o interesse público na questão dos medicamentos?”.

O primeiro tópico trata da dinâmica da concorrência no direito à propriedade intelectual e os impactos na indústria farmacêutica, ou seja, como se dá a relação entre propriedade intelectual e concorrência e os impactos disso no mercado farmacêutico. O segundo tópico volta-se à descrição da relação entre o direito à saúde e a proteção garantida através da patente a medicamentos. Quanto ao terceiro tópico, serão abordadas as soluções normativas trazidas pelos acordos internacionais, principalmente o acordo TRIPS, quanto a esse conflito.

2. A dinâmica da concorrência no direito à propriedade intelectual e os impactos na indústria farmacêutica

Ao analisar os fundamentos da ordem econômica brasileira, a livre iniciativa figura como fundamento constitucionalmente previsto, bem como a livre concorrência, como é exposto na Carta de 1998:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

IV - livre concorrência.

O que se observa é que a livre concorrência não apenas é positivada no texto constitucional, é também posta como objeto de proteção tendo em vista a possibilidade de eliminação da mesma, uma vez que o art. 173 estipula no seu §4º a repressão constituída em lei relativa ao “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Denis Borges Barbosa (2010, p. 453) ao tratar das condições de concorrência em geral, numa espécie de conceituação, situa a concorrência numa relação entre agentes econômicos que dispõe de produtos ou serviços iguais ou substituíveis entre si, disputando a entrada,

manutenção ou predomínio num mercado. Mas não somente isso, pode-se constatar o aspecto da concorrência sob o prisma do Direito Público como instrumento de coibir a formação de monopólios, bem como a concentração de poder econômico.

Visto isso e tendo em mente o sentido constitucional da Propriedade Intelectual como o privilégio temporário e proteção às criações industriais, marcas, nomes de empresa e demais signos distintivos dados aos autores de inventos industriais (art. 5º, XXIX, CF/98), a questão levantada é como se perfaz tal proteção da livre concorrência frente ao privilégio temporário de exploração do bem garantido pela propriedade intelectual.

Para compreender essa questão é necessário que se entenda, a priori, como se dá esse privilégio de exploração exclusiva, especificamente entendendo a patente, por ser um dos objetos de análise desse estudo.

A patente de invenção pode ser entendida por dois sentidos: o de instituto jurídico e o de título outorgado. Sua vertente de instituto jurídico pode ser entendida como o direito de propriedade em si, conferido com o intuito de proteger a invenção. É título, também, por ser concedida pelo Estado como garantia de propriedade de invenção e de exploração exclusiva por tempo determinado ao autor (BARBOSA et al, 2007, p. 102).

Percebe-se na patente a forma mais clara da propriedade intelectual como esse incentivo à inovação, visto que a relação com o bem objeto de propriedade consiste no seguinte ideal:

Teoricamente, os agentes econômicos apenas investiriam no desenvolvimento de novas tecnologias (ou, ao menos, fariam isso de maneira mais eficiente) se garantido o direito de exploração exclusiva dessa inovação por um determinado período. Com isso, seria possível recuperar o valor investido, ao passo que se houvesse competição, esta pressionaria o preço do produto a um valor próximo ao custo marginal (BITTAR, 2014, p. 06)

O que se infere disso é que a patente é parte do interesse estatal no que tange à evolução tecnológica do país, já que essa exploração exclusiva temporária é, além de recompensa, um estímulo aos inventores pelo que desenvolvem (JABUR; SANTOS, 2007, p. 102). Ou seja, embora faça uma referência maior ao âmbito privado, a patente acaba por figurar como instrumento público relativo à inovação.

Retomando a questão suscitada anteriormente, o conflito entre patente e concorrência se estabelece na medida em que um figura, aparentemente, como barreira ao outro, já que a exploração exclusiva de um bem impede a competição, impede a variedade de agentes disputando o mercado no qual se inclui esse bem.

A concorrência seria, portanto, o limite necessário à propriedade intelectual uma vez que esta é subordinada ao cumprimento de determinados interesses e fins. É indispensável a atuação do Estado, no seu âmbito legislativo, na criação de instrumentos limitadores dos direitos de propriedade, de modo que a sua finalidade seja alcançada sem que haja abusos (MEDEIROS, 2017, p.138-139). A exemplo desses mecanismos existente no ordenamento jurídico, tem-se o artigo 7º do Acordo TRIPS (INPI, 1994):

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

Ademais, pode-se afirmar que não há nenhum desvio de liberdade anteriormente preestabelecida às criações protegidas por direitos exclusivos no âmbito público, haja vista que tais elementos transformados exclusivos não integravam o domínio comum, ainda não estavam situados na economia (BAHIA, ABUJAMRA, 2009, p. 9737).

E em que se relaciona essa dinâmica da concorrência no direito à propriedade intelectual com a indústria farmacêutica? Quando adicionada a variável “saúde pública”, nota-se uma desproporção. Alguns autores mais radicais, como Claudio Bahia e Ana Carolina Abujamra (2009, p. 9737), mencionados anteriormente, consideram que a Lei que rege a propriedade intelectual, quando relacionada aos medicamentos, vem a ser desleal não só para a livre concorrência, como também para qualquer padrão de dignidade humana. Eles afirmam que o equilíbrio da concorrência é alterado devido ao fator necessidade, uma vez percebido que os produtos são desenvolvidos com o fim de combater doenças, preservando a saúde e a vida de seres humanos.

Como será visto no próximo tópico, a patente não deve ser encarada como um instituto maléfico ao âmbito público de saúde. Porém, pelo que foi exposto, é fato que há um transtorno quanto à presença de uma proteção exclusiva de bens que são necessários para o bem-estar social no núcleo mais essencial que esse termo carrega, beirando a subsistência. Por isso, o instituto da patente deve ser analisado, também, de forma crítica.

A preocupação se potencializa quando analisados mecanismos que ampliam os níveis de proteção que já são concedidas aos titulares de patentes, como é o caso do *evergreening*, que vem a ser

A extensão do período de exclusividade de mercado por meio da concessão e combinação sucessiva de múltiplas patentes em termos não obrigatórios, mas apenas permitidos pelo TRIPS (RODRIGUES JR; POLIDO, 2007, p.123).

Os autores seguem afirmando que esse mecanismo se dá em virtude dos múltiplos aspectos envolvidos na proteção da patente, quais sejam: prescrição médica, combinação de produtos, um produto ou um processo produtivo. Sendo assim, o período de vigência da patente pode se estender com a presença de combinações que geram novas utilidades ao medicamento (p.123).

O que se percebe é o *evergreening* como uma estratégia, devido ao espaço temporal no qual ele é suscitado:

quando um produto está chegando próximo ao fim da vigência da patente original, o depositante irá lançar uma nova forma para aquele produto, como um novo sal ou sob a forma de comprimidos de liberação estendida, o qual receberá uma nova patente. Simultaneamente, intensos esforços de marketing são direcionados para alterar a demanda do consumo do produto antigo para esta nova apresentação recém patenteada (ZALFA, 2008, p. 21)

É necessário compreender que há uma série de implicações jurídicas que decorrem do *evergreening*. Alguns autores consideram que essa prática configura uma ofensa quanto ao propósito da propriedade intelectual, já que isso impede a disponibilidade do conhecimento que seria acessível com o fim do prazo da patente, além de violar a tutela de concorrência, bem como implicando diretamente nas políticas referentes à saúde pública, uma vez que torna o produto inacessível para parte da população (ROCHA, 2008, p.139).

Cabe ressaltar que não há no Acordo TRIPS disposição quanto ao novo uso de substâncias já existentes e conhecidas, tal como não exige a concessão da patente. Ou seja, fica a critério dos países signatários decidirem sobre qual abordagem tomar ante esses casos (SILVA; BRITTO; ANTUNES, 2010, p.1823).

3 A relação conflituosa entre o direito à saúde e a proteção patentária conferida aos medicamentos

Nesta seção far-se-á um estudo acerca do direito à saúde, sua representação no âmbito doméstico e internacional, bem como apresentar-se-ão as perspectivas compreendidas entre o direito à patente de medicamentos e o direito à saúde, e acesso a esses produtos farmacêuticos.

É indiscutível o fato de que a saúde constitui aspecto essencial para uma vida equilibrada e sobrevivência humana. Segundo a OMS, no preâmbulo de sua Constituição (1946), saúde “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. E ainda considera que “Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”. É considerado ser direito de todos os indivíduos, sem qualquer critério distintivo, isto é, um direito humano.

Essa conclusão foi obtida também porque o direito à saúde está previsto no art. 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948), enunciando que “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar [...]”. Nesse dispositivo, conforme bem pontua Mônica Guise (2011, p. 69) a saúde encontra-se intimamente ligada a outros fatores citados no artigo, como alimentação, moradia, e vestuário, bem como cuidados em casos de problemas de saúde. Percebe-se então, que a saúde é um complexo de fatores essenciais não apenas à subsistência, mas ao bem-estar humano, o qual se concretiza a partir dos elementos supracitados, não excluindo os demais.

O documento normativo de máximo valor no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República (BRASIL, 2016), prevê o direito à saúde como um direito social (art. 6º, *caput*)

[...] de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 2016, Art. 196).

A lei que regulamenta o funcionamento do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1990) no art. 2º, *caput*, destaca a saúde como um direito fundamental e de responsabilidade do Estado, ratificando os dispostos pela Declaração dos Direitos Humanos e pela Constituição Federal. Mas no que consiste, efetivamente, tal dever do Estado? Em que medida o ente estatal assume a responsabilidade pela saúde coletiva? O Art. 2º, § 1º responde que tal compromisso

[...] consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, o dever do Estado é mais amplo, pois deve ser exercido em favor de toda a população brasileira através de políticas públicas de saúde. Tal norma informa que a função do Estado abrange desde a promoção de “redução de riscos”, isto é, medidas de prevenção, até a recuperação de indivíduos eventualmente acometidos por enfermidades. Tratar de saúde pública é compreender esse direito como dever primordialmente do Estado na concretização do interesse coletivo (GUISE, 2011).

O art. 3º da lei nº 8.080 (BRASIL, 1990) indica de modo bastante claro que a saúde é um fator elementar para fins de verificação da organização social e econômica do Brasil. A saúde é um aspecto fundamental por si, pois garante o bem-estar dos seres humanos, e como índice do crescimento sócio-econômico de um país.

Por conta de tamanha importância que a saúde representa o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC) ou Acordo TRIPS, da

Organização Mundial do Comércio (OMC), no art. 27, § 2º e 3º considera que os países-membros podem fazer exceções na concessão de patentes em seus territórios em casos necessários “ [...] para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana [...]”, assim como podem se escusar de conceder patentes a “métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais” (INPI, 1994). Essas exceções são verificadas devido à atenção primordial que os Estados farão aos sistemas nacionais de saúde, sobrepondo o interesse coletivo pelo qual deve zelar aos interesses particulares sobre o direito de patente.

São bastante discutidas as interpretações antagônicas concernentes à relação entre o direito patentário e saúde pública. Primeiro, será analisada a ideia de que a patente limita o acesso aos meios básicos de saúde, no caso em voga, os medicamentos. Nessa perspectiva, os direitos de Propriedade Intelectual são vantajosos aos países desenvolvidos, os quais dispõem das ferramentas necessárias para a pesquisa e desenvolvimento nesse campo, e se evidenciam como exportadores dessa tecnologia.

Em contrapartida, os países em desenvolvimento, que não dispõem dos meios citados para a criação e melhoria de medicamentos, restam prejudicados, pois têm acesso limitado sobre remédios necessários para a promoção da saúde pública pela qual são responsáveis. Desse modo, os impactos nas políticas de saúde pública se traduzem como repercussão negativa na saúde das populações dos países que não tem acesso aos medicamentos e que, por conta do sistema de patentes não conseguem (OPAS, 2009).

Carlos Correa (2007, p. 59-60) esclarece que países em desenvolvimento simplesmente não conseguirão produzir novos medicamentos quando se considera os altos custos envolvidos no procedimento de criação desses. Logo, a função protetiva e de incentivo à atividade criativa não se aplicaria a esses países, e de modo contrário, pode representar dificuldades na propagação do medicamento em consequência dos preços altos.

A situação pode ser traduzida como uma lei de mercado. Se apenas um sujeito fornece determinado produto, também determina o seu preço;

sendo este um bem essencial, como medicamentos o são, torna-se mais fácil a imposição de um preço mais elevado. Quando há concorrência, o quadro pode mudar, pois se presume diferença, ainda que mínima, na oferta de preços. Os custos dos medicamentos determinam quem poderá deles usufruir, e quanto o Estado poderá garantir desse produto para sua população, a depender do orçamento disponível (OPAS, 2009).

No entanto, é necessário observar “o outro lado” tão criticado e parte do conflito que aparentemente opõe o direito patentário e o direito à saúde pública. Helen Yu (2016) atenta para o modelo de P&D realizado no setor farmacêutico, de modo que os riscos nesse empreendimento são altíssimos, o que contrasta expressivamente com as chances de sucesso.

Conforme indicam os estudos de Helen Yu (2016, p. 06), o processo de criação de um medicamento é dividido em fases que envolvem primordialmente Pesquisa e Desenvolvimento através de ensaios clínicos. Inicialmente, na fase pré-clínica, uma pesquisa basilar é realizada em função do problema escolhido e moléculas de fármaco previstas como solução inicial. Após aprovação destas para testes, nelas serão realizados experimentos como tentativas de otimização. Então, verifica-se a segurança e efetividade prévios à experimentação humana, através de testes clínicos (*in vitro*) e em animais. Sendo todas essas etapas concluídas, inicia-se a fase de desenvolvimento clínico.

A Resolução de nº 09, da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA, 2015) estabelece padrões bastante rigorosos a serem seguidos pela pesquisa clínica, posto que têm como finalidade a garantia de elevada segurança e controle de qualidade, promovidas através de protocolos, relatórios e inspeções regulares da ANVISA.

A primeira fase visa à avaliação da toxicidade em seres humanos presentes em um grupo de aproximadamente oitenta sujeitos de pesquisa, sendo-lhes administradas diferentes dosagens do composto. A segunda estende a administração a um grupo maior de sujeitos, cerca de cem, preferencialmente que estejam acometidos pela doença-alvo da investigação, pois se atesta não só a segurança do composto, mas sua eficácia contra o problema de pesquisa enfrentado. Na terceira etapa, os

testes são realizados em populações heterogêneas e em maior número. Geralmente há um estudo comparativo do fármaco com tratamentos já presentes no mercado e placebos (MSD, [?]).

Após as referidas fases da Pesquisa Clínica, pode ser feito o pedido de registro instruído com diversos dados que atestem os resultados obtidos nas pesquisas junto à ANVISA, que novamente avaliará a segurança e eficácia do medicamento. Somente após essa concessão, poderá se iniciar a fase quatro, denominada vigilância pós-comercialização, ou farmacovigilância, após o início da comercialização do medicamento, o que não significa o fim dos testes e relatórios (ANVISA, [?]). Não obstante todos os testes realizados e obedecidos os padrões regulatórios, é possível que ainda nessa fase medicamentos sejam retirados do mercado por apresentarem resultados adversos não percebidos anteriormente (ASCOM, 2015).

Os pedidos de patente de medicamentos também são submetidos ao exame obrigatório da ANVISA. Além dos requisitos técnicos de patenteabilidade, posteriormente à submissão do pedido ao INPI, “a Anvisa analisará tais pedidos à luz da saúde pública” por meio de parecer técnico (ANVISA, art. 4º, caput). Ademais, o art. 4º, §1º dispõe quando o pedido não é conforme aos interesses de saúde pública, como quando o medicamento patentado “[...] for de interesse para as políticas de medicamentos ou de assistência farmacêutica no âmbito do SUS”. Tal análise é justificada posto que o pedido particular de patente não pode ser sobreposto a interesse nacional de saúde pública. Com a concessão, o detentor dos direitos patentários exerce direitos exclusivos de exploração do produto desenvolvido, e naturalmente exclui essa possibilidade dos demais durante o tempo de proteção, o que “pode se refletir diretamente no custo final do medicamento” (ANVISA, 2004, p. 11). Custo material este que certamente determinará quantos necessitados de tal medicamento poderão a ele ter acesso sem enfrentar demasiadas dificuldades.

Na presença de tal obstáculo, a indústria farmacêutica prefere apostar em pesquisas em fase de avançado desenvolvimento, posto que essas representam maior probabilidade de resultados positivos, originando um ciclo vicioso. Ao passo que investidores estarão mais propensos a apostar

em pesquisas mais avançadas, os desenvolvedores desta necessitam de incentivo para seguir nesses procedimentos, que investidores (YU, 2016, p. 08) A probabilidade de um composto, seja isolado, ou em combinação com outros, ter viabilidade terapêutica pode ser bastante reduzida tendo em vista os riscos inerentes ao processo de Pesquisa e Desenvolvimento de fármacos.

Ainda que um novo medicamento chegue à etapa de comercialização, efeitos colaterais até então desconhecidos podem surgir, tendo como consequência lógica a sua retirada do mercado (TUOMINEN, 2011). Como todo investimento, o que impulsiona esse ramo é a expectativa de sucesso e consequente retorno dos recursos empregados. É nessa lógica que o direito de patente sobre esses medicamentos funciona, como um incentivo que visa a equilibrar o interesse privado e público, o qual tem interesse no produto desenvolvido pelos benefícios que representa. Ao mesmo tempo, em função deste setor, o tempo de gozo do direito exclusivo é relativamente baixo, mas volta-se a harmonizar interesses antagônicos, e gera benefícios mútuos. Ademais, embora o direito exista e seja garantido, os direitos de exploração exclusiva de um medicamento são por pouco tempo efetivamente aproveitados, visto que a patente, após o lançamento da medicação no mercado, continua protegendo essa exploração por oito a dez anos, média (TUOMINEN, 2011, p. 07).

À dificuldade de descoberta inicial das moléculas, é somada a incerteza da efetividade e segurança do fármaco. Por conta disso, poucos investimentos chegam a ter, efetivamente, retorno. Logo, há um longo caminho a ser percorrido, e este é envolto em incertezas, sendo bastante difícil precisar se haverá um retorno, e em que medida este ocorrerá. A longa cadeia de produção de uma nova medicação pode custar, em média, um bilhão de dólares. O preço varia a depender da complexidade do processo de desenvolvimento do medicamento, e boa parte desses gastos decorrem da fase clínica, em razão dos custos com recursos humanos, e demais cuidados necessários à utilização de pessoas na pesquisa (SINGH, 2008).

Em que pese os óbices quanto aos custos do procedimento, percebe-se que a patente pode ser, efetivamente, um incentivo ao investimento nessa área, em decorrência das possibilidades de ganhos, quando se trata

de empreendimento do setor privado. Por outro lado, como medida de saúde pública, é bastante difícil que o Estado continue a proteger o direito patentário se tal concessão significa a redução de políticas públicas de saúde. Como, então, harmonizar o conflito de interesses entre o âmbito público e o privado? No próximo capítulo, a escrita voltar-se-á ao tratamento da questão suscitada.

4 Soluções normativas trazidas pelo acordo TRIPS

Antes de analisar as especificidades que traz o Acordo TRIPS a respeito da patente e das duas dinamicidades, é necessário compreender os interesses e objetivos estipulados por ele, formulados a partir do próprio contexto no qual ele foi constituído.

O TRIPS nada mais é que um equilíbrio de interesses: Estados buscando uma disposição comum acerca da propriedade intelectual no comércio internacional num cenário de nítida desigualdade, sobretudo, de acesso à tecnologia, quanto à propriedade intelectual. Enquanto países desenvolvidos apresentavam queixas relativas à proteção inadequada da propriedade intelectual, os países em desenvolvimento manifestavam-se em prol da difusão de tecnologia, sem desqualificar os essa proteção (BASSO apud BARBOSA, 2010, p.658).

Isso se expressa no próprio preâmbulo do Acordo (INPI, 1994):

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;

Reconhecendo, para tanto, a necessidade de novas regras e disciplinas relativas: [...]

b) ao **estabelecimento de padrões e princípios adequados** relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio;

c) ao estabelecimento de meios eficazes e apropriados para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual

relacionados ao comércio, **levando em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais;** (grifo nosso)

O artigo 7º do TRIPS, que dispõe sobre os objetivos do acordo, sintetiza toda essa pretensão em perseguir os interesses dos Estados de modo a garantir o equilíbrio entre esses interesses, ao declarar a intenção de promover e difundir a tecnologia, bem como primar pelo benefício dos produtores e usuários. Ao fim, pontua o compromisso em contribuir com o bem-estar social econômico, bem como com o equilíbrio entre os direitos e as obrigações decorrentes da propriedade intelectual.

Mônica Steffen Guise (2011, p. 39) ao tratar da influência do TRIPS no que tange à patente, destaca que, principalmente nos países em desenvolvimento, houve uma significativa elevação quanto aos graus mínimos de proteção da propriedade intelectual, e essa relevância é devida ao fato de que, antes do Acordo, era de competência de cada país determinar os limites de proteção da patente a partir das suas necessidades e do seu desenvolvimento. Uma vez internalizado esse grau mínimo estipulado pelo TRIPS, é gerado grande impacto a aspectos nacionalmente sensíveis, como a patente de produtos farmacêuticos.

A autora segue expondo a disposição do Acordo quanto à exigência da outorga da patente a todo e qualquer tipo de invenção, independente do campo de tecnologia, o que inclui os medicamentos. Os efeitos disso foram imensos, já que muitos países não concediam a patente a medicamentos, e isso se dava principalmente pelo objetivo de facilitar questões referentes à aplicação de políticas relativas à saúde pública para os indivíduos de seus respectivos países (2011, p. 41).

Acontece que, embora esses padrões mínimos tenham sido efetivamente estipulados, há uma relativização afirmada na Declaração de Doha de 2001 sobre o TRIPS e Saúde Pública. Em suma, essa Declaração ao enumerar várias considerações reconhecendo implicitamente a necessidade de tornar menos rígida as condições da patente quando envolver questões de saúde pública, especialmente referente aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. A declaração frisa a liberdade dos Estados de interpretar de acordo com as suas respectivas necessidades, tomando as medidas necessárias para protegerem a saúde pública (WORLD TRADE

ORGANIZATION, 2001).

Dentre vários pontos de extrema importância ao estudo da patente e saúde pública, destaca-se:

5. Accordingly and in the light of paragraph 4 above, while maintaining our commitments in the TRIPS Agreement, we recognize that these flexibilities include:

In applying the customary rules of interpretation of public international law, each provision of the TRIPS Agreement shall be read in the light of the object and purpose of the Agreement as expressed, in particular, in its **objectives and principles**.

Each member has the right to grant **compulsory licences** and the freedom to determine the grounds upon which such licences are granted.

Each member has the right to determine what constitutes a **national emergency** or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent a national emergency or other circumstances of extreme urgency.

The effect of the provisions in the TRIPS Agreement that are relevant to the exhaustion of intellectual property rights is to leave each member free to establish its **own regime for such exhaustion** without challenge, subject to the MFN and national treatment provisions of Articles 3 and 4 (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2001, grifo nosso).

Visto isso, nota-se que a flexibilização quanto à aplicação do Acordo deve ser feita observando os princípios e objetivos do TRIPS, cabendo a possibilidade de concessão de licenças compulsórias, além de ser determinado que a cada país é dada a permissão para determinar o que é de uma emergência nacional. Mas principalmente, fica clara a autonomia dos Estados em estabelecer um regime próprio de esgotamento dos direitos de propriedade intelectual.

Como já mencionada, vê-se na licença compulsória um mecanismo de solucionar os desequilíbrios referentes às patentes de medicamentos, sendo ela uma autorização expedida pelo governo que permite que terceiros se utilizem de uma patente (ou de outros direitos de propriedade intelectual) sem o consentimento do titular. Essa concessão é estipulada

no artigo 31 do Acordo TRIPS, mas não estipula em quais casos ela é cabível, fazendo apenas uma referência os casos de extrema urgência ou de emergência nacional. Apesar disso, é cabível às legislações nacionais estabelecer tal concessão baseando-se, dentre outras, nas razões de saúde pública (CORREA, 2007, p.70).

Ainda em relação às medidas de solução propostas pelo Acordo TRIPS, figura especialmente a modalidade de importação paralela como forma de acesso a produtos resguardados pelo direito de patente, e incentivo à concorrência de preços. Essa modalidade é prevista no art. 6º do Acordo TRIPS, e alicerçadas no princípio do “esgotamento ou exaustão de direitos”, consoante habilmente explica a obra de Carlos Correa (2007, p.61). Essa espécie verifica-se quando um produto é importado sem que tenha havido autorização por parte do titular da patente, mas de maneira regular. O princípio determina que o detentor do direito não controla o uso ou a venda secundária daquele produto. A primeira relação de aquisição é aquela protegida pelos direitos do titular, mas não a forma como o adquirente utilizará as funcionalidades produto posteriormente.

O reconhecimento de tal autorização implícita não nega o direito patentário, porém considera que este já foi devidamente remunerado na primeira relação. Ademais, a admissão dessa modalidade é resultante da racionalidade do sistema globalizado, porquanto se nota a inexistência de fronteiras nas relações econômicas. Com especial aplicação ao direito de acesso a medicamentos e proteção à saúde pública, a medida possibilita a compra direta de medicamentos no país de concessão originária da patente por um preço menor, ao passo que o titular recebe a remuneração devida (CORREA, 2007, p. 65).

Logo, é amplamente reconhecido que os países-membros do Acordo TRIPS conquanto devam zelar pelas disposições acordadas, podem realizar exceções à concessão de patentes por motivos de interesse nacional, como nos casos que envolvem saúde pública. Nesse seguimento, faz-se mister o estudo de caso recente nessa matéria, no que concerne às discussões na concessão de patentes quando esta constitui óbice à efetivação de políticas públicas em matéria de saúde.

A presidenciável Marina Silva e Eduardo Jorge propuseram Ação

Popular contra Gilead Sciences Inc., a União Federal, e o Instituto Nacional Da Propriedade Industrial - INPI figurando como litisconsortes no pólo passivo sobre a patente do antiviral Sofosbuvir. O pedidos foram os de anulação da patente concedida à Gilead, bem como a concessão imediata de licenciamento compulsório para que os genéricos pudessem ser comercializados e garantir o tratamento adequado aos milhares que sofrem com a doença em questão (BRASIL, 2018a).

Conforme petição inicial apresentada, os argumentos apresentados pelos autores para consideração do pedido foram diversos, dentre eles foi evidenciado que a concessão de patente à Gilead Sciences Inc.:

II) não atende aos requisitos técnicos da “atividade inventiva” [...]; III) já havia sido objeto de 126 pedidos similares junto ao INPI (dos quais 125 restaram frustrados ou indeferidos); IV) constitui autêntica prática do EVERGREENING; V) não levou em consideração o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País [...]; VI) inviabilizará o cumprimento da meta assumida pelo Brasil de erradicar a Hepatite C até o ano de 2030; VII) agravará, em quase R\$ 1 bilhão de reais, a realidade dos cofres públicos [...]; VIII) colocará em risco a vida de aproximadamente 700 mil brasileiros que, segundo estimativa do Boletim Epidemiológico Hepatites Virais 2018 (elaborado pelo Ministério da Saúde), estariam atualmente infectados no País (BRASIL, 2018a.)

Segundo notícia veiculada pelo jornal Folha de São Paulo (MELLO, 2018) a Gilead tentou por diversas vezes impedir a compra de medicamento genérico para tratamento da Hepatite C, produzido pela Farmanguinhos-Fiocruz e Blanver. Isso porque, obviamente, a aquisição dos medicamentos genéricos representaria uma economia considerável aos cofres públicos. A preferência seria conferida aos genéricos, visto que a Gilead comercializa o medicamento R\$ 140,40, o comprimido, ao passo que o genérico produzido seria comercializado a R\$ 34,80. Transpondo esses dados em números mais significativos, o governo economizaria cerca de R\$ 1,1 bilhão utilizando o medicamento genérico no tratamento de pacientes que esperam há meses pelos medicamentos financiados pelo Sistema Único de Saúde-SUS.

O pedido de liminar foi acolhido pelo juiz Rolando Valcir Spanholo, responsável pela 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal,

no dia 23 de setembro de 2018. A decisão foi favorável e anulou anular o ato pelo qual o INPI concedeu a patente do fármaco Sofosbuvir. Em diversas ocasiões, o magistrado teceu críticas à decisão do INPI, uma vez que o Instituto se escusou de analisar questões como o interesse social, tecnológico, e econômico do povo, além de ignorar parecer do Conselho Nacional de Saúde contrário à concessão (BRASIL, 2018b).

Os prejuízos em manter a concessão da patente do Sofosbuvir eram diversos, tendo em vista o número de pessoas acometidas pela Hepatite C e que necessitam desses medicamentos para preservação da sua saúde. Em efeito, a patente do Sofosbuvir vinha prejudicando de modo significativo o acesso a medicamentos e direito à saúde, posto que a Gilead, fornecedora exclusiva do medicamento, já havia tentado por diversas vezes impedir a implementação das versões genéricas do produto no mercado.

Assim, o caso notadamente não se resume a questões de mercado, trata de direitos essenciais aos seres humanos, e uma vez percebido que a concessão do direito de patente violaria o acesso a medicamentos e conseqüentemente tratamento dos milhares de brasileiros que sofrem com os efeitos da Hepatite C, considera-se acertada a decisão que anulou a concessão. Nesse caso especificamente, o reconhecimento da patente no Brasil não encontrava razões para sustentar-se.

5 CONCLUSÃO

A patente não deve ser taxada como um mecanismo de oposição ao interesse público, uma vez que é instrumento do próprio Estado para incentivo da inovação nacional. Quando listados os métodos estipulados no Acordo TRIPS, percebeu-se que não há fragilização da patente em detrimento do interesse público, e é exatamente esse o resultado pretendido, já que há uma relação intrínseca entre o incentivo de produção materializado na patente com a necessidade de inovação no ramo da saúde pública. Logo, não é interessante que se esvazie um instituto em favorecimento do outro, visto que esse favorecimento não aconteceria.

Pôde-se perceber que a concorrência e a patente, embora apresentem objetivos opostos, acabam por complementar uma a outra,

por serem limites recíprocos, acabam por estipular os pressupostos de validade uma da outra. Quanto ao direito à saúde, foi possível apreender que essa garantia é prevista amplamente no âmbito internacional, bem como no ordenamento doméstico. Nesse sentido, os medicamentos, bem como demais atividades inventivas relacionadas à saúde e vida humanas constituem previsão de exceção ao direito patentário no Acordo TRIPS.

Em relação ao direito à saúde, percebeu-se que é amplamente prevista, tanto em documentos normativos internos como internacionais, e sua garantia é considerada objetivo primordial do Estado, papel este conhecido como dever de promoção da saúde pública. Dentre esses deveres essenciais, figura o acesso a medicamentos como meio necessário para manutenção da boa saúde e medida de tratamento.

Quanto às disposições trazidas pelo Acordo TRIPS, percebeu-se uma relativização quanto às condições da patente em casos específicos que envolvam saúde pública, cabendo a cada país interpretar o Acordo baseando-se nos objetivos e princípios, bem como observando suas respectivas necessidades, de modo que os direitos de propriedade intelectual, evidenciando-se a patente, não seja banida, uma vez que isso implicaria no equilíbrio necessário ao mercado e ao desenvolvimento inventivo.

Foram observados os mecanismos trazidos pelos TRIPS, como o licenciamento compulsório e as importações paralelas, a fim de compensar os desequilíbrios que venham a surgir quanto ao acesso aos medicamentos em virtude da patente. Tais medidas são assecuratórias do direito ao acesso a medicamentos e saúde pública, e portanto, alternativas necessárias para a coexistência harmônica entre os direitos supracitados relacionados à saúde e o direito de patente, decorrente da Propriedade Intelectual.

REFERÊNCIAS

ANVISA. Política Vigente para a Regulamentação de Medicamentos no Brasil. *Biblioteca Virtual da Saúde*: online. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/anvisa/manual_politica_medicamentos.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____. Registro de Medicamentos: Como um medicamento chega ao mercado? (Infográfico). *ANVISA*: online, s/d. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/219201/2782895/Registro+de+Medicamentos/7ff22508-5bab-49a4-b689-a45521fc3bf5>>. Acesso em: 29 set. 2018.

ASCOM. Registro de medicamentos: entenda o passo-a-passo para que um novo produto seja liberado pela Anvisa. *ANVISA*: online, 10 maio 2016. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/noticias?urlTitle=registro-de-medicamentos-entenda-o-passo-a-passo-para-que-um-novo-produto-seja-liberado-pela-anvisa/>>. Acesso em: 29 set. 2018.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. Monopólio, concorrência em propriedade intelectual, flexibilização e o acesso à medicamentos no estado democrático social brasileiro: efetivação do direito a saúde? In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. *Anais...* p. 9732-9750.

BITTAR, Ana Carolina Folgosi. A interação entre direito da concorrência e da propriedade intelectual no caso ANFAPE. In: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2014, p. 94-108.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Secretaria de Editoração e Publicação, Brasília, 2016.

_____. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. *Resolução-RDC nº 21, de 10 de abril de 2013*. Altera a Resolução - RDC nº 45, de 23 de junho de 2008, que dispõe sobre o procedimento administrativo relativo à prévia anuência da Anvisa para a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos. Brasília, DF, 10 abr. 2013. Saúde Legis - Sistema de Legislação da Saúde. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33828/324806/RDC%2B21.13%2BAltera%2Ba%2BRDC%2B45.pdf/53261f48-4f5c-4ae7-98d2-a9bf538570e?version=1.0>>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____. RDC nº 9, de 20 de fevereiro de 2015. *Dispõe sobre o Regulamento para a realização de ensaios clínicos com medicamentos no Brasil*. Brasília, DF, 20 fev. 2015. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3503972/%281%29RDC_09_2015_.pdf/12fe4eb1-4e14-4b79-9863-e802ae7441f4> . Acesso em: 29 set. 2018

_____. Juizado Especial de Saúde Pública adjunto à 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. *Petição Inicial*. Juiz Rolando Valcir Spanholo. Fornecimento de Medicamentos. Parte Demandante: Maria Osmarina Marina Da Silva Vaz De Lima; Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho. Parte Demandada: Gilead Sciences; União Federal; e Instituto Nacional Da Propriedade Industrial (INPI). 20 set. 2018a. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2018/09/acao_popular_sofosbuvir.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Juizado Especial de Saúde Pública adjunto à 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. *Ação Popular nº 1019631-97.2018.4.01*. Juiz Rolando Valcir Spanholo. Fornecimento de Medicamentos. Parte Demandante: Maria Osmarina Marina Da Silva Vaz De Lima; Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho. Parte Demandada: União Federal e Instituto Nacional Da Propriedade Industrial (INPI). Decisão dia 23 set. 2018b. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2018/09/decisao_justica_federal_sofosbuvir.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

CORREA, Carlos M. *Propriedade Intelectual e saúde pública*. Tradução de Fabíola Wüst Zibetti; revisão técnica Carolina Pancotto Bohrer Munhoz. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GUISE, Mônica Steffen. *Comércio Internacional, Patentes e Saúde Pública*. Curitiba: Jaruá, 2011.

HUSSAR, Daniel. Desenvolvimento de fármacos. *Merck Sharp and Dohme*: online, s/d. Disponível em : <<https://www.msmanuals.com/pt-br/profissional/farmacologia-cl%C3%ADnica/conceitos-em-farmacoterapia/desenvolvimento-de-f%C3%A1rmacos>>. Acesso em 29 set. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (Brasil). *Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da

Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em:<<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (orgs.). *Propriedade Intelectual: criações Industriais, Segredos de Negócio e Concorrência Desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. *A sobreposição de direitos de propriedade intelectual no software: coexistência entre direito de autor e patente na sociedade informacional*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

MELLO, Patrícia Campos. Em guerra bilionária, farmacêutica tenta barrar genérico contra hepatite C. *Folha de São Paulo*: 11 set. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/09/em-guerra-bilionaria-farmacutica-tenta-barrar-generico-contr-hepatite-c.shtml>>. Acesso em: 30 set. 2018.

OMS. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*, 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/>

OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 29 set. 2018.

OPAS. *O acesso aos medicamentos de alto custo nas Américas: contexto, desafios e perspectivas*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; Ministério da Saúde; Ministério das Relações Exteriores, 2009. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/acesso_medicamentos_alto_custo_americas.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2018.

ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *Propriedade Intelectual e suas implicações constitucionais*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

RODRIGUES JUNIOR, Edson; POLIDO, Fabrício (orgs.). *Propriedade Intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVA, Maria Lucia Abranches da; BRITTO, Adriana Campos Moreira; ANTUNES, Adelaide Maria de Souza. Controvérsias sobre a proteção patentária de segundo uso médico de compostos químicos conhecidos. *Química Nova*, São Paulo, v. 33, n. 8, p. 1821-1826, 2010.

SINGH, Madhur. Should Clinical Trials Be Outsourced?. *Time*: New Delhi, 07 aug. 2008. Disponível em: <<http://www.time.com/time/health/article/0,8599,1830334,00.html>>. Acesso em: 29 set. 2018.

TUOMINEM, Nicoleta. Patenting Strategies of the EU Pharmaceutical Industry: Crossroad between Patent Law and Competition Policy. *European Legal Studies - Research Papers In Law*, jan. 2011, s/l. Disponível em: < https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/researchpaper_1_2011_tuominen.pdf?download=1> Acesso em: 29 set. 2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Declaration on the TRIPS agreement and public health*. 2001. Disponível em:<<https://www.wto.org/>

english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm>. Acesso em: 28 set. 2018.

YU, Helen. *Achieving Proof of Concept in Drug Discovery and Development: the role of competition law in collaborations between public research organizations and industry*. Edward Elgar Publishing: Cheltenham, 2016.

ZALFA, Viviane Mega de Andrade. *Comprimidos de liberação modificada: análise dos pedidos de patente depositados no brasil e da utilização destes na prática do evergreening*. 2008. Dissertação (Mestrado) - Fundação Oswaldo Cruz, Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde, Rio de Janeiro.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VI Direito de Autor e Sociedade da Informação

TÍTULO: O DIREITO DE PATERNIDADE DO INVENTOR

FERNANDA GALERA SOLER



O DIREITO DE PATERNIDADE DO INVENTOR

FERNANDA GALERA SOLER¹

RESUMO:

Após 20 anos da criação das atuais leis de propriedade intelectual, apesar da evolução doutrinária e jurisprudencial acerca da matéria, em especial por advento dos avanços tecnológicos que demandaram uma nova análise desses temas, ainda existem muitas áreas de interseção que precisam ser analisadas pelo jurista. Neste ínterim, temos as proteção conferida ao inventor, que apesar de ter seu direito garantido por meio da lei de propriedade industrial por vezes vê a sua invenção amplamente explorada por terceiros, como seu empregador e/ou financiador, sem que lhe seja retornado qualquer montante e/ou que o mesmo seja conhecido por seus feitos, situação semelhante a enfrentada pelo autor da obra intelectual, porém, este recebe o respaldo legal da lei de direitos autorais que o trata quase que como hipossuficiente, para tanto cabe entender afinal como fica o direito do inventor, será que ele também faz jus à uma paternidade por sua invenção? Ou uma proteção além do que a própria patente por seu trabalho intelectual inventivo? Em que pontos se relacionam os papéis e os direitos concedidos ao inventor e do autor, se é que eles existem.

Palavras-chave: Propriedade Industrial; Direitos Morais; Inventor.

1 *Fernanda Galera Soler.* Advogada e Consultora em São Paulo, Brasil. 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). Integrante da Comissão Especial de Propriedade Intelectual e Direito do Entretenimento da OAB/SP.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Análise Legal; 3. Análise Doutrinária; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Após 20 anos da Lei de Propriedade Industrial (LPI - Lei nº 9.279 de 1996) e da Lei de Direitos Autorais (LDA - Lei nº 9.610 de 1998), a doutrina e a jurisprudência da área de propriedade intelectual evoluiu e construiu inúmeras hipóteses de interseção das mais variadas áreas do direito com as criações intelectuais, em especial para as hipóteses de concorrência desleal, tão trabalhada pela jurisprudência e de aplicação mais simples, posto que independe da correta aplicação e/ou enquadramento de um ou outro bem intelectual e de sua proteção como tal.²

Em que pese tal crescimento com o advento tecnologia, da evolução das relações e o avanço social cada vez mais as relações humanas têm se tornado mais complexas, não apenas pela existência de outros e novos direitos, mas também pela minúcia necessária para analisar cada uma das esferas da vida do homem e sua força criativa.

Nessa linha ao longo dos séculos os titulares de direitos autorais buscaram maior proteção de suas criações e o seu devido reconhecimento,

2 Neste sentido, temos inúmeros julgados, dentre os quais destacamos os seguintes que atestam o quanto informado: (i) REsp 325158/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/08/2006, DJ 09/10/2006; (ii) REsp 325158/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/08/2006, DJ 09/10/2006; (iii) TJ-SP - APL: 10056527820148260005 SP 1005652-78.2014.8.26.0005, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 15/02/2016, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 15/02/2016; (iv) TJ-SP - APL: 00308768120128260562 SP 0030876-81.2012.8.26.0562, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 29/07/2015, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 04/08/2015.

a história do referido direito mostra a galopante construção de uma proteção quase que inexistente a figura do autor até a sua altíssima proteção no final dos anos 80 e anos 90, e agora a nova reflexão sobre a sua flexibilização frente a Internet.

Tamanha foi a modificação que alguns autores consideram o autor quase como um hipossuficiente o comparando com o consumidor³ e algumas leis autoralistas fazem referência expressa à sua proteção em especial nas relações de emprego, sendo regulado até mesmo por tais órgãos em especial na Convenção de Roma e na Lei nº 6.533 de 1978.

Por sua vez, a legislação industrial cada vez mais ligada aos interesses de seus players se desenvolveu no sentido de esclarecer cada um dos pontos criados pela LPI, com o auxílio do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) criando normas próprias para esclarecer cada ponto possivelmente omissos e a regular cada vez mais os processos de registro com o intuito de desenvolver a indústria brasileira e trazer o crescimento econômico, diminuindo assim o famoso backlog entre o depósito de uma propriedade industrial e a concessão dos direitos.

Em que pese existirem áreas de interseção entre essas áreas da propriedade intelectual (neste caso, direitos autorais e propriedade industrial), seu estudo normalmente é dissociado; tanto que as próprias leis separam bem o objeto de proteção de cada uma dessas áreas e, ainda, versam sobre o que não pode ser protegido por um instituto, posto que já estaria protegido pelo outro⁴ (o que é restrito aos direitos autorais e o que é restrito à propriedade industrial).

Contudo um ponto que não pode ser separado de ambos é a figura do criador, o autor da obra intelectual, o idealizador do desenho industrial, ou mesmo do inventor do invento,, a pessoa física responsável por criar

3 Neste sentido, temos o entendimento da Silmara Chinellato em suas aulas e escritos, como no existente no artigo “CHINELLATO, Silmara Juny de. Norma técnica, direito de autor e direito do consumidor. In Vinte anos do Código de Defesa do Consumidor. Estudos em homenagem a José Geraldo Brito Filomeno. Morato Antonio Carlos; Neri, Paulo de Tarso, (orgs.) São Paulo: Atlas, 2010.”

4 Neste sentido, temos o artigo 7º, § 3º, da LDA e o art.124, XVII da LPI que ensinam os limites de proteção da propriedade intelectual e da propriedade industrial, informando que a proteção de uma não se estenderá aos limites da proteção da outra, de forma a tentar evitar a intersecção de proteções.

e/ou desenvolver uma nova propriedade intelectual, esta é conjuntamente com a natureza dos elementos de propriedade intelectual um dos principais elementos de intersecção das mais variadas raízes desta área.

Dessa forma, após tantos anos da entrada em vigor das leis que regulam a propriedade intelectual no Brasil e do acordo TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, em português: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio ^{5 e 6}) que tem como intuito unir e regular as áreas da propriedade intelectual, pouco é falado sobre os direitos daquele que cria um invento ou mesmo há o silêncio legal, sendo o foco das proteções sempre direcionado o invento em si e aquele que dele se utilizará.

Neste sentido, já alertava Newton Silveira que “essas impropriedades, tanto fáticas quanto contextuais (as fáticas, pelas divergências entre a norma e a praxe, consoante demonstrado, acima, no Item “3.4” e em diferentes exemplos mais ao longo do Capítulo; as de contexto consubstanciadas, entre outros fundamentos, na equiparação entre inventores e importadores), mostram a ausência de preocupação efetiva com o cerne do direito do inventor “ ⁷

5 Relevante desde já adiantar que o TRIPS é silente acerca dos direitos do inventor, conforme se verá a seguir na exposição, isso devido a sua própria natureza de tratado universal que buscava conciliar os interesses do maior número de países, sem, contudo, tratar dos pontos que seriam mais controversos e que poderiam gerar um impasse e/ou maiores debates.

6 BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Disponível em < <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf> >. Acesso em 30/09/2018.

7 GROFF, Fábio De Carvalho. Fundamento Do Direito Do Inventor: Perspectiva Histórica Brasileira. Tese de Doutorado sob a orientação do Prof. Titular Ignacio M. Poveda Velasco. Universidade de São Paulo Faculdade de Direito do Largo de São Francisco São Paulo (FDUSP), janeiro de 2014. Disponível em < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-14102016-155205/pt-br.php> > Acesso em 30/09/2018. Pg. 61.

2. ANÁLISE LEGAL

Enquanto o direito autoral prestigia o autor, o inventor não é o foco de sua lei, mas sim o objeto de sua criação a invenção, porém, a legislação nunca deixou de prestigiar a figura dessa persona. Desde a Convenção da União de Paris (CUP), de 1883, o primeiro tratado internacional de propriedade intelectual já trazia o início da proteção ao inventor.

Os artigos 4º e 12 (2) a⁸ da CUP versam sobre o direito do inventor ter o seu nome vinculado à sua criação, a invenção, e de ser reconhecido como tal criador, direito similar ao dirigido ao autor de uma obra intelectual, também conhecido como direito moral de paternidade.

Ocorre que, naquele momento referido direito não foi concedido de pronto na legislação pátria que deixou à margem seu inventor, garantindo-lhe o mínimo necessário para exercer os direitos patrimoniais acerca de sua criação intelectual, conforme ensina Fábio de Carvalho Groff ao trazer o histórico da proteção do inventor:

“Criar uma “indústria útil” gerava, inegavelmente, direito ao inventor, a quem se destinava, como expresso na lei, um direito “de propriedade”. Aqui, todavia, o ato-fato da invenção é equiparado ao da descoberta, limitação que não pode ser ignorada.

A lei mostrava-se clara, como visto, na garantia ao inventor e, ainda, ao descobridor da técnica da propriedade de sua criação ou descoberta. Não dispunha a norma ser o direito sobre a criação mero privilégio, mas o reconhecimento da propriedade, com a determinação de que o inventor deveria explorar sua criação. Aliás, o termo “privilégio” ficava restrito ao preâmbulo da norma e não mais se repetia nem constava de nenhum dos artigos, no que se afigura muito mais correta do que diversos dispositivos

8 “Art. 4º O Inventor tem o direito de ser mencionado como tal na patente.”
(...)

“Art. 12º (2) a) Os nomes dos titulares das patentes concedidas, com uma breve descrição das invenções patenteadas;”

Convenção da União de Paris de 1883, versão de 1975. Disponível em < <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf> >. Acesso em 30/09/2018.

constantes dos diplomas legais que sucederam.”⁹

Ocorre que a previsão deste direito, foi uma construção realizada ao longo de décadas nas legislações industriais brasileiras¹⁰, até chegar a

9 GROFF, Fábio De Carvalho. Fundamento do Direito do Inventor: Perspectiva Histórica Brasileira. Tese de Doutorado sob a orientação do Prof. Titular Ignacio M. Poveda Velasco. Universidade de São Paulo Faculdade de Direito do Largo de São Francisco São Paulo (FDUSP), janeiro de 2014. Disponível em < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-14102016-155205/pt-br.php> > Acesso em 30/09/2018. Pg. 81.

10 Neste sentido, temos relevantes explicações trazidas pelo autor citado no parágrafo acima citado, conforme abaixo:

“Sendo a primeira real lei brasileira (porquanto de um país já libertado de Portugal), seguiu seu texto, de modo estrito, os ditames constitucionais, tratando o direito de inventor como verdadeira propriedade e antecipando em cinquenta anos, ao atribuir-lhe tal natureza, o que viria a ser disposto no Congresso Internacional de Propriedade Industrial, realizado em Paris no ano de 1878. Essa é sua maior contribuição ao direito positivo brasileiro, ainda que a natureza se deva, efetivamente, ao texto da Carta.”

GROFF, Fábio De Carvalho. Fundamento Do Direito Do Inventor: Perspectiva Histórica Brasileira. Tese de Doutorado sob a orientação do Prof. Titular Ignacio M. Poveda Velasco. Universidade de São Paulo Faculdade de Direito do Largo de São Francisco São Paulo (FDUSP), janeiro de 2014. Disponível em < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-14102016-155205/pt-br.php> > Acesso em 30/09/2018. Pgs. 83.

“N. SILVEIRA, comentando sobre o certificado de autoria de invenção, alegava igualmente que seria uma solução apta a premiar trabalhadores de instituições públicas de pesquisa. Mas em que consistiria o certificado? Segundo explica esse Autor e de acordo com a lei soviética 548, de 21.08.1973, o documento seria expedido em nome do autor para fins de certificar o reconhecimento da invenção, a prioridade, o reconhecimento da “paternidade” do invento e o direito exclusivo de exploração, que seria, porém, exercido pelo Estado. Comporiam os direitos subjetivos inerentes à invenção os direitos de personalidade do inventor e o direito de recompensa, de um lado, além do direito de dispor do invento, de outro. A disposição do bem imaterial, segundo N. SILVEIRA, poderia ser vista como um direito absolutamente exclusivo, que corresponde à patente, ou um direito absolutamente não exclusivo, que é o certificado de autoria da invenção.”

GROFF, Fábio De Carvalho. Fundamento Do Direito Do Inventor: Perspectiva Histórica Brasileira. Tese de Doutorado sob a orientação do Prof. Titular Ignacio M. Poveda Velasco. Universidade de São Paulo Faculdade de Direito do Largo de São Francisco São Paulo (FDUSP), janeiro de 2014. Disponível em < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-14102016-155205/pt-br.php> > Acesso em 30/09/2018. Pg. 203.

sua atual proteção. Sendo que a LPI garantiu a efetividade desse direito ao inventor, mas, infelizmente, não com essa roupagem de direito moral de paternidade, mas tal qual na CUP como uma garantia ao inventor da vinculação do seu nome ao seu invento¹¹.

Aqui caberiam reflexões de onde teria o legislador brasileiro extraído tais previsões, posto que pelo que é conhecido e estudado da LPI a mesma se inspirou no TRIPS e surge tão logo o Brasil ratifica referido acordo, com o intuito de se adequar aos ditames internacionais da matéria e ainda receber o apoio de determinadas nações¹², porém, que o referido acordo é silente acerca dos direitos do inventor!¹³

11 Neste sentido, temos os arts. 6º, 12, 39, 29, 93, parágrafo único, todos da LPI. Em especial o artigo 6º, que versa quase que exclusivamente dos direitos sobre o inventor no Brasil, o qual segue abaixo para fins de estudo, posto que versam intimamente quanto ao teor do presente artigo.

“Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§ 1º Salvo prova em contrário, presume-se o requerente legitimado a obter a patente.

§ 2º A patente poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade.

§ 3º Quando se tratar de invenção ou de modelo de utilidade realizado conjuntamente por duas ou mais pessoas, a patente poderá ser requerida por todas ou qualquer delas, mediante nomeação e qualificação das demais, para ressalva dos respectivos direitos.

§ 4º O inventor será nomeado e qualificado, podendo requerer a não divulgação de sua nomeação.”

12 Conforme ensina o Dr. João Paulo Remédio Marques em seus escritos.

REMÉDIO MARQUES, J.P. Propriedade Intelectual e interesse publico. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, v. 79, 2003.

13 Não é pretensão do presente artigo se aprofundar no estudo do TRIPS, o qual por momentos chegou a debater a melhor redação de seus artigos e até mesmo questionar se seria realizada uma inclusão de um direito ao inventor. Ocorre que tal qual o entendimento acordado entre os representantes internacionais para os direitos autorais, frente à pluralidade de entendimentos e sistemas distintos e impossibilidade de acordo imediata, ou mesmo mediata, para sanar e resolver os problemas de momento, foi acertado o silêncio do tratado neste assunto, o qual ficaria relegado a cada Estado definir como seria protegido aquele que cria o invento, bem como, aos interessados ainda existem os demais tratados que versam sobre a propriedade intelectual para definir métricas internacionais para tanto, tal qual a própria Convenção de Paris, referida em momento anterior neste recorte.

É certo que como não poderia deixar de ser o TRIPS falou do titular dos direitos da patente, porém, sem tratá-lo como inventor, mas tão somente como o requerente¹⁴ e ainda sem lhe conferir qualquer direito em específico, mas tão somente lhe imputando os deveres quando do momento da requisição da proteção ao seu invento, conforme redação do art. 29 do referido tratado.

Tais reflexões são pertinentes visto que dentre os direitos concedidos pela legislação brasileira está pontuado também o direito do inventor ter seu nome vinculado à invenção, o direito de ter seu nome não divulgado à tal criação ou não, bem como, o direito de requerer por seu intermédio, ou por seus herdeiros a proteção de sua invenção, sendo lhe garantida até mesmo a proteção da co-criação, o cada vez mais se assemelha ao entendido como direitos morais de paternidade.¹⁵

3. ANÁLISE DOUTRINÁRIA

Não existindo previsão neste sentido na legislação, passamos ao entendimento da doutrina acerca do que tal direito de ter o nome do inventor vinculado ao seu invento e a sua natureza, tal conhecimento hoje encontra-se em sua maioria restrito aos doutrinadores clássicos e construtores da propriedade intelectual, conforme veremos a seguir.

14 Neste sentido, segue abaixo o recorte do referido art. 29, do TRIPS que ilustra o quanto abordado e demonstra também o claro foco e natureza do referido tratado:
“ARTIGO 29

Condições para os Requerentes de Patente

1. Os Membros exigirão que um requerente de uma patente divulgue a invenção de modo suficientemente claro e completo para permitir que um técnico habilitado possa realizá-la e podem exigir que o requerente indique o melhor método de realizar a invenção que seja de seu conhecimento no dia do pedido ou, quando for requerida prioridade, na data prioritária do pedido.

2. Os Membros podem exigir que o requerente de uma patente forneça informações relativas a seus pedidos correspondentes de patente e às concessões no exterior.”

15 Neste sentido, temos os arts. 6º, 12, 39, 29, 93, parágrafo único, todos da LPI, já referidos, com realce ao artigo 6º que versa mais especificamente desses pontos (Vide nota de rodapé 11).

Primeiramente, temos os ensinamentos do doutrinador Rubens Limongi¹⁶ ao comentar acerca dos critérios dos aspectos fundamentais da personalidade, ao enumera as espécies de direitos da personalidade citando o direito à integridade intelectual, elencando dentro deste rol o direito do inventor.

Ora para o referido doutrinador, assim como ocorre com os direitos autorais¹⁷, acredita em uma natureza dualista dos direitos do inventor, onde parte do mesmo é referente ao seu aspecto patrimonial (possibilidade de exploração de sua criação) e parte pertence ao da personalidade¹⁸ do inventor, expressa pela possibilidade de ter o nome do criador vinculado

16 FRANÇA, Rubens Limongi de. Direitos da personalidade Coordenadas Fundamentais. Pg. 653 a 667. In MENDES, Gilmar Ferreira. Stoco, Rui. (Coordenadores) França. Revista dos tribunais. Doutrinas Essenciais. Direito Civil Parte Geral. Edições Especiais. Volume III. 2011. Pg.665.

17 Tal entendimento é retratado pela doutrina autoralista, que debate a natureza jurídica do direito de autor, se monista ou dualista, mas que como não é objeto do presente estudo não será analisada neste trabalho, bastando para tanto que se diga que tal entendimento está em consonância com o quanto expresso no art. 22, da LDA, que segue abaixo:

“Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.”

18 Em igual sentido, temos a ampla explanação de Denis Borges Barbosa ao versar e explanar sobre a natureza personalíssima do direito do inventor de ter o seu nome vinculado à sua invenção:

“O direito de ser nomeado como autor na patente é uma decorrência do direito de personalidade; este, se exerce seja em relação ao direito de pedir patente, seja quanto ao direito ao segredo, seja quanto à liberdade de lançar o invento em domínio público. A nomeação é específica ao pedido de patente e à patente.

Diza CUP: Art. 4o Ter O Inventor tem o direito de ser mencionado como tal na patente.

“No entanto, salvo pelo direito de menção, o nominado que alienou o direito de pedir patente não mantém qualquer outro poder ou reivindicação sobre o privilégio propriamente dito. Não lhe cabe outra coisa senão o resultante do direito moral, sendo-lhe negada a pretensão de contrafação ou de royalties. Claramente, não lhe socorre o disposto no art. 49 da Lei 9.279/96, seja para anular a patente, seja para reivindicá-la para si; sua pretensão é, exclusivamente, de obter a nomeação. Como no caso do direito de personalidade genérico, a nomeação é inalienável e imprescritível, e não se transmite sequer aos herdeiros, os quais podem, porém resguardar, sem alterar, a manifestação de vontade do autor da invenção - inclusive quanto ao anonimato.”

à sua criação.

Contudo, apesar de já introduzir esse conceito de natureza dualista, é preciso entender os “limites e a classificação” de tal direito da personalidade do inventor, se tal qual ao direito de autor, existindo essa natureza dúplice, quais seriam esses direitos morais e como se qualificaria o direito do inventor.

Pois bem, a doutrina que versa sobre esse tema o classifica como um direito moral, o direito moral do inventor, gênero dentre o qual, o ilustre doutrinador Denis Borges Barbosa elenca suas espécies:

“O direito de autor compreende, assim, além dos direitos morais de ter reconhecida sua autoria, e de ter seu nome vinculado, como inventor, à patente (vide CUP, art. 4 ter).

- a) a pretensão patrimonial de exigir a prestação estatal de exame,
- b) a liberdade, aqui também de conteúdo econômico, de utilizar o invento,
- c) o direito de ceder o invento, repassando a terceiro tanto a pretensão à patente quanto a possibilidade de explorar a solução técnica,
- d) o poder jurídico de manter sua invenção em segredo, correlativamente ao direito de manter sua criação em inédito, do autor literário.”¹⁹

O referido doutrinador, ainda prossegue em seus estudos explicando que tal direito se estende a todos os inventores, que em conjunto podem colaborar com a criação de um novo invento²⁰, bem como, ao citar Pontes

19 BARBOSA. Denis Borges. O Inventor e o Titular da Patente de Invenção. 2002. Pg. 2. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://denisbarbosa.addr.com/113.rtf&ved=2ahUKEwif6-78kqXdAhULjJAKHcjNC0AQFjAAegQIABAB&usg=AOvVaw3H53O1FqFwBger8XxGSPp->> Acesso em 30/09/2018.

20 “No caso de vários autores em conjunto do mesmo invento, a patente poderá ser requerida por todos ou qualquer deles, mediante nomeação e qualificação das demais, para ressalva dos respectivos direitos. Coisa diversa ocorre no caso de pluralidade de invenções independentes, como veremos.”

BARBOSA. Denis Borges. O Inventor e o Titular da Patente de Invenção. 2002. Pg. 2. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://denisbarbosa.addr.com/113.rtf&ved=2ahUKEwif6-78kqXdAhULjJAKHcjNC0AQFjAAegQIABAB&usg=AOvVaw3H53O1FqFwBger8XxGSPp->> Acesso em 30/09/2018.

de Miranda, ressalta até mesmo a transmissibilidade de tais direitos aos herdeiros do inventor²¹, de tal sorte, que a doutrina está construindo para o inventor um caminho muito similar àquele existe ao autor da obra intelectual.²²

Todavia, não se pode olvidar que “O direito de paternidade se manifesta também em relação ao inventor e, mesmo, em relação às descobertas científicas, que não são objeto de um direito exclusivo como o que têm os autores e inventores”²³, esclarece Newton Silveira, explanando a extensão dos direitos acerca da paternidade das criações.

Ademais, o retro citado autor ainda nos ensina ao longo de suas explicações quais seriam os direitos morais do inventor, falando sobre o direito de paternidade, qual seja o de ser reconhecido por sua criação e

21 “ a) O direito de pedir patente. Segundo a Lei 9.279/96, em seu Art. 6º § 2º, os herdeiros e sucessores do autor do invento, assim como os terceiros, titulares originários dos respectivos direitos, podem requerer patente. Tal legitimidade presume um direito adjetivo, de requerer a atuação do Estado para examinar, declarar a existência dos pressupostos da concessão, e constituir o direito. “

Pontes, Tratado, § 1917; Roubier, op.cit. p. 98-107. Apud BARBOSA. Denis Borges. O Inventor e o Titular da Patente de Invenção. 2002. Pg. 3. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://denisbarbosa.addr.com/113.rtf&ved=2ahUKEwif6-78kqXdAhULjJAKHcJNC0AQFjAAegQIABAB&usg=AOvVaw3H53O1FqFwBger8XxGSPp->> Acesso em 30/09/2018.

22 Ainda neste sentido, para fins de estudo podemos citar ainda os ensinamentos de Gama Cerqueira acerca da natureza de tais direitos, os quais repisam o quanto explanado por Denis Borges Barbosa:

“ Gama Cerqueira lembra: “pois o inventor pode dar à sua invenção o destino que quiser. Pode conservá-la inédita, explorá-la como segredo de fábrica, cedê-la ou divulgá-la. É um direito que preexiste à concessão da patente.”

No caso dos cientistas, para os quais não cabe vincular seu nome a um privilégio, já por serem autores de conhecimentos sem utilidade industrial direta, o direito de paternidade é igualmente reconhecido, sendo mesmo objeto de convenção internacional própria, no âmbito da OMPI.”

CERQUEIRA, Gama. Tratado da Propriedade Industrial”, 2ª ed., atualizada por Rio Verde e Costa Neto, 1982, p. 417. Apud BARBOSA. Denis Borges. O Inventor e o Titular da Patente de Invenção. 2002. Pg. 4. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://denisbarbosa.addr.com/113.rtf&ved=2ahUKEwif6-78kqXdAhULjJAKHcJNC0AQFjAAegQIABAB&usg=AOvVaw3H53O1FqFwBger8XxGSPp->> Acesso em 30/09/2018.

23 SILVEIRA, Newton. Direito de Autor no Design. Editora Saraiva. 2ª edição. São Paulo, 2012.

o de ter seu nome vinculado à ela, mas também, elenca a existência do direito ao inédito²⁴, o qual também está previsto na LPI.

De tal sorte que referidos direitos morais, em muito se relacionam aos direitos morais do autor da obra intelectual, sem contudo, estarem tipificados expressamente na LPI, ou serem estudados como tais, mas que possuem a mesma finalidade e objeto de proteção (pessoa que criou uma criação intelectual).

Igualmente, não fazem jus tais direitos morais do inventor à todas as possibilidades de direitos morais existentes na legislação pátria, tais como os direitos de modificar a sua criação, frente à sua natureza eminentemente industrial²⁵.

Temos assim, que ainda que não seja amplamente difundido pela doutrina, o inventor faz jus à um direito moral de paternidade, o qual pode e deve ser amplamente divulgado e utilizado por todo aquele que criar o seu invento, ainda que a invenção seja fruto de uma relação de emprego,

24 “Os direitos morais previstos nos incisos I a III correspondem, diretamente, ao direito de paternidade e são comuns às invenções. Efetivamente, o artigo 4ter da Convenção de Paris, na revisão de Estocolmo de 1967, prevê ter o inventor o direito de ser mencionado como tal na patente, dispositivo esse que se reflete na Lei brasileira nº 9.279, cujo art. 39 estabelece que da patente deverão constar o nome, qualificação e domicílio do inventor. O direito ao inédito encontra, através das normas que protegem o segredo industrial e tipificam como crime sua violação, a qual enseja indenização. Os direitos previstos nos nº IV a VI do art. 24 não encontram paralelo no campo da propriedade industrial, pelas razões acima expostas visto não ser possível, nesta área, ocorrer prejuízo à personalidade do autor.

(...)

No caso de produtos industriais, igualmente, não há que se falar em integridade da obra, a qual deverá atender primordialmente às exigências técnicas e de mercado, salvo se o elemento estético for preponderante.”

SILVEIRA, Newton. *Direito de Autor no Design*. Editora Saraiva. 2ª edição. São Paulo, 2012.

25 Para tanto, cabe ainda os ensinamentos que virão a seguir que apesar de versarem sobre a intransmissibilidade de tais direitos no caso de obra criada por empregado, também já explanam e ratificam a natureza da invenção e a sua finalidade industrial, sendo até mesmo encaixada dentre as propriedades industriais pela sua natureza específica que se coaduna com as demais proteções existentes, sejam elas as marcárias e/ou o desenho industrial.

posto que esse trata-se de um direito inalienável e intransmissível, tal qual um direito da personalidade.

Neste sentido temos os ensinamentos novamente de Newton Silveira ao explicar os meandros de tal proteção, neste caso tão específico, em que é permitida a cessão dos direitos patrimoniais apenas, tal qual ocorre com os direitos autorais:

“No caso da invenção do empregado pertencer ao empregador por força do contrato de trabalho, nem por isso se transmite o direito de paternidade da invenção (direito moral do inventor), determinando a lei que o nome do inventor conste do pedido e da patente. Tal imposição da Lei de Propriedade Industrial se aplica inclusive à criação realizada por uma equipe, devendo todos aqueles que elaboraram trabalho de tipo criativo ser mencionados na patente (ou registro). Já na espécie, a Lei nº 9.610/1996 parece suprimir o direito moral dos autores de obra artística, ao estabelecer no § 2º do art. 17 que “Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.”²⁶

A manutenção desse direito é de todo relevante para que seja preservado o interesse e o foco de proteção da propriedade intelectual, não apenas como um privilégio que tem como o intuito de enriquecer aquele que o criou, mas como uma valorização pelo esforço intelectual dele existente e a sua invenção como algo fruto do seu trabalho e esforço, e conforme retro exposto como extensão da personalidade do inventor²⁷.
26 SILVEIRA, Newton. Direito de Autor no Design. Editora Saraiva. 2ª edição. São Paulo, 2012.

27 “d) Aumentar o conteúdo de “personalidade” ligado à criação técnica, compatibilizando-o com as novas exigências da sociedade do conhecimento, especialmente quando a patente não for a via escolhida. Os que forem utilizar a técnica se obrigam a divulgar fortemente a autoria da criação, o que pode atrair os cientistas, que não tenham, inicialmente, interesse em explorações práticas, à atividade de pesquisa tecnológica, valendo o trabalho como indicador concreto de produtividade.

O único empecilho a isso seria a questão empresarial, pois há invenções que decorrem da própria atividade e fora dela não existiriam. A fim de resolvê-la, conforme tratado no Cap. IV, estabelecer-se-ia (em proposta de lege ferenda) disposição similar à prevista no parágrafo único do art. 11 da Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. ⁴Com isso, seria possível divulgar notas públicas como “criação (ou invenção) da empresa X”, sem que, em nenhum momento, deixe-se de atribuir o crédito e a “paternidade” à equipe de inventores nos documentos de base.

Realizada mais essa análise e ressalva é possível depreender mais um ponto de semelhança entre o direito do inventor e do autor da obra intelectual, de tal sorte que, apesar da legislação pátria não prever a existência de um mesmo direito para essas duas pessoas, a doutrina foi adiante e previu, garantindo, assim, o devido reconhecimento ao esforço intelectual do inventor.

4. CONCLUSÃO

Ou, ainda melhor, unir as duas coisas, relatando que a invenção é oriunda da “equipe de inventores nos documentos de base. Ou, ainda melhor, unir as duas coisas, relatando que a invenção é oriunda da “equipe de pesquisadores da empresa Y”. “

GROFF, Fábio De Carvalho. Fundamento Do Direito Do Inventor: Perspectiva Histórica Brasileira. Tese de Doutorado sob a orientação do Prof. Titular Ignacio M. Poveda Velasco. Universidade de São Paulo Faculdade de Direito do Largo de São Francisco São Paulo (FDUSP), janeiro de 2014. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-14102016-155205/pt-br.php>> Acesso em 30/09/2018. Pg. 224.

Frente a tais esclarecimentos, para concluir a presente exposição, em linha com o quanto explanado acerca da existência de um direito moral do inventor, nada como uma citação do Denis Borges Barbosa, que sintetiza as ideias ora expostas:

“Um importante aspecto a ser considerado é o da proximidade ou distinção entre os direitos morais do autor de invenção e os do autor de obra literária, artística e científica, regidos estes pela Lei 9.610/98. Tanto no aspecto da nomenclatura, no do direito ao anonimato, quanto na questão do direito ao inédito, já se viu a proximidade dos dois regimes; mais adiante, teremos que tratar dos negócios jurídicos relativos à cessão de direito a pedir patente e os de cessão de invenção futura, onde o parâmetro do direito autoral é particularmente atraente.

“Isto evidentemente não ofende a proteção constitucional ao autor da invenção; o reconhecimento de uma titularidade originária, a par de consagrar o direito moral do inventor, presume que haja uma relação legal ou obrigacional entre o autor e o titular legitimando adequadamente o direito de postulação.”²⁸

5. REFERÊNCIAS:

- 28 BARBOSA. Denis Borges. O Inventor e o Titular da Patente de Invenção. 2002. Pg. 7. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://denisbarbosa.addr.com/113.rtf&ved=2ahUKEwif6-78kqXdAhULjJAKHcjNC0AQFjAAegQIABAB&usg=AOvVaw3H53O1FqFwBger8XxGSPp-__> Acesso em 30/09/2018.

BARBOSA, Denis Borges. O Inventor e o Titular da Patente de Invenção. 2002. Disponível em: < <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://denisbarbosa.addr.com/113.rtf&ved=2ahUKEwif6-78kqXdAhULjJAKHcjNC0AQFjAAegQIABAB&usg=AOvVaw3H53O1FqFwBger8XxGSPp>> Acesso em 30/09/2018.

CARVALHO, Hamilton Carvalho João c. Serra de. A personalidade jurídica em questão: Estudo sobre direitos de personalidade. Edições Vieira da Silva, novembro de 2017.

CHINELLATO, Silmara Juny de. Norma técnica, direito de autor e direito do consumidor. In Vinte anos do Código de Defesa do Consumidor. Estudos em homenagem a José Geraldo Brito Filomeno. Morato Antonio Carlos; Neri, Paulo de Tarso, (orgs.) São Paulo: Atlas, 2010.

FRANÇA, Rubens Limongi de. Direitos da personalidade Coordenadas Fundamentais. Pg. 653 a 667. In MENDES, Gilmar Ferreira. Stoco, Rui. (Coordenadores) França. Revista dos tribunais. Doutrinas Essenciais. Direito Civil Parte Geral. Edições Especiais. Volume III. 2011.

GROFF, Fábio De Carvalho. Fundamento Do Direito Do Inventor: Perspectiva Histórica Brasileira. Tese de Doutorado sob a orientação do Prof. Titular Ignacio M. Poveda Velasco. Universidade de São Paulo Faculdade de Direito do Largo de São Francisco São Paulo (FDUSP), janeiro de 2014. Disponível em < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-14102016-155205/pt-br.php> > Acesso em 30/09/2018.

POLIDO, Fabricio. Direito Internacional da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro. RENOVAR, 2013, pp. 17-95.

REMÉDIO MARQUES, J.P. Propriedade Intelectual e interesse publico. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, v. 79, 2003.

SILVEIRA, Newton. Direito de Autor no Design. Editora Saraiva. 2ª edição. São Paulo, 2012.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA:

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 30/09/2018.

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 30/09/2018.

BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Disponível em < <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf> >. Acesso em 30/09/2018.

Convenção da União de Paris de 1883, versão de 1975. Disponível em < <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf> >. Acesso em 30/09/2018.

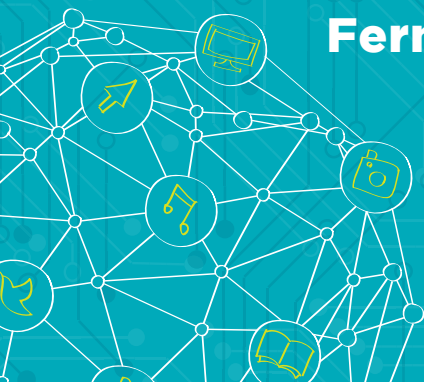


XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VI Direito de Autor e Sociedade da Informação

TÍTULO: PIRATARIA: COMO DISTINGUI-LA E COMBATÊ-LA

Fernanda Magalhães Marcial



PIRATARIA: COMO DISTINGUI-LA E COMBATÊ-LA

Fernanda Magalhães Marcial

A autora declara ser titular dos direitos autorais, respondendo, exclusivamente, por quaisquer reivindicações relacionadas a tais direitos, bem como autoriza a editora GEDAI publicar, sem ônus, os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto prazo, território, podendo adequar os textos a formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa.

Palavras-chave: Direito Autoral. Combate à Pirataria. Regulamentação.

MINI CURRÍCULO

Graduada pela Universidade Estácio de Sá; Especialista em Legislação Cultural; Pós Graduada em Direito do Consumidor pela UERJ; Técnica em Arbitragem e Mediação de Conflitos pelo Institute La Corte Blanche Tribunal Arbitral do Brasil; Extensão em Propriedade Intelectual pela OMPI; Especialista em Direito Desportivo pela ESA RJ; Atualmente cursando Mediação de Conflitos em Marcas no INPI/OMPI; ex-Supervisora de Contratos da Editora Nova Fronteira S.A; foi advogada do escritório Gama e Silva Advogados Associados; foi Head em Propriedade Intelectual e Direito do Entretenimento no escritório Vieira e Pessanha Advogados Associados; Docente dos Cursos de Mediação de Conflitos, Direito do Entretenimento, Direito Autoral no Combate à Pirataria e nas Violações On Line e Segurança Privada e Pública em Mega Eventos no Ceped/UERJ, na Escola Superior de Advocacia (Nacional), na Acadepol, na Secretaria de Segurança Pública (SESEG), dentre outros; Consultora e Instrutora do SEBRAE Nacional; Membro do Grupo Regional de Combate à Pirataria do Rio de Janeiro; Membro da Comissão Estadual de Direito Digital e Compliance da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional São Paulo; sócia no escritório Marcial & Cavalcante Advogados Associados.

RESUMO

Desde 2004, o Brasil conta com um órgão público de inteligência - o Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNCP) - para articulação e implantação de políticas públicas, sendo responsável pela formulação de um Plano Nacional de Combate à Pirataria contando com a colaboração de representantes da sociedade civil organizada de diversos setores prejudicados e com órgãos do poder público, visando à contenção da oferta, por meio de medidas repressivas, e a contenção da demanda, por meio de medidas educativas e econômicas, investigando a conexão da Pirataria com outras práticas delituosas como o crime organizado, a sonegação fiscal, a lavagem de dinheiro e a evasão de divisas, sendo denominado como “o delito do século”. Em diversos Estados, instituíram-se Comitês Regionais com o objetivo de organizar os diversos representantes (órgãos públicos e sociedade civil) a fim de analisar o “modus operandi” de cada grupo organizado na prática da Pirataria, sugerindo operações para reprimir o crime e educar os consumidores, sendo nosso objetivo levantar os projetos em andamento e trazer novas sugestões utilizando-se da metodologia de analisar os casos concretos para articular ações entre o Setor Privado, o Estado e a Sociedade”.

1 – INTRODUÇÃO

É necessário distinguir a pirataria da falsificação. Pirataria de *software*, músicas, roupas, filmes e livros são cópias idênticas ao original, não tentando se passar pelo original. O produto original não é afetado diretamente e quem copia ou compra a cópia sabe o que está fazendo ou comprando. A falsificação é quando um produto tenta se passar pelo original, com um preço menor e qualidade em geral muito inferior tratando-se, assim, não só de ser um crime de propriedade intelectual, mas também de ser um crime de estelionato uma vez que o consumidor é enganado, não sendo conivente com a prática, como no caso da pirataria.

Em síntese leva-se um produto, mas tinha-se o intuito de levar outro, se resumindo a diferença como: “Pirata são os produtos que afetam os direitos de Autor e Falsificado é um produto que não é original”.

Ao contrário de outros tipos de crime, de violência ostensiva, o comércio ilegal aparenta uma falsa passividade, iludindo o consumidor e impedindo que seus efeitos nocivos sejam percebidos.

Em estudos recentes, apontou-se que a maior parte desses produtos Piratas é produzida na China e chega ao Brasil por uma rota que inclui Chile, Bolívia e Paraguai sendo uma “logística internacional sofisticadíssima”, envolvendo crimes como: contrabando, descaminho, contrafação, fraude à Receita, formação de quadrilha, crime organizado, lavagem de dinheiro, furto de dados, como senhas bancárias e dados pessoais, dentre outros. Há uma dificuldade cultural no discurso existente de minimização do problema, incluindo o setor jurídico, sendo primordial esclarecer à população sobre esse comportamento inadequado e sobre as perdas coletivas que estão envolvidas, sendo crucial também rever o grau de tolerância aos autores dos crimes acabando-se com a visão de que o sujeito é um pobre coitado.

Somam-se a estes problemas a escassez dos recursos públicos, o uso de tecnologia avançada nos crimes, o sistema judicial desatualizado (que dificulta a punição a infratores), a falta de integração e informação entre os agentes públicos (que dificulta o mapeamento e o compartilhamento de informações).

Essas são algumas razões apontadas para os poucos resultados obtidos até hoje na redução da pirataria no Brasil. A mais importante delas, no entanto, é também considerada a de solução mais difícil: a aceitação social do comércio de produtos falsificados e piratas. A cada dez brasileiros, três têm o hábito de comprar produtos piratas, segundo uma pesquisa realizada em 2016 pela Federação do Comércio do Rio de Janeiro (Fecomércio/RJ).

Notadamente, os fatores fomentam a demanda por esses crimes é o preço baixo. O consumidor vê o produto mais barato e não avalia se é ilegal, se afeta a saúde ou se não paga imposto. De outro lado, o que estimula a oferta é a impunidade.

Quando o criminoso é apanhado, geralmente a única coisa que acontece é a perda do produto ilegal. Então, é uma atividade de baixo risco e alta lucratividade.

A facilidade de acesso também fomenta o crime. É fácil comprar os produtos em países vizinhos e distribuí-los no Brasil.

A elevada tributação das empresas legais também aumenta o contrabando, pois faz com que as empresas percam competitividade, devido os altos custos de produção.

O custo é repassado para o preço final ao consumidor, que, em parte, escolhe o ilegal com a sensação de estar “economizando”.

De acordo com um relatório da MUSO (Annual Piracy Reports), uma consultoria britânica que rastreia o desenvolvimento da pirataria na *web*, o Brasil é o quarto país que mais consome conteúdo ilegal no mundo. Isso compreende material televisivo, cinematográfico, musical e editorial (livros, revistas e notícias).

Esse estudo foi realizado durante todo o ano de 2017 e avaliou a quantidade de visitas de usuários a sites de pirataria em todo o mundo. Isso incluiu sites de *streaming* ou que possibilitam *download* direto. No total, foram registradas mais de 300 bilhões de visitas a sites de pirataria em todo o mundo, sendo que os EUA foram responsáveis por quase 28 bilhões desse total. Confira o top 10 completo dos países que mais consomem pirataria no mundo.

- 1) EUA (27,9 bilhões)
- 2) Rússia (20,6 bilhões)
- 3) Índia (17 bilhões)
- 4) Brasil (12,7 bilhões)
- 5) Turquia (11,9 bilhões)
- 6) Japão (10,6 bilhões)
- 7) França (10,5 bilhões)
- 8) Indonésia (10,4 bilhões)
- 9) Alemanha (10,2 bilhões)
- 10) Reino Unido (9 bilhões)

No Brasil, o último relatório do FNCP divulgado traz os seguintes números:

Perdas dos setores produtivos + sonegação 2017 FONTE:  Fórum Nacional
Contra a Pirataria
e a Injustiça

SETOR	MERCADO LEGAL	MERCADO ILEGAL
VESTUÁRIO	R\$ 198.000.000,00	R\$ 35.600.000,00
CIGARROS	R\$ 19.600.000,00	R\$ 12.300.000,00
ÓCULOS*	R\$ 17.290.000,00	R\$ 7.780.500,00
TV POR ASSINATURA*	R\$ 31.000.000,00	R\$ 4.804.000,00
HIGIENE PESSOAL, PERFUMARIA E COSMÉTICOS	R\$ 47.500.000,00	R\$ 4.900.000,00
COMBUSTÍVEIS*	R\$ 294.000.000,00	R\$ 6.000.000,00
SOFTWARE*	R\$ 6.943.000,00	R\$ 6.157.000,00
AUDIOVISUAL (FILMES)*	R\$ 19.800.000,00	R\$ 3.621.000,00
DEFENSIVOS AGRÍCOLAS*	R\$ 31.008.000,00	R\$ 3.100.800,00
PERFUMES IMPORTADOS	R\$ 2.500.000,00	R\$ 2.500.000,00
TÊNIS*	R\$ 7.000.000,00	R\$ 1.600.000,00
APARELHOS DE VIDEOGAME*	R\$ 1.361.208,750	R\$ 816.726,250
BRINQUEDOS	R\$ 6.391.859,400	R\$ 447.330,150
MEDICAMENTOS*	R\$ 65.000.000,00	R\$ 10.000.000,00
RELÓGIOS*	R\$ 1.200.000,00	R\$ 624.000,000

* NÃO ATUALIZADOS DE 2016 PARA 2017 (MAS NÃO CAÍRAM)

ESTIMATIVA DO MERCADO ILEGAL: PERDAS SETORIAIS (15 SETORES): **R\$ 100.250.556.408,00**
 PERDAS COM A SONEGAÇÃO (46%): ESTIMATIVA **R\$ 46.115.255.947,60**

VALOR TOTAL PERDAS DOS SETORES + SONEGAÇÃO R\$ 146.365.812.355,00
 ESTIMATIVA APRESENTADA NA ALAC – MERCADO ILEGAL DE 2% DO PIB NA AMÉRICA LATINA

2 – OBJETIVOS

Para ter um país livre do comércio ilegal, temos que evoluir do discurso para a prática. O Brasil que queremos respeita a ética e a lei. Sem isso, não há segurança jurídica para investimentos.

Nos últimos cinco anos, o mercado ilegal cresceu 5%, enquanto o legal caiu 8%. Não adianta a polícia apreender milhões em produtos em operações pontuais e intermitentes, pois está mais do que provado que ações isoladas não surtem efeitos. É preciso integrar diferentes órgãos públicos, com estratégia e inteligência em torno do mesmo objetivo.

Desta forma, criou-se as seguintes estratégias de ação como frente para se combater a Pirataria:

I. EIXO EDUCACIONAL:

- 1) realização de campanha contra pirataria nas licitações públicas;
- 2) incentivo às pesquisas e aos estudos sobre pirataria, por meio da celebração de acordos de cooperação técnica e outros ajustes; e

3) criação de concursos culturais e acadêmicos para incentivar a pesquisa científica sobre direitos da propriedade intelectual e pirataria.

II. EIXO ECONÔMICO:

1) intercâmbio de conhecimentos, informações e experiências com entidades da sociedade civil, nacionais e internacionais, no que toca os direitos de propriedade intelectual; e

2) apoio à gestão da inovação e do empreendedorismo no ambiente de negócios, inclusive digital.

III. EIXO REPRESSIVO:

1) capacitação de agentes públicos no combate às infrações contra a propriedade intelectual, especialmente nas cidades-sede de grandes eventos e em parceria com a Federação Internacional de Futebol - FIFA;

2) atuação em conjunto com a Frente Parlamentar Mista de Combate à Pirataria do Congresso Nacional para aprovação de leis e demais assuntos de interesse do CNCP;

3) celebração de ajuste com Comitê Nacional Anti-Contrafação da França;

4) articulação com órgãos policiais, Ministério Público e Poder Judiciário para ações de combate à pirataria.

Assim, o objetivo deste trabalho é sugerir operações para reprimir o crime e educar os consumidores, levantando os projetos em andamento, com êxito, e trazendo novas sugestões para o combate à Pirataria nas suas diversas vertentes.

3 – METODOLOGIA

A metodologia a ser aplicada será por meio de leitura de textos, pesquisas, debates e estudos de casos concretos a respeito do tema; tudo isso com o propósito de esclarecer que o problema da pirataria existe e precisa ser combatido.

Para a realização do projeto estimamos uma série de pesquisas em relação aos crimes que mais propiciam a Pirataria no Brasil e no mundo não só na sua vertente física, como também através do meio digital.

Nosso intuito é trazer propostas de ações que atingiram o êxito no Brasil e no mundo, reduzindo o consumo dos produtos Piratas e coibindo a sua prática.

O método a ser utilizado é o de análise de casos concretos, com os infortúnios do dia a dia não só para os consumidores dos produtos piratas como para toda a cadeia de produção dos produtos originais.

Mister salientar que temos alguns planos em andamento e diversos projetos de lei caminhando para que consigamos coibir a prática da pirataria e diminuir os prejuízos econômicos trazidos a toda a cadeia de fabricação do produto original.

Um destes planos em andamento está sendo executado pela Anatel com o intuito de bloquear o sistema de celulares piratas. Aparelhos considerados irregulares que forem habilitados no Distrito Federal e no Estado de Goiás serão notificados por meio de mensagens de texto (SMS) e deixarão de funcionar nas redes das operadoras móveis em 75 dias. O bloqueio vale somente para novos aparelhos, ou seja, quem já utilizava um celular irregular antes do início das notificações não será desconectado, desde que não altere o número da linha. Mas os dispositivos novos receberão, em até 24 horas após a ativação, a mensagem “Operadora avisa: Pela Lei 9.472 este celular está irregular e não funcionará nas redes celulares em 75 dias”(prazo estabelecido para que o usuário regularize a situação).

Isso significa que os celulares piratas habilitados em Goiás e no Distrito Federal em 22 de fevereiro de 2018 não poderão mais fazer ou receber chamadas telefônicas, mensagens de texto e dados móveis a partir de 9 de maio de 2018. Outras regiões do Brasil seguirão o cronograma:

I. Acre, Rondônia, São Paulo, Tocantins, região Sul e demais estados da região Centro-Oeste: notificações a partir de 23 de setembro de 2018; bloqueios a partir de 8 de dezembro de 2018;

II. Região Nordeste e demais estados das regiões Norte e Sudeste: notificações a partir de 7 de janeiro de 2019; bloqueios a partir de 24 de

março de 2019.

Mas é importante entendermos o que vem a ser um celular irregular? São os que não possuem um número **IMEI** (número de identificação global de cada celular) registrado no banco de dados da **GSMA** - associação global de operadoras móveis-. O **IMEI DB** é internacional e tem acesso restrito por fabricantes, operadoras e agências reguladoras. Celulares com **IMEI** válido, mesmo que não tenham sido homologados pela Anatel (modelos vendidos apenas no exterior, por exemplo), não serão bloqueados.

A Anatel diz que mais de 1 milhão de novos aparelhos irregulares entram nas redes das operadoras a cada mês, e que eles “podem ser perigosos para a saúde do usuário por apresentarem grande quantidade de chumbo e cádmio, não possuem garantias em relação a limites de radiações eletromagnéticas e utilizarem materiais de baixa qualidade, como baterias e carregadores mais sujeitos a quebras”.

Para descobrir o IMEI do seu celular, existem várias maneiras:



- 1) Abrir o aplicativo de telefone, digitar ***#06#** e ligar;
- 2) Observar a etiqueta da caixa do aparelho, como mostra a imagem acima;
- 3) Olhar na traseira do dispositivo (se removível) ou na bandeja do cartão SIM (celulares com mais de um chip podem ter mais de um **IMEI**);
- 4) Se você já conectou um celular ao Cerberus, pode abrir a ferramenta e procurar pelo código **IMEI**;
- 5) Anotar este número;

- 6) Se você conseguir comparar o número do **IMEI** do celular e o da caixa, consegue identificar se um aparelho foi clonado ou está irregular. Caso os números sejam diferentes, sua caixa é de outro celular e o aparelho pode ser de origem duvidosa. O ideal é que se faça o teste caso deseje comprar um celular usado.

Em relação aos Projetos de Lei, temos alguns em andamento, mas ainda não transformados em Lei, senão vejamos:

O principal é o **Projeto de Lei 333/1999**, que está em tramitação há impressionantes 18 anos – e aguarda votação no plenário da Câmara.

O projeto aumenta as penalidades para quem cometer crime contra marcas e registro de patente e concorrência desleal. Também prevê a apreensão dos equipamentos e outros materiais destinados à produção ilegal.

Um projeto complementar é o **PL 63/2012**, que agiliza o encaminhamento dado a produtos piratas apreendidos, que podem ser destruídos (depois da perícia por amostragem) ou doados para instituições públicas de ensino, pesquisa ou assistência social.

Porém, a destinação tem que ser rigorosa. Produtos que ofereçam risco a saúde e a segurança precisam ser destruídos. Itens com marcas precisam ser descaracterizados. Os que forem doados precisam ter registro que garanta a rastreabilidade.

Estabelece, ainda, que os titulares de direito de autor e os que lhe são conexos serão os fiéis depositários de todos os bens apreendidos, devendo colocá-los à disposição do juiz no momento do ajuizamento da ação e que não sendo possível a manutenção do depósito a cargo da vítima, o juiz providenciará outra medida temporária até o trânsito em julgado da sentença. Desde 08/02/2018 está pronto para deliberação do Plenário.

Outro **projeto de lei é o 695/2015**, que prevê sanções para a empresa condenada pela prática de crime de violação de direito autoral, descaminho ou contrabando, como suspensão temporária de participação em licitações e impedimento de contratação por órgãos públicos. A situação desde 10/05/2017 foi sua remessa à Câmara dos Deputados.

Outro **Projeto de Lei do Senado n° 186/13** altera a Lei n°. 8.977,

de 6 de janeiro de 1995 e estabelece sanção aplicável ao ilícito penal consistente na interceptação ou recepção não autorizada dos sinais de TV por assinatura. A grande lacuna da legislação hoje é a comercialização dos decodificadores piratas que desbloqueiam inclusive os canais *premium* sem que a operadora de TV por assinatura receba o pagamento devido – como a compra de receptores ou a mensalidade. Esses aparelhos substituem os equipamentos certificados pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), recebendo diversos nomes comerciais, e custam entre R\$ 300 e R\$ 1 mil. Desde 29/11/2017 está pronto para a pauta na Comissão.

Existe, ainda, o **PL 4139/2012**, que altera a Lei nº 9.279/96 e possibilita que mercadorias assinaladas com marcas falsificadas, alteradas ou imitadas sejam reaproveitadas por cooperativas comunitárias ou oficinas de customização. Sua última movimentação foi em 19/11/2014 com a respectiva remessa ao Senado Federal por meio do Of. nº 295/14/PS-GSE.

Outro **PL nº 28/11** dispõe sobre a doação de brinquedos, material escolar ou peças de vestuários apreendidos no Estado do Rio de Janeiro. O Instituto de Pesos e Medidas deverá avaliar a qualidade do material apreendido tão somente quanto ao critério funcional do bem, ou seja, se é viável a descaracterização da logomarca do fabricante, alvo de falsificação, antes de sua distribuição devendo, ainda, solicitar aos representantes legais das marcas apreendidas, detentores das respectivas patentes no Brasil, desde que devidamente identificados nos autos da apreensão pela autoridade que a efetivou, autorização para distribuição beneficente do material apreendido.

Os medicamentos também foram contemplados em projetos contra a Pirataria. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado (CCJ) aprovou uma proposta que endurece o combate à pirataria de remédios. O projeto (**PLS 464/2011**) acaba com o prazo de suspensão do funcionamento de empresas que forem pegas vendendo medicamentos, cosméticos ou itens de higiene pessoal falsificados. Embora Aprovada por Comissão em decisão terminativa fora em 10/04/2012 remetida à Câmara dos Deputados e seu último pronunciamento fora em 08/05/2014 no protocolo legislativo.

Este foi apenas um pequeno levantamento de projetos em

andamento e ações com êxito mas nossa pesquisa não se limita a apenas estes métodos existentes, pois que nos permitimos pesquisar extra mar territorial de forma a buscarmos soluções eficazes para o combate ao delito de pirataria contra a propriedade intelectual.

4 – RESULTADOS ESPERADOS

Como consequência de pesquisas anteriores, em 29/03/17 o Governo formalizou um protocolo de Combate à Pirataria que reúne as principais medidas que serão tomadas pela pasta, em parceria entre o Congresso Nacional e a sociedade civil.

O documento celebra o lançamento da campanha “O Brasil que nós queremos”, que busca soluções para os crimes de contrabando e pirataria no País.

Entre as medidas descritas no termo, há a determinação para que haja o fomento ao debate com países vizinhos e a construção de uma Agenda Positiva para redução imediata da ilegalidade; e o fornecimento de apoio técnico e operacional à execução do Plano Nacional de Fronteiras, com especial atenção às ações econômico-sociais e de fiscalização da fronteira entre Brasil e Paraguai.

Esperamos com este trabalho alertar os consumidores quanto aos malefícios de se adquirir um produto Pirata, pois além de ser um problema econômico para a indústria dos produtos originais, a Pirataria traz uma série de malefícios à saúde e o aumento do desemprego para boa parcela da população, com o conseqüentemente acréscimo da criminalidade. Ademais, esperamos poder contribuir com propostas, outros protocolos e Acordos - não só em território nacional-, inovadores nos diversos eixos de combate ao crime de Pirataria.

5 – CONCLUSÃO

Chegou-se à conclusão que não somente os pobres ou as classes menos favorecidas praticam a Pirataria. Outros produtos que demandam um preço elevado também são pirateados por aqueles que têm um maior

poder aquisitivo, por mais incrível que se possa parecer. Descobriu-se que mesmo se os preços dos produtos brasileiros fossem baixados, ainda assim, não diminuiria a prática da Pirataria. A maior parte dos brasileiros, conforme atestam pesquisas, não se sente mal ou acha não estar praticando crime quando compram produtos não legalizados, deduzindo-se que é algo que faz parte da cultura brasileira. Para o governo, é claro, isto é visto como crime.

Infelizmente temos aprendido com os erros, e não são poucos. O interesse neste trabalho é apresentar o que hoje acontece e as consequências do crime de Pirataria no Brasil e no Mundo, dando dicas de como identificá-lo, sugerindo mudanças no dia a dia e na legislação contemplando o cuidado, a segurança e a prevenção em prol da coletividade, estabelecendo a educação, a repressão e o combate de forma eficaz; propondo projetos e ações de integração, sugerindo um histórico para gerações futuras e métodos capazes de frustrar a expectativa do criminoso com ações de inteligência, sem muito enfrentamento, mas com método eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. 2ª Edição Revista e Atualizada. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003;

Brasil Original, Compre essa Atitude. Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos Contra a Propriedade Intelectual – CNCP. Edição 2007 e 2008;

Brasil Original, Compre essa Atitude. Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos Contra a Propriedade Intelectual – CNCP. Edição 2009 e 2010;

[<http://justica.gov.br/sua-protecao/combate-a-pirataria/>];

[<http://www.fncp.org.br/>];

[<https://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/386006857/decreto-62189-16-sao-paulo-sp>];

[<http://www.justica.gov.br/news/cncp-acerta-cooperacao-com-inpi-para-facilitar-identificacao-de-falsificacoes>];

[<https://www.migalhas.com.br/dePeso/o/16,MI2275,21048A+nova+arma+no+combate+a+pirataria+a+Lei+N+10695+de+272003>];

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.695.htm];

[<https://www.tecmundo.com.br/mercado/128532-brasil-4-pais-consome-pirataria-mundo-diz-estudo.htm>];

[<https://www.muso.com/annual-piracy-reports/>];

[<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1115.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/c2de16dd041a9c678325782c005d773e?OpenDocument>];

[<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15318>];

[<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106134>];

[<https://tecnoblog.net/238593/celular-pirata-funciona-bloqueio-anatel/>];

[<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=549820>];

[<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/01/12/projeto-criminaliza-comercio-e-uso-de-aparelhos-nao-autorizados-de-tv-a-cabo>];

[<https://tecnoblog.net/254843/anatel-bloqueio-celulares-piratas-espírito-santo/>];

[<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-03/projeto-de-combate-pirataria-deve-ser-discutido-nesta-semana-na-camara>];

[<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/02/ccj-aprova-proposta-que-endurece-o-combate-a-pirataria-de-remedios>];

[<https://tecnoblog.net/250769/anatel-bloqueio-celulares-piratas-rio-de-janeiro/>];

[<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/03/governo-formaliza-protocolo-de-combate-a-pirataria>];

[<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/555295-PROJETO-QUE-AUMENTA-PENA-PARA-CRIME-DE-PIRATARIA-AGUARDA-VOTACAO-DO-PLENARIO.html>];

[http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/producoes_pde/artigo_jose_sidnei_dantas.pdf].



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VI Direito de Autor e Sociedade da Informação

**TÍTULO:
A GÊNESE DO DIREITO À
PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRO:
UMA CONCEITUALIZAÇÃO E
CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA FACE
À NOVA LEI PÁTRIA E AS RELAÇÕES
DO RAMO COM A PROPRIEDADE
INTELLECTUAL**

**João Vítor Vieira Carneiro
Giovanna Michelato Almada**



A GÊNESE DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRO: UMA CONCEITUALIZAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA FACE À NOVA LEI PÁTRIA E AS RELAÇÕES DO RAMO COM A PROPRIEDADE INTELECTUAL

João Víctor Vieira Carneiro¹
Giovanna Michelato Almada²

RESUMO

A problemática da proteção de dados pessoais tomou um lugar de destaque no debate jurídico recente, com várias notícias de violações em massa do direito à privacidade, tanto por parte do setor público quanto privado. A história da área de estudos e suas legislações correlatas remonta à segunda metade do século passado, com a rápida difusão das tecnologias de informação e comunicação. Já no ano de 2018, passou a vigorar o GDPR, norma da União Europeia que sistematiza a disciplina no continente e estabelece exemplos e parâmetros também observados por outros ordenamentos jurídicos. No mês de agosto, o Brasil aprovou sua primeira lei específica sobre o tema, mas o presidente Michel Temer vetou importantes trechos do diploma legal, o que segundo a doutrina comprometeria a eficácia da norma. Nesse atualíssimo contexto, o presente artigo se propõe a apresentar o tema por meio de definições legislativas e doutrinárias nacionais e estrangeiras, bem como um panorama histórico da discussão jurídica que o cerca. Ainda se evidencia como o âmbito do direito autoral possui semelhanças com a proteção de dados, tanto em relação aos seus objetos de estudo quanto pelas suas técnicas de controle de acesso a conteúdos, tomando como um exemplo concreto a proteção jurídica de bases de dados pela propriedade intelectual. Demonstra-se como a proteção de dados é uma matéria jurídica de vital importância para uma eficaz garantia de direitos fundamentais na sociedade informacional.

Palavras-chave: proteção de dados; Lei Geral de Proteção de Dados; propriedade intelectual.

1 Bacharelado em Direito na Universidade Federal do Paraná 2017-2022, técnico em informática pelo Instituto Federal Catarinense, Membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI-UFPR) e do grupo Direito, Biotecnologia e Sociedade (BIOTEC-UFPR).

2 Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, várias controvérsias trouxeram à tona violações do direito fundamental à privacidade. Consequentemente, passou-se a discutir a necessidade do direito à proteção de dados que dela decorre.

As revelações do ex-funcionário da Agência de Segurança Nacional (NSA) dos Estados Unidos, Edward Snowden, mostram que a agência obtinha dados pessoais de usuários de vários provedores de serviços online como Google e Facebook. Snowden divulgou milhares de documentos confidenciais do governo americano que expõem programas de vigilância global em massa, visando a interceptação indiscriminada de dados digitais, telefonemas e outras informações (GREENWALD, 2014). As políticas de segurança nacional estadunidenses desde o *Patriot Act* de 2001 frequentemente violam a privacidade individual em prol de pautas genéricas, como o combate ao terrorismo.

No escopo da administração pública, a coleta sistemática e rotineira de informações pessoais com algum propósito específico é denominada *surveillance*. Para o fundador do *WikiLeaks*, Julian Assange, ela pode se dar de forma *tática* (pontual e focada em um alvo) ou *estratégica* (acumulação de dados de inúmeras pessoas para posterior análise), sendo esta última a mais prejudicial à liberdade individual (ASSANGE, 2013).

No Brasil, em maio deste ano, um incidente ocorreu com a empresa pública de tecnologia da Receita Federal, *Serpro*, detentora de bases de dados com informações de cidadãos brasileiros, como CPF e endereços. A empresa foi denunciada pelo Ministério Público do Distrito Federal por vender irregularmente esses dados sensíveis para outros órgãos da administração pública (COELHO, 2018).

Já no âmbito privado pode-se destacar, entre tantos outros, o escândalo ocorrido em 2018, com a coleta de dados pessoais de 87 milhões de usuários do Facebook pela empresa de consultoria política britânica *Cambridge Analytica*. O próprio CEO da rede social, Mark Zuckerberg, declarou em 2010 que “a era da privacidade acabou” (KIRKPATRICK, 2010). O empresário afirmou que “as pessoas estão mais confortáveis em não apenas compartilhar mais informações de variados tipos, mas

de forma mais aberta e com mais pessoas”; ironicamente, comprou quatro casas ao redor de sua própria residência para não ser perturbado (GREENWALD, 2014).

Frequentemente a gratuidade de serviços online cria ilusões quanto aos seus propósitos. Conforme atesta o *hacktivista* Julian Assange, se você não é o cliente (aquele que paga pelos serviços) do provedor de serviços online, você é o produto: seus dados são coletados e revendidos a empresas de publicidade. De acordo com ele, “*se você for um usuário padrão, o Google sabe com quem você se comunica, quem você conhece, o que está pesquisando e, possivelmente, sua preferência sexual, sua religião e suas crenças filosóficas*” (ASSANGE, 2013).

Segundo elabora-se adiante, a necessidade de proteger os dados pessoais decorre diretamente da privacidade. Esta, desde o advento das tecnologias da informação e comunicação, vem recebendo ataques tanto por parte do Estado quanto por empresas, o que fez com que o direito à proteção de dados adentrasse na discussão jurídica.

O artigo em tela apresentará o tema por meio de definições legislativas e doutrinárias nacionais e estrangeiras, bem como um panorama histórico da discussão jurídica que o cerca. Ainda se evidenciará como o âmbito do direito autoral possui semelhanças com a proteção de dados, tanto em relação aos seus objetos de estudo quanto pelas suas técnicas de controle de acesso a conteúdos.

2. A PRIVACIDADE COMO MATRIZ DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

Não obstante sua importância na economia, a constante coleta e processamento de dados gera diversas preocupações, em especial ao se considerar os impactos sobre a privacidade. A necessidade de privacidade sempre foi presente nas civilizações, embora seu conceito seja muito variável em cada contexto. Para Habermas, as categorias *público* e *privado* surgiram na antiguidade clássica; sobre a Grécia antiga, Hannah Arendt afirma que a distinção entre essas duas categorias se dava pela demarcação das esferas familiar e política. Já na Idade Média, a necessidade de

isolamento fica mais frequente, embora a esfera familiar ganhe importância nas discussões da comunidade (CANCELIER, 2017).

Com a ascensão da sociedade burguesa, a individualidade tornou-se objeto de fascínio, e a intimidade se fez uma necessidade cada vez maior. O primeiro grande marco jurídico da proteção à privacidade é reconhecido majoritariamente pela doutrina como sendo o artigo “The Right to Privacy”, dos estadunidenses Samuel Warren e Louis Brandeis. Os autores o escreveram em um momento histórico no qual a mídia lucrava com “fococas”, e os desenvolvimentos na fotografia tornavam comum a divulgação de imagens sem autorização. Warren e Brandeis popularizaram o conceito de privacidade como o “direito de estar só” (*right to be let alone*), e a aproximaram à tutela da personalidade, distanciando-o das matrizes teóricas que o incluíam nos estudos da propriedade (WARREN; BRANDEIS, 1890).

A privacidade ainda hoje se vincula às teorias da personalidade, mas o “direito de estar só” já se mostra um conceito insuficiente. Universalmente reconhecido, o direito à privacidade todavia se embasa de forma distinta nas diferentes tradições jurídicas contemporâneas. A teoria alemã das esferas o separa em três camadas: a *privada* (Privatsphäre) abrange matérias que o indivíduo deseja manter fora do conhecimento público; a *íntima* (Intimsphäre) compreende informações que a pessoa expõe àqueles mais próximos de seu convívio; a esfera do *segredo* (Geheimsphäre) tange atributos profundos e sigilosos que o indivíduo mantém somente para si (DIAS; BOFF, 2012).

Por mais problemática que seja a definição de privacidade, trata-se de um direito fundamental em torno do qual incessantes discussões surgem. Conforme atesta o jurista italiano Stefano Rodotà, o direito à privacidade está diretamente ligado à liberdade e à dignidade da pessoa humana, ao servir como proteção contra a vigilância, classificação e seleção social (RODOTÀ, 2004). A privacidade também garante o funcionamento da democracia, já que é uma necessidade psicológica e antropológica que fomenta a autonomia individual de pensamento e o desenvolvimento da personalidade única de cada indivíduo; em outros termos, a vigilância é prejudicial tanto à formação da opinião do indivíduo quanto à segurança

que ele sente ao exteriorizá-la (BOEHME-NESSLER, 2016).

No paradigma da *sociedade informacional* desenvolvido por Manuel Castells, novas tecnologias são criadas para agir sobre a informação, penetrando elas rapidamente na sociedade, que toma por sua vez uma lógica de redes (CASTELLS, 2000). O papel central da informação na economia do novo milênio faz com que os dados de pessoas físicas também sejam desejados por empresas e pela administração pública. A privacidade, nesse sentido, está no meio de um complexo jogo de interesses, e os dados pessoais, se não tutelados devidamente, podem ser monetizados para proveitos alheios aos da pessoa de quem se tratam. Logo entende-se que o direito à proteção de dados pessoais é um desdobramento do direito à privacidade, tornando-se um direito fundamental na sociedade informacional (DONEDA, 2011). Tomada essa premissa doutrinária, far-se-á agora uma explicação sobre como se define o dado pessoal a ser tutelado.

3. UMA BREVE TAXONOMIA DO CONCEITO DE DADO PESSOAL

Antes de expor as terminologias do ramo, cabe aqui uma introdução à sua noção teórica no ramo do direito civil. Judith Rochfeld, da Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, afirma que é possível distinguir duas correntes principais na categorização de dados pessoais. A tese *realista* defende que o dado pessoal é um bem jurídico sobre o qual recai o direito de propriedade; um viés mais econômico, portanto. Já a tese *personalista* dá mais importância à relação entre o dado e a pessoa natural, sendo ele no âmbito do direito civil um elemento da personalidade (ROCHFELD, 2018). De forma geral, entende-se que a teoria personalista é predominante hoje.

Danilo Doneda distingue os conceitos de *dado pessoal* e *informação pessoal* no sentido de que o dado é uma espécie de “pré-informação”, anterior à elaboração e interpretação de seu conteúdo. O termo “pessoal”, intuitivamente, manifesta um vínculo entre o dado e a pessoa, revelando aquele algum aspecto objetivo sobre esta (DONEDA, 2011). A Lei de Acesso à Informação (12.527/2011) qualifica informações como “dados,

processados ou não, [...] contidos em qualquer meio, suporte ou formato". O eminente professor Marcos Wachowicz interpreta o termo informação, em seu sentido amplo, como "conteúdo que se preste a ser elemento de uma atividade comunicacional" (WACHOWICZ, 2015).

A nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, cujo histórico adiante se aduz, estabelece uma terminologia para o direito positivo pátrio. O conceito de dado pessoal, idêntico ao adotado pela União Europeia, se refere à "*informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável*", pessoa a qual se denomina *titular* dos dados. Duas categorias extras de dados ainda são citadas pelo novo texto brasileiro: *dados anonimizados*³, cujo titular se desconhece; e *dados sensíveis*⁴, que por revelar aspectos íntimos da pessoa têm um tratamento legal mais rigoroso (BRASIL, 2018). O regulamento europeu sobre o tema ainda lista as categorias *dados genéticos*, *dados biométricos* e *dados relativos à saúde*, todos os quais se encaixam no rótulo de dado sensível da norma brasileira (UNIÃO EUROPEIA, 2018).

A legislação evidentemente também aborda o uso que se faz do dado pessoal. Alcinha-se *tratamento*, tanto no Brasil quanto na Europa, a categoria genérica de operações que se utilizam do dado pessoal. Quanto àqueles que praticam tais operações, cabem também algumas distinções. A categoria brasileira *agente de tratamento* abrange outras duas: o *controlador*, a quem compete as decisões referentes ao tratamento; e o *operador*, que em nome do controlador as realiza. Análogas às categorias pátrias de controlador e operador estão, respectivamente, as definições europeias de *responsável* e *subcontratante* (BRASIL, 2018; UNIÃO EUROPEIA, 2018).

3 "*dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento*" (BRASIL, 2018)

4 "*dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural*" (BRASIL, 2018)

3. ANÁLISE DO DESENVOLVIMENTO LEGISLATIVO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

Consoante visto acima, o direito à privacidade teve sua tutela legal anterior à da proteção de dados. Nessa lógica, houve no último século abordagens legislativas do direito internacional visando à proteção da privacidade. O artigo 12º da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 afirma que ninguém poderá ter sua privacidade arbitrariamente invadida, assim como o faz o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O primeiro instrumento legalmente vinculante no campo da proteção de dados foi a Convenção nº 108 do Conselho Europeu, de 1981. Já em 1995, a Diretiva Europeia sobre Proteção de Dados Pessoais (95/46/EC) foi um importante marco, estabelecendo vários princípios que ainda hoje são paradigmáticos (DONEDA, 2011).

A Diretiva, todavia, foi substituída pelo recente Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR) 2016/679. Tendo passado a vigorar em 2018 após seu *vacatio legis*, o GDPR estabelece regras inovadoras visando primariamente a garantir ao cidadão o controle do uso de seus dados. Tal abordagem é costumeiramente denominada “*autodeterminação informacional*”, formulação reconhecida pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1983. Sobre o termo, aduz Sardeto: é “*o direito fundamental que o indivíduo possui de determinar ele mesmo, a princípio, sobre a exibição e utilização de seus dados pessoais*” (SARDETO, 2015).

Assim, entidades que coletam ou tratam dados pessoais têm de aplicar medidas técnicas e organizacionais para aplicar os princípios legislados, em respeito ao titular dos dados. Dessarte, *ciência* e *consentimento* do titular em relação ao tratamento são requisitos imprescindíveis (WEBER, 2012). Além disso, ao titular devem ser comunicados os propósitos do uso dos dados, dos quais o tratamento não pode se desviar. O GDPR ainda afirma o princípio da *minimização de dados*, o qual determina que deles se deve coletar a menor quantidade possível para a persecução dos propósitos estabelecidos. O princípio da *exatidão* (ou *qualidade*, no Brasil) exige que se apaguem ou retifiquem dados incorretos ou desatualizados. Outro

princípio relevante é o da *integridade e confidencialidade* (*segurança*, no Brasil), segundo o qual deve-se proteger os dados de acesso não-autorizado, bem como prevenir perdas e alterações acidentais de seu conteúdo.

As primeiras disposições legais em âmbito nacional surgiram principalmente na Europa, em especial nas décadas de 70 e 80 na Alemanha e França (DONEDA, 2011). O modelo estadunidense se caracteriza por uma regulação mais difusa, havendo legislação sobre temas específicos, como por exemplo a proteção de dados no sistema de crédito (*Fair Credit Reporting Act*). O país possui contudo um “núcleo comum” de princípios legislativos chamados *Fair Information Principles*, que datam do início da década de 70 (DONEDA, 2011). Não obstante o aspecto descentralizado da proteção de dados norte-americana, a Califórnia aprovou recentemente uma lei estadual inovadora para os moldes do país⁵.

Já o Brasil é extremamente atrasado no tema: ao passo que Argentina e Chile possuem leis desde o final dos anos 90 (VERONESE; MELO, 2018), o país só veio a abranger a proteção de dados em ambos os escopos público e privado com o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e a recente Lei 13.709/2018. O Marco Civil mencionava alguns princípios norteadores da proteção de dados, mas deixava clara a necessidade de legislação específica posterior sobre a questão. Com menor especificidade, direitos correlatos encontram-se na Constituição Federal⁶ (1988), Lei de Arquivos (1991), Lei do Habeas Data (1997), Lei de Acesso à Informação (2011) e no Código Civil⁷ (2002). Laura Schertel Mendes também aponta o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.070/1990), em especial seu artigo 43⁸, como “a base de importantes decisões judiciais que

5 Mais sobre o tema: <https://www.caprivacy.org/>

6 Art. 5: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

7 Art. 21: *A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.*

8 O artigo se encontra no Capítulo V, Seção VI (Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores) da Lei.

explicitaram o direito à proteção de dados” no país (MENDES, 2014). Bibiana Virtuoso ademais expõe como o Decreto 9.319/2018 (Estratégia Brasileira para a Transformação Digital) aborda a proteção de dados de maneira insuficiente para as demandas da sociedade da informação (VIRTUOSO, 2018).

3.1. A nova lei brasileira (Lei 13.709/2018)

Consoante exposto, a legislação brasileira sobre o tema era insuficiente, difusa e vaga, o que aumentava a pressão para a criação de uma lei geral de proteção de dados. Muitos anos se passaram desde que a pauta entrou no Congresso até que houvesse uma sanção final. Inúmeros projetos de lei tramitaram em Brasília, dentre os quais merecem destaque pela repercussão e qualidade o PL 4.060/2012 e o PL 5.276/2016; estes e outros projetos passaram por apensamentos entre si. O Senado aprovou no presente ano o Projeto de Lei da Câmara 53/2018 (SENADO, 2018). Esta nova lei brasileira de proteção de dados, enquanto tramitava no Congresso, foi de maneira geral elogiada pelos doutrinadores, dada a urgência de sua aprovação. A doutrina, assim como os próprios legisladores, apontam o GDPR como sua principal inspiração (VERONESE; MELO, 2018). O diploma legal brasileiro institui princípios e regras mais concretos que os dispostos pelas normas anteriores, suprimindo uma importante lacuna legal.

Entretanto, após remessa ao presidente Michel Temer, este decidiu por vetar partes do projeto. A Lei 13.709/2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) teve trechos de vital importância para sua eficácia vetados, em especial o seu Capítulo IX (arts. 55-59), que dispunha sobre a criação de uma agência denominada *Autoridade Nacional de Proteção de Dados* (ANPD). A autoridade nacional seria uma agência de caráter independente, autonomia financeira, sem subordinação hierárquica, com mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, para desta forma ser a principal aplicadora do disposto na lei (JOTA, 2018).

A independência do órgão seria fundamental para que pudesse fiscalizar inclusive as ações do próprio Estado; desta forma, se fosse subordinada a uma cadeia hierárquica sua finalidade seria comprometida.

Os vetos de Temer são reconhecidos pela doutrina como prejudiciais à eficácia da norma, e de fato, mesmo com os vetos à sua criação pela lei, a ANPD é citada cerca de cinquenta vezes no texto legal. Conforme advogam Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes:

A figura da ANPD é o pilar de sustentação de todo o arcabouço normativo da política de proteção de dados adotada no Brasil. [D]os 120 países que possuem lei de proteção de dados, apenas 12 não criaram uma autoridade independente, como Angola e Nicarágua. [A]inda outro efeito negativo [é] a impossibilidade de que o Brasil venha a obter o reconhecimento da adequação de sua legislação aos parâmetros europeus, uma vez que o principal requisito exigido pela União Europeia é a existência de uma autoridade independente para a supervisão do tratamento de dados. (JOTA, 2018)

Para justificar seus vetos, Temer alegou que “*o Legislativo não pode propor a formação de autarquias que gerem novos gastos no Orçamento. Essa é uma prerrogativa do Executivo*” (BORGES, 2018). O presidente, todavia, manifestou “*que concorda no mérito com a criação do órgão, [e] enviará um projeto de lei para tal*” (SENADO, 2018).

Doutrinadores sustentam que não há inconstitucionalidade na norma, dentre eles os já citados Doneda e Schertel, bem como o ministro aposentado do STF, Ilmar Nascimento Galvão, e o professor da UnB Jorge Octávio Lavocat Galvão (JOTA, 2018). Nicholas Nether evidencia uma incoerência no posicionamento de Temer: ao sancionar sem vetos a Lei 13.651/2018, o presidente manifestou seu aval sobre a criação de duas novas Universidades Federais no nordeste do país. Esta lei previa inclusive cargos para a estrutura das instituições, gerando novos gastos no Orçamento; portanto, transcrevendo o autor: “podemos dizer que a vida e a obra do próprio Michel Temer reforçam a constitucionalidade da criação da ANPD” (NETHER, 2018). A rede de ciberativistas Coalizão Direitos na Rede, tomando ciência da possibilidade de vetos, publicou em julho uma nota exaltando a pertinência e urgência da nova lei, salientando também a inconsistência da alegação de vício formal (COALIZÃO DIREITOS NA REDE, 2018).

Um outro aspecto importante levantado na citação anterior de Doneda e Schertel é a necessidade de cooperação internacional na

proteção de dados. Conforme defende Rolf Weber, enquanto as regras de privacidade são normalmente nacionais e estáticas, a tecnologia funciona de maneira global e dinâmica (WEBER, 2012). Nesse sentido se dá a necessidade de cumprimento de certos aspectos normativos do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, por parte de países terceiros, para proceder várias formas de transferência internacional de dados com os países-membros da UE. Por este motivo uma lei compatível com o regulamento é necessária no ordenamento brasileiro, o que novamente faz os vetos de Temer danosos. Ainda sobre o tópico, Doneda e Schertel:

Esta referida adequação é um elemento que pode facilitar e garantir o acesso de empresas brasileiras ao mercado consumidor europeu, que conta com mais de 500 milhões de consumidores, bem como possibilita a integração e o acesso a sistemas de cooperação internacional a órgãos de investigação brasileiros. (JOTA, 2018).

Com os posicionamentos acima sobre o novo diploma legal pátrio, é possível concluir que ele é extremamente relevante, e seu caráter urgente decorre da promulgação tardia em relação a outros ordenamentos jurídicos. A lei ainda aguarda o término de seu *vacatio legis* de 18 meses, então é prioritário para a proteção de dados em nível nacional que a Autoridade seja instaurada efetivamente até 2020.

4. PROTEÇÃO DE DADOS E PROPRIEDADE INTELECTUAL NA ECONOMIA INFORMACIONAL

A ascensão do estudo da proteção de dados pessoais é um reflexo da ubiquidade da informação no paradigma social que se inicia no final do século passado. A propriedade intelectual, nesse contexto, também teve suas estruturas estremecidas por uma nova maneira de lidar com conteúdos e tutelar os direitos das pessoas a quem eles se vinculam. Pertinente ao tema se faz a lição de Doneda: “*são criadas normas e técnicas que, a depender de como forem implementadas pela indústria e aceitas no mercado, serão capazes de restringir [a] circulação de informação nos meios eletrônicos [...]*” (DONEDA, 2006). Nessa lógica, cabe aqui expor como

as duas matérias se relacionam na teoria e na prática, dando depois o exemplo da proteção de bases de dados.

4.1. Confluências teóricas entre os ramos

O professor Roberto Serrano, da Universidade de Zaragoza, afirma que conteúdos de titularidade atribuível a uma pessoa e regulamentados pelos direitos de autor também podem se regular pela proteção de dados pessoais (SERRANO, 2011). Nesse sentido, defende que toda obra própria se encaixa no conceito de dado pessoal, por ser uma informação suscetível de registro vinculada objetivamente com o titular ou autor. Ressalta, todavia, que o inverso não ocorre, ou seja, o dado pessoal não é *per se* uma obra autoral, já que nem todo dado é um conteúdo: “os conteúdos participam da natureza jurídica dos dados pessoais, porém não vice-versa” (SERRANO, 2011). De fato, consoante visto anteriormente, no ramo da proteção de dados pessoais, os dados são anteriores à informação em si.

Serrano ainda afirma a necessidade de proteção da privacidade no *enforcement* do direito autoral, no sentido que não se pode introduzir políticas severas de vigilância de acesso a conteúdos por todas as pessoas. Ao controlar o acesso de cidadãos a conteúdos, o consumo é vinculado a uma pessoa natural concreta, o que implica necessariamente em tratamento de dados pessoais. É primordial portanto garantir a proteção de tais informações confidenciais na aplicação dos procedimentos investigativos (SERRANO, 2011).

Em artigo publicado em um periódico de Harvard, a pesquisadora alemã Diana Liebenau aplica três teorias da privacidade (*controle, acesso limitado e integridade contextual*) na teoria da propriedade intelectual (PI), fazendo uma relação entre os dois tópicos:

1. A noção de *controle* remete a uma semelhança teleológica entre privacidade e PI: o objetivo de controlar a distribuição de informações. É uma tese com ênfase no dono dos dados e do aspecto proprietário da informação. Sob uma perspectiva econômica, a PI incentiva a *produção* de informação enquanto

- a privacidade se preocupa com seu *consumo*;
2. A ideia de *acesso limitado* muda o foco sobre o dono da informação para um paradigma mais social. Nesta teoria, a PI e a privacidade têm papéis inversos, no sentido de que uma visão progressista sobre PI seria a de favorecer o domínio público, enquanto para a privacidade seria a proteção mais forte da informação. A autora também faz uma analogia entre privacidade e segredos comerciais;
 3. O conceito de *integridade contextual*, desenvolvido por Helen Nissenbaum, foca no contexto em que a informação é veiculada. A tese é uma alternativa a noções binárias como “informação privada” e “informação pública”, já que a violação do direito à privacidade ou à PI depende de como a informação é utilizada (LIEBENAU, 2016).

A pesquisadora ítalo-germânica Giulia Schneider conclui que, no âmbito da União Europeia, vem ocorrendo uma inversão dos papéis históricos da propriedade intelectual e da proteção de dados. As leis de proteção de dados (em especial o GDPR) vêm reduzindo seu objetivo tradicional de controle e limitação de acesso, expandindo os deveres de transparência das empresas em relação à geração de informação e processamento de dados pessoais. Em um processo inverso, o sistema de proteção à propriedade intelectual diminuiu o papel central da patente no escopo empresarial, e nesse aspecto vem marginalizando a transparência e aumentando o controle e sigilo de informações sensíveis. Esse desenvolvimento se deu pela crescente visão, por parte das empresas, de que as patentes implicam em impostos e outros esforços que obstruem a inovação; os *trade secrets* portanto têm sido preferidos pelas empresas europeias (SCHNEIDER, 2017).

4.2. Bases de dados e o direito autoral

Outra intersecção do tema se refere à questão das base de dados e o direito autoral. Conceitua-se base de dados (ou banco de dados) como

todo conjunto de dados que de certa forma possuem relação entre si. Essas informações são armazenadas, tratadas, classificadas e transferidas, comportando uma variedade muito grande de dados, onde elementos gráficos e sonoros podem ser inseridos (CABRAL, 1998).

As bases de dados tornaram-se muito mais que um conjunto de dados, uma vez que estas estão organizadas em conjunto com *softwares* e com a internet, formando a rede por si só (WACHOWICZ, 2007). Logo, ainda que para a ciência da computação a base de dados constitua “conjuntos de arquivos destinados à utilização por sistema de de processamento de dados”, hoje esse conceito é estendido, abarcando “dados, obras e outros materiais organizados de uma maneira sistemática e ordenada, em função de determinados critérios e para finalidades específicas” (SANTOS, 2005, p. 321-322).

Elementos que integram a noção jurídica de banco de dados são: i) o próprio *conteúdo* armazenado; ii) a *forma* de organização, acesso e utilização; iii) o *software* empregado na criação e sistematização da base de dados; e iv) o *software* utilizado para o acesso aos seus conteúdos. Quanto aos sujeitos de direito envolvidos na consecução da base de dados, apontam-se: i) o seu *autor*, compreendido como aquele que a criou e o(s) *titular(es)* dos direitos envolvidos; ii) o *titular derivado* de tais direitos, que não participou da criação, podendo obter titularidade por *convenção* ou *sucessão*; e iii) o *usuário* do sistema, cujo acesso pode ser livre, protegido ou restrito (WACHOWICZ, 2014).

As bases podem ser constituídas tanto de fatos brutos quanto por dados já tratados. Os primeiros são aqueles que não estão organizados, não comportando contribuições intelectuais por parte do seu organizador ou transmissor. Por sua vez, os dados tratados já possuem informações agregadas, são qualificados e possuem personalidade de quem os transmite, podendo esse ser qualificado como autor, tendo em vista que a proteção autoral de uma obra possui como critério de exigibilidade a originalidade (LIMA, 2004).

Nesse sentido, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998) entende que essas são consideradas como obras intelectuais, desde a coleta dos dados, da organização desses e de sua disposição. O seu art. 87

protege a estruturação dos dados, podendo o titular proibir a reprodução, tradução, adaptação, reordenação, distribuição etc.⁹.

Contudo, questiona-se a aplicação da proteção autoral para a base de dados, uma vez que o surgimento de novas tecnologias é atrelada com a necessidade de readequação legislativa e até de inovações normativas para que essas sejam protegidas por uma tutela adequada, “capaz de compreender as especificidades relacionadas às Bases de Dados” (SCHIRRU, 2016).

Assim, pode-se perceber na sociedade informacional semelhanças entre o direito de autor e a proteção de dados, visando ambas a regulamentar como uma pessoa física e os conteúdos a ela vinculados devem se relacionar com terceiros neles interessados. Consoante visto acima, os mecanismos de *enforcement* dos dois ramos, não obstante suas matrizes teóricas distintas, vêm apresentando similitude em seus fins e meios, o que bem se ilustra com o exemplo concreto da questão das bases de dados.

9 Art. 87. O titular do direito patrimonial sobre uma base de dados terá o direito exclusivo, a respeito da forma de expressão da estrutura da referida base, de autorizar ou proibir:

I - sua reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo;

II - sua tradução, adaptação, reordenação ou qualquer outra modificação;

III - a distribuição do original ou cópias da base de dados ou a sua comunicação ao público;

IV - a reprodução, distribuição ou comunicação ao público dos resultados das operações mencionadas no inciso II deste artigo.

CONCLUSÃO

Os estudos aqui empreendidos demonstram a necessidade e a contemporaneidade do direito à proteção de dados, dadas as violações à privacidade individual que vêm se mostrando presentes. Expostos foram os conceitos que predominam na doutrina sobre o tema. A análise histórica exercida prova que a questão da proteção de dados é debatida juridicamente há relativamente pouco tempo; contudo, sua urgência é latente. No Brasil, a legislação específica sobre o tema muito tardou a ser promulgada, preenchendo lacunas legais que abriam espaço para graves violações. Mesmo assim o novo diploma legal pátrio corre risco de ser ineficaz, caso não se implemente de forma devida a Agência Nacional de Proteção de Dados, vetada por Temer. No ramo da propriedade intelectual, demonstrou-se que a proteção de dados pode ensinar e aprender muito com o direito autoral. Isso ocorre pela similaridade dos objetos que buscam resguardar, bem como pelas aparentadas técnicas que empregam para o fim de controle de acesso a certos conteúdos. Em especial, o exemplo concreto da proteção de bases de dados serviu para ilustrar essa noção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSANGE, Julian. **Cypherpunks** - Liberdade e o futuro da internet. São Paulo: Boitempo, 2013.

BOEHME-NESSLER, Volker. Privacy: a matter of democracy. Why democracy needs privacy and data protection. **International Data Privacy Law**, vol. 6, n. 3, p. 222-229. Oxford: Oxford University Press, 2016.

BORGES, Bruna. Marco Legal da Proteção de Dados é sancionado com veto a agência fiscalizadora. **JOTA**, 14 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/veto-protecao-dados-temer-14082018>>.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, 2018.

BRASIL. Senado. **Projeto de Lei da Câmara 53, de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília, 2018.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **Sequência**, Florianópolis, n. 76, p. 213-239, mai. 2017.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

COALIZÃO DIREITOS NA REDE. **NOTA**: Temer: sancione sem mudanças a lei de Proteção de Dados! Não ataque essa conquista do povo brasileiro! Coalizão Direitos na Rede, 31 de julho de 2018. Disponível em: <<https://direitosnarede.org.br/c/leidedados-naoetatemer/>>. Acesso em 22 ago. 2018.

COELHO, Gabriela. MP-DF acusa empresa pública de vender dados pessoais de brasileiros. **Consultor Jurídico**, mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-31/mp-df-acusa-empresa-publica-vender-dados-brasileiros>>.

DIAS, Felipe da Veiga; BOFF, Salete Oro. Direito à privacidade online: um sonho virtual ou uma realidade constitucionalmente possível? In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva (org.). **Direitos fundamentais na sociedade da informação**. Florianópolis: UFSC/GEDAI, 2012, p. 146-162.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como direito fundamental. **Espaço Jurídico**, v. 12, n. 2, p. 91-108. Joaçaba: UNOESC, 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GREENWALD, Glenn. **No place to hide**: Edward Snowden, the NSA, and the US surveillance state. New York: Macmillan, 2014.

JOTA. **Ex-ministro diz que não há vício de inconstitucionalidade na criação da ANPD**, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/docs/ex-ministro-diz-que-nao-ha-vicio-de-inconstitucionalidade-na-criacao-da-anpd-31072018>>.

IRKPATRICK, Marshall. Facebook's Zuckerberg Says The Age of Privacy Is Over. **The New York Times**, 10 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/external/readwriteweb/2010/01/10/10readwriteweb-facebooks-zuckerberg-says-the-age-of-privac-82963.html>>.

LIEBENAU, D. What intellectual property can learn from informational privacy, and vice versa. **Harvard Journal of Law & Technology**. 30, 1, 285-307, 2016.

LIMA, João Ademar de Andrade. A Base de Dados como Objeto de Proteção de Direito Autoral. **Revista Spei**. Curitiba, v. 5, n. 1, p. 47-51, Jan/Jun, 2004.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. Editora Saraiva, 2014.

NETHER, Nicholas Augustus de Barcellos. **Temer e a constitucionalidade da ANPD**. Jota, 5 ago 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/temer-e-a-constitucionalidade-da>>.

anpd-05082018/amp >. Acesso em: 18 set. 2018.

ROCHFELD, Judith. Como qualificar os dados pessoais? Uma perspectiva teórica e normativa da União Europeia em face dos gigantes da Internet. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 61-84, maio 2018.

RODOTÀ, Stefano. **Privacy, Freedom, and Dignity**: Conclusive Remarks at the 26th International Conference on Privacy and Personal Data Protection. Wrocław, set. 2004. Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/export/1049293>>.

SARDETO, Patricia Eliane da Rosa. O Direito à Autodeterminação Informacional na Sociedade Informacional. **Direito Autoral & Marco Civil da Internet**. Curitiba: GEDAI Publicações, p. 293-302, 2015.

SCHIRRU, Luca. Reflexos sobre a proteção autoral concedida às bases de dados: o big data e a inteligência artificial em perspectiva. In: Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, 5, 2016, Curitiba. **Anais...** Curitiba: GEDAI, 2016. p. 633-357.

SCHNEIDER, Giulia. European intellectual property and data protection in the digital-algorithmic economy: a role reversal (?). **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, v. 13, n. 3, p. 229-237. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SENADO. **Sancionada com vetos lei geral de proteção de dados pessoais**. 15 ago. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/08/15/sancionada-com-vetos-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais>>.

SERRANO, Roberto L. Ferrer. Direito de autor e Privacidade: chaves de um conflito jurídico. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). **Direito De Autor E Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159-181.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento

Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, referente à proteção de pessoas físicas contra o processamento de seus dados pessoais e livre circulação desses dados, revogando a diretiva 95/46/CE (**Regulamento Geral Sobre A Proteção De Dados**). Disponível em: <<https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/3e485e15-11bd-11e6-ba9a-01aa75ed71a1/language-pt>>. Acesso em: 21 ago 2018.

VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O Projeto de Lei 5.276/2016 em contraste com Novo Regulamento Europeu (2016/679 UE). **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 71-72. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

VIRTUOSO, Bibiana Biscaia. Confiança no ambiente digital: uma breve análise da estratégia brasileira de transformação digital nos anos de 2017 e 2018 acerca da proteção de direitos e privacidade e da defesa e segurança no ambiente digital. In: WACHOWICZ, M.; CANUT, L. **Análise da estratégia brasileira para transformação digital: comentários ao decreto nº 9319/18**. Curitiba: GEDAI/ UFPR, 2018, p. 86-103.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Boston, v. IV, n. 5, 1890.

WACHOWICZ, Marcos. **A Proteção Jurídica Das Bases De Dados Em Face Da Revolução Da Tecnologia Da Informação**, 2014. Disponível em: <<http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-base-dados-marcos-wachowicz-1.pdf>>.

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.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. 1ª edição, 4ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora. 2007. 288p.

WEBER, Rolf H. How does privacy change in the age of the internet?

In: FUCHS, Christian et al. **Internet and Surveillance: The Challenges of Web 2.0 and Social Media**. New York: Routledge, 2012, p. 273-293.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VI Direito de Autor e Sociedade da Informação

TÍTULO: DIREITO DE AUTOR, VIDEOGAME E E-SPORTS

Luiza Silva Balthazar



DIREITO DE AUTOR, VIDEOGAME E E-SPORTS

Luiza Silva Balthazar¹

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar os impactos que as novas formas de interação de jogadores com os videogames trouxeram ao mercado e, conseqüentemente, os desafios que a propriedade intelectual, especialmente o direito autoral, enfrentam neste novo cenário. Para fins deste estudo, o videogame se conceitua como um jogo de competição – não um quebra-cabeças (*puzzle*) – jogado por meio de um aparato eletrônico, como um console, computador, celulares etc. Por meio da internet ou por redes locais, os jogos podem ser realizados entre competidores, que organizam times e competições, as quais podem inclusive ser profissionais, formando o que se denomina e-Sports ou esporte eletrônico. Dentro desse mercado, jogadores amadores e profissionais buscam o direito de divulgar e obter ganhos comerciais com suas performances no jogo, compartilhando pela internet, em formato de vídeo, as partidas por eles jogadas, levando o próprio Youtube a criar uma plataforma exclusiva para este público. A questão, porém, traz dúvidas sobre o caráter dessa obra audiovisual criada sobre o videogame, que detém proteção intelectual própria. Para tratar dessa temática, busca-se com este artigo, por meio do método dedutivo, valendo-se do procedimento de análise bibliográfica, (i) conceituar videogame e esporte eletrônico; (ii) identificar brevemente as diferentes obras que constituem o videogame; (iii) analisar a forma de proteção à propriedade intelectual do videogame; e (iv) verificar a possibilidade de proteção da performance do jogador no produto final do videogame.

PALAVRAS-CHAVE: direito autoral, videogame, e-Sports.

¹ Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

1. INTRODUÇÃO

Nascido entre a década de 1950 e 1960, o videogame acumula diversas questões envolvendo direito autoral ao longo de sua história. Criado com intuito acadêmico, o videogame tornou-se popular rapidamente e, após a era das máquinas caça-níqueis (*coin machines*), os consoles ganharam espaço ao lado da televisão. Com a popularização dos computadores, redes locais (LAN) e, anos depois, da internet banda larga, o videogame deixou de ser jogado exclusivamente diante da televisão e chegou aos computadores. O uso de tais ferramentas possibilitou a competição amadora e profissional, com torneios organizados e ligas oficiais.

Essa organização profissional fez surgir um novo mercado, denominado e-Sports ou, em português, esporte eletrônico. Os jogadores profissionais participam de times oficiais patrocinados, os quais praticam sob orientação de um treinador e disputam partidas oficiais diante de uma torcida física ou virtual (por *streaming*). Sem mencionar os eventuais desdobramentos do tema em outros ramos jurídicos, como trabalhista ou tributário, a exploração do videogame em eventos comerciais e a transmissão das partidas ao público geram alguns debates na seara do direito autoral, além de ser relevante economicamente².

Portanto, o objetivo deste artigo é, por meio de análise da legislação, da jurisprudência e da doutrina, (i) conceituar videogame e esporte eletrônico; (ii) identificar brevemente as diferentes obras que constituem o videogame; (iii) analisar a forma de proteção à propriedade intelectual do videogame; e (iv) verificar a possibilidade de proteção da performance do jogador no produto final do videogame.

2. CONCEITO DE VIDEOGAME E DE E-SPORTS

Analisa-se neste ponto o conceito de videogame e de e-Sports. Buscam-se os entendimentos acerca de cada um dos conceitos na

2 Somando todos os devices e plataformas, a indústria de games se mantém como a mais rentável, com US\$ 91 bilhões em 2016. (HARADA, 2018.)

doutrina e na legislação, no intuito de promover uma análise crítica destas definições.

2.1 Conceito de videogame

Em artigo próprio para a discussão do tema, Nicolas Esposito (2005, p. 2) defende que videogame é “um jogo que pode ser jogado graças a um aparato audiovisual e que pode ou não ser baseado em uma história”³. Nesse sentido, Eric Zimmerman (2004, p. 8) caracteriza que “jogo é uma atividade interativa voluntária, em que um ou mais jogadores seguem regras que limitam seu comportamento, encenando um conflito artificial que termina com um resultado quantificável”⁴. É importante ressaltar que esta definição de jogo não compreende os quebra-cabeças (*puzzle*), pois nesse caso não há conflito artificial, apenas um exercício de inteligência. Adentrando o primeiro conceito, um aparato audiovisual, nas palavras de Esposito (2005, p. 3), caracteriza-se por “um sistema eletrônico com capacidades de computação, dispositivos de entrada e dispositivos de saída”⁵. O conceito contempla consoles de videogame e computadores, ou seja, o conceito de videogame aqui proposto inclui aqueles jogados na televisão, no computador ou ainda outros dispositivos eletrônicos (como celulares, tablets e outros).

No Brasil, a Agência Nacional de Cinema (Ancine), por meio da Instrução Normativa nº 105/2012, conceitua em seu artigo 1º, inciso XIX, que jogo eletrônico é “conteúdo audiovisual interativo cujas imagens são alteradas em tempo real a partir de ações do(s) jogador(es)” (BRASIL, 2012). A Ancine definiu o jogo eletrônico por outro viés, ou seja, não pelo jogo em si, mas pelo conteúdo audiovisual. Percebe-se nesta definição a primazia pela plataforma em que o videogame é jogado, sem entrar

3 Tradução livre de: “A videogame is a game which we play thanks to an audiovisual apparatus and that can be based on a story.”

4 Tradução livre de: A game is a voluntary interactive activity, in which one or more players follow rules that constrain their behavior, enacting an artificial conflict that ends in a quantifiable outcome.

5 Tradução livre de: “an electronic system with computing capabilities, input devices, and output devices”.

na definição do jogo em si. Outro ponto importante dessa definição, a qual influenciará este artigo, é a importância da interatividade e da ação do jogador na formação do referido conteúdo audiovisual. Como se vê, a Ancine reconhece que a ação do jogador é primordial para a própria existência do jogo eletrônico, sem a qual o conteúdo audiovisual do videogame fica incompleto, o que será melhor explorado no item 4.

2.2 Conceito de e-Sports

Os chamados e-Sports, esporte eletrônico ou ainda desporto virtual (considerados sinônimos neste trabalho) caracterizam-se primordialmente pela competição organizada de partidas de videogame. Nas palavras de Burk (2013, p. 1536), “milhões de pessoas jogam videogame como lazer ou diversão, mas alguns jogadores excepcionalmente habilidosos tentam viver do que se chama e-Sports”⁶. A profissionalização dos jogadores de videogame é importante para a compreensão dessa nova realidade. O advento desta modalidade propiciou o desenvolvimento de uma indústria similar ao dos esportes físicos, contando com times profissionais, patrocinadores, ligas, torcidas e direitos de transmissão.

Atentos a esta realidade, o legislador federal brasileiro e o estadual paulista apresentaram em 2015 dois projetos de lei na tentativa de regular esse novo ramo da indústria do entretenimento. O Projeto de Lei nº 3.450/2015 pretende alterar o artigo 3º da Lei nº 9.615/1998 (normas gerais sobre desporto) no intuito de incluir o e-Sports como uma modalidade de manifestação do desporto. O projeto, que já conta com um apenso proposto em 2017 sugerindo alteração similar (Projeto de Lei nº 7.747/2017), justifica-se pela grandiosidade e crescimento da nova modalidade (BRASIL, 2015):

Muitos jogos eletrônicos possuem status de verdadeiras obras de arte, com investimentos – e retorno – bilionários; [...] campeonatos mundiais de games eletrônicos tem se tornado cada vez mais populares, com premiações milionárias, contratos com emissoras

6 Tradução livre de: Millions of people play computer games as avocation or amusement, but some exceptionally skilled players are intent on making a living at what has been dubbed “e-sports”.

de televisão para transmissão desses eventos, patrocínios de diversas empresas e uma atração cada vez maior para a população envolvida com jogos eletrônicos, especialmente a juventude; [...].

Comenta-se na justificativa o status de obra de arte que alguns jogos podem alcançar. Essa questão, que será abordada no decorrer deste estudo, evidencia a importância dos aspectos artísticos do videogame sobre a parte técnica (programa de computador). Além disso, assim como Burk (2013), o legislador se atenta à questão dos contratos com emissoras e patrocinadores, demonstrando a profissionalização da prática. Para atender a todas as questões, o legislador pretende incluir um inciso V na Lei nº 9.615/1998 definindo desporto virtual: “desporto virtual, assim entendido jogos eletrônicos transcorridos individual ou coletivamente, contra a máquina ou em rede, como também a competição entre profissionais e amadores do gênero” (BRASIL, 2015). Se aprovado o projeto, o e-Sports passará a ser regulado pela Lei Pelé, levando à aplicação das mesmas regras criadas originalmente para o esporte físico ao esporte eletrônico.

Há também um projeto de lei paulista similar (Projeto nº 1.512/2015), o qual dispõe sobre a regulamentação da prática esportiva eletrônica no âmbito do Estado de São Paulo. Um ponto importante desse projeto de lei é o fato de denominar os jogadores como atletas (artigo 1º, § 2º) (SÃO PAULO, 2015). Como será visto, a qualificação do jogador de videogame como atleta traz algumas implicações relativas à propriedade intelectual, especialmente quanto à eventual proteção da performance.

3. OBRAS CONSTITUTIVAS DO VIDEOGAME

Todo videogame depende de um programa de computador para funcionar. No caso dos jogos eletrônicos, o programa de computador constitui a base em que todos os outros elementos serão acoplados. No que tange à propriedade intelectual, o programa de computador é protegido no Brasil nos termos do artigo 7º, inciso XII, da Lei nº 9.610/1998 e mais especificamente pela Lei nº 9.609/1998. Neste diploma legal, o artigo 1º estabelece que 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, 1998a)

Analisando esta questão do ponto de vista dos videogames, a proteção do programa de computador, o qual permite que um determinado jogo funcione, não pressupõe a proteção dos demais componentes, como roteiro, ilustrações etc. Diferentes programas de computador podem representar a mesma ideia, mas a proteção recai sobre o código, a expressão apenas.

Também por esse motivo que o legislador – não apenas brasileiro, mas no âmbito do Acordo TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) – optou pela proteção autoral do programa de computador. O judiciário (BRASIL, 2014a), ao analisar casos de infração à propriedade intelectual de videogame, via de regra, considera o caso como violação ao programa de computador, sem entrar no mérito dos demais aspectos. O mesmo vale para as questões tributárias (BRASIL, 2014b).

A interface do jogador com o programa de computador se dá por meio das ilustrações que compõem o jogo. A proteção a esses elementos se dá pela Lei nº 9.610/1998, artigo 7º, inciso VIII, pois são protegidas “as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética” (BRASIL, 1998b). Tais personagens têm diferentes papéis dentro do jogo de acordo com o roteiro que é dado, os quais têm ganhado importância na composição do jogo. Se, no início, os jogos não tinham roteiro (como Tetris) ou tinham história bastante simples (Mario Bros, por exemplo), hoje o pano de fundo é fundamental.

Nesse panorama, é preciso que a história contenha todos os requisitos para que uma obra seja protegida, ou seja, deve ser criativa e original. Os roteiros são protegidos pela Lei nº 9.610/1998, nos termos do artigo 7º, I, que contempla as obras literárias. Ressalta-se que a proteção do roteiro, ainda que este inclua certas peculiaridades do jogo, como visto anteriormente, não contempla a proteção às regras do jogo. Estas, conforme preceitua o artigo 8º, II da mesma legislação, não são protegidas (BRASIL, 1998b), como também já entendeu o judiciário (BRASIL, 2007).

Por fim, o jogo conta com uma trilha sonora e sons próprios característicos de determinados movimentos. Conforme destaca o artigo 7º, V, da Lei nº 9.610/1998, são protegidas pelo direito autoral as composições musicais, tenham ou não letra. Porém, a legislação exclui do conceito de fonograma as fixações de som feitas em obras audiovisuais (artigo 5º, IX, Lei nº 9.610/1998) (BRASIL, 1998b). Embora se compreenda o intuito do legislador de afastar os sons e trilhas próprios das obras audiovisuais (ou videofonogramas), sabe-se que a utilização de uma canção independente em uma obra cinematográfica, por exemplo, não deve afastar a proteção individual que tal trabalho detém. Nesse sentido, Marcia Sguizzardi Bittar (2016, p. 1) afirma:

Cumpra referir, no entanto, que, se os mesmos sons estiverem englobados no contexto de uma obra audiovisual, composta pela fixação de som e imagem, por essa categoria serão os mesmos abarcados, por inclusão, como pertencentes ao diverso gênero do que antigamente se convencionava chamar videofonograma. A redação da lei é um tanto confusa no que diz respeito a essa conceituação, eis que o fonograma sempre será parte destacável da obra audiovisual no que respeita ao pagamento de direitos autorais e à defesa dos direitos patrimoniais e morais a ele referentes.

Como se vislumbra na opinião da autora, o conceito legal deve ser interpretado de forma a não afastar a normal aplicação da legislação autoralista, sob pena de penalizar o autor que tiver sua música composta especialmente para a obra audiovisual ou nela for inserida. Sendo assim, entende-se que as trilhas sonoras desenvolvidas especialmente para os jogos eletrônicos merecem proteção individualizada.

4. PROTEÇÃO AO VIDEOGAME COMO OBRA ÚNICA

O intuito da análise deste item é verificar a possibilidade de proteger o videogame como obra independente, ou seja, como resultado único da soma de todos os aspectos enumerados no item 3 deste artigo. Para tanto, analisa-se aqui a inclusão do videogame no conceito de obra audiovisual e de obra coletiva.

4.1 Videogame como obra audiovisual

A legislação autoral brasileira, em seu artigo 5º, VIII, i, conceitua obra audiovisual como aquela que:

resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação. (BRASIL, 1998b)

Ao analisar o conceito legal, importante notar alguns aspectos, conforme segue: (i) a fixação de imagem com impressão de movimento; (ii) a amplitude de possibilidades do meio de captação ou fixação e (iii) a abertura para qualquer meio de veiculação. Nas palavras de Ascensão (1997, p. 44):

não é pelo fato de se fixarem imagens num suporte material que passa a haver uma obra videográfica. Pode o produtor do fonograma ser protegido pela mera produção da fixação, mas não é por isso que se pode falar em obra videográfica. A verdadeira categoria é a das obras audiovisuais. [...] Isso acontece quando não há uma mecânica apreensão de imagens e, portanto, não é o objeto que se impõe. Supõe uma criação: o criador é o realizador.

Conforme define o autoralista português, não se inclui na obra audiovisual a simples captação de imagens. Mais uma vez, se for considerado esse conceito e requisito, é possível afirmar que a proteção aos jogos eletrônicos como obra independente da soma de suas participações se dá pela obra audiovisual.

Confirmando essa opinião, a própria Ancine inclui os jogos eletrônicos em sua normativa e os conceituou como “obra audiovisual interativa”. Em relação à interatividade, questiona-se se o fato de os movimentos serem comandados pelo jogador afastaria a incidência desta norma aos videogames, visto que são requisitos para a caracterização da obra audiovisual.

A interatividade faz parte do conceito de videogame e, sem ela, o jogo não cumpre qualquer função. Da mesma forma, a obra cinematográfica foi feita para ser exibida. A diferença, porém, está no fato de que o resultado que um jogador alcançará por suas jogadas e movimentos é diferente dos

de outro jogador. Já nos filmes, a partir do *play*, todos os espectadores visualizarão a mesma obra, por mais que as percepções de cada um em relação a ela se alterem – característica própria da arte.

Isso quer dizer que, se eu iniciar uma partida de um videogame e não realizar nenhum movimento, todos os personagens ficarão em compasso de espera, realizando pequenos movimentos ou nenhum. Nesse sentido, a obra audiovisual não estaria completa, pois não se caracterizaria a fixação de movimentos nem se desenvolveria o roteiro concebido, mas – nas palavras de Ascensão – haveria a mera captação de imagens. No entanto, considerando a interpretação conjunta da legislação autoral com a norma da Ancine, parece clara a possibilidade de proteção do videogame como obra audiovisual. O jogo foi feito para ser jogado e, ao simples toque dos controles do computador ou do console, ele cumpre sua função e satisfazem-se os requisitos próprios da obra audiovisual.

4.2 Videogame como obra coletiva

Como demonstrado no item 3 deste artigo, o videogame é formado pela soma de diversas obras de caráter distintos. Como preceitua o artigo 5º, XXVIII, da Constituição Federal, 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” (BRASIL, 1988). Diante do referido dispositivo legal, verifica-se que eventual enquadramento do videogame no conceito de obra coletiva não afasta a proteção que cada autor terá individualmente sobre o aspecto por ele desenvolvido. Da mesma forma, o conceito de obra coletiva não impede a aplicação da recém estudada definição de obra audiovisual, como indica Ascensão (1997, p. 430):

A obra cinematográfica pode ser considerada obra coletiva. A sua complexidade leva à intervenção da figura do produtor [...]. O produtor é o empresário, o que nos faz cair na noção do artigo 15⁷. Trata-se de fato de obra realizada por várias pessoas, mas or-

7 O autor referencia o artigo 15 da Lei nº 5.988/1973, o qual estabelecia que “quando se tratar de obra realizada por diferentes pessoas, mas organizada por empresa singular ou coletiva e em seu nome utilizada, a esta caberá sua autoria”. No mesmo sentido, o artigo 5º, VIII,

ganizada por empresa singular ou coletiva e em seu nome utilizada. Só não será assim em obras muito simples, que dispensem a figurar do produtor.

Como dito, apenas as obras muito simples afastariam essa possibilidade, o que não é o caso dos videogames, como demonstrado. Corroborando com esta ideia, o artigo 5º, VIII, h, da Lei nº 9.610/1998 afirma que “a obra 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” (BRASIL, 1998b). Cada parte distinta é passível de ser utilizada isoladamente, exceto se o contrato dispôr de outra forma. Em relação a este ponto, o que se percebe é que os videogames desenvolvidos em grandes empresas são realizados por empregados. No momento da contratação, portanto, o contrato dispõe acerca das possibilidades – e principalmente impossibilidades – de uso da obra de forma independente.

Também por esse motivo que, nesses casos, vislumbra-se a pessoa jurídica como titular de direitos autorais. Quanto às pessoas jurídicas, nota-se que o direito brasileiro optou pela teoria da realidade técnica. Amaral (2003, p. 283), explica que, por essa teoria, “as pessoas jurídicas são uma realidade, não ficção, embora produto da ordem jurídica”. Infere-se que a pessoa jurídica, portanto, enquanto realidade reconhecida pelo ordenamento jurídico, assume direitos e deveres perante a sociedade de maneira similar às pessoas físicas.

Se interpretarmos esta questão em consonância com tais princípios, conclui-se que não há razão em privar a pessoa jurídica do exercício dos direitos autorais da obra criada sob sua tutela. Sobre o tema, Antônio Carlos Morato (2014, p. 115) explica que a separação das participações individuais pode ou não ocorrer na obra coletiva, não sendo sua característica principal. O critério distintivo está “na fusão das contribuições em uma única obra somada ao fato de que uma pessoa a

h, da Lei nº 9.610/1998 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”. No parágrafo 2º do artigo 17 da mesma lei, garante-se ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais.

organizou e divulgou sob seu nome”. Nesse sentido, conclui-se que o conceito de obra coletiva é plenamente aplicável ao videogame, pois este engloba diversas criações individuais em uma obra única e autônoma.

5. E-SPORTS: A QUESTÃO DA PERFORMANCE DO JOGADOR

Os esportes eletrônicos culminaram na profissionalização da prática do videogame: surgiram os primeiros jogadores profissionais, times e ligas. Como nos esportes tradicionais, toda essa estrutura é explorada economicamente por meio de eventos, publicidade e transmissões. Paralelamente, assim como todo esporte, há jogadores amadores que também praticam e compartilham conteúdo relativo aos seus avanços de performance ou para dividir dicas e truques relativos a determinado jogo. Estes avanços e descobertas são compartilhados pela internet em plataformas de vídeos e mídias sociais.

Importante salientar que, atualmente, os próprios jogos permitem que o resultado da partida seja “exportado” como vídeo. Ou seja, ao finalizar uma partida, o jogador pode optar por salvá-la em formato de vídeo para rever depois ou mostrar aos demais. Essa ferramenta possibilitou a criação de diversos canais de vídeo, *blogs* e sites que buscam ensinar novos praticantes ou até mesmo promover o próprio jogador. Dependendo do alcance que o vídeo pode ter, aquele que o publicou pode receber proventos oriundos de publicidade.

Atento a esta realidade, o Youtube criou uma subdivisão da sua plataforma de vídeos específica para jogos. Nela, o usuário pode assistir partidas ao vivo, ter acesso a vídeos de comentaristas de jogos, entrevistas de jogadores etc. A questão que este tópico pretende abordar refere-se à possibilidade de proteger a performance do jogador como obra autoral. Caso positivo, busca-se também analisar qual a relação jurídica entre o jogador e os titulares dos direitos do jogo.

5.1 Possibilidade de proteção à performance esportiva

Para melhor compreender a questão da possibilidade à proteção da performance no videogame, traça-se um paralelo entre a performance física nos esportes tradicionais e a eletrônica, própria dos videogames. Em relação ao desporto físico, a discussão aqui apresentada trata dos esportes não-perfomáticos, ou seja, esportes coletivos ou individuais não coreografados. As atuações dos atletas de modalidades coreografadas, tais como ginástica rítmica, nado sincronizado, patinação artística etc. podem ser protegidas como obra coreográfica, nos termos do artigo 7º, IV, da Lei nº 9.610/1998 (BRASIL, 1998b).

Feita esta distinção, inicia-se a análise dos direitos que envolvem a prática desportiva. A própria lei autoral de 1973 (Lei nº 5.988/1973) trazia como direito conexo o direito de arena (BRASIL, 1973). O artigo 100 de referido diploma legal afirma que “à entidade a que esteja vinculado o atleta, pertence o direito de autorizar, ou proibir, a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos de espetáculo desportivo público, com entrada paga”. O parágrafo único de tal dispositivo garantia ainda que um mínimo de vinte por cento do preço da autorização seria distribuído aos atletas participantes do espetáculo (BRASIL, 1973).

A inclusão de tal direito conexo na legislação autoral sofreu fortes críticas à época⁸, razão pela qual não foi incluído na nova legislação autoral (1998), mas foi regulado na norma desportiva (Lei nº 9.615/1998). Percebe-se que a separação entre o direito de arena – próprio ao esporte – e os direitos conexos ao autor se deu mais por conveniência legislativa do que pela impossibilidade de se conjugar as duas formas de expressão. Em todo caso, o direito de arena não se refere à proteção da performance, mas como um desdobramento do direito do atleta de participar dos lucros do espetáculo com o qual contribuiu.

Nesse sentido, alguns casos julgados pelo direito estrangeiro podem

8 Uma das críticas veio do respeitado autoralista José de Oliveira Ascensão. Em suas palavras, “nessa lei aparece uma nova figura de direito conexo: o direito de arena. Este é atribuído ao atleta ou, mais precisamente, à entidade a quem esteja vinculado o atleta. [...] De fato, estas atuações não estavam incluídas na referência aos artistas intérpretes ou executantes, porque os atletas não são artistas”. (ASCENSÃO, 1997, p. 467.)

auxiliar a compreensão da questão. Nos Estados Unidos da América, o conflito entre a Liga Nacional de Basquete (NBA) e a Motorola Inc. levou à questão ao judiciário em 1997. Entre outros pedidos, a NBA afirmou que, ao incluir partes de jogos da liga em um sistema, a Motorola infringiu direitos autorais dos jogos. A Corte, porém, entendeu que “eventos esportivos não são autorais em nenhum sentido da palavra”⁹ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1997). Como argumento, o tribunal norte-americano afirmou que as performances não seguem roteiro, são randômicas e imprevisas. Elas surgem da interação entre os jogadores e não tem qualquer objetivo estético ou artístico, mas unicamente de ganhar o jogo.

Catorze anos depois, a Corte de Justiça do Reino Unido enfrentou questão similar. A Primeira Liga de Futebol (Football Association Premier League Ltd.) detém com exclusividade direitos de transmissão dos jogos. Porém, algumas empresas burlaram tal exclusividade e passaram a transmitir os jogos sem pagar qualquer montante à Liga. Diante de tal situação, a Liga pleiteou perante o judiciário o pagamento de direitos autorais. A justiça, apesar de reconhecer outros direitos, afirmou que eventos esportivos não podem ser tratados como criações intelectuais capazes de serem protegidas por direitos autorais. Em suas palavras, as partidas “são sujeitas às regras do jogo, não deixando qualquer espaço para liberdade criativa para direitos autorais”¹⁰ (JANÁK, 2014).

Analisando os dois casos comparativamente, percebe-se que, apesar de as duas cortes terem chegado à conclusão similar, os argumentos que embasaram as decisões são diferentes e complementares. Enquanto o tribunal estadunidense entendeu que o direito autoral não poderia incidir sobre a performance em razão de os movimentos dos atletas não terem objetivo artístico, a corte britânica salientou o fato de os jogadores estarem adstritos às regras.

Após analisar a questão do ponto de vista dos esportes tradicionais, importante transportar a discussão para os e-Sports. Como afirma Dan

9 Tradução livre de: “sports events are not ‘authored’ in any common sense of the word”.

10 Tradução livre de: “matches are subject to rules of the game, leaving no room for creative freedom for the purposes of copyright”.

Burk (2013, p. 1554), assim como nos esportes físicos, “as perspectivas dispostas na tela do jogo são certamente resultado de escolhas feitas pelo jogador, mas geralmente não são escolhas estéticas. Elas seguem automaticamente pelas escolhas de jogada e movimentos iniciados pelo jogador”¹¹. Porém, ao contrário dos esportes físicos, os movimentos do personagem do jogo são facilmente repetíveis, visto que, via de regra, o acionamento dos mesmos comandos no computador ou no console resultam na mesma ação.

Além disso, o resultado da performance do jogador de videogame é o que aparece na tela. Ao contrário dos esportes físicos, os movimentos do corpo dos jogadores têm pouca ou nenhuma relevância nesse debate. Nenhum espectador assiste ao vivo a uma partida de videogame para acompanhar os movimentos dos dedos dos atletas, mas sim para ver os personagens do jogo se moverem sob o comando daqueles. Além disso, como já salientado neste estudo, o jogo eletrônico é, por definição, uma obra interativa, a qual depende de ação dos jogadores para cumprir seu propósito. Ramos et al. (2013, p. 21-22), em estudo feito para a Organização Mundial de Propriedade Intelectual, afirmou que:

Finalmente, em razão das ferramentas de criação interativas nos jogos modernos, é possível que os jogadores, em alguns casos, requeiram proteção autoral para os trabalhos que criam. Nesse sentido, as leis brasileiras atuais indicam que os jogadores podem ser considerados autores em jogos interativos, uma vez que contribuem para a formação e desenvolvimento do jogo eletrônico. Nesse caso, os jogos são equivalentes a uma obra coletiva e, por isso, o jogador pode pedir seus direitos morais, enquanto os direitos materiais pertencem ao organizador.¹²

Extrai-se do trecho citado que, de acordo com o estudo, a

11 Tradução livre de: The perspectives displayed on the game screen are certainly the result of choices by the player, but generally are not aesthetic choices. They follow automatically from the playing choices by the player.

12 Tradução livre de: Finally, because of the interactive creation tools in modern video games, it is possible that gamers, in certain instances, could claim copyright protection for the works they create. In this regard, current Brazilian laws indicate that players can be considered authors in interactive games, as they contribute to the formation and development of the video game. In this case, video games are equivalent to a collective work and, therefore, the gamer can invoke his or her moral rights, while the economic rights belong to the organizer.

performance pode ser enquadrada como contribuição à obra coletiva e, assim, considera os jogadores detentores de direitos morais, uma vez que os materiais pertencem ao organizador. A posição, ainda que respeitável, abre espaço para críticas e questionamentos. Como dito, a obra coletiva emerge da contribuição de diversos artistas orquestrados por uma pessoa (física ou jurídica) que norteia a todos eles. Portanto, difícil encaixar o jogador nesse conceito, visto que sua contribuição não foi de forma alguma dirigida pelo organizador do videogame.

Nesse sentido, mais uma vez recorrendo à jurisprudência estrangeira, traz-se à tona o caso estadunidense *Stern Electronics, Inc. vs. Kaufman* de 1982 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1982). Embora não trate de esporte eletrônico, o caso analisa a questão da performance de jogadores de videogame. A Stern Electronics detinha o direito exclusivo de licenciar o jogo Scramble, da japonesa Konami Industry Co., na América. Ocorre que a requerida começou a vender um jogo bastante similar denominado Scramble 2.

Além das questões de marcas discutidas no caso, um dos pontos centrais da lide se deu em relação à proteção do jogo como obra audiovisual. A Stern Electronics havia registrado o jogo como obra audiovisual, não como programa de computador e, portanto, acusava a requerida de infração à obra audiovisual. A ré, por sua vez, defendeu-se afirmando que, se havia infração, ela se dava no âmbito do programa de computador, o qual não havia sido registrado. A obra audiovisual, nas palavras da acusada, eram o *out-put* do jogo, ou seja, as performances dos jogadores.

A Corte entendeu que o jogador apenas gerou uma variação do jogo da requerente, pois a obra audiovisual independia deste. Não se considerou o grau de influência do jogador que seria necessário para que a contribuição do desenvolvedor do game fosse inferior à dele para o resultado da obra. Não obstante a decisão ter relevantes reflexões para este debate, importante salientar que, naquele jogo, a liberdade do jogador era mesmo bastante limitada. Scramble caracterizava-se por uma tela preta em que passavam algumas naves espaciais, as quais tinham de ser derrubadas com tiros dados pelo jogador. Não se assemelha aos complexos jogos atuais.

Após o início do século XXI, os jogos evoluíram e passaram

a permitir ao usuário as mais diversas variações, incluindo a criação de avatares personalizados, diálogos entre os combatentes e desafios próprios. Isso é especialmente notável nos jogos de estratégia de múltiplos jogadores. Eles não possuem fase final e cada partida é única. Diante dessa realidade, algumas empresas desenvolvedoras de games passaram, inclusive, a incentivar seus usuários a divulgarem os vídeos das partidas. Na visão deste grupo de sociedades, quanto mais material disponível houver em relação a determinado jogo, mais usuários ela poderá ter.

Portanto, independentemente dos direitos autorais que possam estar envolvidos, nota-se que o próprio mercado reconhece a obra de cada um desses jogadores, pois as incentiva e credita uma certa “autoria” aos jogadores. É possível afirmar, nesses casos, que há uma autorização para tais criações. Por outro lado, outros desenvolvedores não seguem a mesma linha. Para um segundo grupo de empresas, a divulgação de vídeos com performances de jogadores infringe a sua propriedade intelectual. Essas sociedades frequentemente denunciam tais materiais por infração à direito autoral e esperam que as plataformas de vídeo retirem o conteúdo.

5.2 Relação entre o jogador e o titular do jogo em relação à performance

Como dito, busca este tópico do artigo compreender a relação entre o jogador e o titular do videogame em relação à performance do usuário do jogo. Dessa forma, analisa-se a natureza jurídica frente ao direito autoral de tal performance e da obra que dela resulta.

5.3 Obra em coautoria

A primeira frente abordada será a questão da obra em coautoria. Nos termos do artigo 5, VIII, a, da Lei nº 9.610/1998, obra em coautoria é criada em comum, por dois ou mais autores (BRASIL, 1998b). Diante desse conceito, é preciso verificar se a performance do jogador, em relação ao videogame em si, caracteriza obra em coautoria. Nas palavras de José de Oliveira Ascensão (1997, p. 91):

em princípio, todos os que houverem colaborado na criação da obra são cotitulares, [...]. A obra de criação conjunta é uma obra única, mas tem uma pluralidade de titulares. As contribuições serão, normalmente, diferenciadas em quantidade e valor. Mas o princípio é o da igualdade de direitos.

Inferese da leitura do trecho do autor que a coautoria decorre da colaboração e que seu resultado é uma obra única. É possível afirmar, em tese, que a obra final resultante do acréscimo da performance ao jogo é obra única e decorre da contribuição do jogador ao videogame. Porém, esta seria uma afirmação bastante rasa diante da realidade.

A distinção que deve ser feita neste ponto é em relação à colaboração mútua. As obras em coautoria caracterizam-se pelo trabalho conjunto, em que os coautores estão cientes da parcela de colaboração um do outro. Carlos Alberto Bittar (2001, p. 37), inclusive, trabalha com o conceito de diferentes coautorias, conforme segue:

A obra em coautoria é aquela realizada em comum, por dois ou mais autores (art. 5º, VIII, a), portanto, com a conjugação simultânea de esforços, podendo advir, em função do resultado final produzido, diferentes situações: a) divisibilidade absoluta entre as diferentes colaborações (em que cada qual conserva a sua individualidade, como em coletâneas de artigos); b) divisibilidade relativa (em que, embora individualizadas, as criações juntam-se intimamente para formar a obra final, como na composição musical com letra e música de autores diferentes); e c) fusão das contribuições pessoais na obra resultante (como nas obras escritas ou compostas em comum: artigos, livros, composições musicais em parcerias; e dicionários, por pessoas diversas, em trabalho conjunto).

Analisando as diversas modalidades de coautoria colocadas pelo Professor Bittar, nota-se a dificuldade em enquadrar a relação entre o jogador e o desenvolvedor do videogame em qualquer dessas modalidades. Em relação aos itens “a” e “b”, a impossibilidade reside na divisibilidade: como dito, a performance se fixa pelo jogo e, portanto, não existe sem este. O item “c” parece o mais próximo da realidade que aqui se estuda.

Porém, como dito anteriormente, a coautoria, ainda que caracterizada pela fusão das contribuições pessoais na obra final de forma indivisível, pressupõe o trabalho conjunto. Além disso, como explica José de Oliveira Ascensão (1997, p. 92), “para distinguir a obra de colaboração

da mera conexão de obras, deverá acrescentar-se que só é coautor quem tiver o domínio total da obra”. Considerando que nem o desenvolvedor do jogo tem domínio sobre a performance, nem o jogador o tem sobre o jogo, parece inviável a classificação da obra resultante da adição da performance ao videogame como obra em coautoria.

Também nesse sentido, Dan Burk (2013, p. 1549) afirma ser cético em relação à coautoria nesses casos. Em suas palavras: “os titulares dos jogos devem saber, ou até intencionam, que jogadores joguem seus jogos, mas não é claro que seu conhecimento se eleva ao nível necessário para produzir uma obra em coautoria”¹³. O autor estadunidense continua o raciocínio em relação aos esportes eletrônicos. Na sua visão, em relação aos jogadores profissionais, o contato do desenvolvedor do jogo é mais próximo do que com os jogadores eventuais ou amadores, mas os contratos são, via de regra, firmados com as ligas ou times, não com cada jogador individualmente.

Assim, nem nesse caso poderia ser pressuposta uma coautoria, mas no máximo uma autorização para a utilização do jogo de forma profissional. Portanto, considerando as características da obra em coautoria e as peculiaridades que unem o videogame ao jogador e sua performance, afasta-se a possibilidade de definir nessa hipótese a coautoria.

5.2.2 Obra derivada

A obra derivada está definida no artigo 5º, VIII, g, Lei nº 9.610/1998. Segundo este dispositivo, é obra derivada “a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária” (BRASIL, 1998b). Ou seja, trata-se da transformação ou da adaptação de obra previamente existente.

Em relação ao objeto de estudo deste artigo, considera-se o videogame a obra originária e a fixação da performance por meio desta a obra possivelmente derivada. A doutrina e a jurisprudência trazem

13 Tradução livre de: “Game publishers may know, or even intend, that players play their game, but it is not clear that this knowledge rises to the level of intent necessary to produce a joint work.”

como importante ponto para caracterização da obra derivada a questão do contributo mínimo. Segundo decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2012), “o contributo mínimo encontra-se na linha divisória entre a presença e ausência de plágio e, assim, pode-se identificar se uma obra é originária ou derivada”. Sendo assim, é razoável afirmar que a performance constitui contributo mínimo à obra original. Isso porque o videogame é concebido para ser jogado e, portanto, receber as diversas contribuições por meio de performances faz parte da finalidade da obra.

José de Oliveira Ascensão (1997, p. 85), sobre o assunto, entende que “a obra derivada se baseia pois na essência criadora preexistente; sobre ela realiza uma nova criação”. Segundo ele, as obras derivadas são originais e “o fato de se assentarem em obras preexistentes, que reelaborem, não impede que elas próprias sejam originais”. Salienta-se que a adaptação ou transformação da obra original pode ser feita de duas formas (CAMMAERT, 2016). Primeiramente, pela transposição de elementos formais concretos e originais de uma obra primígena em uma obra derivada, à qual se adicionam novos elementos concretos e originais de sua própria criação, como na paródia. Segunda alternativa se dá pela superposição de uma nova obra a uma outra obra já existente, que dá à primeira o aspecto de uma terceira obra, como musicar um poema.

No caso da obra resultante da performance do jogador de videogame, verifica-se a segunda hipótese, ou seja, a superposição: o jogador expressa sua performance por meio do jogo e a ele adiciona elementos originais. Porém, a dificuldade que se impõe a este caso é que a realização de obras derivadas depende de prévia autorização do autor originário. Auray e Georges (2012, p. 161), sobre o assunto, comentam que:

Os jogos são dificilmente transformáveis ou personalizáveis. Com objetivo de controlar a publicação, informações relativas aos direitos autorais são ativadas nos jogos no início de cada sessão e são indispensáveis para fazer o jogo funcionar. As possibilidades de criação são reduzidas.¹⁴

14 Tradução livre de: “Les jeux sont difficilement transformables ou personnalisables. Du fait de la volonté de contrôler la publication, des informations relatives au copyright s’activent sur les supports au lancement de chaque session, et sont indispensable pour les faire fonctionner.”

Portanto, a dificuldade em considerar a performance como obra derivada encontra certos obstáculos. Eles residem não apenas no fato de o próprio sistema de direito autoral não permitir autorizações tácitas, mas no fato de que, via de regra, os produtores dos jogos incluem nos contratos de utilização diversas limitações à exploração da obra. Ou seja, o jogo pode ser livremente jogado, mas, a princípio, isso não pressupõe a autorização para que o jogador reproduza sua performance em plataforma de vídeos e seja remunerado por isso. Por outro lado, a questão é mais complexa do que parece. Guilherme Carboni (2009, p. 2) contextualiza o problema, conforme segue:

As novas tecnologias possibilitaram o aparecimento de um novo tipo de proposta estética, calcada na interatividade, na recombinação e na criação como ato coletivo. Entretanto, o direito de autor não foi concebido para entender essa recontextualização das obras intelectuais. Para o direito de autor, um texto ou uma imagem utilizada em um outro contexto seria o mesmo texto ou a mesma imagem. O próprio conceito de obra adaptada reflete esse raciocínio: para que se adapte um livro para o cinema, é necessária a autorização do autor, mas, evidentemente, a obra audiovisual jamais será o livro. Na verdade, ao estabelecer a possibilidade de o autor do livro não autorizar a elaboração de um filme com base no seu livro, o direito de autor proíbe novas leituras ou interpretações dessa sua obra.

Como explica o autor, a questão da interatividade levada ao seu limite máximo, como ocorre no caso do videogame, traz questões difíceis de serem respondidas pelo atual direito de autor. É evidente que o jogo sem ser jogado é uma obra incompleta, mas a acessão da performance resulta em obra derivada, que depende de autorização do autor originário. Ou seja, embora uma não exista sem a outra, a exploração da segunda (a performance) requer ciência e anuência do organizador do videogame. Da mesma forma, a performance do jogador não se confunde com a obra coletiva que é o videogame. Porém, na prática, percebe-se que diversas empresas titulares de direitos autorais de jogos eletrônicos se abstêm de exigir sua parcela na exploração das obras derivadas em prol de um ganho indireto relativo à publicidade. Isso, contudo, não inviabiliza que, futuramente, tais sociedades se imponham de forma diversa.

Portanto, diante de todo o exposto, é possível concluir que a

performance fixada pelo jogo é obra derivada deste e requer autorização do titular do videogame. Todavia, essa realidade revela-se mais complexa do que aparenta em um primeiro momento, visto que as novas tecnologias, fundamentadas na interatividade, trazem novos desafios à aplicação dos direitos autorais.

6. CONCLUSÃO

A história do videogame tangencia diversos pontos relacionados ao direito autoral. Desde o primeiro jogo eletrônico, criado em 1958 até a popularização dos computadores pessoais no fim dos anos 1990 e da internet banda larga nos anos 2010, o cenário se modificou muito. No momento atual, destaca-se a entrada da tecnologia de *streaming* nos jogos, que possibilitou a formação do denominado esporte eletrônico, fundado na profissionalização da prática do videogame. Essa nova realidade, que inclui equipes, rankings mundiais e espectadores (torcida) nas partidas trouxe novos desafios, especialmente a questão da proteção e da natureza da performance dos jogadores.

Na esteira dessa evolução e no intuito de melhor compreender os impactos dessa realidade, verifica-se que o videogame tem cada vez mais semelhanças com as obras audiovisuais e menos com os programas de computador. Tanto é verdade que a própria Ancine entendeu serem os jogos obras audiovisuais interativas. Por meio do desenvolvimento do videogame como modalidade esportiva, diversos dos problemas antes relativos apenas aos esportes tradicionais passaram a ter relevância para o videogame.

Assim, com objetivo de munir-se dos conceitos necessários ao debate próprio das polêmicas que envolvem o desporto virtual, importante salientar que o videogame é obra que se forma pela junção de diversas obras independentes. As principais delas são os programas de computador, as ilustrações, os roteiros e as trilhas sonoras, cada uma com suas peculiaridades. Porém, nota-se que o videogame não se resume ao programa de computador e que os demais aspectos devem ser considerados ao estudá-lo.

Diante disso, percebe-se que apesar de ser formado por diferentes obras, o jogo eletrônico merece uma proteção independente, capaz de abarcar o todo que ele compreende. Servem a esta proteção a definição de obra audiovisual e obra coletiva, sendo que uma não exclui a outra, mas pelo contrário, se complementam. Nesse panorama, a pessoa jurídica responsável pela organização da obra é titular dos direitos autorais, ainda que cada autor individual tenha sua parcela de direitos por aquilo que criou.

O videogame, porém, apesar de contemplar esse *status* de obra autoral coletiva audiovisual, depende da interatividade do jogador para que seja completo. Importante compreender, então, a natureza jurídica da performance, a possibilidade de protegê-la e sua interação com o jogo em si. Nesse tema, os esportes eletrônicos trazem especial relevância. Antes, essa questão era tida como de menor importância, mas agora ela se refere a milhares de pessoas que tiram provento da divulgação de suas performances fixadas por meio do jogo.

Os argumentos pela não proteção da performance são, em resumo, a ausência de fim estético, a limitação dos movimentos às regras do jogo e a aleatoriedade das escolhas do jogador, que não se pautam em um roteiro ou um argumento literário. As opiniões favoráveis, por sua vez, fundamentam-se no alto grau de interatividade que o jogador possui atualmente, na incompletude do videogame sem a performance e na possibilidade de a performance ser repetida.

Sendo assim, busca-se compreender como se dá a relação entre jogador e produtor do videogame, considerando as características complementares que um pode ter em relação ao outro. Primeiramente, afasta-se a característica de obra em coautoria, visto que essa pressupõe a colaboração mútua dos autores e o fato de que os dois possuem a titularidade da obra, o que não é o caso. Em segunda análise, percebe-se a existência de obra derivada, sendo o videogame obra primígena e a acessão da performance a obra derivada. Nessa relação, exceto para as obras em domínio público, a derivação depende de autorização do autor da obra original, o que nem sempre ocorre no caso do videogame. Ao contrário, os produtores inserem diversos avisos relativos à impossibilidade de qualquer jogador explorar de qualquer forma sua obra. Por outro lado,

parte desses mesmos produtores incentivam a publicação de vídeos contendo performances em seus jogos por alguns jogadores.

Verifica-se que a questão da proteção ao direito autoral do videogame mostra-se complexa em relação à dependência dos diferentes autores que a formam e da titularidade da pessoa jurídica. Além disso, a interatividade é intrínseca ao seu conceito, motivo pelo qual a simples aplicação dos dispositivos legais relativos às obras derivadas podem trazer distorções indesejadas ao próprio desenvolvimento do mercado. Cumpre aos juristas buscar um equilíbrio entre o direito do titular do jogo e daquele que o utiliza, sem onerar demasiadamente nenhuma das partes, ou impedir a evolução do jogo como modalidade cultural e esportiva, visto que há ganhos para as duas partes com a profissionalização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

AURAY, Nicolas; GEORGES, Fanny. **Les productions audiovisuelles des joueurs de jeux vidéo**. Réseaux, v. 175, n. 5, 2012, pp. 145-173.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 3. ed., 2001.

BITTAR, Marcia Sguizzardi. **Lei sobre direitos autorais de obra fonográfica é confusa**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-fev-17/lei_direitos_autorais_obra_fonografica_confusa>. Acesso em 23 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973**. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Brasília, 18 dez. 1973.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 15 maio 1996.

BRASIL. **Lei nº 9.609** de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, 20 fev. 1998.

BRASIL. **Lei nº 9.610** de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, 20 fev. 1998.

BRASIL. **Instrução Normativa Ancine nº 105, de 10 de julho de 2012**. Dispõe sobre o Registro de Título da Obra Audiovisual Não Publicitária, a emissão de Certificado de Registro de Título e dá outras providências.

Brasília, 10 jul. 2012.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3450, de 28 de outubro de 2015**. Acrescenta o inciso V ao artigo 3º da Lei 9.615/1998, que “Institui normas gerais sobre desporto”, para reconhecer o desporto virtual como prática esportiva. Brasília, Proposto por João Henrique Holanda Caldas (PSB/AL).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Direitos autorais do sistema roda-viva**. Apelação Cível nº 70045823044 RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, 19 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Condenação criminal por pirataria de jogos eletrônicos**. Recurso em sentido estrito nº 1013208010820300, Relator: Júlio Cezar Gutierrez, 26 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Enquadramento tributário dos videogames**. Apelação nº 5056046-67.2013.404.7000, Relator: Jorge Antonio Maurique, 04 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Impossibilidade de proteção autoral a método de apuração de loteria**. Apelação Cível nº 2005.70.00.002291-3, Relator: Vânia Hack de Almeida, 14 fev. 2007.

BURK, Dan. **Owning E-Sports: proprietary Rights in Professional Computer Gaming**. *University of Pennsylvania Law Review*, Filadélfia, v. 6, n. 161, p.1535-1578, jan. 2013.

CAMMAERT, G. **Le traducteur et le droit d’auteur**. Disponível em: <<http://id.erudit.org/iderudit/002189ar>>. Acesso em 18 set. 2018.

CARBONI, Guilherme. **Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor**. In: *Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza*. (Organizado por Eduardo Salles Pimenta). 1ª. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009, p. 200-216.

CHAVES, Antônio. **Direito de Autor: princípios fundamentais**. São Paulo: Forense, 1987.

ESPOSITO, Nicolas. **A Short and Simple Definition of What a Videogame Is**. University of Technology of Compiègne, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 2ª Circunscrição do Tribunal Federal de Recursos. **Caso Stern Electronics Inc. v. Kaufman**, nº 669 F.2d 852, 20 jan. 1982.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 2ª Circunscrição do Tribunal Federal de Recursos. **Caso National Basketball Association v. Motorola**, nº 105 F.3d 841, 30 jan. 1997.

HARADA, Janaína. Que indústria fatura mais: do cinema, da música ou dos games? **Superinteressante**, São Paulo, 9 jan. 2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/que-industria-fatura-mais-do-cinema-da-musica-ou-dos-games/>>. Acesso em: 01 out. 2018

JANÁK, Jirí. **Can athletes claim copyright in their sporting performances?** 2014. Disponível em: <<https://www.lawinsport.com/blog/jiri-janek1/item/can-athletes-claim-copyright-in-their-sporting-performances>>. Acesso em: 15 set. 2018.

MORATO, Antônio Carlos **Os direitos autorais na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**: a obra coletiva e a titularidade originária decorrente da organização da obra. In: R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 109, p. 109 - 128 jan./dez. 2014.

RAMOS, Andy et al. **The Legal Status of Video Games**. OMPI, 2013. Disponível em: http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/comparative_analysis_on_video_games.pdf. Acesso em 15 set. 2018.

SÃO PAULO. **Projeto de Lei nº 1.512**, de 25 de novembro de 2015. Dispõe sobre a regulamentação da prática esportiva eletrônica no âmbito do Estado. São Paulo, 25 nov. 2015. Proposto por Alexandre Pereira (SD/Jundiaí). Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/alesp/deputado/?matricula=300553>>. Acesso em: 10 set. 2018.

ZIMMERMAM, Eric. **Narrative, Interactivity, Play, and Games**. 2004. Disponível em: <http://www.ericzimmerman.com/texts/Four_Concepts.html>. Acesso em 23 ago. 2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VII Direito de Autor e Desenvolvimento e Inovação

**TÍTULO:
PROPRIEDADE INDÍGENA,
CONHECIMENTO TRADICIONAL E
EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS**

**Augusto Rodrigues de Freitas
Allan Rocha de Souza**



PROPRIEDADE INDÍGENA, CONHECIMENTO TRADICIONAL E EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS¹

Augusto Rodrigues de Freitas²;

Allan Rocha de Souza³.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar e aprofundar o estudo acerca da relação dos povos autóctones com a natureza, com mais especificidade aos povos indígenas. Busca-se descortinar os contornos protetivos quanto às expressões culturais dos agrupamentos naturais, esclarecendo para tanto os conceitos de propriedade e biodiversidade, tratados em convenções de ordem internacional, bem como nacionalmente - através do texto constitucional e de legislações esparsas.

PALAVRAS-CHAVES: Propriedade Indígena; Conhecimento Tradicional; Expressões Culturais Tradicionais.

- 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 e do Program on Information Justice and Intellectual Property (PIJIP), Washington College of Law, American University. Pesquisador do NUREP: Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. 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: allan@rochadesouza.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, desenvolvido no contexto da Rede INCT Propriedas e do Grupo de Pesquisa de Direitos Fundamentais Relações Privadas e Políticas Públicas (NUREP) é um fragmento de uma pesquisa em desenvolvimento de maior amplitude, tendo como objetivo tratar de garantias proprietárias atribuídas aos povos indígenas, mais especificamente com relação ao conhecimento tradicional e às expressões culturais tradicionais, por meio da elucidação de suas peculiaridades.

Em que pese todo o processo de reorganização do sistema jurídico em torno da Constituição Federal (CF/88) e a consequente modificação hermenêutica voltada à visibilização de demandas existenciais, orquestradas a partir da promulgação da CF/88 e do Código Civil de 2002 (CC/02), que fizeram destes documentos verdadeiros marcos implementadores de direitos de segunda e terceira geração no Brasil, o contexto de invisibilização no qual, hoje, estamos inseridos, ao menos no que concerne às demandas dos povos indígenas, deve ser superado com a realização das garantias conquistadas e do rechaço à imposição da ideia ocidental de mercantilização e comercialização de sua terra e cultura.

O objetivo do trabalho então é dar continuidade ao estudo iniciado no ano de 2017⁴- no qual foi tratada a questão da proteção em âmbito constitucional, bem como analisado o entendimento das Cortes Superiores quanto as garantias e a propriedade indígenas -, agora com maior enfoque à proteção da cultura e, mais especificamente, das expressões culturais tradicionais.

Inicialmente será realizada uma contextualização do processo modificativo que culminou com a implementação do maior rol de garantias já conferidas às populações aborígenes, com ênfase na jurisprudência, que teve papel fundamental na conquista de espaço e atenção.

O estudo continua enfrentando a questão da proteção da

4 FREITAS, Augusto Rodrigues de; SOUZA, Allan Rocha de. Função Social da Propriedade Indígena e os Direitos Culturais. Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (2017: Curitiba, PR). Disponível em: <<http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/04/xi-codaip-2017-gedai.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

biodiversidade, com a apresentação dos avanços trazidos pela Convenção da Diversidade Biológica (CDB), que influenciaram uma mudança de olhares quanto a coexistência fecunda da humanidade e da natureza, bem como da correta utilização dos recursos naturais, respaldando também na questão indígena, visto o estabelecimento de um leque de garantias frente à sua relação com a natureza, favorecendo desta forma uma mudança na normatização pátria.

Por fim, serão enfrentadas, brevemente, as relações entre cultura e identidade, como forma de criar uma base para o estudo posterior mais aprofundado da conjuntura normativa na qual se encontram inseridas as expressões culturais, por meio de da análise das formas e contextos de seu desenvolvimento, modos de proteção e, derradeiramente, dos atores, interesses em jogo.

1. PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDÍGENA EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL

Fruto de todo esse processo modificativo, no qual a CF/88 toma posição balizadora não só quanto à legitimação e interpretação normativa, a propriedade privada, bem como os direitos dela anexos, se transforma, adquirindo dinamicidade, tomando como dever essencial se tornar meio para satisfação da função social, levando a baixo a ideia imperante de bem sujeito à vontade de seu dono, merecendo dessa forma proteção legítima apenas quando e enquanto atender os interesses sociais relevantes.

Estabelecido o direito de propriedade como direito fundamental (Art. 5º, CF/88)⁵ sua efetiva proteção é condicionada à satisfação de sua função social⁶, obrigando sua integração e impondo uma dinâmica a um instituto de outra forma naturalizado como irrestrito.

5 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 27 de setembro de 2018.

6 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 27 de setembro de 2018.

Foram estipulados ainda alguns critérios objetivos para a funcionalização do instituto, como observamos, por exemplo, nos artigos 1827 e 1868, referentes às propriedades urbana e rural, evidenciando-se, mais uma vez, a importância dada pelo constituinte originário ao tema.

No que concerne especificamente à propriedade indígena, o constituinte originário, a fim de ampliar a visibilidade e respeito, de forma a favorecer a inclusão dos mais diversos grupos minoritários e marginalizados, estabeleceu um rol normativo voltado não só à proteção da propriedade indígena como à atuação do Estado a fim de valorizar sua cultura, história e formas de viver.

Importante frisar que tal preocupação com esses grupos não teve início em 1988 e sim em 1609, sendo a Carta Régia de 30 de julho daquele ano⁹ o primeiro documento a reconhecer o direito de posse por

7 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 27 de setembro de 2018.

8 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 27 de setembro de 2018.

9 Apontamentos sobre a legislação colonial e imperial voltada ao tratamento das terras

esses povos, servindo também como marco inicial para uma série de direitos - em sua maioria, de cunho patrimonial - garantidos em diversas legislações.

Vale ressaltar também, quanto a proteção atual, a posição de 231 e e 232 da Constituição Federal, o primeiro reconhecendo a mais vasta gama de direitos a esses agrupamentos, como o de se organizar socialmente, de forma a propiciar o desenvolvimento de costume, língua, crença e tradição próprias, sendo garantido também como direito originário a ocupação das terras desde que verificados os requisitos de tradição e ancestralidade, sendo de competência da União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens; Já o segundo - respaldando-os face a qualquer ataque aos seus interesses - avalizando sua entrada em juízo, de suas comunidades e de organizações atuantes em favor de seus interesses, reconhecendo-os como partes legítimas em demandas judiciais.

Foi determinado então, nos textos dos parágrafos do artigo 231¹⁰ - dentre outras questões, como a do uso dos recursos naturais - a fim de se verificar o objetivo do uso das glebas de terra bem como sua tradição, a necessidade de verificação de determinados pressupostos, como a consecução de atividades produtivas essenciais ao desenvolvimento indígena, e a imprescindibilidade da ocupação à preservação dos recursos necessários ao seu bem-estar, cabendo, para tanto, a realização de estudos que, caso confirmando a característica tradicional da ocupação, confeririam às terras determinadas características.

Finalizando a questão da propriedade no texto constitucional, de grande importância mencionar o reconhecimento dessas terras como direito originário dos povos indígenas, em consonância com o que prega o Instituto do Indigenato,¹¹ chancelando o princípio de que, nas terras oferecidas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, seus legítimos e iniciais detentores.

ocupadas pelos índios no Brasil, 2012. Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com.br/search/label/ind%C3%ADgenas>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

10 Ibidem, p. 4.

11 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 27 de setembro de 2018.

Sendo assim, quando do exame das garantias à propriedade indígena,¹² a Constituição Federal expressou em seu texto o entendimento de que, por aqui habitarem desde tempos remotos, os povos indígenas têm direitos independentes da atribuição de quaisquer títulos de propriedade - entendimento respaldado por decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), tais como Raposa Serra do Sol¹³, as Ações Cíveis Originárias¹⁴ 362 e 366 demandadas pelo estado do Mato Grosso nos anos de 1986 e 1987, bem como a 312¹⁵ demandada pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), em 1982.

Não menos importante, foi garantido em seu artigo 109, XI¹⁶, a competência dos juízes federais para processar e julgar lides que tenham como objeto a disputa sobre direitos indígenas. Vinculando ao Ministério Público a presença 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 129, V.¹⁷

2. PROTEÇÃO À BIODIVERSIDADE: reflexos na difusão cultural

Assim, quanto aos direitos dos povos tradicionais face ao manuseio

12 Ibidem, p. 2.

13 YAMADA, Erica Magami, VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo dia era dia de índio. Disponível em: <file:///C:/Users/Augusto/Downloads/24213-44011-1-PB.pdf>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

14 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.asp?idConteudo=352624>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor do Acórdão da Ação Cível Originária nº 312. Relator: GRAU, Eros. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629999>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

16 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 27 de setembro de 2018.

17 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 27 de setembro de 2018.

dos recursos naturais, fomentou-se um determinado arcabouço jurídico, composto de um conjunto de direitos quanto aos saberes, inovações e técnicas desenvolvidas pelos povos tradicionais em sua interação com a natureza. Tal garantia tem relação com o que foi estipulado na CF/88, art. 20, inciso XI¹⁸, ao se estabelecer o pertencimento das terras originalmente ocupadas por povos indígenas à União, bem como ao artigo 22, XIV¹⁹, que impõe como dever da União de legislar sobre as populações indígenas em sua integralidade.

Dando continuidade na matéria de proteção, vale mencionar os incomensuráveis avanços trazidos com a Convenção da Diversidade Biológica (CDB)²⁰ que regula a proteção e acesso à biodiversidade no contexto internacional, uma vez que amplia o rol de atores envolvidos nas discussões sobre o tema - entraram empresas, estados nacionais, entidades internacionais, ONGs e populações locais.

A CDB se pauta na possibilidade de coexistência entre sociedade e natureza, sem que haja a submissão de um ao outro. Logo em seu primeiro artigo é explicitada a finalidade de conservação da diversidade biológica, com a utilização sustentável de seus componentes e repartição justa e equitativa dos benefícios da utilização dos recursos, inclusive por meio do acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, através de um adequado financiamento.²¹

18 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 27 de setembro de 2018.

19 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 27 de setembro de 2018.

20 BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Convenção Sobre Diversidade Biológica. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/conven%C3%A7%C3%A3o-da-diversidade-biol%C3%B3gica.html>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

21 BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Convenção Sobre Diversidade Biológica - CDB. Art. 1º. Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios

E em seu artigo oitavo,²² dentre outras medidas de proteção,

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. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/7513-conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-diversidade-biol%C3%B3gica-cdb>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

- 22 BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Convenção Sobre Diversidade Biológica - CDB. Art. 8º. Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: a) Estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica; b) Desenvolver, se necessário, diretrizes para a seleção, estabelecimento e administração de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica; c) Regulamentar ou administrar recursos biológicos importantes para a conservação da diversidade biológica, dentro ou fora de áreas protegidas, a fim de assegurar sua conservação e utilização sustentável; d) Promover a proteção de ecossistemas, habitats naturais e manutenção de populações viáveis de espécies em seu meio natural; e) Promover o desenvolvimento sustentável e ambientalmente sadio em áreas, adjacentes às áreas protegidas a fim de reforçar a proteção dessas áreas; f) Recuperar e restaurar ecossistemas degradados e promover a recuperação de espécies ameaçadas, mediante, entre outros meios, a elaboração e implementação de planos e outras estratégias de gestão; g) Estabelecer ou manter meios para regulamentar, administrar ou controlar os riscos associados à utilização e liberação de organismos vivos modificados resultantes, da biotecnologia que provavelmente provoquem impacto ambiental negativo que possa afetar a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana; h) Impedir que se introduzam, controlar ou erradicar espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, habitats ou espécies; i) Procurar proporcionar as condições necessárias para compatibilizar as utilizações atuais com a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes; j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica, e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas; k) Elaborar ou manter em vigor a legislação necessária e/ou outras disposições regulamentares para a proteção de espécies e populações ameaçadas; l) Quando se verifique um sensível efeito negativo à diversidade biológica, em conformidade com o Art. 7, regulamentar ou administrar os processos e as categorias de atividades em causal, e m) Cooperar com o aporte de apoio financeiro e de outra natureza para a

estabelece criação e manutenção de áreas de proteção e de fomento à biodiversidade; regulamentação dos recursos biológicos, de forma a assegurar a conservação e utilização sustentável da diversidade de vida; recuperação de ecossistema e espécies arruinadas pela ação humana; controle quanto a inserção e desenvolvimento de espécies não naturais nos mais diversos ambientes; elaboração e manutenção de legislação protetiva. E vai além ao estabelecer que os países signatários devem respeitar, preservando e mantendo o conhecimento, as inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, em paralelo ao incentivo à mais ampla aplicação, quando com a aprovação e participação dos detentores dos conhecimentos, inovações e práticas, por fim, encorajando a repartição justa e equânime dos benefícios advindos da utilização desses conhecimentos.

A CDB percebe como umbilical a relação entre a biodiversidade e o modo de vida das comunidades ditas tradicionais, em acordo com a teoria da ecologia social²³- abordagem crítica, que considera menos o desenvolvimento industrial e tecnológico como provocadores dos grandes danos ambientais, voltando seu foco nas relações humanas e na consciência coletiva, política e social, de modo que essas relações, quando trazendo mútuo benefício, deverão ser alimentadas.

A bio e a sociodiversidade são também protegidas pelo nosso sistema jurídico interno. A CF/88 protege as “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”,²⁴ bem como a “diversidade e a

conservação in situ a que se referem as alíneas a a l acima, particularmente aos países em desenvolvimento.

23 PENSAMENTO verde. Entenda o que é ecologia social e a importância de seu desenvolvimento. Disponível em: <<https://www.pensamentoverde.com.br/economia-verde/entenda-o-que-e-ecologia-social-e-importancia-de-seu-desenvolvimento/>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

24 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.

integridade do patrimônio genético do país”.²⁵ No plano legislativo, encontra-se em vigor a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de Agosto de 2001, que regulamenta o acesso ao patrimônio genético e a proteção

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2018.

- 25 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, 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 2018.

ao conhecimento tradicional associado.

A referida Medida Provisória abraçou ditames da CDB sobre os conhecimentos tradicionais associados, demarcando a necessidade de assentimento dos povos tradicionais, a fim de valorizar seu trabalho, repartindo os benefícios dos resultados das pesquisas de forma justa e equitativa, bem como o incentivo do desenvolvimento de tecnologias e bioprospecção de produtos, por meio da realização de um Contrato de Acesso, Uso e Repartição de Benefícios - propiciando avanços tecnológicos em respeito à conservação da biodiversidade, bem como a redistribuição dos resultados em prol do benefício econômico e científico das comunidades autóctones e de toda a população - que necessariamente será submetido à aprovação do órgão governamental responsável, no Brasil, o Conselho Gestor do Patrimônio Genético,²⁶ composto no âmbito do Ministério do Meio Ambiente.

Os avanços até agora trazidos ressaltam a importância da preservação do meio ambiente como forma de guardar também as populações tradicionais, e apresentam uma mudança profunda quanto à proteção da diversidade de vida, seja ela natural ou humana.

Essa ambientação se faz necessária, posto que a preservação da vida e da identidade indígenas ocorre a partir da terra enquanto sua propriedade e local de vivência, criação e manutenção de expressões e modos de vida, motivo o qual leva a órgãos de amplitude internacional, além do legislador constituinte a se debruçarem sobre o tema.

3. QUANTO À PROTEÇÃO DAS EXPRESSÕES CULTURAIS

As expressões culturais tradicionais, definidas pela Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, de 2005, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 485/2006²⁷, são aquelas “que resultam da criatividade de indivíduos,

26 CONSELHO de gestão do patrimônio genético. 10 anos 100ª CGEN. Disponível em: <file:///C:/Users/Augusto/Downloads/publicacaoogen%20verso%20final%2010042013-1.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

27 DECRETO LEGISLATIVO Nº 485, DE 2006. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.>

grupos e sociedades e que possuem conteúdo cultural”, aí incluídas as expressões por palavras (contos, poesia); musicais (canções); corporais (danças, rituais, jogos); e materiais (pinturas, esculturas, cerâmica, cestaria, bordado, tapeçaria, vestimentas). Possuem como característica importante, dado o contexto ao qual estariam inseridos os povos tradicionais brasileiros, a transmissão de geração em geração de forma oral, garantindo certo grau de fluidez, fator que ensejaria a sua recriação por comunidades, uma vez considerados diversos fatores, como a interação com a natureza, sua história, como forma a favorecer um sentimento de identidade, contribuindo para uma continuidade narrativa, promovendo o respeito à diversidade cultural.

Tais expressões seriam produzidas e tomariam forma dentro dos mais diversos agrupamentos humanos tradicionais presentes no território brasileiro, os quais, viveriam em uma relação de simbiose com a natureza, com os ciclos naturais e com os recursos de ordem renovável, construindo a partir daí seu modo de vida e conhecimento.²⁸ De acordo com DIEGUES e ARRUDA²⁹ (2000, p. 22 *apud* CARBONI e TEIXEIRA COELHO, 2012, p.04), essas comunidades seriam “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”.

O Decreto Federal nº 6.040/2007³⁰, instituidor da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, as define como:

action?norma=585087&id=14360778&idBinario=15734525&mime=application/rtf>. Acesso em: 28 de setembro de 2018.

28 MOREIRA, Elaine. Conhecimentos Tradicionais e Sua Proteção. Disponível em: <https://www.boell.de/sites/default/files/assets/boell.de/images/download_de/ecology/Beitrag_Eliane_Moreira_portugiesisch.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

29 CARBONI, Guilherme e TEIXEIRA COELHO, Daniele Maia. A proteção das expressões culturais tradicionais pela propriedade intelectual e sua transformação em mercadoria. Disponível em: <<https://gcarbonicomb.br.files.wordpress.com/2016/08/a-protecta3a7c3a3o-das-expressc3b5es-culturais-tradicionais-pela-propriedade-intelectual.pdf>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

30 DECRETO Nº 6.040, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2007. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Importante frisar que, no Brasil, figuram como exemplos, dentre outras, as culturas e expressões indígenas, caiçaras, quilombolas, açorianos, caipiras, babaçueiros, jangadeiros, pantaneiros, pastoreiros, ribeirinhos, sertanejos/vaqueiro, pescadores artesanais, extrativistas, seringueiros, camponeses, etc.

Em decorrência da ampliação do conceito de patrimônio cultural, de modo a abarcar uma visão mais antropológica, com a regulação de saberes, ofícios, festas, rituais, expressões artísticas, etc., a CF/88 em seu artigo 216³¹ abarcou não mais apenas uma dimensão material desse patrimônio, como também uma dimensão imaterial, sendo essas consideradas como metades de um todo, complementares para fins de proteção.

31 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 216. 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: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. § 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida; III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

Essa proteção deverá ser realizada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, (IPHAN), através de ferramentas etnográficas instituídas pelo Decreto nº 3.551/2000³², como o Inventário Nacional de Referências Culturais e o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial.

Tal proteção se justifica, visto que desde as últimas décadas do século XX vem ocorrendo uma transformação no mercado, na qual os negócios são realizados em grande medida pela capacidade informacional introduzida no processo produtivo. Nesse modelo econômico pós-industrial, a mensuração do trabalho deixa de se dar em unidades de tempo e passa a se pautar no componente comportamental, na motivação, na utilidade do bem e no desempenho do trabalho, que é visto agora como instituto dotado de certa complexidade.

Como resultado do labor complexo, encontra-se o produto-informação, que tem como característica a troca de conteúdo, de produtos, não ocorrendo mais perda de estoque, dado a possibilidade de transmissão infinita de informação pelo indivíduo detentor.

Sendo que informação e conhecimento são compreendidos como matéria prima para a criação e fruto do processo produtivo, gerando assim um paradoxo, bem como a necessidade de proteção, que, no entanto, não deverá ser absoluta, para que não ocorra a supressão do processo de produção de novos conhecimentos.³³

Além disso, de acordo com o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, a importância da proteção, realizada através de inventários ou de registro está em: (a) promover a inclusão social e a melhoria das condições de vida de produtores e detentores do patrimônio cultural imaterial; (b) ampliar a participação dos grupos que produzem, transmitem e atualizam manifestações culturais de natureza imaterial nos projetos de preservação e valorização desse patrimônio; (c) promover a salvaguarda de bens culturais imateriais por meio do apoio às condições materiais que propiciam sua existência, bem como pela ampliação do acesso aos

32 DECRETO Nº 3.551, DE 4 DE AGOSTO DE 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

33 CARBONI, Guilherme e TEIXEIRA COELHO, Daniele Maia. Op. Cit. p. 06.

benefícios gerados por essa preservação; (d) implementar mecanismos para a efetiva proteção de bens culturais imateriais em situação de risco; (e) respeitar e proteger direitos difusos ou coletivos relativos à preservação e ao uso do patrimônio cultural imaterial.³⁴

No entanto, a decretação de uma ideia de monopólio e exclusividade de uso quanto às expressões culturais tradicionais acabaria por não ser de todo efetiva no que cerne à sua gênese e manutenção, visto a carência repentina de matéria-prima passível de ser gerada, dado a ideia de liberdade que as circunda, e a premissa existente de não imposição de empecilhos à sua utilização.

Em que pese as intenções louváveis do legislador ao estender formas já existentes de proteção intelectual às expressões culturais, dada dinâmica criativa envolvida e os processos próprios passados até a elaboração de uma determinada obra, elaborada em um contexto tradicional, a medida mais viável é a elaboração de estudos e alternativas à realidade atual, na qual travestido em benefício para as comunidades, é instituído um regime de exploração e dominação por parte de grandes grupos econômicos. Isto porque, nas palavras de Carboni e Teixeira Coelho

Em algumas situações, é difícil identificar a comunidade tradicional ou o povo indígena que criou uma determinada obra ou conhecimento. Isso porque a ideia de autoria individual não se faz presente em alguns desses povos, especialmente os que têm por hábito compartilhar suas experiências, conhecimentos e criações artísticas com outros grupos.

Assim, como pode ser captado através de uma análise do conflito no qual está inserida o povo indígena Wapixana³⁵ quanto ao patenteamento

34 INSTITUTO do patrimônio histórico e artístico nacional (IPHAN). Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. Disponível em: <http://www.pontaojongo.uff.br/sites/default/files/upload/documento_programa_nacional_do_patrimonio_imaterial.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

35 ÁVILA, Tiago. BIOPIRATARIA E OS WAPICHANA: etnografia sobre a bioprospecção e o acesso aos recursos genéticos na Amazônia brasileira. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista_estudos_pesquisas_v3_n1_2/08Biopirataria_e_os_Wapichana_Thiago_Avila.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018. Sofrem, pois em decorrência de seu conhecimento quanto ao uso de folhas da planta chamada Cunani que se misturada com mandioca, pode formar uma massa que é usada como isca para peixe e de outra, denominada tipir (ou biribiri), que pode contribuir para o controle de hemorragias, disenterias

da Cunani e do Tipir (ou biribiri), a proteção das expressões culturais de comunidades tradicionais por meio de direitos de propriedade intelectual, ao invés de fomentar a propagação e reprodução das experiências culturais intra e inter comunidades, poderá gerar simplificação, redução ou, quiçá, a extinção das mesmas, se considerarmos o fato de que, em grande parte, são baseadas em processos criativos anteriores, em determinados casos com a participação de mais de uma comunidade, na forma de trocas simbólicas.

CONCLUSÃO

Neste estudo, entende-se que, em decorrência de um processo modificativo que teve como plano de fundo toda a segunda metade do século XX, questões existenciais, antes sequer imaginadas como sendo regulamentadas, adquirem papel relevante no ordenamento constitucional, repaginando institutos que até então se encontravam estratificados, dando visibilidade a novas demandas e grupos, antes dotados de certa coadjuvância social.

Neste contexto, o rol de pressupostos à proteção da propriedade se amplia, deixando de ser apenas a disponibilidade aos interesses de seu dono, como também o comprometimento à função social, bem como de seus deveres anexos, determinados constitucionalmente.

Em paralelo, uma gama de garantias previstas toma forma em partes esparsas do texto constitucional, e questões como a propriedade e cultura indígenas - exploração de recursos, educação, línguas, religião, cultura, também estão aqui abarcadas - ganham palco e passam a ser centro das discussões.

Neste momento ganham a mídia uma série de demandas judiciais que versavam sobre o direito originário dos povos aborígenes às terras, entendendo o STF, em mais de uma oportunidade, como foi clarificado no decorrer do estudo, a prevalência do direito dos indígenas em razão da

e malária, foram vítimas de um desapossamento histórico e cultural, visto que tais plantas se tornaram objeto de patente requerida pelo químico Conrad Gorinsk, desta forma, correndo o risco de terem que pagar “royalties” para a indústria farmacêutica multinacional para continuar a pescar e a curar os seus doentes.

originalidade na posse das terras ocupadas.

A biodiversidade, a seu modo, também ganha maior proteção, através de um amplo rol de tratados e normas de abrangência internacional que, encabeçados pela CBD, reconheceram a relação de interdependência entre as populações tradicionais e a natureza, estatuindo uma série de medidas voltadas à concreta proteção da variedade natural em paralelo ao fomento das atividades extrativas.

Tal processo de supressão das carências no que tange à biodiversidade no quadro externo teve reflexos em âmbito nacional com a implementação da Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001 que, recepcionando a CDB, regulamentou o acesso ao patrimônio genético e a proteção ao conhecimento tradicional associado no país, ratificando também mandamentos constitucionais.

Por fim, foi delineado um alicerce quanto à questão das expressões culturais, no qual integram apontamentos sobre os povos tradicionais, da sua ligação com a natureza - e com o território, dada a relação de simbiose dos povos autóctones com o meio em que vivem -, de patrimônio cultural, do contexto no qual foi verificada a necessidade de proteção dos conhecimentos tradicionais, como forma mais adequada de se preservar o conhecimento dos povos e de garantir-lhes maior e mais efetiva participação social e, em paralelo, proteger adequadamente a cultura nacional.

O próximo passo, em trabalho seguinte, é aprofundar o entendimento sobre como melhor proteger o conjunto de expressões culturais tradicionais e conhecimento tradicional.

REFERÊNCIAS:

[Autor Desconhecido] **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 27 de setembro de 2018.

ÁVILA, Tiago. **Biopirataria E Os Wapichana: etnografia sobre a bioprospecção e o acesso aos recursos genéticos na Amazônia brasileira**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista_estudos_pesquisas_v3_n1_2/08Biopirataria_e_os_Wapichana_Thiago_Avila.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. **Convenção Sobre Diversidade Biológica**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/conven%C3%A7%C3%A3o-da-diversidade-biol%C3%B3gica.html>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teordo Acórdão da Ação Cível Originária nº 312**. Relator: GRAU, Eros. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629999>>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

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.asp?idConteudo=352624>>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

CARBONI, Guilherme; COELHO, Daniele Maia Teixeira. **A proteção das expressões culturais tradicionais pela propriedade intelectual e sua transformação em mercadoria**. Disponível em: <<https://gcarbonicombr.files.wordpress.com/2016/08/a-protec3a7c3a3o-das-expressc3b5es-culturais-tradicionais-pela-propriedade-intelectual.pdf>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

CARBONI, Guilherme. **Direito Autoral, Diversidade das Expressões Culturais e Pluralidade de Autorias**. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40957392/Direitos_Autorais_e_Pluralidade_de_Autorias.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1538146281&Signature=YQB9g9GML4e4MX7Ev7LgZsC1DOYw%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDireito_Autoral_Diversidade_das_Expresso.pdf> Acesso em 28 de setembro de 2018.

CONSELHO de gestão do patrimônio genético. **10 anos 100ª CGEN**. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/publicacoes/patrimonio-genetico.html?download=1024:publicacao-comemorativa-do-conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico> >. Acesso em 28 de setembro de 2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 485**, de 20 de dezembro de 2006. Aprova o texto da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, celebrada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/n.n?norma=585087&cid=14360778&cidBinario=15734525&mime=application/rtf>>. Acesso em: 28 de setembro de 2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.551**, de 4 de agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 6.040**, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

FREITAS, Augusto Rodrigues de; SOUZA, Allan Rocha de. **Função Social da Propriedade Indígena e os Direitos Culturais**. Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (2017: Curitiba, PR). Disponível em: <<http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/04/xi-codaip-2017-gedai.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

RODRIGUES, Lucas de Oliveira. **Identidade cultural**. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/identidade-cultural.htm>> Acesso em 28 de setembro de 2018.

INSTITUTO do patrimônio histórico e artístico nacional (IPHAN). **Programa Nacional do Patrimônio Imaterial**. Disponível em: <http://www.pontaojongo.uff.br/sites/default/files/upload/documento_programa_nacional_do_patrimonio_imaterial.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

MOREIRA, Elaine. **Conhecimentos Tradicionais e Sua Proteção**. Disponível em: <https://www.boell.de/sites/default/files/assets/boell.de/images/download_de/ecology/Beitrag_Eliane_Moreira_portugiesisch.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

LIMA, Sabrina Ferreira. **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 27 de setembro de 2018.

PENSAMENTO verde. **Entenda o que é ecologia social e a importância de seu desenvolvimento**. 2017. Disponível em: <<https://www.pensamentoverde.com.br/economia-verde/entenda-o-que-e-ecologia-social-e-importancia-de-seu-desenvolvimento/>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

YAMADA, Erica Magami, VILLARES, Luiz Fernando. **Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo dia era dia de índio**. Disponível em: <<file:///C:/Users/Augusto/Downloads/24213-44011-1-PB.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VII Direito de Autor e Desenvolvimento e Inovação

**TÍTULO:
INTERCONEXÃO DE SISTEMAS E
SOBREPOSIÇÃO DE PROTEÇÕES DE
PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO
MARCA, DIREITO AUTORAL E DESENHO
INDUSTRIAL**

Samaira Siqueira Santos



INTERCONEXÃO DE SISTEMAS E SOBREPOSIÇÃO DE PROTEÇÕES DE PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO MARCA, DIREITO AUTORAL E DESENHO INDUSTRIAL

Samaira Siqueira Santos¹

RESUMO

O estudo sobre o campo da propriedade intelectual é laborioso e controverso, ainda mais quando provoca acaloradas discussões nas doutrinas e jurisprudências sobre os limites jurídicos das proteções de direitos de propriedade intelectual sobre a mesma criação. Considerando as situações que ocorrem interconexão de sistemas de propriedade intelectual, como por exemplo, um produto que possui mais de uma proteção distinta seja marca, desenho industrial ou direito autoral, o presente trabalho objetiva analisar a possibilidade da sobreposição de proteções. Assim, buscaremos discutir as funções das proteções do direito autoral e desenho industrial e marca refletindo quando ocorrer interconexão dos sistemas há ou não a sobreposição de direitos. Através do método dedutivo, foi analisada a bibliografia especializada no assunto, percebeu-se que a discussão ocorre em momentos distintos, da sobreposição e da interconexão. Portanto, busca-se analisar tais fenômenos conjuntamente. Há a necessidade de observar a funcionalidade de cada proteção da propriedade intelectual para que mesmo em casos de interconexão de sistemas, não ocorra sobreposição de direitos. Não é dado ao criador eleger a forma protetiva após realizada a criação seja da marca, desenho industrial ou obra autoral. O legislador não intencionou a permissão à sobreposição de direitos. Os precedentes tendem a vedar, pois se caracteriza como forma de burlar o domínio público, abuso do direito ou ato ilícito.

Palavras-chave: interconexão de sistemas; sobreposição de proteções; direito autoral.

¹ Doutoranda e mestre em Propriedade Intelectual e Inovação pela Academia de Pós-Graduação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial, GEDAI pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

INTRODUÇÃO

O estudo sobre o campo da propriedade intelectual é laborioso e controverso, ainda mais quando provoca acaloradas discussões nas doutrinas e jurisprudências sobre os limites jurídicos das proteções de direitos de propriedade intelectual sobre a mesma criação.

Fontes (2012) nos alerta sobre a noção de propriedade submetida à sua função social e que os manuais nos ensinam que a nobre função do direito é a de assegurar a coexistência pacífica do grupo humano e de harmonizar a atividade dos membros da sociedade, para assim resultar numa ordem social marcada por um equilíbrio entre interesses opostos, entre as tendências conservadoras e novas, entre autoridade e liberdade.

No âmbito da propriedade intelectual podem ser conferidos significados múltiplos à expressão “sobreposição”. Para efeito do presente artigo, vamos esclarecer através de Medeiros (2017) que sobrepor direitos de propriedade intelectual significa proteger uma mesma matéria ou objeto de um bem intelectual por diversos títulos diferentes de propriedade intelectual, isto é, sob uma mesma manifestação ou função de um bem incide mais de um monopólio legal.

Considerando as situações que ocorrem interconexão de sistemas de propriedade intelectual, como por exemplo, um produto que possui mais de uma proteção distinta seja marca, desenho industrial ou direito autoral, o presente trabalho objetiva analisar a possibilidade da sobreposição de proteções. Assim, buscaremos discutir as funções das proteções do direito autoral e desenho industrial e marca refletindo quando ocorrer interconexão dos sistemas há ou não a sobreposição de direitos.

Ocorre que inexistente discussão no Brasil e inexistente previsão legal sobre as interconexões, conforme discorre o ilustre Denis Borges Barbosa (2013, p. 05):

Uma série de sistemas jurídicos incorporaram às normas de proteção de ativos de propriedade intelectual, regras que excepcionam a exclusividade resultante da proteção, de jeito que não obstante

a tutela do ornamento persista válida e eficaz, ela não possa ser usada como impedimento para interconectar sistemas. Ou seja, os poderes da exclusividade são inoponíveis a esse tipo de uso específico.

Ao tratar de desenho industrial, ele continua a ressaltar a questão:

No diploma legislativo brasileiro há a previsão de que o direito exclusivo não pode impedir a interconexão de sistemas, quando se mostrar razoável do ponto de vista jurídico e eficiente na perspectiva econômica. Mas no capítulo próprio da norma de desenhos industriais não há uma previsão específica. (BARBOSA, 2013, p.05).

Através do método dedutivo, foi analisada a bibliografia especializada no assunto, percebeu-se que a discussão ocorre em momentos distintos, da sobreposição e da interconexão. Portanto, busca-se analisar tais fenômenos conjuntamente.

DESENVOLVIMENTO

Iniciamos a discussão caracterizando cada um dos ativos e relacionando suas funcionalidades. A Lei dos Direitos Autorais (LDA) nº 9610 de 19 de fevereiro de 1998, no Título II das obras intelectuais, capítulo I, das obras protegidas, no Artigo 7 está previsto que obras são protegidas por direito autoral:

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

- I. os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- II. as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;
- III. as obras dramáticas e dramático-musicais;
- IV. as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
- V. as composições musicais, tenham ou não letra;
- VI. as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
- VII. as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
- VIII. as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
- IX. as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
- X. os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
- XI. as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
- XII. os programas de computador;
- XIII. as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias,

dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

No artigo 122 da Lei da Propriedade Industrial nº 9279/96 (LPI) encontramos uma breve definição de marcas como dispõe: “ São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.” A respeito da conceituação de marcas e suas respectivas funções Barbosa, (2007,p.9) dispõe que:

O registro de marcas resulta na apropriação de uma expressão ou símbolo visual, extraindo do universo das potencialidades semiológicas um determinado complexo significativo, cujo uso torna-se exclusivo ao titular para determinados contextos.

Já Faria (1906, p.74) ressalta a função marcária como um diferencial que atesta a proveniência daquele produto ou serviço:

Assignalar mercadorias ou productos especiais [para] caracterizá-las por meio de um signal distincto, que possa fazer diferenciá-las entre outras da mesma especie, atestando ao consumidor a respectiva origem ou proveniência.

Sobre a função de distintividade das marcas, Miranda (1983, p.07) ressalta sobre a importância do sinal distintivo como característica principal:

A marca tem de distinguir. Se não distingue, não é sinal distintivo (...) A distinção da marca há de ser em relação às marcas registradas ou em uso, e em si-mesma; porque há marcas a que falta qualquer elemento característico, marcas que são vulgaridades notórias.

Barbosa (2007, p.03) complementa que a marca evidencia interesses jurídicos, amplia os consumidores através da comunicação e memorização, contribuindo em grande parte para o sucesso comercial:

Os signos distintivos não são tidos pela doutrina como nomes mágicos à toa. Tais bens tangenciam interesses juridicamente relevantes, facilitam o aspecto comunicacional, atraem consumidores, permitem a memorização de experiências, e, dependendo do tráfego econômico e êxito empresarial envolvido, podem compor um dos ativos mais relevantes do aviamento.

No art. 95 da LPI encontramos a definição de desenho industrial, o qual leva em consideração as características do produto, sua configuração externa, contorno, aparência e visibilidade exterior. Sendo necessário ser novo e possuir caráter singular:

LPI: 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.

Sobre a discussão entre a abrangência do desenho industrial e do design, Silveira (2012, p. 11-26) esclarece que o desenho industrial é apenas uma parte do que pode estar contido no design :

Design é mais abrangente que desenho industrial, não se imitando a formas de produtos industriais, mas à arte aplicada, ao artesanato, mobiliário, moda, marketing e, até, branding (...). Ao lado de suas aptidões no campo da técnica, o homem desenvolveu, concomitantemente, o seu sentimento estético. Pode-se dizer que a arte não é senão uma resultante natural do organismo humano, que é constituído de modo a experimentar um prazer singular em certas combinações de formas, de linhas, de cores, de movimentos, de sons, de ritmos, de imagens.

Silveira (2012, p. 70) define desenho industrial, e ressalta a importância de não se proteger a forma técnica, visto que estaria abarcada pela proteção de patente de modelo de utilidade:

(...) Os modelos e desenhos industriais, na forma do Código da Propriedade Industrial(...), se reduzem a objetos de caráter meramente ornamental, objetos de gosto, como se dizia no passado. (...) Tal forma, entretanto, deve achar-se desvinculada da função técnica, isto é, não pode consistir em forma necessária para que o produto preencha a sua finalidade, hipótese em que seria o caso de um modelo de utilidade.

Em julgado proferido pelo TRF-2 (2009) encontramos a discussão que abrange as diferenças entre desenho industrial e modelo de utilidade:

Pode consistir o desenho em elementos tridimensionais, como a forma ou a textura de um objeto, ou bidimensionais, como os

motivos, as linhas ou a cor. É, portanto, o design que torna o produto atraente esteticamente, acrescentando-lhe poder de sedução, o que resulta em maior valor comercial ao produto” (...) “interessante notar que o que diferencia o desenho industrial do modelo de utilidade é que naquele a nova forma é meramente ornamental, enquanto no segundo a forma é utilitária.

Sobre o grau inovativo que deve conter o desenho industrial passível de proteção, houve entendimento do TRF-2 (2013) no seguinte sentido :

A aquisição de direitos sob a proteção de desenho industrial não pode advir de meras alterações / modificações de um produto em suas formas já inseridas no estado da técnica, mas sim, decorrer de um determinado grau de inventividade estética capaz de conferir visual inovador ao objeto, quando comparada a produtos similares.

A respeito da função estética do desenho industrial, houve entendimento por desembargadores do TRF-2 (2009b) que a forma do produto é de relevante importância no meio comercial, portanto esta proteção deve ser bem observada :

Fácil é compreender que desenho industrial, portanto, está relacionado ao apelo “estético” que o objeto representa junto ao consumidor, e esse aspecto estético é utilizado para evocar no consumidor questões de natureza até subconscientes ou inconscientes mesmo, ou seja, faz travar um “diálogo” com esse consumidor, suscitando-lhe reações de diversas ordens psicoemocionais. A forma como o objeto se comunica com o consumidor, esse diálogo é que vai ser decisivo a que o consumidor decida levar aquele objeto para casa ou deixá-lo na prateleira do estabelecimento comercial - sobretudo se o produto não reclamar outras considerações de ordem técnico-funcional preponderantes.

Todos os direitos de exclusividade advindos da propriedade intelectual laboram com o sinalagma entre o contributo mínimo de um sujeito, e a percepção da tutela Estatal. Direito Autoral: proteção pressupõe originalidade, criações do espírito; desenho industrial: pressupõe novidade e originalidade; marca: pressupõe distintividade.

Abaixo um quadro elaborado pelo respeitável jurista Dr. Pedro Marcos Nunes Barbosa, no qual compara as características dos três

sistemas em questão, quanto ao sistema atributivo, prazo patrimonial, prazo existencial, função, incidência, relevância da novidade objetiva e obrigação de resultado:

Características	Marcas	Desenhos Industriais	Direitos Autorais
Burocracia do Sistema Atributivo	Sim	Sim	Não
Prazo Patrimonial	Sim/Prorrogável/ 10 anos	Sim/Prorrogável/At é 25 anos	Sim/Improrrogável/ 70 anos p.m.
Prazo existencial	Não observado como regra/Não.	Não observado como regra/Não	Não
Fito	Comunicacional	Ornamental com parcela utilitária	Puramente Estética
Incidência	Nomes, Figuras, Teor Misto	Cores, desenhos com emprego pragmático, linhas	Criações subjetivas sobre as transformações humanas.
Relevância da Novidade objetiva	Não	Sim	Não
Obrigação de resultado	Sim	Sim	Sim

Fonte: Elaborado por Pedro Marcos Nunes Barbosa em 2018, aula da ABAPI, Rio de Janeiro.

Da sobreposição de direitos

Conforme bem abordado por Medeiros (2017), em sua tese de doutorado, o escopo de proteção de direitos de propriedade intelectual se aproxima, fazendo-se necessário uma observância de cada aspecto de funcionalidade de cada sistema, afim de evitar eventuais sobreposições. Porém, se houver, estas serão exceções, devendo ser cada qual considerada individualmente:

Observa-se que, cada vez mais, o escopo de proteção de um direito encontra-se muito próximo do escopo de proteção de um outro direito, tornando complexa a interface entre eles, o que desafia a concepção tradicionalista da propriedade intelectual e o equilíbrio existente no sistema. Dentre as consequências diretas desse fenômeno encontra-se a sobreposição de direitos de pro-

priedade intelectual, problema que ultrapassa a simples questão de categorizar determinado objeto de um bem intelectual num regime específico de proteção.

(...) A expressão matéria ou objeto significa a manifestação que irá atrair a proteção, que não se confunde com a matéria no tocante à intangibilidade do bem - a função ou a matéria pertinente à qual a proteção por um direito de propriedade intelectual é atrelada - ou com o produto ou objeto econômico singular que será comercializado. Se um objeto possui diversas manifestações e cada uma delas atrair um tipo diverso de direito de propriedade intelectual, não existe sobreposição. No entanto, se uma única manifestação de um objeto atrair direitos de propriedade intelectual diversos há sobreposição.

(...) É necessário dispor que a sobreposição como tal é a exceção no sistema. A regra universalmente aceita é a de que podem existir proteções concorrentes, em que vários direitos de propriedade intelectual coexistam num mesmo produto. Isso porque, os diferentes regimes podem assumir como objetos aspectos distintos do produto.

(...) Nada impede que um mesmo bem tangível seja formado por diversas criações intangíveis, que, por sua vez, podem ser protegidas por toda sorte de direitos de propriedade intelectual. Nessa situação, cada criação intelectual corresponde a um tipo individual do sistema de propriedade intelectual.

Percebemos que o intuito legislativo é proibitivo de sobreposição de marcas, conforme encontramos no artigo 124 da LPI, inciso VII, o empecilho ao registro de: “sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda”. Essa proibição legal tem dois principais aspectos: impedir a sobreposição de tutela e não desviar o foco do objeto marcário.

Nos incisos seguintes encontramos outras vedações, tais como dispõe o inciso VIII: “cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo”. Já o inciso XVII, proíbe de ser protegível como marca “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”. Tal impedimento também evita que terceiros se usufruam de labor alheio.

Já o inciso XX do art. 124, proíbe a dualidade de marcas de um só titular para o mesmo produto ou serviço “ salvo quando, no caso de marcas de mesma natureza, se revestirem de suficiente forma distintiva ”. O inciso XXII, proíbe a proteção por marcas do objeto que estiver protegido por registro de desenho industrial de terceiro. A propriedade industrial não visa a sobreposição de tutela. Especialmente para as marcas tridimensionais, tal violação pode ocorrer.

Sobre as proteções abrangidas pelo direito autoral e a propriedade intelectual, discorre Cerqueira (2012, p. 37.) sobre os aspectos a serem considerados em cada tipo de proteção. Entende o autor que não são confundíveis entre si, apenas possuem certa afinidade pelo fato de se tratarem de criações de cunho artístico:

As obras literárias e científicas, as composições musicais, coreográficas ou teatrais, bem como as de arquitetura, por exemplo, são inconfundíveis, sob tal aspecto, com as invenções e os desenhos e modelos industriais. Apenas entre as obras de arte plástica e os desenhos e modelos industriais há certa afinidade, resultante do cunho artístico destas criações e do fato de se caracterizarem, também, como criações de forma. Daí entenderem alguns autores que, entre a propriedade literária, científica e artística e a propriedade industrial, existe como que uma zona grigia, onde elas se fundem. Sem dúvida, parece haver entre a propriedade artística e a propriedade industrial uma zona intermediária, onde se situam as criações que participam, ao mesmo tempo, da natureza das obras de arte e dos característicos das produções industriais, como se dá com os desenhos e modelos industriais, não se podendo saber, como dizem alguns escritores, onde finda a arte e começa a indústria.

Já Silveira (2012, p. 19) aborda sobre a “zona gris” existente entre as proteções dos direitos intelectuais e autorais no que diz respeito a criações que se enquadram em ambas categoriais:

A dicotomia entre os direitos de Propriedade Industrial e os Direitos de Autor, os primeiros tradicionalmente enquadrados como ramo do Direito Comercial e os segundos como disciplina do Direito Civil, traz ao jurista motivo de perplexidade ao se defrontar com certas criações que parecem querer fugir do rígido

enquadramento, vacilando seu campo de incidência e sugerindo a existência de uma terceira categoria de direitos que comporiam uma zona gris de proteção a criações que alcançam de forma ambivalente, tanto a forma quanto a função.

Forgioni (2010, p.342) reforça a ideia da sobreposição ser tratada como exceção tendo em vista a direito a livre concorrência, de forma a evitar o aumento de monopólios de forma injustificável:

Exatamente porque constituem “garantia de monopólios”, restringindo a livre-iniciativa, os direitos de propriedade industrial devem ser encarados como exceção. A interpretação que a eles se dá será restritiva e não extensiva. E mais: o direito da propriedade intelectual (e as exclusividades por ele garantidas) deve ser interpretado em consonância com direito concorrencial.

A respeito da sobreposição Vs. ato jurídico em sentido estrito: especialidade das tutelas, Barbosa (2011, p. 50-51) entende haver uma divisão constitucional entre as tutelas por haver interesses jurídicos distintos:

Há uma repartição constitucional de proteções de Propriedade Intelectual que separa, segundo diferentes balanceamentos de interesse jurídicos, os objetos funcionais e os índices de origem, para lhes atribuir tipos diferentes de direitos de exclusividade. Assim, em princípio nunca um objeto funcional será protegido como marca. Com efeito, a Constituição de 1988 provê uma solução de equilíbrio para cada falha de mercado específica: direitos de exclusiva temporários, em certos casos (patentes, direitos autorais); direitos sem prazo, em outros casos (marcas) (...) Alvitra-se, assim a aplicabilidade ao caso do chamado “princípio da especialidade das proteções”. Tal princípio poderia ser assim expresso: **Cada direito de propriedade intelectual terá a proteção adequada a seu desenho constitucional e ao equilíbrio ponderado dos interesses aplicáveis, respeitado a regra de que só se pode apropriar o que não está no domínio comum.**(grifo nosso)

Da interconexão de direitos

Sobre a interconexão de direitos, mais especificamente sobre as interconexões envolvendo desenhos industriais (DI), o advogado e

professor Carlos Devesa (2014, p. 289)² discorre sobre as formas dos produtos que são protegidos por DI, as quais não podem impedir a comercialização de produtos que sejam adaptáveis a elas:

A exclusão do registro de desenho industrial de interconexões nem as características de aparência de um produto que deve necessariamente ser reproduzido, em sua forma e dimensões preciso, para permitir a interconexão de objetos, embora essa forma e dimensões exatas ser arbitrária.

A este respeito, o Art. 8.2 do RDMC dispõe: “Não pode ser reconhecido um desenho comunitário nas características de aparência de um produto que devem necessariamente ser

2 A referida citação foi traduzida pela autora. A citação original é

“*EL DISEÑO DE INTERCONEXIONES*”

1. La exclusión registral del diseño de interconexiones:

Tampoco pueden registrarse como modelos las características de apariencia de un producto que tengan que ser necesariamente reproducidas, en su forma y dimensiones exactas, para permitir la interconexión de objetos, aunque esa forma y dimensiones exactas sean arbitrarias.

A este respecto, el Art. 8.2 del RDMC dispone: “No podrá reconocerse un dibujo o modelo comunitario en las características de apariencia de un producto que hayan de ser necesariamente reproducidas en su forma y dimensiones exactas a fin de que el producto en el que el dibujo o modelo se incorpore o se aplique pueda ser conectado mecánicamente a un producto colocado en el interior o alrededor de un producto adosado a otro producto, de manera que cada uno de ellos pueda desempeñar su función”.

La finalidad de este precepto se plasma en la Exposición de Motivos del RDMC: preservar la interoperabilidad de productos de diferentes fabricantes. De esta manera se evita que un empresario ostente un monopolio sobre el producto, al que pretende incorporar el diseño, fomentándose la libre competencia.

La propia Comisión Europea ha reconocido que para garantizar la interoperabilidad y la competencia en el mercado de los repuestos de una amplia gama de artículos domésticos, artículos de motor, bienes de consumo electrónicos, etc., no se puede extender la protección de aquellas características del diseño, cuya forma y dimensiones exactas tienen que reproducirse obligatoriamente para hacer posible la integración de la pieza en el producto complejo, al que va destinada.

Evidentemente, las restantes características de las piezas del modelo en las que el autor del mismo pueda expresarse libremente, podrían gozar de protección si cumplen los correspondientes requisitos.”

reproduzidos em sua forma e dimensões exatas para que o produto no qual o design é incorporado ou aplicado pode ser conectado mecanicamente a um produto colocado dentro ou ao redor de um produto para outro produto, para que cada um deles possa desempenhar o seu papel “.

O objetivo deste preceito é expresso na Declaração de Motivos do RDMC: preservar a interoperabilidade de produtos de diferentes fabricantes. Desta maneira impede um empresário de ter o monopólio do produto, que ele pretende incorporar o design, promovendo a livre concorrência.

A própria Comissão Europeia reconheceu que, para garantir a interoperabilidade e concorrência no mercado de pós-venda de uma vasta gama de utensílios domésticos, artigos de motor, bens de consumo eletrônicos, etc., a proteção não pode ser estendida dessas características do desenho, cuja forma e e dimensões exatas devem ser reproduzido obrigatoriamente para possibilitar a integração da peça no produto complexo, ao qual está destinado.

Obviamente, as características remanescentes das partes do modelo em que o autor pode expressar-se livremente, pode gozar de proteção se cumprir o requisitos correspondentes.

Barbosa (2013) explica como o direito brasileiro protege as criações ornamentais de produtos, pontuando as exigências para que as partes de um produto sejam suscetíveis de proteção por desenho industrial:

1. sempre que tal produto seja composto de múltiplos componentes substituíveis, que possam ser desmontados e remontados; provavelmente tal fórmula compreenderá a exigência de que as partes sejam fabricadas separadamente, mas valeria acrescer
2. que as partes sejam disponíveis ao público separadamente. Cabe exigir ainda
3. que cada parte desempenhe uma função visível (daí, ornamental ou potencialmente ornamental) quando

remontada no produto complexo;

4. E que, cada uma de tais partes satisfaça, por si só, todos os requisitos legais para proteção separada.

Considerando todas as exigências levantadas para cada proteção, nos cabe refletir se nos casos de interconexão, ou seja, quando um produto está protegido por mais de um ativo de propriedade intelectual, ou por um mesmo ativo de titularidade distinta, é possível haver sobreposição de direitos?

Ainda, para reflexão, é possível por exemplo, um produto que seja protegido por marca tridimensional, desenho industrial e direito autoral? Expirada a menor proteção, o titular poderia fazer o uso das proteções mais abrangentes afim de seguir com seu monopólio sobre aquela forma?

A nosso ver, a sobreposição não merece prosperar em casos de interconexão. Como discutido na seção anterior, a sobreposição é a exceção, porém, quando ocorre a interconexão, exemplo, peças de um produto que são protegidas por titulares distintos, aquele que obteve sua proteção expirada, não pode fazer o uso de uma proteção maior, que venha a se sobrepor sob a proteção do concorrente, pois assim, estaria abrindo a possibilidade para abuso do direito.

Essa discussão é relevante pelo fato de que um produto pode conter peças que são protegidas individualmente, se o detentor da titularidade for o mesmo, pode acontecer de uma situação assim criar uma espécie de monopólio. Porém, no caso de titularidade distinta, uma proteção maior poderia ser uma alternativa para aquele detentor da proteção expirada. Por isso, em casos de interconexão de sistemas, deve-se observar atentamente qual o limite de cada proteção.

Com relação a situação de um mesmo produto ser protegível por marca tridimensional e desenho industrial, deve-se considerar a finalidade de cada proteção. Visto que enquanto a finalidade do primeiro é garantir a distintividade sobre aquele produto cuja forma deva ser não funcional, o objetivo da segunda proteção é proteger a forma plástica e ornamental do objeto. Porém, como a marca tridimensional pode ser renovada quantas

vezes o titular desejar, enquanto o desenho industrial tem sua proteção limitada no tempo, a marca vem a ser a mais utilizada em situações que pode-se pedir ambas proteções para um mesmo produto.

Sobre esta questão envolvendo marca e desenho industrial e o prazo de vigência de ambas, explicita Barbosa (2006, p, 296):

Quanto à identificação entre o objeto de desenho industrial e o de marca, tem-se uma objeção constitucional. O sistema de proteção aos desenhos industriais, como visto no capítulo dedicado às patentes, está sujeito ao cânone constitucional da temporariedade. Não se vê como conciliar a perenidade do objeto marcário e a temporariedade do objeto de desenho industrial, quando são ambos a mesma coisa. Assim, impossível a proteção por marca da forma, ainda que não necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou ainda que possa ser dissociada de efeito técnico.

A respeito da discussão entre as proteções de direito autoral e marca, por exemplo, Barbosa (2006, p.294) esclarece que não pode haver confusão entre ambas, pois não pode haver duas proteções incidentes sobre um mesmo objeto, ou seja, neste caso não podemos falar em interconexão, no máximo haveria uma sobreposição em alguns casos:

É de se entender que a proteção ao direito autoral pode-se somar à do direito de propriedade industrial; mas não podem conflitar uma e outra, que a lógica repele a coexistência de duas exclusividades excludentes sobre o mesmo objeto. Não pode integrar marca um desenho artístico, um nome, personagem ou texto de terceiros, salvo autorização, desde que haja possibilidade de proteção por direito autoral. Tal irregistrabilidade tem de ser tratada, porém, de forma restritiva, ao menos na instância administrativa, só se curvando a autoridade à evidência inofismável de direito exclusivo da autoria; o registro da obra na forma da lei autoral não é elemento conclusivo de existência ou titularidade do direito.

Ou seja, em situações que podem ocorrer a aplicação simultânea das normas que regem o direito da propriedade industrial e o direito autoral, a aplicação de um direito acaba por excluir o outro, e ainda, ao se considerar as finalidades e consequências das proteções, pode-se ocorrer conflitos entre direitos morais do autor, por exemplo, e os direitos patrimoniais do responsável legal da empresa que comercializa o produto ou serviço assinalado pela marca em litígio.

CONCLUSÃO

Há a necessidade de observar a funcionalidade de cada proteção da propriedade intelectual para que mesmo em casos de interconexão de sistemas, não ocorra sobreposição de direitos.

Não é dado ao criador eleger a forma protetiva após realizada a criação seja da marca, desenho industrial ou obra autoral. O legislador não intencionou a permissão à sobreposição de direitos. Os precedentes tendem a vedar, pois se caracteriza como forma de burlar o domínio público, abuso do direito ou ato ilícito.

Casos em que há a interconexão dos sistemas, deve se analisar as funcionalidades separadamente. Percebe-se que necessita de mais estudo na área a fim de consolidar entendimento sobre as questões levantadas. Por ora concluímos e reconhecemos a complementariedade da atuação do direito concorrencial aos direitos de PI, não compartilhamos da ideia de que um deva ser soberano ao outro.

É fundamental a composição destes direitos no cenário econômico atual por entender que os interesses tutelados pelo direito da concorrência são compatíveis com os objetivos do sistema de proteção à propriedade intelectual. Percebemos insuficiência doutrinária na seara da propriedade intelectual e diversas lacunas normativas devem ser supridas pelo regime jurídico comum, derivado do Direito Civil.

O sistema constitucional não prevê o elemento subjetivo da propriedade, então, o elemento essencial ao cumprimento da função social será o uso considerável do elemento em questão que se busca proteger. Cada sistema de propriedade intelectual possui requisitos e funções próprias., distintas entre si.

A revolução científica trouxe novos padrões, visões e concepções para a economia, a cultura e o direito. É uma tarefa árdua regular uma realidade dinâmica, em constante mutação, porque as novas realizações tecnológicas, ao criarem oportunidades para novos agentes, representam também ameaça aos velhos modelos de negócio. Assim, experimenta-se

no campo da regulação, inclusive da propriedade intelectual, uma luta para manutenção dos padrões já consolidados, que se relacionam, em sua maioria, com os avanços do período industrial.

A propriedade intelectual recai sobre uma propriedade privada temporária, garantida pelo Estado, para aquele que cria uma obra técnica ou estética, de modo que possa usufruir exclusivamente de tal obra durante o prazo de proteção, desde que respeite determinados balizamentos legais.

A propriedade intelectual estrutura-se como um direito de propriedade: é um direito que pode ser imposto contra todos, que consiste em usar, gozar e dispor da coisa e incide sobre um bem. Porém, sobressaem-se as características de imaterialidade e temporalidade dessa propriedade, cuja consequência é uma relação de posse diferente da propriedade física e muito mais limitada por uma função.

O ato de criação em si já é um pressuposto da propriedade, porém as tentativas de explorar economicamente um bem imaterial fora do pensamento proprietário é ineficiente, já que economicamente, a propriedade intelectual é justificada para corrigir essa falha de mercado e recuperar os custos de criação.

Os direitos relativos à propriedade intelectual, somente permanecerão enquanto ampliar o bem-estar da população, impulsionando a criatividade e inovação tecnológica, proporcionado pela possibilidade que o criador ter de retorno dos custos do investimento quando do gozo dos direitos que é titular.

Criação, criador, propriedade intelectual, bem-estar social, usuários/sociedade, numa perspectiva utilitarista e econômica de propriedade intelectual carecem de estudos numa visão pluralista e de interesse coletivo do direito concorrencial.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Corrigindo as potenciais disfunções do sistema de proteção de desenho industrial**, 2013.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Um Ensaio Sobre a Natureza Jurídica do Nome de Empresa**. RABPI nº 128, Jan/Fev 2014 Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARBOSA, Denis Borges. **O fator semiológico na construção do signo marcário**. Tese (Doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

BRASIL, **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em 03/10/2018.

BRASIL, **Lei nº 9610, 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/19610.htm. Acesso em 03/10/2018.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Volume I - Da propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 37.

_____. **Da Tecnologia à Cultura**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Do direito de marcas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DEVESA, Carlos Lema. **El diseño dictado por la función técnica y el diseño de interconexiones**. Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Año X - N.º 10. Lima, 2014.

FARIA, Antônio Bento de. **Marcas de fábrica e de comércio e do nome comercial**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1906.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p.342.

FONTES, André R.C. Prefácio. In: BOCCHINO, Leslie de O. *et al.* **Publicações da Escola da AGU: Propriedade Intelectual: conceitos e procedimentos**. v. 2. Escola de Advocacia Geral da União Ministro Victor Nunes Leal- Ano IV n.14, Brasília: EAGU-jan-2012. ISSN 2136-1374.

GUSMÃO, José Roberto. **Desenhos Industriais**. Capítulo 20.4. In: Tratado de Direito Comercial – vol. 06. Saraiva, 2015.

MEDEIROS, Heloisa Gomes. **Asobreposição de direitos de propriedade intelectual no software: coexistência entre direito de autor e patente na sociedade informacional**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, Tomo XVII. 4ª Edição, 2ª Tiragem, São Paulo: RT, 1983.

SILVEIRA, Newton. **Direito de autor no design**. 2ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2012.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Des. Liliane Roriz, AC 2004.51.01.506176-3, DJ 26.02.2009.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, Des. Paulo Cesar Espírito Santo, AC 2009.51.01.806933-3, DJ 11.04.2013

Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, JC. Márcia Helena Nunes, AC 2008.51.01.805451-9, DJ 25.09.2009.b



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VII Direito de Autor e Desenvolvimento e Inovação

TÍTULO:

**Moda e Impressão 3D: um novo
paradigma?**

**Fashion and 3D Printing: a new
paradigma?**

**Maria Victória Rocha
Marcos Wachowicz**



MODA E IMPRESSÃO 3D: UM NOVO PARADIGMA? FASHION AND 3D PRINTING: A NEW PARADIGMA?

Maria Victória Rocha*

Marcos Wachowicz**

A impressão 3D é a máquina de costura do Século XXI

ABSTRACT

Fashion articles are largely copied by knockoffs and make alike industries, leading fashion originals industry to lose money. The fashion industry is constantly adapting itself to imitation and piracy. Copy affects high fashion industries. Fast fashion companies that make knockoffs, even before the original designs are sold, are most benefited by the practice, often hurting small highly qualified designers that don't have ways to react. Also, fast fashion copying of original designers led these to lose money, and, in order to protect their designs, to use trademarks in the design, thus leading to less creativity, to sell bridge lines, to immediacy selling, and to create their own outlets. But copying is not only bottom up, the *haute couture maisons* copy from one another to define trends. Trend forecasting agencies are essential to reduce the risks of fashion lottery, in all companies, both of high fashion and fast fashion.

Fashion goods may be protected by Copyright, Models and Designs, Trademarks and Other Distinctive Signs, Patents and Utility Models, Rules Against Unfair Competition, E-commerce, Domain, Names, Advertising Law, and by the *sui generis* right of Producer of Data Bases. There may also be overlapping of protections. Nevertheless, piracy rules in what concerns fashion.

3D Printing entered the fashion world late, as compared to other areas, because the technology and materials were not suitable for the fashion world, lacking flexibility, but once it entered the fashion industry it is changing the way this industry functions, leading to a new model. With this new way of producing and distributing several questions emerge, many of them related to Intellectual Property.

Our aim in this work is to see what how 3D printing as the power to transform the fashion industry and raise a few questions, especially regarding intellectual property piracy, that can be much stronger than what already happens.

Key-Words: Fashion; Fashion Law, Copyright; Industrial Property; Patents; Utility Models; Designs; Models; Trademarks; Logos; Unfair Competition; Advertising; Piracy; 3D Printing.

Palavras-chave: Moda; Lei da Moda; Direito de Autor; Propriedade Industrial; Patentes; Modelos de Utilidade; Modelos e Desenhos; Marcas; Logótipos; Concorrência Desleal; Publicidade; Pirataria; Impressão 3D.

Sumário: 1. A moda como objecto de protecção pelo Direito de Autor e pela Propriedade Industrial: noções gerais. 2. Impressão 3D. 3. A protecção da moda pela Propriedade Intelectual. 3.1. Moda e Direito de Autor. 3.2. Moda e Propriedade Industrial. 3.2.1. Patentes e Modelos de Utilidade. 3.2.2. Modelos e Desenhos. 3.2.3. Marcas. 3.2.4. Outros Sinais Distintivos. 4. Comércio Electrónico e Tutela dos Nomes de Domínio. 5. Regras Contra a Concorrência Desleal. 6. Direito da Publicidade. 7. Tutela do Direito *sui generis* do Fabricante das Bases de Dados. 8. Incidência da pirataria na moda. 9. A Mudança na Indústria da Moda causada pela Impressão 3D. 10. A Impressão 3D Potencia o Aumento da Pirataria na Indústria da Moda. 11. Conclusões.

Summary: 1. Fashion as subject of protection by Copyright and by Industrial Property: general approach. 2. 3D Printing. 3. The protection of Fashion by Intellectual Property. 3.1. Fashion and Copyright. 3.2. Fashion and Industrial Property. 3.2.1. Patents and Utility Models. 3.2.2. Design. 3.2.3. Trademarks. 3.2.4. Other Distinctive Signs. 4. E-commerce and protection of Domain Names. 5. Rules against Unfair Competition. 6. Advertising Law. 7. Protection of the *sui generis* Right of the Manufacturer of Data Bases. 8. Piracy in Fashion. 9. Changes in Fashion Industry Caused by 3D Printing. 10. 3D Printing Enhances Piracy in the Fashion Industry. 11. Conclusions.

1. A moda como objecto de protecção pelo Direito de Autor e pela Propriedade Industrial: noções gerais

Antes de mais, cabe esclarecer que o nosso estudo apenas se dirige à moda em sentido estrito, enquanto indústria da moda ligada ao vestuário, calçado, carteiras e acessórios. Não entraremos na moda em outros sectores de actividade, e muito menos na moda em sentido mais amplo, enquanto comportamento mutável, nas mais diversas áreas da vida em sociedade, quer de um ponto de vista diacrónico, quer de um ponto de vista sincrónico. Para pegarmos num exemplo deste sentido amplo, pense-se nos hábitos existentes na era pré-digital quando comparados com os comportamentos advindos com a digitalização, o surgimento e expansão da *Internet*, dos telemóveis, etc.¹ Vamos também restringir-nos à moda no sector do

¹ *Docente da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, e membro do Católica Research Centre for the Future of Law - Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID). E-mail: virocha@porto.ucp.pt e victoriarocha@netcabo.pt . A autora optou por não escrever ao abrigo do novo acordo ortográfico.

** Professor de Direito no Programa de Graduação da Universidade Federal do Paraná - UFPR e professor do Programa de Pós-Graduação - PPGD da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa - PORTUGAL. Professor de Propriedade Intelectual no Instituto de Direito de Informação, Telecomunicações e Media - ITM na Universidade de Münster - ALEMANHA. Docente do curso de políticas públicas e propriedade intelectual do Programa de Mestrado em Propriedade Intelectual na modalidade a distância na Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais - FLACSO / ARGENTINA. Professor visitante na Universidade de Valência - ESPANHA (2015). Atualmente, é coordenador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Direito Industrial (GEDAI / UFPR) vinculado ao CNPq. Este estudo foi financiado em parte pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). E-mail: marcos.wachowicz@gmail.com

Vejam-se os vários conceitos de moda no Dicionário da Língua Portuguesa, Academia das Ciências de Lisboa e Fundação Calouste Gulbenkian, II Vol., G-Z, Lisboa, Verbo, 2001. Desenvolvidamente, sobre a história da moda, <https://pt.wikipedia.org/wiki/Moda> (último acesso em 30.05.2017); CRANE, D., *Fashion and its Social Agendas: Class, Gender and Identity Clothing*, University of Chicago Press, Chicago, p.11 ss.; PALMA, C., *La contraffazione del marchio nell'abbigliamento e negli accessori*, Tese de Doutoramento, 2014, <http://www.studiotorta.it/premio/pdf/tesi2015/tesi/2014CristinaPalmaLacontraffazioneedelmarchionellabbigliamentoenegliaccessori.pdf> (último acesso em 09.06.2017), pp. 11-13; RAUSTIALA, K. e SPRIGMAN, C., *The Knockoff Economy, how imitation sparks innovation*, Oxford, Oxford University Press, 2012, Capítulo I, pp. 22-27; WILSON, E., *Adorned in Dreams: Fashion and Modernity*, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey, I.B.Taurus, London, 2003, pp. 16-46; SCAFIDI, S., *Fashion Law: Diseñando una nueva disciplina BELLO*, KNOLL,S.I., ECHEVARRIA, P,

SCAFIDI, S. (coord), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2015, pp. 17-26.

O termo moda, em sentido estrito, provém do termo francês *mode*, aparecido em torno de 1482 ligado directamente ao vestuário. Historicamente, o nascimento da moda remonta ao período de Luís XIV de França. A corte real da época, reunida em Versalhes, representou o principal centro de nascimento e de difusão de novos modelos. Atribui-se ao alfaiate inglês, que se transferiu para Paris, Charles Frederick Worth, a origem da alta-costura e mesmo a invenção da moda, com as características que lhe são próprias de sazonalidade, exigência de oferta de novas tendências, para satisfação do consumidor.

Tradicionalmente o vestuário era feito à mão. A invenção da máquina de costura, em meados do século XIX, foi essencial para a passagem do “feito à medida” (*taylor made*) para o pronto-a-vestir (*ready-to-wear*). Na sequência da Revolução Industrial dá-se a “democratização” da moda. O que era privilégio de poucos passa a poder ser usado pela generalidade. No decurso do século XX o vestuário feito à mão tendeu progressivamente a desaparecer e hoje, com raras excepções, que representam pequenos nichos de mercado, o pronto-a-vestir domina completamente a indústria da moda. Nos EUA, em 1911, já havia uma indústria florescente em Nova Iorque, que cresceu com a Primeira Guerra Mundial, porque não havia possibilidade de ir a Paris procurar as últimas tendências. Designers Americanos como Clarie McCardell, tornaram-se sensação. Com a grande depressão havia fortes restrições relativamente às peças importadas. Aquando da segunda guerra mundial os EUA já tinham um importante papel na indústria da moda, como cada vez mais marcas internacionais, fábricas de pronto-a-vestir e custos mais baixos.

Para os bens de luxo, no entanto, pouco tinha mudado em meados do século XX. Nos primeiros anos do pós-guerra, Paris manteve-se como o centro da alta-costura para senhoras, enquanto para os homens era Londres (Savile Row Jermyn Street). Com a recuperação da economia, nos anos 50, as empresas italianas e americanas cada vez mais começaram a competir com França, tanto na alta-costura como no pronto-a-vestir. Pierre Cardin foi um dos estilistas que cedo percebeu o fenómeno, concedendo licenças a diversas empresas, que podiam fabricar mas sempre com a sua marca, à época de grande prestígio. A época do pós-guerra foi de contínua diversificação e crescimento para a indústria da moda nos EUA. Nos anos 50 surgem estilistas como Bill Bass; e nos anos 60 Halsto, nos anos 70 Ralph Lauren e Diana von Furstenberg. Nos anos 70 a moda começou a tornar-se verdadeiramente global. Pontos de venda de boutiques com marcas de topo foram abrindo em vários países, com recurso a licenças, com particular destaque para os países Árabes ricos em petróleo.

Nos anos 80 e 90 a indústria da moda continuou a sua globalização. Itália teve um papel fundamental, com empresas como Gucci, Giorgio Armani, Versace, Prada, Valentino. O Japão entrou em força no mercado com estilistas como Rei Kawakubo ou Issey Miyiake. Com a queda do muro de Berlim e o fim do comunismo na Rússia, o país torna-se um importante mercado com muito dinheiro.

Cada vez o público é mais atraído pela moda de diversos países, com as passagens de modelos top em Paris, Milão, Roma ou Nova Iorque (designadas *fashion weeks*). O boom económico dos anos 90 criou milhões de novos consumidores com especial apetência para bens de luxo de pronto-a-vestir. Em meados dos anos 90, a moderna concepção de indústria da moda está instalada com grandes fábricas e grupos empresariais, que vão substituindo os ateliers e as empresas familiares, com marcas protegidas e concedendo

vestuário e acessórios.

A indústria da moda é global, embora os locais criativos de onde surgem as tendências da moda sejam a Europa e os EUA, logo seguidos do Japão. Em Paris, Milão, Londres, Nova Iorque, Los Angeles e Tóquio há uma grande concentração de estilistas e de retalhistas, assim como as casas mãe dos maiores produtores de moda. São as casas de alta-costura, como Gucci, Prada, Armani, Ralph Lauren, Chanel, Balenciaga, Calvin Klein, Kenzo, Diane von Furstenberg, entre outras, que continuamente criam novas colecções mostradas sazonalmente nos grandes desfiles de moda, onde são apresentadas as colecções de Outono/Inverno e Primavera/Verão para o ano seguinte. Por exemplo, as colecções de Outono/Inverno do ano seguinte têm lugar em Fevereiro/Março, e desfiles em Nova Iorque, Londres, Milão e Paris. As colecções de Primavera/Verão do ano seguinte têm lugar em Setembro/Outubro, em desfiles de moda

licenças um pouco por todo o mundo (pense-se no Grupo Financiaro Tessile (GTF), na Louis Vuitton - Moët Hennessy (LVMN) e na Pinauld - Printemps - La Redoute (PPR). Ao mesmo tempo começa a surgir outro mercado da moda, o chamado mercado da fast-fashion. No fim do século XX, com a crescente diminuição de tarifas alfandegárias e de custos de transporte passa a recorrer-se a mão-de-obra barata como a China ou o Bangladesh, que produzem a preços incrivelmente baixos. Os retalhistas da fast-fashion passam a recorrer a esta cadeia global de produção, com artigos baratos mas com muito design. Estão neste mercado, por exemplo a gigante empresa galega ZARA, a inglesa Topshop, a H&M, fundada na Suécia em 1947, a americana, de Los Angeles, Forever 21. Estas, outras empresas do mesmo género, produzem a um ritmo muito acelerado cópias ou peças inspiradas nas tendências da alta-costura a preços muito mais baixos (estamos perante os fenómenos das look alike, knockoff, que desenvolveremos no corpo do artigo). A digitalização e o advento da Internet fizeram convergir o mercado físico e o mercado online. Hoje o e-commerce é fundamental também no domínio da moda, permitindo comprar sem sair de casa peças de todo o mundo. As empresas de moda, em geral, têm uma página web, com possibilidade de compra online; outras optam por ter Facebook, ou as duas em simultâneo. Há também grandes cadeias de intermediários que nos permitem o acesso a peças de marcas, sobretudo de alta-costura, com quase todos, senão todos, os grandes estilistas mundiais. A título de exemplo, veja-se a italiana yoox.com. ou a portuguesa farfetch.com. Há ainda as múltiplas possibilidades oferecidas pelo eBay.com, desde os leilões, peças em segunda mão ou às lojas ligadas ao eBay. Com a crescente protecção a nível da segurança dos pagamentos, cada vez mais pessoas utilizam o comércio electrónico para comprar peças que de outra forma não poderiam adquirir a preços tão baixos e sem sair de casa, pois que se teriam de deslocar aos pontos de venda, por vezes muito distantes, com o conseqüente acréscimo de despesas e muito menor comodidade. As peças tailor made são cada vez mais raras e por isso são importantes nichos de mercado.

em Nova Iorque, Londres, Milão e Paris. Para além destes desfiles, há muitos outros, designadamente em Roma, Madrid, Barcelona, Rio de Janeiro, São Paulo, Tóquio, Lisboa, Porto, etc., mas aqueles são os mais emblemáticos².

1694

Virginia Law Review

[Vol. 92:1687

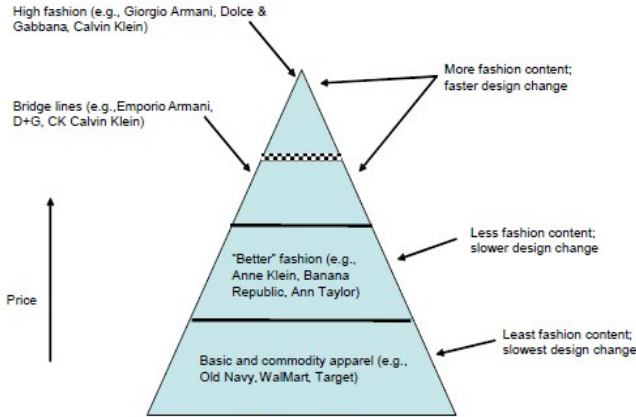


Figure A

Como resulta da figura A, de RAUSTIALA e SPRIGMAN³, os produtos da indústria da moda estão segmentados em categorias amplas, formando o que os autores designam por “pirâmide da moda”⁴. No topo encontra-se uma categoria de estilistas que engloba três diferentes tipos de produtos. Primeiro existe um mercado muito pequeno da alta-costura, ou seja, roupa personalizada desenhada quase inteiramente para mulheres, exclusivos com preços muito elevados. Directamente abaixo, um mercado muito mais amplo do pronto-a-vestir segmentado em colecções de prestígio e colecções de preços mais acessíveis (as denominadas *bridge lines*). Mais abaixo temos uma gama de pronto-a-vestir ainda de

2 RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C., “The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design”, *Virginia Law Review*, Vol. 92, nº 8, Dezembro (2006), pp. 1687-1776, em especial p. 1693.

3 RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., “The Piracy Paradox” cit., p. 1694

4 RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., “The Piracy Paradox” cit., p. 1693.

qualidade, mas bastante mais ampla porque os preços são mais baixos. Na base temos as peças comerciais com preços muito mais baixos e com uma ampla gama de consumidores.

Uma das grandes diferenças entre as categorias da pirâmide é o preço, que sobe da base para o topo da pirâmide, em função do *design* envolvido e dos ciclos de vida mais curtos. Na alta-costura, no pronto-a-vestir de top *designers*, e nas *bridge lines*, há *design* muito importante envolvido e ciclos muito curtos. No pronto-a-vestir bom, há menos *design* envolvido e a mudança de *design* não é tão rápida. Esta tendência acentua-se no sector básico. Isto não quer dizer que não haja mudança de *design* e mudanças cíclicas nos dois sectores mais baixos da pirâmide. O que quer dizer é que o vestuário à venda nas casas de costura de níveis elevados, como é o caso de Alexander MacQueen, ou Balenciaga, contém mais inovação no *design*, relativamente aos segmentos mais baixos. Embora os sectores mais baixos da pirâmide produzam colecções novas numa base regular, as diferenças entre as peças novas e as peças antigas são, em geral, menores em termos de inovação.

Há empresas que actuam em vários níveis da pirâmide, como é o caso emblemático de Armani, que produz desde o topo da alta-costura, às colecções de pronto-a-vestir *premium*, com marcas diferenciadas (*bridge lines*) e desce ao bom pronto-a-vestir (*better clothing*) distribuído em *shoppings* com a marca *Armani Exchange*. Um crescente número de empresas vende nos seus próprios *outlets*.⁵

O grau de concentração na indústria da moda é baixo, quando comparado com o que acontece na música e no audiovisual. Esta descentralização pode ser uma explicação para a baixa protecção através do Regime da Propriedade Intelectual, porque os vários intervenientes não se conseguem organizar e fazer *lobbying* para serem mais protegidos⁶.

Para além das diversidades de regime, que são muitas, o que une todos os Direitos de Propriedade Intelectual é o facto de incidirem sobre bens imateriais, que se distinguem por completo dos suportes físicos em que se plasmam. As criações de moda, enquanto bens imateriais,

5 RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., “The Piracy Paradox” cit., pp. 1694-1695.

6 Idem, p. 1695

seja na área do vestuário, calçado, carteiras ou acessórios, têm apetência para serem protegidas pelo Direito de Autor⁷ e pelos diversos direitos da Propriedade Industrial⁸, tais como patentes ou modelos de utilidade, modelos e desenhos, marcas, logótipos, denominações de origem, indicações geográficas e recompensas. O nome da empresa deve ser protegido também através do Direito Comercial⁹. No contexto do comércio electrónico há que não esquecer a protecção através dos nomes de domínio¹⁰ e dos próprios *websites* que funcionam como o estabelecimento comercial virtual da empresa.

Não vemos razão para que não seja abrangida a protecção pelo direito *sui generis* do fabricante das bases de dados¹¹. Além disso, existe a protecção através das normas contra a concorrência desleal, entre as quais se inclui a protecção do segredo comercial¹², e através do direito da publicidade¹³.

7 Entre nós no Código do Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC) e diplomas anexos.

8 Entre nós no Código da Propriedade Industrial (CPI) e diplomas anexos.

9 Código Comercial; Código das Sociedades Comerciais e Registo Nacional de Pessoas Colectivas. Cf. ROCHA, M.V., Portugal, 104, HENDRICKX, F. (ed.) International Encyclopaedia of Laws, Wolters Kluwer, Holanda, 2017, pp. 189-265.

10 Para os domínios pt. FCCN - Federação para a Computação Científica Nacional; SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 257-277.

11 A Directiva n.º 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11/03/1996 foi transposta para o Direito interno português pelo Decreto-Lei n.º 122/2000, de 04/07, onde este direito está consagrado. Leia-se, sobre o tema, entre outros, BOUZA LOPEZ, M. A., *El Derecho Sui Generis del Fabricante de Base de Datos*, REUS, Madrid, 2001; VENÂNCIO, P. D., *O direito sui generis na protecção jurídica de bases de dados* (texto policopiado), UCP, Escola de Direito do Porto, Porto, 2007.

12 Cf. artigos 317º e 318 do Código do Propriedade Industrial, doravante designado por CPI.

13 1. Normas fundamentais; art. 60.º n.º 2 da CRP; Código da Publicidade (DL n.º 330/90, de 23 de Outubro); Regime Jurídico das Práticas Comerciais Desleais (DL n.º 57/2008, de 26 de Março); Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho). Há ainda diversa legislação sectorial, e legislação relacionada com os suportes utilizados (afixação de publicidade nas Estradas Nacionais (DL n.º 105/98, de 24 de Abril); Lei de Imprensa (Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro); Lei da Rádio (Lei n.º 54/2010, de 24 de Dezembro); Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a pedido (Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho); Publicidade domiciliária por telefone e por telecópia (Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro); Comunicações publicitárias em rede (art. 20.º e 21.º do DL n.º 7/2004, de 7 de Janeiro); Comunicações não solicitadas

2. Impressão 3D

A impressão 3D consiste numa denominação global que inclui as diversas técnicas de fabricação aditiva. Não faltará muito tempo até ser possível fabricarmos em nossas casas quase tudo, o que significa numa nova era de fabricação e consumo fundada no *make it yourself*, no consumidor-fabricante, *prosumer*.¹⁴ Este é mais um contributo para a constatação de que já se iniciou a 4ª revolução industrial¹⁵. A impressão 3D permite aos fabricantes a produção de objectos a pedido e próximo dos locais de distribuição ou consumo, diminuindo ou suprimindo os custos de transporte e armazenamento. A tecnologia permite que os consumidores disponham de imediato dos objectos impressos, que podem ser personalizados, incluindo a obtenção de peças de substituição, se estão esgotadas as peças de origem. Com a evolução, serão cada vez

para fins de marketing directo (art. 13.º-A e 13.º-B da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto). Na publicidade é muito relevante a auto-regulação (Código de Conduta do ICAP – Instituto Civil de Autodisciplina da Comunicação Comercial; Código de Conduta da Associação Portuguesa de Marketing Directo Relacional e Interactivo).

14 Cf., entre outros, M^a Teresa Carrancho Herrero, “El concepto de obra plástica y la impresión en 3D”, *Propiedad Intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*, Isabel Espin Alba (coord.), Colección de Propiedad Intelectual, C. Rogel Vide, (Dir.), Fundación Aisge, Reus, Aseda, Madrid (2014), pp. 43-45; Caroline Le Goffic, Aude Vivès-Albertini, “A impressão 3D e os direitos de propriedade intelectual (1ª parte)”, *Propriedades Intelectuais*, 3 (2015), pp. 40-55, em especial p. 40 ss; Maria Charlotte Haffner, 3D im Urheberrecht, Eine urheberrechtliche Analyse ausgewählter Verfahren zur Bilderzeugung und -bearbeitung, zur Objectvermessung und -replication, M. Grünberger, N. Klasse (Herausg.), UFITA, 278, NOMOS, BADEN-BADEN, 2016, pp. 21- 26; Ana Ramalho, “Impressão 3D, Direito de Autor e outros Direitos de Propriedade Intelectual (3D Printing, Copyright, and other Intellectual Property Rights)”, *Revista de Direito Intelectual*, II (2015), pp. 21-38, em especial, pp. 21-23, que também se pode consultar (embora em draft) em SSRN <https://ssrn.com/abstract=2723981>, (último acesso em 07.03.2017); M. Rimmen, “The Maker Movement, Copyright Law, Remix Culture and 3D Printing”, *The University of Western Australia Law Review*, 41 (2), 2017, pp. 51-81, em especial pp. 51-22; A. Schmoll, J. Graf Ballestrem, J. Hellebrand, M. Soppe, “Dreidimensionales Drucken und die vier Dimensionen des Immaterialgüterrecht” *GRUR*, 11 (2015), pp. 1041-1044, em especial pp. 1041-1042; Clara Viguié, “La démocratisation des Imprimantes 3D et le Droit D’Auteur”, *RIDA* (Outubro, 2014), pp.47-173, em especial, pp.47-59.

15 https://pt.wikipedia.org/wiki/Industria_4.0 (último acesso em 07.03.2017).

mais os consumidores a realizar as peças que desejam. A impressão tridimensional constitui uma realidade há décadas, embora esteja hoje em plena expansão¹⁶. A técnica, que existe há mais de 30 anos¹⁷, é

- 16 Em pormenor, consulte-se o WOHLERS REPORT 2016, 3D Printing and Additive Manufacturing State of the Industry, Annual World Wide Progress Report, Wohlerassociates, que pode ser adquirido em <https://wohlersassociates.com/2016contents.htm>, (último acesso em 07.03.2017). TRAN, J., “The Law and 3D Printing”, The John Marshal Journal of Information Technology and Privacy Law, 31, 4, 2015, p.508 ss; HEGAB, A Hussien, “Design for additive manufacturing of composite materials and potential alloys: a review”, Manufacturing Review, 3, 11 (2016), pp. 1-17, também disponível em formato .pdf e em open access em <http://mfr.edp-open.org/> (último acesso, 17.03.2017); Eleni Gkartzou, E. P. Koumoulos, A. Costas Charitidis, “Production and 3D printing processing of bio-based thermoplastic filament”, Manufacturing Review., 4, 1 (2017), pp. 1-14, também disponível em .pdf e em open access, em <http://mfr.edp-open.org/> (último acesso, 17.03.2017).
- 17 A técnica existe há mais de 30 anos. Sob o nome de “estereolitografia”, o Engenheiro Charles Hull desenvolveu pela primeira vez a técnica precursora da impressão 3D. Patenteou nos EUA em 1984 um sistema de fabricação por camadas sucessivas mediante a utilização de um material sensível aos raios ultra-violetas e, em 1988, fez surgir a primeira impressora 3D, a SLA.250. A impressora usava a técnica da fotopolimerização, traduzida na solidificação de uma substância sintética pela luz. Como a tecnologia está em evolução constante, foram patenteados muitos outros processos de fabricação aditiva. A FDM (Fusion Deposition Model) permite a deposição de material liquefeito, por camadas. A técnica abrange apenas materiais em plástico. Cf. Caroline Le Goffic, Aude Vivès-Albertini, ob. cit., p.41, e https://pt.wikipedia.org/wiki/Impress%C3%A3o_3D (último acesso em 07.03.2017).

A EBM (Electronic Beam Melting) permite a impressão de peças em metal. O pó de metal ou fio de metal é fundido usando um feixe de electrões como fonte de calor. As ligas de titânio são amplamente utilizadas com esta tecnologia o que a torna uma escolha adequada para o mercado de implantes médicos, indústria aeronáutica e aeroespacial e outras aplicações mecânicas altamente exigentes, nomeadamente na indústria automóvel. Cf. https://en.wikipedia.org/wiki/Electron_beam_additive_manufacturing, (último acesso em 07.03.2017).

O Processo Three Dimensional Printing -3DP (*frittage laser*) funciona mediante um sistema de fusão de partículas em pó. Um laser reduz os materiais a pó, o pó é desdobrado em camadas finas e colorido pelo uso de colas coloridas. É um processo muito eficaz atendendo aos critérios de qualidade, precisão e preço, usado sobretudo para protótipos e para impressão 3D a pedido (CAROLINE LE GOFFIC, e AUDE VIVÈS-ALBERTINI, ob. cit., p. 41). Em 2005 surge a primeira impressora a cores. Estes são apenas exemplos de algumas das muitas tecnologias que já foram patenteadas. A origem e evolução da tecnologia 3D são referidas pela generalidade dos autores até agora citados. Veja-se também <https://pt.wikipedia.org/wiki/>

“proteiforme e evolutiva”¹⁸. O que é comum na tecnologia 3D é que o seu funcionamento pode ser descrito em duas etapas. Na primeira fase desenha-se a figura que se pretende num computador com um *software* de desenho/modelação 3D, criando-se um arquivo/ficheiro que, numa segunda fase, se carrega na máquina de impressão 3D. O desenho/modelo assistido por computador, vulgarmente denominado de ficheiro CAD (*Computer Aided Design*) ou, mais modernamente, em especial na área da arquitectura e construção, BIM (*Building Information Modeling* ou *Building Information Model*)¹⁹ constitui uma verdadeira maquete digital, pronta para sair para o mundo físico. É codificado num formato, sendo o mais comum o .stl (formato *standard* de fabricação aditiva). O ficheiro CAD/BIM pode ser obtido de várias formas: pela digitalização de um objecto existente, através de um *scanner* 3D, através de *software* de modelação 3D²⁰, ou num *website* de partilha de ficheiros em rede²¹.

Impress%C3%A3o 3D (último acesso em 07.03.2017). O lado negro desta tecnologia tem a ver com a possibilidade de se imprimirem em 3D objectos como armas e outros materiais ilícitos. O “mercado negro” pode ser muito acelerado. Cf., quanto às armas, facilmente produzidas por *hackers*, https://en.wikipedia.org/wiki/3D_printed_firearms (último acesso em 19.04.2017), <https://3dprint.com/139537/3d-printed-guns/> (último acesso em 19.04.2017). Inclusive, é preocupante a crescente possibilidade de *hacking* de planos de bombas atómicas. Sobre o tema, veja-se, entre outros <https://phys.org/news/2016-12-threat-hacking-nuclear.html>, (último acesso em 19.04.2017).

18 Caroline Le Goffic, e Aude Vivès-Albertini, ob.cit., p.41.

19 Os BIM são frequentemente vistos como a nova geração de ferramentas CAD. Traduzem-se num conjunto de informações geradas e mantidas durante todo o ciclo de vida de um edifício. O BIM abrange geometria, relações espaciais, informações geográficas, as quantidades e as propriedades construtivas de componentes (por exemplo, detalhes dos fabricantes). O BIM pode ser utilizado para demonstrar todo o ciclo de vida da construção, incluindo os processos construtivos e fases de instalação. Desenvolvidamente, veja-se <https://pt.wikipedia.org/wiki/BIM> (último acesso em 15.03.2017) e https://paginas.fe.up.pt/~projfeup/bestof/12_13/files/REL_12MC08_01.PDF (último acesso em 16.03.2017).

20 A título de exemplo, temos programas como o 3ds max, o AutoCAD 3 D, o Blender, o Catia, o Cinema 3D, o Revit, o Solid Works, o SketchUp, o ZBrush, o Scia Engineer, o Allplan, o Revit, o Bentley Architecture, o ArchiCad, o VectorWorks, o Tekla Structures, o Cype, ou o TecnoMETAL.

21 Por exemplo, a Thingiverse (pertencente à Makerbot), a Sculpteo, e a SketchUp. Estes fornecedores de impressão digital em rede surgiram como start-ups de ajuda ao consumidor ainda não completamente familiarizado com os programas CAD. A vontade de familiarizar os consumidores com as impressoras 3D levou também

O ficheiro CAD/BIM é convertido num formato G-Code ou outro²² para a maquete digital ser impressa num objecto em três dimensões²³. Ao contrário da brocagem ou recorte, que implicam subtrair a matéria, a tecnologia 3D consiste numa técnica de fabricação aditiva, acrescenta matéria, tradicionalmente, camada por camada. Esta forma de produção, sem perda de matéria ou resíduos abundantes, é mais amiga do ambiente e tem menores custos frente às tradicionais fórmulas substractivas em que sobra sempre material²⁴. A tecnologia 3D está cada vez mais desenvolvida e acessível ao utilizador. Permite que se fabriquem produtos de qualquer tipo, pelo que interessa a todos os sectores da indústria. Atravessa sectores tão diversos como a indústria automóvel (ex.: protótipos, moldes, peças), aeronáutica (ex.: peças de avião, propulsores para naves espaciais), alimentar (ex. chocolates²⁵, pizzas, queijos), de construção imobiliária (acaba de ser construída uma casa como um todo em 24h em 3D, sem separação das partes, como era tradicional, mesmo na impressão 3D²⁶), da moda (ex.: jóias, roupa sem cortes e costuras, como a da estilista Iris Van Herpen), da ortopedia (ex.: próteses e implantes médicos), da indústria farmacêutica, dos brinquedos, dos acessórios e peças sobressalentes, entre outras. A possibilidade que já existe da impressão biológica ou *bioprinting*, traduzida na impressão de tecidos e órgãos humanos, levanta complexos

ao surgimento dos Fab Lab, que se traduzem em oficinas abertas ao público onde se levam a cabo estes serviços e são verdadeiros locais de troca e aprendizagem e evolução tecnológica. Com detalhe, Clara Viguié, ob. cit., pp. 51-53; https://en.wikipedia.org/wiki/Fab_lab (último acesso em 20.03.2017).

22 Veja-se o Makenware, o Slic3r, o KISSslicer, o Cura, o ReplicatorG.

23 Caroline Le Goffic, e Aude Vivès-Albertini, ob.cit.,p.41, texto e nota 17; Clara Viguié, ob. cit., p. 53.

24 Veja-se, neste sentido, M^a Teresa Carrancho Herrero, ob. cit., p. 44; Caroline Le Goffic, e Aude Vivès-Albertini, ob. cit.,p. 42; M^a Teresa Carrancho Herrero, ob. cit., p. 44; Clara Viguié, ob. cit.,p.49.

25 Para o caso do chocolate, veja-se o interessante estudo de P. Li, S. Mellor, J. Griffin, C. Waelde, L. Hao, R. Everson, “Intellectual Property and 3D Printing: A case study on 3D chocolate printing”, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 9, 4 (2014), pp. 322.332.

26 Esta notícia data de 13.03.2017. Veja-se <https://www.youtube.com/watch?v=xktrwDfasPGQ>, a casa, efectuada como um bloco, foi obtida graças à tecnologia inovadora 3D usada pela Apis Cor. Cf. <http://apis-cor.com/en/>, ambos os websites com último acesso em 14.03.2017.

problemas éticos²⁷.

Neste artigo propomos apenas centrar-nos na impressão 3D aplicada à moda, tentando indicar soluções para algumas das questões mais prementes²⁸.

- 27 Sobre o tema, entre outros, LI, P., “3D bioprinting technologies: patents, innovation and access”, *Law, Innovation and Technology*, 2014, 6, 2, pp. 282-304; Ana Ramalho, ob. cit., p. 24. Veja-se também a notícia de 16.03.2017 sobre a impressora capaz de imprimir a pele humana em 3D: <http://www.tvi24.iol.pt/tecnologia/impressora-3d/ja-existe-uma-impressora-capaz-de-fabricar-pele-humana>, com utilidade em transplantes de pele e em testes de produtos cosmético-farmacêuticos (último acesso em 20.03.2017)
- 28 Como apontam A. Schmoll, J. Graf Ballestrem, J. Hellenbrand, M. Soppe, ob. cit., p. 1041, as questões jurídicas que a tecnologia 3D levanta ainda há pouco começaram a ser tratadas pela doutrina. A análise do impacto em matéria de Propriedade Industrial terá que ficar para outra ocasião, pese embora ser fundamental nesta área.

Não obstante, permitimo-nos fazer uma nota sobre este aspecto. Em matéria de modelos ou desenhos, a protecção está muito próxima da do Direito de Autor, podendo, inclusive, haver protecções cumulativas, embora os requisitos de protecção não se confundam. Os desenhos ou modelos protegem a aparência de um produto, ou de parte do produto, desde que haja novidade (em sentido objectivo) e carácter singular. Os modelos ou desenhos, sozinhos ou conjugados com o direito de autor, têm vocação para ser protegidos nas várias hipóteses de impressão 3D, sejam objectos artesanais ou industriais. Um aspecto fundamental tem a ver com a protecção das peças de montagem (sobresselentes, de reposição de um produto complexo). Essas peças devem ser protegidas neste contexto se e na medida em que tenham características que não dependem apenas de um resultado técnico e não sejam elementos de ligação mecânica. O fabrico através da impressão 3D pode constituir contrafacção, excepto nas hipóteses em que os direitos de exclusivo não podem ser protegidos. Ao contrário do que se passa em matéria de Direito de Autor, aqui há que ter em conta que o registo é constitutivo (com excepção dos modelos e desenhos não registados protegidos na UE, por prazo não superior a 3 anos, e com uma protecção contra a cópia - copyright approach). Além disso, as excepções dos actos realizados a título privado não estão submetidas ao requisito da “fonte lícita”, como veremos ser condição em matéria de direito de autor.

Desenvolvadamente, sobre a protecção dos modelos e desenhos, L. M. Couto Gonçalves, *Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, 6º ed., 2015, p. 129 ss; L. M. Couto Gonçalves, A. Campinos, A. Robalo, Carla Albuquerque, Inês Lopes, Vieira, J. Marcelino, Maria João Ramos, M. Gusmão, T. Vilela, A. Campinos, L. M. Couto Gonçalves (Coords), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª ed. Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 317-387; Maria Victória Rocha, Portugal, nº 104, *International Encyclopaedia of Laws: Intellectual Property*, VANHEES, H (ed.), Kluwer Law International,

Netherlands, 2017, pp.205-228. Sobre o cúmulo de protecções através do Direito de Autor e do Direito Industrial, Maria Victória Rocha, “Protecção cumulativa do design como obra e como desenho ou modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português”, A. Maria Tóbio Rivas / A. Fernandez-Albor Baltar, A. Tato Plaza (Eds.) *Estudios de Derecho Mercantil, Libro de Homenaje al Prof. Dr.h.c.José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 883-898. Sobre os modelos e desenhos na impressão 3D, Caroline Le Goffic, Aude Vivès-Albertini, “A impressão 3D e os direitos da propriedade intelectual (2ª Parte)”, *Propriedades Intelectuais*, 4 (2015), pp. 15-25, em especial, sobre os modelos e desenhos, pp. 15-16; A. Schmoll, J. G. Ballestrem, J. Hellenbrand, M. Soppe, ob. cit., pp. 1044-1045.

Quanto às patentes (ou modelos de utilidade), estão em causa, neste contexto a patenteabilidade dos processos de impressão 3D e a extensão da protecção conferida às patentes de produtos. A protecção das invenções por patentes (ou modelos de utilidade) também depende de registo, e os requisitos são a novidade (absoluta), a actividade inventiva e a aplicação industrial. Há determinadas invenções que, como é sabido, só podem ser protegidas por patentes, sendo legalmente impossível a impressão por modelos de utilidade. Desde a sua origem que as tecnologias 3D têm sido objecto de patentes, que vão caindo no domínio público ao fim dos 20 anos de protecção a contar do pedido (no caso dos modelos de utilidade, ao fim de 6 anos com duas renovações de 2 anos, ou seja, 10 anos). A caducidade permite que o uso da tecnologia caída no domínio público se faça em open source. A RepRap-Replicating Rapid Prototyper, que constitui a primeira impressora capaz de imprimir as suas próprias peças, resultou da queda no domínio público da impressão por estereolitografia, caducada em 2009. As patentes mais importantes em matéria de impressão por laser expiraram em 2014, e foi anunciada a “explosão” da impressão 3D, tal foi o entusiasmo gerado. Mas, se existe esta vantagem da democratização da tecnologia, surge ao mesmo tempo o perigo do surgimento de registos de “patentes oportunistas”. Ou seja, o risco de ver os recursos públicos novamente reapropriados, dado o entusiasmo que o mundo económico e electrónico tem neste “el dorado” potencial, pedindo o registo de múltiplas patentes para evitar a síndrome Kodak, que depois de ter sido absoluta líder no mundo da fotografia, não investiu no mundo digital, a ponto de se ter declarado insolvente em 19 de Janeiro de 2012 (cf. Caroline Le Goffic, Aude Vivès-Albertini, op. cit. nesta nota, p. 17; V. P. Y. Dugua, “La lente descente aux enfers de Kodak”, *Le Figaro*, 4 de Janeiro de 2012). Se alguns pedidos se justificam, muitos tentam apenas aspirar a um monopólio de exploração. Para impedir os registos oportunistas, nos EUA, a EFT (Electronic Frontier Foundation) lançou um apelo público, incentivando os internautas a utilizar uma possibilidade permitida pelo direito de patentes, de assinalar a uma entidade competente - nos EUA, à USPTO -, a quem foi solicitada uma patente, a existência de anterioridades impeditivas do registo. Esta faculdade também existe entre nós, perante o INPI e perante o Instituto Europeu de Patentes, embora a sua aplicação não esteja tão facilitada como nos EUA, onde existe a plataforma Ask Patents, que visa manter o equilíbrio entre os monopólios imateriais e o domínio público.

A segunda questão que se coloca tem a ver com os requisitos de patenteabilidade em matéria de patentes. O âmbito de protecção deverá ser determinado, de acordo com o CPI, pelas reivindicações que podem ser acompanhadas por uma descrição e por desenhos, que podem ser em 3D. A descrição é um suporte necessário das reivindicações, mas os desenhos, facultativos, têm um papel complementar de esclarecer as reivindicações e as descrições, mas não podem ser seus substitutos. Ficam fora do âmbito da patente. O ficheiro CAD criado a partir do nada ou por uma forma de inteligência artificial sem intervenção humana, não poderá, em si, ser protegido por patentes. As criações artísticas e os planos estão fora de protecção pelo direito de patente. O produto ou processo patenteado e as vantagens técnicas daí recorrentes é que podem ser patenteadas.

Constitui contrafacção dos direitos do titular da patente o fabrico em 3D do objecto patenteado. Também constituem contrafacção a utilização de um processo 3D patenteado. Não importa que o contrafactor não tivesse conhecimento da patente. Ao contrário do direito de autor, não existe a excepção da coincidência fortuita de resultados. Não interessa que o processo de impressão seja diverso do processo original de fabrico, na medida em que se trate de uma patente de produto. Também não se distingue consoante o fabrico seja efectuado de uma fonte lícita ou ilícita, ao contrário do que acontece em matéria de direitos de autor. É indiferente que o produto/objecto seja obtido de um ficheiro CAD, através de um software de concepção, quer pelo utilizador, através de um scanner 3D, ou através de um ficheiro CAD cujo download se faça a partir da Internet, mesmo que o ficheiro tenha sido colocado em linha legalmente. A infracção afecta, não apenas as cópias servis, mas também as cópias semelhantes às invenções protegidas (por ex., cor ou matéria diferente, alterações nas dimensões do objecto impresso, etc.). A impressão de um objecto 3D equivalente ao patenteado também infringe os direitos do titular da patente (cf. doutrina dos equivalentes), desde que cumpra a mesma função técnica e produza o mesmo resultado industrial. O aperfeiçoamento de um produto patenteado através de uma impressora 3D é contrafacção, desde que as características essenciais da invenção sejam reproduzidas. Quanto às peças sobresselentes, que são particularmente interessantes em matéria de impressão 3D, tudo depende de saber se a peça permite uma simples reparação ou se se trata de uma reconstrução. Normalmente tratar-se-á de uma reconstrução, ainda que parcial. Mas tudo depende do âmbito da patente e, portanto, das reivindicações. Sobre as patentes e modelos de utilidade, veja-se L. M. Couto Gonçalves, *Manual de Direito Industrial*, cit., pp. 35ss, pp. 347 e ss; A. Campinos, L. M. Couto Gonçalves (Coord.), *Código da Propriedade Industrial Anotado* cit., pp. 165-294 e pp. 294-308; Maria Victória Rocha, Portugal cit., *International Encyclopaedia of Laws: Intellectual Property*, H. Vanhees (ed.), Kluwer Law International, Netherlands, 2017, pp. 111-150 e 151-160. Sobre patentes e impressão 3D, desenvolvidamente, Caroline Le Goffic, Aude Vivès-Albertini, ob. cit. nesta nota, pp. 16-23; A. Schmoll, J. G. Ballestrem, J. Hellenbrand, M. Soppe, ob. cit., pp. 1045-1047; Rosa Maria Ballardini, M. Noorgård, T. Minssen, "Enforcing Patents in the Era of 3D Printing", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 10, (11), (2015), pp. 850-866.

3. A protecção da moda pela Propriedade Intelectual.

3.1. Moda e Direito de Autor

Na UE e em muitos países, como em Portugal, os artigos de moda, enquanto imateriais, podem ser protegidos pelo Direito de Autor, desde que as peças em causa satisfaçam os requisitos de protecção pelo CDADC, isto é, sejam criações humanas, do intelecto, de alguma forma exteriorizadas (ou seja, cognoscíveis pelos sentidos humanos, mesmo que permaneçam inéditas), dotadas de originalidade (conceito de imputação subjectiva da obra ao autor, que significa apenas que se exige que a obra seja uma criação independente e não seja algo banal, ou seja, que a obra tenha um mínimo de criatividade), pertencente ao domínio da arte (cf. arts. 1º e 2 CDADC) Tanto temos base para a protecção da fase bidimensional da peça como para a sua eventual fase tridimensional. Tanto temos base para a protecção da fase bidimensional da peça como para a sua eventual fase tridimensional.²⁹

As marcas também pode ser alvo de contrafacção no contexto da impressão 3D, quer sejam nominativas, figurativas, mistas ou tridimensionais. No caso das marcas nominativas, figurativas ou mistas, a infracção ou colocação da marca no objecto impresso, seja porque a marca já figurava no ficheiro CAD, ao mesmo tempo que foram colocados os contornos do objecto, seja porque foi aposta no objecto depois de impresso. No caso das marcas tridimensionais é a impressão do objecto 3D que reproduz ou imita a marca tridimensional (ex.: garrafa da Coca-Cola). Com ressalva das hipóteses de excepções para usos livres, as utilizações de marcas válidas neste contexto, constituirá contrafacção, no contexto do princípio da especialidade, ou rompendo com o dito princípio no caso das marcas de prestígio. Sobre as marcas, veja-se L. M. Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial cit., pp. 161 e ss.; A. Campinos, L. M. Couto Gonçalves (Coords), Código da Propriedade Industrial Anotado, cit., pp. 388-466; Maria Victória Rocha, Portugal. cit., pp.161-188. Desenvolvidamente, sobre a impressão de marcas em 3D, Caroline Le Goffic, Aude Vivès-Albertini, ob. cit. nesta nota, pp. 23-25; A. Schmoll, J. G. Ballestrem, J. Hellenbrand, M. Soppe, ob. cit., pp. 1047-1050.

29 Na concepção tradicional do *Droit d'Auteur* francês define-se a originalidade como “marca da personalidade do autor”. É uma noção subjectiva e personalista que parece ser muito restritiva, no sentido de exigir uma elevada criatividade para efeitos de protecção. Todavia, a expressão é enganadora porque nunca foi objectivo do Direito de Autor continental, que tem a sua origem no sistema francês pós-

É certo que, em geral, será difícil uma peça de moda satisfaça os requisitos de protecção pelo Direito de Autor, sendo mais adequada a sua protecção via modelos ou desenhos, mas também é certo que, sobretudo se tivermos a alta costura e as peças de moda para teatro ou cinema, há uma imensidão de obras de arte traduzidas em peças de moda, seja vestuário ou acessórios.

A moda, enquanto peça em três dimensões, está excluída da protecção através do Direito de Autor em outros ordenamentos jurídicos, como é o caso dos EUA. Esta falta de protecção não resulta de nenhuma excepção, mas do ponto de vista doutrinal e jurisprudencial, segundo o qual os objectos utilitários devem ficar fora do *Copyright*. Um *sketch*

revolução francesa, proteger apenas as obras em que a criatividade é elevada. Sempre foram protegidas as *petite monnaie/calderilla/Kleine Münze/change/trocos*, obras em que a criatividade é mínima. Por isso, o conceito foi adaptado para indicar que a obra deve ter algo do autor, por pouco que seja. A exigência da personalidade do autor é uma frase enganadora, porque a exigência de criatividade é minimalista, segundo a melhor doutrina, basta que haja um *apport* de actividade intelectual. Cf. JIMENEZ, G. C., “A Survey of Fashion Law Key Issues and Trends”, (eds. JIMENEZ, G. C. e KOLSUN, B.) *Fashion Law, A Guide for Designers, Fashion Executives & Attorneys*, cit., p. 12; em pormenor veja-se o nosso estudo, ROCHA, M. V., “Contributos” como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor”, cit., em especial pp. 755-757 e bibliografia e jurisprudência aí referidas; ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012., p.74. AKESTER, P., *Direito de Autor em Portugal, nos Palop, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 73-78; LEITÃO, L. M. TELES de MENEZES, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 69-76; MELLO, A. SÁ e, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2ª ed. Actualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 99-112. Em pormenor vejam-se os nossos estudos, ROCHA, M. V., “Contributos para a delimitação da «originalidade» como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra (2008), pp. 733-792, em especial pp. 763-767, e bibliografia aí citada; ROCHA, M. V., “Obras de Arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor, ALMEIDA, C.F. de/ GONÇALVES, L.M/TRABUCO, C. (Org.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 159-209, em especial, pp. 159-169 e bibliografia aí citada. ROCHA, M. V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 25-49, em especial p. 47.

em duas dimensões de um projecto de moda pode estar protegido pelo *Copyright* como obra de pintura ou desenho. Todavia, a peça, por exemplo, o vestuário em três dimensões produzido a partir desse *sketch*, não está protegida de forma separada e a cópia que utiliza a peça em três dimensões como modelo não está sujeita a violação de *copyrights*. Segundo a doutrina e a jurisprudência, isto deve-se ao facto de o vestuário ser um objecto útil e ao facto de o *copyright* só se aplicar quando a componente expressiva do artigo seja separável da sua função utilitária. Por exemplo, se é bordada uma jóia num vestido, a jóia pode ser protegida pelo *copyright*, porque está separada fisicamente e conceptualmente do vestido. Mas poucos projectos de moda têm esta separação. Os elementos expressivos, na maior parte dos casos, não estão *bottled on* sob a forma de uma aplicação separável, mas fazem parte da forma do próprio vestuário, por exemplo, o corte das mangas, o tipo de cintura, a forma das calças.³⁰

Perante esta limitação, houve muitas dezenas de propostas no sentido de alargar a protecção. A última proposta deu origem ao *Innovative Design Protection Act*, (IDPA), que veio prever uma protecção de três anos para os *designs* de moda contra cópias substancialmente idênticas. Todavia, o projecto só era considerado copiado depois de ter havido uma notificação com um pré-aviso de 21 dias ao autor das presumíveis cópias, com indicação de quais os direitos que se consideravam violados e em que data é que os artigos que se consideravam copiados tinham sido divulgados ao público. A razão desta obrigação de notificação prévia residia na tentativa de sanar a disputa a nível extrajudicial.

A lei de protecção do *design* inovador, de 2012, implicaria a extensão da protecção de direitos autorais por 3 anos para projectos de moda se eles fossem o resultado do esforço criativo de um *estilista* e fornecessem uma

30 Veja-se JIMENEZ, G. C., “A Survey of Fashion Law Key Issues and Trends”, (eds. JIMENEZ, G. C. e KOLSUN, B.) *Fashion Law, A Guide for Designers*, Fashion Executives & Attorneys, 2ª ed., Bloomsbury, Nova Iorque, pp. 16-17; COLMAN, C., “Copyright”, (eds.) JIMENEZ, G. C. e KOLSUN, B.) *Fashion Law, A Guide for Designers*, Fashion Executives & Attorneys cit. pp. 45-54; RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., “The Piracy Paradox”, cit. pp. 1687-1772., em especial pp. 1699-1700; RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, *The Knockoff economy* cit., pp. 27-36; ABREU, L. CARVALHO, “Reconhecimento e lei aplicável às criações de moda pelo Direito de Autor” cit., pp. 159 -168 .

variação única, distinta, não trivial e não utilitária em relação aos projectos anteriores para tipos semelhantes de artigos nos EUA. A proposta foi alvo de intensos debates. Tanto quanto sabemos, ainda não foi aprovada, pelo que nos EUA a protecção da moda está, em regra, excluída do âmbito dos direitos de autor (*copyrights*), sendo, aparentemente, mais fraca do que a protecção da UE, onde, com mais ou menos exigências se pode cumular a protecção via Direito de Autor e Propriedade Industrial³¹. Como enfatiza GUILLERMO C. JIMENEZ, todavia, as propostas no sentido da protecção da moda através do *copyright* nos EUA continuarão a ser apresentadas e, eventualmente a tornarem-se lei, uma vez que, entre outros factores, haverá pressão internacional nesse sentido, dado que os EUA fazem parte da Convenção de Berna e do Acordo TRIPS (no âmbito da Organização Mundial do Comércio), e não estão a cumprir as obrigações neste sentido, decorrentes dos dois tratados³².

31 JIMENEZ, G. C., “A Survey of Fashion Law Key Issues and Trends”, (eds. JIMENEZ, G. C. e KOLSUN, B.) Fashion Law, A Guide for Designers , Fashion Executives & Attorneys , cit., p. 12; COLMAN, C., “Copyright”, (eds. JIMENEZ, G. C. e KOLSUN, B.) Fashion Law, A Guide for Designers , Fashion Executives & Attorneys , cit., pp. 45-54; WOODS, M., MONROIG, M., “Fashion Design and Copyright in the US and EU”, November 17, 2015, Coyright Law Division, World Intellectual Property Organization (WIPO) Geneva, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ipr_ge_15/wipo_ipr_ge_15_t2.pdf (último acesso em 10.06.2015). Desenvolvidamente, sobre as várias propostas de protecção da moda nos EUA através do Copyright, e com interessantes sugestões de alteração à proposta de 2012, CALLAHAN, C. F., “Fahion Frustrated. Why the Innovative Design Protection Act is a Necessary Step in the Right Direction, But Not Quite Enough”, Vol. 7, nº1, Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, (2012), pp. 195-223, em especial, pp. 203-226.

32 Na concepção tradicional do Droit d’Auteur francês define-se a originalidade como “marca da personalidade do autor”. É uma noção subjectiva e personalista que parece ser muito restritiva, no sentido de exigir uma elevada criatividade para efeitos de protecção. Todavia, a expressão é enganadora porque nunca foi objectivo do Direito de Autor continental, que tem a sua origem no sistema francês pós-revolução francesa, proteger apenas as obras em que a criatividade é elevada. Sempre foram protegidas as *petite monnaie/calderilla/Kleine Münze/change/trocós*, obras em que a criatividade é mínima. Por isso, o conceito foi adaptado para indicar que a obra deve ter algo do autor, por pouco que seja. A exigência da personalidade do autor é uma frase enganadora, porque a exigência de criatividade é minimalista, segundo a melhor doutrina, basta que haja um apporto de actividade intelectual. Cf. JIMENEZ, G. C., “A Survey of Fashion Law Key Issues and Trends”, (eds. JIMENEZ, G. C. e KOLSUN, B.) Fashion Law, A Guide for Designers, Fashion Executives & Attorneys , cit., p. 12.

Dentro dos domínios referidos pelo CDADC, a moda dever-se-á considerar uma obra do domínio artístico, uma que se expressa através de formas, volumes, texturas, diferentes materiais, cores, etc..

Também entendemos que não se exige novidade em sentido objectivo como requisito da protecção da obra pelo Direito de Autor, ao contrário do que é a regra em matéria de Propriedade Industrial. A protecção da obra pelo Direito de Autor começa com a exteriorização, por qualquer forma, mesmo que a obra permaneça inédita. Basta que seja susceptível de ser cognoscível pelos sentidos humanos, directa ou indirectamente. Em regra, não é necessário qualquer registo, ou qualquer forma de exploração, salvo, entre nós, a imposição do registo no caso dos jornais e publicações periódicas (art.º 5º CDADC), que nem sequer é efectuado na Inspeção Geral das Actividades Culturais (IGAC), mas na Entidade de Regulação da Comunicação Social (ERC), e o título de obra inédita (art.º 4.º, nº 3 CDADC). Pelo contrário, em regra, os direitos privativos da Propriedade Industrial pressupõem um registo constitutivo (cf. arts. 4º, 5º e 7º CPI)³³.

A exigência de novidade em sentido objectivo casa mal com direitos que se obtém sem qualquer registo e mesmo para obras que permaneçam inéditas. Embora haja diversas correntes relativamente ao conceito de originalidade, entre as quais os que defendem que a novidade em sentido objectivo tem que existir em matéria de direito de autor, ou os que, apenas nas situações de coincidência criativa, dão relevo à novidade em sentido objectivo, para nós e para a grande maioria da doutrina não se exige qualquer novidade em sentido objectivo em matéria de direito de autor. A originalidade é um conceito de imputação subjectivo da obra ao autor³⁴.

33 Para mais detalhes, veja-se CAMPINOS, A. e GONÇALVES, L. M., AAVV, Código da Propriedade Industrial Anotado, 2ª ed. Revista e Actualizada, Almedina, 2015, anotações aos artigos referidos.

34 Afastando a novidade em sentido objectivo, quer entre nós, quer na jurisprudência da União Europeia, AKESTER, p., ob. cit., p. 78; na Jurisprudência da UE vejam-se os Acórdãos Infopaq, Processo C5/08, de 16 de Julho de 2009, 45; Acórdão Eva-Maria Painer, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C145/10, de 1 de Dezembro de 2011, 90-92; MELLO, A. SÁ e, Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos, cit. parte do requisito da criatividade como exigência de protecção entendidos como

3.2. Direito Industrial

A moda também pode ser protegida através dos diversos direitos da Propriedade Industrial.

3.2.1. Patentes e Modelos de Utilidade

As patentes ou modelos de utilidade podem proteger a moda, na medida em que se trate de invenções do domínio científico ou tecnológico e se os requisitos da novidade objectiva, salto inventivo e aplicação industrial estiverem preenchidos (cf. arts. 51º ss e 117º ss CPI). Este tipo de protecção visa a solução técnica de problemas técnicos. Pense-se em novas texturas que absorvem o suor, ou impedem um excessivo aquecimento do corpo em elevadas temperaturas, ou em técnicas 3D de

marca da individualidade, ou seja da paternidade, pp. 48-50 e pp. 100-102

No sentido do afastamento do requisito da novidade objectiva também se pronuncia REBELLO, L. F., *Introdução ao Direito de Autor*, Vol. I, SPA/Dom Quixote, Lisboa, 1993, pp. 87-88; na jurisprudência nacional, veja-se, entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Dezembro de 1990, B. M. J. nº 402, 1991, pp. 567-582. No mesmo sentido ROCHA, M. V., “Contributos”, cit., pp. 748-755; ROCHA, M. V., “Obras de Arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor” cit., em especial, pp. 159-169; ROCHA, M. V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit., pp. 25-49. ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA, *Direito de Autor* cit., pp. 99-103 também parte do princípio de que não é necessária qualquer novidade em sentido objectivo, todavia excepciona os casos de coincidência criativa. O autor refere novidade subjectiva e objectiva. A primeira é indispensável e está implícita na exigência de individualidade, ou originalidade. A novidade objectiva, ou carácter distintivo, será exigível nas hipóteses raras de coincidência criativa, apenas podendo ser protegida a obra criada em primeiro lugar. Discordamos da posição do autor por não encontrar motivo para que a segunda obra, numa hipótese de coincidência criativa, não possa ser protegida. O argumento de que a primeira obra já poderia ter caído no domínio público e de que seria fazer renascer os direitos de autor ao proteger a segunda obra, porque na realidade são uma só, não nos convence. Trata-se de duas criações independentes e, do nosso ponto de vista, ambas merecem protecção, são duas obras. Mais longe vai LEITÃO, L. M TELES de MENEZES, ao parecer fazer coincidir criatividade com novidade. Na verdade, a passagem do texto é um tanto confusa porque o autor afirma que “A criatividade em sentido lato coincide com a novidade da obra”, mas remete para uma citação de Desbois que diz exactamente o oposto, cf. ob. cit. p. 74 e nota 120.

modelação e impressão vestuário sem costuras³⁵, ou novos tipos de solas antiderrapantes, para mencionarmos apenas alguns exemplos³⁶.

35 Com a chegada da impressão 3D a baixo custo as empresas vão ter que repensar os seus modelos de negócio. A impressão 3D, com o seu modelo de fabricação aditiva, já funciona bem para desenvolver moldes para objectos de joalheria, bijuteria ou sapatos personalizados. Mas também já começou a ser usada no vestuário. A estilista Iris van Harpen começou a apresentar peças de vestuário efectuadas através de impressão 3D no seu desfile intitulado “Crustallization”, em 2009, na fashion week de Amesterdão e tem continuado a mostrar peças de moda em 3D nas fashion weeks de Paris, e noutros locais, em colaboração com arquitectos e empresas de materiais 3D. A Nike já usa a impressão 3D para o fabrico de protótipos e mesmo para a fabricação do seu calçado de desporto. A New Balance também já usa a impressão 3D para o ajuste personalizado do seu calçado. Com a continuação dos avanços no âmbito da impressão 3D, quer em termos de materiais, quer de tecnologia, as impressoras 3D provavelmente começarão a expandir-se. O seu papel ao lado das máquinas de costura na fabricação de peças de vestuário e acessórios será, a breve trecho, um lugar-comum. O lado negro da tecnologia é a imensa possibilidade que se abre à contrafacção, especialmente na área da joalheria e bijuteria, nos acessórios e no calçado. Usando um scanner 3D em combinação com uma impressora 3D, poderão ser efectuadas réplicas em tudo idênticas. Com a evolução no sentido do consumidor-produtor (prosumer), uma pessoa média terá os meios necessários para fazer as cópias idênticas em casa (cottage counterfeiting). Se, por um lado, o fenómeno poderá implicar um maior policiamento da pirataria, especialmente por parte dos fabricantes de marcas de luxo, por outro será necessário mudar a forma de fazer o negócio, adaptando-se a esta nova realidade, designadamente fabricando em 3D e colocando as peças na Internet para acesso em 3D. Desenvolvidamente, sobre o tema, veja-se o nosso ROCHA, M. V. “Impressão 3D e Direito de Autor” Revista Electrónica de Direito (RED), FDUP, Junho, (2017) pp. 1-29; veja-se também JIMENEZ, G. C., “A Survey of Fashion Law Key Issues and Trends”, (eds. JIMENEZ, G. C. e KOLSUN, B.) Fashion Law, A Guide for Designers , Fashion Executives & Attorneys , cit., p. 20.

36 A patente e os modelos de utilidade são direitos exclusivos que se obtêm sobre invenções (soluções novas para problemas técnicos). Podem obter-se patentes para quaisquer invenções em todos os domínios da tecnologia e ciência, quer se trate de produtos ou processos, bem como para os processos novos de obtenção de produtos, substâncias ou composições já conhecidos. Os modelos de utilidade têm requisitos de protecção, muito semelhantes aos das patentes, mas não é possível proteger invenções que incidam sobre matéria biológica ou sobre substâncias ou processos químicos ou farmacêuticos. Até agora, os modelos de utilidades implicam um procedimento administrativo mais simplificado e acelerado do que o das patentes. Relativamente aos modelos de utilidade, é possível efectuar dois tipos de pedido: pedido com exame e pedido sem exame. Quanto às patentes, não existe a possibilidade de solicitar um pedido sem exame, pelo que as buscas são officiosas e a novidade é sempre uma novidade objectiva absoluta, enquanto nos modelos de utilidade podemos estar perante uma novidade objectiva relativa. O requerente do modelo de utilidade pode pagar apenas a taxa de pedido e protelar, ou não chegar a pagar, a taxa de exame. O

Em qualquer dos casos, as patentes e os modelos de utilidade terão um interesse relativo em matéria de moda (em sentido estrito) por duas razões fundamentais. Por um lado, porque na grande maioria dos casos não existe novidade objectiva, muito menos em sentido absoluto, como é exigência das patentes (art. 55º CPI). O raciocínio é semelhante para os modelos de utilidade, em que, apesar de a novidade objectiva poder ser relativa, quando não são efectuadas buscas, os modelos de utilidade estão sujeitos a reclamação. Na indústria da moda há mais *re-workings*, ou seja, adaptações, do que situações de novidade. Mas o argumento mais relevante talvez seja o facto de o processo de concessão das patentes e modelos de utilidade ser muito demorado e dispendioso, sendo o retorno incerto. Ou seja, esta demora não se adequa muito à indústria da moda (em sentido estrito), que tem um ciclo de vida sazonal, curta e com

modelo de utilidade é flexível na sua relação com as patentes. A pedido do requerente, a invenção submetida a protecção por modelo de utilidade pode ser objecto de protecção por patente (ou vice-versa), pelo que o requerente dispõe do prazo de um ano para proceder à apresentação sucessiva de um pedido de patente ou de modelo de utilidade. Mais desenvolvidamente, consulte-se GONÇALVES, L. M. COUTO, Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 35-126 e pp. 347-353. ROCHA, M. V., Portugal, 104, HENDRICKX, F (ed.) International Encyclopaedia of Laws, cit., pp. 111-159; SILVA, P. SOUSA e, Direito Industrial, Noções Fundamentais, cit., pp. 8-96; página web do INPI, www.inpi.pt. (último acesso em 29.05.2017). Sobre as patentes em matéria de moda, GOTTLIEB, G., “Design Patents, Utility Patents and Trade Secrets”, (eds. JIMENEZ, G. C. e KOLSUN, B.) Fashion Law, A Guide for Designers, Fashion Executives & Attorneys, cit., pp 59-62. Todavia, na Proposta de Lei 132/XIII do novo CPI, que se esperava ser aprovado em 29 de Setembro de 2018, facto que não aconteceu dadas as manifestas imperfeições do mesmo, considera-se sempre necessária a análise dos requisitos substantivos, também em matéria de modelos de utilidade. A manter-se esta solução, os modelos de utilidade deixarão de ter qualquer interesse entre nós. Para a leitura da Proposta veja-se <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634842734d544d794c56684a53556b755a47396a&fich=ppl132-XIII.doc&Inline=true> (último acesso em 28-09-2018).

retorno incerto³⁷. De qualquer modo, pode haver interesse em patentear (ou proteger através de modelos de utilidade) novas técnicas de fabrico de tecidos, por exemplo, por serem mais macios, não se sujam, serem mais amigos do ambiente, absorverem melhor o suor, oferecerem menos resistência à água, etc.

3.2.2. Modelos e Desenhos

Os modelos ou desenhos desempenham um papel muito importante na protecção da moda. Podem ser protegidos desde que se trate de um modelo ou desenho novo (novidade relativa), com carácter singular e aplicável a um produto (cf. art.º 173ºss). O desenho ou modelo protege as características da aparência da totalidade, ou de parte, de um produto. Essas características podem respeitar a aspectos como linhas, contornos, cores, forma, textura ou os materiais do próprio produto ou da sua ornamentação.

Podem ser protegidos os desenhos ou modelos que preenchem, cumulativamente, as duas condições: novidade, em sentido objectivo, e carácter singular. Para que um desenho ou modelo possa ser registado, não pode ser confundível com qualquer outro produto anterior (cf. arts. 176º, 177º e 178º CPI)³⁸. Podem ser registados os desenhos ou modelos que, não sendo inteiramente novos, realizem combinações novas de elementos já conhecidos. O INPI só realiza exame quanto aos requisitos de novidade e carácter singular quando invocados por terceiros em

37 Neste sentido RAUSTIALA ,K., SPRIGMAN, C., “The Piracy Paradox” cit., pp-1704-1705.

38 A exigência dos dois requisitos parece redundante. Bastaria a exigência do carácter singular. Na verdade, para que o “utilizador informado” analise se o produto se confunde com outro anterior, é pressuposto que haja novidade. Pode dizer-se que o legislador não se contentou com a novidade, que se afere por comparação par a par, mas quis ser mais exigente, impondo que o “utilizador informado” (que não é o simples consumidor, mas também não tem que ser o perito na área) descubra algum tipo de criatividade no produto, que poderá ser maior quanto menor forem as imposições técnicas para o produto desempenhar a função a que se destina. Ou seja, o legislador quer algo mais do que a simples novidade objectiva. Mas, assim sendo, não bastaria o requisito do carácter singular?

reclamação (daí a novidade ser relativa)³⁹.

Aqui várias questões são relevantes. Em primeiro lugar, a moda aparece naturalmente com uma tendência natural para ser protegida através de modelos e desenhos, uma vez que estes protegem a ornamentação, mas também pode haver uma protecção cumulativa através dos modelos ou desenhos e os direitos de autor. Muitas empresas *start-up* que poderiam estar protegidas por direitos de autor, por a criação de moda estar protegida pelo direito de autor, sem necessidade de qualquer registo, optam pela protecção através dos modelos ou desenhos para garantir a novidade em sentido objectivo, uma vez que, de acordo com a posição que defendemos, os direitos de autor não protegem a novidade em sentido objectivo, tanto mais que são territoriais e não registados. A falta da obrigatoriedade de registo casa mal com a exigência de novidade objectiva, mesmo que relativa. Isto implica que, se não houver uma protecção através da Propriedade Industrial, seja a nível nacional, comunitário, ou internacional, a novidade não está garantida. Por isso, é usual uma *start-up* começar por requerer uma protecção via modelos ou desenhos, que, no máximo, garante um exclusivo de 5 anos a partir do pedido, com sucessivas renovações de 5 anos até ao limite de 25 anos e, passado este período, caducando o modelo ou desenho, estando o produto já estabelecido no mercado como pertencente àquela empresa, depois continue a protecção via direitos de autor, designadamente contra a reprodução e transformação (cf. art.º 68º CDADC), até ao final do prazo de protecção, que, em matéria de direitos de autor abrange, em regra a vida do autor mais 70 anos a contar de um de Janeiro do ano seguinte ao da sua morte, no contexto da União Europeia (cf. arts. 30º ss CDADC, ou de 50 anos a contar da sua morte, por aplicação da Convenção de

39 Mais desenvolvidamente, consulte-se GONÇALVES, L. M. COUTO, Manual cit., pp. 129-167; GOTTLIEB, G., “Design Patents, Utility Patents and Trade Secrets”, (eds. JIMENEZ, G. C. e KOLSUN, B.) Fashion Law, A Guide for Designers, Fashion Executives & Attorneys, cit., 55-59; RIBEIRO, B. Q., “A tutela jurídica da moda pelo regime dos desenhos ou modelos”, Direito Industrial, Vol. V., (2008), p. 483 ss; ROCHA, M. V., Portugal, 104, HENDRICKX, F (ed.) International Encyclopaedia of Laws, cit., pp. 205-228; SILVA, P. SOUSA e, Direito Industrial, Noções Fundamentais, cit., pp. 97-118; página web do INPI, www.inpi.pt, (último acesso em 29-05.2017).

Berna). Reconhecemos que o prazo de protecção por via dos Direitos de Autor na UE é excessivo, mas, preenchidos os requisitos de protecção como obra, todas as obras devem ter o mesmo tratamento, sejam ou não utilitárias, de acordo com a legislação em vigor.

A protecção da moda por esta via é particularmente interessante porque na moda interessa muitas vezes mais a estética do que a funcionalidade do produto. Embora a generalidade dos produtos tenha uma funcionalidade prática (com a excepção da bijuteria), não é este o princípio que move a moda. Os estilistas criam peças que procurem despertar algo no consumidor, apelando sua sensibilidade estética. É importante projectar nas peças tendências, estilos apelativos, que levem o consumidor à compra. Este propósito é cumprido, sobretudo pelos elementos exteriores. Pelo que a protecção do *design* através do registo dos modelos ou desenhos é de especial interesse para a moda⁴⁰.

Todavia, o registo do modelo ou desenho é demorado e implica custos, com retorno incerto, com uma protecção de 5 anos a contar do pedido com renovações sucessivas até 25 anos. Este sistema não se adequa bem à indústria da moda, que é sazonal, com mudanças de 6 em 6 meses, ou até de mais curto prazo.

No âmbito da UE, o Regulamento/CE/6/2002 do Conselho, de 12 de Dezembro de 2001, é um precioso diploma porque veio, por um lado, permitir um regime unificado dos modelos e desenhos na UE para que, como consta do Considerando 7, haja uma maior eficácia na protecção, no sentido de promover a excelência da produção comunitária, encorajando os processos de inovação para que surjam novos produtos e possam ser lançados investimentos produtivos.

Por outro lado, para além do sistema tradicional de protecção do modelo ou desenho, sujeito a registo, com a duração que pode chegar a 25 anos, com as sucessivas renovações de 5 anos, idêntico aos modelos e desenhos nacionais, foi criada uma importante inovação introduzida pelo art.º 1, que se traduz num modelo ou desenho comunitário não registado, que concede uma protecção gratuita automática, gratuita, que

40 Desenvolvidamente, RIBEIRO, B. Q., “A tutela jurídica da moda pelo regime dos desenhos ou modelos”, cit., p. 483 ss.

nasce a partir do momento da publicação ou divulgação do produto na UE, com uma duração de três anos, com protecção contra a cópia (*copyright approach*), desde que preenchidos os requisitos tradicionais da novidade objectiva (relativa) e do carácter singular.

Este último modelo de protecção adequa-se às indústrias sazonais, dispensando custos. Para sectores de actividade que têm um ciclo de vida económica curto, como a indústria ligada à moda, é juridicamente suficiente esta protecção - três anos é mais do que suficiente - e protege-se o produto desde a sua publicação ou divulgação, salvaguardando-o apenas contra a reprodução não autorizada, numa aproximação ao sistema do direito de autor. Para os produtos com vida comercial tendencialmente curta, como é o caso da moda, a necessidade de registo para efeitos de protecção é um procedimento não idóneo e excessivo, atento o facto de que estes bens, em regra, se destinam a ficar no mercado por períodos inferiores a um ano.

3.2.3. Marcas

As marcas são particularmente valiosas em matéria de Direito da Moda. A marca é um sinal ou conjunto de sinais, que identifica no mercado os produtos ou serviços de uma empresa, distinguindo-os dos de outras empresas concorrentes (cf. art.º 222º ss CPI). Para ser protegida, como regra, a marca tem que ser registada. Também, como regra, o registo apenas protege a marca relativamente aos produtos e aos serviços especificados no pedido de registo, ou a produtos ou serviços afins, de acordo com o princípio da especialidade. Apenas as marcas de prestígio rompem com esse princípio (art.º 242º CPI). As marcas podem ser nominativas, compostas apenas por elementos verbais, como palavras, incluindo nomes de pessoas, letras ou números; podem ser marcas figurativas, compostas por elementos gráficos, como desenhos, imagens ou figuras; podem ser marcas mistas, compostas por elementos verbais e figurativos; há ainda marcas sonoras, compostas por sons que possam ser escritos numa pauta; há marcas tridimensionais, compostas pela forma do produto ou pela sua embalagem, ou por ambos; há marcas compostas

por *slogans* publicitários, que podem ser simultaneamente protegidas pelo Direito de Autor e que são cada vez mais importantes, na medida em que a publicidade é uma forma de comunicação muito persuasiva (cf. art. 222º CPI e art. 2º, nº 1, al. m CDADC)⁴¹.

Para poderem ser registadas as marcas têm que ter carácter distintivo. Não podem ser registadas as marcas compostas exclusiva ou essencialmente por elementos que descrevam os produtos ou serviços, por elementos usuais na linguagem comercial, por formas impostas pela natureza do produto, ou formas do produto necessárias à obtenção de um resultado técnico ou formas que lhe confirmam um valor substancial. A cor única não pode ser protegida, a menos que a marca (com excepção das cores) tenha adquirido na prática comercial eficácia distintiva (*secondary meaning*). As marcas podem combinar elementos genéricos com elementos distintivos, mas apenas os elementos distintivos são apropriáveis.

Não podem ser registadas as marcas susceptíveis de induzir o consumidor em erro, nomeadamente a respeito da natureza, das qualidades, da utilidade ou da proveniência do produto ou do serviço.

Não podem ser registadas as marcas contrárias à lei e à ordem pública ou que ofendam a moral e os bons costumes, bem como as marcas que constituam infracção de direitos alheios ou que possam favorecer a prática de actos de concorrência desleal⁴².

41 Para além das marcas que se destinam a identificar e distinguir produtos ou serviços, existem também as marcas colectivas, que podem ser de associação ou de certificação. O registo da marca colectiva confere ao seu titular o direito de disciplinar a comercialização dos produtos, nas condições estabelecidas na lei, nos Estatutos ou nos Regulamentos internos. Uma marca de associação pertence a uma associação de pessoas singulares ou colectivas, cujos membros o usam, ou têm intenção de usar, para produtos ou serviços relacionados com o objecto da associação. Uma marca de certificação é um sinal pertencente a uma pessoa colectiva que controla os produtos ou os serviços, ou estabelece normas a que estes devem obedecer. Este sinal serve para ser utilizado nos produtos ou serviços submetidos àquele controlo, ou para os quais as normas foram estabelecidas. Cf arts. 228º a 322º CPI.

42 Desenvolvidamente, sobre marcas, consulte-se GONÇALVES, L. M. COUTO, Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal, cit., pp. 161-344; ROCHA, M. V., Portugal, 104, HENDRICKX, F (ed.) International Encyclopaedia of Laws, cit. pp. 161-188; SILVA, P. SOUSA e, Direito Industrial, Noções Fundamentais, cit., pp. 121-242; página web do INPI, www.inpi.pt (último acesso em 29.05.2017).

Há a destacar dois desenvolvimentos muito importantes a nível de marcas na União Europeia. Após o processo de discussão que se iniciou em Abril de 2013, foram publicados no Jornal Oficial da União Europeia, nos dias 23 e 24 de Dezembro, dois novos diplomas que introduzem alterações muito importantes de registo de marcas em toda a União: a Directiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (reformulação), e o Regulamento (UE) 2015/2424 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2015, que altera o Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho sobre a marca comunitária e revoga o Regulamento (CE) n.º 2869/95 da Comissão relativo às taxas a pagar ao Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos). As alterações introduzidas ao regulamento comunitário procuram melhorar as condições para que as empresas possam aceder ao registo de marcas e proteger os seus direitos contra eventuais infracções à escala da UE, de entre elas destacando-se alterações institucionais, alterações ao nível das taxas⁴³, e alterações ao nível do pedido, exame, registo e protecção de marcas.

Entre as alterações ao nível institucional, interessa-nos destacar a alteração do nome do IHMI, que passou a designar-se IPIUE-Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (IPIUE) (*European Union Intellectual Property Office-EUIPO*); também a designação das marcas comunitárias foi alterada, passando a designar-se marcas da UE (*European Union trade marks*)⁴⁴.

Quanto às alterações a nível do pedido, do exame, do registo e protecção de marcas interessa-nos salientar o facto de ter sido eliminada a obrigatoriedade de representação gráfica da marca, o que abre um caminho, há muito desejado, para as marcas *não tradicionais*, tais como as marcas olfactivas, as marcas sonoras que não se podem representar numa pauta, as marcas tácteis e marcas gustativas, entre outras. Há muito

43 As alterações no domínio das taxas foram: a introdução do sistema “one-class-per-fee”, cf. <https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation> (último acesso em 29.05.2017).

44 Sobre outras alterações institucionais consulte-se <https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation> (último acesso em 29.05.2017).

que se desejava a protecção das marcas olfactivas, havendo mesmo lojas, como a Maximo Dutti, onde se entra e se sente um odor especial, mas esse odor não podia ser registado por não ser susceptível de representação gráfica. Com a entrada em vigor do Regulamento a marca olfactiva já pode ser protegida enquanto marca da EU. Aliás, numa visão ampla, em tempos o IHMI concedeu o registo como marca a uma bola de ténis com odor a relva acabada de cortar⁴⁵. Note-se, todavia, que a Directiva, no seu Considerando 13, mantém as sete exigências do célebre Acórdão Sieckmann⁴⁶, ou seja, que para ser marca o sinal possa ser representado de forma clara, precisa, autónoma, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objetiva. A posição do EUIPO, até hoje, tem sido muito restritiva, apenas admitindo a registo as marcas não tradicionais sonoras, ou seja, os sons que não se escrevem numa pauta. Todavia, um recente Acórdão do TJUE⁴⁷ veio surpreender a doutrina (que o critica de forma veemente), ao admitir o registo da cor vermelha das solas dos sapatos Louboutin, registo há muito desejado pelo estilista, mas sempre negado.

A nova Directiva de Harmonização vem aproximar os registos nacionais de algumas das regras que anteriormente apenas vigoravam para as marcas comunitárias, de modo a uniformizar alguns aspectos entre os vários Estados-Membros e, com isso, facilitar a actividade transfronteiriça das empresas. De entre as principais alterações introduzidas, salienta-se a eliminação da obrigatoriedade de representação gráfica da marca,

45 Outras alterações de relevo podem ser consultadas no IPIUE. O novo regulamento entrou em vigor no dia 23 de Março de 2016 (algumas alterações só começaram em vigor em Outubro de 2016), estando já em marcha no IPIUE o plano de adaptação às novas regras de todos os procedimentos, dos sistemas informáticos e das guidelines. Mais informação em <https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation> (último acesso em 29.05.2017).

46 O Acórdão Sieckmann pode ser consultado em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6b290984d11c64bca8d26e0e2b945c3d9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNah90?docid=47585&pageIndex=0&do-clang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=118770> (último acesso em 29-09-2018).

47 O Acórdão, de 12 de Junho de 2018, pode ser consultado em <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-06/cp180084pt.pdf> (último acesso em 29-09-2018).

facilitando-se a apresentação de marcas não tradicionais^{48/49}.

A marca ajuda o prestígio do produto. Daí que a indústria da moda invista bastante em policiar o uso não autorizado das suas marcas. Aliás, muitos produtos ligados à moda que são vendidos tradicionalmente em feiras de rua, mas com o advento da digitalização, na própria *Internet* são contrafacções patentes que violam o Direito de Marcas. Pode, todavia, haver uma forma mais sofisticada de cópia, que se traduz na cópia de modelos ou desenhos, ou de objectos protegidos por direitos de autor, ou por ambos, em vez da cópia de marcas, ou outros sinais distintivos. Por exemplo, a H&M ou a Zara têm as suas próprias marcas, pelo que não há, a este nível, qualquer violação do direito de marcas. Se o produto de moda não está protegido por direitos de autor ou por modelos ou desenhos, ou seja, se há uma cópia do projecto de *design* não sancionada, a marca, ainda assim, pode ser protegida.

48 Apesar de a Proposta Inicial de Directiva, apresentada em 2013, conter uma norma que determinava o fim do exame oficioso dos motivos relativos de recusa de marcas ainda efectuado por alguns institutos nacionais na UE, muitos dos esforços desenvolvidos por Portugal levaram a que se conseguisse arrear essa norma do diploma e preservar a liberdade de os Estados-Membros poderem optar por manter ou não esse exame oficioso, em função das suas particularidades e condicionalismos próprios. No dia 14 de Janeiro de 2016 iniciou-se o prazo máximo de 3 anos para que Portugal transpor esta Directiva. O novo sistema que Portugal terá que instituir, para que o INPI possa passar a proceder à apreciação da validade dos registos, terá um prazo máximo de implementação de 7 anos. Com mais detalhe, <https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation> (último acesso em 29.05.2017).

49 Para um estudo aprofundado sobre marcas, veja-se SERENS, M. COCEIRO NOGUEIRA, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Parte II, Colecção Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2007. CARVALHO, M. M., “Novas” marcas e marcas não tradicionais: objecto”, AA. VV., *Direito Industrial*, vol. VI, Almedina/APDI, Coimbra, 2009, pp. 217-245. Em pormenor, sobre marcas olfactivas, em pormenor, relatando também este caso, <https://www.slideshare.net/filipeduarte980/marcas-olfativas> (último acesso em 30.05.2017); sobre as novas marcas, referindo também este caso, veja-se também GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual cit.*, pp. 195-197. O caso pode ser consultado no *Jornal Oficial do IHMI*, 1999, p. 1238 ss e foi bastante controverso, tendo sido apenas concedido pela 2ª Câmara de Recurso do IHMI, de 11.2.1999. Inicialmente o registo havia sido negado. O registo foi concedido porque se entendeu que para preencher o requisito da representação gráfica o que importava não era o odor em si, mas descrição da marca olfactiva, argumento que não consideramos válido à luz da legislação então em vigor que exigia representação gráfica.

Uma forma interessante de protecção consiste em que o projecto de *design* integre a marca de tal forma que a marca passe a ser um elemento do *design*. Por exemplo, o xadrez distintivo da Burberry's é marca registada e muito vestuário e acessórios da Burberry's incorporam este xadrez no *design*. Há outros casos em que o vestuário e acessórios incorporam de forma proeminente uma marca na parte visível do produto. É o caso da Louis Vuitton, com um padrão coberto com a marca LV. A tendência parece ser crescente e, nestes casos, a marca pode ter uma forte protecção contra a cópia. Todavia, em muitos dos produtos de moda, em particular, no vestuário, as marcas aparecem no interior ou apenas, de forma subtil, por exemplo, nos botões⁵⁰.

Neste contexto há ainda a referir o *trade dress*, ou seja, os vários elementos que compõem a forma tridimensional do produto, a forma como o produto se apresenta ao consumidor. O *trade dress* do produto traduz-se no conjunto dos diversos elementos que compõem a confecção ou a configuração do próprio produto. Embora seja um elemento decorativo e estético, é uma forma de identificar a proveniência do produto. É um fenómeno que atinge sobretudo os produtos que têm marcas próprias, produtos com marcas de grandes cadeias distributivas.

Quanto ao *trade dress* (previsto entre nós no art. 240º CPI) há que dizer que nos EUA, originariamente, se limitava à embalagem do produto, mas os tribunais foram desenvolvendo o conceito de forma a envolver toda a imagem do mesmo, incluindo a sua forma, tamanho, cor, combinações de cor, textura, etc.. O *trade dress*, entendido em sentido lato, pode ser uma forma de, através do direito de marcas proteger cada vez mais o *design*. Todavia, por um lado o *trade dress* apenas se aplica aos aspectos estéticos, não funcionais do *design*. Por outro lado, só se protege o *trade dress* que, além de ornamental, seja indicativo da fonte. Isto não acontece muito no domínio da moda. Os consumidores podem apreciar muito um *design* de moda, mas não ligam, em regra, os elementos de um concreto *design* uma marca, a uma fonte. Isto não quer dizer que não aconteça. Por exemplo, os consumidores mais atentos, por certo que

50 RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., *The Knockoff economy*. cit., pp. 29-30;
RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., *"The Piracy Paradox*, cit., pp. 1700-1702.

associam à marca Chanel às características dos casacos Chanel. E isto acontece também com outras marcas. Por esta via, pode haver protecção do *design* através do *trade dress*, embora não *seja muito comum*⁵¹.

Não cremos que o *trade dress* possa ser entendido entre nós desta forma tão ampla. Na verdade, o art.º 240º, onde está previsto, é um artigo infeliz em todos os sentidos. Como refere COUTO GONÇALVES, trata-se de uma originalidade do nosso direito de marcas, a “imitação de marca *virtual*”⁵². A marca que o artigo considera imitada pela marca requerida na realidade não existe. O que existe é algo diverso, é um pedido de marca confundível com a apresentação do produto que pertence a outro titular. Não há qualquer confusão entre a marca registada e a marca cuja protecção se requer.

Na verdade, o que está em causa aqui é um acto de concorrência desleal e é nessa sede que a questão se deveria resolver. Mas, assim sendo, o legislador de 2003 consagra uma solução desastrosa. Ao deslocar o problema para o direito de marcas ficciona a existência de uma marca que não existe, e que se traduz na apresentação do produto em termos de embalagem e rótulo e obriga o detentor legítimo da marca a requerer uma nova marca para proteger a apresentação do produto, ou seja, o *trade dress*. A solução é inaceitável: o eventual prejudicado só pode defender-se solicitar o registo de uma marca que inclua a marca já registada mais a apresentação do produto. Fica claramente prejudicado, designadamente em termos de custos, quando a questão se podia resolver via regras contra a concorrência desleal, sendo essa a sede própria. Aliás, se o interessado recorrer o disposto no art. 239º, nº 1, al. c) resolve por completo a sua pretensão⁵³. Aquilo que se faz nos EUA resolve-se entre nós via normas

51 JIMENEZ, G. C., “A Survey of Fashion Law Key Issues and Trends”, (eds. JIMENEZ, G. C. e KOLSUN, B.) *Fashion Law, A Guide for Designers, Fashion Executives & Attorneys*, cit., pp. 13-16; MISHTAL, M., “Trademarks and Trade Dress” (eds. JIMENEZ, G. C. e KOLSUN, B.) *Fashion Law, A Guide for Designers, Fashion Executives & Attorneys*, cit., pp. 26-43; RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., *The knockoff economy*, cit., pp. 29-30. RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., “The Piracy Paradox”, cit., pp. 1702-1704.

52 GONÇALVES, L. M., COUTO, Manual cit., p. 261.

53 Com críticas contundentes à solução legislativa, GONÇALVES, L. M. COUTO, Manual cit., p. 261.

contra a concorrência desleal.

3.2.4. Outros Sinais Distintivos

Outros sinais distintivos podem também ter muito interesse. É o caso dos logótipos (art.º 304º-A ss CPI). O logótipo é o sinal adequado a identificar qualquer entidade que preste serviços ou comercialize produtos, distinguindo-a das outras. Pode ser utilizado, nomeadamente, em estabelecimentos, anúncios, impressos ou correspondência. É o modo como a entidade é conhecida junto do público. Não podem ser registados os logótipos compostos exclusiva ou essencialmente por elementos que descrevam a entidade, ou as suas características, ou por elementos que sejam usualmente empregues na linguagem do comércio, por falta de capacidade distintiva. Um logótipo composto exclusiva ou essencialmente por estes elementos apenas pode ser registado se tiver adquirido, na prática comercial, eficácia distintiva (*secondary meaning*). Sempre que estes elementos estejam combinados com elementos distintivos (palavras ou grafismos), o logótipo pode ser registado. Os elementos descritivos, genéricos ou usuais não apropriação exclusiva do respectivo titular. Não podem ser registados os logótipos que possam causar um engano do consumidor a respeito da natureza ou das características da entidade⁵⁴.

Também podem ter muito interesse as denominações de origem e as indicações geográficas (cf. art.º 305º ss CPI). Quando um nome geográfico (de uma região, de um local ou de um país), para além de informar o consumidor sobre a origem de um produto, também garante que o produto reúne determinadas características e qualidades, podemos estar perante uma denominação de origem ou uma indicação geográfica. As denominações de origem e as indicações geográficas inspiram confiança no consumidor, porque desempenham uma função de qualidade, pelo que podem ser um instrumento muito valioso para as empresas, acrescentando valor às suas marcas. Se as denominações

54 GONÇALVES, L. M. COUTO, Manual, cit., pp. 354-258; ROCHA, M.V., Portugal, 104, HENDRICKX, F. (ed.) International Encyclopaedia of Laws, cit., pp. 199-203; SILVA, P. SOUSA e Direito Industrial, Noções Fundamentais, cit., 2011, pp. 243-255; INPI, www.inpi.pt (último acesso em 30.05.2017).

de origem ou as indicações geográficas forem registadas, passam a ser um direito de propriedade industrial que confere aos seus titulares a possibilidade de reagir contra utilizações indevidas e abusivas em produtos que as desprestigiam. As denominações de origem e as indicações geográficas, para além de atribuírem ao produtor um direito exclusivo resultante da conquista de um lugar único determinado pela tipicidade e qualidade dos produtos e de conferirem um valor acrescido às marcas, são um meio privilegiado ao dispor dos seus utilizadores/titulares, pois permitem alcançar o consumidor através de critérios de exigência cada vez mais elevados em termos de qualidade e autenticidade dos produtos que adquirem no mercado. Para que determinado produto possa ser protegido como Denominação de Origem é necessário haver uma maior ligação entre o produto e a região de origem, ou seja, as suas qualidades e características devem-se, não apenas aos factores humanos, mas também, às condições naturais. Há uma interdependência entre os factores naturais e humanos e o produto. As Indicações Geográficas têm requisitos menos exigentes. A ligação do produto ao seu local de origem é muito mais ténue, bastando que a reputação ou uma determinada qualidade (e não todas as qualidades) ou outra característica (não todas as características), possam ser atribuídas à origem geográfica, sem influência dos factores naturais e humanos⁵⁵.

4. Comércio Electrónico e tutela dos Nomes de Domínio

Não podemos esquecer que hoje há dois mercados de moda. Para além das lojas físicas, o comércio electrónico tornou-se fundamental e está em constante crescendo. Isso acontece em diversos sectores, mas também adquiriu particular relevância em todas as áreas da moda. Aliás, neste âmbito podemos ter três realidades. Há empresas que vendem no mercado tradicional das lojas físicas, mas vendem simultaneamente na *Internet* e a nível mundial, como é o caso das grandes empresas de retalho;

55 GONÇALVES, L. M. COUTO, Manual, cit., pp. 358-364; SILVA, P. SOUSA e, Direito Industrial, Noções Fundamentais, cit., pp. 276-306. INPI, www.inpi.pt (último acesso em 30.05.2017).

há pequenas empresas que vendem apenas na *Internet*, sobretudo através das páginas do *Facebook*, e há empresas que, embora não vendam *online*, têm uma página *web* para anunciar as lojas físicas onde estão presentes. São cada vez mais escassas as lojas que não têm uma qualquer ligação ao comércio electrónico, e cada vez surgem mais lojas virtuais. Neste contexto, é de importância fundamental o registo dos nomes de domínio da empresa. Não podemos esquecer que o estabelecimento comercial no domínio electrónico é a página *web* ou página de *Facebook* em que são apresentados os produtos. Também é muito importante o *Website* da empresa que funciona como o seu estabelecimento comercial virtual e pode ser protegido de várias formas, designadamente, seja por direitos de autor, seja por direitos privativos da propriedade industrial, seja via direito *sui generis* do fabricante da base de dados.

5. Regras contra a Concorrência Desleal

A protecção também pode ser efectuada através das regras contra a concorrência desleal, entre nós prevista nos arts. 317º e 318º CPI, mas que se aplica transversalmente no âmbito do Direito de Autor. Inclusive, parece-nos que o regime contra a concorrência desleal deveria integrar um diploma próprio, dada a sua transversalidade. De entre os vários actos de concorrência desleal, tem, desde logo, particular interesse a protecção dos segredos de indústria e de comércio (art. 318º CPI) que foram alvo de recente intervenção comunitária, através da Directiva da Directiva (UE) 2016/943, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho, relativa à protecção de *know-how* e informações confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais. Os segredos comerciais são, cada vez mais, uma das formas mais utilizadas pelas empresas para protecção da criação intelectual, sendo valorizados ao ponto de serem utilizados como complemento ou como alternativa aos direitos da propriedade industrial. A Directiva procura harmonizar dentro da UE os níveis de protecção de que devem beneficiar o *know-how* e informações de natureza confidencial. O regime jurídico pretende ainda

reforçar a protecção actualmente existente para os segredos comerciais, instituindo um conjunto de mecanismos civis que, sem colocar em causa os direitos e liberdades fundamentais ou o interesse público, permitam prevenir e reprimir práticas ilícitas neste domínio. Os Estados-Membros terão até 09.06.2018 para transpor esta nova Directiva para os respectivos ordenamentos jurídicos internos⁵⁶.

De qualquer modo, há outros tipos de concorrência desleal muito comuns no âmbito da moda. O mercado da moda é um dos mercados onde existe mais concorrência desleal. Pelo elevado *cash flow* que os bens desta categoria e, mais amplamente os bens de luxo pessoal geram, e pela relativa simplicidade com que os processos de contrafacção e imitação parasitária são possíveis por parte de terceiros, nomeadamente pertencendo a outras economias. Inclusive o fenómeno é mais intenso em fase de recessão económica⁵⁷. As formas mais usadas de concorrência

56 Em pormenor sobre os segredos de negócio, GOTTLIEB, G., “Design Patents, Utility Patents, and Trade Secrets”, (eds. JIMENEZ, G. C. e KOLSUN, B.) *Fashion Law, A Guide for Designers, Fashion Executives & Attorneys*, cit., pp.63-65; SILVA, N SOUSA e, “A proposta de Directiva em matéria de segredos empresa: estado e propostas” APDI (org.) *Revista de Direito Intelectual (RDI)*, 2 (2014), pp. 259-305; SILVA, N. SOUSA e SILVA, “Um Retrato do Regime Português dos Segredos de Negócio”, *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, 75, Janeiro /Junho (2015), pp. 223-257.

57 Desenvolvidamente, BERGAMASHI, M., “Imitatizone e concorrenza nell’abbigliamento di moda: un’interpretazione economico-aziendale della normativa vigente”, Paper numero 98, Dicembre 2009, Dipartimento di Economia Aziendale, Università degli Studi de Brescia, pp. 1-26, em especial, pp. 1-7. O autor demonstra com estatísticas que as economias mais afectadas com as crises globais de 2007/2008/2009, no âmbito do vestuário, variaram. As vendas na Europa baixaram discretamente graças à abertura de vários pontos de venda nos mercados emergentes do leste, como a República Checa, a Rússia ou a Hungria; o mercado dos EUA foi particularmente penalizado por causa da crise dos canais distributivos, as denominadas department stores; o mercado japonês foi afectado pela recessão em 2009; os mercados emergentes da Ásia Oriental cresceram, sendo a China o mercado com maior aumento de vendas. O mercado do vestuário de luxo foi afectado, sobretudo pelo fenómeno do down-trading dos consumidores no confronto com as marcas de prestígio (premium brands). As mulheres diminuíram as aquisições de bens com elevado conteúdo simbólico e os homens reduziram as roupas de luxo. Nos períodos analisados o autor observou uma uniformidade de comportamentos dos consumidores a nível global: menor propensão para a aquisição de produtos de luxo e consumos menos ostensivos, adiando o seu consumo a médio prazo; procura do valor intrínseco, por exemplo, moldes artesanais, fios finos; incremento

desleal traduzem-se no uso de sinais distintivos de outros (que também viola o direito de marcas e de outros sinais distintivos), a imitação servil e a criação de confusão por outros meios. A imitação servil existe quando a empresa concorrente não se limita a copiar os elementos funcionais de um vestuário, por exemplo, porque esses não estão protegidos contra a cópia, uma vez que deles depende a funcionalidade do produto, mas imitam o corte, os tecidos, as combinações de cores, os padrões, os moldes e desenhos. Outros actos de confusão conseguem-se quando o consumidor atento, mesmo sabendo que se trata de uma imitação, compre com a finalidade de induzir os outros a pensar que se trata de um original, dado que a cópia é tão bem efectuada⁵⁸. Caso não haja protecção pelo Direito de Autor ou pelos modelos ou desenhos, os *look alike ou knockoff*, se forem cópias ilícitas, podem ser subsidiariamente protegidos através das normas contra a concorrência desleal. O aspecto é idêntico, mas o preço é muito mais baixo pela ausência de custos de pesquisa, desenvolvimento e comercialização das peças. Estas imitações, uma vez que são realizadas à escala industrial, têm cada vez melhores técnicas que permitem a elevada qualidade do produto, cuja venda se espalha a nível global através do comércio electrónico. No *look alike* a marca não é imitada, mas pode ser indevido por parte da empresa que copia desfrutar do investimento da empresa cujos produtos são copiados, que gasta em investimento e desenvolvimento dos bens e na sua publicidade. Normalmente são imitados os produtos de consumo *fast moving*, ou seja, bens de uso comum das grandes cadeias de distribuição, mas também as casas de moda de alta-costura são copiadas sem contrafacção da marca e mediante canais de distribuição não especializados.

A deslealdade está no aproveitamento indevido do investimento e da notoriedade e prestígio dos produtos da marca que são copiados.

de reutilização de produtos adquiridos no passado (chic-onomic); incremento da despesa em falsos, seja contrafeitos, seja imitações de bens de luxo, aspecto que nos interessa destacar. Os consumidores de 2007 a 2009 tentaram fazer o shop in your closet, reutilizando, muitas vezes com novas combinações, produtos adquiridos no passado. As eventuais novas aquisições foram de poucos produtos-chave ou acessórios, ou produtos de linhas mais abaixo dos produtos de luxo, seja de produtos da segunda ou da terceira linha.

58 Mais desenvolvidamente, BERGAMASHI, ob. cit., pp. 11-13.

Nos *look alike* ou *knockoff* pode haver uma exploração da confiança que, em regra, o produto de marca imitada tem, uma vez que esta consegue comunicar à sua clientela o seu diferencial qualitativo relativamente a produtos similares⁵⁹. A força do *look alike ou knockoff* deve-se a uma associação entre os produtos, que até pode ser inconsciente, e se o for, é subliminar e, portanto, ainda mais perigosa. O imitador consegue, desta forma, uma atenção para os seus produtos que, de outro modo, não teria. Pouco interessa que o produto imitado tenha uma marca própria, distinta do produto imitado. Ele obteve um apoio ilícito e desleal⁶⁰.

6. Direito da Publicidade

A Publicidade tem um papel fundamental na moda, no sentido de a dar a conhecer, pelo que se aplicam à moda, todas as normas relacionadas com o Direito da Publicidade, em particular, os princípios da verdade e da licitude, da protecção contra a publicidade enganosa e da protecção dos direitos do consumidor. As empresas de moda gastam milhões em anúncios publicitários em todos os tipos de suportes, pelo que há que salvaguardar esse investimento, desde que lícito, através das diversas normas relativas ao Direito da Publicidade⁶¹.

59 BERGAMASHI, ob. cit., pp. 14-15.

60 BERGAMASHI, ob. cit., p. 15 e nota 25; Sobre a Concorrência desleal em geral, leia-se GONÇALVES, L.M. COUTO, Manual, cit, pp. 365-393, autor que demonstra a importância da distinção entre os dois modelos de concorrência existentes, entre nós o modelo profissional, mais restritivo porque apenas tutela os interesses privados dos concorrentes, e o modelo social, que tem como pioneira a Alemanha, e que se estendeu a outros regimes como o espanhol, em que a concorrência desleal deixa de ser vista como um instituto destinado a resolver conflitos entre concorrentes, para passar a ser um instrumento de condutas no mercado, protegendo ao mesmo tempo os interesses dos consumidores e o interesse público do bom funcionamento do mercado; leia-se ainda SILVA, P. SOUSA e, Direito Industrial, Noções Fundamentais, cit., dando conta dos diversos conceitos de concorrência e afirmando, de acordo com posição com a qual concordamos inteiramente, que a Disciplina da Protecção contra a Concorrência Desleal não faz parte do Direito Industrial, pp. 315-342.

61 Com mais detalhe, sobre o Direito da Publicidade, veja-se AMORIM, ANA CLARA, AZEVEDO, de, A Tutela da Lealdade nas Relações de Mercado, A propósito do ilícito publicitário, Coimbra, Almedina, 2017; MARTÍNÉZ ESCRIBANO, C., HERRERO SUÁREZ, C., MARTÍN GARCIA, L., HÉRNADEZ-RICO, J. M., Derecho de la Publicidad, LEX NOVA, THOMSON REUTERS, Madrid, 2015.

7. Tutela do Direito *sui generis* do Fabricante das Base de Dados

As criações de moda são, em geral, apresentadas através de catálogos, seja *online* (o que é a situação normal), seja *offline*, seja em simultâneo (ex.: revista La Redoute). Na medida em que estas bases sejam criativas, podem ser protegidas, entre nós e na UE, através do direito de autor sobre as bases de dados. Em todo caso, independentemente dessa protecção e mesmo para bases de dados não criativas, existe a protecção do direito *sui generis* do fabricante das bases de dados⁶².

8. A incidência da pirataria na moda

O fenómeno da pirataria, em geral, mas no âmbito particular da moda, está amplamente difundido, atingindo os direitos centrais que protegem a moda, ou seja, o *design*, quer sob a forma de violação de direitos de autor, quer sob a forma de violação dos modelos e desenhos e as marcas. A violação dos direitos de autor e da propriedade industrial, já habitual nas feiras, tornou-se num verdadeiro mercado paralelo, graças também ao comércio electrónico, que facilitou muito a circulação das falsificações. Dada a deslocalização da produção para a China, ou outros países do Sudeste Asiático, onde a mão-de-obra é barata e o sistema de protecção de Propriedade Intelectual é muito frágil, se é que existe. É fácil que os projectos e as peças aí fabricadas saiam facilmente do contexto do segredo das empresas europeias e norte-americanas que para aí deslocam toda ou parte da produção, e sejam apropriadas por empresas locais, que a custo zero, em termos de *know-how*, pois que se baseiam na imitação, fabricam peças concorrentes a preços incrivelmente mais baixos. De entre os países do Sudeste Asiático, a China lidera a contrafacção, sendo a responsável por cerca de 70 % da contrafacção a nível mundial. Mas

62 Cf. Decreto-Lei 122/2000, de 4 de Julho, que transpôs a Directiva 96/9, relativa à protecção jurídica das bases de dados. Em pormenor, na doutrina, destacamos BOUZA LOPEZ, M. A., *El Derecho Sui Generis del Fabricante de Base de Datos*, REUS, Madrid, 2001; VENÂNCIO, P. D., *O direito sui generis na protecção jurídica de bases de dados (texto policopiado)*, UCP, Escola de Direito do Porto, Porto, 2007.

também há países peritos em contrafacção em zonas mediterrânicas, com liderança para a Turquia. A globalização permite que os produtos contrafeitos de origem chinesa ou outra, entrem na UE através de várias alfândegas mais débeis, como é o caso, em Itália, de Nápoles. O canal mais utilizado, normalmente, é o mar, em que os produtos contrafeitos vêm em contentores que são descarregados nestas alfândegas mais débeis. Portanto, em termos de contrafacção, não apenas está organizada a produção, como também a distribuição. Quanto aos pontos de venda, para além das tradicionais feiras, bancadas em festas populares, vendas nas praias e vendas em lojas físicas, hoje em dia a contrafacção não se faz apenas em canais de venda *físicos*, porque se podem adquirir com facilidade produtos contrafeitos através da *Internet*. Aliás, a *Internet* constitui um dos canais preferidos, graças, também, à possibilidade de anonimato. É frequente o recurso às lojas *online*, uma vez que a Directiva do Comércio electrónico⁶³ dá origem a diversas interpretações quanto à responsabilidade dos intermediários. O problema principal do comércio electrónico está na impossibilidade física de ver o produto, que se adquire com base em reproduções fotográficas, muitas vezes retiradas directamente da casa-mãe, não permitindo ao comprador saber se o bem é original ou falso. No sector da moda o problema ainda é mais intenso, uma vez que os bens à venda são reproduções de marcas famosas e os consumidores, muitas vezes inconscientemente, mas muitas outras vezes de forma consciente e deliberada, adquirem o bem por força do valor simbólico atribuído à marca. Os operadores legais do sector sofrem, não apenas pela redução das vendas e da facturação, mas também danos ligados à sua imagem. Por isso, é fundamental, a nível de comércio electrónico, descobrir quem é que pode ser responsabilizado, distinguindo o provedor de serviços activo dos que têm uma função de meros intermediários⁶⁴. O intermediário é aquele cuja responsabilidade está limitada pelo art. 14º da Directiva 2000/31 e isso depende do papel meramente passivo, técnico e automático, com a

63 Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho do Conselho de 8 de Junho de 2000, relativa a alguns aspectos jurídicos dos serviços da sociedade da informação, em particular o comércio electrónico no mercado interno (L. 178/1, de 17-07-2000).

64 Cf. TJUE, 23 de Março de 2010, Google Adwords (C-236/08 e C-238/08).

consequência de não controlar as informações transmitidas ou guardadas na memória. Este papel, todavia, foi posto em causa na jurisprudência francesa relativamente às controvérsias de Louis Vuitton e Christian Dior Couture contra o eBay, pelo uso das suas marcas na venda mercadorias contrafeitas. O eBay, que baseia os seus próprios lucros no número de transacções efectuadas, não pode ser considerado um simples provedor de serviços, invocando a limitação da sua responsabilidade tal como é concedida a simples intermediários. Em ambos os casos o gestor do *site* da *Internet* foi considerado parte fundamental das transacções entre vendedores e potenciais adquirentes e condenado⁶⁵. Mas as decisões estão longe de ser líquidas, embora o eBay tenha alterado o seu regulamento para garantir protecção contra a contrafacção e se tenha sempre mostrado muito colaborativo (ex.: remoção proactiva da contrafacção evidente; remoção de publicidade relativa a objectos contrafeitos por relatados pelos proprietários das marcas; remoção dos *sites* de vendedores de objectos contrafeitos; colaboração com as autoridades legais, de modo que os contrafactores sejam perseguidos penalmente; aplicação de limites de venda para os objectos maioritariamente expostos à contrafacção; limitação das actividades dos vendedores de determinadas categorias; fornecimento de instrumentos gratuitos para os proprietários de direitos que permitam identificar a de modo eficaz a publicidade e de relatá-la ao eBay para que sejam de imediato removidos)⁶⁶.

O modelo em que assenta a Propriedade Intelectual na UE é um modelo forte de protecção contra a pirataria. A digitalização e o desenvolvimento da Sociedade da Informação, com a difusão das obras e dos direitos da propriedade industrial em rede, implicaram, o surgimento de novos Tratados, Regulamentos e Directivas para fazer face aos desafios tecnológicos, em particular na área do *software*, da indústria da música e

65 Trib. Com. de Paris, 30 de Junho de 2008, Louis Vuitton Malellier v. eBay, <http://www.zdnet.fr/i/edit/ne/2008/06/jugement-LVMH-ebay.pdf> (último acesso em 30.05.2017); Trib. Com. de Paris, 30 de Junho de 2008, Christian Couture v. eBay, <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-commerce-de-paris-1ere-chambre-b-jugement-du-30-juin-2008/> (último acesso em 30.05.2017) .

66 Vide <http://pages.ebay.com/help/policies/overview.html> e <http://pages.ebay.com/seller-center/listing/create-effective-listings/vero-program.html> (último acesso em 30.05.2017).

da indústria audiovisual. No âmbito dos direitos de autor, consagraram-se dispositivos tecnológicos de protecção e de informação para a gestão dos direitos de autor e direitos conexos, regulados em Portugal, como nos restantes países da União Europeia, de acordo com os Tratados OMPI 1996 (respectivamente, arts. 11º e 12º do Tratado sobre Direito de Autor e arts. 18º e 19º do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas) e a Directiva 2001/29/CE⁶⁷, relativa à harmonização de determinados aspectos dos direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação (arts. 6º e 7º). Inclusive, as medidas de protecção e os sistemas de informação foram regulados de forma tão intensamente protectora que colocam em causa o equilíbrio entre a protecção e as utilizações livres, criando um paradoxo, em que na sociedade da informação os utilizadores podem ficar pior do que na era analógica, por não lhes ser permitida a retirada das medidas de protecção e os sistemas de informação e gestão, mesmo para usos livres sem que cometam um crime com pena de prisão até um ano ou multa (cf. arts. 217º a 228º CDADC) ⁶⁸.

67 Doravante designada por InfoSoc.

68 Desenvolvidamente, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed. Madrid, tecnos, 2007, pp. 2047-2051, em comentário ao art. 160º TRLPI; LEITÃO, L. M. TELES MENEZES, *Direito de Autor*, cit., pp. 368; ROCHA, M. V., *Dispositivos tecnológicos de Protecção, Informações para gestão electrónica de direitos e utilizações livres no Direito Português: um desequilíbrio em desfavor dos utilizadores*, *Actas de Derecho de Industrial y Derecho de Autor*, (ADI,) 33 (2012-2013), pp. 429-446. VICENTE, D. MOURA, “Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção”, APDI/ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, VII, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 506 e ss. Na prática, todavia, a efectivação dos direitos não se realiza em todos os países da EU, porque se há países onde a vigilância é menos apertada, pelo que raramente alguém é criminalizado, ou há menos propensão para bloquear conteúdos ilícitos, noutros países, como na Alemanha, essa vigilância é muito apertada. Mais, é muito discutível, no contexto da UE e mesmo em Portugal, o que são utilizações privadas lícitas e o que são utilizações públicas, ilícitas.

No âmbito do Direito de Autor, com raras excepções, Sociedade da Informação actual traduz-se nos excessivos prazo de protecção concedidos aos autores e titulares de direitos de autor, bem como, mais recentemente, aos produtores e artistas musicais, pela transposição da Directiva 2011/77/UE do parlamento Europeu e d Conselho de 27 de Setembro de 2011 que alterou a Directiva 2006/116/CE relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos (os artistas

musicais e os produtores de fonogramas passam a ter um prazo de protecção dos seus direitos patrimoniais de 70 anos a contar da data da primeira divulgação).

Com uma duração excessiva, a comunidade é privada desproporcionalmente de desfrutar de bens culturais que ficam em regime de monopólio privado até à queda no domínio público. Para OLIVEIRA ASCENSÃO, por exemplo, o facto de a duração dos direitos patrimoniais de autor a nível comunitário ser já a vida do autor mais 70 anos contados a partir de 1 de Janeiro do ano a seguir à morte deste, é manifestamente excessivo. Tanto mais que a protecção poderá atingir 150 anos ou mesmo mais, basta pensarmos numa obra realizada na juventude de um autor que morre muito velho. Podemos acrescentar as situações de colaboração, em que o prazo começa a correr após a morte do último de uma série de colaboradores, e este morre em idade propecta. Temos que concordar que se trata de um absurdo. Isto, todavia, não é privativo do Direito de Autor. Como salienta o autor, o problema de fundo está na forma como se perspectiva o domínio público. Este não deve ser visto “como um cemitério de obras que perderam valor comercial: é antes o destino normal das obras, quando se esgotam as razões de atribuição de protecção autoral”. Desta forma, há todo o interesse em que tais obras/prestações estejam disponíveis no domínio público, de modo a fomentar a criatividade e a evolução da comunidade. Aliás, no contexto da UE, as restrições à concorrência traduzidas nos direitos de exclusivo (economicamente, monopólios individuais) apenas se justificam porque a tutela da criatividade e do investimento que potenciam são benéficas, mas só enquanto forem benéficas. O ponto de partida e de chegada é sempre o da liberdade de acesso e uso dos bens culturais, cumprida a função autoral que justifica a concessão de exclusivos por um dado período, função essa também ressalvada no art. 42º, nº 2 da Constituição. E isto também para protecção dos próprios consumidores. A hipertrofia dos direitos de autor, dos direitos conexos e do direito sui generis do fabricante da base de dados, em que se protege o investimento na organização de informação, faz-se sempre à custa da liberdade da concorrência e da protecção do consumidor. Com mais pormenor, ASCENSÃO.J. de OLIVEIRA, “A questão do domínio público” Estudos de Direito de Autor e Interesse Público, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2008, p. 23 ss.

A nível do direito industrial, a duração já é mais aceitável, 20 anos a contar do pedido para as patentes, 6 anos com duas renovações de 2 anos cada, ou seja, 10 anos para os modelos de utilidade, 25 anos para os modelos ou desenhos registados, com a limitação dos 3 anos para os modelos ou desenhos comunitários não registados. Quanto aos sinais distintivos, devem acompanhar todo o percurso da duração da empresa ou produto/serviço, pelo que têm uma duração indefinida.

Na União Europeia, a Directiva 2001/29 (InfoSoc) harmonizou vários aspectos do direito de autor e dos direitos conexos no mercado interno, em especial na sociedade

Há países em que se corta o acesso à *Internet* quando há uma violação, tornando os utilizadores em info-excluídos. Contam-se entre estas iniciativas a Lei HADOPI, em França⁶⁹ e Leis SINDE e LASSALLE⁷⁰, em Espanha⁷¹, projectos PIPA⁷² e SOPA⁷³ e Tratado ACTA⁷⁴.

A violação, tanto de direitos de autor como de direitos da propriedade industrial, pode implicar crimes, com molduras penais excessivamente elevadas, em especial no caso dos direitos de autor, contra-ordenações e responsabilidade civil. Há também sanções acessórias,

de informação, prevendo no seu art. 5º um conjunto de 21 limites e excepções ao direito de autor que implicaram alterações ao nosso art. 75º CDADC. Tais excepções e limites são taxativos, e devem respeitar a regra dos 3 passos da Convenção de Berna. De qualquer modo, são limites e excepções bastante insatisfatórios, porquanto a maioria não se aplica no âmbito da sociedade da informação, ainda, por constituírem uma lista não obrigatória, o que implica que não haja harmonização dentro da UE em matéria de utilizações livres, como seria imperativo, porque não fica claro o que sejam usos privados e usos públicos, havendo forte incerteza a este nível e conflitualidade a este nível, por último, porque não é certo se deve ou não haver uma interpretação restritiva destas excepções e limites, pese embora seja essa a orientação preconizada pelo TJUE, o próprio tribunal já adoptou critérios mais flexíveis. Urge uma revisão desta Directiva. Aliás, a Directiva sobre obras órfãs surgiu, para colmatar a rigidez desta enumeração taxativa, sobretudo quando interpretada de forma estrita, e os prazos excessivos de protecção (Directiva 2012/28/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro). Questiona-se se não seria melhor adoptar na UE um regime mais próximo do sistema de Copyright anglo-americano, contemplando o *fair use*, em vez de uma lista taxativa. Em pormenor, PEREIRA, A.L.DIAS, “O novo regime das obras órfãs”, *Revista de Direito Intelectual*, 1, (2016), p. 31 ss; RENDAS, TITO, “Fair Use Na União Europeia (ou os estereótipos das Copyright Wars)”, *Propriedades Intelectuais*, 3 Junho (2015) pp. 26-39.

69 Para uma visão global da lei: http://en.wikipedia.org/wiki/HADOPI_law, consultada em 30.4.2016.

70 <https://hipertextual.com/2013/03/que-es-la-ley-lasalle>, consultada em 26.06.2016.

71 Para uma visão global da lei: http://en.wikipedia.org/wiki/Ley_Sinde, consultada em 30.04.2013.

72 Para uma visão global do projecto: http://en.wikipedia.org/wiki/PROTECT_IP_Act, consultado em 30.04.2015.

73 Para uma visão global do Projecto: http://en.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act, consultado em 30.04.2015.

74 Para uma visão global do Tratado, que não está em vigor por falta das necessárias ratificações: http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement, consultado em 30.04.2016.

designadamente de perda dos objectos pirateados e possibilidade de intentar providências cautelares⁷⁵.

Apesar de a cópia ser sistemática, ao contrário do que aconteceu com a indústria do *software*, a indústria musical e a indústria audiovisual, a indústria da moda apenas embarcou numa forte reacção contra a pirataria em matéria de marcas e demais sinais distintivos pirateados. Nos EUA, inclusive, o Council of Fashion Designers of America (CFDA) não menciona “Piracy” ou “IP Rights”, no seu *website*⁷⁶. Isto é apenas o resultado do que muitos, na indústria da moda, têm observado: que a liberdade de copiar é tomada como garantia⁷⁷.

Enquanto nos EUA a protecção da moda através da Propriedade Intelectual parece ser mais frágil por não estar protegida pelo *Copyright*, na UE a Directiva 98/71/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1998, inclui a possibilidade de cúmulo, total ou pelo menos em teoria, o sistema europeu é bastante mais protector.

Perante um regime fraco de direitos da propriedade intelectual, como é o caso dos EUA, e um regime forte, como aparenta ser o regime que vigora na UE, dever-se-ia notar uma influência na indústria da moda. Esta tenderia a estar estagnada nos EUA e a desenvolver-se muito na UE. Mas não é isso que acontece. Não há grandes variações de comportamento.

Além disso, o mercado é global, as empresas trabalham em todas as jurisdições, nomeadamente as com legislação menos protectora, como é o caso dos EUA, ou, aparentemente, mais protectora, como é o caso da UE. Todavia, a indústria dos EUA continua florescente e a imitação efectua-se nos dois sistemas⁷⁸.

75 A forte protecção, quer a nível de direito de autor, quer a nível de direitos da propriedade industrial resultou da transposição para o ordenamento português Directiva 2004/48/CE de 29 de Abril, do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o respeito dos direitos de propriedade intelectual, mais conhecida como Directiva do Enforcement, operada pela Lei n.º 16/2008 do DR de 01-04-08. Cf.arts. 195º a 228º CDADC e arts. 320º a 345º CPI.

76 <http://www.cfda.com>, consultado em 30.05.2017.

77 RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., “The piracy paradox”. cit. p. 1716.

78 A Internet é mundial, os direitos de propriedade intelectual são territoriais. No contexto dos direitos de autor, por exemplo, pensemos na diferença entre o fair use, próprio dos países anglo-saxónicos, e nas limitações e excepções taxativas e não harmonizadas, mesmo na UE, previstas na Directiva 2001/29/CE, do Parlamento

Note-se que nos EUA não há qualquer dogma em não proteger via direitos de autor as obras utilitárias. Trata-se apenas de uma opção de política legislativa. A protecção do edifício em três dimensões é possível desde 1990 (Architectural Works Copyright Protection Act - AWCPA)⁷⁹.

Apesar da ampla possibilidade de protecção legal na EU, não há muitos litígios na Europa envolvendo *design* de moda e podemos observar cópia em larga escala, inclusive, há empresas a vender vestuário e acessórios similares tanto na União Europeia como nos EUA. Os dois maiores *fashion copists* europeus, a H&M (de origem sueca) e a Zara (de origem galega), com centenas de lojas a retalho e de vendas *online*, são empresas europeias que, depois do enorme sucesso obtido na Europa, se expandiram para os EUA. Há poucos casos famosos de disputas em razão da pirataria em matéria de direitos de autor. As empresas normalmente actuam a

Europeu do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos dos direitos conexos na sociedade da informação (InfoSoc). Pense-se ainda na duração dos direitos patrimoniais, harmonizada na UE, por regra, de 70 anos a contar de 1 de Janeiro do ano seguinte ao da morte do autor, e das regras dos países que apenas aderiram à Convenção de Berna, com os 50 anos de protecção a partir da morte do autor. Cria-se uma enorme insegurança porque, em função da lei aplicável, o resultado pode ser completamente diverso em termos de protecção. Tanto mais que a matéria de moda há países como os EUA onde esta não é protegida através do Direito de Autor/Copyright. Seria necessária uma harmonização das leis nacionais, mediante tratados, para garantir idêntica protecção a nível global. Aliás, dentro da UE urge também harmonizar esta matéria, em função das deficiências da Directiva InfoSoc, tal como já aconteceu com as obras órfãs. Sobre as questões gerais de Direito Internacional Privado leia-se VICENTE, D. MOURA, *Direito Internacional Privado, Ensaios*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2010. Neste âmbito são particularmente importantes os Regulamentos Roma I e Roma II, quanto à lei aplicável em matéria contratual e extracontratual na UE e o Regulamento (UE) 1215/2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Quanto à questão relativamente à lei de protecção aplicável às criações de moda pelo Direito de Autor, ABREU, L. CARVALHO, “Reconhecimento e Lei Aplicável às Criações de Moda pelo Direito de Autor” cit., pp. 164-168.1

79 L. nº 101-650, 104 Stat. 5089, em vigor desde 1 de Dezembro de 1990. Deste modo, houve uma aproximação ao antigo caso *Mazer v. Stein*, de 1954 em que foi decidido que uma estatueta usada como parte de uma base de uma lâmpada podia ser protegida pelo copyright (347 U.S. 201, 1954) que protegeu uma obra artística utilitária. Desenvolvidamente, RAUSTIALA, K.; SPRIGMAN, C., “The Piracy Paradox”., pp. 1745-1751. Aliás, o que aconteceu com as obras de arquitectura aconteceu com a protecção através de um direito *sui generis* no caso da protecção Topografias dos produtos semicondutores (SCAPA, de 1984, sucessivamente alterado) e dos cascos dos barcos (Boat Hulls), (VHDP), parte do Digital Millenium Act.

um nível global, em diferentes jurisdições. A compra de retalhistas dos EUA muitas vezes ocorre na UE e vice-versa, sobretudo quando estamos perante o comércio *online*. A diferença nas regras jurídicas aplicáveis não tem efeito na prática que regula a inovação e a concorrência em cada uma das jurisdições.

9. A mudança na Indústria da moda causada pela Impressão 3D

Por enquanto, as possibilidades da impressão 3D na moda ainda são limitadas, sobretudo pela falta de materiais, e os custos que ainda envolve a impressão 3D de uma peça de moda, mas a situação está a mudar rapidamente⁸⁰. A tecnologia 3D tem um desenvolvimento tão rápido que é apenas uma questão de tempo até as peças de moda poderem ser impressas em variadíssimos materiais e por preços bastante mais baixos. Quanto mais baratas e usáveis no dia-a-dia forem as peças de moda impressas em 3D, maior será o crescimento do mercado para este tipo de bens. Actualmente já há vários *designers* a experimentar, plataformas *online* onde se podem adquirir peças de moda em 3D, sobretudo no âmbito dos acessórios, e plataformas 3D onde é possível imprimir os ficheiros CAD efectuados em casa. Num futuro próximo, quase toda a gente terá capacidade monetária para comprar uma boa impressora 3D e imprimir os seus *designs* em suas casas. A indústria da moda tem que se adaptar a esta nova realidade, nomeadamente vendendo ficheiros CAD, de modo a que os consumidores possam imprimir peças autênticas e não copiadas, em vez de as comprarem nas lojas. Além disso, é desejável que as empresas de moda estejam associadas a plataformas de impressão 3D, que podem fornecer os ficheiros, permitir a sua adaptação ao concreto consumidor, ou/e fornecer os serviços de impressão 3D. Estamos a assistir ao emergir de um novo mercado da indústria da moda.⁸¹

A tecnologia 3D vem revolucionar a forma como até hoje tem funcionado a indústria da moda.

80 Veja-se DAGIRMANJIAN, J., “The future of 3D Printing and Sustainable fashion”, Purible, 22-09-2014, www.purible.com/stories/3Dprinting (consultado em 27.09.2018).

81 Cf. HALTEREN, J. L. A. F. von, *Conterfeiting cit.*, pp.19-20.

9.1. Retorno ao *taylor-made*

A primeira mudança tem a ver com facto de podermos passar de uma indústria quase totalmente baseada no pronto-a-vestir (*prêt-a-porter*) para uma indústria baseada em peças moldadas ao corpo e gostos de cada um. Com a impressão 3D volta-se ao *taylor-made*, às peças feitas à medida, personalizadas (*costumised*). Numa evolução em espiral, não voltamos propriamente ao passado, ao tempo em que as costureiras nos faziam os vestidos por medida, picando-nos de vez em quando com os alfinetes, nem aos alfaiates tradicionais, todos com as suas máquinas de costura, mas a máquina de costura, substituída pela impressora 3D, permite, com menos custos e muito maior versatilidade, passar do *prêt-a-porter* para o *taylor made*. A impressão 3D traduz-se numa técnica brilhante para fazer protótipos muito rapidamente e para passar dos protótipos para as peças a ser vendidas, sendo as mesmas personalizadas em função do corpo e das escolhas do consumidor. O *software* de modelação 3D permite que as roupas (ou calçado) inovadoras se adequem a cada pessoa para se ajustarem perfeitamente ao seu corpo. Inclusive, a modelagem 3D na moda para a impressão 3D tem mais semelhanças com a arquitectura, com o modelar um edifício arquitectónico, do que com a modelagem de roupas em tecido tradicional. É só passar as medidas para o *software* e modelar o que se tiver em mente. Com os filamentos em TPU de plástico flexível, podem ser projectadas roupas com as formas mais incomuns, mantendo a flexibilidade do tecido. Cristiano Ronaldo (CR7) usa as suas chuteiras em impressão 3D, feitas à medida⁸². Manda produzir as chuteiras em 3D com base na podologia robotizada. Primeiro são analisadas as características do pé, perna, joelhos; a partir daí detectam-se padrões de lesões para as evitar. As chuteiras com o recurso à impressão 3D são mais leves, totalmente personalizadas, flexíveis e adaptadas aos pés de CR7. Outro exemplo é a coleção Outono Inverno 2018, em que o director criativo da Balenciaga, Demna Gvasalia, usou a impressão 3D

82 <https://guiadoboleiro.com.br/2016/03/16/chuteira-cristiano-ronaldo-nike-mercurial-superfly-v-mais-rapida-da-historia/> (consultado em 28.09.2018).

na alta-costura⁸³. Gvasalia usou scans 3D do corpo das modelos num programa CAD para atingir a modelação (*tailoring*) que desejava. Os scans em 3D foram impressos em 3D, moldados e fundidos com uma espuma leve, os *tweeds* e os veludos foram colados à espuma para criar os casacos acabados, impressos em 3D. Gvasalia afirma que isto é apenas o começo e que a impressão 3D tem um potencial imenso para inovar, sobretudo quando se fazem parcerias com pessoas que não são da área da moda, como é o caso de arquitectos, informáticos, e outros.

A pioneira da Impressão 3D foi a *designer* holandesa Iris Van Harpen, que já desde 2009 imprime roupas em 3D, sem costuras, com peças cada vez mais elaboradas e maleáveis⁸⁴.

A XYZ Workshop criou o famoso vestido InBloom, numa impressora Ultimaker 3D, com plástico PLA, reinventando a moda, mais uma vez, através de impressão 3D⁸⁵. O inBloom levou 450 horas de impressão, 1,7 kg de plástico flexível de 2,85 mm e o tecido foi criado a partir de um desenho floral geométrico. O projecto para download gratuito encontra-se em www.youmagine.com.

Há várias empresas a vender sapatos impressos em 3D online que se podem adaptar às necessidades de cada um, de entre elas destacamos a Continuum⁸⁶ e a United Nude.⁸⁷

9.2. Diminuição dos custos de transporte

Outra mudança na indústria da moda que a impressão 3D

83 <https://www.youtube.com/watch?v=W5evvgRRFHI&t=195s> (consultado em 28.09.2018).

84 Cf. VIGUIÉ, C., “Impression 3D et le Droit d’Auteur”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur (RIDA)*, 242, 2014, p. 48 e p. 52; sobre a impressão 3D no Direito de autor veja-se o nosso ROCHA, M. V. “Impressão 3D e Direito de Autor” *Revista Electrónica de Direito (RED)*, FDUP, Junho, (2017), pp. 1-29. Veja-se também <https://www.youtube.com/watch?v=BC7zUQljysc> (consultado em 28.09.2018).

85 <http://www.xyzworkshop.com/> e <https://www.youtube.com/watch?v=o2hR3UY7i3I> (consultados em 28.09.2018).

86 <http://continuumfashion.com/shoes.php> (consultada em 29.09.2018).

87 <https://www.unitednude.com/> (consultada em 29.09.2018).

permite é a quase dispensa de transporte. Há uma aproximação entre produção e consumo, com dispensa dos intermediários, em especial, as transportadoras. Uma empresa pode criar a peça em duas dimensões, ou seja, o concreto ficheiro CAD e mandar imprimir a peça no lugar da sua sede. Pense-se numa empresa no Porto, Portugal, local onde está a sede, que pode criar concretos ficheiros CAD de um determinado modelo de sandálias e basta ter uma impressora 3D com qualidade para imprimir as sandálias no Porto e uma pequena equipa para controlar a qualidade. Se a empresa do Porto quiser abrir uma filial em Hong Kong e outra no Brasil, pode fazê-lo sem grandes custos, bastando enviar por *e-mail*, por exemplo, os concretos ficheiros CAD das sandálias para esses países, que chegam lá quase instantaneamente e lá apenas são precisas de impressoras 3D e de qualidade e de uma pequena equipa que controle a produção para que as peças em 3D aí sejam produzidas. A distribuição passa a ter um âmbito muito mais restrito, quando comparado com o que acontece agora, em que se procuram os países onde a mão-de-obra é mais barata para fazer as diferentes partes de uma peça, podendo os tecidos ser comprados, por exemplo, na Índia, o corte ser efectuado na China, os fechos e os botões serem cosidos no Bangladesh, e a totalidade da peça ser montada em Portugal. Ou seja, para tornar as peças com preços competitivos, uma mesma peça pode ser fabricada em várias partes do mundo, onde a mão-de-obra é mais barata e depois escolhe-se um país, de mão-de-obra igualmente barata, onde a peça é montada. Tudo isto envolve múltiplos custos de transporte. No contexto da impressão 3D a fábrica mãe pode ter cadeias de distribuição muito mais reduzidas, sobretudo se optar por comercializar as peças *online*. Já podemos antever aqui vantagens em termos de custos e grandes resistências por parte dos intermediários. Mas não podemos perder de vista que a ideia final em toda a área da impressão 3D é fazer coincidir o produtor com o consumidor, ou seja, o Produtor e o Consumidor passarem a coincidir. Daí a expressão “Prosumer”: Producer/Consumer, sem intermediários. Embora não estejamos numa fase tão avançada, já se nota a menor necessidade de intermediários e a possibilidade de o consumidor poder participar no processo de fabrico, por exemplo, pedindo à empresa que a

peça seja modelada ao seu corpo e escolhendo personalizar a peça a partir da escolha dos materiais, combinação de cores, entre outros aspectos. Em resumo, a menor complexidade da cadeia de produção e distribuição, possibilitada pela democratização da impressão 3D (as impressoras 3D, caídas as patentes ou modelos de utilidade, por decurso do prazo, são cada vez mais baratas, o mesmo acontecendo a quedas das patentes ou modelos relativamente aos materiais), fará, por certo, baixar os custos de produção e venda.

9.3. Diminuição da mão-de-obra indiferenciada

O novo modelo de produção, como acontece com a generalidade das indústrias tecnológicas, requer menos mão-de-obra indiferenciada. Todavia, na fase actual em que poucas são as peças que se fazem por completo em 3D, é ainda necessária mão-de-obra para ligar as partes impressas em 3D (imagine-se um vestido impresso em 3D, mas em que é necessário aplicar decorações, ou uma carteira impressa em partes que é necessário juntar). Embora grande parte da mão-de-obra indiferenciada seja desnecessária, ainda é necessária mão-de-obra que, todavia, poderá ser do próprio país onde a peça é produzida. Ou seja, é possível antecipar a necessidade de mão-de-obra do próprio país (ex.: portuguesa), havendo, assim, mais postos de emprego nos países industrializados, uma vez que as peças são deslocalizadas dos países onde tradicionalmente são feitas, como o Bangladesh, o Paquistão, a Índia, o México, ou mesmo a China, para onde hoje as peças são montadas. Portanto, a mão-de-obra continuará a ser necessária para os acabamentos e para controlar a qualidade das peças. Para além disso, como a forma de moldar uma peça de moda se torna cada vez mais parecida com uma obra de arquitectura (incluindo as fases bidimensional e tridimensional), e como cada vez mais são necessários meios informáticos, surgem equipas multidisciplinares que englobam *designers*, arquitectos, engenheiros, especialistas em informática, gestores, economistas, entre outros, todos eles envolvidos de algum modo na realização da peça de moda. Não podemos ainda esquecer os contributos dos consumidores que, em muitos casos, se podem tornar co-autores,

desde que a empresa de produção de moda assim o permita. É natural que surjam resistências por parte dos trabalhadores indiferenciados e respectivos sindicatos.

9.4. Uma indústria da moda mais amiga do ambiente

Em quarto lugar, a indústria da moda baseada na tecnologia 3D é mais amiga do ambiente porque é menos poluente. Desde logo, porque a técnica usada é aditiva e não subtrativa, pelo que não há desperdícios, ou há muito menos desperdícios. Além disso, porque permite que materiais, como plásticos que são uma praga, sobretudo nos oceanos, sejam reciclados e convertidos em filamentos flexíveis, que serão a matéria-prima usada na indústria da moda, sem prejuízo da possibilidade de se utilizarem materiais biodegradáveis e de reciclar as próprias peças impressas em 3D. A impressão 3D tem o potencial para ter um impacto positivo no meio ambiente porque todos os plásticos flexíveis podem ser reciclados e alguns materiais usados também são eles próprios biodegradáveis; além disso não há desperdício porque a tecnologia é aditiva e também se podem prever as quantidades a produzir. A Adidas, a Nike e a New Balance, entre outras, fazem já há alguns anos sapatilhas em 3D e a Adidas em 2018 colocou no mercado umas sapatilhas e peças de vestuário desportivo que cumprem com os requisitos da moda sustentável, uma vez que usou plásticos reciclados no Oceano Atlântico⁸⁸. Há que ter cada vez mais em conta este aspecto, dado que a indústria da moda é uma das mais poluentes e tem que mudar.

9.5. Aproximação da indústria da moda ao mundo virtual

Na medida em que as criações se fazem em ficheiros CAD e em que as aquisições se fazem *online*, designadamente em plataformas 3D, que permitem a compra através do *download* dos ficheiros, ou a partilha dos ficheiros, ou que permitem a impressão nas plataformas 3D, há

⁸⁸ https://www.youtube.com/watch?v=D_p0twaHvZc&t=4s (consultado em 28.09.2018).

uma aproximação de uma indústria, tradicionalmente física, à realidade virtual. Cada vez mais se desmaterializa esta indústria.

9.6. CONCLUSÃO

Em conclusão, quanto a este ponto, a tecnologia 3D está em constante evolução e tem permitido aos estilistas experimentarem diferentes formas e materiais, criando objectos que não podem ser feitos através das máquinas de costura. Desde que a tecnologia o permita, os limites são os da imaginação. O que travou a rápida entrada da impressão 3D na moda, ao contrário de outros sectores (veículos automóveis, construção civil, aeronáutica, etc.), foi precisamente a desadequação da tecnologia 3D inicial à moda, que exige leveza, flexibilidade, conforto. Mas as tecnologias têm evoluído rapidamente, graças à evolução dos rígidos filamentos iniciais para os filamentos flexíveis, filamentos elásticos TPU e TPE, que permitem produzir roupas muito confortáveis. No âmbito dos acessórios de moda, estas novas tecnologias utilizadas possibilitam uma riqueza inimaginável, com formas nunca anteriormente atingidas. O limite é a imaginação do estilista, *designer*, ou do próprio consumidor que fabrica e consome.

10. A impressão 3D potencia o aumento da pirataria na indústria da moda

A mudança de paradigma na indústria da moda que a impressão 3D permite, potencia, ao mesmo tempo a pirataria já existente. Basta um *hacker* ter acesso ao ficheiro para a cópia se verificar. Acesso esse instantâneo, com a possibilidade de disseminação também instantânea e para todo o mundo do ficheiro copiado.

Podemos pensar que os problemas de *enforcement* são mais complexos em matéria de direito de autor, dado que os direitos de autor não estão sujeitos a registo, pelo que quem imprime em 3D terá dificuldade em saber se a fonte em que se baseia é lícita.

Há também dificuldades em admitir a legalidade da criação de ficheiros CAD, a sua disseminação *online* e a impressão 3D para efeitos

estritamente privados, dado que dificilmente se cumprem os três passos da Convenção de Berna (entre nós previstos no art.º 75º, nº 4 CDADC), porque, em regra, sempre será afectada a exploração económica da obra e os interesses do seu autor. O mesmo acontece em matéria de direitos privativos da propriedade industrial, em que o uso privado é permitido, apenas sendo abrangida a impressão com finalidade económica ou comercial (cf. art.º CPI). Portanto, os bens pirateados podem ser impressos pelos consumidores para usos privados e nada pode ser feito contra isso. Apenas poderá ser intentada uma acção caso o consumidor tente comercializar o bem. Todavia, como dissemos acima, esta norma tem que mudar porque os lucros das empresas já são afectados a partir do momento em que o consumidor decide imprimir os bens falsificados em vez de comprar os autênticos⁸⁹.

Esta situação apenas poderá ser evitada tornando ilegal a impressão 3D deliberada de falsificações, mesmo em ambiente privado. De qualquer forma, será difícil identificar a actividade ilegal e conseguir o *enforcement*. Poderá ter, contudo, o efeito preventivo de assustar os consumidores que pretendam imprimir réplicas falsificadas. Também deverá ser considerada ilegal a actividade dos compradores que deliberadamente comprem bens pirateados. Tornar a compra ilegal, embora seja muitas vezes difícil de fazer a prova, também conduzirá a que os consumidores pensem duas vezes antes de comprarem um bem pirateado. Aliás, a recepção já é crime, pelo que esta solução não é novidade e já está prevista e punida na lei⁹⁰.

Uma importante forma de diminuir a pirataria seria considerar que os ficheiros CAD que contêm a obra, ou qualquer direito privativo da propriedade industrial, deviam ser protegidos, uma vez que não têm autonomia e assim alargar-se-ia a protecção do conteúdo ao ficheiro. Pela nossa parte, cremos que entramos num domínio em que se deve esbater a tradicional distinção entre o suporte e o imaterial nele incorporado. Uma vez que o concreto ficheiro CAD incorpora o bem imaterial, que depois será impresso em 3D, transformando-se num objecto tridimensional

89 No mesmo sentido, HALTEREN, J. L. A. F. van, Counterfeiting cit., p.42.

90 *Idem, ibidem*.

(tal como acontece na arquitectura, em que também existe uma fase bidimensional e uma fase tridimensional), cremos que o próprio ficheiro deve ser protegido pelo Direito de Autor e pelos diversos direitos privativos da Propriedade Industrial. Ou seja, o próprio ficheiro CAD deve ser considerado obra, modelo ou desenho, marca ou outro sinal distintivo, patente ou modelo de utilidade. A ser assim, parece-nos ser mais fácil a protecção via Direito de Autor, uma vez que não depende de registo, pelo que se trata apenas de uma questão de interpretação doutrinal e/ou jurisprudencial, do que a protecção do ficheiro através dos direitos privativos da Propriedade Industrial, uma vez que, entre nós, em regra, o registo é constitutivo. Quando o CPI refere a protecção pela patente ou modelo de utilidade, pelos modelos ou desenhos, pelas marcas ou outros sinais distintivos, refere que estes direitos imateriais se aplicam a produtos. Ora, em bom rigor, o ficheiro CAD só se aplica a um produto com a impressão, ou seja, com a conversão do bem que só existe de uma forma virtual, num bem palpável, em três dimensões. Daí que se possa levantar o problema. Pela nossa parte, parece-nos que devemos fazer uma interpretação analógica e proteger os ficheiros CAD pelos direitos privativos da Propriedade Industrial. Seguindo este raciocínio, o ficheiro CAD, será protegido como marca ou outro sinal distintivo se incorpora uma marca ou outro sinal distintivo; será protegido como modelo ou desenho se incorpora um modelo ou desenho; será protegido como patente ou modelo de utilidade, integrando as reivindicações, se integrar uma invenção no domínio da técnica ou ciência. Esta interpretação fortalece a protecção do ficheiro CAD, pois que, com o registo dos direitos privativos da propriedade industrial o próprio ficheiro é abrangido pelo registo, ficando protegido. Caso assim não se entenda, então terá de surgir a possibilidade do registo do ficheiro CAD como novo direito privativo da Propriedade Industrial, associado ao registo da marca ou outro sinal distintivo, do modelo ou desenho, ou da patente ou modelo de utilidade que nele se incorporam. Pela nossa parte, defendemos que uma interpretação abrangente, mesmo que implique o recurso à analogia, nos parece preferível⁹¹. Todavia, a protecção não deverá ser excessiva, ou

91 No mesmo sentido, com mais detalhes, HALTEREN, J.L.A.F. von, Counterfeiting

seja, as peças de moda só devem ser protegidas, mesmo incorporadas em ficheiros CAD protegidos, se estiverem satisfeitos os requisitos gerais de protecção como obra, marca ou outro sinal distintivo, desenho ou modelo, patente ou modelo de utilidade. Uma protecção excessiva não é desejável, dado que pode prejudicar a concorrência que é desejável manter como aspecto essencial do desenvolvimento da indústria da moda⁹².

Algumas peças de moda podem já ser copiadas através da impressão 3D de forma rápida, barata e simples. Os contrafactores apenas têm de investir numa impressora 3D, que actualmente se obtém por preços razoáveis e em materiais que também já se obtém facilmente. Também pode ser necessário comprar uma peça para fazer o *scan* 3D ou adquirir o ficheiro CAD a terceiros, ou *hack* nos *websites* das empresas de moda. Efectuado este investimento inicial, será possível ganhar muito dinheiro imprimindo réplicas, ou com a venda dos ficheiros CAD. O ideal seria arranjar alguma forma de identificar a pessoa do comprador de impressoras 3D, mas tal será algo muito difícil de implementar, além de que nos parece uma medida excessiva, afectando a liberdade e autonomia privada⁹³. Propomos, em alternativa, que no preço das impressoras 3D um montante se destine aos titulares de direitos de autor e de direitos privativos da propriedade industrial, à semelhança do que se passa com a cópia privada, regulada, entre nós, em matéria de direito de autor pela Lei n.º 49/2015, de 5 de Junho⁹⁴. Propomos ainda que haja a protecção dos ficheiros CAD por medidas de carácter

tecnológico e por informações para a gestão electrónica dos direitos, à semelhança do que se passa no CDADC (art.º 217º ss e art.º 223ºss). Também seria interessante um sistema de autodestruição do ficheiro, uma vez usado pelos seus legítimos titulares.

A impressão 3D de peças de moda implicará um aumento do

cit., pp. 21-40, p. 43.

92 Idem, pp. 41-43.

93 Idem, p.42; Veja-se também FERRITY, C., “The Impact of 3D printing on the fashion industry”, TaylorWessing, 02-2015, www.united-kingdom.taylorwessing.com/download/articel_fashion3d_printing (consultado em 28-09-2018).

94 Com mais detalhe, leia-se https://apdsi.pt/wp-content/uploads/prev/Lei_da_Copia_Privada_-versao_consolidada-.pdf (consultado em 29.09.2018)

cibercrime, porque será normal que os *hackers* entrem nas bases de dados das empresas para copiar os ficheiros CAD e imprimir as peças de moda em 3D. Isto conduzirá ao surgimento de um mercado negro novo de ficheiros CAD. A legislação deverá tratar os ficheiros CAD como incluídos na protecção dada às obras e demais direitos privativos da propriedade industrial neles incluídos, de forma a abrangê-los⁹⁵.

Descobrir os contrafactores pode ser uma tarefa muito árdua, porque eles puderam mover-se com muita facilidade no mundo virtual e porque será muito difícil distinguir as réplicas das peças autênticas. Além disso, hoje em dia o controlo dos bens pirateados faz-se nas fronteiras. Com a impressão 3D deixa de haver controlo transfronteiriço. Deveria haver polícias especializadas para detectar este tipo de crimes. Essa tarefa, entre nós, poderia caber à ASAE, que, no entanto, deveria ser dotada de meios para o efeito, o que não acontece manifestamente no presente⁹⁶. Isto, sem prejuízo do que afirmamos acima, quanto às medidas tecnológicas de protecção, sistemas de informação e gestão de dados e eventual possibilidade de auto-destruição dos ficheiros legítimos.

Se os ficheiros são falsos e as peças impressas não passam por um departamento de qualidade, poderão surgir perigos para os consumidores. É certo que temos uma responsabilidade objectiva do produtor, mas temos o problema acima exposto de detectar quem é o produtor⁹⁷.

O mercado negro surgido com a impressão 3D conduzirá a enormes perdas financeiras no sector da moda, já hoje fustigado por essas perdas⁹⁸.

Além disso, as empresas de moda serão afectadas na sua reputação quando os bens pirateados não tiverem qualidade e os consumidores os associarem as empresas atingidas pela cópia ilícita⁹⁹.

95 No mesmo sentido, HALTEREN, J. L. A. F. van, *Counterfeiting cit.*, p. 44.

96 Em sentido semelhante, veja-se HALTEREN, J. L. A., van, *Counterfeiting cit.*, p. 44.

97 Para mais desenvolvimentos, veja-se HALTEREN, J. L. A., van, *Counterfeiting cit.*, pp. 44-45.

98 Para mais desenvolvimentos, veja-se HALTEREN, J. L. A., van, *Counterfeiting cit.*, p.-45.

99 Para mais desenvolvimentos, veja-se HALTEREN, J. L. A., van, *Counterfeiting cit.*, p. 45.

11. CONCLUSÕES

A impressão 3D traz imensas possibilidades para a indústria da moda. O papel que esta tecnologia desempenha nas nossas vidas diárias está em crescimento constante. Mais tarde ou mais cedo em cada casa haverá uma impressora 3D e isto tornará possível a impressão 3D por parte dos consumidores, que se convertem em produtores (Prosumers). O grande desafio que a tecnologia 3D coloca à indústria da moda é a pirataria. Quando a impressão 3D passa a ser acessível ao público, os consumidores são capazes de criar ficheiros CAD que contém peças de moda e que podem ser impressos em 3D, sem ser possível distinguir as réplicas dos originais protegidos, e isto de forma instantânea e disseminada a nível global. Também será possível fazer o *upload* e partilhar o ficheiro CAD que será usado para imprimir em 3D as peças pirateadas. Existe, inclusive, a possibilidade de criar negócios *online* para a vendas destes ficheiros CAD. Em resumo, há dois grandes problemas no que toca à pirataria neste contexto: a criação do ficheiro CAD (por exemplo, a partir de um *scan* em 3D ilícito de uma peça de moda protegida, ou do *hacking* de um ficheiro) e a impressão em 3D destes ficheiros, por um lado e, por outro, o *upload* e partilha destes ficheiros CAD que são necessários para a impressão 3D.

A indústria da moda já é uma indústria em que impera a pirataria, mas a impressão 3D potencia o problema.

A conclusão geral a que podemos chegar é a de que a legislação aplicável em Portugal não se adequa às necessidades e preocupações da indústria da moda, em relação com a pirataria realizada através da tecnologia 3D. Primeiro porque apenas algumas peças de moda têm capacidade para serem protegidas por direitos de autor e direitos da propriedade industrial; para além disso, porque a cópia privada é legal. Todavia, mesmo que a legislação mude, não será possível prevenir por completo a pirataria. Há que mudar a forma de fazer o negócio, tal como antes aconteceu com a indústria fonográfica e audiovisual. Portanto, mais do que lutar contra a impressão 3D, a indústria da moda deverá cada vez mais adaptar-se e ter em conta as possibilidades que a tecnologia

3D lhe proporciona, designadamente, permitindo aos consumidores a possibilidade de serem co-autores das peças, e tendo sempre plataformas 3D associadas à manufactura das mesmas. O utilizador deverá ter um fácil acesso a essas plataformas, seja para aquisição das peças nelas existentes, seja para imprimir peças por si criadas.

Quanto à Propriedade Intelectual, considerando todo o percurso tecnológico a que temos assistido, estamos convictos de que a revolução 3D constitui apenas mais um desafio e sabemos que o Direito, neste âmbito, nasceu e tem evoluído em função destas mudanças tecnológicas, pelo que, por certo, saberá adaptar-se como tem feito até hoje.

BIBLIOGRAFIA**BIBLIOGRAPHY**

ABREU, L. CARVALHO, “Reconhecimento e Lei Aplicável à Protecção das Criações da Moda pelo Direito de Autor”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, [S.l.], v. 8, n. 8, Dezembro (2016), pp. 159-168.

AKESTER, P., “Direito de Autor em Portugal, nos Palop, na União Europeia e nos Tratados Internacionais”, Almedina, Coimbra, 2013.

AMORIM, A. C., AZEVEDO, de, “A Tutela da Lealdade nas Relações de Mercado, A propósito do ilícito publicitário”, Coimbra, Almedina, 2017.

BALLARDINI, Rosa Maria, NOORGÅRD, M., MINSEN, T., “Enforcing Patents in the Era of 3D Printing”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 10, (11), (2015), pp. 850-866.

BARNETT, J. M., GROLLEAU, G., Harbi, S. el, “The Fashion Lottery: Cooperative Innovation in Stochastic Markets”, *USC Legal Studies Research Paper*, no. 08-21 (2008).

BARRÈRE, C.; DELABRUYÈRE, S. “Intellectual Property Rights on Creativity and Heritage: The Case of the Fashion Industry”, *European Journal of Law and Economics*, December 2011, Vol. 32, nº3 (2011), pp 305–339.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, “Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor”, Tecnos, Madrid, 1997.

BERGAMASHI, M., “Imitazione e concorrenza nell’abbigliamento di moda: un’interpretazione economico-aziendale della normativa vigente”, *Paper numero 98*, Dicembre (2009), *Dipartimento di Economia Aziendale*, Università degli Studi de Brescia, pp. 1-26.

BOUZA LOPEZ, M. A., “El Derecho Sui Generis del Fabricante de Base de Datos”, REUS, Madrid, 2001.

CALLAHAN, C. F., “Fashion Frustrated. Why the Innovative Design Protection Act is a Necessary Step in the Right Direction, But Not Quite Enough”, Vol. 7, nº 1, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, (2012), pp. 195-223.

CAMPINOS, A. e GONÇALVES, L. M., AAVV, “Código da Propriedade Industrial Anotado”, 2ª ed. Revista e Atualizada, Almedina, 2015.

CARRANCHO HERRERO, M^a Teresa, “El concepto de obra plástica y la impresión en 3D”, *Propiedad Intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*, ESPIN ALBA (coord.), *Colección de Propiedad Intelectual*, ROGEL VIDE, C. (Dir.), Fundación aisse, Reus, aseda, Madrid (2014).

CARVALHO, M. M., “Novas” marcas e marcas não tradicionais: objecto”, AA. VV., *Direito Industrial*, vol. VI, Almedina/APDI, Coimbra, 2009, pp. 217-245.

CORNISH, W, LLEWELYN, D., APLIN, T., “Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights”, 8ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2013.

CORREIA, A. FERRER, SERENS, M. NOGUEIRA, “A Tutela dos títulos de obras de engenho”, *Revista de Direito e Estudos Sociais (RDES)*, 13, (1987) , pp. 65-96.

CRANE, D., “Fashion and Its Social Agendas: Class, Gender, and Identity in Clothing”, University of Chicago Press, Chicago, 2012.

DAGIRMANJIAN, J., “The future of 3D Printing and Sustainable fashion”, *Purible*, 22-09-2014, www.purible.com/stories/3Dprinting (consultado em 27.09.2018).

EASTERLIN, R., “Does Economic Growth Improve the Human Lot? Some Empirical Evidence”, *Nations and Households, Economic Growth: Essays in Honor of Moses Abramovitz*, Academic Press, Nova Iorque, (1974), pp. 90-93.

ECHMANN, H., FALCKENSTEIN R. VOGEL von, KÜHNE, M., “Designgesetz”, 5ª ed. actualizada, Beck’sche Kurz-Kommentare; Band45, BECK’S, Munique, 2015.

ESPÍN Alba, Isabel, “Obras huérfanas y derecho de autor”, Thomson Reuters/Aranzadi, Navarra, 2014.

FANO, E., “La tutela del design nel mondo della moda tra registrazione e diritto d’autore: una comparazione tra Europa e Stati Uniti”, <http://www.marchiedisegni.eu/wp-content/uploads/2016/10/Tutela-del-design-nel-mondo-della-moda.pdf> (último acesso em 30. 05.2017).

FERRITY, C., “The Impacto f 3D printing on the fashion industry”, *Taylor Wessing*, 02-2015, www.united-kingdom.taylorwessing.com/download/articel_fashion3d_printing.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”, 3ª ed. Madrid, tecnos, 2007, comentário ao art. 160º TRLPI.

GKARTZOU, Eleni, KOUMOULOS, E. P. e COSTAS, A. CHARITIDIS, A. COSTAS, “Production and 3D printing processing of bio-based thermoplastic filament”, *Manufacturing Review*, 4, 1 (2017), p. 1 ss.

GONÇALVES, L.M. COUTO, “Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal”, 6º ed., 2015.

GONÇALVES, L. M, COUTO, CAMPINOS, A., ROBALO, A, ALBUQUERQUE, Carla, LOPES, Inês. VIEIRA, MARCELINO, J., RAMOS, Maria João., GUSMÃO, M., VILELA, Telmo, CAMPINOS, A., GONÇALVES, L.M. COUTO (Coords.), “Código da Propriedade Industrial Anotado”, 2ª ed. Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2015.

HAFFNER, Maria Charlotte, “3D im Urheberrecht, Eine urheberrechtliche Analyse ausgewählter Verfahren zur Bilderzeugung und -bearbeitung, zur Objectvermessung und – replication”, GRÜNBERGER, M., KLASSE, N. (Herausg.) *UFITA*, 278, NOMOS, BADEN-BADEN, 2016

HALTEREN, J. L.A.F. van, “Counterfeiting fashion through 3D Printing, The legal implications for the fashion industry”, www.core77.com/posts/24765/Computational-Couture-Software-to-Crowdsource-your-Closet (consultado em 28.09.2018).

HEGAB, HUSSIEN, A., “Design for additive manufacturing of composite materials and potential alloys: a review”, *Manufacturing Review*, 3, 11 (2016), p. 1 ss.

HEIDLINGER, R, “The Threshold of Originality under EU Copyright Law”, CO-REACH INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE NEW MEDIA Beijing Workshop, 18 de Outubro (2011), <http://www.coreachipr.org/documents/Roman%20Heidinger%202011.pdf> (último acesso em 30.05.2017).

JIMENEZ, G. C. e KOLSUN, B., “Fashion Law: A Guide for Designers, Fashion Executives, and Attorneys”, 2nd ed., Nova York, Fairchild Books, 2014.

KUR, A. e DREIER, T., “European Intellectual Property Law”, Cheltenham, Edward Elgar, 2013.

LE GOFFIC, Caroline e VIVÈS-ALBERTINI, Aude, “A impressão 3D e os Direitos de Propriedade Intelectual (1ª Parte)”, *Propriedades Intelectuais*, 3 (2015), pp. 40-55.

LE GOFFIC, Caroline e VIVÈS-ALBERTINI, Aude, “A impressão 3D e os direitos de propriedade intelectual (2ª Parte)”, *Propriedades Intelectuais*, 4 (2015), pp. 15-25.

of Intellectual Property Law and Practice, 9, 4 (2014), pp. 322-332.

LEITÃO, L.M. TELES de MENEZES, “Direito de Autor”, Almedina, Coimbra, 2011.

LI, P., MELLOR, S., GRIFFIN, J., WAELDE, C., HAO, L., EVERSON, R., “Intellectual Property and 3D Printing: A case study on 3D chocolate printing”, *Journal LIEMPD*, M. Van, “A Beginner’s Guide to 3D Printing”, www.3dprintingguide.com.nz, 2013.

LIPOVETSKY, G., “O Império do Efêmero: A moda e o seu destino nas sociedades modernas”, 2ª ed., D. Quixote, Lisboa, 2010.

MARQUES, REMÉDIO, “Biotecnologias(s) e Propriedade Intelectual”, 2 Vols., Coimbra, Almedina, 2007, p. 1237.

MARTINÉZ ESCRIBANO, C., HERRERO SUÁREZ, C., MARTÍN GARCIA, L., HÉRNADEZ-RICO, J. M., “Derecho de la Publicidad”, LEX NOVA, Thomson Reuters, Madrid, 2015.

MAX-PLANCK - Institut für Innovation und Wettbewerb, “Urheber Recht und Innovation in Digitalen Märkten. Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz”, DIETMAR, H., RETO, M. HILTY, et al., pp. 1-227.

MELLO, A. SÁ e, “Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos”, 2ª ed. Atualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, 2016.

MICALLEF, J., “Beginning Design for 3D Printing”, Nova York, Apress Media LLC, 2015.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, “Direito de Autor e Direitos Conexos”, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, “A questão do domínio público”, *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público*, Fundação Boiteux, Florianópolis, (2008), p. 23 ss.

OTERO LASTRES, “Rasgos conceptuales del diseño industrial”, FERNANDÉZ-NÓVOA/OTERO LASTRES/BOTANA AGRA (org.), *Manual de la Propiedad Industrial*, 2ª ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013, pp. 361-384.

PALMA, C., “La contraffazione del marchio nell abbigliamento e negli accessori”, Tese de Doutoramento, 2014, <http://www.studiotorta.it/premio/pdf/tesi2015/tesi/2014-CristinaPalma-Lacontraffazione-del-marchionellabbigliamento-enegliaccessori.pdf> (último acesso em 09.06.2017).

PEREIRA, A. L. DIAS, “Direitos de Autor e Liberdade de Informação”, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2008.

PEREIRA, A. L. DIAS, “O novo regime das obras órfãs”, *Revista de Direito Intelectual*, 1, (2016), p. 31 ss.

PEREIRA, A. MARIA (filho), “Título das Publicações Periódicas - alguns aspectos do seu regime jurídico”, *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, 11, 1951, p. 78 ss.

POULLIET, E., “Traité théorique et pratique des dessins et modèles”, Marchal et Billard, Paris, 1911.

RAMALHO, Ana, “Impressão 3D, Direito de Autor e outros Direitos de Propriedade Intelectual”, *Revista de Direito Intelectual*, II (2015), pp. 21-36.

RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C., “The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design”, *Virginia Law Review*, Vol. 92, nº 8, Dezembro (2006), pp. 1687-1776.

RAUSTIALA, K. e SPRIGMAN, C., “The Knockoff Economy, how imitation sparks innovation”, Oxford, Oxford University Press, 2012.

REBELLO, L. F., “Introdução ao Direito de Autor”, Vol. I, SPA/Dom Quixote, Lisboa, 1993.

REBELLO, L. F., “Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos anotado”, Âncora, Lisboa, 2002.

RENDAS, TITO, “Fair Use Na União Europeia (ou os estereótipos das Copyright Wars)”, *Propriedades Intelectuais*, 3 Junho (2015) pp. 26-39.

RIBEIRO, B. Q., “A tutela jurídica da moda pelo regime dos desenhos ou modelos”, *Direito Industrial*, Vol. V., (2008), p. 483 ss.

RIMMEN, M., “The Maker Movement, Copyright Law, Remix Culture

and 3D Printing”, *The University of Western Australia Law Review*, 41, 2 (2017), pp. 51-81.

ROCHA, Maria Victória, “Impressão 3D e Direito de Autor”, *Revista Electrónica de Direito (RED)*, FDUP, Junho, (2017) pp. 1-29.

ROCHA, Maria Victória, “A originalidade como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)* Tomo 22, (2001), pp. 339-368.

ROCHA, Maria Victória, “Contributos para a delimitação da ‘originalidade’ como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 733-792”.

ROCHA, Maria Victória, “Obras de Arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor, ALMEIDA, C.F. de/ GONÇALVES, L.M/ TRABUCO, C. (org.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 159-209.

ROCHA, Maria Victória, “A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho”, (org. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) *Congresso Empresas e Sociedades, Homenagem aos Professores Doutores Ferrer Correia*, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, (2007), pp. 167-199.

ROCHA, Maria Victória, “A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho: soluções e problemas no direito português”, *Actas de Derecho Industrial e Derecho de Autor, (ADI)*, Tomo 27 (2006-2007), pp. 353-380)

ROCHA, Maria Victória, “Protecção cumulativa do *design* como obra e como desenho ou modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português”, TÓBIO RIVAS, A. Maria/FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A. /Tato PLAZA, A. (Eds.) *Estudios de Derecho Mercantil, Libro de Homenaje al Prof. Dr.h.c.José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 883-898.

ROCHA, Maria Victória, “Dispositivos tecnológicos de Protecção, Informações para gestão electrónica de direitos e utilizações livres no Direito Português: um desequilíbrio em desfavor dos utilizadores”, *ADI*, 33 (2012-2013), pp. 429-446.

ROCHA, Maria Victória, “Portugal”, nº 104, *International Encyclopaedia of Laws: Intellectual Property*, VANHEES, H (ed.), Kluwer Law International, Netherlands, 2017.

RUIZ MUÑOZ, “Diseño Industrial y Derecho de Autor en Europa”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, (*ADI*) 27 (2006-2007), pp. 381-424.

SÁIZ GARCÍA, Concepción, “Objeto y Sujeto del Derecho de Autor”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SCAFIDI, S., “Fashion Law: Diseñando una nueva disciplina”, BELLO, KNOLL, S.I.; ECHEVARRIA, P; SCAFIDI, S. (coord), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2015, pp. 17-26.

SERENS, M. COUCEIRO NOGUEIRA, “A Monopolização da Concorrência e a (Re-) Emergência da Tutela da Marca”, Parte II, Colecção Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2007.

SCHRICKER, G., “Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht?” BECKER/LERCHE, MESTMÄCKER (Hrgs.), *Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht, Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 1994.

SHERMAN, L., “The State of Fashion Immediacy”, 2017, <https://www.businessoffashion.com> (último acesso em 30.05.2017).

SCHMOLL, A., BALLESTREM, J. GRAF, HELLENBRAND, J., SOPPE, M., “Dreidimensionales Drucken und die Vier Dimensionen des Immaterialgüterrecht”, *GRUR*, 11 (2015), pp. 1041-1144.

SILVA, N. SOUSA e, “A proposta de Directiva em matéria de segredos

empresa: estado e propostas”, APDI (org.) *Revista de Direito Intelectual (RDI)*, 2 (2014), pp. 259-305.

SILVA, N. SOUSA e, “Direitos Conexos”, texto policopiado (2015).

SILVA, N. SOUSA e, “Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu”, *Revista da Ordem dos Advogados, (ROA)*, Ano 73, Outubro/Dezembro (2013), pp. 1331-1387.

SILVA, N. SOUSA e, “Um Retrato do Regime Português dos Segredos de Negócio”, *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, 75, Janeiro /Junho (2015), pp. 223-257.

SILVA, N. SOUSA e, “Direito Industrial, Noções Fundamentais”, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

SPA (org.) AAVV, “Protecção de Título de Jornal”, SPA, Lisboa, 1989.

SPAETH, S., e HAUSBERG, “Can open-source hardware disrupt manufacturing industries? The role of platforms and trust in the rise of 3D printing”, FERDINAND, J.P., PETSSCHOW (Hergs.) *The Decentralized and Networked Future of Value Creation: 3D Printing and its implications for Society Industry and Sustainable Development*, Springer, Berlin, 2016, pp. 59-73.

TRAN, J., “The Law and 3D Printing”, *The John Marshal Journal of Information Technology and Privacy Law* (2015), p. 508 ss.

ULMER, “Der Schutz der industriellen Formgebung”, *GRUR Int.* (1959) 1, 2.

ULMER, E., “Urheber-und Verlagsrecht”.

VENÂNCIO, P. D., “O direito sui generis na protecção jurídica de bases de dados”, (texto policopiado), UCP, Escola de Direito do Porto, Porto, 2007.

VICENTE, D. Moura, “Direito Internacional Privado”, Ensaios, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2010.

VICENTE, D. MOURA, “Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção”, APDI/ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, VII, Coimbra, Coimbra Editora (2009), p. 506 ss.

VIGUIÈ, Clara, “La démocratisation des Imprimantes 3D et le Droit D’Auteur”, *RIDA* (Outubro, 2014), pp.47-164.

WILSON, “Adorned in Dreams: Fashion and Modernity”, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey, I. B. Taurus, London, 2003.

WOHLERS REPORT 2016, “3D Printing and Additive Manufacturing State of the Industry. Annual World Wide Progress Report”, Wohlerassociates, 2016.

WIPO- World Intellectual Property Organization, “Intellectual Property Handbook”, Geneva, World Intellectual Property Organization, 2008.

ZACHARIASON, R., “Blueprint Reading for Electricians”, Clifton Park, Delmar Cengage Learning, 2009.

ZARRI, BRUNI L., “La grande illusione false relazioni e felicità nelle economie di mercato”, working paper n° 39, Março de 2007, www.aiccon.it. (último acesso em 30.05.2017).



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VII Direito de Autor e Desenvolvimento e Inovação

**TÍTULO:
PROPRIEDADE INTELECTUAL, NOVAS
TECNOLOGIAS E O DIREITO DE ACESSO:
A BUSCA PELO EQUILÍBRIO EM MEIO ÀS
TRANSFORMAÇÕES PROMOVIDAS PELA
SOCIEDADE INFORMACIONAL**

Lucas Silveira Duarte



PROPRIEDADE INTELECTUAL, NOVAS TECNOLOGIAS E O DIREITO DE ACESSO: A BUSCA PELO EQUILÍBRIO EM MEIO ÀS TRANSFORMAÇÕES PROMOVIDAS PELA SOCIEDADE INFORMACIONAL

Lucas Silveira Duarte¹.

RESUMO

O presente estudo surgiu a partir da análise das polêmicas atuais envolvendo o direito de acesso à cultura e à informação em conflito constante com o direito de propriedade dos criadores. Neste sentido, parte-se da seguinte problemática: Ante ao acelerado direcionamento do consumo de bens intelectuais para o ambiente virtual, como deverão ser concebidos os novos formatos de licenciamento e compartilhamento e qual a tendência deste meio, tendo em vista o embate permanente entre direitos fundamentais vinculados diretamente à indústria criativa? A partir da coleta de dados e da exposição do posicionamento de diferentes atores do cenário, estabelece-se um cotejo sobre quais pontos o Direito da Propriedade Intelectual deve se debruçar nesta conjuntura. Desse modo, além da necessária contextualização diante da polarização existente, objetivou-se estabelecer qual a finalidade do sistema jurídico vinculado às criações diante de sua importância no que se refere à cultura e o desenvolvimento da sociedade. Para isso, analisou-se as manifestações do mercado e de seus diversos partícipes que prosseguem criando alternativas ora no sentido da permanência do engessamento do escopo protetivo envolvendo bens intelectuais, ora na direção de uma comunidade mais livre e participativa no que toca às criações. O estudo busca concluir também, sobre a viabilidade da coexistência de uma gama diversa de alternativas existentes. A legislação e a postura do mercado são dois fortes entraves para a estabilização do atual ambiente e a inserção da

1 Graduado no Curso de Direito da Universidade do Rio dos Sinos – UNISINOS. Músico, Pesquisador e Advogado nas áreas do Direito Empresarial e do Direito da Propriedade Intelectual.

tecnologia e dos recursos da rede consolidam-se como elemento novo para a indústria criativa. Neste ponto, a parte final da pesquisa aborda a tecnologia *blockchain* ante o crescimento acelerado dos debates acerca de sua utilização em prol de um sistema estável no que toca a proteção e acesso de bens intelectuais.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Acesso à cultura e à informação. *Blockchain*.

1 INTRODUÇÃO

Nada como um dia após o outro dia². O passar destes, dos meses, dos anos, das décadas e dos séculos, nos fez chegar a um momento no qual não há empecilho no ato de comunicar-se, sendo que há muito pouco a impedir quando o assunto é a troca de informações. Os reflexos destas mudanças são estudados nos mais diversos campos do saber com a finalidade de se encontrar respostas para o que está posto e o que está por vir.

Zigmunt Bauman (BAUMAN, 2007), marcante pensador desta época, constrói um conceito de liquidez para desenvolver uma linha argumentativa quanto a tal momento histórico das relações em sociedade. A academia provou estar minimamente atenta quando demonstra, gradativamente, dedicar mais e mais atenção ao pensamento construído por este importante pesquisador, o qual possui ligação direta com o presente o estudo.

No que toca ao Direito como ciência jurídica e social, as transformações em curso são indubitavelmente impactantes, tendo em vista que considerável parte da legislação foi criada com base em um momento prévio a este. A Propriedade Intelectual como ramo do Direito tem uma função bastante relevante no desenvolvimento social, por ter como escopo a circulação, a troca e, por conseguinte, a utilização de bens intelectuais das mais diferentes esferas.

2 Frase utilizada por Chico Buarque em sua música Jorge Maravilha, sendo também o título de um dos álbuns do Grupo Racionais MC's.

Como em diversos outros tópicos de debate, a discussão referente ao futuro da Propriedade Intelectual ganhou ares de polarização, sendo que conceitos políticos de esquerda e direita acabaram contaminando (mesmo que muitas vezes nas entrelinhas) os diálogos, o que é um mal para a comunidade, tendo em vista que muitos dos possíveis avanços sofrem constantes represálias diante de tanta mesmice infrutífera.

Concretamente, a importância em se discutir acerca das práticas de remodelamento das estruturas que envolvem as criações e todos os seus processos revela-se flagrante, considerando que, ao mesmo tempo em que as *Creative Commons* crescem em popularidade, as críticas e apelos *do outro lado* permanecem e o ramo tecnológico passa a desenvolver novas alternativas de controle e composição. Por isso, trata-se de se cotejar o quanto a balança tem pendido para determinado lado e quais soluções se mostram plenamente capazes de reduzir os sufocantes instrumentos utilizados pelo mercado (e não pelos criadores, na maior parte das vezes) para ver o dinheiro *entrar*. Trata-se de uma análise de viabilidade da diversidade de instrumentos.

A Propriedade Intelectual como ramo autônomo tem um papel extremamente relevante no desenvolvimento das comunidades e da sociedade como um todo (é necessário que isto fique claro mesmo que se torne repetitivo), sendo primordial entender sua real razão de existir e a sua (re)adequação em meio a este novo ambiente de convívio, sob pena de se relativizar seus fundamentos em prol de finalidades cada vez menos ligadas aos verdadeiros valores inerentes a todo e qualquer processo criativo.

A inteligência humana já se mostrou e continua se mostrando capaz de alterar cursos e transformar status, para melhor ou para pior. No presente momento, grande parte do que ocorria no ambiente físico passou a ocorrer no virtual (consumo, diálogos, circulação de informação, crimes e etc.). A entrada para o século XXI pode ser um marco interessante para a análise do que se segue, apesar de não ter sido apenas este o momento no qual a transição ocorreu. Até por que uma transição é atemporal, resultado do pensar, constante reflexo do ser e do agir.

Assim, esta grandiosa e imparável transformação, além de

consolidada, apresenta constantemente novos desafios. Aos pesquisadores da Propriedade Intelectual cabe prosseguir na análise dos fenômenos, sendo que neste estudo, o enfoque residirá exatamente na relação criador/ criação/sociedade, tendo em vista que o curso mercantilista destas relações produziu tensões que se fortaleceram nas últimas décadas.

Um criador, em grande parte das oportunidades, vive para criar, inovar, e servir o todo com suas ideias. Assumir este papel obriga o mesmo a abdicar de quaisquer outras aspirações pessoais para viver para esta nobre função. Objetivar reconhecimento é bastante digno, sendo que foi com naturalidade (como se verá adiante) que um sistema para proteger o *gênio*³ e suas obras se desenvolveu. A problemática se inicia, contudo, quando a finalidade para a qual a proteção existe já não serve mais a quem ou a quê deve servir.

Do outro lado da moeda, a evolução de uma sociedade possui como vetor propagação da cultura e da inovação para que do primeiro machado, chegássemos aos computadores de terceira geração (SILVEIRA, 2011). O acesso a bens culturais, tecnológicos e afins, é um dos pilares da humanidade. Porém, tal direito pode não justificar quando tomado à força, quando invocado contra todo e qualquer degrau que tenha que ser perpassado para se atingir devidamente o seu papel.

Tal conflito de interesses, curiosamente, possui como fundamento, em tese, a mesma finalidade: o novo. Não importa que seja inspirado pelo velho, ou que reúna elementos antes não pensados. No fim das contas, a sociedade precisa dos criadores e os criadores precisam da sociedade. A sociedade é criadora. É com base neste prisma que o presente estudo passa a se desenvolver.

Cumpra, desde já, salientar que o estudo disporá de três etapas que contextualizarão os fundamentos do estudo e as noções mais importantes para a sua devida compreensão.

3 Importante esclarecer que a expressão *gênio* é utilizada exatamente como introdução à discussão referente às noções existentes acerca da autoria e o escopo de proteção da Propriedade Intelectual.

2 O DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E A PASSAGEM PARA A SOCIEDADE INFORMACIONAL

Neste tópicO, buscar-se-á analisar de forma consistente os fundamentos da Propriedade Intelectual com um olhar voltado para fatos de sua história e para a gradativa construção de seus limites protetivos, com o fim de estabelecer pontos importantes no que se refere à relação criador/criação/sociedade. Assim, após a elucidação da problemática que envolve as funções do sistema da Propriedade Intelectual, far-se-á sua contextualização no âmbito da sociedade informacional. Nesta, novos formatos de organização do pensamento e das criações surgem, sendo importante trazê-los à análise com o intuito de confirmar a necessidade do debate.

Por fim, será o momento de fazer o cotejo entre o direito de acesso à cultura e à informação e o direito de propriedade dos criadores para estabelecer os nortes do ponto que virá a seguir, diante do aquecimento da discussão e os conflitos de interesses existentes.

2.1 A quem serve o direito da propriedade intelectual? Uma necessária contextualização

O fator central da Propriedade Intelectual é a relação consecutiva e interligada entre o autor e uma ideia; a ideia e um meio de materializá-la; e sua materialização na comunicação com a sociedade. Não há razão em se proteger uma ideia que não seja expressa de alguma forma. Não há razão, posteriormente, em o criador pleitear algum direito se não comunica a ideia materializada a algum público, por menor que ele seja. O elo em questão é a base deste ramo do Direito.

Embora seja incerto apontar qual fato histórico pode ser tratado como o propulsor da necessidade de se proteger ideias materializadas, estabelece-se correntemente que é no período da Idade Média que tal preocupação tomou corpo. O primeiro caso de proteção teria ocorrido na cidade de Bordeaux, na França (FURTADO, 1996), quando se estabeleceu uma série de privilégios direcionados a um grupo de artesãos que lidavam

com o tingimento de tecidos e lã.

No entanto, em que pese tenha sido construído um ambiente de proteção e prerrogativas a muitos dos artistas e artesãos de diferentes ramos com o intuito, em tese, de fazer crescer a produção e espalhar o desenvolvimento de diversas práticas pré-industriais, foi a invenção das tecnologias da imprensa o verdadeiro marco no que toca à construção de um ambiente de defesa dos bens intelectuais.

A prensa móvel, criada por Johannes Gutenberg em meados do século XV, foi a primeira e mais importante materializadora da propagação de ideias, que acabou por gerar a oportunidade de se realizar cópias com o intuito de comercialização ou divulgação (COELHO, 2014). Tal evento, indubitavelmente, é um grande exemplo de alteração real no desenvolvimento da sociedade.

A expressão em tese utilizada acima é relevante, pois se propõe a estudar os reais fundamentos do surgimento de políticas de proteção às criações. Inicialmente, os pesquisadores da história da Propriedade Intelectual referem que as ferramentas de controle foram estabelecidas como forma de gestão pelos governos diante da escassez das ferramentas criadas e da dificuldade em reproduzi-las (VIANNA, 2006). Portanto há, já nesse momento inicial, uma tendência outra que não proteger o interesse próprio do criador e, principalmente o de obter reconhecimento pelo que foi criado.

Em realidade, ao que parece, o que se estava a proteger era o interesse dos governos em exercer seu monopólio fiscalizador, com fins próprios da época. A invenção da imprensa gerou considerável acréscimo na preocupação das nações, pelo fato de que a escassez foi quebrada e a reprodução se tornou regra.

A partir daí, um ambiente de embates surgiu. Tanto com relação à razão de ser das práticas de proteção, quanto com relação aos limites desta. A Inglaterra é um bom exemplo da gênese do tema, tendo em vista que, com a introdução da prensa, uma concessão foi realizada pela realza, na qual uma associação de cunho literário passou não só a exercer o controle da circulação, como também a censurar o conteúdo das obras que pudessem gerar malefícios à imagem do governo que pulsava.

As primeiras legislações tiveram como alicerce os pressupostos adotados naquele embate (tanto a Lei inglesa de 1710, quanto a americana de 1790). O transcurso do tempo realoca a análise nos meandros da grande Revolução Industrial. A partir de então, a problemática da cópia e do *roubo* de ideias ganhou maior impulso. Recursos e mais recursos de reprodução passaram a ser um componente social marcante, de tempos em tempos, nos mais remotos cantos da Terra. Neste ínterim, e após uma série de discussões, foram criadas a Convenção de Paris e a Convenção de Berna, em 1883 e 1886, respectivamente (manifestações latentes do esforço mundial para uma comunidade protetiva relacionada aos bens intelectuais)(PEREIRA, 2013).

Apesar dos avanços na proteção aos criadores, os registros direcionam-nos a concluir que a pressão pelo aumento das políticas de proteção advinham da indústria, sendo importante um olhar profundo para compreender quais interesses estavam realmente em jogo. Aumentar o período de salvaguarda dos direitos é um interesse direto dos criadores? O lobby para tal aumento partiu destes? O que está posto até os dias de hoje diz o contrário. Diante da sistemática naturalmente complexa que envolve comunicar a obra ao público, o surgimento de intermediadores fez com que os mesmos construíssem o ambiente para que tivessem cada vez mais autonomia. Boa parte do que se pleiteia é sob o impulso destes, que passaram a dominar os processos criativos em todas as esferas.

Portanto, encontra-se a resposta para uma das perguntas mais relevantes da pesquisa: a quem ou a quê servem a estrutura de proteção dos bens intelectuais? Há aqui uma questão de ser e dever ser. O que deve ser: a proteção, no que toca aos criadores e sua criação, deve reconhecer que tal tarefa é extremamente nobre, a qual exige técnica, criatividade e tempo. Para isso, serve em parte como impulso a novas criações e como recompensa pelo produto inovador/cultural que foi materializado. Vide por exemplo os seguintes dispositivos: Arts. 11 e 28 da Lei nº 9.610 de 1998 (BRASIL, 1998); e Art. 6º e seguintes da Lei nº 9.279 de 1996 (BRASIL, 1996), que seguem a mesma lógica protetiva das Convenções mencionadas acima e que estabelecem quem é o autor para o sistema jurídico.

Com relação ao ser, ao que está posto, inicia-se a caminhada para

entender os pontos nos quais o tratamento legal passou a vigor. Como se sabe, o ramo da Propriedade Intelectual é dividido em dois grandes eixos: o dos Direitos Autorais e o da Propriedade Industrial. Por se tratar de uma análise que enseja na já mencionada relação criador/criação/sociedade e tudo o que envolve essa interlocução, há de se cotejar ambos em seus pontos nevrálgicos para que sejam realizados alguns levantamentos.

O que pode ser visualizado, de pronto, é que se estabeleceu uma zona nebulosa nessa cadeia de acontecimentos que concretizam o acesso pelo público. O ser (no sentido de analisar o hoje) constituiu-se em prol, na maior parte das vezes, do lucro de uma cadeia de agentes desvinculados da criação propriamente dita. Apesar de algumas manifestações de cunho pessoal, os grandes movimentos de aumento da proteção de repressão a práticas consideradas ilegais vem de grandes conjuntos empresariais, o que, por si só, é uma problemática latente para o curso do ambiente criativo.

Como se verá oportunamente, a noção de autoria passou por diversas abordagens ao longo do tempo, voltando a sofrer críticas a partir do surgimento de novas modalidades de criação e de autoria.

Os frutos da Revolução Industrial, dos movimentos dos campos para a cidade, das alterações no conceito de trabalho, moradia e convivência, conceberam uma nova realidade. Por conta disso, a lei se alterou por todo o mundo, como tentativa necessária, após um processo histórico rico, de manutenção da ordem social. O estudo do Direito Constitucional e das gerações de Direitos Fundamentais nos traz lições que servem de norte para a compreensão de tal fenômeno sistêmico da Ciência Jurídica como reflexo necessário do viver humano. Sociedade é mudança. Mudança requer adaptação. Portanto, movimentos sociais geram (ou deveriam gerar) novos movimentos jurídicos e legislativos, sob pena de se transformar uma ordem jurídica que em algum passado cumpriu o seu papel em um corpo descontextualizado, pedinte de um novo olhar.

Isto posto, se está diante hodiernamente de uma reforma cultural que migra do ambiente físico para o virtual, alterando cabalmente a relação criador/criação/sociedade. Os direitos sobre bens intelectuais, inevitavelmente, como resultado do progresso, passaram a se propagar em

um meio de compartilhamentos constantes e instantâneos, onde ideias, concepções e até novas modalidades artísticas iniciam seus movimentos. A tal contexto deu-se o nome de Sociedade Informacional (CASTELLS, 2016), ou Sociedade da Informação, dentre outras nomenclaturas existentes.

Cabe, contudo, ilustrar (DOS SANTOS, 2015):

Com base em Castells (2002) adota-se neste trabalho a noção de Sociedade Informacional, pois conforme as observações do autor, o termo Sociedade da Informação tem por ênfase o papel da informação na sociedade, o que foi crucial em todas as sociedades na história humana, enquanto que o termo Informacional indica o atributo específico de uma organização social onde a geração, o processamento e a transmissão da informação são as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às TICs.

Portanto, demonstra-se mais adequado o termo aqui utilizado. Assim, tem-se discorrido, em diversos âmbitos e com focos distintos, sobre como seria tratada essa nova dinâmica mundana trazida pela rede mundial de computadores. As inovações, por conta da velocidade e alteração real no modo como as vidas se comunicam e a própria economia gira, têm gerado opiniões de todos os gêneros.

Na perspectiva do conceito de criador, o que fora estabelecido dá indicativos da concepção adotada historicamente. O criador como centro de proteção, materializando seu *eu* nos diferentes suportes possíveis. Esta noção acompanhou a passagem dos tempos até que, em meio a Sociedade Informacional, novas práticas se insurgiram. Aproveitando-me de construções acerca da desconstrução do conceito de autoria trabalhado por diversos pesquisadores, creio ser possível chamar o fenômeno de reconstrução deste conceito (KRETSCHMANN, 2008; LINKE e SASS, 2018).

Conforme será abordado no próximo tópico, a cultura participativa adentrou os meios criativos mediante o processo de popularização das ferramentas digitais que crescem exponencialmente. Novos elementos batem a porta da Propriedade Intelectual e o escopo protetivo não abarca estes formatos de forma clara.

2.2 Direito de acesso *versus* direito de propriedade dos criadores

Em se tratando de um eventual crescimento no embate entre os direitos de acesso à cultura e à informação e os de propriedade do criador, pergunta-se: Por que fora introduzida a possibilidade/necessidade de tratamento do fenômeno referente às novas formas de autoria e criação para logo após enfrentar pontos relacionados a tal embate? Pois os fenômenos citados relativizam tanto a questão do criador como ser a proteger-se (prejudicando a incidência dos comandos normativos que tratam da matéria), como, igualmente, prejudicam a noção de propriedade dos bens intelectuais. Fez-se necessária, desse modo, tal abordagem.

De acordo com o que fora exposto acerca do fundamento da proteção dos bens intelectuais em suas diversas espécies, há um conjunto de prerrogativas reservadas ao criador, que as exerce a partir de noções bastante semelhantes ao que o direito de propriedade de bens corpóreos preleciona. Os dispositivos constantes da Lei de Direitos Autorais brasileira, bem como os da Lei do Software e os da Lei da Propriedade Industrial reservam espaço para designar quem pode exercê-los e em quais casos.

Tal sentido foi conferido previamente pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que não foi a primeira a tratar do tema. Em seu Art. 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX, garante ao autor as prerrogativas já expostas. Em complemento, o Art. 3ª da Lei nº 9.610 de 1998 (BRASIL, 1998) traz a noção de que os direitos autorais reputam-se bens móveis para os efeitos legais. O Brasil, por conseguinte, enraizou a ideia de *propriedade* no que toca aos bens intelectuais.

Concomitantemente, as leis mencionadas possuem artigos que limitariam os direitos do criador e volta e meia expõem a finalidade cultural e desenvolvimentista dos regramentos, com pressupostos que dispõem acerca da necessidade de circulação das criações (vide Art. 23, inciso V, Art. 215 e seguintes, além de outros que indiretamente confirmam esse importantíssimo lado da moeda).

A importância dada a ambas as garantias pode ser encontrada na maior parte das nações, do oriente ao ocidente. O que surge e o que se fortalece com o ambiente das tecnologias da informação e da comunicação é esse embate, tendo em vista os argumentos que são proferidos. Do lado dos defensores de uma cultura mais aberta, que afrouxe mais os ditames

legais referentes à possibilidade de acesso a bens intelectuais, há desde um momento prévio ao surgimento da internet, a ideia de que uma maior flexibilidade se tornaria condição para o desenvolvimento das artes, da ciência e da tecnologia. Mesmo havendo repressão, o curso natural dos fatos sociais leva o ser humano a quebrar tais barreiras, e só a partir dessas quebras é que se passa de uma fase a outra, com a garantia de que a inovação prevaleceria em detrimento de um conjunto de interesses privados (BARBOSA, 2015).

Todavia, a problemática que digladia com a liberdade de acesso (ou que pleiteia menor restrição), como já introduzido, possui suas razões de ser. O consumo de bens intelectuais se tornou um negócio. Isso já é fato. E, cabe esclarecer, um negócio bastante lucrativo.

Tal mercado, nos Estados Unidos, por exemplo, participa de mais de 1/3 de seu PIB, sendo este um forte argumento utilizado pelas indústrias defensoras do fortalecimento das políticas de controle e proteção dos bens intangíveis. Há no Direito Americano uma aquecida discussão com relação ao que se denomina, em linhas gerais, *Commons vs. Anticommons* (BENDLER, CAOVILO e TIM, 2011). Ou seja, uma discussão entre a viabilidade de regimes libertários e regimes protecionistas.

Para este momento o objetivo é introduzir na discussão anunciando os direitos que estão em jogo. É uma prévia do que virá no próximo tópico, onde serão analisadas os movimentos sociais (abrangendo os de mercado) que pleiteiam e buscam justificar cada um dos caminhos possíveis.

Já fora mencionado, mesmo que de passagem, que o que fomentou a discussão e gerou os maiores embates foram os abusos. Por isso, passa-se para a análise tanto dos prováveis excessos, quanto das respostas dadas.

3 OS MOVIMENTOS EM PROL DO COMPARTILHAMENTO E DA RELATIVIZAÇÃO DO ESCOPO DE PROTEÇÃO E AS RESPOSTAS DADAS PELA INDÚSTRIA

Mostra-se determinante na presente etapa a análise concreta dos movimentos que foram mencionados de forma introdutória no ponto anterior. A irresignação com o sistema legal fez com que surgisse um a

série de movimentos libertários na rede mundial de computadores. Em contrapartida, uma conjunção contínua de esforços por parte da indústria cultural *clássica* buscou, e prossegue buscando justificar as tentativas de aumento dos marcos protetivos, elevando a importância do debate de um tema com opiniões tão polarizadas, conforme já observado.

3.1 O surgimento do movimento da cultura livre como tentativa de alternância das regras do jogo

No final dos anos de 1960, Stewart Brand iniciou uma campanha para que a NASA publicasse uma foto da Terra à distância, que acabou sendo a primeira imagem do planeta sob aquela ótica. A partir daí, desenvolveu-se uma série de produções literárias em prol da liberdade de acesso às ferramentas. Os slogans criados foram propriamente nesse sentido: *access to tools* e *information wants to be free*. Daí em diante, como um movimento crítico e de contracultura, propagou-se o ideal referente à liberdade de acesso em detrimento dos lucros advindos das restrições impostas (BRAND, 2013).

A contribuição deste ativista foi tremenda para a construção do viés ideológico em questão e as expressões citadas acima dizem muito sobre os movimentos que surgiram posteriormente. O *background* do surgimento de ideias relacionadas à cultura livre e à liberdade de acesso se deu em meio ao crescimento das políticas governamentais voltadas para o aumento do escopo de proteção às criações.

Os Estados Unidos em mais uma oportunidade foram o centro da gênese desses eventos. Com o fortalecimento das leis que regem a Propriedade Intelectual, a argumentação da corrente contrária passou a se consolidar no sentido de que quanto maior a proteção e, por conseguinte, encarecimento e limitação do acesso à cultura e à informação, menor será o proveito extraído e maiores serão os prejuízos à coletividade.

No final da década de 1980, curiosamente o mesmo período no qual a internet passou a ser pensada concretamente como ferramenta pública, houve o crescimento do ideal de cultura livre, a partir do

enfrentamento, por parte de diversos personagens, de todo o aparato das grandes corporações que se beneficiavam (e continuam o fazendo) da Propriedade Intelectual, por conta dos movimentos legislativos, judiciais e econômicos em prol do fomento de um regime protetivo.

O ramo da computação, por exemplo, passou a se insurgir concretamente contra as travas legais/mercadológicas e criou o movimento do Software-livre através da *Fundação para o Software Livre*, com o surgimento de noções como o *copyleft* e os códigos-fonte abertos.⁴

O Projeto GNU liderado por Richard Stallman foi um dos primeiros atos. Criado em 1983, liberava o usuário para executar o programa, alterar seu código-fonte e distribuir cópias alteradas ou não a quem quer que fosse. Daí, diversos outros programas no curso da história passaram a se desenvolver de forma compartilhada (o Linux é um dos grandes exemplos) (GNU, 2012).

Menos de duas décadas após esses eventos, Lawrence Lessig (advogado e pesquisador e ativista da área) passou a ser uma espécie de líder do que se desencadeou. Lutando pessoalmente contra as decisões proferidas judicialmente, materializou as noções que buscava defender criando a *Creative Commons*. Além disso, redigiu algumas obras sobre a cultura livre, o que fomentou a discussão de maneira considerável. Para Lessig (LESSIG, 2004):

Se podemos entender “pirataria” como o uso de propriedade intelectual dos outros sem permissão — ainda mais se o princípio “se tem valor, tem direito” estiver correto — então a história da indústria cultural é uma história de pirataria. Todos os setores importantes da “grande mídia” da atualidade — filmes, música, rádio e TV à cabo — nasceram de um tipo de pirataria bem definida. A história recorrente é como os piratas da geração passada se uniram ao country club dessa geração — até agora.

Na primeira metade de sua obra *Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*, faz uma série de levantamentos que de certa forma confirmam a ideia exposta no fragmento acima. Para que cada nova tecnologia surgisse, as anteriores tiveram de ser utilizadas como ferramenta de cópia, espelho (com ou sem

⁴ Deve-se atentar para o fato de que há sensíveis diferenças conceituais e ideológicas no que se refere aos conceitos constantes deste parágrafo.

autorização), procurando estabelecer a necessidade de enfraquecimento do ideal protecionista.

No ano de 2001 surge a *Creative Commons*, uma organização fundada pelo próprio Lessig e criada para que a noção de todos os direitos reservados pudesse ser concebida através da noção de *alguns direitos reservados*. Nesse sentido, a organização buscou construir um ambiente de maior autonomia no que toca à relação criador/criação/sociedade, conforme o que segue (CREATIVE COMMONS, 2010):

Creative Commons ajuda você a compartilhar legalmente seu conhecimento e criatividade para construir um mundo mais equitativo, acessível e inovador. Nós liberamos todo o potencial da internet para dirigir a nova era do desenvolvimento, crescimento e da produtividade.

Com uma rede de apoio, conselho e afiliados por todo o mundo, *Creative Commons* provem licenças de *copyright* livres e fáceis de usar para tornar simples e padronizado o meio de dar ao público permissão para compartilhar e usar seu trabalho criativo em condições de sua escolha.

A estrutura criada possui 6 (seis) grandes licenças que vão desde a liberação total de circulação da obra até a que impede atribuições, obras derivadas e o uso comercial. Fato é que, em meio a estes esforços e sob a mesma justificativa, militantes da internet desenvolveram e fomentaram as ferramentas *peer-to-peer*. Qual a razão em colocar todos esses movimentos sociais no mesmo saco? Exatamente por que os criadores de ferramentas como o *Napster*, o *Piratebay* e diversos outros, expõem abertamente, com a criação destas plataformas, a ideia de que a cultura e os recursos inovadores devem ser livres e compartilhados sem restrições. A justificativa, portanto, reside sob o mesmo ideal.

3.2 O que é lícito e o que é ilícito na visão do mercado e do Direito?

Chega-se então na parte final deste tópico, que buscará realizar uma análise mais aprofundada, no curso dos estudos, sobre o status dos métodos elencados até aqui como alternativas para o sistema vigente. Cabe salientar que, apesar de cada país possuir seu regramento próprio,

as normas de Direito Internacional aplicadas à matéria unificam o entendimento atual de que o ramo da Propriedade Intelectual como protetor das criações deve ser baseado na rigidez através da construção de limites básicos no que toca a relativização dos direitos em jogo.

Os exemplos utilizados irão variar de área, pois o objetivo do estudo não é vincular-se a determinado nicho; o que está em discussão é buscar compreender sobre que prisma uma comunidade em prol do desenvolvimento da cultura e da inovação deverá se debruçar. Os apontamentos realizados até aqui serviram para trazer à tona tanto o contexto ao qual estamos inseridos, quanto os movimentos sociais que são fontes constantes de atenção da sociedade, do Direito e da Economia.

Inicialmente, com relação ao *peer-to-peer*, a questão é saber se as plataformas, por si só, constituem-se um ilícito. As ferramentas funcionam da seguinte maneira: os usuários são pares interligados que hospedam conteúdo (*upload*) e baixam conteúdo (*download*), sendo este da natureza que for. Assim, a única responsabilidade dos criadores é manter a estabilidade da ferramenta. O restante fica a cargo dos usuários, sendo que o conteúdo é disponibilizado e mantido pelos mesmos sem a existência de um servidor central (VALENTE, 2013).

O *Napster*, precursor dessa tecnologia, teve suas atividades encerradas devido à demanda movida pela RIAA (*Recording Industries Association of America*). Apesar dos esforços realizados pela empresa, não tardou para que a determinação de fechamento do serviço fosse imposta, e a ausência de recursos suficientes para se proceder à separação dos conteúdos protegidos e não protegidos sacramentou a respectiva decisão (VALENTE, 2016).

O *Piratebay*, por sua vez, segue em conflito judicial, principalmente contra a indústria do cinema e da música. Os criadores argumentam que não são responsáveis por nenhum arquivo que circula nessa rede; que a única coisa que fizeram foi construir uma ferramenta que pudesse facilitar o compartilhamento de arquivos na internet; que o ambiente virtual não pode ser comparado ao físico; e que as regras aplicadas ao ambiente físico não se aplicam ao virtual, ante a sua natureza atrelada a livre circulação⁵. O embate segue, os responsáveis já foram condenados e recorreram, e

5 Tal passagem é uma adaptação/tradução de uma das falas proferidas pelos criadores, reiteradamente, nas audiências envolvendo o caso.

o site já foi derrubado inúmeras vezes. Assim, o compartilhamento de arquivos com os viesses mencionados recebeu o carimbo da ilicitude.

Com relação aos programas de computador e seu regime jurídico, igualmente não há como se estabelecer que se trate de matéria que navega em águas mansas. O centro da questão, de forma parecida como ocorre com as plataformas de compartilhamento, é que a lei que trata da matéria é anterior a popularização do movimento de software-livre. Qual o resultado disso? Em que pese o sistema esteja em pleno vigor, apesar de críticas, tanto nos Estados Unidos (até pelo fato de ter sido lá concebido), como em alguns outros países (principalmente de *common law*), no Brasil diversas cláusulas basilares, constantes das licenças gerais, poderiam ser consideradas inválidas no país, pelo conjunto de normas que protege as relações de consumo. Um exemplo é a cláusula de isenção de garantias e responsabilidades (ESTEVEES e SASS, 2018).

Por isso, a rigidez do ordenamento prejudica a aplicabilidade do regime e coloca a Nação Brasileira mais uma vez em compasso de espera e, por conseguinte, de atraso. Nesse sentido, os formatos de software-livre e afins não estão seguramente abarcados pela legislação para fins de terem um caminho tranquilo.

No que toca às licenças *Creative Commons*, eventuais tormentas legais como as que foram mencionadas até aqui parecem ter sido contornadas. A própria organização concluiu nos primeiros anos de sua existência que uma adaptação na redação das licenças para cada país seria necessária para que o sistema pudesse se propagar. Assim, atualizou-se a plataforma com as devidas correções para que fosse possível trabalhar com tais licenças nos diferentes cantos do mundo (CREATIVE COMMONS, 2010).

Mesmo diante de inúmeros esforços, os que advogam a favor da permanência de um escopo denso de proteção sobre os direitos intelectuais constroem críticas, em que pese não haja notícias de demandas judiciais que envolvam problemas diretos com tais licenças. As críticas, o status da matéria e os resultados obtidos nos últimos anos serão temas para o último tópico.

Faz-se necessário, contudo, mencionar que um dos meios que mais fomentam a discussão referente ao embate entre o direito de propriedade

vs. direito de acesso relaciona-se com a indústria farmacêutica, com o aquecimento exacerbado dos ânimos do enfrentamento. Como o enfoque é direcionar a problemática toda para o ambiente da sociedade informacional, a menção no decorrer da elaboração do estudo será feita exatamente para fomentar os argumentos e buscar extrair conclusões a partir dos dados existentes.

Para o próximo e último tópico, restará analisar as perspectivas que podem ser extraídas dos movimentos tratados até então, a partir de algumas de suas consequências econômico-sociais. Por fim, será o momento de traçar um paralelo de todo esse conjunto de fatos com o futuro que está reservado à Propriedade Intelectual. Ao que parece, a tecnologia tende a consolidar-se como ferramenta de controle de si mesma. Isto posto, o *blockchain* precisa ser debatido (no contexto da Internet das coisas), pelo fato de que, em tese, nada do que se concebeu até então pôde ser capaz de apaziguar os pleitos.

4 OS (NOVOS) HORIZONTES PARA A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Diante tudo o que já fora exposto, pode-se estabelecer previamente a ausência latente de uma comunidade em prol da cultura que dialogue com base em um conjunto igualitário de ideais. Por isso, importante trabalhar alguns pontos sobre a divergência existente com o surgimento de algumas constatações. Mesmo com o surgimento de alternativas ao regime jurídico clássico, a efemeridade e a diversidade desses processos colocam em cheque sua viabilidade no médio e longo prazo. Por isso, em complemento, será o momento de analisar os primeiros movimentos da tecnologia *blockchain* direcionados à Propriedade intelectual para que assim a análise seja atualizada até as propostas mais recentes no que toca ao futuro da indústria criativa.

4.1 Perspectivas jurídico-econômicas: cultura livre x cultura da permissão

Chega-se ao momento no qual os balanços são feitos. Além dos balanços, um necessário olhar para o futuro. O que pode se concluir

até então é o seguinte: 1) a Propriedade Intelectual é o ramo do Direito que protege as criações do espírito, reservando direitos a seu criador nas diferentes esferas; 2) o curso das relações trouxe inevitavelmente o elemento da mercantilização com o surgimento de conglomerados empresariais que passaram a gerir os processos criativos em todas as suas esferas; 3) o surgimento de um grande mercado ensejou gradativamente num clima de insatisfação por parte de diferentes pares; 4) a insatisfação criou alternativas e a discussão de sua licitude/legitimidade vem sendo tema de grande proporção; 5) no fim das contas, tudo gira em torno dos interesses em jogo. Há o direito de propriedade em conflito com o direito coletivo de acesso, sendo que ambos possuem a finalidade de fomentar a evolução da sociedade como um todo.

Tais constatações servem de norte para a construção de novas proposições, ainda que não exatamente conclusivas. Esse embate entre cultura livre x cultura da permissão, mencionado por Lessig (LESSIG, 2004), serve para procurar compreender qual direcionamento cumpre o objetivo de garantir ambos os direitos constantes da Lei Constitucional, e qual direcionamento é, em realidade, contraproducente.

Há também a construção, em meio a tantas argumentações, da possibilidade de se refletir acerca de um ambiente híbrido, que comporte as necessidades de cada nicho. O certo é: grande parte do mercado e de seus atores continua buscando aumentar a proteção, pleiteando constantemente diante das cortes indenizações e restrições. Há, de igual forma, movimentos desvinculados da ideia de fomento direto da economia com a afirmação do interesse da coletividade em obter acesso à cultura e à inovação, mesmo que, porventura, isso sacrifique diversos dos modelos de operação pré-existentes.

Na busca realizada, concluiu-se que as Creative Commons operam em pleno crescimento. Possui atualmente cerca de 500 (quinhentos) afiliados representando a organização em 85 (oitenta e cinco) países, com mais de 1 (um) bilhão de criações registradas sob seus formatos de licença. Alguns casos por todo o mundo já confirmam a validade das licenças para diferentes casos (CREATIVE COMMONS, 2010).

Outrossim, uma série de críticas vêm sendo reiteradas acerca dessas

ferramentas, que não partem apenas do mercado. Alguns dizem que mesmo que as Creative Commons se dispusessem a ser uma ferramenta alternativa ao sistema de proteção tradicional, elas acabam funcionando baseadas estritamente na observância das regras legais e que o projeto seria um produto financiado pelas grandes corporações do Vale do Silício, perdendo, portanto, sua credibilidade por ter um norte direcionado a proteger interesses de suas investidoras (ANDERSON, 2014).

Há, também, aqueles que criticam o formato de enforcement, pois a organização não possui uma ferramenta concreta para coibir práticas não autorizadas do conteúdo protegido por suas licenças, dependendo e muito da benevolência dos participantes do ambiente virtual (ORLOWSKI, 2009). Por fim, além de diversos outros apontamentos, existem aqueles que acreditam que métodos dessa natureza desestimulam a produção de novas criações (argumento já introduzido e que será objeto de abordagem específica a seguir).

As redes de compartilhamento peer-to-peer, por sua vez, continuam sendo sufocadas pelas demandas judiciais. Fato curioso é que há uma série de pesquisas que apontam para um sentido inverso ao das justificativas que fazem com que os juízes condenem plataformas dessa natureza. Tais pesquisas, em realidade, concluem que além de o compartilhamento de dados e arquivos peer-to-peer não serem comprovadamente o fator preponderante para a queda das receitas da indústria cultural, poderiam acabar auxiliando no crescimento das rendas advindas do consumo de músicas, videogames filmes e etc (ORLAND, 2017; SANDERS, 2017).

Além disso, as plataformas de streaming surgiram para se consolidar como resposta virtual ao consumo gratuito das obras que circulam naquele ambiente (mesmo que isso não tenha, por ora, reduzido de forma cabal a utilização das redes baseadas em torrents).

A contrário sensu há o forte movimento de cunho protecionista no âmbito da Propriedade Intelectual que acabou sendo instigado pelo crescimento das TIC's (CASTELLS, 2004). Nas últimas décadas, o crescente número de projetos para o aumento do período de proteção concedido pelas leis confirmam essa noção. O fundamento base desse ponto de vista expõe que fortalecendo a Propriedade Intelectual,

concretamente estimula-se a inovação.

Pesquisas realizadas recentemente pela União Europeia confirmam a grande participação de atividades diretamente ligadas à Propriedade Intelectual, totalizando essa parcela em cerca de 42% do PIB da região (EUIPO, 2016). Nos Estados Unidos (REUTERS, 2012), as pesquisas desenvolvidas apontam para o mesmo sentido. Estes dados acabam embasando o argumento favorável à continuidade e ao aumento do controle dos bens protegidos pelo sistema da Propriedade Intelectual.

A conclusão prévia que se extrai do momento presente é a de que as partes em conflito não demonstram a capacidade de viver em harmonia. Enquanto os ativistas da chamada cultura livre prosseguirão construindo ferramentas em prol do aumento da liberdade de acesso e circulação, os que defendem a rigidez do sistema prosseguirão perseguindo as práticas que buscam relativizar o escopo de proteção. Nesse sentido, importante citar as palavras da Professora (KRETSCHMANN, 2008):

O que deve ser compreendido, em meio a tanta divergência, é que o sistema de proteção pode servir, e deve ter por escopo, justamente conciliar os interesses conflitantes, desde que concentre normas adequadas à proteção, sem exagerar no poder concedido ao seu autor ou titular. Na verdade, um sistema adequado pode servir a interesses conflitantes, basta estabelecer os benefícios de forma equilibrada. Para tanto é necessário respeitar as regras em matéria de concorrência, buscar alcançar o equilíbrio entre os interesses do mercado interno e externo, considerando que a globalização econômica tem imposto limites à própria ação política e social do governo, no âmbito da Propriedade Intelectual.

Por isso, o enfoque necessário aparenta ser a redução dos abusos de ambos os lados, embora a conclusão que se retira da análise feita até aqui é a de que os pares, por si só, não irão ceder em suas frentes.

4.2 A tecnologia como ferramenta de controle da própria tecnologia: os primeiros passos da blockchain

Em se tratando do sistema de proteção e de trocas da Propriedade Intelectual, percebe-se, de forma gradativa, o desenvolvimento de uma

nova tecnologia que seria capaz de construir uma comunidade mais equilibrada no que se refere à relação criador/criação/sociedade. Essa tecnologia denomina-se *blockchain* e parte do princípio da descentralização das etapas de transação, partindo de uma premissa de segurança baseada em um livro-razão que constrói uma base de dados mundial relacionada a estas circulações (TAPSCOTT Dan, 2016; TAPSCOTT Alex, 2016).

Neste sentido, as respectivas transações ocorrem numa relação direta entre os interessados, sem a necessidade da presença ou influência de intermediários. Curiosamente utiliza-se de redes *peer-to-peer* para engessar os processos e tornar todo e qualquer tipo de relação segura e protegida da invasão de qualquer terceiro.

Sua concepção é contemporânea ao surgimento do *bitcoin*, tendo em vista que a estrutura foi definida no código-fonte da respectiva criptomoeda (sendo importante mencionar que tal código-fonte foi lançado em formato aberto). A tecnologia passou a ser o centro das atenções de bancos, empresas e governos, e recebeu grandes investimentos do mercado financeiro nos últimos anos (CLARK, 2018).

Mas, qual poderia ser a sua relação com a Propriedade Intelectual? A tecnologia em desenvolvimento permitiria a formatação de contratos inteligentes no ambiente virtual, com o potencial de construir um ambiente de plena autonomia e segurança para os usuários, fortalecendo a estabilidade das operações e diminuindo diversos custos de operação. Todos esses possíveis acréscimos, além da construção de um banco de dados público, poderia ensejar na gênese de uma nova comunidade em prol da Propriedade Intelectual e dos bens por ela protegidos.

Importante nesse momento estabelecer que tais apontamentos não são suposições jogadas ao vento. Projetos voltados diretamente para a área em questão estão em construção, cabendo fazer algumas observações sobre o que já foi estruturado até então.

A evolução das pesquisas relacionadas à tecnologia *blockchain* ensejou sua segunda geração (chamada versão 2.0), com o surgimento do Ethereum (ETHEREUM, 2018) desenvolvido a partir de um *crowdfunding*⁶ e que disponibiliza, exatamente, recursos para execução imediata de contratos. A utilização desses recursos nas práticas envolvendo a Propriedade Intelectual vem sendo incessantemente

6 A expressão *crowdfunding* refere-se a um formato de financiamento público de projetos.

propostas e desenvolvidas sob diferentes sub formatos. Exemplos de projetos concretos que envolvem a utilização da *blockchain* voltados para as demandas envolvendo a Propriedade Intelectual são o *Bernstein Technologies* (BERSTEIN TECHNOLOGIES, 2018), o *Vaultitude* (VAULTITUDE, 2018) e o *NPER Project* (NPER, 2018).

Com o fim de estabelecer as condições sob as quais se planeja desenvolver projetos dessa natureza, utilizar-se-á das informações contidas no *whitepaper* lançado pela *NPER* (NPER, 2018). Embora seja um projeto desenvolvido na Coreia do Sul, possui como diretriz reavivar o ramo da Propriedade Intelectual em âmbito mundial, pelo fato de ser uma ferramenta adaptável aos diferentes sistemas legais existentes. Inicialmente, expôs-se acerca dos problemas enfrentados atualmente no que toca à posição ocupada pelo criador. A obscuridade das condições de licença praticadas hodiernamente e as desvantagens suportadas pelo elo ao qual todas as políticas deveriam ser direcionadas, são alguns dos exemplos mais latentes que fomentam os argumentos em prol de uma rediscussão do sistema vigente.

Para explicitar em números o status em que se encontra o ramo criativo, fez-se uma análise acerca da repartição dos lucros realizada na indústria musical, na qual em tempos de aumento do consumo via plataformas de *streaming*, 40% das receitas seriam direcionadas à plataforma, 44% às gravadoras e demais intermediários, 10% ao compositor ou arranjador e 6% aos executores. Cumpre esclarecer que tal imbróglio pode ser encontrado em outros ramos da indústria criativa, conforme alertam os criadores do *NPER*.

Além das injustiças envolvendo a repartição dos lucros, outros pontos como o alto custo nas operações de promoção das obras e a demora atrelada a tais operações, são entraves que poderiam ser solucionados a partir da construção de um ambiente sob as seguintes condições:

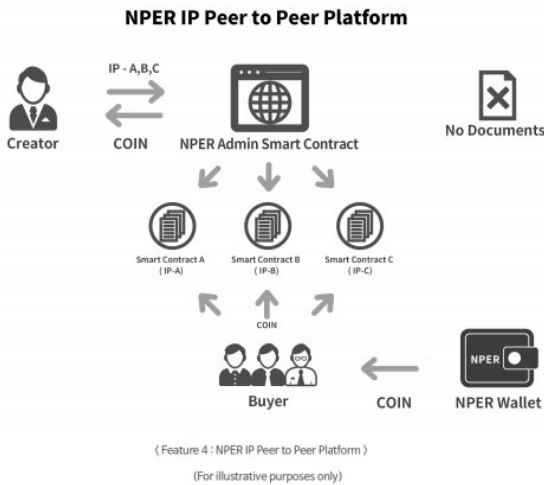
- a) a utilização dos *smart contracts* com a finalidade de dar maior segurança nas operações e meios imediatos de execução destes contratos sem a necessidade da presença de intermediários;
- b) a criação de uma comunidade em prol da Propriedade Intelectual com um ambiente aberto para contribuições e debates visando manter o

sistema em constante evolução;

c) a criação de um ambiente transparente sobre a utilização das licenças realizadas para cada bem, de forma que o detentor e qualquer interessado possa visualizar para quais fins fora utilizada determinada criação; e o desenvolvimento contínuo de uma sistemática de fomento da participação pelos interessados através de algoritmos chamados *PoS* e *PoP*.

d) o reconhecimento da peculiaridade de cada país e região e dos órgãos pré-existentes, com a possibilidade de atrelar toda a operação ao mesmo sistema.

A ilustração abaixo serve como norte para se pré-conceber o ambiente almejado:



(NPER, 2018)

A discussão sobre a viabilidade concreta de projetos desta natureza é necessária na área da Propriedade Intelectual, tendo em vista a crescente tendência no sentido da aplicabilidade de tais recursos no ambiente criativo. Mesmo que a resposta não seja de pronto definitiva, demonstra-

7 As siglas PoS (proof of stake) e PoP (proof of participation), referem-se, respectivamente, às partes de um processo de retribuição gerado pela plataforma para os usuários que contribuírem permanentemente com o desenvolvimento da comunidade.

se bastante promissor o curso desse modelo tecnológico de gestão. O cerne da discussão no presente estudo possui conexão com a viabilidade em se equilibrar a cadeia de transações envolvendo bens intelectuais, com o fim de reduzir os malefícios e evitar os abusos.

Como já repetido em diversas oportunidades, trata-se de aferir quais as arbitrariedades praticadas, principalmente com o estabelecimento da maioria do consumo no ambiente virtual. No fim das contas, o que se percebe é uma gama crescente de alternativas que buscam atingir, de uma forma ou de outra, o mesmo fim. O choque entre direitos como o de acesso e o de propriedade, neste sentido, ganham novos contornos.

Para o enfrentamento deste, alguns movimentos têm sido intentados e suas consequências carecem de um olhar atualizado. É este o olhar buscado neste estudo. Nem tudo é o que aparenta ser, e questões que envolvem cultura e inovação (tão carentes a esta nação) precisam de impulso para que saiamos dessa zona de indefinições.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo havendo diversos outros fatos e fontes para o tema proposto neste artigo, as observações realizadas serviram para alertar o leitor/interessado no ramo da Propriedade Intelectual sobre a complexidade do embate e da busca pelo equilíbrio entre o direito de acesso à cultura e à informação o direito de propriedade dos criadores, ambos legalmente assegurados.

Apesar de a finalidade da criação de um sistema legal específico para as criações intelectuais buscar, em tese, abarcar ambos os direitos supracitados, há uma forte tendência mercantil nas relações que provoca inúmeros malefícios. Um deles é a enormidade de restrições ao acesso e utilização das mais diversas formas de criação; outro, igualmente relevante, diz respeito a clandestinidade emergida exatamente do excesso de proteção. Os ares de rivalidade demonstram um potencial extremamente pequeno quando o objetivo é tornar o ambiente menos nebuloso e instável. As *Creative Commons* e diversos outros mecanismos

análogos sofrem muitas críticas, pelo fato de que, além de tudo, não há como fazer previsões acerca da viabilidade desses regimes no que toca o atingimento de suas finalidades reais no futuro.

Cumprе salientar que todas as alternativas e movimentos que vão de encontro ao sistema clássico, não possuem chancela legal e que, em permanecendo tal pendência, restará prejudicado o ambiente criativo como um todo. A cultura do compartilhamento, característica natural do ambiente em rede segue em constante crescimento, e uma série de demandas judiciais permanece encarecendo e retardando o desenvolvimento e o aprimoramento da circulação da cultura e da inovação.

O que está posto, em princípio, não aparenta possuir capacidade de se *autoestabilizar*. É diante de tudo isso que passou a se tratar da possibilidade pouco debatida até então, de se utilizar da tecnologia como ferramenta de controle e organização de si mesma. Neste ponto, a *blockchain* vêm sendo tratada como provável solução. Um regime consolidado, seguro e que possui como norte uma cultura participativa e em constante aprimoramento sempre foi a aspiração quando se fala do ambiente criativo. E é com base nessas características que surgem os primeiros projetos utilizando a referida tecnologia em prol de uma comunidade mundial da Propriedade Intelectual. O debate é complexo e está em sua gênese, mas há elementos suficientes para que as discussões prossigam.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **A propriedade intelectual no século XXI**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BAUMAN, Zigmunt. **Vida Líquida**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2007.

BERNSTEIN TECHNOLOGIES. **Terms of service**. Disponível em: <<https://www.bernstein.io/tos/>>.

BRENDLER, Gustavo; CAOVILLA, Renato; TIMM, Luciano Benetti. **Propriedade Intelectual**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

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

BRASIL. **Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013**. Lei sobre gestão coletiva de direitos autorais. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm>.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Lei de Direitos Autorais. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9279.htm>.

CARNEIRO, Rodrigo Borges. **A polêmica dos direitos autorais de execução pública x streaming de música**. Disponível em: <<http://www.go2web.com.br/pt-BR/blog/a-polemica-dos-direitos-autorais-de-execucao-publica-x-streaming-de-musica.html>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 17 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTRO, Giselda G. S.. **O caso Napster: Direito de Propriedade Intelectual em questão**. In: INTERCOM – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, XXIV Congresso Brasileiro de Comunicação. Campo Grande/MS, 2001.

CLARK, Birgit. **Blockchain and IP law: a match made in crypto heaven?** .Londres, fev. 2018. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/01/article_0005.html>.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2014.

CREATIVE COMMONS. **Independent auditors' report and consolidated financial statements**. Disponível em: <https://wiki.creativecommons.org/images/e/e3/Creative_Commons_2016_Fina_1_FS_11-8.pdf>.

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.

DOS SANTOS, Thiago Mendonça. **A sociedade informacional e seus novos valores éticos: uma análise do marco civil da internet**. In: Direito Autoral & Marco Civil da Internet. Curitiba: Gedai Publicações, 2015.

ESTEVES, Maurício Brum; SASS, Liz Beatriz. Software livre na sociedade em rede: em busca de um regime jurídico adequado. In: **Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse público**. Curitiba: Gedai Publicações, 2018. p. 231.

EUIPO. **Impact of intellectual property rights intensive industries in the european union**. Disponível em: <https://euiipo.europa.eu/ohimportal/pt/web/observatory/ip-contribution#ip-contribution_1>.

GNU. **Free software movement**. Disponível em: <<https://www.gnu.org/philosophy/free-software-intro.html>>.

KRETSCHMANN, Ângela. **Dignidade humana e direitos intelectuais: re (visitando) o direito autoral na era digital**. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial. 2008; Millenium Editora, 2008.

LESSIG, Lawrence. **Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade**. Tradução de Fábio Emílio Costa. Brasília: Editora Francis, 2016.

LINKE, Sara; SASS, Liz Beatriz. A (des)construção do conceito de autoria na contemporaneidade: quem é o autor na perspectiva das novas formas de produção cultural?. In: **Anais do XI Congresso de Direito de Autor e Interesse público**. Curitiba: Gedai Publicações, 2018.

SANDERS, Linley. **Inside the piracy study the european union hid: illegal downloads don't harm overall sales**. Newsweek LLC, 22 set. 2017. Disponível em: <<https://www.newsweek.com/secret-piracy-study-european-union-669436>>. Acesso em: 12 set. 2018.

Pereira, Márcio. **Direito de autor ou de empresário? Considerações, críticas e alternativas ao sistema autoral contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Servanda Editora, 2013.

PAESANI, Lilian Minardi. **Manual de propriedade intelectual**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Direito autoral**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

Santos, Manuella. **Direito Autoral na Era Digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Sass, Liz Beatriz. **Autoria na Sociedade Informacional: fim do gênio criador?**. In: **Direito Autoral & Marco Civil da Internet**. Curitiba: Gedai Publicações, 2015.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Manole, 2011.

TAPSCOTT, Dan; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o**

mundo. São Paulo: SENAI-SP Editora, 2016.

Valente, Mariana Giorgetti. **Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue. 2016.

VAULTITUDE. **Whitepaper**. Disponível em: <https://www.ipchaindatabase.com/assets/downloads /AVaultitude_WhitePaper.pdf>



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VII Direito de Autor e Desenvolvimento e Inovação

TÍTULO: PROPRIEDADE INTELECTUAL E MODA

**Yanka Basile Catão
Allan Rocha de Souza**



PROPRIEDADE INTELECTUAL E MODA¹

Yanka Basile Catão²
Allan Rocha de Souza³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo descortinar a propriedade cultural e intelectual, com o conhecimento prévio de que somente serão tuteladas quando atingirem à função social, no que tange à adequação (ou não) dos institutos da propriedade intelectual na indústria da moda, esta enquanto forma de comunicação, expressão e posicionamento individual e de interação social. Serão analisados os institutos da marca, desenho industrial, patente e direito autoral, definindo suas características e buscando verificar de forma pode ocorrer sua aplicação e suas dificuldades em relação à proteção dos produtos da moda.

Palavras-chave: Propriedade intelectual; Inovação; Moda.

-
- 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>

INTRODUÇÃO

A pluralidade cultural é uma característica marcante da sociedade brasileira, uma vez que composta por pessoas de múltiplas crenças, etnias e grupos sociais. Assim, é importante mencionar que a diversidade e a pluralidade são um dos quatro pilares dos direitos culturais⁴, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 (CF/88), que garante a proteção das manifestações populares, indígenas, afro-brasileiras e de qualquer um dos muitos grupos formadores da identidade nacional. Nota-se, também, que é dever do Estado apoiar a valorização e difusão das diferentes manifestações culturais pátrias, bem como proteger tais manifestações da apropriação indevida, sendo necessário destacar que a proteção dos símbolos culturais é parte da proteção da própria identidade desses grupos.

Não obstante, é sempre importante ressaltar que a propriedade intelectual e cultural, bem como as diversas outras formas de propriedade, só são merecedoras de tutela jurídica na medida em que se adequa e atende à sua função social, deixando de lado os interesses exclusivamente individuais e trazendo os interesses da coletividade, conforme estabelece a CF/88.

E nesse contexto surge a moda como forma de expressão pessoal e manifestação cultural, gerando intensos debates a respeito de qual tipo de proteção tal expressão merece e mesmo se deve ser protegida por algum tipo de exclusividade. O tema foi sumariamente apresentado em artigo anterior intitulado “Apropriação cultural e direitos culturais: primeiras reflexões”⁵, sob o viés dos direitos culturais e buscando enfrentar a questão de sua proteção.

No presente trabalho, diferentemente, pretende-se discutir pelo viés da propriedade intelectual e da forma como seus institutos como

4 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.

5 SOUZA, Allan Rocha de; CATÃO, Yanka Basile. Apropriação cultural e direitos culturais: primeiras reflexões. 2017. In Anais do XI Congresso de Direito do Autor e Interesse Público. Disponível em <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/04/xi-codaip-2017-gedai.pdf>

direito autoral, patente, desenho industrial e marca podem ou não ser adequados à proteção dos produtos da indústria da moda.

1. Moda

O conceito de moda nos remete ao final da Idade Média (séculos XIV e XV), pois, a partir desse período, os trajes passam a ter um viés mais estético e ornamental do que meramente funcional ou utilitário. Inclusive, é neste período que se origina a diferenciação substancial entre trajes masculinos e femininos, sendo certo que tal distinção antes era realizada apenas por meio dos acessórios.⁶

Outro marco histórico relevante foi o Século XVII, quando Luis XIV, considerado como fundador da primeira escola de moda do mundo, assume o trono da França. O período foi marcado por luxo e sofisticação, tendo a França assumido a influência que, no período Renascentista, pertencia à Espanha.⁷

Já o Século XVIII foi marcado por uma importante mudança na concepção da moda: o vestuário feminino passa a ser mais exuberante do que o masculino. No final do século, a Revolução Francesa influencia não só a política, mas também a moda, pois, nesse período, vestir-se com luxo e ostentação significa fazer parte da aristocracia que estava sendo deposta⁸, de forma que as roupas estavam diretamente ligadas à posição social e ideologia política. Além disso, outro importante acontecimento foi o fim das leis suntuárias, isto é, leis que impediam as classes mais pobres de se vestirem como as classes mais abastadas.⁹

O Século XIX merece destaque pelo advento da Revolução Industrial,

6 POLLINI, Denise. Breve História da Moda. Ed. Claridade. São Paulo. 2007. p. 34-38

7 SILVA, Angela A. Gimenes; VALÊNCIA, Maria Cristina Palhares. História da Moda: da idade Média à contemporaneidade do acervo bibliográfico do Senac-Campus Santo Amaro. CRB-8 Digital, v.1, n5, p.102-112. Jan 2012. Disponível em <http://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/64773> Acesso em 09 de setembro de 2018

8 Os revolucionários se autodenominavam “sans culottes” (sem culote), tendo em vista que os calções usados pelos nobres eram chamados de culotes. Assim, ser um “sem culote” significava não fazer parte dos privilégios da aristocracia.

9 POLLINI, Denise. Breve História da Moda. Ed. Claridade. São Paulo. 2007. p. 34-38.

que com o surgimento do tear mecânico, possibilitou o aumento da produção de tecido, o que conseqüentemente tornava os tecidos mais baratos, permitindo a democratização da moda. Também marcaram a época o *glamour* e ostentação da *Belle Époque* e o surgimento da ideia de alta costura, voltada para as classes nobres.¹⁰

No Século XX, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, o vestuário feminino passou a ser mais prático e acessível, sendo esta a principal característica da década de 1920. As décadas de 1930 e 1940 foram marcadas por crise, em decorrência da crise de 1929 e da Segunda Guerra Mundial, motivo pelo qual o vestuário passou por um processo de simplificação. A década de 1950 retomou o luxo e sofisticação dos séculos anteriores, voltando a ter Paris como o grande centro da alta costura, enfrentando, no entanto, concorrência inglesa e norte americana. Os anos 60 ficaram marcados por ser um período de mudança, merecendo destaque a “Revolução da Minissaia”, que representou a revolução de costumes e a revolução feminista. Na década de 1970, surge o movimento hippie, em que seus adeptos lutavam contra a divisão de classes, colocando a moda em xeque: se a indústria da moda é baseada na exploração da natureza e dos seres humanos, deve ser rejeitada, de forma que os brechós e a customização de roupas se tornaram populares. Já a década de 1980 foi marcada por contrastes e cada grupo social e ideológico é marcado por uma identidade visual. A década de 1990 caracteriza-se pela mistura de tendências e pela dicotomia entre moda de rua e marcas de luxo.¹¹

No século XXI, a moda vem buscando integrar cada grupo social e cada indivíduo em si, de forma que há maior liberdade e oportunidade para cada um externar sua personalidade através das roupas, sendo, portanto, marcado pela grande diversidade de estilos.¹²

Assim, podemos perceber que o período histórico, compreendido

10 Id. Ibid. p. 40-45

11 SILVA, Angela A. Gimenes; VALÊNCIA, Maria Cristina Palhares. História da Moda: da idade Média à contemporaneidade do acervo bibliográfico do Senac-Campus Santo Amaro. CRB-8 Digital, v.1, n5, p.102-112. Jan 2012. Disponível em <http://www.brappci.inf.br/index.php/article/download/64773> Acesso em 09 de setembro de 2018.

12 POLLINI, Denise. Breve História da Moda. Ed. Claridade. São Paulo. 2007. p. 86-90.

entre os séculos XIV e XXI, foi marcado por diversas mudanças sociais, políticas e culturais que influenciaram diretamente nos costumes, nos pensamentos, nas ideologias e, conseqüentemente, na forma de se vestir, mostrando que a moda “é o reflexo da sociedade, do comportamento, da cultura” de um povo.¹³

Feito brevemente o contexto histórico do tema, é necessário, muito brevemente, ressaltar a importância da moda como meio comunicativo, meio de reprodução de padrões já aceitos e meio de individualização.¹⁴ No primeiro caso, a moda atua como uma forma de expressão do indivíduo, uma maneira de transmitir uma mensagem, independente de qual seja, e de se comunicar com o mundo, “mas diferentemente de gestos e expressões, geralmente naturais, a moda ajuda o indivíduo a se expressar verdadeiramente ou a demonstrar algo que não é.”¹⁵ Como foi mencionado anteriormente, a Revolução da Minissaia representou a mudança de comportamento, pensamento e postura das mulheres na década de 1960: uma peça de roupa simbolizava tudo isso, de maneira que quem a usava passava a mensagem da busca pela liberdade e dos ideais do movimento feminista.

Em relação ao meio de reprodução de padrões já aceitos, este se manifesta quando o indivíduo tenta se encaixar em determinado grupo ou, ainda, quando busca reproduzir algo que já é socialmente aceito. Se uma pessoa recebe o convite para uma festa sem especificação do *dress code*¹⁶ e, ao chegar no evento, nota que seus trajes estão muito informais em relação ao dos demais convidados, certamente, se sentirá deslocado. Esse tipo de manifestação também pode ocorrer nos casos em que o indivíduo já escolhe determinado tipo de roupa por saber ser a “correta”, a aceita para aquela ocasião, como o uso de roupas pretas em um enterro.

Por fim, a individualização é garantida pela externalização da

13 Id. Ibid.

14 MAIA, Livia Barboza. A proteção do direito da moda pela propriedade intelectual. Revista da ABPI- n° 14- mar/abr 2016. p. 06. Disponível em <http://dbba.com.br/pub/A907%20Livia%20Barboza%20Maia.pdf> Acesso em 09 de setembro de 2018.

15 STEFANI, Patrícia da Silva. Moda e comunicação: a indumentária como forma de expressão. Juiz de Fora: UFJF, FACOM. 2005. Monografia apresentada ao final do curso de graduação de Comunicação Social da UFJF

16 Expressão utilizada para definir o tipo de traje mais adequado para o evento.

personalidade do indivíduo através das roupas, tendo, portanto, um viés positivo no que tange à interação social, expressando sua própria percepção sobre si, sendo até mesmo uma forma de se posicionar perante a sociedade, reafirmando sua identidade pessoal. Nas palavras de Gilles Lipovetski:

a moda aparece antes de tudo como o agente por excelência da espiral individualista e da consolidação das sociedades liberais. E é na roupa, em especial, que os homens assumem e dão visibilidade à sua individualidade e sociabilidade perante o grupo em que se inserem¹⁷

2. Propriedade Intelectual

Assim como foi abordado o tema da apropriação cultural e proteção de seus símbolos no âmbito dos direitos culturais, também há de se falar acerca da propriedade intelectual. A propriedade intelectual é uma forma de proteção que se origina a partir da criação, trabalho de um ser humano, sendo certo que a própria Convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) não a define, apresentando rol não exaustivo dos direitos relativos a ela.¹⁸

O principal objetivo da propriedade intelectual é proteger o produto da criação de um indivíduo da exploração não autorizada por terceiros a fim de viabilizar seu retorno econômico. A justificativa da proteção é recompensar o criador pelo tempo, esforço e dinheiro despendidos na concepção e desenvolvimento da obra, de maneira que possa explorar economicamente de forma exclusiva o resultado de sua criação, dentro de um prazo limitado, previsto legislativamente, e sujeito a limitações expressas ou não.¹⁹

17 LIPOVETSKI, Gilles. O Império efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas. São Paulo: Cia das Letras, 1989

18 Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, assinada em Estocolmo em 14 de julho de 1967. Art. 2º, §8º- Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-que-institui-a-organizacao-mundial-da-propriedade-intelectual.html> Acesso em 23 de setembro de 2018.

19 OMPI e INPI. Curso geral de propriedade intelectual à distância: DL 101P BR. 2018. Apostila. Módulo 2. p.03

Existem várias formas de propriedade intelectual, cada uma com suas peculiaridades e destinadas à proteção de um tipo de produto. Alguns podem ser aplicados aos produtos vinculados à moda. E a fim de identificarmos suas potencialidades, serão agora examinados alguns dos tipos de propriedade intelectual potencialmente aplicáveis.

A marca comercial pode ser definida como sinal distintivo de um produto ou serviço oferecido por uma empresa, permitindo sua individualização e diferenciação frente aos concorrentes.²⁰ A marca é regulada, nacionalmente, pela Lei 9.279/96²¹, e, de acordo com seu artigo 122, podem ser registradas como marca “os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”. E a partir de uma interpretação *contrario sensu* do art. 124²², que traz as proibições

20 BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2. ed. Revisada e Ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 700

21 Lei de Propriedade Industrial (LPI). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm

22 BRASIL. Lei de Propriedade Industrial. Art. 124. Não são registráveis como marca: I - brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação; II - letra, algarismo e data, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva; III - expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração; IV - designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público; V - reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos; VI - sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva; VII - sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda; VIII - cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo; IX - indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica; X - sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina; XI - reprodução ou imitação de cunho oficial, regularmente adotada para garantia de padrão de qualquer gênero ou natureza; XII - reprodução ou imitação de sinal que tenha sido registrado como marca coletiva ou de certificação por terceiro, observado o disposto no art. 154; XIII - nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social,

do que não pode ser registrado como marca, podemos identificar pelo menos alguns dos requisitos necessários para obter o registro da marca: veracidade, que coíbe a vinculação de marcas enganosas; licitude, com o fito de não afrontar contra a moral e os bons costumes; distintividade, objetivando a fácil identificação do produto ou serviço oferecido; e disponibilidade, no sentido de que o sinal a ser registrado deva ser uma novidade no mercado, diferenciando-se dos existentes. Logo, são vedadas pelo ordenamento jurídico marcas que poderiam ser enganosas, ilícitas ou genéricas.²³ Em relação à vigência e territorialidade, o registro de marca vigora por 10 anos, sendo prorrogável por períodos iguais e sucessivos ²⁴

político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento; XIV - reprodução ou imitação de título, apólice, moeda e cédula da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios, ou de país; XV - nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores; XVI - pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos, nome artístico singular ou coletivo, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores; XVII - obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular; XVIII - termo técnico usado na indústria, na ciência e na arte, que tenha relação com o produto ou serviço a distinguir; XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia; XX - dualidade de marcas de um só titular para o mesmo produto ou serviço, salvo quando, no caso de marcas de mesma natureza, se revestirem de suficiente forma distintiva; XXI - a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico; XXII - objeto que estiver protegido por registro de desenho industrial de terceiro; e XXIII - sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>

- 23 OMPI e INPI. Curso geral de propriedade intelectual à distância: DL 101P BR. 2018. Apostila. Módulo 4.p. 03-04
- 24 Art. 133 (LPI). O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos. § 1º O pedido de prorrogação deverá ser formulado durante o último ano de vigência do

e possui validade no território nacional ²⁵.

O desenho industrial tem por finalidade proteger a forma ornamental que diferencia determinado objeto (aspecto tridimensional) ou o padrão gráfico aplicado a uma superfície ou objeto, permitindo sua distinção dos demais (aspecto bidimensional) ²⁶. O registro de desenho industrial impede que terceiros fabriquem, comercializem, importem, usem ou vendam o produto protegido, sendo que a proteção tem duração de 10 anos, podendo ser prorrogada por mais 3 períodos de 5 anos cada ²⁷ e tem validade dentro de todo território nacional.

A Lei de Propriedade Industrial (LPI) estabelece²⁸ alguns critérios

registro, instruído com o comprovante do pagamento da respectiva retribuição. § 2º Se o pedido de prorrogação não tiver sido efetuado até o termo final da vigência do registro, o titular poderá fazê-lo nos 6 (seis) meses subseqüentes, mediante o pagamento de retribuição adicional. § 3º A prorrogação não será concedida se não atendido o disposto no art. 128.

- 25 Art. 129 (LPI). 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
- 26 Art. 95 (LPI) 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.
- 27 Art. 108 (LPI). O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada. § 1º O pedido de prorrogação deverá ser formulado durante o último ano de vigência do registro, instruído com o comprovante do pagamento da respectiva retribuição. § 2º Se o pedido de prorrogação não tiver sido formulado até o termo final da vigência do registro, o titular poderá fazê-lo nos 180 (cento e oitenta) dias subseqüentes, mediante o pagamento de retribuição adicional.
- 28 Art. 96 (LPI) O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica. § 1º O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido, no Brasil ou no exterior, por uso ou qualquer outro meio, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo e no art. 99. § 2º Para aferição unicamente da novidade, o conteúdo completo de pedido de patente ou de registro depositado no Brasil, e ainda não publicado, será considerado como incluído no estado da técnica a partir da data de depósito, ou da prioridade

para que a obra possa ser protegida por meio do desenho industrial, são eles: novidade, no sentido de que a obra ainda não possa ser acessível ao público em geral; originalidade, devendo ter o desenho a característica de diferenciação em relação aos produtos ou padrões já conhecidos; e ser passível de fabricação industrial, o que significa que a obra deva ser reproduzida de forma idêntica em escala industrial. Portanto, estão excluídos²⁹ os objetos ou padrões puramente artísticos, como pinturas e desenhos; os que atentem contra a moral e bons costumes; cuja forma já é conhecida pelo público em geral, como uma camiseta simples; ou cuja forma não apresente caráter ornamental, mas seja condicionada apenas por seus aspectos técnicos. Nesse sentido, é importante mencionar que o desenho industrial tem como objetivo proteger a forma, a aparência do objeto e não sua função prática, residindo neste ponto a distinção em relação à patente de modelo de utilidade.

Já a patente é dividida em dois tipos: patente de invenção, quando a criação do autor traz nova solução para um problema técnico específico ou patente por modelo de utilidade, isto é, nova forma em objeto de uso prático, visando melhoria no uso ou na fabricação.³⁰

Três são os pressupostos indispensáveis para o registro de patente³¹: novidade, ou seja, nunca ter sido executada ou usada anteriormente³²;

reivindicada, desde que venha a ser publicado, mesmo que subsequente. § 3º Não será considerado como incluído no estado da técnica o desenho industrial cuja divulgação tenha ocorrido durante os 180 (cento e oitenta) dias que precederem a data do depósito ou a da prioridade reivindicada, se promovida nas situações previstas nos incisos I a III do art. 12.

29 Art. 100 (LPI) Não é registrável como desenho industrial: I - o 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 idéia e sentimentos dignos de respeito e veneração; II - a forma necessária comum ou vulgar do objeto ou, ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais.

30 OMPI e INPI. Curso geral de propriedade intelectual à distância: DL 101P BR. 2018. Apostila. Módulo 7. p. 02-05.

31 Art. 8º (LPI). É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

32 O art. 11, caput, da Lei 9.327/96 dispõe que "A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica". No que tange ao "estado da técnica", o §1º do mesmo dispositivo legal, explica que "O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou

possibilidade de aplicação industrial³³; e atividade inventiva nos casos da patente de invenção, ou ato inventivo nos casos de modelo de utilidade. A atividade inventiva³⁴ impõe que a invenção a ser patenteada deve representar um salto de desenvolvimento em relação ao estado da técnica anterior, sendo certo que isso deve ocorrer de maneira “não óbvia”, ou seja, se a invenção decorre de maneira evidente, não pode ser protegida por patente. Já a atividade inventiva³⁵ significa que a criação deve apresentar uma melhoria funcional ou de fabricação ao estado anterior do produto, não podendo, também, ser algo comum, vulgar ou óbvio.

Assim como foi dito no desenho industrial, quem obtém a proteção por meio da patente garante que sua criação não possa ser produzida, usada, vendida, importada ou colocada à venda por terceiros sem sua prévia autorização. Em relação ao quesito temporal, a vigência do direito de patente é de 20 anos para a invenção e 15 anos para a de modelo de utilidade³⁶. Quando os direitos se extinguem, a tecnologia entra em domínio público e a sociedade pode utilizá-la livremente.

Se as expressões artísticas, científicas e literárias não podem ser protegidas por meio da patente³⁷, tal proteção deverá ocorrer por meio dos direitos autorais, que visam a proteção de textos, músicas, pinturas, esculturas, programas de computador, entre outros³⁸. Tratando-se sempre qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior,”.

33 Art. 15 (LPI). A invenção e o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria.

34 Art. 13 (LPI) A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica.

35 Art. 14 (LPI) O modelo de utilidade é dotado de ato inventivo sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica.

36 Art. 40 (LPI). A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

37 Art. 10, IV da Lei da Propriedade Industrial.

38 Art. 7º da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais). São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte,

de expressões concretas realizadas da criação humana e jamais ideias.

Os direitos autorais são compostos por direitos patrimoniais e morais. Os direitos patrimoniais incorporam todos os usos e utilizações econômicas das obras, tais como o direito de reprodução, representação, comunicação ao público, adaptação, etc. Importante mencionar que apenas os direitos patrimoniais do autor, por serem alienáveis, podem ser cedidos a terceiros, o que não ocorre com os direitos morais.³⁹

Os direitos morais, por sua vez, são essencialmente constituídos pelo direito de paternidade ou à autoria, de respeito à integridade e de comunicação da obra ao público. O primeiro é o direito que garante que a autoria da obra seja reconhecida, o que permite, por exemplo, que o nome do autor seja citado em um caso de reprodução da obra. Já o segundo se refere ao direito de se opor à utilização da obra em contextos que possam prejudicar a reputação do autor ou se opor à própria deformação ou mutilação da obra.⁴⁰ O tempo de duração da proteção conferida ao autor é de 70 anos após sua morte, contado de 1º de janeiro do ano subsequente ao óbito.⁴¹

tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. No mesmo sentido, art. 2º da Convenção de Berna.

39 OMPI e INPI. Curso geral de propriedade intelectual à distância: DL 101P BR. 2018. Apostila. Módulo 6.

40 Id. Ibid.

41 Art. 41. (Lei de Direitos Autorais). Os direitos patrimoniais do autor perderam por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o caput deste artigo.

Como todos os demais direitos, em especial os de propriedade intelectual, os direitos do autor sofrem limitações em razão do interesse público e dos interesses de terceiros. Além do prazo de duração, a exclusão é uma outra limitação que, no entanto, se refere à própria possibilidade de ser objeto da proteção⁴². Outro ponto de equilíbrio, são os usos da obra protegida que não precisam nem de autorização nem remuneração ao autor e/ou titular, as limitações e exceções representam a projeção de direitos outros com os quais os direitos autorais devem se harmonizar, tais como direito de citação, usos educacionais, transformativos.

Por fim, cabe falar sobre a concorrência desleal. Ainda que não seja um instituto que exija registro ou que proteja um tipo específico de produto impondo certos requisitos, a concorrência desleal é uma forma de proteção à propriedade intelectual, na medida em que veda⁴³ práticas

42 Art. 8º (Lei de Direitos Autorais). Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

43 Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos,

anticompetitivas prejudiciais à livre concorrência de empresas do mesmo segmento.⁴⁴

3. Moda e Propriedade Intelectual

Algum tipo de proteção intelectual aos produtos da Moda se faz necessária na medida em que a indústria da moda dá extrema importância à exclusividade dos produtos: quanto mais exclusivo, mais caro para o consumidor final. O que torna muito comum as inspirações, réplicas e cópias. Assim, seus produtos merecem proteção da exploração não autorizada por terceiros, a fim de recompensar o criador pelo tempo, esforço e dinheiro investidos para originar sua criação, devendo-se atentar, ainda, para o fator da exclusividade.

Lívia Barboza Maia explica que as inspirações, ou como são conhecidos no meio da moda os “produtos *inspired*”, não têm o objetivo de causar confusão no consumidor fazendo se passar pelo produto original, tratando-se apenas de uma releitura de determinado objeto icônico. As réplicas, por sua vez, desejam tornar mais acessível o referido objeto, sendo este feito com materiais mais baratos. Já as cópias buscam enganar o público, sendo vendidas como se fossem o produto original. No entanto, alerta Maia que, nos casos de produtos mais luxuosos, a cópia tende a ser feita com qualidade significativamente inferior, o que

informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

44 OMPI e INPI. *Curso geral de propriedade intelectual à distância*: DL 101P BR. 2018. Apostila. Módulo 9

permite a fácil distinção entre o original e o “pirata”.⁴⁵

A proteção intelectual dos produtos da indústria da moda pode ser feita através da marca. A marca, além de cumprir sua função fundamental de permitir a distinção dos produtos e serviços de determinada empresa dos demais, também estabelece sentimento de confiança no consumidor, que cria parâmetros para suas escolhas baseando-se na reputação daquela marca, além de gerar a identificação com o consumidor, já que vem, muitas vezes, acompanhada de conceitos e valores.

Isso pode ocorrer também de maneira inversa: o consumidor se posicionar contrariamente à marca, ocorrendo uma prática comum atualmente: o boicote. Boicotar uma marca significa deixar de consumir seus produtos e incentivar pessoas que façam o mesmo, sendo muito utilizado por artistas em relação às marcas que propagam algo que não concordam⁴⁶. Pode-se mencionar o caso do cantor Elton John que propôs o boicote à grife Dolce & Gabbana, após os estilistas da marca se declararem contrários à adoção de crianças por casais homossexuais.⁴⁷

Além disso, a marca está diretamente ligada ao *status* social do indivíduo que consome seus produtos. Marcas de luxo criam e vendem apenas para uma pequena parcela de consumidores, que pagam, como já foi dito, pela exclusividade:

As altas cifras dispendidas nos produtos de luxo não correspondem somente ao modelo de um produto de alta qualidade, mas ao modelo altamente diferencial porque se espera que somente determinado grupo social esteja na posse desses produtos. De certa forma é um modelo de exclusão, pois diferente do agente

45 MAIA, Livia Barboza. A proteção do direito da moda pela propriedade intelectual. Revista da ABPI- nº 14- mar/abr 2016. p. 08 Disponível em <http://dbba.com.br/pub/A907%20Livia%20Barboza%20Maia.pdf> Acesso em 09/09/2018

46 “The Weeknd anuncia que não irá mais trabalhar com a H&M após foto publicitária considerada racista” Disponível em <https://g1.globo.com/pop-arte/musica/noticia/the-weeknd-anuncia-que-nao-ira-mais-trabalhar-com-a-hm-apos-foto-publicitaria-considerada-racista.ghtml> Acesso em 24 de setembro de 2018

“Rihanna pede boicote a Snapchat por piada com violência doméstica” Disponível em <https://veja.abril.com.br/entretenimento/rihanna-pede-boicote-a-snapchat-por-piada-com-violencia-domestica/> Acesso em 24 de setembro de 2018.

47 “Dolce & Gabbana x Elton John: entenda a polêmica” Disponível em <https://elle.abril.com.br/moda/dolce-gabbana-x-elton-john-entenda-a-polemica/> Acesso em 24 de setembro de 2018.

econômico lojas de departamento, o agente econômico do luxo não pretende que suas marcas sejam popularizadas.⁴⁸

Assim, a proteção da marca pode ocorrer nesse sentido de proteger sua exclusividade, seu conceito e sua identidade. A famosa marca de luxo Louis Vuitton⁴⁹ ajuizou ação contra sociedade empresária por tentar importar bolsas contrafeitas com os signos distintivos de sua titularidade, usando como fundamento legal seu registro de marca. Nesse caso, obviamente, o objetivo da ação não foi evitar que seus consumidores fossem enganados com o produto contrafeito, mas sim evitar a vulgarização e popularização da marca. O pedido foi julgado procedente, não tendo sido concedidos apenas os danos morais, tendo em vista que os produtos foram retidos ainda no Porto de Santos, de forma que a distribuição das mercadorias e seu contato com o público não foi realizada.⁵⁰

O desenho industrial também pode ser uma boa opção para a proteção dos produtos da indústria da moda, sendo considerado pela própria OMPI como a forma de propriedade intelectual “claramente mais relevante para a indústria da moda”⁵¹. Isto porque o conceito de desenho industrial está intimamente conectado com a estética e forma ornamental dos produtos, relacionando-se perfeitamente com a indústria da moda.

Vale lembrar que um dos requisitos para obter o registro de desenho industrial é a originalidade, de forma que uma camiseta simples, por exemplo, não poderia ser objeto deste tipo de PI, já que se trata de uma forma popular, mas se houver uma estampa (padrão gráfico) ou ainda um detalhe específico que a diferencia de uma camiseta qualquer, já passa a ser passível desse registro. No entanto, essas diferenciações devem se ater

48 MAIA, Lívia Barboza. *A proteção do direito da moda pela propriedade intelectual*. Revista da ABPI- nº 14- mar/abr 2016. p. 13 Disponível em <http://dbba.com.br/pub/A907%20Livia%20Barboza%20Maia.pdf> Acesso em 24 de setembro de 2018.

49 De acordo com o *site* oficial da marca, os valores das bolsas femininas variam de R\$ 2.350,00 a R\$23.800,00. Disponível em https://br.louisvuitton.com/por-br/mulher/bolsas/_/N-1b62los/to-8 Acesso em 24 de setembro de 2018.

50 Brasil. TJSP. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. AC 0006882-24.2012.8.26.0562. Des. Rel. Ricardo Negrão. DJ 22/09/2014

51 Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Um ponto no tempo: o uso inteligente da Propriedade Intelectual por empresas no setor têxtil*. Publicação 794. p.03. Disponível em http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/sme/794/wipo_pub_794.pdf Acesso em 24 de setembro de 2018.

puramente à estética do produto e jamais à sua funcionalidade, sob o risco de esbarrarem em outro tipo de propriedade intelectual (patente) e descaracterizar o desenho industrial.

A moda é, essencialmente, ditada por ciclos curtos baseados nas estações do ano “outono-inverno” e “primavera-verão”, de forma que o que é tendência em uma coleção, na próxima, já pode ser considerado ultrapassado. Assim, pode ser feita crítica a respeito da proteção por essa forma de PI é que sua aplicabilidade se encontra maior nos artigos de moda de ciclo médio a longo⁵².

O mesmo problema também é enfrentado pela patente, que demora, em média 11 anos⁵³, entre o depósito de seu pedido e sua concessão. Além disso, não pode ser aplicada a criações estéticas⁵⁴, o que limita muito seu uso na indústria da moda.

Já em relação à indústria têxtil, a patente pode ser uma boa saída para a proteção de tecidos desenvolvidos com tecnologia, como os que não amarrotam ou são mais resistentes:

Diferentemente de outros setores, que além de serem titulares de patentes não permitem a exploração por terceiros por questão estratégica, a indústria têxtil tem a peculiaridade de após a proteção efetivar diversos licenciamentos de modo a angariar royalties sobre tais ativos (...) A fibra elastano da marca Lycra (popular até os dias atuais) é um exemplo de tecido inovador que foi protegido por patente quando de sua criação no ano de 1959.⁵⁵

Os artigos produzidos pela indústria da moda não estão elencados no rol exemplificativo do art. 7º da Lei de Direitos Autorais da mesma forma em que não constam na lista que exclui da incidência da proteção

52 Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Um ponto no tempo: o uso inteligente da Propriedade Intelectual por empresas no setor têxtil*. Publicação 794. p.05. Disponível em http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/sme/794/wipo_pub_794.pdf Acesso em 24 de setembro de 2018.

53 Levantamento realizado em 2013. Disponível em <http://www.portaldaindustria.com.br/agenciadni/noticias/2014/04/brasil-ocupa-penultima-posicao-em-ranking-de-patentes-validas/>

54 Art. 10,IV da Lei 9279/96.

55 MAIA, Livia Barboza. *A proteção do direito da moda pela propriedade intelectual*. Revista da ABPI- nº 14- mar/abr 2016. p. 10-11. Disponível em <http://dbba.com.br/pub/A907%20Livia%20Barboza%20Maia.pdf> Acesso em 24 de setembro de 2018.

autoral, prevista no art. 8º do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, Barbosa, Souto Maior e Ramos⁵⁶ indicam sete requisitos necessários à proteção através do direito autoral: deve o autor ser uma pessoa humana; o resultado final da criação deve ser passível de imputação ao autor; a obra deve, necessariamente, ser uma criação intelectual; a obra deve ser externalizada em algum meio; a criação não pode ser elencada nas proibições legais⁵⁷; deve haver novidade na criação (no sentido de não ser cópia de uma obra pré-existente); e a obra deve possuir contributo mínimo, que, para os doutrinadores, seria “o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida por direito de autor”.⁵⁸

Levando em consideração tais requisitos, inicialmente, não haveria problema em os produtos da indústria da moda serem protegidos pelos direitos autorais, desde que preencham os requisitos. No entanto, uma dificuldade pode ser enfrentada no requisito da originalidade, tendo em vista tratar-se de um setor dinâmico e cíclico, no qual tendências costumam desaparecer e reaparecer com o passar dos anos, sendo constantemente modificadas para se adequarem à nova realidade, porém sempre tendo como base criações anteriores.⁵⁹

Ademais, há, ainda, a questão de que as obras protegidas por direitos autorais não devem apresentar caráter utilitário e funcional, podendo configurar um problema em relação à sua aplicabilidade aos artigos de moda, sendo certo que “apesar de a princípio não haver vedação legal à proteção autoral à Moda o aspecto funcional, que o bem de consumo desse setor apresenta, tende a impedir sua proteção por tal instituto”⁶⁰.

56 BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; e RAMOS, Carolina Tinoco. O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e marca mínima. Rio de Janeiro: Lamen Juris. p. 434 e ss

57 Art. 8º da Lei de Direitos Autorais

58 BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; e RAMOS, Carolina Tinoco. O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e marca mínima. Rio de Janeiro: Lamen Juris. p. 281

59 OLIVEIRA, Cintia Bell de. *Fashion Law e Propriedade Intelectual: uma análise dos métodos de proteção ativos oriundos da indústria da moda*. UFRGS. Monografia apresentada ao final do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

60 MAIA, Livia Barboza. *A proteção do direito da moda pela propriedade intelectual*.

Sobre esse aspecto, podemos citar o caso da grife francesa Hèrmes, titular e fabricante exclusiva da bolsa conhecida como *Birkin bag*⁶¹, tendo, em 2010, a marca brasileira Village 284 lançado a coleção “I’m not the original”, na qual constava uma bolsa de design idêntico ao da *Birkin bag*, mas fabricada com material diferente e o preço extremamente mais acessível do que a original.⁶²

Assim, a Hèrmes notificou a empresa extrajudicialmente, requerendo a cessação da comercialização do produto, haja vista a violação de seus direitos autorais e a concorrência desleal. A Village 284, por sua vez, interpôs ação judicial buscando a declaração de inexistência de relação jurídica derivada de suposta relação de direito autoral e de concorrência desleal, alegando já ter a *Birkin bag* caído em domínio público.

Na sentença, o magistrado de primeiro grau reconheceu a incidência dos direitos autorais sobre a bolsa, tendo em vista sua natureza artística, de forma que sua característica utilitária ficaria em segundo plano. Além disso, ficou nítido para o julgador a intenção da marca brasileira de confundir o consumidor, tendo determinado a cessação da produção e comercialização da bolsa da Village 284, tendo sido a sentença mantida em segundo grau.⁶³

Revista da ABPI- nº 14- mar/abr 2016. p. 09. Disponível em <http://dbba.com.br/pub/A907%20Livia%20Barboza%20Maia.pdf> Acesso em 24 de setembro de 2018.

61 As bolsas são confeccionadas de forma artesanal, pela mesma pessoa do início ao fim da fabricação, possuindo forragem interna do mesmo couro da parte externa, o que confere ao item o *status* de obra de arte. Disponível em <https://www.hermes.com/us/en/story/106191-birkin/> Acesso em 30 de setembro de 2018.

62 Enquanto a original possuía preço médio de R\$30.000,00, a bolsa fabricada pela marca brasileira custava em torno de R\$ 400,00.

63 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). 9ª Câmara de Direito Privado. AC 0187707-59.2010.8.26.0100- Des. Rel. Costa Neto. DJ 26/08/2016

CONCLUSÃO

A moda atua como forma de comunicação, expressão e posicionamento do indivíduo em relação a si mesmo e ao contexto social em que está inserido, sendo ferramenta de adequação e de autodeterminação, refletindo os costumes e ideias de cada grupo social. Além disso, através da análise das roupas, podemos observar todo o contexto histórico de determinado período de tempo.

Os artigos produzidos pela indústria da moda são fruto da criação humana, merecendo proteção da exploração não autorizada por terceiros, a fim de recompensar o criador pelo tempo, esforço e dinheiro investidos para originar sua criação, devendo-se atentar, ainda, para o fator da exclusividade tão importante para esse setor.

Dessa forma, a proteção por meio dos institutos da propriedade intelectual pode se apresentar como uma solução cabível para este problema. Cada instituto possui sua peculiaridade e pode se adequar à moda de alguma maneira.

No presente trabalho, foram analisadas as características e as possibilidades de adequação da marca, desenho industrial, patente e direito autoral em relação à proteção dos produtos da indústria da moda, tendo sido apontadas as possíveis dificuldades que cada um desses institutos pode enfrentar.

Assim, a marca busca realizar a distinção de produtos e serviços oferecidos por determinada empresa, protegendo outras características atreladas a ela - como a noção de qualidade e a posição daquela empresa em relação a questões sociais, de forma que a proteção da marca engloba todos esses aspectos, não sendo destinada a proteger produtos específicos, mas todo o conceito de identidade daquela empresa.

Já o desenho industrial figura como uma boa opção para a proteção dos produtos da indústria da moda de ciclo longo, ou seja, aqueles produtos que se tornarão clássicos e atemporais e não serão esquecidos com as mudanças das coleções, já que este tipo de propriedade intelectual encontra-se estritamente ligado ao caráter estético dos produtos, não tendo relação com sua forma utilitária.

A patente também encontra dificuldade no aspecto da demora de sua concessão, além do requisito de seu objeto possuir finalidade utilitária, inventividade e viabilidade industrial, não bastando a mera preocupação ornamental, motivo pelo qual se apresenta como uma boa opção para a proteção dos produtos produzidos pela indústria têxtil, setor altamente ligado à indústria da moda e às inovações tecnológicas.

A proteção oferecida pelo direito autoral pode ser uma boa opção para alguns dos artigos da moda, considerando a grande proteção temporal e a relação com o caráter artístico presente nos produtos. No entanto, como vimos, pode apresentar alguma limitação no requisito da originalidade, já que a indústria da moda sempre traz releituras de produtos que já foram tendência em outra época e pode também afetar negativamente o próprio mercado justamente em razão do longo tempo de proteção.

Portanto, do ponto de vista empresarial privado, deve ser levado em consideração o tipo de objeto a ser protegido e suas características e o tipo de proteção que é melhor adequada para determinado produto no caso concreto, observando sempre os requisitos e limitações de cada tipo de PI. No entanto, quando pensamos no conjunto de empresas do setor, que é o dever do Poder Público (e das legislações), deve-se ter em mente também o potencial efeito restritivo, deletério ou anticompetitivo que a exclusividade atribuída pela propriedade intelectual proporciona.

A qualificação dos produtos da indústria da moda para atribuição de exclusividade por meio dos institutos de propriedade intelectual, então, depende não só da identificação do produto e de sua melhor adequação à proteção por propriedade intelectual, mas, também, de uma análise sobre seus efeitos sobre a inovação, competição no setor e para além dele.

REFERÊNCIAS:

BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2. ed. Revisada e Ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; e RAMOS, Carolina Tinoco. *O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e marca mínima*. Rio de Janeiro: Lamen Juris.

BRASIL. *Decreto 75.699/75. Convenção de Berna*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm> Acesso em 12 de setembro de 2018

BRASIL. *Lei de Direitos Autorais*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm Acesso em 12 de setembro de 2018

BRASIL. *Lei de Propriedade Industrial*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm> Acesso em 12 de setembro de 2018

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. AC 0006882-24.2012.8.26.0562. Des. Rel. Ricardo Negrão. DJ 22/09/2014

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). 9ª Câmara de Direito Privado. AC 0187707-59.2010.8.26.0100- Des. Rel. Costa Neto. DJ 26/08/2016

Confederação Nacional Da Indústria. Disponível em <<http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2014/04/brasil-ocupa-penultima-posicao-em-ranking-de-patentes-validas/>> Acesso em 25 de setembro de 2018.

Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, assinada em Estocolmo em 14 de julho de 1967. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual->

Property-Organization-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-que-institui-a-organizacao-mundial-da-propriedade-intelectual.html> Acesso em 23 de setembro de 2018.

Elle. “*Dolce & Gabbana x Elton John: entenda a polêmica*” Disponível em <<https://elle.abril.com.br/moda/dolce-gabbana-x-elton-john-entenda-a-polemica/>> Acesso em 24 de setembro de 2018.

G1. “*The Weeknd anuncia que não irá mais trabalhar com a H&M após foto publicitária considerada racista*” Disponível em <<https://g1.globo.com/pop-arte/musica/noticia/the-weeknd-anuncia-que-nao-ira-mais-trabalhar-com-a-hm-apos-foto-publicitaria-considerada-racista.ghtml>> Acesso em 24 de setembro de 2018.

LIPOVETSKI, Gilles. *O Império efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. São Paulo: Cia das Letras, 1989

MAIA, Livia Barboza. *A proteção do direito da moda pela propriedade intelectual*. Revista da ABPI- nº 14- mar/abr 2016. Disponível em <<http://dbba.com.br/pub/A907%20Livia%20Barboza%20Maia.pdf>> Acesso em 09 de setembro de 2018.

OLIVEIRA, Cintia Bell de. *Fashion Law e Propriedade Intelectual: uma análise dos métodos de proteção ativos oriundos da indústria da moda*. UFGRS. Monografia apresentada ao final do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

OMPI- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Um ponto no tempo: o uso inteligente da Propriedade Intelectual por empresas no setor têxtil*. Publicação 794. Disponível em http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/sme/794/wipo_pub_794.pdf Acesso em 24 de setembro de 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL - OMPI; INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI. *Curso geral de propriedade intelectual à distância*: DL 101P BR. 2018. Apostila.

POLLINI, Denise. *Breve História da Moda*. Ed. Claridade. São Paulo. 2007

SILVA, Angela A. Gimenes; VALÊNCIA, Maria Cristina Palhares. *História da Moda: da idade Média à contemporaneidade do acervo bibliográfico do Senac- Campus Santo Amaro*. CRB-8 Digital, v.1, n5, p.102-112. Jan 2012. Disponível em <<http://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/64773>> Acesso em 09 de setembro de 2018.

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.

SOUZA, Allan Rocha de; CATÃO, Yanka Basile. *Apropriação cultural e direitos culturais: primeiras reflexões*. 2017. In Anais do XI Congresso de Direito do Autor e Interesse Público . Disponível em <<http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/04/xi-codaip-2017-gedai.pdf>> Acesso em 25 de setembro de 2018.

STEFANI, Patrícia da Silva. *Moda e comunicação: a indumentária como forma de expressão*. Juiz de Fora: UFJF, FCOM. 2005. Monografia apresentada ao final do curso de graduação de Comunicação Social da UFJF

VEJA. “Rihanna pede boicote a Snapchat por piada com violência doméstica” Disponível em <https://veja.abril.com.br/entretenimento/rihanna-pede-boicote-a-snapchat-por-piada-com-violencia-domestica/> Acesso em 24 de setembro de 2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VIII Direito de Autor e Expressões Artísticas

TÍTULO: DIREITOS CULTURAIS: INDÚSTRIA DA MODA, CONHECIMENTOS TRACIONAIS E PROPRIEDADE INTELLECTUAL

Carolina Brasil Romão e Silva



DIREITOS CULTURAIS: INDÚSTRIA DA MODA, CONHECIMENTOS TRACIONAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL

Carolina Brasil Romão e Silva¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar como a propriedade industrial pode ou é aplicada dentro do setor da moda quanto aos conhecimentos tradicionais, considerando o setor da moda como integrante da cultura. Assim, averígua-se os instrumentos de propriedade intelectual como patente, indicação geográfica, marca e desenho industrial relacionado aos conhecimentos tradicionais. Ademais, analisa-se o direito autoral na referida indústria.

Palavras-chaves: Indústria da moda; instrumentos de propriedade industrial; direito autoral; INPI.

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

Este trabalho tem como objetivo estudar os conhecimentos tradicionais e como podemos relacioná-los à indústria da moda protegendo-os através dos instrumentos da propriedade intelectual. Verifica-se que os conhecimentos tradicionais são uma importante fonte de consulta para diversos ramos da ciência, que podem gerar desdobramentos econômicos em especial para a indústria da moda.

Além das etnias indígenas, as comunidades tradicionais de quilombolas, caiçaras, pescadores tradicionais possuem o conhecimento tradicional que podem ser utilizados no referido setor econômico.

Registra-se que a moda vem ganhando destaque como um fenômeno social e econômico das sociedades contemporâneas nas últimas décadas. Na “era da informação”, o apelo das tendências e das novidades da moda estimula um mercado que, em 2014, movimentou US\$ 1,4 trilhão em todo o mundo; no Brasil, é o setor que mais cresce, faturando R\$ 126 bilhões e sendo responsável pela manutenção de mais de 726 mil postos de trabalho.

Friques (2013, p. 1) destaca que “os debates acerca do desenvolvimento passaram a girar, gradativamente, em torno de uma nova expressão: a economia criativa”, o que demonstra o vínculo estabelecido entre a cultura/criatividade e as questões de desenvolvimento, especialmente no que tange aos aspectos econômicos. Para o autor, o termo se tornou o ponto de partida para a reflexão e tomada de decisões em torno de questões sobre o crescimento nas sociedades contemporâneas.

Como consequência deste crescimento, tal setor vem atraindo a atenção de juristas, que começam a esboçar os primeiros traços de um novo campo de estudo no Direito, denominado de “Direito da Moda” ou *Fashion Law*.

Tendo por objeto as relações jurídicas estabelecidas no campo da moda, o *Fashion Law* busca apresentar respostas e soluções às demandas envolvendo toda a cadeia produtiva do *fashion business*. Dentro desse novo ramo, contudo, vem merecendo especial preocupação dos pesquisadores os dilemas concernentes a um consumo de moda mais consciente e que

gera um desenvolvimento sustentável denominado *slow fashion*, como uma alternativa ao consumo em massa.

Na seara do movimento *slow fashion*, verifica-se uma preocupação em manter uma diversidade ecológica, social e cultural. O “lento” do *slow fashion* não é relacionado à velocidade, mas sim uma visão de mundo diferente, que promove a variedade e a importância cultural. Assim, modelos de negócios diversificados são incentivados como a utilização dos conhecimentos tradicionais da comunidade tradicional.

Nesse contexto, o estudo da aplicabilidade dos institutos da propriedade intelectual vem tomando espaço prioritário nas discussões do *Fashion Law*, através da análise da viabilidade da proteção dos designs e marcas por meio da propriedade industrial e/ou dos direitos autorais.

Deste modo, pretende-se explorar os mecanismos de proteção da propriedade intelectual, analisando de forma mais pormenorizada os conhecimentos tradicionais, verificando a proteção que lhe é garantida por nossa legislação. Neste sentido, serão apresentados os instrumentos de proteção da propriedade intelectual vigentes e a viabilidade de proteção dos conhecimentos das comunidades tradicionais. Para tal serão analisadas as patentes, marcas, desenhos industriais, direito autoral, e o próprio conhecimento tradicional.

2. METODOLOGIA

Para analisar a propriedade intelectual relacionada aos conhecimentos tradicionais e à indústria da moda, o presente trabalho se baseia em pesquisa bibliográfica e documental.

Pretende-se averiguar os acordos e tratados internacionais, além da legislação brasileira sobre a matéria como a Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 (“Lei de Propriedade Industrial” - LPI), Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (“Lei do Software”), Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (“Lei de Direitos Autorais” - LDA), entre outros diplomas legais.

Para tal serão examinados os direitos autorais, patentes, marcas, identificações geográficas e desenho industrial referentes ao setor da moda.

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 - Propriedade intelectual, conhecimentos tradicionais e indústria da moda

Verifica-se que indústria da moda é integrante da indústria criativa. De acordo com Fingerl e Garcez (2002), as inovações se traduzem na invenção de novos bens e serviços e na contínua reinvenção deles. Intangíveis são fatores não físicos utilizados na produção de bens ou serviços que irão gerar benefícios futuros para seus proprietários ou controladores, o que inclui direito de propriedade específico: marcas (derivada do marketing e da comercialização); patentes (das tecnologias); e direitos de autor (FINGERL E GARCEZ, 2002).

Deste modo, a capacidade de criar conteúdo criativo, transformá-lo em bens ou serviços comercializáveis e encontrar formas de distribuí-los, no mercado local e no exterior, ganhando escala e divulgando seu conhecimento, para a economia criativa, envolve bens imateriais/intangíveis regulados no campo da propriedade intelectual.

Barbosa (2010) dispõe que a propriedade intelectual compreende: (i) os direitos autorais; (ii) o direito de propriedade industrial; e (iii) outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros (direitos *sui generis*). A proteção *sui generis* abrange: a) topografias de circuitos integrados; b) as cultivares; c) conhecimentos tradicionais².

Segundo as normas estabelecidas pela OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual³ - a propriedade intelectual abrange

2 http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/guia_docente_iel-senai-e-inpi.pdf

3 Em inglês WIPO – World Intellectual Property Organization. Segundo definição obtida no Portal do INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial – a OMPI, criada em 1967, é um dos 16 organismos especializados do sistema das Nações Unidas, de caráter intergovernamental, com sede em Genebra, Suíça. Sua função consiste em: 1. Estimular a proteção da Propriedade Intelectual em todo o mundo mediante a cooperação entre os Estados; 2. Assegurar a cooperação administrativa entre as Uniões de propriedade intelectual. 3. Estabelecer e estimular medidas apropriadas para promover, a atividade intelectual criativa e facilitar a transmissão

duas grandes áreas: propriedade industrial (patentes, marcas, desenho industrial, indicações geográficas e proteção de cultivares) e direito autoral (como obras literárias e artísticas e programas de computador).

Os direitos autorais são aqueles que dizem respeito às criações de caráter intelectual, artístico ou literário do espírito humano, tendo como principal atribuição a garantia de proteção aos autores de eventual uso incorreto ou irresponsável feito por terceiros de suas obras, além de permitir a aqueles explorar tais obras da maneira que achar mais conveniente⁴.

O direito autoral compreende: a) direitos de autor que, por sua vez, abrange: obras literárias, artísticas e científicas; programas de computador; descobertas científicas. b) direitos conexos, abrangem as interpretações dos artistas intérpretes e as execuções dos artistas executantes, os fonogramas e as emissões de radiodifusão.

Os direitos de propriedade industrial visam proteger os produtos ou serviços que estão diretamente relacionados com as invenções ou marcas, além de garantir ao seu titular a possibilidade de explorá-las economicamente ou de impedir que terceiros o façam sem a sua autorização⁵.

A propriedade industrial abrange: a) patentes que protegem as invenções em todos os domínios da atividade humana; b) marcas, nomes e designações empresariais; c) desenhos e modelos industriais; d) indicações geográficas; e) segredo industrial e repressão à concorrência desleal (INPI, 2010).

3.2- Direito autoral

O direito autoral, bem como a propriedade industrial estão previstos na Constituição Federal de 1988 no rol de direitos e garantias

de tecnologia relativa à propriedade industrial para os países em desenvolvimento em vista de acelerar o desenvolvimento econômico, social e cultural. Disponível em: <http://www.wipo.int/portal/en/index.html>.

4 Manual de Propriedade Intelectual, Diego Perez Almeida, Isabela Guimarães Del Monde, Patricia Peck Pinheiro (Coord.), 2013, UNESP.

5 http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/guia_docente_iel-senai-e-inpi.pdf

fundamentais (Art. 5º, incisos XXVII e XXVIII). Os direitos autorais, regulamentados pela Lei 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais ou LDA), são aqueles que visam proteger o criador de uma obra intelectual, bem como garantir a este a exposição, disposição e exploração econômica dessa obra, permitindo, ainda, que impeça o uso não autorizado de sua obra por terceiros. O artigo 1º da Lei nº 9.610/98 define direitos autorais como os direitos de autor e os que lhes são conexos.

Assim, os artistas intérpretes ou executantes terão a mesma proteção dos autores, sem lhes afetar seu direito, de acordo com o previsto no art. 89 da Lei nº 9.610/98. Para as empresas de radiodifusão estão assegurados, pelo período de 70 (setenta) anos a “proteção aos direitos conexos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão; e à execução e representação pública, para os demais casos”, conforme art. 96 da referida lei.

Verifica-se ainda a Convenção de Roma para a Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão de 1961 e a Convenção de Genebra para a Proteção dos Produtores de Fonogramas contra a Reprodução não Autorizada de seus Fonogramas, de 1971, para a proteção dos direitos conexos.

Antes de nos aprofundarmos nas considerações específicas do direito autoral para a indústria audiovisual, é importante definir o que é obra intelectual e qual é o objeto de proteção desse ramo do direito. Podemos considerar como obra intelectual as criações do espírito humano de cunho literário, científico ou artístico e que de alguma forma tenham sido materializadas em um suporte, seja este físico ou digital. É a música gravada pelo artista no arquivo digital e que se escuta no MP3 Player ou ainda o texto redigido pelo escritor em determinado livro. O que é protegido por direitos autorais não é a criação intelectual do ser humano de forma isolada, mas sim aquela que de alguma forma tenha sido materializada em um suporte e que possa ser objeto de reprodução.

Os direitos morais (artigo 24 da LDA) do autor são o vínculo perpétuo entre o autor e a sua obra e, portanto, se relacionam com a

personalidade do autor. São direito morais: reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; na utilização de sua obra, ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado como sendo o do autor; conservar a obra inédita; assegurar a integridade da obra, opondo-se a qualquer modificação ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicar a obra ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; modificar a obra, antes ou depois de utilizada; retirar de circulação a obra ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem.

A Lei de Direito Autoral estabelece a seguinte definição no art. 5º para obra audiovisual:

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

(...)

VIII – obra:

(...)

i) audiovisual – a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação”

A Lei nº 9.610/98 define as 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, como:

“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: (...)

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

(...)

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; (...)

XII - os programas de computador;

No artigo seguinte, a LDA indica o que *não* é protegido por direito autoral, nos seguintes termos:

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

I — as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II — os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III — os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer

tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;

IV — os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

V — as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI — os nomes e títulos isolados;

VII — o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras”.

Os direitos patrimoniais (artigos 28 a 45 da LDA), por sua vez, se relacionam essencialmente com a exploração econômica da obra, ou seja, o direito de usar, fruir e dispor (vender) da obra. Portanto, a condição de autor não pode ser vendida, mas a obra pode e a venda da obra implica a venda também dos direitos de explorá-la comercialmente. Portanto, dependem, em geral, de autorização prévia e escrita do autor, entre outras situações, as seguintes: (i) reprodução parcial ou integral; (ii) edição; (iii) adaptação, arranjo musical e quaisquer outras transformações; (iv) tradução; (v) inclusão em fonograma ou produção audiovisual; (vi) distribuição; (vii) utilização direta ou indireta da obra mediante: representação, recitação ou declamação e execução musical; (viii) exposição de obras de artes plásticas e figurativas; (ix) inclusão em base de dados, armazenamento em computador; (x) microfilmagem e demais formas de arquivamento do gênero; e (xi) quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

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, despersonalizando 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.

3.3- Patentes

Observa-se que os direitos de propriedade industrial estão previstos na Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988 e na Lei Federal 9.279, de 14 de maio de 1996 (“Lei de Propriedade Industrial”).

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a

propriedade industrial ao assegurar aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização.

Ademais, a Lei nº 9.279/96 estabelece no seu art. 2º, que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial se efetua mediante a concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Verifica-se ainda o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (em inglês *Patent Cooperation Treaty* - PCT), que dispõe sobre o depósito de um pedido internacional que pode se transformar em pedidos nacionais em diferentes países.

A Lei nº 9.279/96 prevê que as invenções e os modelos de utilidade podem ser protegidos por meio de depósito de patentes. Considera-se como invenções as novas soluções para problemas técnicos específicos, dentro de um determinado campo tecnológico, já os modelos de utilidade são novas formas ou disposições em objetos de uso prático, ou partes destes, visando melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

Observa-se que nesta seara não são observados os direitos das comunidades tradicionais, pois principalmente as grandes indústrias farmacêuticas os utilizam para potencializar o efeito das suas pesquisas, diminuindo-a em tempo e custos. Boff (2015, p. 113) apresenta diversos medicamentos que foram patenteados, com a utilização de conhecimentos tradicionais sem que nada tenha sido garantido aos detentores desse conhecimento.

3.4- Marcas

Em relação às marcas, o art. 122 da Lei de Propriedade Industrial dispõe: “São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”.

De acordo com o sítio eletrônico do INPI⁶, a marca registrada garante ao seu titular o direito de uso exclusivo no território nacional em seu ramo de atividade econômica pelo período de dez anos, a partir

6 <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/marcas/marca-2013-mais-informacoes> acesso em 04 de julho de 2017.

da data da concessão. Além disso, o registro pode ser prorrogado por sucessivos períodos de dez anos (art. 133 da Lei nº 9.279/1996).

O Manual de Marcas do INPI foi instituído pela [Resolução INPI/PR nº 142/2014](#) que está sujeito a atualizações periódicas, coordenadas pelo Comitê Permanente de Aprimoramento dos Procedimentos e Diretrizes de Análise de Marcas (CPAPD), instituído pela Portaria INPI/PR nº 700/2011. Assim, a segunda edição do Manual de Marcas, que foi instituída pela [Resolução INPI/PR nº 177/2017](#), traz uma série de [atualizações](#), resultado do aperfeiçoamento e inclusão de novos procedimentos.

De acordo com o referido Manual, as formas de apresentação das marca podem ser: (i) **nominativa**: é aquela formada por palavras, neologismos e combinações de letras e números; (ii) **figurativa**: constituída por desenho, imagem, ideograma, forma fantasiosa ou figurativa de letra ou algarismo, e palavras compostas por letras de alfabetos como hebraico, cirílico, árabe, etc; (iii) **mista**: combina imagem e palavra; e (iv) **tridimensional**: pode ser considerada marca tridimensional a forma de um produto, quando é capaz de distingui-lo de outros produtos semelhantes.

Observam-se algumas marcas registradas por terceiros utilizando nomenclaturas de tribos indígenas tradicionais, como por exemplo a tribo indígena Waimiri Atroari, que se localiza no norte do Brasil, nos Estados do Amazonas e de Roraima.

3.5- Indicação geográfica

As indicações geográficas – IG são constituídas pelas indicações de procedência ou pelas denominações de origem, conforme se verifica nos artigos 176 a 182, da Lei nº 9.279/1996. De acordo com a lei citada acima, considera-se indicação de procedência “o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço” (art. 177).

O art. 178 da Lei de Propriedade Industrial define denominações

de origem como “o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos”. Ademais, verifica-se que a Instrução Normativa - IN do INPI nº 25, de 21 de agosto de 2013, estabelece as condições para o registro das indicações geográficas. Os arts. 8º e 9º da IN do INPI n. 25/2013 estabelecem os requisitos que pedido de registro de indicação de procedência e denominação de origem respectivamente, devem conter.

3.6- Desenho industrial

A proteção do desenho industrial – DI está prevista no art. 94 da Lei nº 9.279/1996, que assegura ao autor o direito de obter registro de desenho industrial que lhe confira a propriedade. Ademais, aplica-se ao registro de desenho industrial, as disposições, no que couber, dos arts. 6º e 7º, que tratam da titularidade relativa às patentes. A Instrução Normativa - IN do INPI nº 44, de 19 de novembro de 2015, disciplina o processamento dos pedidos de registro de desenho industrial.

Conforme se verifica no sítio eletrônico do INPI⁷, o registro de desenho industrial protege os aspectos ornamentais de um objeto, por exemplo, um novo formato de relógio, brinquedo, veículo, mobiliário ou até uma estampa têxtil. Destaca-se que o registro de DI não se aplica à função de um objeto, nem a uma marca.

Assim, o desenho industrial é protegido através de registro, e não de patente como ocorre em outros países. O registro de DI protege a configuração externa de um objeto tridimensional ou um padrão ornamental (bidimensional) que possa ser aplicado a uma superfície ou a um objeto, isto é, protege-se a aparência que diferencia o produto dos demais. Logo, não são protegidos pelo registro de desenho industrial: funcionalidades, vantagens práticas, materiais ou formas de fabricação, assim como também não se pode proteger cores ou a associação destas a um objeto.

De acordo com a Lei nº 9.279/1996, para que seja considerado

7 <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/desenho> Acesso em 30 de junho de 2017.

original, o desenho industrial deve resultar de “uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores”, resultado este que “poderá ser decorrente da combinação de elementos conhecidos” (art. 97 e parágrafo único).

Deste modo, a proteção por registro de desenho industrial abrange o aspecto tridimensional da forma que define um objeto e o diferencia dos demais, bem como o aspecto bidimensional dos padrões gráficos compostos por linhas e cores que, quando aplicados a uma superfície ou a um objeto, tornam possível a sua diferenciação em relação aos similares (WIPO, 2013, p. 4).

Deste modo, apesar de não terem sido registros de desenhos industriais envolvendo objetos desenvolvidos por comunidades tradicionais, é possível a proteção do desenho industrial de peças desenvolvidas por essas comunidades.

4. CONCLUSÃO

Conforme visto, a propriedade intelectual compreende: os direitos autorais; o direito de propriedade industrial; e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros (direitos *sui generis*). Esta é, portanto, a classificação mais atual sobre o que se entende por propriedade intelectual como gênero de três espécies anteriormente especificadas.

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”.

Ademais, conforme observado neste trabalho, registra-se a relevância da propriedade intelectual para a indústria da moda, uma vez que o marco normativo da aquisição, uso e transferência desses direitos auxilia ao desenvolvimento do setor.

Por fim, enfatiza-se que a proteção legal dos instrumentos de propriedade intelectual, em especial os direitos autorais e as marcas, é importante para a sustentabilidade das atividades de criação e produção cultural no segmento.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. Considerações em torno do Direito Autoral no Mundo Digital. In: VALLE, Regina Ribeiro do (org.). **E-dicas: O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Usina do Livro, 2005.

_____. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ANCINE – AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual – OCA. **Valor Adicionado pelo Setor Audiovisual – Estudo Anual 2016** (ano-base 2014). Rio de Janeiro, out. de 2016.

BARBOSA, A. L. F. **Patentes: crítica à racionalidade, em busca da racionalidade**. Cadernos de Estudos Avançados, Rio de Janeiro, 2005.

BARBOSA, Denis Borges. **Introdução à Propriedade Intelectual**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. Tratado da Propriedade Intelectual (Tomo I). 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. Uma introdução à propriedade intelectual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de Direito da Propriedade Intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007.

BARTON, J, et al. **Integrating intellectual property rights and development policy**. Comission on Intllectual Property Rights. London, CIPR, 2002. (caps. 2 e 4).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Convenção de Berna**.

_____. 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 9.456, de 25 de abril de 1997.** Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Brasília: 1997.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília: 1998.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília: 1998.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília: 2004.

_____. **Direito autoral.** Coleção cadernos de políticas culturais; v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

_____. **Legislação sobre direitos autorais.** 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2007.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor.** Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de. **A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas: passado, presente e futuro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

DIAS, Maurício Cozer. **Direito autoral.** Coleção cadernos de políticas culturais; v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

DIGITAL VECTOR. *Global animation industry report*, 2014.

FINGERL, E. R.; GARCEZ, C. M. D. Á. **Economia do conhecimento**

e a atuação do BNDES: considerando os intangíveis. Trabalho e Sociedade, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade, ano 2, número especial, dez. 2002.

FRIQUES, Manoel Silvestre. O Escopo da Economia Criativa no contexto brasileiro. In: Redige: Revista de Design, Inovação e Gestão Estratégica. V. 4, n.01, abr. 2013.

GANDELMAN, Marisa. **Poder e conhecimento na economia global: o regime internacional da propriedade intelectual da sua formação às regras de comércio atuais.** Editora Record, 2004.

MACHLUP, Fritz & PENROSE, Edith. **The Patent Controversy in the Nineteenth Century.** *The Journal of Economic History*. New York, Economic History Association, v. 10, n.1, p. 1-29, May 1950.

NIGRI, Deborah Fisch. **Direito Autoral e a Convergência de Mídias** – Cadernos de Direito da Internet, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

OLI, João Carlos De Camargo. **Pequeno Mosaico do Direito Autoral.** Rio de Janeiro: Irmãos Vitale, 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI.

RAMELLO, Giovanni B. **What's in a sign? Trademark law and economic theory.** *Journal of Economic Surveys*, v. 20, n. 4, 2006.

ROVER, Aires José; WINTER, Djônata. A Revolução Tecnológica Digital e a Proteção da Propriedade Intelectual. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). **Propriedade Intelectual & Internet: uma perspectiva integrada à Sociedade da Informação.** Tradução Omar Kaminski. Curitiba: Juruá Editora, 2002.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VIII Direito de Autor e Expressões Artísticas

TÍTULO: QUESTÕES DE AUTENTICIDADE NA ARTE MODERNA E CONTEMPORÂNEA

Caroline Dunker Fucci



QUESTÕES DE AUTENTICIDADE NA ARTE MODERNA E CONTEMPORÂNEA

Caroline Dunker Fucci¹

RESUMO

A partir da análise de conceitos estéticos no contexto da arte produzida entre os séculos XX e XXI, o presente estudo tem como objetivo trazer questões atuais relativas aos exames de autenticidade nas artes plásticas através do próprio entendimento da obra de arte. Os incontáveis e inúmeros conceitos da obra de arte demonstram a deficiência nos sistemas legislativos de direitos autorais, que exercem importante e direto papel na exploração das liberdades artísticas.

Palavras-chave: Direito Autoral. Arte Moderna. Arte Contemporânea. Obras de Arte. Autenticidade. Estética. Regulamentação.

¹ Advogada formada pela PUC-Rio com atuação na área de Propriedade Intelectual.

INTRODUÇÃO

No âmbito de todas as categorias de criações intelectuais, sempre existiram o plágio, a cópia, a reprodução, dentre outros². Na mesma medida em que os artistas desenvolvem as obras de artes plásticas, foco principal do presente estudo, que são devidamente consideradas como “criações do espírito”, nos moldes do art. 7º, inciso VIII, da Lei 9.610/98³, também há os copiadores e os falsificadores, que se utilizam dessas mesmas obras para fins de livre inspiração ou até mesmo reproduzem e transcrevem de maneira literal aquilo que está sendo ilustrado na obra⁴.

A busca incessante por outras obras da mesma seara de atuação como forma de inspiração também se mostra prática recorrente. Assim, surge uma nova obra que costuma advir da união ou fusão dos seus objetos com elementos tidos como inovadores⁵.

Embora o legítimo autor possa se utilizar de mecanismos legais que confirmam maior proteção autoral à sua obra, sejam preventivos, como registros através de preenchimento de formulários de direitos autorais na Escola de Belas Artes, embora completamente dispensáveis para a caracterização da proteção⁶, bem como repressivos, como medidas judiciais e extrajudiciais com os requerimentos de cessação da atividade julgada como ilícita e de pagamento de quantia indenizatória, as falsificações persistem no mundo artístico.

Não obstante, a própria Lei 9.610/98 confere, por si só, o direito exclusivo ao autor para utilizar, fruir e dispor da sua obra⁷. Tal direito de

2 BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em Crise. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil I Belo Horizonte, vol. 15, jan./mar. 2018, p. 43.

3 Lei 9.610/98. Artigo 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;

4 KROKOSCZ, Marcelo. Autoria e plágio: um guia para estudantes, professores, pesquisadores e editores. São Paulo: Atlas, 2012, p. 11.

5 BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Op. cit., p. 44.

6 Lei 9.610/98. Artigo 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

7 Lei 9.610/98. Artigo 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

exclusividade está diretamente interligado à necessidade de autorização prévia e expressa para a utilização da obra por terceiros⁸.

Desta forma, fica evidente que o uso exclusivo da obra pelo autor e a autorização para sua eventual utilização por terceiros em meios diversos deveriam ser, de um ponto de vista categórico, suficientes para a correta aplicação dos institutos dos direitos autorais na contemporaneidade⁹.

Na prática, os autores, neste caso, os artistas plásticos, ainda enfrentam diversas dificuldades legais no que diz respeito à manutenção dos seus direitos autorais patrimoniais e morais¹⁰.

Não por outra razão, ao analisar as diferenças subjetivas e objetivas entre uma obra de arte original e uma peça falsificada¹¹, profissionais da arte podem encontrar inúmeras barreiras para diferenciá-las entre uma obra legítima e uma obra fraudulenta.

Tais dificuldades não se limitam a apenas questões técnicas, mas se estendem ao próprio entendimento do indivíduo daquilo que possui *status* de obra de arte. Nesse contexto, a mera análise literal da prática de violação dos direitos autorais se mostra um tanto perigosa, pois a Lei 9.610/98 é restrita ao definir aquilo que seria categorizado como violação de direitos autorais.

Afinal, tanto a arte moderna quanto a arte contemporânea introduziram novos pensamentos sobre arte, que não se encaixam na interpretação simplista e categórica exposta pela legislação de direitos autorais brasileira, uma vez que esses tipos de expressões artísticas apresentam incontáveis interpretações daquilo que é considerado arte.

Para investigar todas estas questões e para tentar buscar por

8 Lei 9.610/98. Artigo 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...)

9 BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004, p. 54.

10 PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. Direito de Autor e as Obras de Arte Plástica. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 15.

11 O significado de “falsificada” no contexto deste estudo é atribuído às cópias praticamente idênticas, desenvolvidas com o único propósito de imitar ou reproduzir inteiramente a obra de arte original através da utilização das mesmas técnicas e materiais anteriormente utilizados pelo artista. No presente estudo, a palavra “falsificada” ganha, portanto, um significado análogo ao conceito de “contrafeito” no contexto do direito marcário.

soluções, as reflexões em torno das definições de obras de arte se mostram extremamente relevantes.

Diante do exposto, o objetivo principal deste trabalho é realizar uma análise ontológica de obras de arte pertencentes ao período histórico entre o século XX e XXI e as suas complexas relações com a autenticidade.

2. O QUE E QUANDO É ARTE: CONCEITOS DE OBRA DE ARTE

A discussão em torno da caracterização de uma produção intelectual como objeto artístico sempre esteve presente no campo estético. Assim que uma peça é colocada no mundo por um artista moderno ou contemporâneo, é comum se ouvir, principalmente por parte do público não especializado, a seguinte pergunta: “mas isto é arte?”.

Em tempos modernos, a configuração do objeto como artístico apenas quando inserido em museus se trata de um dos muitos questionamentos.

A identificação destes objetos como estatutos da arte pelas instituições culturais se assemelha a um processo de legitimação. Afinal, para que estas obras possam ser escolhidas para o integrarem o acervo museológico e serem, conseqüentemente, exibidas para o público, faz-se necessária, em tese, a certificação de sua autenticidade.

Muito antes da análise envolvida nas diferenciações entre obras originais daquelas constituídas como falsas, há ainda o devido reconhecimento do objeto como obra de arte.

Parte-se do princípio de que diferenciar objetos que são obras de arte de “meras coisas”¹², apenas em razão da sabedoria do uso correto das palavras “arte” e “obras de arte”, seria tarefa intrínseca e regular a todos os envolvidos no fazer artístico. Porém, esta visão se mostra praticamente inalcançável, pois a distinção das obras de arte de meras coisas, especialmente no contexto da arte moderna e contemporânea, não é nada fácil¹³¹⁴.

12 HEIDEGGER, Martin. *A Origem da Obra de Arte*. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 43.

13 DANTO, Arthur C. *O Mundo da Arte*. In: *O Belo Autônomo: textos clássicos de estética*. Organizador Rodrigo Duarte. Autêntica Editora, Crisálida: 2015, p. 319.

14 MORAIS, Frederico. *Arte é o que eu e você chamamos de arte*. pp. 109/110. Apud. ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. 1ª Edição. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 114.

Exemplo clássico deste cenário foi o surgimento das pinturas pós-impressionistas, que não eram aceitas como arte, mas sim transfigurações e resultados de delírios pessoais. Com o tempo, diversas pinturas pós-impressionistas começaram a ser aceitas e entendidas como arte, assim como a objetos, antes pertencentes a acervos de museus antropológicos, foram transferidos para museus de belas artes¹⁵.

Diferente de Marcel Duchamp, que se utilizou de um urinol para transformá-lo em obra de arte (“*readymades*”), objeto este que carrega suas próprias significações simbólicas, Andy Warhol selecionou um objeto comum e banal, que nunca tivera, até aquele momento, o seu propósito questionado¹⁶.

Nesse sentido, na visão de Danto, assim como um artista pode fazer um fac-símile de um ser humano através de uma escultura de bronze, Andy Warhol também poderia fazer um fac-símile de caixas de sabão Brillo (“*Brillo Box*”). Entretanto, alguém que coleciona caixas Brillo não necessariamente coleciona objetos de arte. Desta forma, um depósito de um supermercado lotado de caixas Brillo também não configura uma galeria de arte¹⁷.

Warhol teria, portanto, “violado todas as condições tidas como necessárias a uma obra de arte mas, ao fazer isso, teria revelado a essência da arte”¹⁸.

Pode-se dizer que o que diferencia uma caixa Brillo comum de uma obra de arte que simplesmente consiste em uma caixa Brillo, como aquelas desenvolvidas por Warhol, é a teoria da arte aplicada ao objeto em questão.

Esta teoria impede que esta mesma caixa Brillo seja inserida na condição de objeto real, sem identificação e reconhecimento artísticos. Portanto, a caixa Brillo como obra de arte pode ser exatamente a caixa

15 Ibid., p. 320.

16 JUNIOR, Agnaldo Rego de Matos. Sobre a importância das Brillo boxes para o conceito de arte de Arthur Danto. III Semana de Pesquisa em Artes. 10 a 13 de novembro de 2009, UERJ, p. 404. Disponível em: <http://www.ppgartes.uerj.br/spa/spa3/anais/agnaldo_junior_403_414.pdf> Acesso em: 21 de set. 2018.

17 DANTO, Arthur C. Op. cit., 321.

18 JUNIOR, Agnaldo Rego de Matos. Op. cit., p. 407.

Brillo como objeto real de consumo, mas esta última não possui a mesma interpretação teórica de arte como a primeira.

Feita essa diferenciação entre o sentido artístico e o pensamento comum, ainda surgem diversos questionamentos quanto ao valor financeiro atribuído à obra de arte. Afinal, inevitável dizer que houve um certo estranhamento pelo público quando Warhol exibiu as caixas Brillo em uma galeria de arte, pois, em última instância, os detalhes gráficos e visuais do produto foram desenvolvidos por um artista, mesmo que dentro da esfera comercial¹⁹:

Houve uma certa sensação de injustiça quando Warhol abarrotou a Stable Gallery com suas caixas de sabão em pó Brillo, porque a caixa comum de Brillo foi de fato *desenhada* por um artista, um expressionista abstrato levado pela necessidade de fazer arte comercial. O que se perguntava na ocasião era por que as caixas de Warhol deviam custar duzentos dólares enquanto as caixas desse homem não valiam nem dez centavos. (DANTO, 2005, p. 87)

Esta questão também poderia ser respondida, mesmo que parcialmente, devido ao contexto histórico no qual a obra está inserida. Isso mostra que um objeto pode ser uma obra de arte em uma determinada época histórica, mas não em outra. Resta claro que, mesmo se as caixas Brillo tivessem sido fabricadas muito antes dos anos 60, provavelmente não teriam a sua consideração como arte possível, como Warhol o fez em meio ao movimento *pop art* naquela mesma época em Nova York, nos Estados Unidos²⁰.

As questões sobre o que pode ser considerado como arte têm o seu entendimento condicionado pela teoria da arte em determinado momento histórico e a possibilidade de reconhecimento dos objetos do cotidiano como arte também dependem disso²¹.

Assim como não é simples diferenciar a caixa Brillo como objeto de consumo da caixa Brillo como objeto de arte, tampouco é simples identificar o momento no qual qualquer um destes objetos tem seu caráter artístico verificado e confirmado.

19 DANTO, Arthur C. A transfiguração do lugar-comum: uma filosofia de arte. Cosac Naify, 2005, p. 87.

20 Ibid., p. 90.

21 Ibid., p. 91.

Na leitura de Nelson Goodman, “uma coisa pode funcionar como obra de arte em algumas épocas e não em outras”²².

Tendo esta interpretação como ponto de partida, entende-se que um objeto pode possuir um significado artístico em certas épocas e sob determinadas circunstâncias, enquanto este mesmo objeto pode simplesmente não deter mais esta mesma significação em outras épocas e circunstâncias²³.

Nesse sentido, permanece o entendimento de que um objeto pode exercer determinada função artística quando exposto em um museu ou galeria de arte. Para fins de melhor entendimento, uma mera pedra não é tida como obra de arte na sua naturalidade, quando está em ambiente externo e fora do alcance de qualquer reinterpretação humana.

No entanto, a mesma pedra, quando situada em instituição cultural e inserida através de atividade humana artística, apresenta as suas particularidades. Dentro do ambiente artístico, a pedra demonstra suas propriedades de forma, cor e textura.

Esta análise poderia, na prática, simbolizar uma certa ausência de funcionalidade à obra de arte, ao conceituá-la como mero objeto contemplativo. Ao identificar a obra de arte no seu momento atual e efêmero e não no seu estado perpétuo de obra de arte, a aplicação desta mesma lógica a obras há muito consolidadas como peças unicamente artísticas se torna tarefa fácil.

Para utilizar o mesmo exemplo dado por Goodman, uma pintura do artista Rembrandt poderia parar de funcionar como obra de arte no momento em que fosse utilizada como ferramenta para substituição de uma janela quebrada ou até mesmo de um cobertor²⁴.

É claro que a compreensão de objeto como obra de arte também requer o seu enquadramento como obra pertencente ao cenário da arte. Portanto, assim como os objetos que foram transferidos de um museu antropológico para um museu de arte tiveram a sua legitimação artística confirmada, uma pedra exposta em um museu de geologia exerce funções

22 GOODMAN, Nelson. *When is art? Ways of worldmaking*. Indianapolis, Indiana: Hackett Publishing Company, 1984. p. 60.

23 *Ibid.*, p. 61.

24 *Ibid.*, p. 60.

correspondentes ao propósito do respectivo museu.

Assim, as funções simbólicas de uma pedra em um museu de geologia dão especial atenção ao período, origem, composição material e relevância científica. Por outro lado, a mesma pedra, quando inserida em um museu de arte moderna, por exemplo, possivelmente passou por um processo de identificação e apropriação por um artista plástico e, conseqüentemente, teve seu status de obra de arte reconhecido pela instituição artística.

As variáveis descritas acima não são taxativas, pois esta mesma pedra poderá sempre exercer inúmeras funções simbólicas com aspectos distintos. De acordo com Goodman, a definição de obra de arte está estritamente interligada com o seu funcionamento como obra de arte. Este funcionamento, por sua vez, estará condicionado ao momento temporal no qual aquele objeto exercerá suas funções simbólicas artísticas.

Nesse sentido, “um objeto pode simbolizar coisas diferentes em épocas diferentes, e nada em outras épocas”²⁵.

Em síntese, pode-se ainda dizer que a arte é representada pela intenção, pois a intenção nada mais é do que o objetivo que aquela obra pretende transmitir. Um objeto, mesmo que visto como obra de arte, independente de suas qualidades estéticas, não será identificado como obra de arte se não possuir a intenção de “ser” obra de arte.

As questões filosóficas em torno da definição da arte transitam entre eixos diversos. A arte, especialmente a arte moderna e contemporânea, apresenta limites flexíveis pelo diálogo com os próprios conceitos de arte.. A busca pela definição de arte em meras palavras e categorias pode se resultar em experiência frustrada, por maior que seja a base teórica do estudioso de arte.

Muitas teorias foram desenvolvidas para definir ou contradizer uma definição de obra de arte. No entanto, não há uma única que possa ser considerada como unânime.

Não obstante, quando tarefa inevitável, o ato de definir a arte deverá ser sempre acompanhado de mecanismos próprios, inerentes à sua aplicação como obra de arte preparada para transmitir a sua função

25 Ibid., p. 62.

estética, seja inserido no sistema tradicional da arte, seja em momentos de ressignificação histórica e social.

3. ARTE E AUTENTICIDADE

As teorias estéticas brevemente explicitadas acima servem como instrumentos de compreensão das diversas definições de arte. A pergunta normalmente feita pelo público, principalmente aquele não especializado, ao se deparar com obras de arte modernas ou contemporâneas expostas em museus ou galerias de arte, mas que poderiam, em tese, ser identificados como objetos do cotidiano, torna a discussão ainda mais complexa.

Nas palavras de Walter Benjamin²⁶:

A autenticidade de uma coisa é a quintessência de tudo o que foi transmitido pela tradição, a partir de sua origem, desde sua duração material até seu testemunho histórico. **Como este depende da materialidade da obra, quando ela se esquia do homem através da reprodução, também o testemunho se perde.** Sem dúvida, só este testemunho desaparece, mas o que desaparece com ele é a autoridade da coisa, seu peso tradicional (grifos meus) (BENJAMIN, 1985, p. 168)

É importante, portanto, debater sobre as questões que envolvem a autenticidade dessas obras.

De um ponto de vista prático e industrial, a falsificação de obras de arte representa um dilema para todos os agentes relacionados, como o colecionador, o conservador e o historiador de arte. A falsificação demanda muito tempo e energia, pois a determinação de certos objetos como originais ou cópias se trata de atividade delicada²⁷.

Ao se deparar com uma pintura original de Rembrandt e uma falsificação idêntica, o agente responsável pelo exame pericial utiliza-se de diversas ferramentas para realização de seu trabalho, quais sejam, a documentação, fotografias de raios X, exames microscópicos e análise

26 BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política. Ensaio sobre literatura e história da cultura*. Tradução: Sérgio Paulo Rouanet. 4ª Edição. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 168.

27 GOODMAN, Nelson. *Linguagens da Arte: Uma abordagem a uma teoria dos símbolos*. 1ª Edição, Lisboa: Gradiva, 2006, p. 123.

química. Consequentemente, a diferenciação entre as obras se torna tarefa possível e a instituição confirma a originalidade presente na pintura de Rembrandt²⁸.

Contudo, apesar de existirem muitas diferenças entre ambas as obras, é impossível diferenciá-las a olho nu, o que levanta a questão acerca da existência de uma diferença estética entre as duas. Quando até mesmo o maior especialista no trabalho de determinado artista, ao não fazer uso dos instrumentos de identificação necessários, não é capaz de identificar as diferenças entre a obra original e a obra falsificada, questiona-se ainda mais se há, de fato, diferenças estéticas entre elas²⁹.

Nesse sentido, argumenta Aline B. Saarinen (1961, p. 14)³⁰:

(...) a questão mais desesperante de todas: se uma falsificação for tão bem feita que mesmo depois do mais completo e fidedigno exame, a sua autenticidade permanece aberta à dúvida, é ou não uma obra de arte tão satisfatória como se fosse inequivocamente genuína? (apud GOODMAN, 2006, p. 123)

Analisar as obras a olho nu dependeria da prática e da formação que aquele indivíduo possui naquele determinado momento. O próprio conhecimento de que uma obra seria original e a outra seria uma cópia já causaria naquele indivíduo a possibilidade de, eventualmente, conseguir identificar, a olho nu, as diferenças estéticas entre as obras. As razões para tanto poderiam ser sumarizadas pela simples possibilidade de obtenção de maior percepção de detalhes e, na sequência, a futura diferenciação de outras obras³¹.

Em outras palavras, as distinções tidas como invisíveis pelo especialista até um certo momento poderão se tornar mais tarde evidentes até mesmo para o observador leigo. Portanto, o fato de que não seria possível, em um primeiro momento, diferenciar uma obra original de uma falsificada não indica que não há diferenças estéticas entre elas.

Nesse mesmo sentido, pode-se afirmar que, diferente da arte,

28 Ibid., p. 124.

29 Ibid., p.

30 SAARINEN, Aline B. New York Times Book Review, 1961, p. 14. In: GOODMAN, Nelson. *Linguagens da Arte: Uma abordagem a uma teoria dos símbolos*. 1a Edição, Lisboa: Gradiva, 2006, p. 123.

31 GOODMAN, Nelson. Op. cit., p. 127.

a música apresenta maiores dificuldades para ser reproduzida através de falsificações³². Na música haveria, na verdade, composições que transmitem a sua autoria como se fossem de determinados compositores, assim como há pinturas que podem se passar como de titularidade de artistas famosos. Contudo, as cópias de uma partitura podem ser menos ou mais precisas, mas todas as cópias precisas, seriam genuinamente exemplares daquela partitura. De todo modo, mesmo as cópias mais exatas de uma pintura são apenas falsificações e imitações, e não novos exemplares da obra original³³.

Uma lógica similar pode ser aplicada nas obras literárias, que quando reproduzidas através de cópias, simbolizam um novo e genuíno exemplar daquela mesma obra, enquanto as cópias de uma pintura não representariam, de forma imediata, uma cópia original daquela obra. A segurança jurídica que uma obra de arte original transmite é que ela foi desenvolvida diretamente pelo artista em determinado período histórico. A identificação da obra física produzida pelo artista e a determinação de certa obra como falsificação são mecanismos que não estariam presentes, pelo menos em um primeiro momento, nas obras literárias e musicais.

A interpretação dada acima por Goodman detém certa instabilidade, visto que as cópias de obras literárias e musicais poderiam ser desenvolvidas apenas com relação ao seu conteúdo. A violação do direito autoral de uma obra literária ou musical estaria, portanto, na imitação das melodias e ritmos próprios de uma composição musical e no conteúdo da obra literária.

Além dessas caracterizações imediatas, percebe-se também que a tentativa de atribuição equivocada de autoria é elemento que configura violação de direito autoral de obras literárias e musicais.

Para Goodman, o processo cognitivo de diferenciação entre obras originais e falsificadas pode ser aprendido com o tempo. Diferente do pensamento de Goodman, Danto reconhece que estes processos de diferenciação seriam menos direcionados a exames técnicos e análises químicas das obras, mas o conhecimento de que se trata de uma

32 Ibid., p. 135.

33 Ibid., p. 137.

falsificação ocasionaria um sentimento estético distinto entre o original e a cópia, mesmo que indistinguíveis perceptualmente, porque, para ele, o sentimento estético não depende somente de aspectos sensoriais³⁴.

Assim, “saber que há uma diferença pode influir na maneira como olhamos duas obras, e até no modo como reagimos a elas, mas a diferença não precisa estar necessariamente na maneira como as vemos”³⁵.

Em atenção à arte moderna e contemporânea, objeto principal do presente estudo, três gravatas, por exemplo, poderiam apresentar configurações visuais indistintas, sendo uma obra de arte e as outras não, nos moldes do *Gedankenexperiment* proposto por Danto. Essa mesma lógica poderia ser aplicada no momento de identificação de autenticidade: se não há diferenças visuais entre objetos, sua legitimação como obra de arte ou como cópia dependerá da intenção e da legitimação institucional³⁶.

Na visão de Danto, o caráter ilícito de uma obra de arte estaria diretamente interligado com a seu papel na história da arte. No momento no qual se identifica certo objeto como obra de arte ou não, o sentimento estético se modificará.

Em sentido contrário, para Goodman, a distinção entre a obra original e a falsificada não deve ser entendida como superioridade estética. A obra que for considerada como falsificada deverá, portanto, submeter-se a uma análise de autenticidade própria, que não se confunde com mérito estético. Afinal, uma obra de arte original pode ser menos interessante do que uma cópia desta mesma obra, mas que apresenta novos elementos e referências³⁷.

4. A AUTENTICIDADE NAS OBRAS DE ARTE MODERNAS E CONTEMPORÂNEAS

Muito antes do surgimento das novas tecnologias, a arte tem exercido importante papel na ressignificação de conceitos. Conforme já exposto, as questões da autenticidade que afetam a arte são, muitas vezes,

34 DANTO, Arthur C. A transfiguração do lugar-comum: uma filosofia de arte. Cosac Naify, 2005, p. 146.

35 Ibid., p. 86.

36 Ibid., p. 90.

37 GOODMAN, Nelson. Op. cit., p. 141.

entendidas e analisadas de um ponto de vista técnico e racional³⁸.

No âmbito judicial brasileiro, quando há a necessidade de realização de análises comparativas entre duas obras para identificar a suposta obra falsificada, exames periciais são normalmente requisitados para executar esta tarefa³⁹.

Entretanto, muitas vezes, as diferenças não serão perceptíveis. Para permitir que qualquer liberdade artística seja livremente explorada, o entendimento do sentido das obras modernas e contemporâneas se torna ainda mais essencial do que, por exemplo, a mera distinção da técnica utilizada em cada pincelada do artista.

São incontáveis as obras dos períodos moderno e contemporâneo que transcendem as definições tradicionais de arte e não se encaixam em sistemas categóricos, especialmente no que tange à verificação de sua autenticidade. Essas obras mostram o quanto o entendimento de obras originais e falsificadas é muito mais amplo do que parece.

A apropriação de elementos da cultura popular e comercial tem como marco a utilização de técnicas de colagem por Picasso, como na pintura “Copo e Garrafa de Suze”⁴⁰, na qual há uso de recortes de jornal com um fragmento do termo “Suze”. A imagem representa cenas da vida cotidiana, com o uso de materiais alternativos para construção de novos significados na arte.

A obra do artista americano Jasper Johns, por exemplo, extrai imagens e temas do cotidiano e da cultura popular. Dentre seus principais trabalhos, destacam-se bandeiras, mapas e algarismos⁴¹.

Os objetos explorados por Johns representam, portanto, uma dificuldade em uma eventual identificação de falsificação, pois, como argumenta Danto⁴²:

O artista Jasper Johns explorou uma classe de objetos em face
38 MERRYMAN, John Henry. *Thinking About the Elgin Marbles: Critical Essays on Cultural Property, Art and Law*. 2nd Ed. Kluwer Law International, 2009.

39 MONCADA, Miguel Cabral de. *Peritagem e Identificação de Obras de Arte*. 1a Edição, Lisboa: Civilização Editora, 2006, p. 23.

40 Pablo Picasso, “Glass and Bottle of Suze”, 1912, propriedade do Museu de Arte Albrecht-Kemper, em Saint Joseph, EUA.

41 Para maiores informações sobre a obra do artista Jasper Johns, visitar: <<https://www.moma.org/artists/2923>>. Acesso em: 25 de set. de 2018.

42 DANTO, Arthur C. *A transfiguração do lugar-comum: uma filosofia de arte*. Cosac Naify, 2005, p. 137.

dos quais é difícil supor de início que possam ser imitados e que por isso parecem logicamente reais, pois qualquer coisa suficientemente parecida com eles para ser considerada uma imitação logo se torna um membro da mesma classe de coisas. Um alvo, uma bandeira, uma numeral, por exemplo, parecem ter essa notável característica, ou seja, qualquer coisa que seja suficientemente parecida com uma bandeira para ser a sua representação mimética é uma bandeira, e o mesmo pode se dizer de um alvo, um numeral ou um mapa. (DANTO, 2005, p. 137)

Porém, ainda que a imagem aparente àquilo que representa, continuará uma entidade de ordem logicamente distinta, ela será uma imagem de uma imagem, ou seja, a obra de Jasper Johns “dirá respeito” a uma bandeira, a um alvo ou um numeral, mas não se confundirá com os mesmos⁴³.

A obra de outro renomeado artista americano, Joseph Kosuth, também traz os mesmos questionamentos. As cadeiras do trabalho “Uma e Três Cadeiras” são objetos banais que recebem uma nova significação quando inseridos no conjunto que compõe a obra de arte⁴⁴.

Além das obras que se utilizam de objetos como a própria obra ou os “*readymades*”, amplamente inseridos por Marcel Duchamp na história da arte, ainda há aqueles trabalhos que se apropriam de imagens, textos e demais elementos existentes para criação de uma nova obra.

Dentre os inúmeros artistas que se utilizam dessa prática, há John Baldessari, importante artista conceitual americano que une fotografias e outros tipos de imagens para desenvolver uma nova obra.

Ao se apropriarem de imagens já existentes ou até mesmo de outras obras de arte pertencentes a outros movimentos artísticos, como fez Duchamp em seu trabalho “L.H.O.O.Q”, um cartão postal com a figura da Mona Lisa de Leonardo da Vinci, no qual Duchamp desenhou um bigode e um cavanhaque na sua face⁴⁵, esses artistas realizam uma releitura dessa obra de arte e trazem novas discussões ao campo artístico.

As releituras e as apropriações de obras de arte não estão limitadas às

43 Ibid., p. 138.

44 Joseph Kosuth, “One and Three Chairs”, 1965, propriedade do Museu de Arte Moderna (MoMA), em Nova York, EUA.

45 Marcel Duchamp, “L.H.O.O.Q”, 1919, Museu de Arte de Filadélfia, em Filadélfia, EUA.

artes plásticas. Apenas para fins de referência, obras audiovisuais também exercem importante função nessa sistemática.

Logo, a obra audiovisual também pode utilizar uma obra já totalmente constituída. A partir de uma matéria já esteticamente elaborada, a obra cinematográfica poderá lançar uma nova luz sobre uma obra de artes plásticas. Um filme sobre pintura não busca reproduzir a pintura, mas lançar um novo olhar sobre ela. O filme não retira o valor da pintura porque o seu valor é o de um filme sobre pintura⁴⁶.

Ao se pensar sobre a obra audiovisual e a sua atuação nas artes plásticas, bem como na história da arte, impossível não mencionar a categoria da arte visual, mais precisamente, a videoarte.

A videoarte, assim como as demais formas de arte, também podem fazer extenso uso de justaposições e apropriações.

Exemplo claro disso é a instalação de arte “The Clock”, do artista suíço-americano Christian Marclay, que exibe um filme de 24 horas em forma de *looping*, composto por imagens e montagens de cenas de filmes e programas de televisão que mostram relógios e demais referências visuais a horários⁴⁷. Importante ressaltar que boa parte do material foi retirado de filmes de Hollywood e de diversas grandes produções britânicas.

Considerando que o vídeo possui exatamente 24 horas de duração, ele funciona como um relógio, sincronizado com a hora local. A obra em si representa o conjunto de imagens retiradas de outros contextos e situações organizado nos moldes do artista Christian Marclay.

Ao pensar de um ponto de vista tradicional, no qual uma obra de arte é definida através de uma tela e cores de tinta, é óbvio que “The Clock” não seria arte. Se ainda se pensa sobre arte com a participação de cineastas e produtores audiovisuais, mesmo assim “The Clock” não se encaixaria na categoria de videoarte de forma tão evidente. Ora, Marclay não dirigiu as cenas que são exibidas nas obras, não coordenou as filmagens com a participação de artes, tampouco tomou decisões criativas quanto

46 BAZIN, André. Pintura e Cinema. In: O que é o cinema? São Paulo: Ubu Editora, 2018, p. 230.

47 Para maiores informações sobre a instalação em formato de videoarte “The Clock”, 2010, de Christian Marclay, visitar: <<https://www.tate.org.uk/art/artworks/marclay-the-clock-t14038>>. Acesso em: 21 de set. 2018.

à fotografia ou configuração visual de cada trecho apresentado na obra.

É um tanto surpreendente o fato de que a obra foi desenvolvida e posteriormente exibida pela primeira na galeria de arte britânica White Cube, em 2010, sem a realização de um *clearance*, ou seja, uma análise jurídica prévia de todo o conteúdo a ser exibido, a fim de assegurar a ausência de qualquer elemento que viole direitos autorais de terceiros. Caso houvesse, seria necessária a obtenção da autorização correspondente dos respectivos titulares⁴⁸.

O artista e a galeria sequer obtiveram as autorizações de direitos autorais necessárias para fins de exibição do conteúdo inserido na obra, pois Marclay acreditava estar tutelado pela doutrina do “*fair use*”⁴⁹, interpretada pela lei brasileira através das limitações previstas no art. 46 da Lei 9.610/98.

Quando o museu Tate Modern adquiriu a obra para o seu acervo em meados de 2012, o seu departamento jurídico adotou as providências preventivas cabíveis para evitar eventuais riscos de alegação de direitos autorais, visto que a obra estaria em exibição para um público maior do que o da galeria White Cube. No entanto, não houve, até o presente momento, uma ação judicial em face do artista ou da instituição, o que demonstra uma certa aprovação pelos espectadores e eventuais titulares.

Outra obra audiovisual que se utiliza de imagens de diversas obras também audiovisuais é a “The Green Fog”, do cineasta Guy Maddin. Em síntese, o filme se trata de uma reinterpretação do clássico “Um Corpo que Cai” de Alfred Hitchcock, com a utilização de imagens de filmes antigos e trechos de programas televisivos⁵⁰.

Considerando que a obra obteve uma recepção crítica positiva, a utilização das imagens retiradas de filmes e programas televisivos filmados

48 HERMAN, Alexander. Ticking Away: Christian Marclay’s The Clock and Copyright Law. 12 de setembro de 2018. Queen Mary Institute of Art and Law. Disponível em: <<https://ial.uk.com/marclay-clock/>>. Acesso em: 22 de set. 2018.

49 Artists at work: Slave to the rhythm – Christian Marclay on deadline. 25 de agosto de 2010. Disponível em: <<https://www.economist.com/news/2010/08/25/slave-to-the-rhythm>>. Acesso em: 22 de set. 2018.

50 KENIGSBERG, Ben. Review: ‘The Green Fog’, a Salute to Hitchcock’s San Francisco. Janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/01/04/movies/the-green-fog-review-hitchcock-san-francisco.html>>. Acesso em: 24 de set. 2018.

na área de São Francisco⁵¹ foi tida como uma homenagem à vida e à obra do cineasta e não causou grandes questionamentos quanto à sua legalidade autoral.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os entendimentos dos filósofos Arthur C. Danto e Nelson Goodman foram os principais guias utilizados no presente estudo. Embora defendam conceitos e teorias distintas, suas bases dialogam entre si. Ambos buscam, com maestria, propor definições da arte. Tendo em vista os contextos históricos nos quais estavam inseridos, seus estudos tendem a manter como foco a arte moderna e contemporânea, mas não se limitam a estes movimentos artísticos.

De um ponto de vista de autenticidade, os pontos apresentados por ambos se cruzam, mas não se confundem. Não esgotam as discussões que transformam a arte em autêntica, tampouco solucionam todos os problemas envolvidos nas aferições de autenticidade utilizadas em certo período.

É possível concluir que a intenção exerce um enorme poder nos estudos dos dois filósofos. A intenção como o próprio sentido da obra de arte e como a própria confirmação do *status* de arte.

Independente do que é apresentado no campo estético, a intenção se afirma como elemento essencial no estudo de qualquer obra de arte. Essa mesma intenção também se mostra presente quando é necessário lidar com os desdobramentos da autenticidade.

Acima de todos os modelos técnicos existentes, aquele que for conferir o estado de original à obra de arte deverá inserir a intenção como primeiro da lista. Isso implica a verificação da intenção em todo e qualquer objeto artístico, que se relaciona em alto grau com o instituto do dolo adotado pela doutrina jurídica.

De um ponto de vista legal, percebe-se uma deficiência na Lei 9.610/98, pois permanece anacrônica no âmbito histórico da arte.

51 ANDREW, Geoff. The Green Fog first look: Guy Maddin's giddy San Francisco remake. 15 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.bfi.org.uk/news-opinion/sight-sound-magazine/reviews-recommendations/green-fog-guy-maddin-giddy-san-francisco-vertigo-remake>>. Acesso em: 19 de set. 2018.

Embora a sua interpretação possa ser realizada de forma ampla, não há mecanismos suficientes para categorizar e diferenciar as criações intelectuais recentes, que realizam comentários à história da arte, como as obras de arte modernas e contemporâneas, de peças falsificadas.

Dessa forma, as normas previstas na Lei 9.610/98 não devem ser resumidas em mercadorias e bens de consumo, exclusivos das indústrias criativas regidas pelos princípios e regras próprias do Direito Privado⁵².

A aplicação conservadora e restritiva da legislação autoral brasileira afeta diretamente a liberdade de expressão artística e, sobretudo, os direitos culturais tutelados pela Constituição Federal de 1988⁵³. Afinal, o pleno exercício dos direitos culturais se concretiza através do acesso às fontes culturais e da fruição dos bens culturais⁵⁴.

Quando a Lei 9.610/98 se mostra eficaz para exercer o seu dever de tutela ao autor, peca pelo excesso, pois exige um controle basicamente insustentável de requerer a autorização do titular na maioria dos cenários existentes para sua utilização por terceiros.

Não obstante, os direitos culturais exercem diversas influências sobre os direitos autorais. A aplicação dos direitos culturais e os direitos patrimoniais de autor deve ser efetuada, portanto, de forma ponderada⁵⁵

A arte, a partir do modernismo, tornou-se autorreferencial. O pensamento em torno de práticas envolvidas na avaliação de autenticidade apenas na esfera de obras de arte entendidas como tais, seja porque pertencem

52 WACHOWICZ, Marcos. A Revisão da Lei Autoral Principais Alterações: Debates e Motivações. Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição – PIDCC, Aracaju, Ano IV, Edição n. 08/2015, p. 548.

53 CRFB de 1988. 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:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Artigo 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.

54 SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2012, p. 97.

55 SOUZA, Allan Rocha de. Direitos autorais e acesso à cultura. Liinc em Revista. v. 7, n. 2, 2011, p. 430.

a movimentos artísticos de séculos passados, seja porque se encaixam no entendimento comum de arte (*i.e.*, figurativismo), é superficial.

Atualmente, há certa insegurança jurídica, que não é exclusiva ao setor comercial da arte, como no âmbito de *marchands* e colecionadores, mas afeta também toda a parcela institucional da arte.

Pode-se verificar que os museus de arte brasileiros atuam como verdadeiras entidades superiores no que diz respeito à autenticidade quando uma obra de arte é indistinguível da sua contraparte real. Logo, qualquer obra de arte que esteja em exibição em um grande museu já possui a sua certificação de autenticidade confirmada. Mesmo que não se trate da peça verdadeiramente original em razão, muitas vezes, de limitações econômicas, a utilização de réplicas que possuam o caráter de original é factível.

Contudo, sem ferramentas e arcabouços jurídicos suficientes, que insiram as novas formas de fazer e pensar em artes plásticas no Brasil, os agentes participantes do mercado de arte e, principalmente, os artistas, ficam desamparados, sujeitos a interpretações unilaterais e arbitrárias daquilo que possa ser considerado arte e, portanto, possa ser devidamente tutelado pela legislação de direito autoral.

Portanto, mostra-se imprescindível uma maior atuação das instituições culturais, em via de fornecer a segurança jurídica acerca da autenticidade de obras de arte quando perícias técnicas se mostram insuficientes para distinguir a obra original de uma contraparte real ou de uma falsificação.

A Lei de Direito Autoral brasileira, datada de 1998, já demonstrou ineficiências em diversas categorias intelectuais, como nos ramos musical e audiovisual, que são, nos dias de hoje, indústrias basicamente digitais. Diferente das obras de artes plásticas, as obras musicais e audiovisuais receberam, recentemente, novas atenções doutrinárias e jurisprudenciais, advindas do fenômeno da transmissão online por *streaming*⁵⁶.

56 Afirmação baseada nas recentes decisões de tribunais superiores que reconhecem as modalidades de streaming de conteúdo musical e audiovisual em online como importante agente no recolhimento de royalties devidos por direitos autorais. Vide: STJ, REsp 1.559.264, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, j. 08/02/2017, STJ, REsp 1.567.780, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira

Com o decorrer dos séculos, novas formas artísticas demandam novas formas de proteção. Para que o âmbito dos direitos autorais não se torne anacrônico, o presente estudo argumenta pela importância do trabalho institucional e da caracterização da intenção da produção, se puramente artística ou se intencionalmente falsificadora.

Turma, j. 14/03/2017, STJ, REsp 1.556.118, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 13/12/2016, STJ, REsp 1.629.529, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 17/08/2017.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artists at work: Slave to the rhythm – Christian Marclay on deadline. 25 de agosto de 2010. Disponível em: <https://www.economist.com/news/2010/08/25/slave-to-the-rhythm>. Acesso em: 22 de set. 2018.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Originalidade em Crise*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil I Belo Horizonte, vol. 15, jan./mar. 2018.

BAZIN, André. *Pintura e Cinema*. In: O que é o cinema? São Paulo: Ubu Editora, 2018.

BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política. Ensaios sobre literatura e história da cultura*. Tradução: Sérgio Paulo Rouanet. 4ª Edição. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

DANTO, Arthur C. *A transfiguração do lugar-comum: uma filosofia de arte*. Cosac Naify, 2005, p. 87.

DANTO, Arthur C. *O Mundo da Arte*. In: *O Belo Autônomo: textos clássicos de estética*. Organizador Rodrigo Duarte. Autêntica Editora, Crisálida, 2015.

GOODMAN, Nelson. *Linguagens da Arte: Uma abordagem a uma teoria dos símbolos*. 1ª Edição, Lisboa: Gradiva, 2006, p. 123.

GOODMAN, Nelson. *When is art? Ways of worldmaking*. Indianapolis, Indiana: Hackett Publishing Company, 1984.

HEIDEGGER, Martin. *A Origem da Obra de Arte*. São Paulo: Edições 70, 2010.

HERMAN, Alexander. *Ticking Away: Christian Marclay's The Clock and*

Copyright Law. 12 de setembro de 2018. Queen Mary Institute of Art and Law. Disponível em: <<https://ial.uk.com/marclay-clock/>>. Acesso em: 22 de set. 2018.

JUNIOR, Agnaldo Rego de Matos. *Sobre a importância das Brillo boxes para o conceito de arte de Arthur Danto*. III Semana de Pesquisa em Artes. 10 a 13 de novembro de 2009, UERJ, p. 404.

Disponível em: <http://www.ppgartes.uerj.br/spa/spa3/anais/agnaldo_junior_403_414.pdf> Acesso em: 21 de set. 2018.

KENIGSBERG, Ben. *Review: 'The Green Fog', a Salute to Hitchcock's San Francisco*. Janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/01/04/movies/the-green-fog-review-hitchcock-san-francisco.html>>. Acesso em: 24 de set. 2018.

KROKOSZ, Marcelo. *Autoria e plágio: um guia para estudantes, professores, pesquisadores e editores*. São Paulo: Atlas, 2012.

MERRYMAN, John Henry. *Thinking About the Elgin Marbles: Critical Essays on Cultural Property, Art and Law*. 2nd Ed. Kluwer Law International, 2009.

MONCADA, Miguel Cabral de. *Peritagem e Identificação de Obras de Arte*. 1ª Edição, Lisboa: Civilização Editora, 2006, p. 23.

MORAIS, Frederico. *Arte é o que eu e você chamamos de arte*. pp. 109/110. Apud. ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. 1ª Edição. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. *Direito de Autor e as Obras de Arte Plástica*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1979.

SAARINEN, Aline B. New York Times Book Review, 1961. Apud. GOODMAN, Nelson. *Linguagens da Arte: Uma abordagem a uma teoria dos símbolos*. 1ª Edição, Lisboa: Gradiva, 2006.

SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos autorais e acesso à cultura*. Liinc em Revista. v. 7, n. 2, 2011.

SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012.

WACHOWICZ, Marcos. *A Revisão da Lei Autoral Principais Alterações: Debates e Motivações*. Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição – PIDCC, Aracaju, Ano IV, Edição n. 08/2015.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VIII Direito de Autor e Expressões Artísticas

**TÍTULO:
ALTERNATIVAS DE PROTEÇÃO DO
DIREITO AUTORAL
NO PROCESSO DE DIGITALIZAÇÃO
DE OBRAS ÓRFÃS NO BRASIL**

Gabriela Hiwatashi dos Santos



ALTERNATIVAS DE PROTEÇÃO DO DIREITO AUTORAL NO PROCESSO DE DIGITALIZAÇÃO DE OBRAS ÓRFÃS NO BRASIL

Gabriela Hiwatashi dos Santos¹

RESUMO

Com o recente processo de digitalização de obras em larga escala, a exemplo do *Google Books* e de outras bibliotecas e acervos digitais, surgem diversos questionamentos sobre a proteção do Direito Autoral nas obras digitalizadas. Para os fins do presente artigo, foram analisadas especificamente as obras órfãs (em inglês, *orphan works*), que são aquelas cujo autor ou titular de direitos não foi identificado ou, mesmo se identificado, não foi localizado para que pudesse autorizar o uso das respectivas obras. Nesse contexto, procura-se responder ao seguinte problema: como compatibilizar a proteção dos direitos autorais e o acesso à cultura e à livre circulação do conhecimento no processo de digitalização de obras órfãs no contexto nacional? O método de pesquisa utilizado é a revisão bibliográfica e legislativa para fins de definição, delimitação e contextualização da problemática. Para isso, foram verificados quatro modelos de utilização das obras órfãs: (i) Limitação da responsabilidade e doutrina do *fair use*; (ii) Determinadas utilizações permitidas de obras órfãs; (iii) Sistema de licenças coletivas sobre obras órfãs e licenças coletivas ampliadas; e (iv) Licenças específicas de uso concedidas por órgãos públicos. Em sede de conclusão, pode-se inferir que tanto a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998), quanto o Projeto de Lei nº 465/2012, não apresentam alternativas regulatórias adequadas para compatibilizar a proteção dos direitos do autor e garantir a segurança jurídica necessária na digitalização de obras órfãs capitaneada por instituições de memória. Propõe-se, portanto, uma aproximação moderada do modelo europeu de determinadas utilizações permitidas de obras órfãs.

Palavras-chave: direito autoral; obras órfãs; digitalização de obras

¹ Bacharelada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014-2019.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos numa sociedade que valoriza cada vez mais o acesso democratizado e universal à cultura e ao conhecimento, o qual tem sido otimizado por meio da utilização de tecnologias de informação e comunicação (TICs) e da Internet, permitindo a digitalização de inúmeras obras e o desenvolvimento de grandes bibliotecas e acervos digitais. Esse conhecimento acumulado ao longo de séculos em bibliotecas tradicionais e acervos precisa ser devidamente traduzido em termos tecnológicos para garantir a preservação cultural e o devido acesso a essas obras.²

É nesse contexto que surge a questão da proteção dos direitos autorais no processo de digitalização, mais especificamente de obras órfãs, que são aquelas cujo autor ou titular de direitos não foi identificado ou, mesmo se identificado, não foi localizado para que pudesse autorizar o uso destas. Há ainda definições que incluem como obras órfãs aquelas cujos titulares são de difícil ou impossível localização por aquele que tem interesse em obter autorização para utilizá-las.³

Dessa maneira, procura-se responder ao seguinte problema: como compatibilizar a proteção dos direitos autorais e do acesso à cultura e à livre circulação do conhecimento no processo de digitalização de obras órfãs no contexto nacional? Também se pretende verificar a existência de instrumentos jurídicos, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto em ordenamentos estrangeiros, que ofereçam maior segurança jurídica na digitalização das obras órfãs; bem como propor uma alternativa regulatória para o Brasil, incentivando uma adequação da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998).

2 A importância das bibliotecas no desenvolvimento sustentável e na preservação do patrimônio cultural local e mundial foi tratada na Declaração de Lyon sobre o Acesso à Informação e Desenvolvimento, da Organização das Nações Unidas - ONU, em 2014, que convocou seus Estados Membros a se comprometerem com o acesso democrático à informação e ao conhecimento.

3 É a definição trazida no 2006 Report on Orphan Works, elaborado pelo U.S. Copyright Office, segundo a qual obras órfãs seriam “any original work of authorship for which a good faith prospective user cannot readily identify and/or locate the copyright owner(s) in a situation where permission from the copyright owner(s) is necessary as a matter of law”; p. 15.

Na primeira seção do presente artigo será feita uma breve conceituação das obras órfãs, apresentado a sua relevância e abrangência no contexto nacional e internacional e a problemática da proteção dos direitos autorais em face ao direito de acesso à cultura, evidenciada nas diversas iniciativas de digitalização de obras.

Na segunda seção será analisada a insuficiência da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998) no que diz respeito à regulação das obras órfãs e do processo de digitalização em massa que vem ocorrendo mais intensamente nas últimas décadas. Também será mencionado brevemente o Projeto de Lei nº 465/2012, que buscou propor uma solução para essa questão.

Na terceira seção serão verificados quatro modelos de proteção dos direitos autorais face ao processo de digitalização em massa de obras órfãs: (i) Limitação da responsabilidade civil para os utilizadores das obras órfãs e doutrina do *fair use*, nos Estados Unidos; (ii) Determinadas utilizações permitidas de obras órfãs, na União Europeia; (iii) Sistema de licenças coletivas sobre obras órfãs e licenças coletivas ampliadas, no Reino Unido, Dinamarca, Noruega, Suécia e Finlândia; e (iv) Licenças específicas de uso concedidas por órgãos públicos, no Canadá e Japão.

Por fim, serão avaliadas algumas alternativas de regulação de tais obras na perspectiva legal brasileira, inclusive por meio de uma proposta de alteração na Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998), para que esta possa fazer frente à nova realidade de acesso à informação e de democratização do conhecimento, impulsionada pelo crescente uso de tecnologias de informação e comunicação em nossa sociedade.

Ressalta-se que não há pretensão de esgotar o tema, tampouco de apresentar uma única e definitiva solução para o problema da utilização de obras órfãs, mas sim apenas contextualizar alguns dos principais modelos e mecanismos aplicados nos ordenamentos jurídicos selecionados e, assim, analisar as possíveis alternativas legais para o caso brasileiro e, até mesmo, propor uma necessária atualização legislativa.

É importante ter em mente que todas as alternativas jurídicas analisadas apresentam vantagens e desvantagens, cada qual com as suas limitações no que diz respeito aos direitos morais e patrimoniais

envolvidos, sendo necessário ponderar alguns valores, a dizer, de um lado, o acesso à informação, e, de outro, os direitos do autor ou titular.

2. OBRAS ÓRFÃS: CONCEITO, RELEVÂNCIA E PROBLEMÁTICA

A definição de obras órfãs comumente adotada pela doutrina nacional e internacional, em regra, remete àquela inicialmente trazida no 2006 *Report on Orphan Works*, elaborada pelo *U.S Copyright Office*, segundo a qual obras órfãs é um termo usado para descrever a situação em que o titular de uma obra protegida por direitos autorais não pode ser identificado ou localizado por aquele que deseja fazer uso da obra, visto que se exige a permissão do titular dos autorais para tal finalidade.⁴

No entanto, deve-se salientar que o conceito supramencionado não é o único existente na doutrina autoralista, variando sutilmente de acordo com o ordenamento jurídico analisado. Por exemplo, conforme a Diretiva 2012/28 da União Europeia, são consideradas obras órfãs aquelas em que nenhum dos titulares dos direitos estiver identificado ou se, apesar de um ou mais desses titulares estarem identificados, nenhum deles tiver sido localizado após ter sido realizada e registrada uma pesquisa diligente desses titulares.⁵

Dessa maneira, depreende-se que são obras ainda protegidas pelos direitos de autor, que não estão em domínio público e, portanto, exigem prévia autorização do titular para a utilização legal, exploração econômica ou digitalização dessas obras. A questão do domínio público em obras órfãs será abordada mais detalhadamente nas seções seguintes, visto que é um dos pontos de maior confusão e incerteza na doutrina autoralista.

Essa problemática se intensificou com as iniciativas de digitalização

4 No texto original do *Report on Orphan Works*, de 2006, “This Report addresses the issue of ‘orphan works’, a term used to describe the situation where the owner of a copyrighted work cannot be identified and located by someone who wishes to make use of the work in a manner that requires permission of the copyright owner.”; p. 17.

5 UNIÃO EUROPEIA - Diretiva nº 28/EU (Artigo 2º) 1. As obras ou fonogramas são considerados obras órfãs se nenhum dos titulares dos direitos sobre essas obras ou fonogramas estiver identificado ou se, apesar de um ou mais desses titulares estarem identificados, nenhum deles tiver sido localizado após ter sido realizada e registrada uma pesquisa diligente desses titulares nos termos do artigo 3º.

em massa e a disponibilização do material cultural até então existente somente em estabelecimentos físicos, ultrapassando fronteiras ao torná-lo acessível ao grande público, o que torna ainda mais complexa a interação entre direitos autorais e acesso sem barreiras ao conhecimento. À primeira vista, parece tratar-se de um verdadeiro nó górdio, mas com a devida comunhão de esforços regulatórios e práticos é possível permitir a expansão das iniciativas de digitalização, bem como a preservação destas obras.

A questão das obras órfãs foi, inclusive, tema de relatório oficial da *International Federation of Library Associations and Institutions* (IFLA), a qual, atentamente, desde 2007, percebeu uma crescente dificuldade por parte das bibliotecas em identificar e localizar o titular de direitos autorais para autorizar o uso e digitalização de determinada obra. Nos pronunciamentos exarados pela referida Organização, ressalta-se a necessidade de flexibilização da lei autoral, em observância ao interesse público e aos direitos do titular, por meio de uma estrutura bem delimitada.⁶

Atualmente, apesar das poucas informações disponíveis e da falta de interesse público na pesquisa e no desenvolvimento de iniciativas de digitalização, estima-se que as obras órfãs representem parte significativa da coleções de museus, arquivos, bibliotecas e acervos audiovisuais. No Brasil, embora não existam informações consistentes para determinar-se a dimensão das obras órfãs, presume-se que, considerando os estudos realizados em outros países, seja de grande relevância também no contexto nacional.⁷

Dos dados existentes, o acervo da Biblioteca Britânica, em 2009, estimou que cerca de 40% de todas as obras impressas eram órfãs, o que corresponderia a mais de 25 milhões de obras, incluindo livros, fotografias e fonogramas. Já no Museu de História Nacional de Londres, aproximadamente 20% de um milhão de livros e 25% de 500 mil itens mantidos em seu acervo. Ainda mais alarmante é a perspectiva de que

6 A International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA), organização que representa os interesses de bibliotecas, publicou duas declarações acerca da situação das obras órfãs nas iniciativas de digitalização. Disponíveis em: <https://www.ifla.org/publications/ifla-statement-on-orphan-works-2011> e <https://www.ifla.org/publications/iflaipa-joint-statement-on-orphan-works>.

7 FREITAS, Bruna Castanheira de; VALENTE, Mariana Giorgetti. Memórias Digitais: o estado da digitalização de acervos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 38.

mais de 50 milhões de obras em um total de 503 instituições britânicas sejam obras órfãs.⁸

Ademais, nos Estados Unidos, segundo o relatório *Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of "Rights" in Digital Collection Building*, elaborado pelo *Council on Library and Information Resources* (CLIR), de 2011, mais de 50% dos livros da coleção do século XX do repositório digital *HathiTrust* se enquadravam na categoria de obras órfãs devido à impossibilidade de localizar o titular de direitos.⁹

A referida falta de informação acerca da autoria ou titularidade dessas obras se mostra um empecilho para a digitalização e disponibilização destas. Acredita-se que essa situação tenha dois fatores principais: (i) a eliminação das formalidades, da necessidade de registro e renovação como condição para o Direito Autoral; e (ii) a extensa duração da proteção dos direitos autorais, que, conforme o artigo 7 da Convenção de Berna, compreende a vida do autor e 50 anos depois da sua morte - prazo esse que, em alguns países, ainda foi expandido para 70 anos, o que exige, por vezes, o esforço do interessado na identificação e localização dos herdeiros do autor.¹⁰

A atual estrutura legal resulta numa grande insegurança jurídica para as instituições de memória, limitando-as e, em certos casos, até

8 Um dos principais e mais abrangentes documentos existentes sobre a dimensão do problema das obras órfãs é relatório *In from the cold: an assessment of the scope of 'orphan works' and its impact on delivery of services to the public*, elaborado pelo JISC (Joint Information Systems Committee), em 2009, que analisou mais de 500 organizações, incluindo museus, bibliotecas e universidades.

9 O HathiTrust Digital Library é um repositório digital de larga escala composto por obras de diversos gêneros disponibilizadas no Google Books, bibliotecas, universidades e outras iniciativas de digitalização e preservação cultural, contendo mais de 14 milhões de volumes, incluindo aproximadamente 5 milhões de obras em domínio público.

10 Esses fatores foram apontados por diversos doutrinadores, inclusive pelo mestre DENIS BORGES BARBOSA, na ocasião da palestra "Direitos autorais e acesso à cultura", ministrada no Seminário do Ministério da Cultura, em São Paulo, em agosto de 2008, em que o eminente doutrinador relacionou a problemática das obras órfãs ao prazo de proteção dos direitos autorais, invocando outros doutrinadores da área que afirmam que este seria um problema do século XX e que extensões de direito autoral raramente são de interesse público. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/orfandade1.pdf>.

mesmo impossibilitando-as de digitalizar e disponibilizar as obras que se encontram no seu acervo para o público, dada a inexistência de parâmetros de remuneração justa e o receio de processos judiciais e indenizações referentes ao uso sem autorização destas. Assim, é possível identificar uma tensão entre os direitos autorais inerentes ao titular e a categoria de obras órfãs, entendidas como aquelas em que este não foi identificado ou localizado, dificultando a digitalização, democratização e disseminação da produção cultural.¹¹

Tendo em vista essa situação, a União Europeia elaborou a Diretiva 2012/28, a qual abre algumas exceções para o uso permitido das obras órfãs, especialmente com o objetivo de preservar o patrimônio cultural europeu e o promover o acesso à informação. Assevera-se que o próprio texto da Diretiva reforça a importância do direito autoral no desenvolvimento das indústrias criativas, do investimento e da produção, contextualizando-o frente às recentes iniciativas de digitalização que almejam a circulação do conhecimento e a inovação no mercado interno.¹²

O legislador europeu preocupou-se em conceituar as obras órfãs de maneira clara e objetiva, não apenas para facilitar a categorização por parte dos museus e demais instituições de memória, mas também por uma precaução de caráter econômico, visto que os beneficiários da Diretiva podem gerar proventos do uso delas, desde que para realizar fins de interesse público.¹³

Em resumo, percebe-se que o problema das obras órfãs impõe uma

11 HANSEN, David R. Orphan Works: Definitional Issues. Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #1. p. 2-3. RIGNALDA, Allard. National and International Dimensions of Copyright Law in the Internet Age. Harmonizing Exemptions: The Case of Orphan Works. European Review of Private Law, 2009. p. 5.

12 UNIÃO EUROPEIA - Diretiva nº 28/EU (5) Os direitos de autor constituem os alicerces econômicos das indústrias criativas dado que promovem a inovação, a criação, o investimento e a produção. A digitalização em larga escala e a disseminação das obras são, por conseguinte, um meio de proteger o património cultural da Europa. Os direitos de autor constituem um importante instrumento para garantir que o setor criativo seja recompensado pelo seu trabalho.

13 UNIÃO EUROPEIA - Diretiva 2012/28/UE (21) A fim de incentivar a digitalização, os beneficiários da presente diretiva deverão poder gerar receitas com a utilização de obras órfãs que fizerem ao abrigo da presente diretiva para realizar os objetivos relacionados com as suas missões de interesse público, inclusive no contexto de acordos de parceria público-privada.

barreira à construção de bibliotecas e acervos digitais, visto que, se não há autorização do titular para seu uso, obras protegidas pelo direito autoral não podem ser digitalizadas, tampouco reproduzidas e disponibilizadas para o público leitor em meios eletrônicos.

Sendo assim, é necessário um esforço por parte das instituições interessadas na identificação e localização dos titulares para obter uma autorização ou licença de uso, o que, por vezes, é um processo custoso e demorado - ou, em certos casos, até mesmo impossível, como se dá com as obras órfãs.¹⁴

Nesse contexto, bibliotecas, acervos e outras demais instituições culturais estão buscando adaptar-se aos novos meios de acesso à informação e de comunicação, refletindo um momento de transição do analógico para o digital, o que representa uma tradução em termos tecnológicos do tradicional papel desses estabelecimentos. Apesar disso, muitas obras não podem ser utilizadas sem que violem os direitos autorais, pois, por serem direitos exclusivos do titular da criação imaterial, requerem autorização prévia para a publicação ou digitalização, por exemplo.¹⁵

A mera existência de obras inutilizáveis acarreta numa perda do potencial de criatividade e inovação, representando uma falha estrutural do mercado ao impor àqueles que desejam utilizar as obras protegidas, ou que realizem uma pesquisa diligente custosa e longa, permeada de insegurança jurídica e de possíveis sanções civis ou penais, ou que simplesmente não a utilizem, sob risco de deterioração e esquecimento.¹⁶

Na prática, tomando como exemplo o projeto *Google Books*, que pretendia digitalizar e disponibilizar gratuitamente cerca de 18 milhões de livros, observa-se um tratamento inédito do Direito Autoral inerente

14 VALENTE, Mariana Giorgetti; FREITAS, Bruna Castanheira de. Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 62.

15 HANSEN, David R.; HINZE, Gwen; URBAN, Jennifer. Orphan Works and the Search for Rightsholders: Who Participates in a “Diligent Search” Under Present and Proposed Regimes? Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #4. p. 5-7.

16 VALENTE, Mariana Giorgetti; FREITAS, Bruna Castanheira de. Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 63.

às obras órfãs. Foi adotada uma espécie de sistema de “retribuição” *a posteriori*, o que foi fortemente criticado pelo segmento editorial.¹⁷

No caso *Authors Guild et al. v. Google*, alegou-se que tal modelo de retribuição era contrário aos princípios do Direito Autoral, uma vez em que transferia o ônus de prevenir violações autorais para o titular, e não para o usuário que se apropriou desta.¹⁸

Como será analisado posteriormente, existem alguns modelos que foram adotados em ordenamentos jurídicos estrangeiros que visam resolver a problemática das obras órfãs, mas, apesar de serem possíveis soluções, praticamente todos resultam numa violação, ainda que mínima, dos direitos autorais. No entanto, o enfoque da questão apresentada não deve ser apenas os direitos autorais da obra, mas também um sistema que facilite a digitalização e incentive o potencial criativo desencadeado por sua disseminação, de maneira a buscar uma compatibilização desses dois objetos extremamente relevantes.¹⁹

Na seção seguinte, serão expostos alguns aspectos que revelam a insuficiência da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998) no que tange à definição e regulação da categoria de obras órfãs.

3. INSUFICIÊNCIA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS (LEI 9.610/1998)

Conforme mencionado anteriormente, ainda há divergência e incerteza na doutrina quanto à definição e delimitação da categoria de

17 Segundo LAWRENCE LESSIG, apud REIMÃO : 2017, aproximadamente 75% dos 18 milhões de livros a serem digitalizados pelo Google Books eram obras órfãs.

18 ALVES, M. A. SOUSA; RODRIGUES, M. MARCONI, O projeto Google Books e o direito de autor: uma análise do caso Authors Guild et al.v. Google. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Fortaleza, 2010. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2010. pp. 7915-7927. FROSIO, Giancarlo F. Google Books Rejected: Taking the Orphans to the Digital Public Library of Alexandria. Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, v. 28, ed. 1, 2011. p. 83-85.

19 REIMÃO, Patrícia Cristina Resende. A vida de uma obra órfã: A Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro. Uma solução? Ou um conjunto de lacunas? Tese de mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2017. p. 21.

obras órfãs. Parte dos autores utiliza essa expressão como sinônima de obras anônimas, mas esquece que o escopo é mais amplo, abrangendo também aquelas em que se sabe quem é o autor ou titular, mas não é possível encontrá-lo.

Logo, pode-se afirmar que o conceito de obras órfãs é bipartite: de um lado, são aquelas cujo autor ou titular de direitos não foi identificado (aproximando-se da classificação de obras anônimas); de outro lado, são aquelas cujo autor ou titular, mesmo se identificado, não foi localizado, após uma busca diligente, para autorizar o seu uso.²⁰

O que, num primeiro momento, pode parecer trivial e mero preciosismo teórico, na verdade, apresenta alta relevância prática, tanto para os próprios detentores de direitos, como para as instituições de memória, mas, principalmente, para a sociedade. Tal noção é essencial na contextualização das hipóteses legalmente permitidas de digitalização das obras órfãs, para que não seja violado o Direito Autoral intrínseco à obra selecionada

Conforme estabelece o art. 29 da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998), a utilização das obras depende de autorização prévia e expressa do autor, buscando, assim, oferecer uma proteção mais robusta aos direitos morais e patrimoniais do autor. No entanto, esse requisito legal pode dificultar o acesso à informação e à produção cultural, e até mesmo prejudicar os interesses do próprio titular da obra, caso este não seja encontrado para fornecer a autorização.²¹

A exigência de autorização do autor ou titular é a regra geral do sistema autoral, mas resta saber como proceder quando o autorizador não é encontrado ou localizado.

Apesar de haver previsão no art. 5º da referida Lei sobre obras anônimas, esta abrange apenas aquelas em que não se indica o nome do

20 VALENTE, Mariana Giorgetti; FREITAS, Bruna Castanheira de. Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 64.

21 LDA, 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;

autor, por sua vontade ou por ser desconhecido. Dessa maneira, seria equivocado e demasiado simplista enquadrar as obras órfãs na categoria de obras anônimas, visto que não se trata apenas de autoria desconhecida, e sim, por vezes, de obras cuja autoria é de fato determinável e conhecida, mas este não é encontrado pelo interessado em utilizá-la em razão da falta de informação.²²

As instituições culturais e particulares interessados em capitanear projetos de digitalização em larga escala têm receio de processos judiciais e de futuras indenizações, comumente optando por uma documentação de uma busca diligente como meio probatório, até mesmo fazendo publicações em jornais e outros meios de comunicação semelhantes. Essas medidas preventivas visam garantir uma segurança mínima de atuação, o que se mostra essencial do momento em que a legislação nacional é omissa e insuficiente.²³

Ademais, não podem ser tratadas como de domínio público, como se dá com as obras de autor desconhecido, além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais e de autores falecidos que não tenham deixado sucessores. Pelo contrário, nas obras órfãs subsiste o Direito Autoral e, portanto, não podem ser deliberadamente utilizadas pelos usuários, exigindo-se autorização do detentor de direitos e a devida retribuição pelo uso da criação.

No que diz respeito à digitalização e à disponibilização ao público destas, particularmente de obras integrais, a proteção deve ser ainda mais forte, tendo em vista que, ao propagá-las por meio das TICs e da Internet, o alcance é ilimitado, ultrapassando fronteiras e recaindo em diversos ordenamentos jurídicos. É mais desejável prevenir do que buscar

22 LDA, art. 5º - Para os efeitos desta Lei, considera-se:

.....
VIII - obra: (...)

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

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

23 REIMÃO, Patrícia Cristina Resende. A vida de uma obra órfã: A Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro. Uma solução? Ou um conjunto de lacunas? Tese de mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2017. p. 21.

compensação posterior, pois toda utilização sem autorização acarreta em alguma violação de Direito Autoral e de direitos conexos, inexistindo “dano mínimo”.

A dúvida surge quanto às obras órfãs, em que a conversão destas em termos eletrônicos serve para abrir “novas vias de exploração das obras que anteriormente estariam fechadas para os seus titulares, por iniciativa dos mesmos”.²⁴

Na próxima seção, serão apresentados quatro modelos de utilização de obras órfãs: (i) Limitação da responsabilidade civil para os utilizadores das obras órfãs e doutrina do *fair use*, nos Estados Unidos; (ii) Determinadas utilizações permitidas de obras órfãs, na União Europeia; (iii) Sistema de licenças coletivas sobre obras órfãs e licenças coletivas ampliadas, no Reino Unido, Dinamarca, Noruega, Suécia e Finlândia; (iv) Licenças específicas de uso concedidas por órgãos públicos, no Canadá, Japão e Hungria.

4. ALTERNATIVAS

Conforme foi exposto nas seções anteriores, o regime jurídico brasileiro não prevê uma categorização específica e diferenciada para as obras órfãs, o que gera insegurança para os usuários e desestimula iniciativas de digitalização e modernização de bibliotecas, museus e acervos. Assim, parece evidente que alguma alternativa regulatória deve ser tomada pelo Governo brasileiro, como já foi feito em outros países, a exemplo dos Estados Unidos, Canadá, União Europeia, Reino Unido, Japão e, mais recentemente, Colômbia.²⁵

Apesar de a legislação autoral nacional estar atrasada para lidar com novos métodos de acesso à informação e à cultura, outros sistemas

²⁴ Ipad, p. 21.

²⁵ Há alguns meses, o Centro Regional para o Livro na América Latina e no Caribe - CERLALC anunciou que o Congresso colombiano havia aprovado lei sobre direitos autorais das obras órfãs e direitos conexos, e mecanismos de controle. É o primeiro país da América Latina a atualizar a legislação autoral a fim de permitir a conservação e acesso ao material cultural acumulado ao longo da história do país. Disponível em: <https://www.publishnews.com.br/materias/2018/08/14/obras-orfas-colombia-e-pioneira-na-regulamentacao-da-questao-na-a.l>

jurídicos podem ser estudados e contextualizados para servirem como fonte de inspiração para o direito brasileiro. A seguir, serão brevemente apresentadas quatro soluções legislativas encontradas em ordenamentos estrangeiros para enfrentar essa problemática.

a) Limitação da responsabilidade civil para os utilizadores e doutrina do *fair use*

É o modelo proposto pelo *US Copyright Office* e adotado nos Estados Unidos (*US Copyright Office*: 2006), que consiste na limitação da responsabilidade civil daqueles que utilizam de boa-fé obras órfãs, após uma busca diligente inexistosa pelo autor ou titular. Para ser beneficiado com essa limitação, o utilizador deve demonstrar que realizou uma busca diligente razoável na identificação e localização do detentor dos direitos autorais da obra, com auxílio de assistência técnica e tecnológica disponíveis em dadas circunstâncias.²⁶

O relatório traz uma série de fatores a serem considerados numa busca diligente: se há informações de identificação do autor, se a obra foi disponibilizada para o público geral, a idade de criação da obra ou a época em que foi publicada, a natureza e extensão do uso pretendido, tal como a utilização com ou sem fins comerciais e a relevância daquela obra na atividade do usuário. Apesar de trazer algumas diretrizes e recomendações, o conceito de “busca diligente” permanece indefinido e de difícil comprovação, resultando em insegurança jurídica.

Também recomenda-se que o usuário da obra órfã atribua claramente a autoria, sempre que possível identificar o autor ou titular do Direito Autoral. O modelo norte-americano ainda prevê duas importantes limitações nas hipóteses em que o usuário demonstrar a busca diligente e atribuir autoria ou titularidade: (i) limitação da indenização (*monetary*

26 Segundo o texto original do Report on Orphan Works, de 2006, “Such a search must be completed before the use of the work that constitutes infringement begins. The user has the burden of proving the search that was performed and that it was reasonable, and each user must perform a search, although it may be reasonable under the circumstances for one user to rely in part on the search efforts of another user.”, p. 8.

relief); (ii) limitação da medida cautelar (*injunction relief*).

A primeira limitação diz respeito ao valor indenizatório devido pelo usuário da obra na situação em que o titular do direito apareça e reclame seus respectivos direitos. Nesse caso, será devida apenas uma compensação razoável, que corresponde à quantia que seria paga pela licença voluntária concedida pelo autor. Representantes de museus, bibliotecas e acervos ressaltaram a insuficiência dessa limitação, uma vez que, ao utilizar um grande número de obras órfãs, seria proibitivo pagar uma indenização para cada uma delas.²⁷

A segunda limitação trata da medida cautelar, particularmente quanto a usuários que pretendem criar obras derivadas com base numa obra órfã, como filmes, livros e fonogramas. A fim de proteger os direitos conexos e evitar futuras demandas, determina-se que, se a obra derivada contém uma expressão significativa do usuário, o autor da obra originária não pode exigir a cessação do uso desta, sendo-lhe devido apenas o pagamento de uma compensação razoável.

Em suma, as recomendações trazidas pelo *Report on Orphan Works* não foram recepcionadas na prática autoralista; por conta disso, alguns doutrinadores defendem a adoção da doutrina do *fair use* para as obras órfãs. Segundo essa teoria, o uso dessas obras é justificado para fins de interesse público e sem fins comerciais, o que se mostra benéfico para a preservação e acesso na sociedade do conhecimento.²⁸

Apesar de o modelo norte-americano ser adequado para regular alguns aspectos das obras órfãs, não é capaz de mensurar a quantidade e a proporcionalidade do uso da obra original na obra derivada, pois esta não está disponível no mercado para que a ela seja atribuído um valor comercial. Portanto, deve-se aplicar com cautela a limitação da responsabilidade e a doutrina do *fair use*, analisando caso a caso o

27 Como resposta às críticas das instituições de memória, o US Copyright Office emendou a sugestão de limitação da indenização, isentando de pagamento o uso das obras órfãs por entidades sem fins comerciais até o momento em que o autor ou titular reclamasse seus direitos - após esse evento, devem pagar a contribuição normalmente.

28 URBAN, Jennifer M. How Fair Use Can Help Solve The Orphan Works Problem. Berkeley Law, 2012. p. 1387.

cabimento desses mecanismos.²⁹

b) Determinadas utilizações permitidas de obras órfãs

É o modelo adotado na União Europeia pela Diretiva 2012/28, que autoriza certos usos de obras órfãs por parte de bibliotecas, estabelecimentos de ensino, museus e arquivos acessíveis ao público, instituições depositárias do patrimônio cinematográfico e organismos de radiodifusão de serviço público. O objetivo central é excepcionar o uso para fins educativos, incentivando o desenvolvimento das indústrias criativas, do investimento e da produção.

A Comissão Europeia definiu alguns requisitos para o enquadramento de uma obra órfã: (i) haja alguém interessado em fazer um uso de boa-fé de uma obra, em que existe uma incerteza sobre a quem pertencem os respectivos direitos de autor; (ii) se realize uma busca diligente para identificar ou localizar os titulares dos direitos sobre a obra; (iii) se pretenda utilizar a obra para um uso específico; (iv) se necessite de uma autorização específica, a menos que a este uso seja aplicável uma exceção ou limitação aos direitos de autor.

Desse modo, são consideradas obras órfãs aquelas em que nenhum dos titulares dos direitos estiver identificado ou se, apesar de um ou mais desses titulares estarem identificados, nenhum deles tiver sido localizado após ter sido realizada e registrada uma pesquisa diligente por parte daquele que pretende obter autorização para a sua exploração.

Ainda, a Diretiva arrola os beneficiários do tratamento diferenciado em relação a essa categoria de obras, no Artigo 1º, que dispõe: “A presente diretiva diz respeito a determinadas utilizações de obras órfãs por bibliotecas, estabelecimentos de ensino e museus acessíveis ao público, bem como por arquivos, instituições responsáveis pelo patrimônio cinematográfico ou sonoro e organizações de radiodifusão

29 REIMÃO, Patrícia Cristina Resende. A vida de uma obra órfã: A Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro. Uma solução? Ou um conjunto de lacunas? Tese de mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2017. p. 45.

de serviço público estabelecidos nos Estados-Membros, para realizar objetivos relacionados com a sua missão de interesse público.”

O texto comunitário regula ainda a utilização econômica das obras órfãs, ao permitir parcerias público-privadas, das quais podem resultar proventos financeiros, desde que para realizar fins de interesse público. A Disposição 21 declara: “A fim de incentivar a digitalização, os beneficiários da presente diretiva deverão poder gerar receitas com a utilização de obras órfãs que fizerem ao abrigo da presente diretiva para realizar os objetivos relacionados com as suas missões de interesse público, inclusive no contexto de acordos de parceria público-privada.”³⁰

A alternativa europeia é moderada na autorização de uso das obras órfãs, salvaguardando um espaço significativo de proteção do Direito Autoral do autor ou titular. A Diretiva não se limita às instituições públicas, exigindo apenas que sejam “acessíveis ao público” e promovam a livre circulação do conhecimento e da inovação no mercado interno, bem como a aprendizagem e a disseminação da cultura.

Entretanto, o presente modelo é alvo de críticas por prever uma compensação equitativa pela utilização que foi feita das suas obras ou material protegido no caso de o titular reclamar os seus direitos, o que é visto como um desincentivo para as entidades em razão do risco atrelado à utilização sem autorização do detentor de direitos.³¹ Outra crítica é o

30 RESENDE, Jorge; ROCHA, Manuel Lopes. Direitos de autor em ambiente digital: desenvolvimentos recentes na legislação comunitária. Apresentação em Congresso: Lisboa. p. 3. Disponível em: <https://www.bad.pt/publicacoes/index.php/congressosbad/article/download/420/pdf>

31 UNIÃO EUROPEIA - Diretiva nº 28/EU (18) Os titulares de direitos deverão poder pôr termo ao estatuto de obra órfã no caso de se apresentarem para reclamar os seus direitos sobre a obra ou outro material protegido. Os titulares de direitos que ponham termo ao estatuto de obra órfã deverão receber uma compensação equitativa pela utilização que foi feita das suas obras ou material protegido ao abrigo da presente diretiva, a determinar pelo Estado-Membro em que se encontra estabelecida a organização que utiliza uma obra órfã. Os Estados-Membros deverão poder determinar em que circunstâncias pode ser organizado o pagamento dessa compensação, incluindo a data de vencimento desse pagamento. A fim de determinar o possível nível de compensação equitativa, deverão ser tidos em conta, nomeadamente, os objetivos de promoção cultural dos Estados-Membros, a natureza não comercial da utilização feita pelas organizações em causa para atingir objetivos relacionados com as suas missões de interesse público, como sejam a promoção da

escopo limitado de beneficiários da utilização das obras órfãs, o que não seria suficiente para alcançar os objetivos da “Europa 2020: Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”.

c) Sistema de licenças coletivas sobre obras órfãs e licenças coletivas ampliadas

É o modelo adotado no Reino Unido, Dinamarca, Noruega, Suécia e Finlândia, consistindo num sistema misto de licenças coletivas e em licenças coletivas ampliadas (*extended collective licence*).

O primeiro é o sistema predominante no Reino Unido, em que a gestão coletiva se estende automaticamente para todos os titulares de direitos desconhecidos ou não localizados, ainda que estes não integrem a sociedade controladora. A licença de uso da obra órfã é conferida pela própria sociedade de gestão coletiva e regulada pelo órgão estatal competente, proporcionando maior segurança jurídica no uso destas, uma vez em que o titular da obra poderá reclamar seus direitos e receber uma compensação equivalente. Também será fixada uma remuneração a ser transferida para a entidade de gestão coletiva.

Entretanto, esse modelo não é bem aceito por alguns doutrinadores por não exigir a busca diligente pelo autor ou titular de Direito Autoral, simplesmente delegando a função às sociedades de gestão e utilizando-as como garantidoras no caso de posterior reclamação. Outro argumento desfavorável é a limitação territorial da proteção, já que o modelo nórdico é aplicável tão somente na Dinamarca, Noruega, Suécia e Finlândia, sendo de difícil transposição a nível multinacional.³²

O segundo é o sistema adotado nos países nórdicos, caracterizado pela combinação de transferência voluntária dos direitos do titular para a sociedade de gestão coletiva. A fim de proteger os interesses dos

aprendizagem e a disseminação da cultura, e os possíveis danos para os titulares dos direitos.

32 REIMÃO, Patrícia Cristina Resende. A vida de uma obra órfã: A Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro. Uma solução? Ou um conjunto de lacunas? Tese de mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2017. p. 47.

detentores de direitos, esse modelo permite que aqueles que não desejam fazer parte de uma entidade de tal espécie optem por se retirar do sistema, não ficando mais submetidos à licença coletiva ampliada. Observa-se certa dificuldade na implementação de tal regime, pois exige uma boa organização e desenvolvimento dessas sociedades, o que, por vezes, deve ser complementado com fiscalização governamental.³³

Nesse contexto, verifica-se que as licenças coletivas e licenças coletivas ampliadas são adequadas apenas para países que já atingiram um nível mais elevado de desenvolvimento e organização administrativa, em que há transparência na atividade das sociedades de gestão coletiva e previsibilidade

d) Licenças específicas de uso concedidas por órgãos públicos

É o modelo encontrado em países como Canadá, Japão e Hungria, no qual o interessado em utilizar uma obra órfã, isto é, aquela cuja identidade ou localização do detentor de direitos não pode ser auferida por meio de uma busca diligente, deve requerer uma licença de uso perante o órgão público competente. Os requisitos e condições de concessão da licença ficarão ao encargo de cada entidade administrativa ou judicial local.

As licenças específicas serão analisadas e concedidas individualmente pelo órgão público controlador, que irá verificar a realização de uma prévia busca diligente, o potencial do licenciado e as condições de uso. O interessado deve demonstrar que realizou esforços razoáveis para localizar o detentor de direitos como pré-requisito para a concessão da licença, podendo utilizar como meio probatório o contato com sociedades de gestão coletiva, bibliotecas, editoras, arquivos oficiais e até mesmo pesquisas na Internet.

Se o órgão competente se convencer da busca diligente, poderá conceder a licença, que deve ser obrigatoriamente não exclusiva e limitada territorialmente. Além disso, estipula-se um valor a ser pago pelo

³³ HANSEN, David R. Orphan Works: Mapping the Possible Solution Spaces. Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #2. p. 11.

usuário para o titular de direitos, que seria a quantia correspondente à remuneração caso fosse obtido o consentimento para licença voluntária. Tal valor será pago diretamente para a administração, podendo o titular reclamar seus direitos em até 5 (cinco) anos da data de término da licença; se não reclamado, o respectivo valor pode ser usado para outros fins de interesse da entidade.

Esse sistema é adotado também em países como Coreia do Sul e Índia, variando de ordenamento para ordenamento. A maior vantagem da licença específica de uso concedida por órgãos públicos é a segurança jurídica que oferece ao usuário da obra órfã, porque, uma vez autorizada, poderá usá-la sem qualquer receio de estar violando o Direito Autoral. O presente modelo também é interessante para o titular de direitos, que poderá exigir a compensação devida pelo uso de sua criação, sem que possa ser utilizada exclusiva e ilimitadamente pelo particular.

Não obstante, assim como o sistema de licenças coletivas e ampliadas, demanda uma estruturação mais robusta dos órgãos públicos responsáveis pela fiscalização e concessão de licenças, o que resultaria num modelo demasiado caro, demorado e inadequado para satisfazer os interesses do licenciado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preservar o material histórico-cultural e possibilitar o acesso universal a essas informações deve ser um objetivo comum da comunidade internacional, especialmente quanto às obras órfãs, que, como o próprio nome faz alusão, correm risco de serem abandonadas e esquecidas nas bibliotecas e acervos. Prevenir a perda desses recursos significa proporcionar uma fonte extremamente inspiradora e completa para o público, democratizando o conhecimento e disseminando a cultura.

Assevera-se que a digitalização em massa pode oferecer à sociedade um acesso universal à informação e o incentivo à produção acadêmica e científica, já que podem ser utilizadas como base para a criação de obras derivadas. Para tornar realidade essa figura da biblioteca de Alexandria, é preciso que alterações legislativas sejam feitas imediatamente e que as

instituições de memória sejam ouvidas nesse processo de aperfeiçoamento da Lei autoral.

Em sede de conclusão, portanto, pode-se inferir que tanto a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998), quanto o Projeto de Lei nº 465/2012, não apresentam alternativas regulatórias adequadas para compatibilizar a proteção dos direitos do autor e garantir a segurança jurídica necessária na digitalização de obras órfãs. Propõe-se, portanto, uma aproximação moderada do modelo europeu de determinadas utilizações permitidas de obras órfãs, por entendermos que, na conjuntura do Direito Autoral brasileiro, a solução cabível é inicialmente mais restrita e para fins educativos, de maneira a permitir que bibliotecas, estabelecimentos de ensino e museus cumpram o seu papel principal.

REFERÊNCIAS

ALVES, M. A. SOUSA; RODRIGUES, M. MARCONI. **O projeto Google Books e o direito de autor: uma análise do caso Authors Guild et al.v. Google.** In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Fortaleza, 2010. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2010. p. 7915 -7927.

BARBOSA, Denis Borges. **Direitos autorais e acesso à cultura.** São Paulo: Seminário do Ministério da Cultura, 2008. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/orfandade1.pdf>

BEZOS, Salvador M. **International approaches to the orphan works problem.** Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=989213>.

FREITAS, Bruna Castanheira de; VALENTE, Mariana Giorgetti. **Memórias Digitais: o estado da digitalização de acervos no Brasil.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

_____. **Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

HANSEN, David R. **Orphan Works: Definitional Issues.** Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #1

_____. **Orphan Works: Mapping the Possible Solution Spaces.** Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #2

_____. **Orphan Works: Causes of the Problem.** Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #3

_____. **Orphan Works and the Search for Rightsholders: Who Participates in a “Diligent Search” Under Present and Proposed Regimes?** David R. Hansen, Gwen Hinze, and Jennifer Urban. Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #4

_____; HINZE, Gwen; URBAN, Jennifer. **Orphan Works and the**

Search for Rightsholders: Who Participates in a “Diligent Search” Under Present and Proposed Regimes? Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #4.

REIMÃO, Patrícia Cristina Resende. **A vida de uma obra órfã: A Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro. Uma solução? Ou um conjunto de lacunas?** Tese de mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2017.

RESENDE, Jorge; ROCHA, Manuel Lopes. **Direitos de autor em ambiente digital: desenvolvimentos recentes na legislação comunitária.** Apresentação em Congresso: Lisboa.

RIGNALDA, Allard. **Orphan Works, Mass Rights Clearance, and Online Libraries: The Flaws of the Draft Orphan Works Directive and Extended Collective Licensing as a Solution.**

_____. **National and International Dimensions of Copyright Law in the Internet Age. Harmonizing Exemptions: The Case of Orphan Works.** European Review of Private Law, 2009.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VIII Direito de Autor e Expressões Artísticas

**TÍTULO:
OS FATOS E A APLICAÇÃO DO
DIREITO AUTORAL BRASILEIRO
POR TRÁS DA CAMPANHA
“FEARLESS GIRL”**

**Isabella Neumann Esquenazi
Rodrigo Luiz Ferraz Caetano**



OS FATOS E A APLICAÇÃO DO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO POR TRÁS DA CAMPANHA “FEARLESS GIRL”

Isabella Neumann Esquenazi¹

Rodrigo Luiz Ferraz Caetano²

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a obra publicitária conhecida como Fearless Girl, frente à controvérsia que a obra levantou quando foi instalada em frente à icônica Charging Bull, o touro de Wall Street, principalmente em relação a alegação do autor da primeira obra de que a tal obra nova fere seus direitos autorais, pedindo para que fosse retirada do local onde foi instalada. O presente trabalho irá analisar o caso frente à legislação brasileira, analisando a as alegações do autor da primeira obra, assim como as da autora da obra nova, primeiro em uma análise estritamente técnica do texto legislativo pátrio, identificando quatro critérios a serem levados em consideração no caso: (i) a possibilidade de violação dos direitos morais do autor sem modificar fisicamente a obra de artes plásticas; (ii) a proteção do significado da obra localizada em logradouro público; (iii) a possibilidade de a obra nova ser considerada derivada da primeira obra; (iv) a possibilidade de o fair use ser usado como defesa da obra nova; Por Conclui-se que há sim possibilidade de violação dos direitos morais do autor sem modificação física da obra original, que o significado da obra é protegido por direito moral do autor e que a obra nova não deve ser considerada obra derivada da primeira. Conclui-se que é importante fazer um exercício de ponderação onde repare-se o dano constatado ao autor da primeira obra sem retirar a obra nova do local, o que também penalizaria o coletivo.

Palavras-chave: Direito Autoral. Artes Plásticas. Obra Derivada

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

² Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Advogado.

1. INTRODUÇÃO

No dia 08 de março de 2017, dia internacional da mulher, foi fixada no coração financeiro de Nova York a estátua de uma menina com olhar confiante, forte, desafiador, encorajador, inspirador, empoderador, e aos seus pés, a placa “*Know the power of women in leadership. SHE makes a difference*”³. A singela estátua, com seus um metro e vinte centímetros de altura, foi criada pela artista plástica Kristen Visbal, sob encomenda, para a campanha de 2017 “*Fearless Girl*”⁴ produzida pela agência McCann New York para a State Street Global Advisors. A corretora de valores de Wall Street tinha a finalidade de promover a igualdade de gênero no mercado financeiro e a nomeação de mulheres em quadros corporativos de liderança através dessa ação publicitária.

“*The Fearless Girl*” é uma obra que pode provocar variadas interpretações e possuir diversos significados, que vão muito além da campanha de gênero para qual ela foi criada — representando, inclusive, a própria indústria da propaganda enfrentando o mundo, se renovando e de fato sendo destemida. A genial e criativa campanha publicitária conquistou três Grand Prix, nas categorias de Relações Públicas, Outdoor e Glass no Festival de Criatividade Cannes Lions desse ano e foi contemplada com o Grand Prix de Titanium, reconhecimento máximo do festival que estabelece novas diretrizes e tendências a serem seguidas pela indústria de publicidade e propaganda.

Se a contextualização desse artigo terminasse no parágrafo anterior, não teríamos grandes questões de direitos autorais a serem trabalhadas, entretanto o ponto central deste estudo passa a ser abordado a partir daqui.

A “*Fearless Girl*” não foi colocada apenas em Wall Street; ela foi criada para ser fixada exatamente em frente à estátua “*The Charging Bull*”, criada pelo escultor Arturo Di Modica em 1986 e colocada em Wall Street em 1989. A estátua de Kristen Visbal foi encomendada desde o início para ser inserida justamente no local onde está e naquele contexto,

3 “Conheça o poder das mulheres na liderança. ELA faz diferença” em tradução livre.

4 “Garota destemida” em tradução livre.

encarando o “*Charging Bull*” — a altura da menininha, inclusive, teve que ser ajustada para que as obras pudessem se conectar e criar a concepção artística pretendida pela campanha⁵. Para a “*Fearless Girl*” estar completa ela depende da interação com o “*Charging Bull*”.

Isso provocou uma das maiores polêmicas e controvérsias sobre artes plásticas em locais públicos dos últimos anos. Di Modica disse que a introdução da estátua da menininha infringiu seus direitos autorais, ao passo que ela se relaciona diretamente com o touro, propiciando uma alteração de significado em sua escultura. E declarou, ainda, que o touro fora criado para demonstrar a força financeira da bolsa americana após o *Crash do Dow Jones* e a *Black Monday*, sendo projetado para transmitir otimismo; representando um símbolo de força em meio à adversidade e não o retrato machista de um mercado específico, muito menos representando uma ameaça à mulheres, ainda mais a uma criança.

A escultora, em defesa de sua criação, disse em entrevista que quando um artista coloca seu trabalho em local público, ele automaticamente renuncia ao controle sobre a obra; ela enfatiza que o autor do touro presenteou os cidadãos americanos com o seu trabalho ao fixá-lo em local público, e a campanha *Fearless Girl* também o está fazendo ao colocar a estátua na cidade de Nova York⁶.

É fundamental estabelecer, de antemão que a relevância política e social do caso será completamente afastada, no primeiro momento deste estudo, para que a devida análise técnica de direito autoral pela legislação brasileira possa ser realizada de maneira mais fria. Em seguida, tendo essa análise feita, veremos como a resposta dada pelo direito autoral, analisado friamente, interage com esse contexto social e político, em uma análise, inclusive, das consequências dessa resposta a este contexto.

5 VISBAL, Kirsten. Wall Street’s ‘Fearless Girl’ speaks, via sculptor Kristen Visbal. Em entrevista para The Enquirer. <http://www.philly.com/philly/business/personal_finance/Fearless-Girl-Speak-Sculptor-Kristen-Visbal-to-Raise-Funds-For-Girls-Inc-of-Delaware-Speak-May-18.html>. Atualizado em 23 de maio de 2017. Acessado em 18 de agosto de 2017.

6 VISBAL, Kirsten. Idem.

2. Dos Direitos Autorais envolvidos no caso

Dos discursos de ambos artistas plásticos podem ser extraídos diversos aspectos envolvendo direitos autorais e que serão tratados neste primeiro momento do estudo:

É possível violar a integridade da obra e o direito moral sem alterá-la fisicamente? Os direitos morais do Di Modica foram violados pela campanha da State? Os direitos autorais morais abordam a proteção dos significados ao proteger a integridade e o direito de não modificação da obra?

Obra protegida por direitos autorais em logradouro público tem seu significado protegido?

Pode a obra nova ser considerada uma obra derivada da obra de Di Modica?

O fair use poderia ser aplicado como defesa para manter a menininha no local onde está?

Para abordar os aspectos acima elencados e questionados, é preciso dar um passo atrás e discorrer sobre os direitos morais do autor previstos no ordenamento brasileiro para esse tipo de obra. Para tanto, faz-se necessário destacar que o legislador brasileiro se baseou no sistema internacional, que é dividido em dois, para formular a legislação interna: o sistema do “*copyright*”, com enfoque no direito de cópia e nos direitos patrimoniais, e o sistema continental europeu, que valoriza os direitos morais.

No Brasil, a constituição se prova fonte — ao menos direta — bastante limitada em termos de direito autoral, prevendo apenas a proteção determinada pelos incisos XXVII e XXVIII do seu artigo 5^o⁷, cabendo então à legislação ordinária aprofundar o tema. A proteção legal por direitos autorais recai sobre a expressão materializada da criação de espírito do autor, sendo, portanto, obra protegível aquela expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, de acordo com o art. 7^o da Lei 9.610 de 1998, a Lei de Direitos Autorais — a “LDA”⁸. As obras em questão são obras de artes plásticas, esculturas, e, portanto, obras

7 BRASIL, República Federativa do. Constituição Federal de 1988.

8 BRASIL, República Federativa do. Lei 9.601 de 19 de fevereiro de 1998.

tuteladas por direitos autorais, art. 7º, inciso VIII da LDA.

Carlos Alberto Bittar diz que, para se constituírem os direitos autorais, o “*corpus mysticum*” — o corpo místico proveniente da criação de espírito do autor — deve ser incluído em um suporte material ou aparato físico, o “*corpus mechanicum*”, sendo a obra, portanto, o resultado da emanção da personalidade do autor. Os direitos autorais são um direito híbrido que, pela sua natureza, observa dois direitos distintos: um relacionado aos vínculos morais, correlatos à defesa da personalidade do criador, e outro, relacionado aos vínculos pecuniários que estão ligados à exploração econômica da obra⁹.

Os direitos morais são atribuídos ao autor pelo esforço criativo. Bittar fala ainda que os direitos morais são ligados à operação psicológica-criativa que resulta na verdadeira exteriorização da personalidade do autor, ou seja, na obra. “A obra revela aquilo que somente aquela personalidade poderia sintetizar (...) esses direitos constituem a sagração, no ordenamento jurídico, da proteção dos mais íntimos componentes da estrutura psíquica do seu criador”¹⁰.

Fundamental destacar, ainda, que nas artes plásticas em geral, inclusive nas esculturas, a distinção entre o “*corpus mechanicum*” e o “*corpus mysticum*” não é tão simples, já que costumam se confundir, sendo inseparáveis; por isso as obras de artes plásticas, como são as obras em análise, merecem uma atenção especial.

Para Rodrigo Moraes, os direitos morais fazem parte do rol de direitos da personalidade. Ele entende que a criação intelectual é a projeção da personalidade do seu criador, prolongamento de seu espírito criativo. Uma obra de arte plástica possui, então, a característica de unicidade. Ela tem existência única, sendo irrepetível pelo autor e é, para este, como um “filho desgarrado”¹¹.

9 BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 6ª Ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015 p. 47.

10 Ibidem. p. 69.

11 MORAES, Rodrigo. Os Direitos do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral. pp. 25, 198 e 188. Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.com.br/arquivos/downloads/Os_Direitos_Morais_do_Autor___Rodrigo_Moraes.pdf>. Acessado em 01 de setembro de 2017.

Moraes ainda define o direito moral “como prerrogativa de o autor assegurar a integridade da obra, opondo-se à modificação, deformação ou mutilação desautorizadas, que possam atingi-lo, como autor, em sua dignidade. É o direito que visa proteger tanto o criador quanto criação, tendo em vista que esta constitui um reflexo da personalidade daquele, e, conseqüentemente, uma emanção de sua própria dignidade como pessoa humana”¹². Os direitos morais são, portanto, a proteção integral do vínculo autor-obra, entendendo a obra como a expressão de mundo do autor.

Na legislação internacional os direitos morais estão previstos no art. 6, bis, 1 da Convenção de Berna e no art. 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Na legislação interna brasileira, eles foram elencados no art. 24 da LDA, e abrangem o direito do autor de reivindicar a paternidade da obra; a atribuição do nome do autor à obra, ou o direito de crédito; o direito da comunicação ao público e da retirada de circulação da obra; o ineditismo da obra; o direito de acesso à obra; a proteção integridade da obra; e os direitos de permitir a modificação ou de impedir que a obra seja modificada.

Esses direitos são pessoais, perenes, inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis, perduram pelo prazo máximo de proteção da obra, sendo certo que após a ascensão da obra a domínio público, passa a ser competência de o Estado reivindicar a defesa pela integridade da obra e sua autoria, conforme o disposto no parágrafo 2º do artigo 24 da LDA.

Tendo isto bem estabelecido, podemos partir para a análise da primeira das perguntas que essa seção do artigo pretende analisar:

a) É possível violar a integridade da obra sem alterá-la fisicamente? Os direitos morais de Di Modica foram violados pela campanha da State? Os direitos autorais morais abordam a proteção dos significados ao proteger a integridade e o direito de não modificação da obra?

12 MORAES, Rodrigo. Conflito entre Direito Moral à Integridade da Obra de Arte Plástica e Direito de Propriedade do Dono do Suporte. Casos Práticos e Critérios de Solução. p. 4 . Disponível em: http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads/O_direito_moral_do_artista_plastico_em_conflito_com_o_direito_de_propriedade_do_dono_do_suporte___versao_final_5B1_5D.pdf Acessado em 08 de setembro de 2017.

Para fins desta resposta, o direito moral mais relevante é aquele previsto no inciso IV do artigo 24 da LDA, qual seja, o direito do autor de assegurar a integridade de sua obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la (a obra) ou atingi-lo (o autor) em sua reputação ou honra. A conotação que se obtém em uma primeira leitura é uma aceção de mudança física da obra, contudo, esse caso requer a reflexão se é possível a proteção da integridade dos significados.

É importante ressaltar que a inserção da “*Fearless Girl*” não modificou fisicamente o “*Charging Bull*”; ela apenas convidou e provocou um novo olhar para a obra de Di Modica, uma nova interpretação. Contudo, indispensável ponderar se é possível a proteção legal do touro transcender seu elemento físico contemplando seu sentido, significado e concepção artística, à medida que a menina não o prejudica em sua integridade física.

A legislação autoral não estabelece explicitamente a proteção sobre sentidos, conceitos e significados da obra. Estes são pessoais, intrínsecos ao olhar de quem a analisa, independentes da intenção de seu criador e da definição dada por este. O artista não possui ingerência nem controle sobre a interpretação que é atribuída à sua obra, nem sobre a essência que é extraída por quem a contempla. Claro que o significado atribuído pelo autor de uma obra não deve ser ignorado, não é isso que esse artigo intenciona.

Apesar de não ter previsão legal explícita na LDA, não há que se negar que o significado com o qual o touro nasceu foi modificado a partir do momento em que a escultura “*Fearless Girl*” foi colocada a sua frente. Analisando tecnicamente o caso, a introdução da estátua da menininha não altera fisicamente a escultura do touro, entretanto, de fato, modifica sua concepção artística, seu sentido, já que há clara interação entre a nova obra com a obra anterior¹³.

O Prof. Allan Rocha de Souza explicita que o inciso IV do artigo 24 da LDA não se refere meramente a integridade física da obra, quando diz que “o inciso quarto garante ao autor a defesa da integridade da obra,

13 Interação esta proposital, como já apontado acima.

de protegê-la contra alterações substanciais, que atingem a projeção da personalidade do autor”. Essa interpretação se reforça quando o autor pontua que é o inciso V aquele mais voltado para a proteção contra alterações físicas da obra, apontando que é “similar ao direito à integridade, mas que concentra-se na alteração de forma, não de conteúdo, o inciso quinto reserva ao autor os direitos de modificações”¹⁴.

Esse caso rodou o mundo, principalmente após Di Monica argumentar que a menininha é resultado de uma interpretação negativa da sua criação e que se trata apenas de uma jogada de marketing e não de arte propriamente dita.

Entretanto, esse discurso do criador não seria um dilema legal se Di Modica não tivesse falado em honra e reputação. Caso Di Modica claramente não tivesse argumentado no sentido de que a estátua da “*Fearless Girl*” prejudicou sua criação e violou sua reputação e honra como autor, não haveria tantas questões legais envolvendo direitos autorais a serem abordadas. Contudo, seu argumento principal; é que sua obra nunca foi o símbolo machista que o novo contexto em que ela foi inserida pressupõe. Isso reflete diretamente tanto na obra, prejudicando-a, como no autor, que passa a ser visto como autor de uma obra que vai contra os valores sociais como, por exemplo, a igualdade de gênero.

Para Rodrigo Moraes, a honra citada no art. 24 da LDA é a honra subjetiva, juízo de valor que o indivíduo faz de si próprio, e a reputação é a honra objetiva sendo esta o juízo de valor que a sociedade faz do autor¹⁵. “O dano moral, que propicia lesão à personalidade, à honra da pessoa, é de difícil constatação já que alcança a parte mais íntima do indivíduo, o seu interior. Foi com o objetivo de obter uma ampla reparação ao dano que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano”¹⁶.

14 SOUZA, Allan Rocha de. A Função Social dos Direitos Autorais: Uma interpretação Civil-Constitucional dos limites da proteção jurídica. Col. José do Patrocínio. V.4. Ed. Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goytacazes. 2006. p.153

15 MORAES, Rodrigo. Op. Cit. p. 134.

16 BRASIL, República Federativa do. Recurso Especial no. 617130/DF – Superior Tribunal de Justiça – Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em 17 de março de 2005.

Contudo, a violação dos direitos morais do autor ficará constada quando se comprovar que a obra do autor foi prejudicada e/ou quando a honra e reputação do autor forem afetadas. Fica, portanto, evidenciado que o autor tem a faculdade de contestar quaisquer modificações e ações não autorizadas envolvendo sua obra, mesmo que meramente contextuais.

Portanto, indagamos se os direitos morais de autor deveriam ou não proteger o significado das obras, e entendemos que o sentido de uma obra pode sim ser passível de proteção pelos direitos morais, a partir do momento em que o criador se sinta ofendido em sua honra e reputação e que a sua obra seja prejudicada. Se Di Modica puder comprovar que a percepção da sua obra foi alterada negativamente e sua pessoa prejudicada pela inserção da “*Fearless Girl*”, ao menos no Brasil, ele poderia buscar a proteção legal aos seus direitos morais.

Ainda se faz necessário refletir sobre o local onde as esculturas estão fixadas, logradouro público. Isto nos traz a nossa próxima questão:

b) Obra protegida por direitos autorais em logradouro público tem seu significado protegido?

A legislação brasileira, no artigo 48 da LDA, estabelece que obra situada permanentemente em logradouros públicos pode ser representada livremente. Fundamental destacar que essa determinação é uma forma expressa de limitação especificamente ao direito patrimonial e não moral do artista plástico. Já em seu artigo 37, a LDA evidencia a dissociação entre o suporte físico e o direito autoral ao estabelecer que a tradição do suporte material não garante a cessão dos direitos da obra; isso fortalece a argumentação de quem defende o escultor do touro já que, a fixação da obra em ambiente público não significa que qualquer uso dela possa ser feito livremente, sem sua devida autorização.

Isso fica ainda mais claro ao interpretar o texto do artigo 77 da LDA, do qual é possível se extrair que a transferência da propriedade sobre *corpus mechanicum* da obra de arte plástica significa apenas a transferência do direito de expor a obra e não alcança os direitos morais do autor, nem o direito de exploração econômica desta. Portanto, resta claro que, frente à legislação brasileira, o argumento de Visbal de que o touro está em local público e por isso seu criador renunciou automaticamente ao controle

sobre sua obra ao ali colocá-lo não pode se sustentar.

Agora, faz-se necessário abordar o posicionamento da “*Fearless Girl*” como obra derivada do “*Charging Bull*”

c) *Pode a obra nova ser considerada uma obra derivada da obra de Di Modica?*

As obras protegidas por direito autoral podem ser autônomas, quando nascem sem vinculação à uma obra anterior, primígena — é o que diz a alínea *f* do inciso VIII do artigo 5º da LDA — ou podem ser obras derivadas, quando dependem da obra originária para ser criada, por meio de transformação, conforme a alínea *g* do inciso VIII do artigo 5º da LDA. Nas obras derivadas, não existe necessária participação do autor da obra primígena para a sua consecução e, por isso, caso a obra original ainda esteja protegida pelos direitos autorais, ele deve ser consultado para a respectiva autorização, conforme o disposto no artigo 29 da LDA¹⁷.

Como bem apontado por Landes e Posner, “os limites externos do conceito de obra derivada não são claros”¹⁸. José de Oliveira Ascensão diz que a obra derivada é aquela que, constituindo criação autônoma, resulta da transformação da obra originária ou primígena; sendo baseada na criação preexistente. O doutrinador também destaca a necessidade de autorização do autor da obra preexistente para a transformação, uma vez que a obra será utilizada por outrem e a transformação será resultado da atividade de criação de uma obra que incorpora a essência da obra originária¹⁹.

Neste sentido, como destacado anteriormente, é cediço que a localização da “*Fearless Girl*” não foi meramente acidental. A obra de Visbal foi criada com a expressa intenção de dialogar e interagir com a obra de Di Modica, não apenas extraindo dela parte de seu significado — o desafio ao touro — como também impondo à obra primígena um novo significado — uma ameaça, seja às mulheres ou a uma criança.

17 BITTAR, Carlos Alberto. Idem. pp. 47 a 50.

18 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Massachusetts, London; Harvard University Press. 2003. p. 114.

19 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. pp. 84, 85 e 447.

Contudo, a resposta para essa pergunta não pode ser deduzida apenas pelas análises acima. Como bem aponta Carolina Tinoco Ramos, “não há determinação jurídica mais precisa do que seja obra derivada (...). Não há um consenso sobre o tema pois nem todo tipo de criação que se utilize de parte de uma obra ou até mesmo que a descreva é uma obra derivada. Em relação ao uso de parte de uma obra, não necessariamente cria uma obra derivada, como ocorre, por exemplo, com os casos de citação e outras modalidades de uso previstas em lei (como as chamadas ‘limitações’ no Brasil, o *fair use* nos Estados Unidos, o *fair dealing* da Inglaterra)”²⁰.

Assim, mesmo que não se entenda friamente pela modificação da obra primígena apenas pela mudança de seu significado, é necessário, ainda, fazer uma segunda análise, desta vez, sobre o significado isolado e independente da segunda obra.

Como apontado, a “*Fearless Girl*” não poderia existir da mesma maneira se não houvesse, ali, a obra anterior de Di Modica. O significado imprimido sobre a obra, principalmente aquele intencionado pela campanha de marketing que a originou, só sobrevive se ela estiver frente ao touro em Wall Street. Pode-se entender, com certa tranquilidade, que o destemor que qualifica a menina é representado pelo suposto temor natural de uma pessoa comum frente a um touro que avança em sua direção.

Com isso em mente, e seguindo os ensinamentos de Landes e Posner, para que não se considere a obra como derivada de outra original é necessário constatar que “os elementos expressivos da ‘cópia’ dominam os elementos expressivos do original’. Assim, compreende-se que, para se obter uma resposta definitiva a esta pergunta, é necessário ir além do texto legal e comprovar se o significado da menina, ainda que originalmente derivado de sua contraposição ao touro, conseguiria sobreviver sem ele.

Alcançado este ponto, nos resta então atacar a última das perguntas elencadas no início do presente trabalho:

20 RAMOS, Carolina Tinoco; BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo. O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2010. p. 475.

d) O fair use poderia ser aplicado como defesa para manter a menininha no local onde está?

O instituto do “*fair use*”, ou uso justo, constitui uma das exceções ao escopo dos direitos autorais impostos pelo nosso ordenamento jurídico. É importante notar, como bem ensina o Prof. Allan Rocha, que estas exceções aos direitos autorais não podem ser confundidos, de forma alguma, com os limites dos direitos autorais. Assim, esses limites devem ser sempre interpretados extensivamente, enquanto os termos contratuais privados devem ser entendidos de maneira estrita, conforme o mandamento legal.²¹

O caso específico do uso justo, como o conhecemos atualmente, foi primeiro instituído pelo teste de três passos elencados no artigo 9º (2) da Convenção de Berna²². Ele existe para resguardar ao público o direito de, em certos casos especiais, se utilizar de obras protegidas por direitos autorais sem que esse uso configure como uma violação ao direito autoral. Para isso, de acordo com o texto do acordo, o uso da obra protegida tem de ocorrer em circunstâncias específicas delimitadas pelas legislações internas dos países signatários do tratado — primeiro passo; não pode conflitar com o uso comum dado a obra utilizada — segundo passo; e não pode prejudicar de maneira não justificável os interesses legítimos do autor — o terceiro passo.

Tal princípio foi bem abarcado pela legislação nacional, especificamente na redação do inciso VIII do artigo 46 da LDA, ao determinar que um uso não constitui ofensa aos direitos autorais quando ele não for o objetivo principal da obra nova, não prejudicar a exploração normal da obra reproduzida nem prejudica injustificadamente os direitos legítimos do autor da obra reproduzida.

Dessa forma, para que a autora da “*Fearless Girl*” possa se defender com base no uso justo da obra de Di Modica, seria preciso argumentar, primeiramente, que o significado extraído do touro de Wall Street não é o objetivo principal de sua obra — ainda que, de seus depoimentos,

21 SOUZA, Allan Rocha de. Idem. pp. 273 a 275, e 318 a 319.

22 BRASIL, República Federativa do. Decreto 75.699 de 6 de maio de 1975 – Convenção de Berna.

se restem comprovadas a intenção de diálogo entre as duas obras, essa intenção pode não necessariamente se configurar como objetivo principal da obra nova. Em seguida, deverá provar que a escultura da menininha não gera prejuízos à exploração do touro — o que parece ser razoável supor, vez que não há exploração, pelo menos econômica, de nenhuma das obras — para, por fim, provar que tal uso não prejudicam os direitos legítimos de Di Modica, inclusive seus direitos morais de autor — tema também controvertido, como vimos ao explorar a primeira pergunta do presente artigo.

Concluimos, assim, que, para que se defenda das alegações do criador do “*Charging Bull*”, a “*Fearless Girl*” teria de provar não ser uma obra derivada, sendo capaz de sobreviver à obra original e, então, comprovar que a sua inserção no contexto público da obra anterior não gerou nenhum prejuízo na percepção que o público e o próprio autor da escultura tinham da obra pré-existente.

3. A “*Fearless Girl*” e o “*Charging Bull*” contextualizados.

Tendo bem estabelecido os conceitos mais importantes do direito autoral, em uma análise mais fria do caso em tela e da estrutura legal de proteção dos direitos autorais no Brasil, nos resta apenas, agora, tratar do contexto histórico, político e social envolvendo o caso das esculturas, para que possamos fazer uma análise mais profunda das possíveis respostas oferecidas pelo direito autoral ao impasse que a realidade, com todas as suas nuances, nos apresenta.

As notícias ao redor do mundo e o próprio prêmio recebido pela campanha de marketing demonstram de maneira clara que a “*Fearless Girl*” ganhou sim o mundo. A própria existência do presente estudo serve de prova do alcance e da relevância da obra e da mensagem que ela busca passar ao público. Principalmente se considerando a era da internet e das revoluções digitais, poucos poderiam esperar que seria uma escultura de bronze de uma menina a gerar tamanho alvoroço, inclusive no mundo jurídico dos direitos autorais.

O tema da igualdade de gênero vem ganhando força no cenário político mundial exponencialmente há algumas décadas e, cada vez mais, as possibilidades mais amplas de discurso e de distribuição de uma

mensagem ampliam o poder das diversas formas de expressão. Não se pode esperar, portanto, que o direito autoral, justamente o instituto do nosso ordenamento destinado a lidar com as mais poderosas formas de expressão — as artísticas — possa ser aplicado friamente, sem as demais considerações político e sociais que o devem acompanhar.

Seria insensível, pouco razoável e tecnicamente inapropriado fazer uma mera leitura dos termos da LDA, como vimos fazendo até aqui, para dar uma posição definitiva sobre o caso — até porque, como vimos, essa leitura fria não é capaz de responder de forma satisfatória todas as perguntas que o caso traz à tona. E isso está refletido não apenas no pensamento autoral contemporâneo, mas no modo de ver e interpretar a constituição.

Inicialmente é preciso considerar que os artigos 25, 215 e 216 da constituição garantem o direito a acesso à cultura, especificamente aos bens de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos da sociedade.

Não há restam dúvidas da importância e da complexidade do direito à cultura, como bem elucidada o Prof. Allan Rocha de Souza: “Os direitos culturais tem peculiar relevância na integração da pessoa. Referem-se tanto a aspectos individuais quanto coletivos. Refletem ao mesmo tempo interesses públicos e privados. A justificativa dos interesses culturais remetem, assim, à formação da pessoa para uma existência digna, à construção de identidades, onde o particular e o social se encontram, à inclusão e exercício da cidadania cultural, a capacitação para o diálogo intercultural e ao desenvolvimento socialmente sustentável. Todas estas circunstâncias interagem na justificação dos direitos culturais e informam o seu conteúdo”²³.

Não à toa Eduardo Ariento entende que o direito cultural e o acesso à cultura é um problema de alta complexidade a ser resolvido frente a nossa estrutura legal e social. E não há dúvidas que a estrutura legal de propriedade intelectual, onde está inserida o direito de autor, esteja

23 SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Culturais no Brasil. Rio de Janeiro. Azougue. 2012. p. 46.

estruturalmente colocada nesta cena²⁴.

Com ele concorda também Carolina Tinoco, que realça que “em matéria de direito do autor, para sabermos se o balanceamento justificados do mesmo — entre o exclusivo autoral e o acesso à cultura — possui índole constitucional, não basta olharmos para as normas contidas em enunciados expressos. Estamos aqui diante de um chamado *caso difícil*”²⁵.

Dessa forma, ao constatar normas de mesma hierarquia constitucional em claro conflito, nos lembramos dos ensinamentos de Barroso, quando trata do tema da ponderação. “Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas da mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos”²⁶.

Assim, e concordando com o entendimento de Carolina Tinoco, entendemos que o ponto de equilíbrio que justifica o direito do autor, principalmente frente ao direito de acesso à cultura giram também entorno do conceito de contributo mínimo, de originalidade. E tal conceito, de difícil aceção, é central para ajudar a responder as questões deixadas em aberto, especificamente quanto ao uso justo e a classificação da *Fearless Girl* como obra derivada.

Seguindo a técnica da ponderação, é importante considerar a estrutura econômica e social que o direito autoral visa regular. Temos de lembrar que a concepção de toda obra nova exigem custos, sejam eles financeiros²⁷ ou o que Lander e Posner chamam de custo de expressão²⁸.

24 ARIENTE, Eduardo Altomare. *A Função Social da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015. p. 219.

25 RAMOS, Carolina Tinoco; BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo. *Idem*. pp. 395 e 396.

26 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª Edição. Saraiva. Rio de Janeiro. 2015. p.373.

27 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *Ibidem*.

28 Carolina Tinoco bem ressalva que “Nenhuma criação sugre do nada cultural. Dessa forma, importantíssimo ressaltar que para que uma criação possua o contributo mínimo ela não deve ter sido criada a partir do nada; ela não precisa ser inovadora a ponto de não conter nenhum element disponível em contexto cultural. Pelo

E, como nos ensina Lessig: “esses custos são o ônus de um tipo de regulamentação (...). O Governo define o escopo destes direitos e o escopo definido determina o quanto custará negociá-los”²⁹.

Assim, ao analisar, por exemplo, o ponto sobre a obra de Visbal como obra derivada, esses custos devem também ser levados em conta. É necessário compreender que impor um nível maior de originalidade à obra para que ela não seja considerada como derivada aumentaria consideravelmente os custos de expressão não apenas para Visbal, mas para a sociedade como um todo³⁰.

Além disso, a tendência de, cada vez mais, impor aos novos autores a obrigatoriedade de buscar autorizações — através, por exemplo, de uma interpretação expansiva do conceito de obra derivada — aumenta exponencialmente os custos da reutilização criativa. E, como bem apontado mais uma vez por Lessig, “esses custos se igualam ao do uso justo: ou você paga um advogado para defender seus direitos, ou paga um advogado para conseguir permissões, para não precisar depender do direito de uso justo. De qualquer forma, o processo criativo é um processo de *pagar advogados* — de novo um privilégio, ou talvez uma maldição, reservada à poucos”³¹.

contrário, as criações de um modo amplo, inclusive as autorais, acabam sendo fruto do meio cultural disponível. Já era assim para Shakespeare, foi assim com Walt Disney e continua sendo assim hoje em dia. RAMOS. Carolina Tinoco; BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo. Idem. p. 327.

29 LESSIG, Lawrence. Cultura Livre. São Paulo. Trama. 2005. p. 119

30 Já dizia Aristóteles, em sua poética, que o instinto humano de imitação é implantado desde a infância, sendo que a diferença entre o humano e os animais era que o humano era a criatura mais copiadora de todas as criaturas vivas, e é através dessa capacidade de imitação que aprendemos nossas lições. Indo além, o clássico filósofo grego ainda assevera que “não menos universais são os prazeres sentidos ao imitar as coisas”. ARISTÓTELES, Poética. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000425.pdf>>. Acesso em 08 de setembro de 2017.

31 LESSIG, Lawrence. Idem. p. 122.

4. CONCLUSÃO

Tendo tecido essas considerações, é importante também lembrar que não se pode abandonar a aplicação da lei. E, como vimos, o caso é controvertido quando se olha friamente para a estrutura legal disponível, sendo necessário um grande exercício de ponderação para fazer com que a estrutura legal esteja de acordo com o contexto social do caso.

Fato continua restando que é possível caracterizar o dano a personalidade do autor, o que ensejaria violação de seu direito moral; além disso, também é importante considerar que tratamos de uma campanha de marketing. Ainda que ela não trate da venda de produtos, existe uma promoção da marca da corretora de valores, ainda muito claramente associada a obra, o que daria a escultura um caráter mais comercial.

E, como bem aponta o professor Allan Rocha de Souza, “a definição da função social dos direitos autorais é o reflexo da expressão dos direitos da coletividade na estrutura jurídica de proteção aos direitos autorais. Devem guiar a configuração desta função social os seguintes critérios: ausência de fins lucrativos; finalidade instrucional, cultural ou informativa; não causa prejuízo relevante ou injustificado à exploração comercial da obra; aplicabilidade exclusiva sobre os direitos patrimoniais”³².

Dessa forma, se poderia considerar sim uma intervenção judicial no caso, como, por exemplo, a obrigação de retirada da placa aos pés da menina que indica a marca da empresa que patrocinou a campanha, porém, nunca para retirada de uma ou outra obra do local onde estão, sob pena de ferir a coletividade e o acesso à cultura.

É importante analisar o dano causado a Di Modica, sim, e importante tentar repará-lo, mas isso deve ser feito levando em conta os impactos socioeconômicos que a justificativa para essa punição acarretaria, principalmente nos custos de expressão e nos custos financeiros envolvidos com a atividade artística.

E, por último, ainda que se leve em consideração que a “*Fearless Girl*” teve claro propósito de dialogar exclusivamente com o “*Charging Bull*” nos parece difícil comprovar que a escultura da menina perderia

32 SOUZA, Allan Rocha de. Op. Cit. p. 319.

o seu significado e poder caso o touro não estivesse ali — a retirada posterior do touro, especialmente, poderia até aumentar o significado da escultura da menina, significando uma vitória no embate. Talvez o seu impacto social tivesse sido diminuído e talvez a campanha de marketing não tivesse sido tão bem sucedida, ganhando tantos prêmios; talvez até o seu título pudesse ser diferente, porém, tratamos de uma avaliação autoral e não comercial da obra. Não nos pareceria razoável crer que tal estátua, colocada no centro da ainda que sozinha, não pudesse passar uma mensagem clara sobre empoderamento, mesmo que uma menos eficaz.

Por isso, defendemos, de acordo com o ordenamento brasileiro, tanto que o uso da obra de Di Modica tenha sido justo como que — e conseqüentemente — a obra de Visbal possui um grau suficiente de contributo mínimo para que possa ser considerada uma obra original — que, sim, dialoga com outra — e não meramente uma obra derivada.

BIBLIOGRAFIA

ARIENTE, Eduardo Altomare. A Função Social da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015. 330 p;

ARISTÓTELES, Poética. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000425.pdf>>. Acesso em 08 de setembro de 2017;

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.754 p.;

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª Edição. Saraiva. Rio de Janeiro. 2015. 576p;

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 6ª Ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015;

BRANCO, Sérgio. A natureza jurídica dos direitos autorais. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Branco-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>. Acessado em 01 de setembro de 2017;

BRASIL, República Federativa do. Constituição Federal de 1988;

___ Decreto 75.699 de 6 de maio de 1975 – Convenção de Berna;

___ Lei 9.601 de 19 de fevereiro de 1998;

___ Recurso Especial no. 617130/DF – Superior Tribunal de Justiça – Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em 17 de março de 2005;

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Massachusetts, London; Harvard University Press. 2003. 442 p;

LESSA, Isabella. As Mulheres por Trás da “Fearless Girl”. Disponível em: <http://cannes.meioemensagem.com.br/cobertura2017/2017/06/25/as-mulheres-por-tras-de-fearless-girl/>. Acessado em 19 de agosto de 2017;

LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre*. São Paulo. Trama. 2005. 339 p.;

MCARTHY, Tom. *Fearless Girl vs. Charging Bull: New York’s Biggest Public Art Controversy in Years*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2017/apr/14/fearless-girl-statue-women-new-york-bull>. Acessado em 18 de agosto de 2017.

MARTINEZ, Nicole. Is “Fearless Girl” a Derivative Work? “Charging Bull” thinks so. Disponível em: <https://artlawjournal.com/fearless-girl-derivative-work/>. Acessado em 28 de agosto de 2017.

MORAES, Rodrigo. *Conflito entre Direito Moral à Integridade da Obra de Arte Plástica e Direito de Propriedade do Dono do Suporte. Casos Práticos e Critérios de Solução*. p. 4 . Disponível em: http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads/O_direito_moral_do_artista_plastico_em_conflito_com_o_direito_de_propriedade_do_dono_do_suporte__versao_final_5B1_5D.pdf Acessado em 08 de setembro de 2017.

___ *Os Direitos do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. pp. 25, 198 e 188. Disponível em: http://www.rodrigomoraes.com.br/arquivos/downloads/Os_Direitos_Morais_do_Autor___Rodrigo_Moraes.pdf. Acessado em 01 de setembro de 2017.

ROONEY, Jennifer. 'Fearless Girl': State Street Global Advisors' CMO On The Rationale, The Controversy And What's Next. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/jenniferrooney/2017/04/21/fearless-girl-state-street-global-advisors-cmo-on-the-rationale-the-controversy-and-whats-next/#3bfe3103382a>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

RAMOS, Carolina Tinoco; BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo. O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2010. 578 p.

SOUZA, Allan Rocha de. A Função Social dos Direitos Autorais: Uma interpretação Civil-Constitucional dos limites da proteção jurídica. Col. José do Patrocínio. V.4. Ed. Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goytacazes. 2006. 339 p;

___ Direitos Culturais no Brasil. Rio de Janeiro. Azougue. 2012.

VISBAL, Kirsten. Wall Street's 'Fearless Girl' speaks, via sculptor Kristen Visbal. Em entrevista para The Enquirer. <http://www.philly.com/philly/business/personal_finance/Fearless-Girl-Speak-Sculptor-Kristen-Visbal-to-Raise-Funds-For-Girls-Inc-of-Delaware-Speak-May-18.html>. Atualizado em 23 de maio de 2017. Acessado em 18 de agosto de 2017.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VIII Direito de Autor e Expressões Artísticas

**TÍTULO:
FESTAS POPULARES: PROTEÇÃO E
POSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO
COMERCIAL**

Natália Nogueira dos Santos



FESTAS POPULARES: PROTEÇÃO E POSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO COMERCIAL

Natália Nogueira dos Santos¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo realizar um estudo analítico da proteção que recai sobre as festas populares, bem como da possibilidade de exploração comercial das mesmas, buscando verificar os limites existentes para tal exploração. Tal tema demonstra-se relevante no sentido que as festas populares tem grande capacidade de atração turística, movimentando e impulsionando a economia local. No presente artigo, irá se buscar fazer uma análise nas normas de direito interno e internacional que protegem as festas populares aqui entendidas como uma expressão cultural popular inserida no escopo das proteções existentes para a promoção e proteção do patrimônio cultural imaterial. Assim, será realizada análise da Constituição, bem como leis ordinárias (tal como a Lei de Direitos Autorais) e tratados internacionais (Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial). Tal análise permitirá que se verifique a existência de proteção as expressões culturais, mas que tem seu maior enfoque em questões relacionadas a preservação (adoção de registros e inventários) e adoção de políticas públicas, mas pouco ou quase nada se fala sobre a exploração comercial que poderia ser realizada das festas populares.

Palavras-chave: Festas populares; proteção; exploração comercial.

Sumário: 1. Introdução; 2. A proteção às festas populares; 3. A exploração comercial de festas populares; 4. Conclusão; 5. Referências.

¹ Advogada atuante em direito da Propriedade Intelectual. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pós-graduada em Direito da Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP). Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI) da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

1. INTRODUÇÃO

As festas populares são comemorações, muitas vezes de cunho religioso ou pelo menos com raízes religiosas, caracterizadas por danças, músicas, vestimentas, comidas e outras expressões típicas da cultura local.

No Brasil, especificamente, tem-se diversas festas populares já profundamente arraigadas na cultura nacional, as quais expressam importantes características regionais, bem como acabaram por se tornar uma atração típica. Tais eventos são importantes marcos culturais para determinada comunidade, indo para além de festividades, entretenimento e lazer, sendo verdadeiros vetores de formação de uma identidade local. São festas que integram a cultura regional e nacional, formando o patrimônio cultural da sociedade.

À título exemplificativo das festas populares aponta-se a celebração religiosa de Círio de Nazaré, a qual teve início em 1793, ocorrendo todo segundo domingo de outubro, na cidade de Belém do Pará. Círio tem como ponto alto da celebração a procissão da qual participam mais de dois milhões de pessoas. Os paraenses consideram a festa um grande momento anual de demonstração de devoção e solidariedade, de reiteração de laços familiares e manifestação social e política. Tal festa possui tamanha relevância para a cultura local e brasileira que foi inscrita perante a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e a Cultura (UNESCO) como um dos patrimônios imateriais² brasileiros.

Como expressão cultural, as festas populares possuem inclusive proteção constitucional, a qual atribui ao Estado a função de promover sua valorização e difusão, mas também proteger tais manifestações culturais.

Para além dos aspectos culturais, tais eventos possuem grande relevância para a economia local, atraindo investimentos e turistas de diversas regiões do Brasil e do mundo. As festividades de São João em Campina Grande (PB), por exemplo, chegam a atrair 2,5 milhões de visitantes durante o ano, com um impacto de R\$ 200 milhões na

2 Para a finalidade deste artigo, patrimônio cultural imaterial é entendido como o conjunto de bens culturais imateriais, sendo a forma mais completa de elementos que formam a cultura do país. Já bens culturais imateriais são entendidos como as expressões culturais tradicionais ou populares, em suas várias formas, individualmente.

economia local, chegando a criar 3 mil empregos temporários³.

Assim, nota-se que as festas populares possuem relevância não apenas sob o aspecto cultural, mas também econômico e comercial, tendo grande potencial para atração turística e movimentação da economia local.

Portanto, sob o âmbito de festas populares serem entendidas como expressões culturais dignas de proteção até mesmo constitucional, quais seriam os limites de exploração comercial de tais festas?

Este artigo tem como objetivo estudar tais limites de exploração comercial das festas populares, considerando estas como expressão cultural protegida e que deve ser, ao mesmo tempo, valorizada e difundida, por meio de uma análise legislativa e doutrinária.

2. A proteção às festas populares

As festas populares são entendidas pelos historiadores e sociólogos como “expressões de múltiplas linguagens simbólicas e responsáveis pela construção de tradições e identidades coletivas” (SILVA, 2011). Assim, é possível considerar a importância que uma festa popular poderá ter em um determinado grupo, representando não apenas um momento lúdico, mas também sendo vetor da criação da identidade regional, do sentimento de pertencer à determinada comunidade.

As festas populares são, portanto, evidente expressão da cultura local, formando o patrimônio cultural do país e neste sentido merecendo especial proteção.

A Constituição Brasileira de 1988 demonstra especial preocupação com aspectos culturais da nação, tendo sido inserido dispositivos específicos em sua Seção II para tratar da cultura.

O artigo 215⁴, da Carta Magna, estabelece que é função do Estado

3 Dados retirados de <http://www.brasil.gov.br/noticias/turismo/2018/07/festas-populares-movimentam-economia-do-pais>

4 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.

garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, bem como apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. Ainda, estabelece que é função do Estado proteger as manifestações culturais populares.

A Constituição determina que as manifestações culturais, ao mesmo tempo, que devem ser acessíveis à população nacional, também devem ser protegidas.

Pode-se, portanto, inicialmente imaginar uma aparente dicotomia entre o acesso às festas populares garantidos pela Constituição e a proteção também lá disposta. Contudo, a contraposição entre acesso e proteção que muitas vezes pode ser vista nos direitos privados não devem ser estendida ao direito cultural.

Isto é, quando se trata de cultura o acesso e a proteção muito ao contrário de se contraporem, acabam por se complementarem. A proteção leva ao acesso, pois sem os devidos registros de determinada manifestação cultural, em especial quando se trata de expressões orais, esta pode acabar se perdendo por diversos motivos, o que levaria a perda de uma manifestação cultural, fazendo com que a sociedade não tomasse conhecimento desta ou facilmente a esquecesse.

Portanto, o acesso às expressões culturais, bem como sua proteção possuem guarida na Constituição, sendo estabelecido um importante papel do Estado no fomento, acesso e proteção a tais elementos formadores do patrimônio cultural nacional.

No mais, a Constituição, em seu artigo 216⁵, entende que as formas

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

- I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro
- II - produção, promoção e difusão de bens culturais;
- III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
- IV - democratização do acesso aos bens de cultura;
- V - valorização da diversidade étnica e regional.

5 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência

de expressão são parte do patrimônio cultural imaterial do Brasil. Desta forma, e conforme acima apontado, as festas tradicionais são entendidas como expressão cultural, representando e integrando o patrimônio cultural do país.

Ainda, o referido dispositivo estabelece também que o Estado, em conjunto com a sociedade, deve promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, entre outras formas de acautelamento.

Com intuito de criar os instrumentos adequados ao reconhecimento e preservação dos bens culturais imateriais garantidos pela Constituição, foi promulgado o Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, no qual foi instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, além de

à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
 - II - os modos de criar, fazer e viver;
 - III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
 - IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
 - V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.
- § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.
- § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.
- § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.
- § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.
- § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.
- § 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:
- I - despesas com pessoal e encargos sociais;
 - II - serviço da dívida;
 - III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

criar o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI), executados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan).

Os bens culturais imateriais registrados perante o Iphan são aqueles que são reconhecidos formalmente como pertencentes ao patrimônio cultural do Brasil. O referido Instituto na avaliação do registro leva em consideração que tais bens caracterizam-se pelas práticas e domínios da vida social, apropriados por indivíduos e grupos sociais como importantes elementos de sua identidade, que são transmitidos de geração a geração e constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, sua interação com a natureza e sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade.

Portanto, os bens culturais imateriais passíveis de registro pelo Iphan seriam aqueles que possui comprovada continuidade histórica, possuem relevância para a memória nacional e fazem parte das referências culturais de grupos formadores da sociedade brasileira.

A proteção constitucional, mesmo se considerada de forma associada ao Decreto nº 3.551, contudo, não esgota os elementos relacionados a proteção das expressões culturais, sendo certo que há grande enfoque na forma de o Estado realizar o registro e preservar tais bens culturais imateriais. Contudo, outros elementos relacionados à proteção, tais como o direito de exploração, não são tratados pela Constituição. Neste sentido, é buscado o enquadramento das festas tradicionais, bem como de outras expressões culturais tradicionais, na legislação ordinária.

As festas tradicionais, ou pelo menos partes relevantes destas comemorações, tais como danças, canções típicas e elementos plásticos trazidos nestas festas, poderiam se imaginar enquadradas nas proteções colocadas pelo Direito Autoral.

Contudo, as criações populares típicas, já incutidas no escopo cultural nacional, muitas vezes não permite a individualização da criação, não sendo possível a atribuição de autoria a um indivíduo específico. A autoria é um dos elementos essenciais ao Direito Autoral, sendo que para haver autoria é necessário a capacidade de individualização, necessário ser possível diferenciar a criação de um indivíduo de demais criações trazidas por outros.

Neste sentido ensina ASCENSÃO (1997, p. 54):

“Há certas manifestações culturais que podem ser referidas ao espírito coletivo. Baseiam-se necessariamente em atos individuais de criação, pois só o espírito de cada homem cria, mas esses contributos dissolvem-se no conjunto de modo inextrincável. Não podem ser isoladas para ser atribuídas individualmente, nem permitir a afirmação de autoria sobre a criação coletiva.
II – Cabe aqui o chamado folclore.”

A Lei de Direito Autoral Brasileira (Lei nº 9.610/98) inclusive faz apenas breve menção às expressões culturais tradicionais em seu artigo 45, inciso II⁶, com intuito de inseri-las no tratamento dispensado às obras de autor desconhecido, isto é, o tratamento dado às obras já em domínio público.

Ora, e se for considerada a disposição constitucional sobre o acesso às expressões culturais tradicionais, não caberia de fato a proteção às festas tradicionais por meio do Direito Autoral.

O Direito Autoral tem por escopo estabelecer a proteção ao autor, proteção esta que tem caráter individual e personalíssimo. Estabelece todos os direitos do autor e titular, ao qual recaí o direito de autorizar o uso, sendo a regra a restrição de uso não autorizado pelo autor.

Portanto, considerando que a Constituição garante o acesso às expressões culturais tradicionais, sendo estabelecida como um direito cultural, a proteção às expressões culturais tradicionais por meio dos Direitos Autorais também seria incompatível com a disposição constitucional que pretende o livre acesso da população às expressões culturais tradicionais.

No mais, e conforme acima disposto, não seria possível a identificação de autoria individualizada das criações que compõe os festejos tradicionais, já enraizados na cultura popular. Contudo, seria possível a proteção específica a uma obra oriunda das festas populares. Sobre tal tema, em palestra realizada na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, em 2005, a dra. Eliane Yachouch Abrão afirmava:

6 Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

(...)

II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

“A Lei de Direitos Autorais tem como escopo proporcionar a proteção individual do autor, pessoa física criadora de obra literária artística ou científica, tomando-se, como exemplo, uma obra fotográfica feita sobre determinada manifestação cultural popular. Nestas circunstâncias, ressalvados eventuais direitos de imagem, caberão ao fotógrafo – pessoa física criadora da respectiva obra fotográfica – os direitos autorais sobre sua obra. Entretanto, ninguém poderá se apropriar dos direitos sobre a mencionada manifestação cultural, que, por se tratar de fruto da tradição popular, pertence ao domínio público.” (CUNHA, 2005)

Logo, verifica-se que a Lei de Direitos Autorais também não oferece suficientes elementos para tratar da proteção dispensada às expressões culturais populares, trazendo apenas a noção de que estas estão inseridas no domínio público.

A legislação ordinária brasileira deixa de tratar e estabelecer os meios pelo qual a proteção garantida na Constituição às expressões culturais populares seria realizada. Isto é, muito embora exista a garantia constitucional de proteção às manifestações culturais populares, bem como a normatização de seu registro e preservação, pouco ou quase nada se fala sobre questões relacionadas a possibilidade de exploração econômica e comercial.

Assim, necessário recorrer às fontes normativas internacionais, para verificação se acordos ou tratados internacionais oferecem alguma solução para a lacuna legislativa do sistema jurídico brasileiro quanto a questões de proteção às manifestações culturais tradicionais.

A Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada em 17 de outubro de 2003, perante a UNESCO, e integralizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.753/2006, tem seu objetivo estabelecido logo em seu artigo 1⁷, consistindo em quatro princípios: salvaguarda do patrimônio cultural imaterial; respeito

7 Artigo 1: Finalidades da Convenção

A presente Convenção tem as seguintes finalidades:

- a) a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial;
- b) o respeito ao patrimônio cultural imaterial das comunidades, grupos e indivíduos envolvidos;
- c) a conscientização no plano local, nacional e internacional da importância do patrimônio cultural imaterial e de seu reconhecimento recíproco;
- d) a cooperação e a assistência internacionais.

ao patrimônio cultural imaterial das comunidades, grupos e indivíduos envolvidos; conscientização no plano local, nacional e internacional da importância do patrimônio cultural imaterial e de seu reconhecimento recíproco; cooperação e assistência internacionais.

A 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” (artigo 2.1). Verifica-se, portanto, que as festas populares se enquadram nesta definição, estando passível de proteção por meio desta Convenção.

A Convenção estabelece como medidas de salvaguarda que devem ser adotadas por seus Estados membros a realização de inventários, artigo 12⁸, que tem como intuito registrar o patrimônio cultural imaterial presente no território do Estado membro, para posterior apresentação perante o Comitê estabelecido pela Convenção. A publicidade dada ao patrimônio cultural realizado por meio de tais inventários se coaduna com a proteção constitucional estabelecida para as expressões culturais.

Além dos inventários, a Convenção estabelece como medidas de salvaguardas necessárias, em seu artigo 13⁹, também as seguintes:

8 Artigo 12: Inventários

1. Para assegurar a identificação, com fins de salvaguarda, cada Estado Parte estabelecerá um ou mais inventários do patrimônio cultural imaterial presente em seu território, em conformidade com seu próprio sistema de salvaguarda do patrimônio. Os referidos inventários serão atualizados regularmente.
2. Ao apresentar seu relatório periódico ao Comitê, em conformidade com o Artigo 29, cada Estado Parte prestará informações pertinentes em relação a esses inventários.

9 Artigo 13: Outras medidas de salvaguarda

Para assegurar a salvaguarda, o desenvolvimento e a valorização do patrimônio cultural imaterial presente em seu território, cada Estado Parte empreenderá esforços para:

- 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 adequadas

adoção de uma política geral visando promover a função do patrimônio cultural imaterial na sociedade e integrar sua salvaguarda em programas de planejamento; criação de organismos competentes para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial presente em seu território; fomento aos estudos científicos, técnicos e artísticos, bem como metodologias de pesquisa, para salvaguarda eficaz do patrimônio cultural imaterial, e em particular do patrimônio cultural imaterial que se encontre em perigo; adoção de medidas de ordem jurídica, técnica, administrativa e financeira adequada para 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 e a garantia de acesso a tal patrimônio.

Desta forma é possível verificar que a Convenção dispõe sobre medidas que entende necessárias serem adotadas pelos Estados membros para que se tenha uma adequada proteção aos seus bens culturais imateriais, tais como as expressões culturais manifestadas por meio de festas tradicionais.

Assim, a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial estabelece, de forma bastante similar ao que existe na Constituição e Decreto nº 3.551, algumas medidas para garantir, principalmente, a preservação dos bens culturais imateriais, por meio de registro dos mesmos, bem como formação de órgãos responsáveis pela realização dos registros, bem como estabelecimento de planos para promoção da cultura.

O Brasil, mesmo antes de assinatura e ingresso na Convenção, já adotava medidas relacionadas ao registro de expressões culturais perante órgão competente para tanto, haja vista a atuação do Iphan.

Contudo, uma das principais questões necessárias para uma real

para:

- 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.

proteção das expressões culturais não é tratada também pela Convenção: a exploração comercial, bem como quem e em que momento possuiria direito a explorar comercialmente bens culturais imateriais.

3. A exploração comercial de festas tradicionais

Conforme acima exposto, não se tem um parâmetro normativo que estabeleça os limites para exploração comercial de expressões populares, sendo um importante vácuo legislativo que poderia implicar em uma irregular exploração das festas populares por partes que não possuem relação direta com aquela tradição cultural.

Importante apontar que, frente a ausência de qualquer norma proibitiva neste sentido, a princípio não haveria qualquer proibição de exploração comercial de uma festa tradicional.

Contudo, essencial que seja levado em consideração que tanto a Constituição quanto a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial falam em preservação do bem cultural imaterial, da expressão cultural, de forma que sua exploração de forma a representar evidente deturpação ou substancial alteração de sua origem e forma tradicional resultaria em desrespeito ao dispositivo constitucional e internacional.

Isto porque se não há disposição sobre a exploração comercial e econômica das expressões culturais, não há dúvida que as normas existentes sobre o tema são bastante claras ao dispor sobre a preservação e respeito aos elementos caracterizadores das expressões culturais protegidas.

Assim, é possível estabelecer como primeiro limite para exploração comercial e econômica de expressões culturais, a impossibilidade de que uma determinada festa seja realizada de forma a representar uma alteração de seus elementos característicos. Portanto, a exploração comercial de festas populares deve ser realizada de tal forma que se mantenha o respeito às suas tradições, formas e demais aspectos característicos. Isto é, para que se explore uma festa popular deve sempre ter respeitadas as tradições que marcam e identificam tal celebração, não podendo descaracterizá-la.

Ainda considerando a impossibilidade de que uma festa popular não

possa ser descaracterizada para haver a exploração comercial da mesma, parece evidente que uma celebração que tenha forte vínculo regional, sendo que a localização dela se torne um dos elementos que a caracteriza, não pode ser retirada de sua região de origem e transportada para outra região. A alteração de localidade uma festa popular para mera exploração comercial iria também de encontro aos princípios de preservação e respeito aos elementos da expressão cultural tradicional.

Com isto pretende-se afirmar que uma celebração típica de determinada região do país não poderia ser levada a outra região para ser economicamente explorada, sob o pretexto de que aquela expressão cultural comporia o patrimônio cultural nacional e seria passível de celebração e realização de tais festividades em qualquer parte do país.

Isto é, a celebração de Bumba meu boi do Maranhão, com suas danças, músicas, performances dramáticas e artesanatos típicos, estaria completamente descaracterizada se fosse transposta para o Rio Grande do Sul. Da mesma forma, as festas das Tradições Gaúchas, com roupas, comidas e danças típicas, pouco sentido fariam se fossem subitamente levadas para o Maranhão.

No entanto, a representação de determinado festejo popular em uma diferente região do país com único intuito de promover o conhecimento daquela tradição cultural, apresentando e promovendo o acesso a ela a outras pessoas, não deve ser entendido da mesma forma que a mera exploração comercial, pois estaria de acordo com os objetivos da Constituição ao estabelecer o acesso aos bens imateriais tradicionais.

Resta verificar quem estaria apto a proceder com a exploração comercial de uma festa popular. Será que apenas o Estado ou uma associação poderiam proceder com a exploração comercial da festa? Ou qualquer particular poderia se aventurar nesta exploração?

Neste sentido, vale retomar o quanto acima apontado sobre a disposição da Lei de Direito Autoral sobre as expressões culturais tradicionais. Conforme anteriormente apontado, a Lei de Direito Autoral estabelece que o regime adotado para as expressões culturais tradicionais seria o mesmo que das obras de autor desconhecido, ou seja, estariam no domínio público.

A legislação autoral anterior, Lei nº 5.988/73, estabelecia o regime de utilização remunerado de obras em domínio público. O artigo 93 da referida lei revogada¹⁰ estabelecia que caberia o pagamento de porcentagem dos lucros obtidos com a exploração econômica das obras inseridas no domínio público. Naquele contexto, a exploração comercial das festas populares poderiam gerar a necessidade de pagamento de valor para sua exploração, montante que seria estabelecido de acordo com o lucro obtido com a exploração comercial da festa popular.

Contudo, a vigente Lei de Direitos Autorais não trouxe disposição similar, não sendo mais, portanto, necessária o pagamento de valores à título de exploração comercial de obras que compõe o domínio público, bem como pela exploração de expressões culturais tradicionais, que obedecem o mesmo regime jurídico, no âmbito dos Direitos Autorais.

Assim, a exploração de festas tradicionais não está vinculada ao pagamento de valores ao poder público para que seja realizada. Com efeito, não haveria necessidade de qualquer pagamento por aquele que buscasse a exploração de determinada festa popular.

Ainda, considerando o domínio público, a exploração comercial das festas populares poderia ser efetuada por qualquer pessoa – seja ela pessoa física ou jurídica, do direito privado ou público – que tivesse interesse na referida exploração.

Portanto, um particular que tivesse interesse em organizar e explorar comercialmente uma determinada festa popular não estaria praticando qualquer ilícito e também não desrespeitaria dispositivos normativos. Vale também apontar que a Constituição dá também a sociedade no geral o papel de promoção da cultura, razão pela qual também seria possível o entendimento de que a exploração comercial de festas populares poderia ser promovida por particulares e não apenas por entes públicos ou associações.

10 Art. 93. A utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Parágrafo único. Se a utilização visa o lucro, deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral importância correspondente a cinquenta por cento da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa porcentagem se reduzirá a dez por cento.

Conclui-se, então, que a exploração comercial e econômica de festas tradicionais poderá ser realizada por qualquer pessoa, desde que mantidas as características originais e identificadoras da referida festa.

4. Conclusão

As festas populares com suas músicas, danças, vestimentas e representações plásticas tradicionais são importantes ferramentas para a formação da identidade regional e nacional, compondo o patrimônio cultural imaterial do país.

As festas populares são bens imateriais que se caracterizam pelas práticas e 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 e grupos 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.

As festas populares, como expressão da cultura tradicional, merecem especial proteção, no âmbito do direito cultural, sendo certo que existe disposição neste sentido na Constituição e na Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.

Contudo, tais marcos normativos tem como principal preocupação estabelecer formas de promover a preservação dos bens culturais imateriais, por meio de registros e inventários. Preocupam-se também em estabelecer a necessidade de se possuir planos para promoção e preservação dos bens culturais, a criação de órgãos responsáveis pelo registro dos bens e a implementação de garantam o acesso e proteção aos bens culturais.

Ainda, a Lei de Direitos Autorais, que a princípio poderia ser entendida como uma fonte de proteção às festas populares e suas expressões específicas, não se aprofunda na questão dos conhecimentos e expressões tradicionais. Limita-se a informar que as expressões culturais tradicionais estão sujeitas ao mesmo regime das obras de autor desconhecido, isto é, compõe o domínio público.

Todas estas normas deixam de tratar, no entanto, de ponto de grande relevância: a exploração comercial e como esta poderia ser realizada em relação aos bens culturais imateriais, e ainda mais especificamente sobre as festas tradicionais.

Conforme acima exposto, a importância que as festas tradicionais possuem na movimentação e incremento da economia regional, não pode ser negada. Assim, a lacuna deixada pela legislação pode representar grande risco de que as festas tradicionais sejam erroneamente exploradas.

Neste sentido, tendo como base os princípios base estabelecidos na Constituição e na Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, bem como o quanto disposto na Lei de Direitos Autorais sobre domínio público, o presente artigo buscou estabelecer alguns parâmetros para se entender como seria possível a exploração comercial das festas populares.

Neste sentido, foram entendidos que um dos principais pontos que a exploração comercial de festas populares deve obedecer é a não descaracterização da mesma, isto é, não poderia ocorrer alterações em elementos que caracterizam e identificam aquela manifestação cultural como sendo única.

Outra questão é, muito embora as festas populares componham o patrimônio cultural nacional, não caberia, para a exploração de uma determinada festa popular, que esta fosse transporta para outra região, quando sua identidade está profundamente ligada a região de origem. A alteração da localidade de uma festa popular poderá afetar de forma relevante sua identidade, fato que acabaria por descaracterizá-la e iria de encontro aos princípios de proteção e preservação de tal expressão cultural estabelecido na Constituição e na Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural.

Quanto quem estaria autorizado a explorar uma festa popular, considerando o quanto disposto sobre obras em domínio público – mesmo regime das expressões culturais populares –, é certo que qualquer pessoa, de direito público ou privado, pessoa física ou jurídica, poderia explorar as festas populares. Não há uma obrigatoriedade de que apenas o Estado ou uma associação específica possa realizar a referida exploração,

mesmo porque não há tratamento legal sobre o tema, o que leva a uma interpretação conforme o quanto tratado pela Lei de Direitos Autorais e o que ela dispõe sobre exploração de obra em domínio público.

Por fim, resta evidente que com a supressão de disposição equivalente àquela contida na Lei nº 5.988 (antiga Lei de Direitos Autorais) sobre a exploração remunerada de obras em domínio público, a exploração das festas populares poderá ocorrer sem a necessidade de realização de pagamentos de quaisquer valores em relação a tal exploração.

Assim, muito embora não exista disposição expressa sobre a forma e a possibilidade de exploração comercial de expressões culturais tradicionais em nossa legislação, é certo que a interpretação conforme a Constituição e demais dispositivos normativos que tratam sobre o tema, permite que se chegue a parâmetros mínimos para que a exploração de tais festas ocorra de forma razoável e compatível com os princípios estabelecidos na norma.

Por fim, necessário apontar que diante da grande relevância para o turismo e economias locais, bem como uma melhor regulamentação da proteção às expressões culturais representadas nas festas populares, seria essencial que fosse suprimido o vácuo legislativo atual sobre a exploração econômica de tais formas de expressão populares, sendo estabelecidos regras e parâmetros claros sobre este tema.

É evidente que a ausência de marcos legislativos sobre o assunto pode abrir espaço para que seja realizado um indevido aproveitamento das festas populares, que ao contrário de representar uma maior oportunidade de acesso as mesmas, possa acabar por descaracteriza-las de forma a se perder uma fonte primordial de identidade regional e nacional.

Conclui-se que, embora seja essencial para a proteção de expressões culturais a adoção de inventários, registros, vigilância e adoção de políticas públicas, apenas isso não dá conta de proteger de fato as festas populares, as quais possuem grande interesse econômico na sua exploração.

Portanto, seria essencial a adoção de normas que tratem sobre a exploração comercial e econômica de festas populares, de forma que todo o seu potencial econômico possa ser explorado, resultando em incremento da economia local, mas também de forma que as tradições e expressões envolvidas nas festas populares não sejam descaracterizadas.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveria. **Direito autoral**. 2ª ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renvar, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponibilizado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26/09/2018.

BRASIL. Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000. Disponibilizado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm. Acesso em: 26/09/2018.

BRASIL. Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Disponibilizado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm. Acesso em: 26/09/2018.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponibilizado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 26/09/2018.

CONVENÇÃO para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. Disponibilizado em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540por.pdf>. Acesso em: 25/09/2018.

CUNHA, Alberto José Pereira da (coord.). “Direito autoral, folclore e arte tradicional” in **Direito imaterial: direitos autorais, propriedade industrial e bens de personalidade**. ABRÃO, Eliane Yachoub (organização). São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2006. pp. 327-332.

FERREIRA, Maria Nazareth. “Comunicação, Resistência e Cidadania: As Festas Populares”. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/ci/article/view/22807/13554>. Acesso em: 24/09/2018.

GASTAL, Susana de Araújo. **MACHIAVELLI**, Mariana Schwaab. **GUTERRES**, Liliane Stanisçuaski. “Festa temática: da tradição à modernidade”. Disponível em: <file:///C:/Users/ADM/Downloads/64189->

Texto%20do%20artigo-84461-1-10-20131030.pdf. Acesso em 24/09/2018.

SILVA, Mônica Martins da. “As festas populares e a ‘invenção’ das tradições: uma reflexão sobre as cavalhadas e a procissão do fogaréu em Goiás (1940-1980)”. Disponível em: <http://pem.assis.unesp.br/index.php/pem/article/view/191>. Acesso em: 24/09/2018.

TEDESCHI, Patrícia Pereira. “A proteção dos conhecimentos tradicionais e expressões do folclore”. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194959/000881717.pdf?sequence=3>. Acesso em: 24/09/2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VIII Direito de Autor e Expressões Artísticas

**TÍTULO:
O FAIR USE E A REGULAMENTAÇÃO
DO USO DE SAMPLES E COVERS
EM OBRAS MUSICAIS NO DIREITO
AUTORAL BRASILEIRO**

**Natalia Zimmermann
Saul José Busnello**



O FAIR USE E A REGULAMENTAÇÃO DO USO DE SAMPLES E COVERS EM OBRAS MUSICAIS NO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO

Natalia Zimmermann¹

Saul José Busnello²

RESUMO

O trabalho em questão possui como objetivo principal discutir, dentro da área do Direito de Autor e Expressões Artísticas, acerca da regulamentação e do uso legal dos *samples* e *covers* no cenário musical atual, em especial o brasileiro, sendo que apresenta como alternativa para os problemas existentes a adoção do modelo do *fair use*. Trata-se inicialmente de breves considerações a respeito da Lei de Direito Autoral, e em seguida conceitua os termos *sample* e *cover*, que significam, respectivamente: a apropriação de um pequeno trecho de uma obra preexistente em uma nova; e a performance, total ou parcial, de uma música preexistente, mantendo-se o estilo original ou inovando a composição. Aborda a questão da popularização da internet, em especial de sites como o *YouTube*, e como a tecnologia pode influenciar na problemática estudada. Por fim apresenta o modelo de *fair use*, o afastamento do caráter de plágio no uso de uma obra, justificado como “uso justo”, alternativa já consolidada em países como os Estados Unidos da América. Utiliza-se para tanto o método indutivo e a pesquisa bibliográfica, em livros, artigos e outros materiais disponibilizados na internet. Os resultados finais, pontualmente, ratificam a hipótese inicial de que é possível a adoção de um modelo baseado no *fair use* para fins de considerar legal o uso de uma música existente, sem que isso desestimule a criatividade, fomentando a produção cultural no mundo da música.

Palavras-chave: Fair Use. Sample. Cover. Direito Autoral.

1 Graduada (10^a Fase) do curso de Direito no Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI). E-mail: n.z@unidavi.edu.br

2 Advogado (OAB/SC 25091); Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Catarinense de Pós-Graduação (ICPG); Graduado em Direito pelo Centro de Educação Superior de Blumenau (CESBLU); Graduado em Tecnólogo em Processamento de Dados a Nível Superior pela Universidade Regional de Blumenau (FURB); Professor Universitário Titular no Curso de Direito do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI); Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Constitucionalismo e Produção do Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC); Coordenador Editorial da Revista Julgados Turmas de Recursos e Tribunal de Justiça de Santa Catarina [ISSN 1415-529X]; Editor Responsável e Membro do Conselho Editorial da Revista Direito UNIDAVI [ISSN 2177-2991]. E-mail: saulbusnello@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Atualmente, por conta da popularização da internet e do meio virtual de entretenimento, o compartilhamento de criações autorais nos mais diversos segmentos (literatura, música, arte visual) tem sido cada vez maior, mais rápido e acessível. Nunca se teve tanta disponibilidade de músicas a ouvir, de modo que cresceu paralelamente o número de indivíduos empenhados em produzi-las. Com isso, até mesmo a noção de autor/criador tem sofrido mutações, especialmente no meio musical. Qualquer um pode aprender um instrumento, montar uma banda e distribuir músicas, sejam elas originais ou não.

O estudo em questão propõe a análise de duas técnicas recorrentes em se tratando de criação musical, quais sejam, o *sampling* (uso de *samples*) e o *cover*. Mesmo que tais práticas não sejam exclusividade do século XXI, sendo utilizadas em abundância há décadas, nos tempos presentes elas têm sido empregadas em abundância, visando à produção mais rápida de criação musical, visando à expansão da qualidade ou a meras referências culturais.

Inicia-se a abordagem com uma breve contextualização da proteção ao músico (e sujeitos equivalentes) no Direito brasileiro, no que tange à Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98). Passa-se então à definição, exemplificação e estudo prático dos termos *sample* e *cover*, os quais beneficiam os que deles se utilizam para chamar a atenção no meio musical - especialmente em virtude da popularização de sites como o *YouTube*, onde qualquer um pode se tornar um artista.

Por fim, discute-se o objetivo central do trabalho, que é o levantamento de uma proposta de regulamentação para o uso de *covers* e *samples*, tão embarcadas pela polêmica envolvendo os conflitos de Direito Autoral, introduzindo o conceito de *fair use*, já consolidado na prática em países como os Estados Unidos, fazendo a analogia aos desafios encontrados também no mundo virtual para a legalização das reproduções musicais de músicos amadores ou profissionais. O método utilizado foi o indutivo e a pesquisa foi a bibliográfica, com referências selecionadas em livros e artigos científicos, notadamente os disponibilizados na internet, além de artigos pontuais da legislação autoral vigente.

1. A PROTEÇÃO DA MÚSICA NA LEI DE DIREITOS AUTORAIS

É cediço que, dentre as várias formas de demonstração de arte produzidas pelo ser humano, a produção musical destaca-se como uma das formas mais antigas e apreciadas. Não há quem negue os prazeres que a música pode oferecer, seja qual for seu ritmo, estilo, intérprete ou ano de produção; seja por letras poéticas ou por batidas contagiantes, a música é responsável por dar mais vida ao cotidiano e expressar sentimentos de forma excepcional.

O direito autoral se enquadra como direito de personalidade *sui generis*, pelo fato de possuir aspectos morais e patrimoniais ligados ao direito de autor. Então, quando um artista/autor disponibiliza gratuitamente um material na internet, por exemplo, apesar de renunciar tacitamente aos ganhos econômicos, não abre mão de seus direitos morais - a “paternidade” da obra. Isso também implica na possibilidade de, através do direito de arrependimento, retirar a obra do ar a qualquer tempo. (SANTOS, 2008, p. 129)

No âmbito da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), o verdadeiro titular dos direitos de autor no campo da música é o compositor, ou, havendo, seus coautores (artigos 15 e 23). E, por meio dos chamados *direitos conexos*, podem ser considerados para esta finalidade também os produtores, as empresas de radiodifusão e, especialmente, os músicos e cantores (estes últimos, nomeados pelo dispositivo como artistas intérpretes e executantes), todos englobados nos conceitos de que trata o artigo 5º, XI a XIV. Não obstante, o artigo 7º tutela a proteção da criação musical da seguinte maneira:

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:

[...] III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

[...] V - as composições musicais, tenham ou não letra;

Não apenas a legislação específica, que será abordada ao longo de todo o presente trabalho, disciplina a proteção aos direitos autorais (de qualquer natureza). É importante ressaltar que “o Direito de Autor possui,

como principal objeto, a proteção à obra pessoal, criativa, exteriorizada e de natureza imaterial, cuja essência é de caráter artístico e/ou literário” (MENEZES, 2007, p. 39). A Constituição Federal de 1988, imperiosa entre os ordenamentos jurídicos, protege os direitos autorais reservando-os à categoria de garantias fundamentais, assim como disciplinado em seu artigo 5º:

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;

Em matéria internacional, até mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), reservou-se à tarefa de conferir proteção aos direitos de autor, como se pode perceber no artigo 27, § 2º: “Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”³.

Graças a tudo isso, é também admissível que sejam dotados, nestas condições, de prerrogativas oponíveis *erga omnes* (ou seja, com validade universal, para todos os homens), posto que são dispostos na mesma posição de relevância de garantias tais quais o direito à vida ou à liberdade. Os direitos autorais protegem o patrimônio intelectual - ou seja, as ideias que conceberam a obra artística - daqueles que os possuem. Em outras palavras: ao comprar um álbum musical, por exemplo, o consumidor adquire o bem material; todavia, não é a sua corporeidade que a Lei de Direitos Autorais protege, mas o conceito, as ideias e a produção intelectual por trás da criação. Mesmo assim, diz-se que tal álbum é protegido pela lei, de modo geral. (CIRIO, 2010, p. 09-13)

3 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal de Direitos Humanos. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 02 set. 2018.

Hodiernamente, tem-se discutido a inclusão do *usuário* como sujeito de direitos autorais, por conta das grandes evoluções no ramo da tecnologia. Não apenas porque estas possibilitam uma interatividade maior do que qualquer tipo de relação entre indivíduos e seus “consumidores” vislumbrada até agora, mas principalmente em decorrência das garantias constitucionais e dos direitos de acesso à cultura que têm emergido dos mais diversos tratados internacionais e avanços jurídicos dentro do território brasileiro. (LOSSO, 2008, p. 19)

Assim, a internet “virtualizou” a arte, e a economia é pautada pela lógica do compartilhamento, onde o custo de replicação tende a zero, já que esta ocorre de forma trivial - assim como ocorre com a produção de obras culturais, que ocorre a custos relativamente baixos, mas com boa qualidade. Utilizar-se do acervo cultural disponibilizado pela rede conduz à “recriação” ou ao aproveitamento de obras de terceiros. Essa facilidade não está mais de acordo com a lei autoral, que foi concebida pensando no mundo desconectado. A tecnologia torna possível a alteração (pelo criador ou por qualquer usuário) das obras digitais e propicia uma “autoria-montagem”, onde a criação é feita mediante a colagem de trechos de obras já criadas. (PESSERL; BERNARDES, 2010, p. 11-14)

2. OS CONCEITOS DE *SAMPLE* E *COVER*

2.1 *SAMPLES*

A palavra *sample* é de origem inglesa, todavia, na língua portuguesa, ao se tratar de termos técnicos musicais, é mais utilizada em sua forma original do que sua tradução (“amostragem”). Em poucas palavras, “usar *sample*” ou “fazer *sampling*” significa retirar pequenos trechos de uma música já criada e inseri-los no meio de uma nova música. É uma técnica recorrente e nada extraordinária, usada especialmente nos gêneros *hip hop* e eletrônica. (RIBEIRO, 2017, n.p.)

O termo tem sido utilizado desde o final da década de 1970 para “denominar o método pelo qual instrumentos musicais especiais ou

aparatos digitais ‘gravam’ sons externos para subsequente ressíntese⁴” (DAVIES, 1996, p. 03). Com isso, as discotecas começaram a ganhar espaço, e, com o aumento da demanda por música a ser tocada nestes ambientes, muitos ouvintes foram se tornando também compositores. Vários gêneros derivados da música eletrônica (*Techno, house, jungle, funk...*) surgiram, em várias partes do mundo. E do final dos anos 80 até hoje seu uso tem aumentado. (RESTUM et al, 2016, p. 04-05)

Para a Lei de Direitos Autorais, na inteligência dos artigos 24 e 29, o artista que faz *sample* deve ter autorização do criador da obra apossada, bem como creditá-lo na música a ser criada, sob pena de violação de direitos morais e patrimoniais do autor. Exemplos famosos e recentes de *samples* cujas novas criações tiveram sucesso internacional são:

“*Gimme! Gimme! Gimme!*”, gravada pelo grupo ABBA em 1979 - *sample* em “*Hung Up*”, por Madonna ;

“*Something’s Got A Hold On Me*”, gravada por Etta James em 1962 - *sample* em “*Good Feeling*”, por Flo Rida, e “*Levels*”, por Avicii (RIBEIRO, 2017, n.p.);

“*Seville*”, gravada por Luiz Bonfá em 1967 - *sample* em “*Somebody That I Used To Know*”, por Gotye (RESTUM et al, 2016, p. 05).

Após serem manipulados, os *samples* se transformam, em alguns casos de maneira quase irreconhecível, o que implica que não há obrigatoriedade na manutenção da identidade da obra original. Quando a matéria não é significativamente alterada, se trata de uma espécie de “citação”, sendo que alguns artistas usam ferramentas simples de mixagem sonora para isso. O que deve ser observado é se há apenas uma intenção em referenciar, ou se tal referência acaba por se sobressair em relação à música em si. A intenção pode ser apenas criar uma sensação indireta de reconhecimento, induzindo a interpretar e “conectar os pontos” e, assim, fazer alusão a um determinado estilo ou ideia.” (SILVEIRA, 2012, p. 92-93)

A ideia do *sample* não é burlar os custos e esforços de produzir

4 Tradução livre de: “[...] applied in music to the method by which special musical instruments or apparatus digitally ‘record’ external sounds for subsequent resynthesis.” (DAVIES, 1996, p. 03)

música original, mas adicionar sentido a uma música - uma espécie de referência cultural que, percebida pelo ouvinte, o faz indagar “onde é que já ouvi isso?”, associando a nova criação com um significado que já era característico da criação anterior (LINDENBAUM, 1999, p. 32). Diferentemente do plágio, não possui caráter de infração. O plágio ocorre quando algo é dado como original e criativo e na verdade não é - uma reprodução que não revela que foi baseada em algo já produzido.

Nesse sentido, o plágio invoca seu espectro: na tentativa de passar despercebido, maquia seu mal feito, dissimula sua apresentação enquanto plágio. Pode-se compreender assim porque dissemina, entre os que precisam identificá-lo, desconfiança: faz pensar que há sempre algo indevidamente copiado, utilizado; que é preciso localizar e impedir que a infração ocorra - um princípio de paranoia. (SILVEIRA, 2012, p. 100)

A lógica, portanto, é simples e pode ser resumida da seguinte forma: quando o *sample* fere os direitos do autor da obra original, trata-se de cópia, plágio e ofensa à Lei de Direitos Autorais. Contudo, se tais direitos forem respeitados em seus limites, o *sample* não se reveste de caráter infracional e deve ser permitido (RIBEIRO, 2017, n.p.). Creditar um *sample*, quando usado, reforça o conhecimento do público quanto à diversidade musical e ainda agrega valor ao novo trabalho; neste diapasão, prevenir o uso dos *samples* por motivos pessoais acaba limitando a criatividade. (LINDENBAUM, 1999, p. 64)

Tudo depende de como o *sample* será usado. Em um dos casos mencionados anteriormente, por exemplo, Gotye usou os direitos autorais da música original de forma adequada, tendo inclusive pago *royalties* de aproximadamente US\$ 1 milhão à família de Bonfá e incluído o nome do brasileiro como co-criador na faixa musical; em contrapartida, casos como os da banda Beastie Boys podem ser um pouco mais polêmicos. Isto porque este grupo musical foi notificado por usar indevidamente vários *samples* derivados do grupo TroubleFunk: “Uma parte da música ‘Drop the Bomb’ foi utilizada nas faixas ‘It’s the New Style’ e ‘Hold it Now, Hit It’ do primeiro disco dos Beastie Boys, *Licensed to III*, de 1986. Outro trecho da música apareceu na faixa ‘Car Thief’, do álbum *Paul’s Boutique*, de 1989”. (RESTUM et al, 2016, p. 05)

A criação de uma música pode ser original ou derivada de uma já existente, por meio de novos arranjos ou pequenas apropriações. E, como qualquer outra obra de arte, pode exprimir as sensações de seu autor, fazer referência a um objeto/acontecimento ou mesmo ser fruto de mero improviso. As letras compostas, tanto as simples e abreviadas quanto as complexas e refinadas podem reputar-se como originais. (BERTRAND, 2002, p. 36).

No meio tecnológico atual, em que os meios eletrônicos são empregados para fins de produção e manipulação sonoras (especialmente após a criação da extensão “MIDI”, considerada por muitos o melhor “formato” de arquivo para estes fins), não são necessários instrumentos tocados presencialmente para realizar uma composição musical; assim, sem a “intervenção” do instrumentista, o DJ⁵, no papel de autor, cria uma ligação com o ouvinte através de um “hibridismo tecnomusical”. Tal junção de sons, concebida a partir do uso de *samples*, rompe com as barreiras da cultura, fundindo-as de forma inclusiva, por exemplo, quando sons étnicos servem de plano de fundo para batidas eletrônicas ou trechos de outras obras preexistentes. “A percepção é de que atuais DJs se servem do vasto acervo musical existente para atualizá-lo e recriá-lo [...]. Trata-se do caráter fragmentário, efêmero e coletivo próprio desse contexto cultural” (CASTRO, 2004, p. 7)

2.2 COVERS

“Fazer um *cover* de uma música” nada mais é do que um artista menos conhecido gravar uma canção que já tenha sido lançada, de sucesso, para se promover; em algumas ocasiões, os *covers* fazem mais sucesso até do que a música original. (GAMMOND, 1991, p. 134). Opiniões sobre essa prática são divergentes, mas, em geral, a grande maioria dos indivíduos consideram o *cover* uma forma de expressão, envolvimento

5 DJ é a sigla que corresponde à abreviação do termo disc-jockey, ambos de origem inglesa. É o nome dado à pessoa que escolhe/toca músicas em discotecas, na rádio, ou outros eventos. (Tradução). (CAMBRIDGE DICTIONARY. Meaning of “disc jockey” in the English Dictionary. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/disc-jockey>>. Acesso em 3 set. 2018.)

comunitário ou tributo a determinado artista ou gênero. (ZELEDON, 2017, p. 16-18)

Uma música popular/tradicional não é atingida pela polêmica do *cover* porque, em geral, este tipo de música não possui um autor determinado, e também porque existe como um conceito intocado pela ideia de propriedade ou autoria individual. (ZELEDON, 2017, p. 03-04).

Amadores podem encontrar dificuldade em repensar (modificar) uma performance para uma música que já lhes é familiar, o que acaba reforçando o estigma de que *cover* significa cópia. Artistas famosos, teoricamente, deveriam ser mais experientes; porém, nem todo artista é compositor, e alguns compositores podem ser amadores ou estudantes. Apesar de muitos artistas não terem a capacidade de escrever uma música, são capazes de fazer um “*cover* transformativo” em forma de interpretação artística, diferente de uma mera cópia. A “má fama” dos *covers* deriva da falta de informação ou de opiniões superficiais, de modo que alguns leigos interpretam as criações como forma de copiar ao invés de criar algo usando a originalidade. (ZELEDON, 2017, p. 04-06)

O cerne da discussão se dá em razão de censura política, econômica ou social. Empresas podem querer barrar *covers* por razões econômicas, mesmo se for contra os desejos pessoais do artista. Mas o dilema, de uma perspectiva de negócios, não é com a existência dos covers, mas deles sendo feitos sem que os estúdios originais lucrem com isso. Em muitos casos, o detentor dos direitos autorais pode não ser o artista em si, mas continuará lutando pelo uso indevido da música. (ZELEDON, 2017, p. 01-02)

Compartilhar virtualmente ou comercializar *covers*, quando feito da maneira correta, pode ser uma maneira efetiva de impulsionar a carreira musical, além de estender a “vida útil” da canção original e muitas vezes reacender o potencial de um antigo artista já esquecido. Como boa parte dos *covers* modernos são reestilizações de músicas, estas amoldam-se ao estilo único do artista que as performa. (TROWBRIDGE, 2013, n.p.)

2.3 O *You Tube* e a popularização musical na Internet

O acesso à internet tem sido ampliado com o crescimento da cultura ciberespacial nos últimos anos. Tornou-se mais fácil e comum trocar ou compartilhar dados e arquivos, o que também contribuiu para

que a música tivesse sua popularidade aumentada e oportunidades de divulgação mais abrangentes. Hoje, qualquer um pode “fazer música” e ganhar fama ou dinheiro com isso. Nesse contexto, tratar-se-á aqui de uma das criações mais notáveis do século XXI, que mudou drasticamente a forma de viver *online*: o site *YouTube*.

Criado em 2005 por Chad Hurley e Steve Chen e com a nomenclatura original de “*YouTube - Broadcast Yourself*”⁶, o espaço virtual veio com a proposta de ser um ambiente de troca de experiências, assuntos e imagens por meio de vídeos curtos e de formato leve, de modo que pudessem ser compartilhados inclusive por e-mail. Até o momento, possui 22 idiomas e a marca aproximada de um bilhão de exibições diárias, sendo enviados cerca de 20 horas de vídeos a cada minuto. A faixa etária predominante segundo as estatísticas é entre 18 e 55 anos. (SILVA; OLIVEIRA, 2005)

As primeiras reportagens de cunho negativo veiculadas a respeito do *YouTube* destacavam o baixo nível de cultura e a fomentação do plágio. Todavia, tais alegações só contribuíram para despertar o interesse do público emergente, o que levou ao crescente aumento de usuários do *site* e sua consequente viralização. O público passou a perceber que aquela era uma ferramenta em potencial (um potencial ainda pouco explorado, ressalte-se) para a divulgação de material e produção original, assim, diversas categorias de vídeos passaram a criar vertentes de conteúdo: *vlogs* (blogs ou diários em forma de vídeo), comédia e entretenimento, notícias, análises e opiniões sobre produtos, *gameplays* (documentações em vídeo da jogabilidade de jogos eletrônicos) e, como merece destaque, clipes musicais - sejam de músicos renomados ou de jovens aspirantes. (AMARO, 2012, p 85)

A maneira de criar música tem evoluído ainda mais devido às tecnologias móveis, que não apenas gravam áudio e vídeo em qualidade fenomenal, mas também são capazes de criar e reproduzir, por meio de aplicativos, amostras de instrumentos reais, o que abre ainda mais o campo de possibilidades de inovação. Assim, o que no passado dependia de uma equipes e equipamentos profissionais, com muito dinheiro investido para ser realizado, hoje pode ser feito por qualquer um, ainda que não de

6 “Você no Tubo - Transmita Você Mesmo”. (SILVA; OLIVEIRA, 2005)

forma profissional. (COTA, 2016, p. 305)

O YouTube influencia a performance musical de um jovem que utiliza a tecnologia assim como uma sala de concertos influencia a performance de um cantor, pois esse aplicativo/sítio é um grande palco onde os músicos podem expor suas ideias e criação. [...] O caráter democrático do YouTube permite que todo tipo de conteúdo seja compartilhado, desde vídeos promocionais feitos por músicos profissionais, até vídeos amadores de grupos iniciantes. O que certamente contribui para a inovação nas formas de apresentar música. (COTA, 2016, p. 306-307)

Exemplo de como o *YouTube* pode ajudar na ascensão dos músicos foi o que ocorreu com a banda Boyce Avenue. Seu primeiro vídeo foi uma interpretação da música “*Before It’s Too Late*” da banda The Goo Goo Dolls, e já ultrapassou a marca de 1,8 milhões de visualizações. A banda foi ganhando reconhecimento e, atualmente, o canal já possui mais de 200 vídeos, mais de 3 milhões de inscritos e 1 bilhão de visualizações totais. Já lançaram mais de 10 CDs, sendo que apenas 2 são com músicas originais - os demais são apenas versões em estúdio das músicas lançadas no *YouTube*. (SANTOS, 2013, p. 318)

Em casos de uso ilegal de músicas protegidas por direitos autorais, os detentores de direitos podem denunciar por iniciativa própria, mas o *YouTube* também possui o sistema “Content ID”. Quando vídeos são enviados ao site, o sistema escaneia o áudio/vídeo e compara com o banco de dados dos arquivos já hospedados no site (processo chamado *audio fingerprinting*). Mesmo covers e performances ao vivo podem ser identificados por este sistema. Caso o conteúdo combine, o dono do material original pode escolher: a) o vídeo será monetizado com anúncios que geram lucro ao dono; b) o áudio/vídeo é bloqueado (em países específicos); c) as estatísticas do vídeo serão acessíveis ao dono. Em alguns casos, o vídeo é bloqueado, criando um *strike* para a conta que enviou o material; três *strikes* levam à exclusão automática da conta. (TROWBRIDGE, 2013, n.p.)

Os *covers* de músicas populares feitos por amadores ou profissionais em ascensão estão entre os vídeos mais populares no *YouTube*. Os desejos conflitantes das várias partes resultam na lei sendo trazida à equação, com cada uma das partes buscando proteção.

(ZELEDON, 2017, p. 05-06) Desta maneira, é de fato interessante que, mesmo com o reconhecimento automático do sistema “Content ID”, grande parte dos *covers* enviados não são afetados. Isto se dá devido a determinações baseadas em direitos autorais feitas recentemente, em forma de licença, que geram descontos e faturamentos aos optantes deste programa. Assim, tanto o artista performista quanto o artista criador saem ganhando, e as vantagens repercutem para a ampliação da cultura musical. (TROWBRIDGE, 2013, n.p.)

É por isso que no que tange tanto ao *cover* quanto ao *sample*, é necessário considerar o contexto como um todo. Definir os vocábulos apenas como representações do ato de “imitar” soa como manipulação barata; olhar apenas pelo viés da apropriação impede que as arranjos e variações se diferenciem de meras “colagens”, e, por isso, é imperioso refletir acerca das intenções do artista no processo envolvido em relação ao material manipulado. (SILVEIRA, 2012, p. 77)

3. A TEORIA DO *FAIR USE* E A PRIMAZIA DO DESENVOLVIMENTO CRIATIVO

A transformação criativa ocorre quando “a arte se apropria de trechos de artefatos culturais pré-existentes para instrumentalizar de forma determinante certas manifestações artísticas e sociais, democratizando e socializando as possibilidades de criação”. (PESSERL; BERNARDES, 2010, p.07)

Diferencia-se, portanto, o uso da criatividade do simples ato do plágio. “O plágio não é a mera cópia, mas sim o apoderamento da parte criativa de uma obra com certas modificações, a fim de que não seja percebida a conexão entre as duas” (RESTUM et al, 2016, p. 03). Assim, ocorre quando uma obra é copiada (em todo ou em parte) sem autorização e com ardil, para “mascarar a própria cópia. Plagiar é a ação de apresentar, como sendo de sua autoria, uma obra ou parte de uma obra que originalmente foi criada por outro. O plágio fere os direitos morais e

patrimoniais do verdadeiro autor”⁷. (ECAD, s.d., p. 35)

Portanto, quando uma música original é lançada comercialmente, ela se torna disponível para manipulação e reutilização por profissionais como os DJs, mas, neste caso, reaproveitá-la constitui marca de valor, e não apenas uma apropriação indébita/indevida (CASTRO, 2004, p. 8). Em outras palavras, quando é feito um enriquecimento musical/cultural na obra, sem descaracterizá-la ou prejudicá-la de alguma forma, o ato é legítimo e dissemina novas atitudes estéticas. (ROCHA, 2011, p 42)

Embora não esteja expresso em lei, é utilizado atualmente um “mito” de que o plágio musical ocorre quando são constatados oito ou mais compassos idênticos à fonte, sendo questionável a utilização de tal método para constatar o plágio.

Imaginemos dois exemplos. No primeiro, um compositor escreve uma música com 50 (cinquenta) compassos, sendo 10 (dez) destes com grande semelhança à obra original tutelada pelo direito autoral. No segundo, compõe-se uma música com 15 compassos, sendo 09 (nove) idênticos à obra já existente. Comparando os dois casos, seria justo considerar que há plágio em ambas as obras? Pela aplicação do princípio da razoabilidade, verifica-se que no primeiro apenas alguns compassos são semelhantes, o que não justificaria a imputação de plágio ao autor da segunda obra. Ademais, ressalte-se que o plágio é atestado por peritos, podendo ainda haver uma parcialidade, ficando constatado que apenas a contagem de compassos não é suficiente para sua caracterização. (RESTUM et al, 2016, p. 4)

Na jurisprudência, já há posicionamentos (inclusive do Superior Tribunal de Justiça) no sentido de que a mera semelhança entre duas obras não configura plágio; necessária, portanto, a intenção do plagiador em se considerar o autor original.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO AUTURAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. ESTUDO PRELIMINAR DE PROJETO ARQUI-

7 ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO (ECAD). Disponível em: <<http://comunicacao.ecad.org.br/distribuicao/folder/index.html>>. Acesso em 01 set. 2018.

TETÔNICO DE ARMAZÉM FRIGORÍFICO. PROTEÇÃO LEGAL. ART. 7º, INCISO X, DA LEI Nº 9.610/1998. PLÁGIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. IRRELEVÂNCIA DAS SEMELHANÇAS APURADAS. LAUDO PERICIAL. NULIDADE RECONHECIDA. PROVA TÉCNICA SUBSTITUÍDA NA INSTRUÇÃO. VALORAÇÃO DA PROVA. POSSIBILIDADE.

[...]

4. A configuração do plágio, como ofensa ao patrimônio intelectual do autor de criações do espírito, depende tanto da constatação de similaridade objetiva entre a obra originalmente concebida e a posteriormente replicada quanto, e principalmente, do intuito consciente do plagiador de se fazer passar, de modo explícito ou dissimulado, pelo real autor da criação intelectual e, com isso, usufruir das vantagens advindas da concepção da obra de outrem.
5. A mera existência de semelhanças entre duas obras não constitui plágio quando restar comprovado, como ocorre no caso, que as criações tidas por semelhantes resultaram de motivações outras, estranhas ao alegado desejo do suposto plagiador de usurpar as ideias formadoras da obra de autoria de terceiro.
6. Hipótese em que as poucas semelhanças constatadas na comparação entre as obras de autor e réu resultaram da observância, pelos referidos arquitetos, do conteúdo do programa prévio elaborado por suas potenciais clientes bem como das especificidades do próprio terreno em que construída a edificação.
7. Recursos especiais providos para julgar improcedente a ação indenizatória. (STJ, Resp no 1423288/PR, TERCEIRA TURMA, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Dje 20/06/2014) (grifei)

Merece também destaque o artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, que define:

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.

O artigo faz alusão aos “pequenos trechos” sem, contudo, defini-los, dando margem a interpretações. Fazendo analogia favorável ao uso do *sample*, dado que não constitui a parte principal da obra derivada, não resta prejudicada a obra original, não prejudicando os interesses do autor. De qualquer forma, ideal seria estabelecer em lei a diferença entre a reprodução parcial e o conceito do pequeno trecho, para harmonizar

os artigos 29, I e 46, VIII, da Lei de Direitos Autorais, para unificar o posicionamento jurídico acerca do tema. De qualquer forma, o *sample*, à sua maneira, também promove a obra original, podendo até ser benéfico para o autor, ao passo em que o plágio é fonte de potencial prejuízo. (RESTUM et al, 2016, p. 10-12)

A originalidade é um conceito que exige definição jurídica negativa, sob pena de reputar-se arbitrário. Ou seja: a única maneira de definir o que é original é considerar que o objeto não possui excesso de semelhança com outro, o que leva a deduzir que o direito de autor protege as obras artísticas que reproduzem a personalidade de seu criador (não sejam apenas imitação de algo preexistente) e possua características próprias e individuais, eliminando qualquer hipótese de confusão. (BOBBIO, 1951, p. 14)

A introdução da tecnologia no cotidiano popular tem movimentado o Legislativo, de modo que a ABPI (Associação Brasileira da Propriedade Intelectual) vem construindo um movimento que reivindica alguma alteração no artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, para que se adeque às necessidades atuais em um sentido de “uso justo”, originário do sistema legal dos Estados Unidos - o chamado *fair use*. (LOSSO, 2008, p. 26)

O *fair use* guarda semelhanças com o que dispõe o artigo 9:2 da Convenção de Berna, ratificada pelo Brasil em 1975, a qual limita a aplicação dos limites dos direitos autorais por meio de um “teste” em três etapas, para determinar exceções à lei quando se tratar de caso excepcional, ou quando a reprodução não prejudicar a exploração da obra original e ou os legítimos interesses do autor. Com isso, qualquer uso que esteja fora dos limites do “teste das três etapas” - ou seja, que não é um uso excepcional, ou interfere a exploração comercial e prejudica injustificadamente os interesses legítimos do autor - é considerado uso não autorizado e, portanto, uso ilegal. (BASSO, 2007, p. 502)

O *fair use* é uma exceção ao direito de autor. Foi criado nos Estados Unidos e consiste numa tentativa de tornar legítimo o uso de obras literárias através da Internet, desde que sem o intuito de lucro, bastando que certos requisitos sejam observados. O fundamento para esta prática se encontra no princípio de que a veiculação corresponderia a uma finalidade social, e não uma violação dos direitos autorais. Importante frisar que o instituto do *fair use* não foi recepcionado pela legislação brasileira, constituindo ape-

nas uma questão de discussões jurídicas e outras pertinentes. Vale dizer que não obstante o *fair use* não esteja previsto em lei brasileira, o STJ já se pronunciou no sentido de que os shows oferecidos pelos municípios, em que não são cobrados os ingressos, não violam os direitos autorais dos artistas, o que poderíamos chamar de um atípico *fair use* brasileiro. (BLUM et al, 2003, p. 297).

Assim, para formar a opinião se o uso da música foi justo ou não, deve-se considerar o objetivo, a natureza, a porcentagem de utilização e o efeito no valor da obra original decorrente do uso. Na maior parte dos casos, o *fair use* é um conceito maleável e subjetivo. Muitos tribunais mundo afora, por exemplo, já têm entendido que um usuário pode copiar um CD para uso próprio, entretanto, não pode vendê-lo como sendo seu. Desta forma, fica claro que “a maioria das cópias privadas, não comerciais ou com finalidade educativa de obras protegidas por direitos autorais será considerada ou *fair use* ou uso privado, o que configura exceção permitida por lei”. (VAIDHYANATHAN, 2001, p. 27)

As evoluções trazidas pela doutrina e pelas jurisprudências recentes tornam possível acreditar em mudanças neste cenário. O caminho não será fácil, especialmente devido ao conflito de interesses e ao dinheiro envolvido na produção musical, especialmente em relação à já ultrapassada e vagarosa legislação brasileira, que tem se mantido em pauta devido aos esforços e reivindicações incessantes de profissionais, estudantes e pesquisadores na área. (GALANTE, 2014, p. 79-80)

Portanto, o *fair use* consiste em uma série de critérios e entendimentos que equilibra os direitos do autor original e do usuário, limitando os direitos de autor sobre o que é violação e o que não é. A vantagem de se admitir o *fair use* nas disputas é que sempre haverá uma opção para os produtores de conteúdo, seja a nível de paródia, educacional ou transformativo. O primeiro problema, talvez, seja conscientizar a população a respeito disso, pois a linha tênue entre o que é ou não é “uso justo” ainda é pouco explorada de modo profissional; portanto, é clara a necessidade de aperfeiçoar a educação da comunidade em geral sobre tais aspectos. Se *covers* e *samples* fossem admissíveis de forma livre, isso iria ao encontro da ideia de processo criativo e colaborativo. (ZELEDON, 2017, p. 19-20)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas de que a solução para a problemática pertinente aos *covers* e *samples* escora-se em um sistema de direitos autorais baseado na flexibilidade e no *fair use*. Isso se deve, principalmente, ao advento da tecnologia, das mídias sociais e na “virtualização” do usuário, que passa a ter papel ativo na indústria musical a partir do momento em que decide de ser mero consumidor, e passa a inspirar-se nos esforços laboriosos de músicos renomados para satisfazer a sua paixão pela arte.

A internet trouxe mudanças significativas para os direitos autorais, apesar de a legislação não ter acompanhado os mesmos passos, restando um tanto defasada e carente de novas interpretações e ideais. A reprodução e circulação de dados já ocorre a níveis inimagináveis, e a tendência é apenas aumentar - mas, com isso, surgem também as dificuldades, que, neste caso, se concentram nos esforços do criador de uma obra musical de proteger suas criações, buscando compreender o limiar entre uso justo e plágio ou apropriação.

Dado que os sistemas de entretenimento e cultura atuais têm se desenvolvido em nome da economia, e isso tem fomentado a utilização de *samples* (como fonte de material) e *covers* (como fonte de inspiração), ambas as práticas seriam beneficiadas com a educação e conscientização popular, para extinguir os “mitos” que se formam em torno destes conceitos. Além disso, uma maior abrangência da lei e do Judiciário, flexibilizando o seu uso e incentivando desta forma a produção cultural, sem que isso necessariamente venha a prejudicar o criador original. O grande exemplo de que isso pode funcionar de maneira efetiva é o sucesso do site *YouTube*, e a maneira como a disseminação de vídeos e músicas derivadas de outros artistas impulsionou carreiras musicais e, conseqüentemente, a economia e o desenvolvimento cultural.

Neste contexto, percebe-se que os objetivos almejados com o presente estudo foram alcançados, ao passo em que tornaram possível a discussão de elementos ainda pouco destacados no cenário da legislação autoral brasileira, trazendo propostas derivada de leis autorais bem-sucedidas - como é o caso dos Estados Unidos em relação ao *fair use*

-, mostrando, assim, que o suposto “problema” trazido para o cenário musical em decorrência das novas tecnologias não é tão ameaçador quanto se pode imaginar. É importante que a lei autoral não prenda a criatividade do artista, mas, ao mesmo tempo, mantenha a proteção à propriedade intelectual do autor original. E a tecnologia e as evoluções legais caminham a este favor.

Basear-se em um material já disponível, acrescentando originalidade e a personalidade única do usuário para gerar uma obra musical nova, podem fazer o músico aspirante se destacar e, quem sabe, ainda acabar por beneficiar o artista original. O Direito reside nesta tendência: a diminuição da judicialização de causas que podem ser resolvidas por alternativas inovadoras, as quais funcionam em um sistema de ganho mútuo e ainda contribuem para a pacificação social e soluções mais efetivas para os embates na esfera do Direito Autoral e do Direito Cultural.

REFERÊNCIAS

AMARO, Fausto. Uma proposta de classificação para os vlogs. **Comunicologia - Revista de Comunicação da Universidade Católica de Brasília**, v. 5, n. 1, jan-jun 2012. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RCEUCB/article/view/3726/2148>>. Acesso em 21 ago. 2018.

BASSO, Maristela. As Exceções e Limitações aos Direitos do Autor e a Observância da Regra do Teste dos Três Passos (three-step-test). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, jan./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67766-89196-1-pb.pdf>>. Acesso em 18 set. 2018.

BERTRAND, André. **La musique et le droit De Bach à Internet**. Paris: Éditions Litec, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BLUM, Renato M. S. Opice *et al.* **Direito Autoral Eletrônico: Conflitos Sobre Nomes de Domínio e Outras Questões Jurídicas da Internet**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas e Revista dos Tribunais (coedição), 2003.

BOBBIO, Pedro Vicente. **O direito de autor na criação musical**. São Paulo: LEX, 1951.

BRASIL. **Lei 9610, 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/19610.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

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 17 set. 2018.

BURGESS, Jean; GREEN, Joshua. **YouTube e a revolução digital:** como o maior fenômeno da cultura participativa transformou a mídia e a sociedade. São Paulo: Aleph, 2009.

CAMBRIDGE DICTIONARY. **Meaning of “disc jockey” in the English Dictionary.** Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/disc-jockey>>. Acesso em 3 set. 2018.

CASTRO, Gisela C. S. Web Music: Produção e Consumo de Música na Cibercultura. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**, v. 1, n. 2, 2004.

CIRIO, Nathália Zdanski. **Os Direitos Autorais e o Plágio Musical.** 2010. 57p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, 2010.

COLLINS, Steve. Good Copy, Bad Copy: Covers, Sampling and Copyright. **M/C Journal**, vol. 8, n. 3, jul. 2005. Disponível em: <<http://journal.media-culture.org.au/0507/02-collins.php>>. Acesso em 18 ago. 2018.

COTA, Denis Martino. O Youtube e os dispositivos móveis como agentes transformadores da interação com a música. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE PÓS-GRADUANDOS EM MÚSICA (SIMPOM), n. 4, 2016. Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos.** Rio de Janeiro: UNIRIO, 2016. p. 304-311. Disponível em: <<http://seer.unirio.br/index.php/simpom/article/view/5639/5083>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

DAVIES, Hugh. A history of sampling. Cambridge: Cambridge University Press. **Organized Sound.** Cambridge, v. 1, n. 1, p. 3-11, 1996.

GALANTE, Melina Duarte Leal. Perspectivas Contemporâneas dos Direitos Autorais: Uma Saída para os Conflitos (Inter)nacionais. Revista Eletrônica Direito e Sociedade (REDES), vol. 2, n. 2. Canoas, nov. 2014.

GALLEGO, Juan Ignacio. Novas formas de prescrição musical. In: HERSCHMAN, Micael. **Nas bordas e fora do mainstream musical:**

novas tendências da música independente no início do século XXI. São Paulo: Editora Estação das Letras e Cores, 2011.

GAMMOND, Peter. **The Oxford Companion to popular music**. New York: Oxford University, 1991

JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência**. São Paulo: Aleph, 2009.

LINDENBAUM, John. **Music Sampling and Copyright Law**. 1999. Senior Thesis (Bachelor of Arts) - Center for Arts and Cultural Policy Studies, Woodrow Wilson School of Public and International Affairs. Princeton University, 8 abr. 1999.

LOSSO, Fabio Malina. **Os Direitos Autorais no Mercado da Música**. 2008. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo (USP), Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito. São Paulo, 2008.

MENEZES, Elisângela D. **Curso de Direito Autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 39.

NUNES, Fernando José de Holanda. **Do Long-Play ao MP3: Indústria Fonográfica Brasileira na Era Digital**. 2013. 100f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Economia) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: <<http://direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 02 set. 2018.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

PESSERL, Alexandre; BERNARDES, Marciele Berger. **Transformação**

criativa na Sociedade da Informação. In: III Mostra de Iniciação Científica da Associação Nacional de Pós-Graduação. XXII Congresso Nacional de Pós-Graduandos, Rio de Janeiro, 2010.

RESTUM, Betina *et al.* **Plágio, Mashup e Sample:** Conceitos, Problematização e Solução. Universidade Federal Fluminense - Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: Niterói, 2016.

RIBEIRO, Ana Clara Alves. Samples versus plágio na música: limites da ofensa aos direitos autorais. **JusBrasil**, 28 ago. 2017. Disponível em: <<https://anaclaraalvesribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/492822726/samples-versus-plagio-na-musica-limites-da-ofensa-aos-direitos-autorais>>. Acesso em 24 ago. 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; NEVES, Rubia Carneiro. Direitos autorais e música: tecnologia, direito e regulação. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Brasília: UNICeub, vol. 7, nº 3, dez. 2017, p. 511-537.

ROCHA, Fabíola Bortolozo do Carmo. Plágio Musical como Violação de Direitos de Autor. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (SJRJ)** - Direito Civil, Internacional e Propriedade Industrial, v. 18, n. 30, p. 29-54, abr. 2011, p. 29-54.

SANTOS, Bárbara Marina Almeida dos. YouTube como palco virtual: estudo de caso da banda Boyce Avenue. **Associação Portuguesa de Ciências da Comunicação - SOPCOM.** 8º SOPCOM: “Comunicação Global, Cultura e Tecnologia”. 2013. Disponível em: <<http://revistas.ua.pt/index.php/sopcom/article/view/3850>>. Acesso em 17 ago. 2018.

SANTOS, Manuella Silva dos. **Direito autoral na era digital:** Impactos, controvérsias e possíveis soluções. 2008. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2008.

SILVA, Pollyana Guimarães da; OLIVEIRA, André Luiz Muniz (orientador). **Música no Tubo:** Transmita Você Mesmo. IX Encontro Regional da ABEM Nordeste. II Fórum Norte-Rio-Grandense de

Educação Musical. Rio Grande do Norte, Natal, 17-19 jun. 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/275585041_Musica_no_tubo_transmita_voce_mesmo>. Acesso em 12 ago. 2018.

SILVEIRA, Henrique Iwao Jardim da. **Colagem musical na música eletrônica experimental**. 2012. 202 p. Dissertação (Mestrado em Música) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo (USP) - São Paulo, 2012.

TROWBRIDGE, Kurt. **The Right to Copy: Cover Songs and Copyright on YouTube**. 17 dez. 2013. Disponível em: <<http://kurttrowbridge.com/technology/the-right-to-copy-cover-songs-and-copyright-on-youtube/>>. Acesso em 21 ago. 2018.

VAIDHYANATHAN, Siva. **Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity**. New York University Press. 2001

ZELEDON, Ivy. **Song Covers: Social Responses to Current Policy**. University Honors. University of California: Riverside, 11 dez. 2017. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/9qg5n20b>>. Acesso em 16 ago 2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo IX Direito de Autor e transformações tecnológicas

**TÍTULO:
DO VINIL AO STREAMING: AS
MUDANÇAS NO MERCADO MUSICAL
E NA RELAÇÃO ENTRE DIREITOS
AUTORAIS E ACESSO À MÚSICA.**

**Eduardo Pires
Luiz Gonzaga Silva Adolfo**



DO VINIL AO STREAMING: AS MUDANÇAS NO MERCADO MUSICAL E NA RELAÇÃO ENTRE DIREITOS AUTORAIS E ACESSO À MÚSICA.

Eduardo Pires¹

Luiz Gonzaga Silva Adolfo²

RESUMO

O desenvolvimento tecnológico tem causado grandes mudanças sociais, econômicas, culturais e que afetam também o Direito. Nesse sentido, percebe-se também que as obras musicais, as suas formas de exploração e de acesso e, ainda, os Direitos Autorais daí decorrentes, vêm sendo consideravelmente afetados ou modificados ao longo do processo de evolução da tecnologia, desde o surgimento e progresso das mídias físicas até a internet e o *streaming*. Nesta perspectiva, o presente artigo pretende verificar de que forma se desenvolveu no Brasil a relação aparentemente conflitante entre a tutela dos Direitos Autorais, especialmente quanto ao direito à remuneração pela exploração das músicas e o direito da sociedade de acesso a estas obras intelectuais, diante da evolução tecnológica, sobretudo a partir da década de 1980 até o presente momento. O tema é abordado utilizando-se do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e acaba evidenciando três principais momentos na relação entre direitos autorais e acesso à música, diretamente vinculados as tecnologias e modelos de negócios dominantes em cada período, sendo que no primeiro período, baseado na venda de CDs, há a preponderância

1 Doutorando em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Pós-Graduando em Direito Tributário e Empresarial pela Universidade Anhanguera, Professor Visitante em cursos de Pós-Graduação Lato Sensu. Advogado atuante.

2 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Santa Cruz do Sul, Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual - APDI e da Associação Brasileira de Direito Autoral - ABDA, e da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RS).

do direito de remuneração do autor em relação ao direito de acesso; no segundo período há a prevalência do acesso, com base nas redes *P2P* para compartilhamento de músicas pela internet e, por fim; o terceiro momento, caracterizado pela ascensão das plataformas de *streaming* apresenta um equilíbrio no que tange as possibilidades de remuneração do titulares de Direitos Autorais e de acesso às obras musicais.

PALAVRAS CHAVE: Direitos Autorais; acesso; música; *streaming*;

1. INTRODUÇÃO

A evolução histórica dos Direitos Autorais, encontra-se estreitamente vinculada a um contexto que envolve o surgimento de novas tecnologias ou desenvolvimento das existentes e que, por consequência geraram alterações nas relações sociais, na economia, na cultura e consequentemente, nas práticas sociais. Este cenário não é uma exclusividade dos Direitos Autorais, pois faz parte da evolução do ordenamento jurídico como um todo. Ou ainda, de forma mais ampla, é possível dizer que está inserido em processo contínuo do desenvolvimento humano, em que as novas técnicas modificam as relações sociais e influenciam as alterações legislativas (CABRAL, 1998, p. 13)

Assim, sob o ponto de vista dos Direitos Autorais, as novas tecnologias são capazes de criar novos suportes onde as obras intelectuais possam ser expressadas e fixadas, podem elaborar novas modalidades de utilização, acesso e compartilhamento, bem como viabilizar novas oportunidades comerciais e econômicas para o autor e para os setores comerciais e industriais que trabalhem com os direitos autorais. Por outro lado, tem potencial, também, para disponibilizar meios para violação e usurpação das obras e dos direitos dos criadores.

Consequentemente o desenvolvimento das novas tecnologias ao gerar modificações nos mais diversos campos envolvendo as obras intelectuais, acaba criando, por um lado, benefícios e oportunidades, tanto para os titulares dos direitos como para sociedade, mas também podem produzir, por outro lado, conflitos jurídicos advindos da inadequação

das leis ou de modelos de negócio aos novos contextos socioculturais e tecnológicos, cenários estes ocorridos com grande destaque no âmbito das obras musicais.

A partir desta perspectiva, pretende-se verificar de que forma se desenvolveu no Brasil a relação aparentemente conflitante entre a tutela dos Direitos Autorais, especialmente quanto ao direito à remuneração pela exploração das músicas e o direito da sociedade de acesso a estas obras intelectuais, diante da evolução tecnológica, sobretudo a partir da década de 1980 até o presente momento.

Para tanto, em um primeiro momento o trabalho aborda a relação das obras musicais com a evolução tecnológica, considerando a sua vinculação diretamente com as possibilidades de acesso e exploração econômica das músicas. Assim, a partir deste contexto histórico tecnológico das obras musicais e de suas formas de utilização, será analisado, de forma específica e sob a ótica constitucional a relação entre o direito à remuneração pela exploração da música e o direito da sociedade de acesso a esta espécie de obras intelectuais.

2. A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E AS OBRAS MUSICAIS

A evolução tecnológica e conseqüentes transformações socioculturais e econômicas, causaram mudanças significativas no âmbito das obras musicais. Inclusive, é possível dizer que a música provavelmente seja uma das modalidades de bens intelectuais mais atingidas pelas novas tecnologias surgidas ao longo da história, especialmente nas últimas duas décadas, sob o ponto de vista econômico, das práticas sociais e dos Direitos Autorais.

A primeira tecnologia a impactar fortemente as obras musicais, de forma positiva, no sentido de dar um pontapé inicial para a popularização deste tipo de obra intelectual, foi o fonógrafo, criado em 1877, pelo norte-americano Thomas Edison, e que permitiu pela primeira vez a processo de gravação sonora. Antes do fonógrafo, existiam apenas duas hipóteses de acesso às obras musicais e, conseqüente exploração por parte dos autores, que eram: a execução musical em ambiente público; e a reprodução manuscrita ou via impressão das composições escritas e partituras.

O fonógrafo, que foi criado com a ideia de gravar e reproduzir a voz humana, mas acabou se desenvolvendo principalmente com a indústria musical, inicialmente registrava os sons e os reproduzia por meio de um cilindro com sulcos verticais e movido a manivela. Posteriormente, em 1888, Emile Berliner criou o gramofone, nome comercial dado ao fonógrafo que usava o disco no lugar do cilindro. A partir de 1890, o fonógrafo foi disponibilizado aos consumidores, por meio de empresas que passaram a explorar as possibilidades desta nova tecnologia, possibilitando a reprodução de áudios em ambiente privado (GUMES, 2011, p. 41). Assim, criou-se, um novo perfil de usuário da música, ou seja, surge a figura do consumidor de discos (BANDEIRA, 2004, p. 48).

Portanto, é possível dizer que o fonógrafo tem no âmbito da música, papel semelhante ao que teve a imprensa para as obras literárias, pois gerou um contexto que possibilitou a difusão da música em grande escala, tornando viável, por consequência, a exploração econômica das obras musicais e fazendo surgir o que se denomina ainda atualmente de indústria fonográfica.

Ao longo dos anos, houve grande evolução no formato dos discos, de forma a proporcionar maior qualidade às gravações, bem como disponibilizar maior tempo de gravação em cada suporte, permitindo, conseqüentemente, a inserção de um número maior de músicas em cada disco. Surgiram, portanto, os discos de 78 rpm (rotações por minuto), seguidos pelos discos de 45 rpm e posteriormente pelo LP (*Long-Play*) de 33 rpm, o qual reinou até os anos 60. (GUEIROS, 2005, p. 497).

De forma concomitante com o desenvolvimento da indústria fonográfica e evolução dos discos surge uma outra tecnologia da comunicação, de fundamental importância para massificação do acesso à música e, portanto, de importante relevância social e econômica. Trata-se da radiodifusão, que inaugura sua utilização para fins de entretenimento no ano de 1920, nos Estados Unidos.

No Brasil a rádio nasceu oficialmente em 7 de setembro de 1922, nas comemorações do centenário da independência do Brasil, ocasião em que o então presidente Epitácio Pessoa apresentou discurso que foi transmitido para receptores instalados em Niterói, São Paulo e Petrópolis.

Todavia, foi apenas a partir de 1923 que a radiodifusão começou de fato a operar no país, com a criação da Radio Sociedade Rio de Janeiro, a primeira rádio brasileira. (CASTRO, <<https://www.abert.org.br/web/index.php/quemsomos/historia-do-radio-no-brasil>>).

Segundo Bandeira (2004, p. 51), a rádio foi responsável, ao longo de sua história, por criar um novo mercado para a música, proporcionando a descentralização na distribuição e, conseqüentemente, no acesso às obras musicais e, ainda, promovendo um alargamento dos repertórios, na medida que passou a oferecer uma diversidade nunca vista, pelo menos àquela época.

Logo, a grande expansão do mercado musical e da ampliação das formas de exploração das obras musicais, a partir do surgimento de novas tecnologias, possibilitou, maiores oportunidades econômicas para os autores e para a indústria musical como um todo. Todavia, por outro lado, a multiplicação das formas de exploração das obras protegidas, trouxe dificuldades de controle e administração dos Direitos Autorais.

Assim, surgiu a necessidade da criação de instituições coletivas para essa administração, pois segundo Hammes (1998, p. 120), “Sem elas, os autores, produtores, intérpretes e executantes e outros titulares de direitos teriam imensas dificuldades para fiscalizar, outorgar licenças, arrecadar e distribuir os rendimentos”. Além disso, o sistema, denominado de gestão coletiva, é importante do ponto de vista do usuário das obras intelectuais, na medida que torna mais fácil o licenciamento de várias obras por meio da procura de apenas uma instituição, ao invés de precisar o contato com cada autor ou titular dos direitos autorais, individualmente. Portanto, com a evolução tecnológica surge essa demanda no que tange a forma de administração dos direitos envolvendo as obras musicais, tanto que em 1973, a Lei n. 5.988, veio regulamentar as associações de titulares de direitos autorais, bem como instituir a criação do ECAD.

Retomando a percurso das evoluções tecnológicas dos suportes de fixação das obras musicais, surge na década de 1960 a fita cassete, que trouxe duas grandes novidades na época. A primeira delas foi a possibilidade de gravação doméstica de fitas virgens em um formato compacto, permitindo a qualquer pessoa gravar músicas do rádio ou, ainda, de outras fitas ou discos, selecionando e gravando na fita cassete,

suas músicas de preferência. A segunda novidade proporcionada pela fita cassete deu-se na década de 1980, em decorrência do surgimento do *walkman*, um reproduutor portátil de fitas cassete, que tornou possível ouvir as músicas de preferência do usuário, de forma individual, no momento e lugar escolhido.

Com a contínua evolução tecnológica e a partir do advento da tecnologia digital, surge no mercado internacional, em 1983 e no mercado brasileiro, em 1986, o disco compacto com leitura ótica a *laser*, isto é, o CD (*Compact Disc*), que causou uma verdadeira revolução na tecnologia de áudio em todo o mundo.

A transição dos discos de vinil para o CD, exigiram altos investimentos por parte da indústria da música, para fins de adaptação das plantas de fabricação para o novo modelo. Consequentemente, os CDs chegaram às lojas com um custo aproximadamente 85% maior para os consumidores do que os antigos LPs, sendo que estes ainda precisariam adquirir o CD *player*, que faria a leitura do disco e executaria as músicas. (GUEIROS, 2005, p. 494).

Contudo, em poucos anos o CD já dominou o mercado da música, representando cerca de 95% das vendas, e gerando grande lucratividade para indústria musical, que, todavia, segundo Gueiros (2005, p. 495), por outro lado, gerava uma remuneração injusta e desequilibrada para os autores, os verdadeiros criadores das obras musicais. Posteriormente, da evolução da CD surgem, ainda, outros suportes, como o CD-ROM (*Compact Disc Read-Only Memory*), o DVD (*Digital Video Disc*) e o DAT (*Digital Audio Tape*). Além disso, a partir de 1998, popularizaram-se os gravadores domésticos de CDs e de outros suportes.

Um problema decorrente destas evoluções tecnológicas vinculadas ao processo de digitalização e da facilidade de reprodução das mídias físicas, foi um grande aumento da comercialização de cópias ilegais de CDs e DVDs a valores muito menores do que os originais e sem envolver o pagamento de qualquer valor a título de Direitos Autorais. No entanto, a grande reviravolta na história do mercado musical e que refletiu de forma direta também no âmbito dos Direitos Autorais, foi a criação do formato MP3 (*MPEG-1/2 Audio Layer 3*), e de sua convergência com a

Internet.

Por meio da tecnologia MP3, tornou-se possível a compactação de arquivos de áudio de formato *WAV* (*Waveform Audio File Format*), que era utilizado inicialmente nas gravações em CD, de modo a reduzir o tamanho do arquivo musical em até doze vezes. Esse novo formato de música possibilitou, portanto, o fluxo de arquivos de áudio por meio da internet e, portanto, sem a necessidade de um suporte físico, mesmo com taxas de transferência (velocidade da internet) muito baixas, que no início do MP3 era de 56 Kbps (*kilobits* por segundo) (PAIVA, 2011, p. 32).

Além disso, o MP3 proporcionou aos seus usuários a possibilidade de realizar a sua própria seleção de músicas, sem precisar estar atrelado a compra de um álbum em que por vezes apenas uma ou duas músicas lhe interessavam, como ocorria com os CDs. O MP3 possibilitou, ainda, o fácil compartilhamento e acesso as obras musicais na internet. Por meio do *download*, que pode ser legal ou ilegal, deixou de haver a necessidade de ir a uma loja física adquirir um CD.

No contexto da popularização do MP3 e da *Internet*, é criado em 1999, pelo norte-americano Shawn Fanning, um software chamado *Napster*, que permitia a troca de arquivos de música entre seus usuários por meio da internet e de forma gratuita.

Esse sistema de compartilhamento, utilizado também por diversos outros softwares criados posteriormente é chamado de transmissão *peer-to-peer* ou, simplesmente, rede *P2P*. A transferência de arquivos por esse sistema, permite por meio de uma rede formada por vários computadores pessoais a troca de arquivos sem a necessidade de um servidor central, pois aproveita a memória, a velocidade e os recursos de todos os computadores ligados à rede (LEITÃO, 2011, p. 346).

Assim, a popularização destes sistemas de troca de arquivos, em que há o compartilhamento de obras musicais sem o pagamento de qualquer valor, nem mesmo a título de direitos autorais, é considerada por Paiva (2017, p. 121), como um dos marcos divisórios na crise enfrentada pela indústria musical, pois afetou consideravelmente a venda de venda de CDs.

Destaca-se que as grandes gravadoras e detentores de direitos autorais travaram disputas judiciais com o *Napster* e outros softwares e

até mesmo com usuários destes sistemas, mas mesmo que com resultados judiciais positivos, como com o fechamento do *Napster*, não houve resultados eficientes, pois a cada software ou site fechado ou tirado do ar, surgiam diversos outros, de forma incontrolável. Assim as novas tecnologias digitais aplicadas ao setor musical foram responsáveis por uma irreversível crise no modelo tradicional de negócios da indústria fonográfica, causando enorme queda de faturamento e causando prejuízos também para os autores.

Por outro lado, é possível dizer que houve um processo de reconfiguração no que se refere à relação entre consumidores, autores e os intermediários da indústria da música. A internet e tecnologias digitais abriram espaços para que o artista possa se comunicar direto com seu público, dando mais autonomia aos artistas e possibilitando a diminuição do preço final das obras musicais (VALENTE, 2016, p. 265). Nesse sentido, para Janotti (2010, p. 4) a popularização do compartilhamento de músicas na internet, possível por meio das novas tecnologias “não significa somente uma possível crise no mundo da música, mas também uma transformação nas relações entre produção, circulação, consumo e apropriação dos produtos musicais. (2009, p. 4)

Isto é, se antes havia necessidade de intermediários entre o autor e o consumidor, os quais eram os responsáveis pelo processo de gravação, produção e distribuição dos discos e CDs, a partir da internet e das tecnologias digitais abriram-se espaços para um contato direto entre o autor e seu público para fins de disponibilização e acesso às obras musicais.

Dessa forma, há registros de muitos artistas e bandas que optaram por fornecer suas músicas gratuitamente para *download* na internet, visando divulgar seu trabalho e buscar outras formas de renda com as músicas, dentre elas a venda de ingressos para shows. Nessa lógica, quanto mais difundido o trabalho de um artista maior a possibilidade de aumentar o número de fãs ou apreciadores de suas músicas, o que, conseqüentemente, pode representar maior número de shows e também shows mais cheios.

Todas essas mudanças referidas, demandaram, portanto, transformações nos modelos de negócios envolvendo o mercado da música,

para se adaptar a nova realidade tecnológica e de comportamento social gerado pelas novas tecnologias. Nesse sentido, a Apple, em 2003, criou o *iTunes Store*, impulsionando um novo modelo de negócios focado na venda individual de músicas para *download* pela internet, ofertando ao preço de US\$ 0,99 cada música. Assim, viabiliza-se o *download* legal de músicas na internet a um preço reduzido, adequando-se a realidade da época.

2.1 Os serviços de *streaming* no mercado musical

Nos últimos anos vem se acompanhando um grande movimento de transição em relação a forma de se ouvir música a partir da internet. Nesse sentido, há uma migração contínua da utilização do *download* para os serviços de *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.

O mercado da música, divide os serviços de *streaming* em duas modalidades: o *live stream*, utilizado normalmente por de rádios *online*; e o *on-demand webcasting*, cuja principal característica é a possibilidade de interatividade e de escolha do que escutar e em qual momento escutar.

2.1.1 *Live stream*

O *live stream* 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, inexistente possibilidade de interatividade não havendo, portanto, a possibilidade 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*. Neste caso, será classificado, ainda, como *simulcasting*, pois haverá a simultaneidade de transmissão, por meio de duas tecnologias, no caso a radiodifusão e o *streaming*.

Destaca-se que, com base em decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Recurso Especial n. 1559264/ RJ, foi determinado que quando uma rádio efetua a retransmissão de sua programação na internet (*simulcasting*), mesmo que de forma simultânea e sem qualquer possibilidade de interatividade e alteração na programação original, fica sujeita ao pagamento de direitos autorais (execução pública) para cada forma de transmissão (radiodifusão e internet), ou seja, paga-se duas vezes, por serem consideradas na referida decisão modalidades diferentes de transmissão e, também, pelo fato de que a abrangência alcançada pela internet é muito maior do que pelo sistema de radiodifusão, atingindo públicos diferentes.

2.1.2 *On-demand Webcasting*

Há, atualmente, algumas plataformas digitais e sites na internet que oferecem ao usuário, um catálogo de músicas para serem ouvidas 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).

A plataforma digital pioneira no fornecimento de acesso à música via *streaming*, foi o *Spotify*, que foi lançado em outubro de 2008 pela empresa sueca Spotify AB e aos poucos foi ampliando sua atuação para

diversos países. Atualmente o *Spotify* encontra-se disponível em 65 países, incluindo, desde 2014, o Brasil. A plataforma possui um catálogo com mais de 35 milhões de músicas, disponíveis para seus usuários (SPOTIFY, <<https://newsroom.spotify.com/companyinfo/>>).

Atualmente existem diversas outras plataformas digitais que fornecem acesso à música por meio do *streaming*, com modelos de negócio parecidos com o *Spotify*, como por exemplo o *Deezer*, o *Napster* (em seu formato atual), *Google Play*, *Apple Music*, entre outras. A primeira plataforma de *streaming* de músicas a chegar no Brasil foi o *Rdio*, lançado em 2011, mas que encerrou suas atividades em 2015. Posteriormente, chegaram ao Brasil o *Deezer* em 2013 e o *Spotify* em 2014.

Grande parte das plataformas digitais de *streaming* de música trabalham com o sistema denominado *freemium*, isto é, fornecem uma modalidade de acesso gratuito e outra modalidade *premium*. Na modalidade gratuita, quando disponibilizada, o usuário fica sujeito a anúncios publicitários entre as músicas e, também, com algumas limitações de funcionalidades. Já na modalidade *premium*, os usuários ficam livres de publicidade e possuem alguns serviços adicionais, como por exemplo, a possibilidade de escutar músicas *offline*, entre outras comodidades (Kischinhevsky; Vicente; De Marchi, 2015, p. 307)

Ainda, normalmente as plataformas de *streaming* também permitem a interação entre os usuários, como uma espécie de rede social. Nesse sentido, é possível criar e compartilhar *playlists*, navegar pelas coleções de músicas de amigos, artistas e celebridades e segui-los e, até mesmo criar uma estação de rádio, acessível aos outros usuários. Tudo isso viabiliza sejam cultivados novos laços sociais (KISCHINHEVSKY, M.; VICENTE, E.; DE MARCHI, L, 2015, p. 305)

Assim, percebe-se que a evolução tecnológica que permitiu o acesso às obras intelectuais, por meio das plataformas digitais de *streaming*, implica em uma transformação em uma série de práticas sociais e culturais, gerando, inclusive, novos hábitos de consumo dentro de um contexto de reconfiguração do próprio modelo de negócio envolvendo a música. Consequentemente, alteram-se também as formas e possibilidades de recebimento e distribuição de Direitos Autorais.

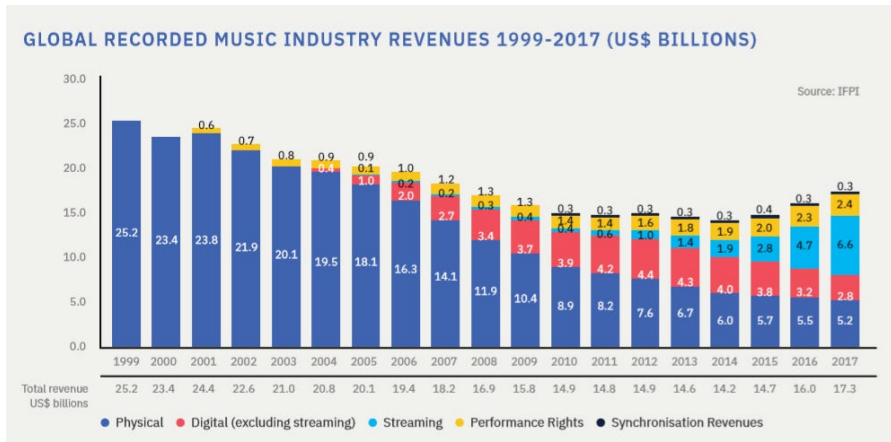
Todas estas alterações provocadas pela popularização dos serviços de *streaming* na música, geram alguns fenômenos interessantes e de grande relevância, tanto do ponto de vista social e cultural, como do ponto de vista econômico. Um dos fenômenos observados é que a disponibilização gratuita da música (com suporte na publicidade) ou a preços acessíveis, permite uma maior disseminação das obras intelectuais musicais, o que vai ao encontro dos interesses sociais da sociedade contemporânea, de acesso à cultura e informação. Outro fenômeno que advém a partir do desenvolvimento dos serviços de *streaming* é a superação ou, ao menos, diminuição da preocupação por parte das indústrias da música e autores com o compartilhamento e *downloads* ilegais de músicas por redes *P2P* ou sites na internet.

Isso porque, parte das plataformas digitais fornecem acesso gratuito às obras intelectuais ou por um custo acessível e, ainda, sem a necessidade de realização de *downloads* de arquivos que ocuparão espaços nos dispositivos (computador, notebook, smartphone, tablet) usados para executar as músicas. Portanto, há uma migração natural daqueles usuários de redes *P2P* ou de sites de *download* ilegal de músicas, para as plataformas de *streaming*.

A partir desse fato, outro fenômeno que se apresenta é que os serviços de *streaming*, com o crescimento do número de usuários, vão gradativamente aumentando a sua arrecadação com as assinaturas e publicidade e, com isso, majorando os valores a serem distribuídos a título de Direitos Autorais. Em regra, a partir da análise do funcionamento das principais plataformas digitais, verifica-se que do total arrecadado com as assinaturas e publicidade, 70% são distribuídos a títulos de Direitos Autorais (a serem divididos entre titulares dos Direitos Autorais e dos direitos conexos e eventuais outros intermediários), de forma proporcional com o número de acessos de cada obra e 30% do faturamento fica com as plataformas digitais.

Outro fenômeno, vinculado aos demais citados é o processo de recuperação da indústria musical. Isso porque, os valores arrecadados com os serviços de *streaming* têm servido para reerguer o mercado musical, cujas receitas, oriundas principalmente da venda de discos e de *downloads* vinham

anualmente sofrendo quedas, conforme demonstra o gráfico abaixo:



Fonte: IFPI - Global Music Report 2018 (<<http://www.ifpi.org/downloads/GMR2018.pdf>>).

O gráfico apresenta claramente, também, o impacto das novas tecnologias na economia da música, demonstrando a diminuição ao longo dos anos, das receitas oriundas com os suportes físicos (*Physical*), e, por outro lado, o aumento das receitas com a música no ambiente digital (*downloads* e *streaming*). Ademais, o gráfico demonstra ainda que a partir de 2015 a indústria da música começa a retomar o crescimento, sendo que este fato está diretamente ligado com o aumento das receitas oriundas do *streaming*, que já superou as receitas com os suportes físicos.

Todavia, muito embora os números apresentados demonstrem que os resultados econômicos vem se tornando cada vez mais positivos para as partes envolvidas nesse contexto do mercado musical, um fato que é objeto ainda de preocupação é que o autor, o verdadeiro criador da matéria prima que movimenta todo esse setor econômico, acaba, em grande parte dos casos, não vendo os resultados positivos do mercado musical sendo refletidos em uma remuneração adequada para si, ficando a maior fatia dos valores com intermediários.

Existem vários fatores que podem influenciar na baixa remuneração recebida pelos autores, entre eles a existência de contratos abusivos com

editoras e gravadoras, o processo de reintermediação entre o autor e o consumidor, falta de transparência nos dados geradores da remuneração, entre outros.

3. DIREITO DE ACESSO ÀS OBRAS INTELECTUAIS E O APARENTE CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há muito tempo existe uma discussão que paira no âmbito dos Direitos Autorais e gira em torno de dicotomia “maior proteção” ao autor *versus* “maior acesso” às obras intelectuais para a sociedade. O tema que sempre foi polêmico, especialmente por envolver conflitos entre interesses individuais e coletivos, tornou-se ainda mais controverso a partir do surgimento e evolução das novas tecnologias, sobretudo da internet e do conseqüente advento de um novo modelo social, denominado de Sociedade da Informação, que tem seu fundamento baseado no conhecimento, na pesquisa, na fácil acessibilidade, compartilhamento e utilização da informação.

Nessa nova era, a partir da possibilidade de digitalização da informação permite-se à sociedade transpor fronteiras de conhecimento e informação nunca pensadas. “A informação em meio digital pode ser reproduzida instantaneamente, com perfeita exatidão, sem esforço significativo” (ADOLFO, 2008, p. 245) e de forma barata, quando não gratuita. Neste contexto, o compartilhamento do conhecimento e da cultura passa a constituir uma das principais bases da inovação e da construção de outros novos conhecimentos.

Com efeito, a internet diminuiu de forma fantástica as barreiras de espaço e tempo, promovendo o desenvolvimento da Sociedade da Informação que, como já referido, tem seu fundamento baseado no conhecimento, na pesquisa, na fácil acessibilidade, na colaboração, no compartilhamento e utilização da informação (WACHOWICZ, 2008).

Contudo, este progresso tecnológico, tendo em vista permitir uma maior acessibilidade e rapidez aos bens intelectuais, provoca, “um *tsunami* no Direito Autoral” (ADOLFO, 2008, p. 227), evidenciando, assim, um

aparente cenário de conflituosidade e de difícil solução, em que de um lado tem-se o autor, que requer a tutela sobre as suas criações, para que possa receber a remuneração pela utilização dos bens provenientes de seu intelecto, inclusive como meio de incentivo à criação; de outro lado tem-se a coletividade que pretende continuar a se beneficiar das tecnologias ora existentes para fins de acesso e difusão da informação e do conhecimento, como meio de promoção do desenvolvimento da sociedade como um todo.

Destaca-se que o aparente conflito citado, se dá entre Direitos Fundamentais. Isso porque, de um lado, a proteção ao autor encontra-se presente no inciso XIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, quando prevê que ao autor é concedido o “direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”, conferindo-lhe ainda o direito de fiscalização sobre a utilização econômica das obras que criar ou em que participar da criação.

Por outro lado, o acesso às obras intelectuais pode ser fundamentado constitucionalmente, nos direitos de acesso à Educação, Cultura e Informação. A tutela constitucional o Direito à Educação está expressamente prevista na Carta Magna, mais especificamente, no rol dos direitos sociais do artigo 6º, que, combinado com o artigo 205, o eleva ao nível dos Direitos Fundamentais. No que se refere ao Direito Fundamental à Cultura, verifica-se que o mesmo foi arrolado também no artigo 6º da Constituição Federal como espécie de direito social. Já quanto ao Direito Fundamental à informação, este encontra-se previsto no art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal de 1988.

Logo, o que denota, de fato, é uma colisão entre Direitos Fundamentais. Assim, por um lado, os Direitos à Cultura, Educação e Informação, embora gozem da condição de Direitos Fundamentais, e mesmo que tutelem interesses coletivos, isto não significa que devam sempre se sobrepor a eventuais outros direitos em conflito, como no caso do Direitos Autorais.

De outro lado, a fundamentalidade e a proteção legal reconhecida ao Direitos Autorais, da mesma forma não representa que este direito seja absoluto. Muito pelo contrário, pois assim como outros institutos de direito privado, como a propriedade, o contrato e a empresa, os Direitos

Autorais também devem cumprir uma função social. Isso significa dizer que a proteção dos Direitos Autorais deve estar em harmonia com os interesses sociais e coletivos. Inclusive, nesse sentido Hammes (1998, p. 76/77) refere que “juntamente com a aceitação do Direitos Autorais, desenvolveu-se o reconhecimento de que o mesmo está sujeito igualmente a uma vinculação social. Em nome do interesse comum, o autor deve tolerar restrições aos seus direitos”.

Tanto não é absoluto que algumas formas de utilização das obras intelectuais não entram no âmbito da proteção dos Direitos Autorais, ou seja, são de uso livre. Tais possibilidades encontram-se dispostas no artigo 46 da Lei 9.610 de 1998. Entretanto, a Lei de Direitos Autorais (LDA), no referido artigo 46, enumera de forma taxativa estas limitações e exceções aos direitos autorais, quando o mais adequado do ponto de vista da função social dos Direitos Autorais seria que houvesse um rol aberto de limitações.

Percebe-se, portanto, que todo o sistema de proteção dos Direitos Autorais se baseia ainda na tutela do autor e na não utilização de sua obra, exceto mediante expressa autorização legal ou com seu consentimento. Para sustentar esta posição, tem-se como principal fundamento a importância de munir o autor de mecanismos de proteção à suas criações, de modo a permitir que seja o autor devidamente remunerado e possa, com isso, seguir estimulado para continuar produzindo intelectualmente (LEMONS; BRANCO JUNIOR, <<http://hdl.handle.net/10438/2796>>).

Com isso, sobretudo considerando o avanço tecnológico representado principalmente pelo advento da Internet e o grande valor que a informação e a cultura passam a agregar para o desenvolvimento da sociedade como um todo, surge no cenário contemporâneo a necessidade de uma reavaliação acerca dos Direitos Autorais como um todo, especialmente no que tange as suas limitações e exceções, pois atualmente elas podem se mostrar insuficientes para que se estabeleça o tão buscado equilíbrio de direitos, sob a ótica da função social do Direitos Autorais.

Isto é, se as limitações se mostravam insuficientes no padrão antigo de suportes materiais das obras, quem dirá agora, com a as inúmeras possibilidades digitais.

Do ponto de vista específico das obras intelectuais musicais, a história recente demonstra o quão distante a Lei de Direitos Autorais esteve da realidade das práticas sociais, sobretudo, a partir do MP3, do desenvolvimento da Internet e do surgimento das redes *P2P*. Todavia, no âmbito da música, aparentemente desenha-se uma solução para o conflito entre a tutela dos Direitos Autorais, sobretudo do direito de remuneração *versus* o direito de acesso às obras intelectuais pela sociedade, o que ocorre por meio de novas tecnologias e serviços daí decorrentes.

Assim, se a tecnologia agudizou os conflitos entre Direitos Autorais e direitos de acesso, vem ela agora, ao menos no âmbito das obras musicais, estabelecer caminhos para uma harmonia entre os interesses aparentemente conflitantes. Nesse sentido, é possível traçar três principais momentos históricos a partir da tecnologia digital, no que tange ao conflito entre os Direitos Autorais e o direito de acesso às obras intelectuais musicais.

No primeiro momento, a partir do lançamento do CD, tem-se uma situação de grande controle por parte dos titulares de Direitos Autorais, especialmente de gravadoras e editores, sobre as obras vendidas, bem como uma alta lucratividade com a comercialização de músicas, muito embora se saiba que, via de regra, a rentabilidade se concentrava nos intermediários da indústria da música e apenas a fatia menor de fato chegava ao autor.

Portanto, nesse primeiro período, o direito de remuneração dos titulares de Direitos Autorais pela exploração das obras intelectuais, em regra era alcançado, pois o mercado musical gerava grande lucratividade. Por outro lado, pode-se considerar que o acesso às obras musicais era limitado, pois o valor do CD, que era o suporte que reinava à época, era considerado alto, o que representava, portanto, uma limitação do acesso à música. Isto é, tinha-se a remuneração (dos titulares dos Direitos Autorais), por um lado, mas a limitação ao acesso, de outro lado.

No entanto, dois fatores vinculados a evolução da tecnologia e da internet mudaram um pouco este cenário e, portanto, abrem o segundo período na relação entre os Direitos Autorais *versus* acesso às obras musicais. Esses fatores, que remontam ao final dos anos 90, são:

o aumento do mercado de cópias ilegais de CDs e DVDs (venda de cópias ilegais de álbuns musicais); e o surgimento das redes *P2P* para compartilhamento de músicas na internet.

A venda de cópias ilegais de CDs de música, teve um grande e contínuo crescimento a partir de 1998, afetando gravemente a indústria da música. Com o uso de gravadores adquiridos a baixo custo ou por meio de computadores, tornou-se fácil a realização de cópias de CDs, com a manutenção da qualidade do conteúdo copiado. Destaca-se que os CDs “piratas” são vendidos a um custo muito menor do que os originais, o que é totalmente viável no âmbito deste negócio, já que em todo o seu processo de produção e venda, não são pagos tributos, direitos trabalhistas e direitos autorais.

Nesse sentido, a cópia ilegal de CDs, distribuição e venda dos mesmos, transformou-se em um mercado próprio, com alta lucratividade e na sua grande maioria capitaneado por organizações criminosas.

Destaca-se, que o valor consideravelmente menor das cópias ilegais, é um dos principais fatores que levam os consumidores a adquirirem ao invés de comprar o produto original³. Portanto, entende-se que o alto custo de aquisição de CDs e DVDs originais, pode servir como limitador ao acesso àquela população mais pobre, que, conseqüentemente, acaba se valendo das cópias “piratas” por preço equivalente ou menor do que um terço do valor do produto original.

Por sua vez, o compartilhamento de músicas por redes *P2P* surge também no final dos anos 1990, inicialmente com o *Napster* e se desenvolve rapidamente no início dos anos 2000, com o surgimento de diversos outros sistemas de compartilhamento. Essa forma de acesso e distribuição de obras musicais, por meio da internet, saiu do âmbito das possibilidades de controle por parte das indústrias da música, que sofreram ano pós ano com grande queda de suas receitas, já que a venda de CDs foi gradativamente caindo.

3 Conforme pesquisa realizada pela Fecomércio RJ/Ipsos, no ano de 2017 sobre o consumo de produtos piratas no Brasil, 97% das pessoas que consomem produtos piratas, apontam como a principal justificativa para isso, o preço reduzido (FECOMÉRCIO RJ, 2017. Disponível em: <http://www.fecomerciorj.org.br/sites/default/files/fecomerciorio/files/pagina_arquivo/relatcrio_pirataria.pdf>.)

Por outro lado, não há como negar que com o aumento da “pirataria”, e sobretudo com a popularização do compartilhamento de músicas pela internet nas redes *P2P*, há uma grande abertura para o acesso da sociedade às obras musicais. Isso porque aquela grande fatia da população, que tinha poucas condições financeiras de adquirir os CDs originais, passa a ter a possibilidade de acesso a um número quase que ilimitado de músicas, em proporções nunca imagináveis anteriormente. E mesmo àqueles que tinham condições de compra dos CDs, as possibilidades de acesso, a partir da internet, são infinitamente multiplicadas.

Portanto, este segundo período da relação entre tutela dos Direitos Autorais *versus* acesso às obras, é caracterizado pelo amplo acesso às obras intelectuais, todavia com grandes restrições e prejuízos aos Direitos Autorais, sobretudo, no que tange ao direito de remuneração pela exploração das obras musicais.

Por fim, o terceiro e último período inicia-se em 2008, com o surgimento da primeira plataforma digital de *streaming* de músicas, o *Spotify*. Este novo momento, pode ser caracterizado pela mudança no modelo de negócios envolvendo o mercado da música, mais adaptado a realidade das práticas sociais e de consumo contemporâneos.

Percebe-se que em um contexto social e econômico em que as pessoas buscam mais o acesso ao invés da posse e propriedade, a tecnologia *streaming* caiu como uma luva. Além disso, esse novo modelo de negócios, ao considerar que com as tecnologias digitais o processo de produção e distribuição das obras musicais reduziu consideravelmente, passa a fornecer o acesso às músicas por um preço acessível a quase todos ou até mesmo de forma gratuita.

O *Spotify*, por exemplo, possui as duas modalidades de assinatura disponíveis (gratuita e *premium*), sendo que a opção paga (*premium*) custa R\$ 16,90 mensais e, ainda há uma opção com desconto para estudantes, que custa R\$ 8,50 mensais (SPOTIFY, <<https://newsroom.spotify.com/companyinfo/>>).⁴

⁴ As outras plataformas de streaming possuem condições e valores muito semelhantes. A título de exemplo, o Deezer, que fornece a modalidade gratuita também, cobra os mesmos R\$ 16,90, na assinatura premium; a Apple Music não possui versão gratuita, mas os valores das assinaturas são iguais ao do Spotify; já o TIDAL também não oferece

Portanto, mesmo considerando a assinatura da versão *premium* disponibilizada pelas plataformas digitais, o valor cobrado é de tal forma acessível que se equipara, aproximadamente, ao valor de dois CDs “piratas”, no entanto, proporciona o acesso, de forma legal a catálogos de mais de 40 milhões de músicas. Este novo modelo de negócios tem sido responsável por reerguer a indústria da música.

Sendo assim, percebe-se que o modelo de negócios proposto pelas plataformas de *streaming*, acaba gerando um equilíbrio antes nunca alcançado na relação entre a tutela dos Direitos Autorais *versus* o acesso às obras musicais, porquanto permite, de um lado, amplo acesso da sociedade as obras musicais, de forma gratuita ou quase gratuita e, por outro lado, garante a remuneração dos titulares de Direitos Autorais com base no número de acessos recebidos pelas músicas.

4. CONCLUSÃO

Não há dúvidas que o desenvolvimento tecnológico é parte fundamental de um processo de transformações sociais, econômicas e culturais. Nesse contexto as relações e práticas sociais, as formas de consumo, os modelos de negócios, entre vários outros elementos inerentes à sociedade, alteram-se de forma considerável. Ocorre que o direito nem sempre consegue acompanhar ou adaptar-se a estes processos de mudança, o que pode gerar, portanto, conflitos entre atores sociais ou, ainda, a inadequação em relação a novas formas de comportamento social.

Este cenário de conflitos e inadequações é claramente perceptível a partir da análise histórica do surgimento de novas tecnologias aplicadas na reprodução, execução, distribuição, compartilhamento e exploração econômica das obras musicais. Há sobretudo, dentro da análise realizada no presente trabalho, uma relação de aparentemente conflitualidade entre os Direitos Autorais, especialmente, do direito de remuneração dos titulares pela exploração das músicas com o direito da sociedade de acesso as estas obras intelectuais, como forma de concretização dos direitos de acesso à educação, cultura e informação.

Essa histórica relação conflituosa entre a tutela dos direitos autorais versão gratuita, mas cobra os mesmos R\$ 16,90 pela assinatura mensal, sem oferecer, no entanto, plano para estudantes.

versus o direito de acesso da sociedade às obras musicais, sofreu mudanças ao longo do tempo, vinculada à emergência de novas tecnologias. Essas mudanças, podem ser divididas em três principais períodos:

- a) Primeiro período = preponderância da remuneração dos titulares dos Direitos Autorais: Modelo econômico baseado na venda de LPs e especialmente CDs, com alta lucratividade por parte da indústria da música, mas, por outro lado, dificuldades de acesso às obras musicais pela sociedade, diante do alto custo dos CDs e também da limitação de músicas no suporte físico;
- b) Segundo período = preponderância do acesso: Crescimento da pirataria e surgimento das redes *P2P* para o compartilhamento de músicas na internet. Período caracterizado pelo amplo acesso às obras intelectuais pela sociedade, mas, por outro lado, de acúmulo de prejuízos da indústria da música pela diminuição na venda de CDs que ainda era o principal modelo econômico praticado.
- c) Terceiro período = equilíbrio entre remuneração dos titulares dos Direitos Autorais e acesso às obras intelectuais: modelo de negócio baseado nas plataformas de *streaming*, que fornecem acesso a milhões de músicas de forma gratuita ou quase gratuita, ao mesmo tempo geram remuneração aos titulares dos Direitos Autorais.

Portanto, é possível concluir que os modelos de negócio baseados no *streaming*, tem um grande potencial, como nunca antes visto, para o equilíbrio entre os direitos conflitantes, justamente por permitir o acesso a um acervo musical gigantesco gratuitamente ou com baixo custo, ao mesmo tempo que gera remuneração a título de Direitos Autorais. Todavia, existe um problema que tem sido recorrente ao longo da história dos Direitos Autorais musicais e que, com o surgimento dos serviços de *streaming* ainda se mantém, que é o fato de que o autor, o verdadeiro criador das obras musicais, não é remunerado de forma compatível com a importância de seu trabalho, pois a fatia maior fica na mão dos intermediários. Este tema, no entanto, merece maior análise, o que será feito em trabalhos posteriores.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

ALGARDI, Zara Olivia. La tutela dell'operadell'ingegno e il plagio. Padova: CEDAM, 1978.

BANDEIRA, Messias Guimarães. Construindo a Audioesfera: as tecnologias da informação e da comunicação e a nova arquitetura da cadeia de produção musical. 2004. 215 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Cultura Contemporâneas) - Universidade Federal da Bahia, Salvador – BA, 2004.

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

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 15 mai. 2018.

BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em 15 mai. 2018.

BRASIL. LEI Nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em 15 mai. 2018.

CASTRO, José de Almeida. História do rádio no Brasil. Disponível em: <<https://www.abert.org.br/web/index.php/quemsomos/historia-do-radio-no-brasil>>. Acesso em 30 mai. 2018.

DEAZLEY, Ronan. **Commentary on *Bach v. Longman* (1777)**, in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, 2008. Disponível em: <www.copyrighthistory.org>. Acesso em: 14 ago. 2018.

FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – FECOMÉRCIO RJ. Pirataria: Consumidor brasileiro. 2017. Disponível em: <http://www.fecomercio-rj.org.br/sites/default/files/fecomercio-rio/files/pagina_arquivo/relatorio_pirataria.pdf>. Acesso em 17 de maio de 2018.

FRANCISCO, P. A. P; VALENTE, M. G. Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2016

IFPI - Global Music Report, 2018. Disponível em: <<http://www.ifpi.org/downloads/GMR2018.pdf>>. Acesso em 02 jun. 2018.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001, p. 49

HAMMES, Bruno Jorge. O direito de propriedade intelectual – subsídios para o ensino. 2. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998.

HANNON, Tim. What is “Streaming” and What Does it Mean?, 2012. Disponível em: <<https://soundsupport.biz/2012/02/13/what-is-streaming-and-what-does-it-mean>>. Acesso em 02 de jun. de 2018

JANOTTI, Jeder. Da Canção ao Mundo Digital: formatos de áudio, formatos técnicos e fruição no mundo da música. Artigo apresentado no I Musicom. São Luís. 2009. Disponível em [http:// www.midiaemusic.ufba.br/](http://www.midiaemusic.ufba.br/)

KISCHINHEVSKY, M.; VICENTE, E.; DE MARCHI, L. Em busca da música infinita: os serviços de streaming e os conflitos de interesse no mercado de conteúdos digital. Revista Fronteiras - estudos midiáticos. v. 17.n. 3, p. 302-311, set/dez. 2015. Doi: 10.4013/fem.2015.173.04

LEITÃO, Luís Manoel Teles de Mendes. Direitos Autorais. Coimbra: Almedina, 2011.

LEMONS, Ronaldo; BRANCO JUNIOR, Sérgio Vieira. Copyleft , Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2796?show=full>> Acesso em: 22 mai. 2018.

LÉVY, Pierre. As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 2004.

LUINI, Jon R; WHITMANN, Allen E. Streaming audio: theFezGuysguide. New RidersPublishing: Indianopolis, 2002.

MALLMANN, Querino. O direito do autor sobre a exploração econômica da obra. PIDCC, Aracaju, Ano I, Edição nº 01/2012, p. 302-313, out/dez. 2012.

MORAES, Rodrigo. Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NEGRESIOLO, Letícia. Como o mimeógrafo influenciou movimentos culturais. Revista Galileu, ago. 2016. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Caminhos-para-o-futuro/Desenvolvimento/noticia/2016/08/ha-140-anos-thomas-edison-recebia-patente-do-mimeografo.html>>. Acesso em 22 mai. 2018.

PAIVA, Jose Eduardo Ribeiro de. Direito autoral, MP3 e a nova indústria da música. Logos. v.18, n. 2, p. 31-42. 2º semestre, 2011.

PAIVA, José Eduardo Ribeiro de. Da pirataria ao streaming: discutindo novas relações entre artistas e o mercado fonográfico. Revista GEMInIS, São Carlos, UFSCar, v. 8, n. 1, p.115-125, jan./abr. 2017.

PARANAGUÁ, P.; BRANCO, S. Direitos Autorais. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* Tradução de Ivete Braga. Rio de Janeiro. José Olympio Editora, 1973.

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.

REIS, Jorge Renato dos. Os fundamentos teórico-constitutivos dos Direitos Autorais e a eficácia dos seus contratos no ordenamento jurídico brasileiro. Tese de doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2003.

SANTOS, Manuella. Direito autoral na era digital. Impactos, controvérsias e possíveis soluções. 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SPOTIFY. Apresente Informações gerais sobre a empresa e sobre a plataforma digital. Disponível em: <<https://newsroom.spotify.com/companyinfo/>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

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

VALENTE, Mariana Giorgetti. Por dentro do mercado de música digital no Brasil. In: _____; FRANCISCO, P. A. P. (Org.). Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016.

GUMES, Nadja Vladi Cardoso. **O Admirável mundo da tecnologia musical** - Do fonógrafo ao MP3, a funcionalidade do gênero para a comunicação da música. Revista Ciberlegenda, Niterói, v. 2, n. 24, p. 37-49, 2011.

WACHOWICZ, Marcos. **Direito fundamental do autor**: tensão constitucional entre a propriedade intelectual e o direito à liberdade de informação dos bens informáticos. Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Contracting Parties: Berne Convention. <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15>. Acesso em: 13 mai 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Direitos Autorais em perspectiva histórica. Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 63, p. 15-24, mai/ago. 2014.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo IX Direito de Autor e transformações tecnológicas

**TÍTULO:
OS SERVIÇOS DE STREAMING E
OS MODELOS DE CONSUMO NOS
MERCADOS DA MÚSICA, VÍDEO E
EDITORIAL**

Leonardo Morel



TÍTULO - OS SERVIÇOS DE STREAMING E OS MODELOS DE CONSUMO NOS MERCADOS DA MÚSICA, VÍDEO E EDITORIAL

Leonardo Morel¹

RESUMO

O advento de serviços multimídia para computadores pessoais e dispositivos móveis vem modificando a forma como as pessoas consomem música, filmes, livros, séries e programas de TV. O consumidor passou a escolher o que assistir, ouvir e ler em qualquer hora e lugar por meio do *streaming*. Um dos principais desafios dos agentes que atuam nesse mercado é atrair a atenção do consumidor em meio a inúmeras opções de entretenimento online. Para serem bem sucedidas, as empresas vem adotando estratégias de aprisionamento (*consumer lock-in*) para reter novos clientes, oferecendo-lhes produtos e serviços de forma exclusiva. Embora ainda esteja cedo para conclusões definitivas, observa-se nestes mercados uma forte tendência a concentração e internacionalização, dadas as oportunidades para geração de economias de rede.

Palavras-chaves: streaming, consumo, acesso

1 Mestre em Políticas Públicas pelo Instituto de Economia da UFRJ (PPED/IE/UFRJ), pesquisador do INCT Proprietas, pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Culturais (NEDAC) pesquisador adjunto do Laboratório de Economia Criativa da ESPM-RJ, autor dos livros “Música e tecnologia” (Azougue, 2010) e “Monobloco: uma biografia” (Azougue 2015) e analista do mercado latino-americano de música e vídeo da empresa inglesa de consultoria Midia Research.

1 - INTRODUÇÃO

O advento de serviços multimídia para computadores pessoais e dispositivos móveis, como Spotify, Netflix, Deezer, Kindle, entre outros, vem modificando a forma como as pessoas consomem música, filmes, livros, séries e programas de TV. O consumidor passou a escolher o que quer assistir, ouvir e ler em qualquer hora e lugar, sem a necessidade de seguir uma grade de programação. A transmissão de conteúdo multimídia por meio da Internet popularizou-se mundialmente sob a denominação de *streaming*, uma distribuição feita por pacotes de dados cujas informações são reproduzidas à medida que chegam ao usuário sem a necessidade de armazenamento nos equipamentos pessoais. A difusão dos formatos digitais de leitura também vem gerando novas formas de se consumir e publicar livros.

O *streaming* é uma inovação popularizada a partir do avanço das tecnologias digitais, especialmente do tripé formado pelo aumento de banda de conexão, a expansão da capacidade de armazenamento e do 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). Internet e música resultou em grandes desafios para a indústria fonográfica mundial. Apesar do crescimento no volume de receitas de música digital, a indústria fonográfica vem diminuindo significativamente nos últimos anos. Para atrair novos clientes e competir com outras formas de aquisição de música na rede, as gravadoras e os provedores de serviços de música on-line precisam descobrir quem são e como se comportam os seus clientes em potencial. O objetivo deste trabalho foi explorar e descrever características e comportamentos, não apenas dos usuários de música digital, mas também daquelas pessoas que querem pagar ou não querem utilizar, a fim de entender de forma mais ampla e segura o contexto desse mercado. A pesquisa contou com duas fases: a primeira procurou identificar características e comportamentos de usuários e não-usuários de acordo com a literatura e dados mundiais sobre o assunto. No segundo momento, foi realizada uma pesquisa quantitativa para mensurar

as variáveis que mais tarde serviram para descrever o perfil das pessoas que usam música digital. A coleta de dados foi realizada em redes sociais com auxílio da técnica “bola de neve”, em que, após preenchimento dos questionários, as pessoas indicavam outras a participar. Com isso, foram coletados 574 questionários. Através de técnicas estatísticas, foi possível descrever o perfil de usuários, não-usuários e pessoas com intenção de pagar pela música digital. Estas foram as principais descobertas deste estudo: 1. O 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. São serviços que facilitaram a fruição de bens culturais, como filmes e livros a partir da difusão de tecnologias digitais de distribuição e consumo. Tais tecnologias permitiram baixar os custos de reprodução de uma obra, facilitando sua difusão, mas, ao mesmo tempo, facilitando o acesso não autorizado. O custo para produzir um bem digitalizável pode ser substancial, mas sua reprodução se faz com custos marginais muito próximos a zero. Como os criadores das obras podem reproduzi-las livremente, outras pessoas também podem copiá-las, usando ferramentas disponíveis. Esse fenômeno é motivo de atrito entre os agentes do mercado editorial, musical e audiovisual. Como garantir as receitas quando não se tem mais o controle total sobre a fruição das obras em formato digital?

A difusão de inovações capazes de reproduzir bens culturais sempre gerou conflitos entre os agentes de mercado, principalmente entre proprietários de acervos (FRANCISCO; VALENTE, 2016). Com o lançamento dos gravadores de videocassete na década de 1970, as empresas de TV tentaram impedir por meios legais a cópia doméstica de programas alegando que isso provocaria o fim dessa indústria. Mas, o que se ocorreu foi a geração de novos mercados, como o aluguel de fitas e a geração de novos formatos de consumo.

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.

Este artigo analisa o processo de difusão dos serviços de *streaming* em produtos culturais, bem como a inserção de novos agente nesses mercados. Após examinar as características técnicas e econômicas do *streaming*, mostrarei como a difusão do serviço vem afetando as formas de produzir, distribuir e consumir música, vídeo e livros. Os efeitos são diferenciados segundo os agentes e estão promovendo a reorganização da estrutura dessas indústrias.

2 - O streaming, a tecnologia e o mercado

A tecnologia digital se desenvolve rapidamente, pois é fruto da manipulação de um universo científico relativamente abstrato que só encontra limites no próprio conhecimento humano. Já a sua difusão no mercado depende de fatores condicionantes técnicos, econômicos e institucionais que atuam tanto de forma positiva, no sentido de estimular a adoção, quanto negativa, restringindo seu uso (TIGRE, 2014).

A tecnologia do *streaming* é uma cadeia de transmissão dividida em três partes: emissão, canal e recepção. Na emissão, o conteúdo passa por um processo de codificação e compressão para que possa ser transmitido. Em seguida, os dados são transmitidos em forma de protocolos para que sejam decodificados pelo receptor que pode ser um dispositivo eletrônico capaz de decodificar conteúdo multimídia, como, por exemplo *smartphones*, ou *softwares* capazes de reproduzir esse conteúdo, como os serviços de *streaming* de música (VERÍSSIMO, 2015).

A tecnologia de *streaming* foi desenvolvida na década de 90, mas não se difundiu imediatamente por conta da baixa velocidade das conexões com a Internet que não permitia o carregamento instantâneo. Os vídeos travavam muito e frequentemente eram exibidos com baixa qualidade. Com o advento da conexão de banda larga a tecnologia passou a ganhar mais espaço.

Os serviços de *streaming* são normalmente divididos em interativos (*on demand*) e não interativos. Na primeira modalidade, o usuário escolhe o que quer ouvir, em oposição ao formato contínuo tradicional da web

radio ou TV. O acesso às músicas e vídeos é randômico e assíncrono, pois a transmissão de uma obra específica inicia-se quando o usuário determina. Apesar de usar a tecnologia de *streaming* o modelo não interativo adotado pelas rádios online não apresenta um produto conceitualmente diferente das rádios em geral (FRANCISCO; VALENTE, 2016).

O desenvolvimento e a difusão de tecnologias como *machine learning* e *big data* vêm contribuindo para aprimorar os serviços digitais de consumo de vídeo, música e livros. Os algoritmos da Amazon, por exemplo, vêm aperfeiçoando gradativamente seus sistemas de recomendações baseando-se no comportamento de cada usuário. O sistema de recomendação “*Because you watched*”, do Netflix, utiliza uma tecnologia que verifica e indica vídeos baseados na similaridade entre os algoritmos (HUANG; RUST, 2018) constituting a major source of innovation, yet threatening human jobs. We develop a theory of AI job replacement to address this double-edged impact. The theory specifies four intelligences required for service tasks—mechanical, analytical, intuitive, and empathetic—and lays out the way firms should decide between humans and machines for accomplishing those tasks. AI is developing in a predictable order, with mechanical mostly preceding analytical, analytical mostly preceding intuitive, and intuitive mostly preceding empathetic intelligence. The theory asserts that AI job replacement occurs fundamentally at the task level, rather than the job level, and for “lower” (easier for AI).

Do ponto de vista da produção de conteúdo, tecnologias baseadas na inteligência artificial estão mudando as formas de se produzir, distribuir e consumir bens culturais. Existem *softwares* capazes de escrever roteiros de filmes com base em especificações pré-estabelecidas (ANDRÉ et al., 2017). No campo da música, ferramentas de reconhecimento de áudio vêm aprimorando a identificação de composições executadas online e ao vivo. Plataformas de mensagens automatizadas vêm melhorando a comunicação e interação entre os artistas e o público e ferramentas de criação automatizada já permitem compor músicas com base em critérios previamente especificados (COOKE, 2018).

O desenvolvimento de tecnologias como a conexão de banda larga e a computação em nuvem, conjugadas à disseminação dos *smartphones*,

permitiu o desenvolvimento dos serviços de *streaming*. A possibilidade de acessar um determinado acervo sem a necessidade de sua posse e/ou armazenamento popularizaram os novos serviços e tornaram obsoletos os formatos de consumo pré-existentes.

A queda do número de assinantes da TV paga mostra a nova direção assumida pela tecnologia. Essa queda só não é maior em função de canais especializados em jornalismo e esportes que oferecem uma atualização constante de conteúdo. No Brasil o crescimento do consumo de serviços de streaming observado é em parte atribuído ao fato do país não ter desenvolvido anteriormente um mercado de *download*. A pioneira Apple, ao lançar sua loja de música iTunes, dirigiu seus esforços de marketing para países de língua inglesa, mas não demonstrou interesse em adaptar suas estratégias às características de mercados mais periféricos. Isso levou os consumidores brasileiros a “pular” esse serviço passando diretamente ao *streaming* (MULLIGAN, 2015). Mas mesmo nessa nova modalidade faltou comunicação dos prestadores de serviços com os consumidores. Enquanto que em países como a Colômbia o termo *streaming* foi traduzido para *música en línea*, não houve a preocupação de abraçar o termo e muitas pessoas tiveram dificuldades para entender e até mesmo pronunciar.

Outra dificuldade é o baixo poder aquisitivo da população. O perfil socioeconômico requer que alguns serviços sejam oferecidos de forma gratuita, o que exige a complementação das assinaturas com receitas de publicidade. A competição com plataformas de acesso legal e gratuito, como o YouTube, torna a competição nesse mercado ainda mais acirrada.

No Brasil, as assinaturas pagas dos serviços de streaming concentram-se nas classes média e alta, tornando o consumo de música gravada no país primordialmente grátis (MULLIGAN, 2018a). Um dos principais desafios dos provedores é motivar o usuário a pagar para acessar música, livros ou vídeos em formato digital, pois é possível ter acesso gratuito na Internet.

O mercado da mídia gravada vem sendo transformado por um processo contínuo de inovações tecnológicas que modificam modelos de negócios, fomentam a inserção de novos agentes na cadeia produtiva e

mudam a estrutura da indústria. Chris Anderson (2006) argumenta que vivemos numa sociedade cada vez mais segmentada mercadologicamente, onde há mais nichos de mercado do que hits. Segundo a teoria da cauda longa, o avanço das tecnologias digitais abriu uma nova era de consumo em rede na qual a Internet absorve quase tudo, transmutando-se em loja, teatro e difusora, por uma fração mínima do custo tradicional (ANDERSON, 2006).

As tecnologias digitais de produção, divulgação e consumo de música e vídeo provocaram mudanças profundas nas características dos agentes que atuam no mercado de bens culturais. Na música ocorreu uma significativa diminuição do número de gravadoras (chamadas aqui de “empresas titulares de direitos autorais”) em função da queda progressiva das vendas de mídias físicas e do aumento dos meios de acesso não autorizado às obras. Os provedores dos serviços *streaming* são os novos intermediários da cadeia produtiva de produtos culturais gravados. A montante da cadeia produtiva eles negociam com empresas titulares de direitos, donos de catálogos e detentores de copyrights, para obter licenças de reprodução. A jusante, os provedores buscam atrair o maior número possível de assinantes para obter economias de rede. Por ser um bem não rival, os serviços de música, vídeo e textos podem ser distribuídos em massa a baixos custos, oferecendo vantagens ao consumidor.

O potencial de crescimento do consumo de serviços de *streaming* atraiu grandes plataformas, como Amazon e Google, provocando uma forte concentração no mercado. Trata-se de um ambiente de acirrada competição que demanda grandes esforços para obter economias de rede. Agentes de pequeno ou médio porte passaram a ter maiores dificuldades para entrar ou sobreviver no mercado.

A interação dos usuários com os formatos digitais de consumo de música, filmes e livros é realizada através de plataformas tecnológicas que agregam serviços a produtos e geram novos ecossistemas de negócios. Empresas que controlam essas plataformas não são necessariamente proprietárias de acervo necessitando assim de licenças para divulgar obras protegidas por direitos autorais. Empresas como Spotify e Deezer repassam uma significativa parte de suas receitas (cerca de 70%) às

empresas titulares de direitos autorais (TARAN, 2015). Na área de vídeo, o valor dos royalties estimula a produção própria de conteúdo, levando as grandes plataformas a verticalizar o controle sobre todas as etapas da cadeia produtiva: produção, distribuição e exibição (RUIZ, 2017). Por outro lado, empresas titulares de direitos autorais como a HBO lançam plataformas próprias levando o consumidor a fazer mais de uma assinatura caso queira ter acesso ao acervo de diferentes produtoras.

Plataformas digitais oferecem experiências de consumo customizadas através de sistemas de análise de audiência que usam *machine learning* para sugerir conteúdo personalizado (ANDRÉ et al., 2017). Informações sobre preferências dos usuários servem como insumo para oferecer serviços com maior valor agregado. Por exemplo, o serviço *Spotify for Artists* fornece relatórios a grupos musicais indicando quem, onde e quantas vezes a suas músicas foram ouvidas (“Spotify for Artists”, 2017). Com esses dados, é possível estruturar melhor o planejamento estratégico do trabalho musical, organizando a agenda de shows de acordo com o número de execuções em *streaming*. Esse conhecimento da demanda é cada vez mais importante na gestão de carreiras musicais.

Estratégias de aprisionamento do consumidor vem sendo implementadas por plataformas digitais para promover o consumo exclusivo de seus produtos e serviços. O ciclo de aprisionamento inicia-se com a seleção de uma marca por parte do consumidor. Depois vem a fase de experimentação quando o consumidor passa a usar de maneira ativa o produto escolhido e a usufruir de suas vantagens e incentivos. Na terceira fase, de “entrenchamento”, o consumidor torna-se habituado à marca, desenvolve preferências e faz investimentos complementares em acessórios e aprendizado, aumentando os custos de troca para outras plataformas (SHAPIRO; VARIAN, 1999). Para atrair o consumidor, empresas oferecem serviços gratuitos de degustação e descontos promocionais para estudantes e famílias. Algumas empresas buscaram parcerias com empresas de telefonia móvel para expandir sua base de usuários. No caso da música, as plataformas oferecem praticamente os mesmos catálogos, dificultando a diferenciação do serviço, como veremos a seguir.

3 - Música

Dentre as indústrias culturais, a música foi a mais impactada pelos avanços da tecnologia digital. Historicamente, o mercado musical é marcado por frequentes mudanças tecnológicas, resultando em conflitos entre os agentes da cadeia produtiva (FRANCISCO; VALENTE, 2016). Novos formatos geram custos de troca aos consumidores, mas proporcionam melhorias de conveniência, durabilidade e qualidade do som. A troca de LPS por CDs no final do século XX resultou em uma mudança radical das mídias, mas não alterou a forma de ouvir música (MOREL, 2010).

O uso das tecnologias digitais vem gerando novos hábitos de consumo e usuários ganharam mais opções de acesso a conteúdo por uma fração do custo de montar um acervo de CDs. O YouTube tornou-se uma das principais plataformas de acesso musical, oferecendo conteúdo gratuito. Por outro lado, o advento dos serviços de streaming tem gerado insatisfação em outros agentes como compositores, músicos e produtores, por conta da baixa remuneração recebida. Os artistas buscam compensar a queda nas vendas de CDs e DVDs com shows e os serviços de *streaming* são vistos como um canal para a experimentação musical e para atrair usuários para shows ao vivo.

Os serviços de *streaming* de música utilizam obras protegidas por direitos de autor, diferindo dos serviços de compartilhamento, como o Napster³, que proporcionava a troca de músicas em formato digital sem a prévia autorização dos detentores dos direitos. No Brasil, a lei que trata dos direitos autorais, vem sendo foco de grandes discussões desde o advento do consumo digital de música. O funcionamento desta indústria está intimamente ligado às entidades de cobrança e distribuição de direitos de autor e conexos. O modelo legal de sistema de gestão coletiva de direitos autorais foi muito afetado pelos serviços de *streaming*, implicando a ausência de consensos firmes sobre a natureza da exploração da música digital. A falta de suporte físico prejudicou a transparência e reduziu o valor de mercado da indústria musical (FRANCISCO; VALENTE, 2016).

3 Serviço de compartilhamento de música em formato digital lançado em 1999.

4 - Vídeo

Desde o final do século XIX, quando os irmãos Lumière inventaram o cinematógrafo, o mercado audiovisual registrou sucessivas inovações que impactaram fortemente sua estrutura. Do advento da TV à difusão dos serviços de vídeo sob demanda (SVODs⁴), observou-se uma série de mudanças nos modelos de negócio e formatos de consumo (IZZIO, 2009).

A evolução do conteúdo da TV para vídeo pode ser dividido em três fases de acordo com os modelos do negócio utilizados (MULLIGAN, 2017). A própria definição da mídia como vídeo ou TV reflete a tecnologia e as estratégias para a geração de receita. O que agora definimos como vídeo passou por um processo evolutivo em três estágios:

FASE 1	FASE 2	FASE 3
anos 30 aos 50	anos 50 a 2007	2007 - ?
TRANSMISSÃO ABERTA (BROADCASTING)	TV PAGA	SERVIÇOS DE VÍDEO SOB DEMANDA
O modelo de transmissão aberta de conteúdo, ou broadcasting é custeado exclusivamente pela publicidade, com exceção de canais públicos.	A introdução do modelo de assinaturas na TV gerou novas fontes de receitas e investimentos em conteúdos de nicho.	A difusão dos serviços de vídeo sob demanda impulsionou uma corrida à produção de acervos e novas formas de monetização.

Quadro 1 – Evolução do modelo de negócios do vídeo

4 SVOD ou Subscrição de Video On Demand é o nome dado aos serviços que consoante uma subscrição que implica o pagamento de um valor mensal fixo, dão aos utilizadores acesso ilimitado a um catálogo de programas que podem ser vistos na televisão, computador pessoal ou no tablet através da internet, em streaming, sem o download do conteúdo.

Fase 1 - Transmissão aberta, ou *Broadcasting*: foi marcada pela criação de um modelo publicitário para viabilizar a nascente indústria da TV. A publicidade assumiu a forma de patrocínio de programas específicos e os intervalos comerciais criaram oportunidades sem precedentes para entrar diretamente nas casas dos consumidores. O conteúdo de TV ofertado assumia que a demanda era homogênea, dividida em poucos segmentos como gênero e idade.

Fase 2 – Introdução das assinaturas: o desenvolvimento das tecnologias a cabo e via satélite fomentou a produção e distribuição de acervo financiado pela combinação do modelo de assinaturas e receitas da publicidade. Tal estratégia foi amplamente adotada pelas redes de TV, dando início à produção voltada para nichos.

Fase 3 – Serviço de Vídeo sob Demanda e o *binge-watching*⁵: os SVODs difundiram novos modelos de financiamento das produções. O acervo tornou-se um dos principais pontos de diferenciação entre os serviços e uma parte essencial da estratégia de atração e retenção de clientes. Os serviços de vídeo sob demanda permitem a distribuição direta de acervo ao consumidor sem a intermediação de empresas de telecomunicações que tradicionalmente controlavam os canais de distribuição. Os SVODs integrou a tríade produção-distribuição-exibição e promoveram a convergência entre a TV, o cinema e a Internet.

Uma das principais vantagens dos serviços de vídeo sob demanda é a autonomia e a liberdade dadas aos usuários para assistir e selecionar o acervo desejado. A conveniência de poder pausar e assistir a filmes e séries sem a inserção de publicidade caiu no gosto do consumidor e ajudou a popularizar tais serviços. Alguns consumidores ainda favorecem o formato tradicional da grade de programação da TV, pois preferem ligar e assistir ao que está passando sem terem de selecionar conteúdos específicos (JENNER, 2016).

Serviços como Netflix vêm optando por produzir e disponibilizar integralmente as temporadas de suas séries dando ao consumidor a autonomia de decidir quando, quanto e onde irá assistir a esse acervo. Nesse contexto, as redes sociais e fóruns especializados tornaram-se ambientes

5 Consumo excessivo de uma determinada produção.

de interação e debate entre os usuários e passaram a ser monitorados pelos serviços de vídeo como forma de mensurar a popularização das obras (MATRIX, 2014).

A melhoria da qualidade e o barateamento de equipamentos e software para gravações facilitou muito o acesso aos meios de produção permitindo que qualquer indivíduo possa produzir vídeos e gravar músicas (MOREL, 2010). Observa-se o surgimento dos youtubers: celebridades do Youtube que se tornaram populares principalmente entre as camadas mais jovens.

5 - LIVROS

O projeto do livro eletrônico foi esboçado após a Segunda Guerra Mundial pelo engenheiro norte-americano Vannevar Bush que esquematizou o projeto Memex. Tratava-se de um aparelho capaz de armazenar, editar e ser fonte de consulta de informações em resposta ao aumento do volume e do acúmulo de conhecimento humano. Bush também observou a necessidade de se criar novas formas de armazenamento da informação, visto que as prateleiras das bibliotecas possuíam espaços físicos limitados. Apesar do projeto não ter saído do papel, as ideias sugeridas para o Memex são bastante similares às funcionalidades dos atuais leitores digitais.

A difusão do livro digital gerou grandes reduções de custos aos agentes do mercado editorial, principalmente de reprodução. A primeira cópia abarca os custos de produção, edição e propriedade intelectual, mas seu custo marginal é próximo de zero. O livro digital não sofre a limitação dos estoques físicos das livrarias, aumentando as opções do consumidor (DOS REIS; ROZADOS, 2018).

Empresas do segmento de livros eletrônicos também adotam estratégias de aprisionamento do consumidor, por meio de assinaturas em plataformas digitais. Cada empresa possui seu próprio formato de livro digital, impedindo, por exemplo, que um livro comprado no formato Apple (iBook) possa ser lido no Kindle, da Amazon. Para esses agentes, não é interessante trabalhar com formatos universais de livros digitais uma

vez que isso os faria perder o controle da distribuição de seus catálogos. Por isso, investem na proteção de sistemas criptografados para evitar a difusão de cópias ilegais e utilizam ferramentas de inteligência de mercado para extrair informações capazes de captar tendências e demandas de consumo. Existem também plataformas abertas que permitem a leitura em vários softwares e equipamentos (MELLO et al., 2016).

O livro digital manteve a maioria das características do formato físico, agregando funcionalidades como a inserção de comentários, marcações de textos, controle do brilho, cor da tela e do tamanho da fonte. Serviços de acesso a livros digitais e audiobooks⁶, como *Srcibs*, *Playster* e *Amazon Kindle Unlimited* vêm competindo entre si e com os livros físicos que não deixaram de circular.

O acesso facilitado aos meios de produção e distribuição gerou uma crescente publicação de livros de forma independente, ou seja, sem a intermediação das editoras. A possibilidade do leitor de se autopublicar é um dos aspectos mais relevantes da difusão do livro digital. O processo de impressão sob demanda permite que se imprima os exemplares com base na quantidade demandada, viabilizando a produção em pequena escala.

O mercado do livro digital sofre a concorrência de outros formatos de entretenimento, como filmes e música. Um *tablet*, por exemplo, oferece diversas opções para assistir a filmes, ouvir música, navegar pelas mídias sociais ou ler livros digitais. Por este motivo, prender a atenção do consumidor tornou-se uma tarefa complexa e essencial para o êxito dos agentes do mercado digital de livros.

A difusão dos livros digitais pode fomentar o acesso à leitura e contribuir ao aumento da bibliodiversidade, gerando oportunidades aos agentes da cadeia produtiva do mercado editorial. Porém, ela também traz desafios aos gestores de políticas públicas em função dos conflitos entre o direito autoral e o direito de acesso à cultura. Se, por um lado, os agentes do mercado buscam controlar os canais de distribuição limitando o acesso às obras, o acesso à cultura, às artes, à memória e ao conhecimento é considerado um direito constitucional e condição fundamental para o exercício da cidadania (SOUZA, 2012).

6 Livro falado para pessoas com deficiência visual.

6 - Impactos na cadeia produtiva

As rápidas mudanças tecnológicas na indústria cultural vêm preocupando músicos, compositores, cineastas, autores literários, editoras, produtores, gravadoras, varejistas e consumidores. Eles se defrontam com grandes desafios e com a necessidade de mudar práticas consolidadas, mas há também oportunidades para empresas inovadoras que conseguem combinar novas tecnologias e modelos de negócios. Para analisar tais impactos, abordarei essas questões sob a ótica dos principais agentes dessa cadeia produtiva: os produtores e titulares de direitos das obras, os distribuidores e os consumidores.

6.1 - Produtores e titulares de direitos autorais.

Do ponto de vista dos produtores, as mudanças mais importantes são o acesso facilitado aos meios de produção, a incerteza da participação dos detentores de direitos nas receitas totais, o acesso aos canais de distribuição e a internacionalização do mercado. O barateamento do acesso aos meios produtivos gerou uma redução das barreiras a novos autores, compositores, músicos e produtores de vídeo, possibilitando que teoricamente qualquer indivíduo com motivações artísticas possa criar, registrar e divulgar sua própria obra. Hoje é economicamente viável montar um estúdio caseiro para gravar músicas ou produzir vídeos, contribuindo para a popularização da produção artística. A democratização dos meios de produção cultural gerou aspectos positivos, mas contribuiu para a informalização do mercado e para a precarização da profissão. A queda das barreiras a novos entrantes permitiu que indivíduos com pouco conhecimento técnico e/ou talento ingressem no mercado (KEEN, 2009). Softwares de produção e edição como, por exemplo, o *Pro Tools* (música) e *Final Cut* (vídeo) não demandam qualificações para manuseio e plataformas digitais como YouTube e Soundcloud são opções para a divulgação de conteúdo. Com isso, observou-se um aumento considerável do acervo de bens culturais disponíveis na rede. Por outro lado, poucos artistas obtêm reconhecimento do público e consegue

monetizar sua produção. Existem milhares de artistas de diferentes estilos musicais lutando para conseguir emergir no mercado. As facilidades de se produzir e divulgar bens culturais geraram uma superoferta de conteúdo dificultando a visibilidade diante de tantas opções de entretenimento (MOREL, 2017).

Quanto a participação nas receitas, os titulares de direitos autorais recebem remunerações diferenciadas pela exploração econômica das suas obras. No segmento da música, as receitas dos serviços de *streaming* derivam da assinatura paga e da publicidade. Descontados os impostos, tem-se a receita líquida da qual subtrai-se o resultado da divisão entre o total de acessos à obra de um artista em relação ao total de acessos obtidos no país em que a plataforma opera. Desse montante, 70% são repassados aos detentores dos direitos dos direitos autorais e conexos e 30% ficam com os serviços de streaming. A distribuição do valor a ser repassado pela empresa de streaming aos detentores de direito é realizada de forma proporcional ao número de músicas executadas (TARAN, 2015).

A difusão dos serviços de *streaming* permitiu que proprietários de acervos recuperassem o controle da distribuição de seus catálogos, que havia sido praticamente perdido com a difusão do MP3 e dos meios informais de compartilhamento gratuito de acervo digital, como o Napster. Os titulares de direitos sobre obras populares vivem um momento de crescimento econômico, mas observa-se a concentração dos ativos em função da compra de catálogos musicais pelas grandes gravadoras.

Por fim, cabe destacar que plataformas como Netflix, Spotify e YouTube permitiram a internacionalização de acervos, dando oportunidade a produtores e autores de pequenos e médio portes de distribuírem mais amplamente suas obras (RUIZ, 2017).

6.2 - Distribuidores e Intermediários

Na indústria cultural, poucas são as relações entre os agentes que não são intermediadas por terceiros. Para que uma obra chegue até o público é necessário que ela seja gravada em mídia física ou digital e depois distribuída. A distribuição pode ser feita por venda direta ou indireta,

quando ela é ouvida, por exemplo, por meio de uma rádio. A produção e a distribuição musical são comumente realizadas por gravadoras, mas ocorre também a utilização de música em filmes e publicidade, conhecido como sincronização (FRANCISCO; VALENTE, 2016).

A distribuição digital de bens culturais fomentou a inclusão de novos agentes na cadeia produtiva, entre eles, os agregadores digitais. Esses agentes são especializados em digitalizar os acervos, obter licenças para divulgação das obras nas redes digitais, distribuir às lojas virtuais e prestar serviços de acesso remoto e repassar os royalties aos titulares de direitos autorais. Serviços como Spotify, Deezer e Google Play surgiram para preencher lacunas não exploradas pelas empresas titulares de direitos e vêm consolidando rapidamente seu modelo de consumo musical (MOREL, 2017). Apesar da expansão do número distribuidores de conteúdo, a presença de marcas fortes vem aumentando os níveis de competição e concentração no mercado.

A popularização de plataformas como Youtube vem contribuindo para uma gradual transferência dos investimentos de publicidade da TV para a Internet. Alguns produtores de conteúdo online desenvolveram canais de comunicação eficazes com seus assinantes, atraindo receitas publicitárias para nichos específicos. Consequentemente, veículos tradicionais de comunicação, como o rádio e a TV vêm reduzindo suas receitas de publicidade (MULLIGAN, 2018).

O compartilhamento de bens e serviços entre usuários utilizando plataformas multimídias permitiram que o consumidor tivesse maior acesso à produtos culturais, científicos, artísticos sem a necessidade de armazenamento físico ou digital. Por conta disso, observou-se a quase extinção das lojas de discos, videolocadoras, e uma expressiva redução na venda de livros, jornais e revistas impressas. A Blockbuster Inc, por exemplo, que foi a maior rede de locadoras de filmes e videogames do mundo encerrou as atividades em 2013. Já a Tower Records transformou-se em uma pequena loja de nicho.

6.3 - O Consumidor

A difusão dos serviços de *streaming* de música, bem como de outros tipos de serviços, como o Netflix, o Uber e o Airbnb, está relacionada com uma mudança de comportamento do consumidor que aderiu ao conceito de acesso ao invés da posse da mídia. O *streaming* permite “valor de opção”: é possível executar uma música ou vídeo onde e quando quiser pausar, retornar ao início ou pular para outra faixa. Isso contrasta com o *broadcasting*, onde a música e vídeo não são executados quando queremos e não evita as interrupções indesejadas da publicidade. Isso deu autonomia ao consumidor e ameaçou o modelo da TV tradicional (JENNER, 2016). Por outro lado, as estratégias de aprisionamento adotado por diversas empresas que atuam mercado de consumo digital eliminam parte dessa autonomia ao forçar o usuário a consumir produtos e serviços exclusivos. Existe também o risco dos usuários terem seus dados pessoais vazados uma vez que os serviços de consumo digital coletam e revendem informações acerca do comportamento dos consumidores (ANDRÉ et al., 2017).

Dentre os agentes estudados, o consumidor foi o provavelmente o maior beneficiado da difusão dos serviços digitais de consumo de bens culturais. A comodidade oferecida pelos provedores desses serviços e a facilidade de acessar e navegar vastos catálogos a baixo custo vêm resultando no rápido aumento da base de usuários. Produtos culturais passaram da escassez para a abundância, refletindo o potencial da economia digital.

7 - Conclusão

O advento de serviços multimídia para computadores pessoais e dispositivos móveis vem modificando a forma como as pessoas consomem música, filmes, livros, séries e programas de TV. O consumidor passou a escolher o que assistir, ouvir e ler em qualquer hora e lugar por meio do *streaming*. A comodidade oferecida por essa tecnologia e a facilidade de acessar e navegar o vasto catálogo vêm resultando num significativo aumento da base de usuários em todo o mundo.

Os serviços de streaming geraram novos modelos de negócios e formatos de consumo, fomentando a inserção de novos agentes no mercado e a eliminação de intermediários pré-existentes. A popularidade dos serviços de *streaming* vem contribuindo para uma gradual recuperação financeira dos detentores de direitos autorais, após um longo período de perdas financeiras por conta do acesso ilegal às obras em formato digital e do declínio das vendas de produtos físicos. As crescentes receitas tornaram esse negócio promissor e fomentaram um ambiente bastante acirrado em termos competitivos com a entrada de grandes empresas do setor digital.

Um dos principais desafios dos agentes que atuam nesse mercado é atrair a atenção do consumidor em meio a inúmeras opções de entretenimento online. Para serem bem sucedidas, as empresas vem adotando estratégias de aprisionamento (*consumer lock-in*) para reter novos clientes, oferecendo-lhes produtos e serviços de forma exclusiva. Embora ainda esteja cedo para conclusões definitivas, observa-se nestes mercados uma forte tendência a concentração e internacionalização, dadas as oportunidades para geração de economias de rede.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, C. **A Cauda Longa**. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier Editora, 2006.
- ANDRÉ, Q. et al. Consumer Choice and Autonomy in the Age of Artificial Intelligence and Big Data. **Customer Needs and Solutions**, p. 1–10, 19 dez. 2017.
- COOKE, C. **AI: the Next Revolution in Music? - Exclusive White Paper**, 2018. Disponível em: <<https://insights.midem.com/tech/artificial-intelligence-next-revolution-in-music-exclusive-white-paper/>>. Acesso em: 7 mar. 2018
- DOS REIS, J. M.; ROZADOS, H. B. F. O LIVRO DIGITAL: HISTÓRICO, DEFINIÇÕES, VANTAGENS E DESVANTAGENS | Anais do SNBU. 2018.
- FRANCISCO, P. A. P.; VALENTE, M. G. **DA RADIO AO STREAMING**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2016a.
- FRANCISCO, P. A. P.; VALENTE, M. G. **Música e gestão coletiva no Brasil: Direitos autorais, ECAD e o ambiente digital**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016b.
- HUANG, M.-H.; RUST, R. T. Artificial Intelligence in Service. **Journal of Service Research**, p. 1094670517752459, 5 fev. 2018.
- IZZO, J. A. Reflexões Sobre o Cinema: luz, sombra, movimento e avanços tecnológicos. **Ser**, v. 1, n. 1, p. 114–131, 2009.
- JENNER, M. Is this TVIV? On Netflix, TVIII and binge-watching. **New Media & Society**, v. 18, n. 2, p. 257–273, 1 fev. 2016.
- KEEN, A. **O CULTO DO AMADOR**. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar Editor Ltda., 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.

MATRIX, S. The Netflix Effect: Teens, Binge Watching, and On-Demand Digital Media Trends. **Jeunesse: Young People, Texts, Cultures**, v. 6, n. 1, p. 119–138, 5 set. 2014.

MELLO, G. A. T. DE et al. **Tendências da era digital na cadeia produtiva do livro**. Artigo. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/9583>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

MOREL, L. **Musica E Tecnologia - Um Novo Tempo, Apesar Dos Perigos**. Edição: 1 ed. Rio de Janeiro: Azougue, 2010.

MOREL, L. **Impactos das inovações em serviços no mercado brasileiro de música: o caso da tecnologia streaming**. [s.l.: s.n.].

MULLIGAN, M. **Awakening: The Music Industry in the Digital Age**. [s.l.] MIDiA Research, 2015.

MULLIGAN, M. **The Three Eras Of Paid Streaming** MIDiA Research, 28 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.midiaresearch.com/blog/the-three-eras-of-paid-streaming/>>. Acesso em: 2 out. 2017

MULLIGAN, M. **MIDiA Research Music Market Metrics | MIDiA Research**. Disponível em: <<https://www.midiaresearch.com/downloads/midia-research-music-market-metrics/>>. Acesso em: 21 mar. 2018a.

MULLIGAN, T. **SVOD and the Emerging Video Content Bubble** MIDiA Research, 5 mar. 2018b. Disponível em: <<https://www.midiaresearch.com/blog/svod-and-the-emerging-video-content-bubble/>>. Acesso em: 19 mar. 2018

RUIZ, V. H. Revolución Netflix: desafíos para la industria audiovisual. **Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación**, v. 0, n. 135, p. 275–295, 15 set. 2017.

SHAPIRO, C.; VARIAN, H. R. **A ECONOMIA DA INFORMAÇÃO**. Rio de Janeiro, RJ: Campus, 1999.

SOUZA, A. R. DE. **Direitos Culturais no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro, RJ: Beco do Azougue, 2012.

Spotify for Artists. Disponível em: <<https://artists.spotify.com/>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

TARAN, C. **Precisamos falar sobre o Streaming - Technology. Trabalho de conclusão de curso MBA, FGV**. Rio de Janeiro: [s.n.].

TIGRE, P. B. **Gestão da Inovação. Uma Abordagem Estratégica, Organizacional e de Gestão de Conhecimento**. 2ª ed. São Paulo: Elsevier, 2014.

VERÍSSIMO, R. **Streaming de Música**. Disponível em: <<http://rodrigomverissimo.github.io/articles/CAV/>>. Acesso em: 27 jan. 2017.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo IX Direito de Autor e transformações tecnológicas

**TÍTULO:
STAR ATHLETICA, L.L.C V.
VARSITY BRANDS, INC., ET AL.: A
INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO
DE AUTOR E A CONSEQUENTE
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO
DO SEPARABILITY TEST NORTE-
AMERICANO NO BRASIL**

Martina Gaudie Ley Recena



STAR ATHLETICA, L.L.C V. VARSITY BRANDS, INC., ET AL.: A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR E A CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO SEPARABILITY TEST NORTE- AMERICANO NO BRASIL

Martina Gaudie Ley Recena^{1*}

RESUMO

Trata-se de análise do caso *Star Athletica vs, Varsity Brands*, julgado nos Estados Unidos, que versa sobre a proteção de direitos autorais a obras de arte aplicadas. A decisão elaborou um teste para se verificar a possibilidade dessa proteção. Após análise da origem dos diferentes sistemas de direitos autorais – *copyright e droit d’auteur* – e uma breve exposição sobre a existência de um direito autoral quase universal, passou-se a analisar os direitos autorais em sua base constitucional (CF/88), bem como o seu tratamento como direitos fundamentais, para, ao final, demonstrar-se a possibilidade de aplicação dessa decisão Norte-Americana aos casos brasileiros.

Palavras-chave: Direitos autorais. Internacionalização. Direitos Fundamentais.

Sumário: **1** O caso *Star Athletica, L.L.C v. Varsity Brands, Inc., et al.* **2** *copyright e droit d’auteur*: uma proteção quase universal **3** A possibilidade de aplicação do *Separability Test* no Brasil **4** Conclusão

¹ * Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e especialista em Direito Empresarial pela UniRitter - Laureate Universities. Bolsista integral CNPq.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa comentar a decisão Norte-Americana n. 15-866, conhecida por *Star Athletica vs. Varsity Brands*, que aborda a possibilidade de proteção por direitos autorais (*copyright*) de design aplicado em vestuário. Para tanto, no ponto um discorrer-se-á sobre o caso, explicando-se os fundamentos da decisão, o requisito da separabilidade e o julgamento em si, que gerou um teste para verificação quanto a possibilidade da proteção por direitos autorais, no intuito de uniformizar a jurisprudência Norte-Americana. No ponto dois, optou-se por abordar o contexto histórico em que foram criados os dois sistemas de direitos autorais – *copyright* e *droit d’auteur* – com objetivo de demonstrar a sua origem comum e o caminho que se está seguindo em direção a uma proteção universal dos direitos autorais. No ponto três, abordar-se-á a proteção constitucional conferida aos direitos autorais e, de forma breve, a sua posição como direito fundamental, para então se demonstrar a possibilidade de aplicação da referida decisão Norte-Americana pelos Tribunais brasileiros.

1. O caso *Star Athletica, L.L.C v. Varsity Brands, Inc.*

Varsity Brands, Inc., Varsity Spirit Corporation, and Varsity Spirit Fashions & Supplies, Inc., (Varsity Brans et al) empresas de criação, elaboração e venda de uniformes de líderes de torcidas, ingressaram com ação judicial em face de Star Athletica, alegando violação de direitos autorais sobre os designs registrados sob os números 299A, 299B, 074, 078, e 08152. A Corte Distrital de Tennessee (Memphis)³, julgou antecipadamente a lide, entendendo que os designs serviam a função útil ou utilitária de identificar roupas como sendo uniformes de líderes de torcidas, e, portanto, não poderiam, conceitualmente ou fisicamente, serem separados dos uniformes, não sendo protegíveis por direitos autorais (*copyright*).

Após a interposição de recurso, a *US Court of Appeals of the Sixth Circuit* reverteu a decisão. Concluiu que a arte gráfica em questão poderia

2 Supreme Court of the United States. Decisão n.º. 15-866. Relator: Justice Thomas. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-866_0971.pdf Acessado em: 23 jun. 2018.

3 Corte Distrital de Tennessee. N.º. 2:10-cv-02508

ser identificada separadamente e era capaz de existir independentemente dos uniformes, nos termos do 17 USC §101⁴. Afirmaram, ainda, que os designs poderiam existir independentemente porque poderiam ser incorporados na superfície de diferentes roupas ou pendurados na parede como arte.

O caso foi arguido na Suprema Corte Americana, através do instituto do *Certiorari*⁵, em 31/10/2016, tombado sob o nº15-866, julgado em 22/03/2017. Segundo a Suprema Corte, o *certiorari* foi concedido no intuito de resolver as divergências generalizadas sobre o próprio teste para implementação dos requisitos de “identificação-separada” (*separate-identification*) e de “existência-independente” (*independent-existence*) previsto no §101. Segundo o §101 do título 17 do USC:

“obras pictóricas, gráficas e esculturais incluem obras bidimensionais e tridimensionais de arte (...). (...) o desenho de um artigo útil, como definido nesta seção, deve ser considerado um trabalho pictórico, gráfico ou escultural somente se, e somente até o ponto em que, tal desenho incorpore características pictóricas, gráficas ou esculturais que possam ser **identificadas separadamente de**, e são **capazes de existir independentemente** dos aspectos utilitários do artigo” (grifo próprio)

Primeiramente, foi abordada a necessidade de verificação da análise da separabilidade do design. *Varsity Brands et al* defenderam uma tese de que características artísticas bidimensionais na superfície de artigos

4 “Pictorial, graphic, and sculptural works” include two-dimensional and three-dimensional works of fine, graphic, and applied art, photographs, prints and art reproductions, maps, globes, charts, diagrams, models, and technical drawings, including architectural plans. Such works shall include works of artistic craftsmanship insofar as their form but not their mechanical or utilitarian aspects are concerned; the design of a useful article, as defined in this section, shall be considered a pictorial, graphic, or sculptural work only if, and only to the extent that, such design incorporates pictorial, graphic, or sculptural features that can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article.” (grifo próprio)

5 “Recurso que cabe junto aos tribunais superiores contra uma decisão que viola a Constituição ou lei federal, hoje praticamente restrito à Suprema Corte americana, que, após analisar a argumentação de relevância de questão federal, decide, sem fundamentação, se aceita ou não avocar a si o processo para confirmar ou revogar a sentença recorrida; Pedido de avocação do processo.” MELLO, Maria Chaves de. Dicionário Jurídico português-inglês – inglês-português. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forence; São Paulo: Método, 2009, p.629.

úteis seriam inerentemente separáveis, focando a argumentação na diferenciação entre designs em artigos úteis e designs de artigos úteis. Essa teoria foi afastada pela Suprema Corte, que afirmou que a análise da separabilidade deve ser feita em qualquer obra de arte pictórica, gráfica ou escultural incorporadas no “design de um artigo útil”

Em seguida, passaram a analisar se a característica incorporada no artigo útil “pode ser identificada separadamente de” e se é “capaz de existir independentemente” “dos aspectos utilitários” do artigo. Quanto ao requisito de “identificação-separada”, o Juiz Relator Thomas afirmou que o “jugador precisa apenas poder olhar para o artigo útil e identificar algum elemento bidimensional ou tridimensional que pareça ter qualidades pictóricas, gráficas ou esculturais.”

O requisito da “existência-independente”, segundo o relator, é mais difícil de ser analisado, visto que o julgador deve determinar se a característica já separada, tem a capacidade de existir independentemente dos aspectos utilitários do artigo, ou seja, deve sustentar suas características pictóricas, gráficas ou esculturais por si. Ressaltou, ainda, que as características não podem ser artigos úteis, assim como não se pode solicitar a proteção por direitos autorais em um artigo útil criando uma réplica desse artigo em outro meio, por exemplo, um carro de papelão.

A “pergunta-chave”, então, é se a característica para a qual está se objetivando a proteção por direitos autorais teria sido protegida por direitos autorais como uma obra pictórica, gráfica ou escultural se originariamente tivesse sido fixada em um meio tangível outro que não o usado.

Justice Ginsburg concordou com o julgamento, mas não inteiramente com a fundamentação atribuída. Ressaltou que os designs em questão não são designs de artigos úteis, mas sim designs reproduzidos em um artigo útil. Ainda, relatou que *Varsity Brands et al* registrou os designs como “trabalho de arte bidimensional” e “design fabricado (trabalho de arte)” e que apresentou desenhos com os designs em outras peças de roupa e, não, tão somente uniformes de líderes de torcidas.

Justice Breyer e Justice Kennedy, conjuntamente, divergiram da maioria. Sustentam que as perguntas que devem ser feitas são: As

características do design podem ser fisicamente removidas do artigo e, ao mesmo tempo, deixar o objeto utilitário em pleno funcionamento? Se a resposta a essa pergunta for não, pode-se conceber as características do design separadamente sem replicar uma imagem do objeto utilitário? Se a resposta para pelo menos uma das duas perguntas for positiva, então será possível a proteção por direitos autorais.

Na decisão da maioria foram expostos os argumentos que refutam essas duas perguntas. A primeira é refutada com base na afirmação de que nenhuma exigência quanto a manutenção do artigo útil em funcionamento é exigida pela lei. A segunda foi repelida pela fundamentação de que a arte retirada do objeto útil pode ter o seu formato, mas não terá a sua funcionalidade.

Explicada a decisão em questão, passa-se a analisar os diferentes sistemas de direitos autorais – *copyright* (EUA) e *droit d'auteur* (BRA) – no intuito de demonstrar as semelhanças existentes entre ambos e a aplicação não territorial do direito autoral.

2. COPYRIGHT E DROIT D'AUTEUR: UMA PROTEÇÃO QUASE UNIVERSAL

Pode-se afirmar que o início de um direito do autor deu-se na Idade Média – não na concepção de direito de propriedade da atualidade – onde textos e obras de arte eram vistos como “propriedade comum porque cada novo produto deriva de uma tradição comum”⁶. Em Roma houve o reconhecimento de uma espécie de paternidade da obra, frente a um entendimento de pertença comum da coisa⁷.

Nesse momento, começou-se a reconhecer a existência de uma dupla conotação da obra: uma moral e uma patrimonial⁸. A discussão sobre a proteção do autor só começa a tomar corpo após a invenção da

6 BARACAT, Alyssa Cecília. O Significado do Direito Autoral na Era da Sociedade da Informação: um estudo comparado de convenções internacionais. São Paulo: UFSCar, 2013, p.20. Disponível em: <<https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/894/4939.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acessado em 18 jun. 2018.

7 ROSA, Antônio Machuco. 5 lições sobre comunicação, redes e tecnologias da informação: Da cibernética ao copyright. Lisboa: Vega, 2006. P.196.

8 BARROS, Carla Eugênia Caldas. Manual de Direito da Propriedade Intelectual. Aracaju: Evocati, 2007, p. 469.

impressão mecânica, que permitia a cópia da obra por outros livreiros, de forma dinâmica e ilimitada, ameaçando os custosos investimentos feitos pelo livreiro que detinha o manuscrito.

Em razão dessa espécie de concorrência que surgia, foi dado início ao modelo de outorga de privilégios de impressão; verdadeira concessão de monopólios. Patrícia Pinheiro Peck⁹ ressalta que todo o debate legislativo travado no Reino Unido sobre copyright estava diretamente relacionado ao atendimento dos interesses de editores, que ou queriam um monopólio de exploração ou aumentar o prazo de duração dos seus privilégios.

Em 1709, através da Lei da Rainha Ana (Act of Ann/Copyright Act), reconheceu-se o direito de autores fazerem ou autorizarem a realização de cópias de seus livros, por um período de 14 (quatorze) anos, prorrogáveis por mais 14 (quatorze) anos, caso o autor estivesse vivo. Para os livros publicados antes de 1709 o estatuto previa um direito exclusivo de cópia ao “dono” do livro, por 21 (vinte e um) anos¹⁰, e, não, ao seu autor. Contudo, a questão quanto a propriedade da obra não ficou totalmente esclarecida, tendo seus exatos contornos criados nos casos judiciais *Millar vs. Tayllor* (1769) e *Donaldson vs. Becket* (1774)¹¹.

A questão decidida no caso *Millar* versava sobre se a common law da propriedade incorporaria um direito exclusivo de fazer cópias de trabalhos literários. A *Court of King’s Bench* entendeu que o *Statute of Ann* meramente declarava um direito de propriedade de multiplicação de cópias de livros publicados, já existente pela *common law* – no direito

9 PINHEIRO, Patrícia Peck. Na era digital, qual o melhor sistema: copyright ou direitos autorais? *Revista de Direito Privado*, vol.69, 2016. Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9b000001640f78a4b9391a41fd&docguid=Ib6ef05107a3211e6b69501000000000&hitguid=Ib6ef05107a3211e6b69501000000000&spos=4&epos=4&td=4000&context=10&crumb-action=append &crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acessado em: 17 jun. 2018.

10 CARVER, Peter John. *Millar v. Taylor* (1769) and the new property of the eighteenth century. Open Collections. The University of British Columbia: 1990, p.27. Disponível em: <<https://open.library.ubc.ca/cIRcle/collections/ubctheses/831/items/1.0077720>>. Acessado em: 17 jun. 2018

11 ROSA, Antônio Machuco. 5 lições sobre comunicação, redes e tecnologias da informação: Da cibernética ao copyright. Lisboa: Vega, 2006. P.199.

de propriedade (*literary property theory*) - e, portanto, assim como a propriedade, o copyright seria perpétuo¹².

No caso *Donaldson v. Beckett* a decisão foi em sentido oposto ao da anterior. A Câmara dos Lordes entendeu que a *common law* não abarcava um direito exclusivo de fazer cópias e que o *copyright* foi originado e encabeçado inteiramente pelo *Statute of Ann*. Dessa forma, reconheceu-se a não existência de um caráter perpétuo ao copyright¹³.

Nas primeiras duas décadas após a Independência dos Estados Unidos (1776-1796), então ex-colônia britânica, os privilégios dos publicadores desapareceram e foram suplantados por privilégios aos autores. A total migração de um modelo de concessão de privilégios ad hoc a publicadores para um regime legal geral de proteção de direitos do autor ocorreu na década de 1780¹⁴, culminando em 1790, na primeira lei federal sobre copyright, o *Copyright Act*. Com essa lei, restou consolidado o entendimento do copyright como direito puro de propriedade (*property right*), servindo tradicionalmente apenas aos interesses patrimoniais, sem ter em consideração interesses pessoais¹⁵.

A lei sobre direitos autorais atualmente vigente nos Estados Unidos é o *Copyright Act* de 1976, que incluiu o Título 17 no United States Code (USC)¹⁶.

12 Idem

13 Idem

14 BRACHA, Oren. Early American Printing Privileges. The Ambivalent Origins of Authors' Copyright in America. In: *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*. Cambridge (UK): Open Book Publishers. 2010, p.96

15 PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Direitos de autor e liberdade de informação. Editora Almedina, 2008. Apud PINHEIRO, Patrícia Peck. Na era digital, qual o melhor sistema: copyright ou direitos autorais? *Revista de Direito Privado*, vol.69, 2016. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001640f78a4b9391a41fd&docguid=Ib6ef05107a3211e6b695010000000000&hitguid=Ib6ef05107a3211e6b695010000000000&spos=4&epos=4&td=4000&context=10&crumb-action=append &crumb-label= Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acessado em: 17 jun. 2018.

16 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Code: Title 17 – COPYRIGHTS. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17> Acessado em: 23 jun. 2018.

Assim, Patrícia Peck Pinheiro¹⁷, conceitua o copyright americano como “a proteção legal que o autor tem exclusivamente em relação à impressão, reprodução ou venda de uma obra. Protege-se a obra (ênfase econômica).”

João Algarve¹⁸ explica que existem direitos morais no copyright, mas estes são limitados, afirmando que “(...) ainda que nos Estados Unidos sejam reconhecidos direitos como a paternidade e integridade da obra não é possível ao autor, à sua escolha, retirar a obra de circulação.” Jules-Marc Baudel¹⁹, afirma que as prerrogativas morais do autor são suscetíveis de renúncia por contrato.

Enquanto isso, na Europa, no início do séc. XVIII, em um contexto social sob influência dos pensamentos Lockianos sobre aquisição de propriedade através do trabalho; de uma teoria de individualismo possessivo conectados com o discurso emergente sobre criatividade individual; e, ainda, do conceito de originalidade assumindo um novo significado como uma criação estética, fez com que se criasse um novo conceito de autor²⁰.

Enquanto Denis Diderot, através de sua obra Carta sobre o Comércio do Livro, com discurso privatista e individualista, aproximou a propriedade literária às demais propriedades imobiliárias; Jean Antoine

17 PINHEIRO, Patrícia Peck. Na era digital, qual o melhor sistema: copyright ou direitos autorais? Revista de Direito Privado, vol.69, 2016. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/widgets_homepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001640f78a4b9391a41fd&docguid=Ib6ef05107a3211e6b695010000000000&hitguid=Ib6ef05107a3211e6b695010000000000&spos=4&epos=4&td=4000&context=10&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFrom_MultiSumm=true&start-Chunk=1&endChunk=1>. Acessado em: 17 jun. 2018. P.09.

18 ALGARVE, João Henrique Kurtz Amantino Rodrigues da Silva. O copyright o Direito de Autor e seus Reflexos no Direito Internacional Privado: Uma análise do caso John Huston. Porto Alegre: UFRGS, 2010. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/27013>. Acessado em: 18 jun. 2018.

19 BAUDEL, Jules-Marc. Le droit d'auteur français et le copyright américain: les enjeux In: Revue Française d'Etudes Américaines. N.78, 1998. P.50.

20 PFEISTER, Laurent. Author and Work in The French Print Privileges System: Some Milestone. In: Privilege and Property: Essays on the History of Copyright. DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin; BENTLY, Lionel (org.). Cambridge: Open Book Publishers, 2010, p.129/130.

Condorcet, através de sua obra *Fragmentos sobre a Liberdade da Imprensa*, com um ideal social dos revolucionários da época, defendia o fim da apropriação privada e a livre circulação de textos²¹.

Com a alteração do conceito de autor, a revolução francesa e o reconhecimento de uma propriedade autoral²², foram editadas as leis revolucionárias de 13/01/1791²³ e 19/07/1793²⁴, que se apropriaram da ideia da criatividade individual e da inviolabilidade do direito do autor, pensados em termos de uma autêntica propriedade (Diderot), mas também, adotaram a ideia de domínio público de Condorcet, após implementado determinado tempo de proteção²⁵.

Até a primeira metade do séc. XIX, as formalidades declaratória e constitutiva eram comuns na Europa-Continental e no Reino Unido; nem mesmo na França, que se revelou berço do *droit d'auteur* na segunda metade do séc. XIX, os direitos autorais foram “consistentemente percebidos como um direito inerente ao autor”²⁶.

Durante esse período, ainda não se havia internalizado completamente a teoria de que os direitos literários e artísticos pertenciam ao seu autor naturalmente em razão de uma ligação pessoal entre o autor e

-
- 21 ALVES, Marco Antônio Sousa; PONTES, Leonardo Machado. O direito de autor como um direito de propriedade: Um estudo histórico da origem do copyright e do *droit d'auteur*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2535.pdf> Acessado em 18 jun. 2018. P.9882/9884.
- 22 PFEISTER, Laurent. Author and Work in The Franch Print Privileges System: Some Milestone. In: *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*. DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin; BENTLY, Lionel (org.). Cambridge: Open Book Publishers, 2010, p.134/135.
- 23 Consagra o direito de representação dos atores de obras dramáticas.
- 24 Consagra o direito de reprodução dos escritores de todo gênero, dos compositores de música e dos pintores e desenhistas.
- 25 ALVES, Marco Antônio Sousa; PONTES, Leonardo Machado. O direito de autor como um direito de propriedade: Um estudo histórico da origem do copyright e do *droit d'auteur*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2535.pdf> Acessado em 18 jun. 2018. P.9884.
- 26 GOMPEL, Stef van. Les formalités sont mortes, vive les formalités! Copyright formalities and the reasons for their decline in nineteenth century Europe. In: *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*. DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin; BENTLY, Lionel (org.). Cambridge: Open Book Publishers, 2010, p.172/173.

sua criação²⁷. Ainda existia a crença na teoria de direitos autorais baseados em um contrato social.

Na segunda metade do séc. XIX, as interpretações sobre as formalidades começaram a mudar e, na França, o registro da obra passou a ser visto como meramente declaratório, ou seja, o registro não era uma condição para se tornar autor. No Reino Unido, o *Copyright Act* de 1842 fez do registro uma condição técnica para qualquer processo envolvendo violação da lei, mas não para a existência do direito do autor. Em contrapartida, tornou obrigatório o registro para as obras de pintura, desenhos e fotografias, sob pena de perda do direito de autor.²⁸

Nesse momento, a percepção do direito de autor como um direito emanado diretamente da qualidade das criações do próprio autor consolidou-se, passando a lei a ser vista como mero reconhecimento da existência desses direitos e a regulamentação desses. Simultaneamente, na Alemanha, nascia a Teoria da Personalidade, fundamentada na filosofia Kantiana, segundo a qual além de um direito de propriedade no livro, como objeto físico, os autores tem um direito inato investido em sua própria pessoa²⁹.

Importante ressaltar que a Teoria da Personalidade fundamentava uma aquisição originária do direito autoral. Nesse sentido, as formalidades remanescentes ativeram-se ao exercício desses direitos e, não, mais ao reconhecimento do direito em si.

Paralelamente a este desenvolvimento na Europa, nos Estados Unidos imperava o modelo das formalidades, que, atualmente, para fins didáticos, pode-se dividir em três grandes momentos: (i) o período entre 1909 e 1977; (ii) o período entre 01/01/1978 e 28/02/1989; e, (iii) a partir de 01/03/1989 até a atualidade³⁰.

Durante o primeiro período (1909 a 1977) eram exigidas três formalidades: *Notice Requirement*, o registro do trabalho no *Copyright Office*, e o depósito de duas cópias na Biblioteca do Congresso. Tendo

27 Idem, p.173.

28 Idem, p.179.

29 Idem. P.184

30 FISHER, William. *CopyrightX: The Decline of Formalities*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=HA1LsxeGJFI>> Acessado em: 01 out. 2018.

em vista que o requisito do *notice requirement* prejudicava a grande maioria dos autores, que consistia em “unsophisticated players”, as cortes passaram a relativizar esse requisito. No segundo período (01/01/1978 e 28/02/1989), esse requisito foi ainda mais relativizado, vindo a ser excluído com a reforma do *Federal Copyright Statute*, que entrou em vigor em 1978³¹.

O segundo requisito – o registro do trabalho no *Copyright Office* – não se referia a propriedade da obra, mas a possibilidade de efetiva-la em juízo e de renova-la. A partir de 1978 o requisito deixou de ser obrigatório para renovação, mas permaneceu para a efetivação da propriedade em juízo. Em 1989, o requisito deixou de ser necessário para o ingresso em juízo, com relação a trabalhos publicados fora dos EUA, permanecendo imprescindível para trabalhos publicados nos EUA (*US Works*)³².

O descumprimento do último requisito causava a perda do direito de propriedade sobre a obra, o que foi excluído do ordenamento em 1978. Assim, apesar de permanecer a necessidade de depósito na biblioteca do Congresso, o seu descumprimento não possui graves consequências³³.

Assim, consegue-se constatar que tanto na Europa (maioria *droit d'auteur*) quanto nos Estados Unidos (*copyright*), as formalidades foram dispensadas gradativamente.

No final do séc. XIX, a preocupação das nações voltou-se a proteção internacional dos direitos autorais³⁴, muito em razão da contrafação, que consistia na cópia e publicação de obras de autores não nacionais, sem a autorização destes, por autores nacionais³⁵. Assim, em 1886 foi firmado o primeiro tratado internacional com caráter multilateral sobre direitos

31 Idem

32 Idem

33 Idem

34 DEAZLEY, Ronan. Breaking the Mould? The Radical Nature of the Fine Arts Copyright Bill 1862. In: *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*. DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin; BENTLY, Lionel (org.). Cambridge: Open Book Publishers, 2010, p.289.

35 BARACAT, Alyssa Cecilia. O significado do direito autoral na era da sociedade da informação: um estudo comparado de convenções internacionais. São Carlos/SP: UFSCar, 2013, p.28. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/894/4939.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acessado em: 24 jun. 2018.

autorais, denominado “A Convenção da União de Berna” – CUB³⁶.

Essa convenção tinha como objetivo uniformizar minimamente a proteção autoral, motivo pelo qual fixou o prazo mínimo de proteção desses direitos em 50 (cinquenta) anos após o óbito do autor³⁷. No mesmo sentido, estipulou que os autores de quaisquer estados membros da União fariam jus a mesma proteção dos nacionais dos demais países, ficando abolida qualquer formalidade que restrinja o gozo ou o exercício desses direitos³⁸. Encontra-se aqui a justificativa para a inexigência de registro de obras publicadas no exterior no *Copyright Office* Norte-Americano.

Com base nessas previsões, Denis Borges Barbosa³⁹, afirma que no campo dos direitos autorais existe uma certa universalidade de proteção. Nesse sentido:

Assim sendo, adquire eficácia, até certo ponto, extraterritorial, no sentido de que os vários sistemas nacionais que protegem direitos autorais agem sincronicamente em relação à proteção.

Contudo, os Estados Unidos não aderiram a Convenção de Berna,

36 RODRIGUES, Daniela Oliveira. Limites aos Direitos de Autor sob a Perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Estudo dos limites aos direitos de autor frente aos direitos de acesso ao conhecimento e à educação nos ordenamentos internacional e interno. São Paulo: USP, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-11022015-082708/pt-br.php> Acessado em: 24 jun. 2018.

37 Decreto 75.699/75 , art.7º, 1) A duração da proteção concedida pela presente Convenção compreende a vida do autor e cinquenta anos depois da sua morte.

38 _____, 1) Os autores gozam, no que concerne às obras quanto às quais são protegidos por força da presente Convenção, nos países da União, exceto o de origem da obra, dos direitos que as respectivas leis concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, assim como dos direitos especialmente concedidos pela presente Convenção.

2) O gozo e o exercício desses direitos não estão subordinados a qualquer formalidade; esse gozo e esse exercício independentes da existência da proteção no país de origem das obras. Por conseguinte, afóra as estipulações da presente Convenção, a extensão da proteção e os meios processuais garantidos ao autor para salvaguardar os seus direitos regulam-se exclusivamente pela legislação do País onde a proteção é reclamada.

39 BARBOSA, Denis Borges. A estrutura legal internacional dos direitos autorais. Disponível em: http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/direito_internacional_autoral.pdf Acessado em 24 jun. 2018.

de imediato, haja vista que não aceitavam abdicar de uma formalidade mínima. Assim, em 1954, foi firmada a Convenção Universal dos Direitos do Autor (Convenção de Genebra), que estipulou a necessidade de aposição símbolo do copyright (©) na página de rosto, verso ou lugar facilmente visível, para que o autor de um dos países signatários tivesse a proteção de sua obra em todos os demais⁴⁰. Apesar de outros instrumentos internacionais terem sido firmados, não serão objeto deste estudo.

Somente em 1989, após todas as alterações estatutárias brevemente indicadas acima, é que os Estados Unidos tornaram-se signatário da Convenção de Berna.

Frente ao exposto, percebe-se que o *copyright* e o *droit d'auteur* não possuem um histórico tão apartado, dividindo a mesma origem e vindo a divergir mais significativamente na segunda metade do séc. XIX, com o reconhecimento de direitos morais no *droit d'auteur*, sem a correspondente importância no *copyright*, e a existência de formalidades mais rígidas nos países de *copyright*, em contra partida a um histórico de exigências suaves pelos países de *droit d'auteur* até se chegar a uma inexistência dessas, como é o caso do Brasil.

Por fim, a exposição merece destaque quanto a existência de reconhecimento de uma proteção universal ao direito do autor, de modo que uma obra protegida por direitos autorais nos Estados Unidos pode e deve ser protegida no Brasil. Diferentemente dos direitos industriais, cujo âmbito de proteção é territorial, ficando circunscrito ao País em que registrado.

3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS PATRIMONIAIS DO AUTOR E OS EFEITOS DA DECISÃO EM STAR ATHLETICA V. VARSITY BRANDS NO BRASIL

Conforme visto acima, há discussão quanto a origem dos direitos autorais, se fundamentados em um direito natural de personalidade ou em um de propriedade. De qualquer forma, Helenara Avancini afirma que o

40 FONSECA, Yuri Ikeda. O reconhecimento histórico dos direitos do autor e sua proteção internacional. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10579 Acessado em: 24 jun. 2018.

direito autoral é reconhecido como um Direito Humano Fundamental nos instrumentos internacionais e na própria Constituição Federal de 1988⁴¹.

O Direito autoral foi consagrado no artigo XXVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que apesar de constituir uma Declaração Universal e não um acordo internacional, obriga os seus Estados signatários a incluírem em suas Cartas Magnas a proteção desse direito. No Brasil, foi incluído no inciso XXVII do rol expresso de direitos fundamentais previstos no art.5º.

Contudo, o referido artigo protege expressamente os direitos exclusivos do autor de *utilização*, *publicação* ou *reprodução*, todos direitos patrimoniais; esquecendo-se de incluir qualquer menção aos direitos morais. Nesse sentido, é merecida a crítica feita por Helenara Avancini⁴², no sentido de que tal esquecimento “ratifica o fato de que a proteção autoral só existe porque é latente o interesse econômico que as obras geram na economia de mercado”.

Denis Borges Barbosa⁴³, defende que a essência do direito moral do autor está amparada nos incisos IX e X do mesmo artigo 5º, os quais abordam, respectivamente, a liberdade de expressão e o direito a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (direitos de personalidade).

Em contraponto, Gilmar Ferreira Mendes⁴⁴ afirma que a doutrina considera que o artigo 5º, XXVII, CF protege o direito intelectual do autor “que envolva não só os direitos morais (...), mas também os direitos patrimoniais relativos à forma de uso, fruição e disposição”.

Guilherme Carboni ressalta que um aspecto a ser considerado sobre a CF/88 referente aos direitos autorais, é que as dimensões social e

41 AVANCINI, Helenara Braga. O direito autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/2384> Acessado em: 25 jun. 2018.

42 Idem., p.107.

43 BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/bases4.pdf> Acessado em: 25 jun. 2018.

44 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.471.

solidária desse direito não foram positivadas, prevalecendo uma concepção individualista do direito de autor⁴⁵.

Quanto ao caráter fundamental da norma, Gilmar Mendes afirma que esta possui “âmbito de proteção estritamente normativo, cuja conformação depende, por isso, em grande medida, das normas de proteção fixadas pelo legislador”. Assim, para conferir efetividade a norma fundamental, foi editada a lei 9.610/98 (“LDA”), que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

A LDA protege “criações do espírito”, que cumpram, segundo a doutrina, os requisitos da originalidade e externalização⁴⁶. No mesmo sentido é a lei Norte-Americana. Esta doutrina especifica que para haver originalidade deve haver criação independente e um mínimo de criatividade. Contudo, para o caso em estudo, a discussão fica circunscrita ao requisito de externalização, no que tange a aspecto artístico conferido a artigo útil.

A propriedade intelectual é internacionalmente dividida entre propriedade industrial, para artigos úteis (invenções técnicas), e direitos autorais, para criações de espírito de feição estética⁴⁷. No caso das artes visuais aplicadas, estamos diante de uma criação de espírito com feição estética aplicada à artigos úteis.

Na indústria da moda, a discussão quanto a possibilidade de proteção por direitos autorais gira muito em torno do caráter utilitário que os objetos comercializados têm. Contudo, Rosina⁴⁸ esclarece que

45 CARBONI, Guilherme. Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e á cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. In: Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem a Professora Maristela Basso. Patrícia Luciane de Carvalho (Coord.). Curitiba: Juruá, 2005, p.427.

46 BRANCO Jr., Sérgio Vieira. Direitos autorais. In: Propriedade intelectual – Roteiro de curso. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/2/25/Propriedade_Intelectual.pdf. Acessado em: 26 jun. 2018.

47 SILVEIRA, Newton. A Propriedade Intelectual e a Nova Lei de Propriedade Industrial. São Paulo: Saraiva, 1996, p.05.

48 ROSINA, Mônica Steffen Guise. Fashion Law é a nova moda do Direito. In Revista Observatório Itaú Cultural, nº 16, jan/jun 2014, p. 106-117. São Paulo: Itaú Cultural. Disponível em: http://d3nv1jy4_u7zmsc.cloudfront.net/wpcontent/uploads/2014/06/OBSERVATORIO16_0.pdf. Acesso em 26/06/2018.

“uma camisa, por ser um objeto funcional, não pode ser protegida por direito autoral, mas a estampa do tecido utilizado para fazer a camisa sim”.

Carlos Alberto Bittar⁴⁹ afirma que a “obra de arte aplicada” ensejaria proteção tanto por direito autoral quanto por propriedade industrial, em especial o desenho industrial. No mesmo sentido é o raciocínio exposto por Sofia Kilmar⁵⁰:

Para citar um exemplo, o desenho de uma cadeira muitas vezes não mais simplesmente a reveste de forma estética, enquanto desenho industrial, mas a transforma em verdadeira obra de arte, às vezes até exposta em museus.

(...)

Assim, se por um lado os desenhos desses móveis, jóias e tecidos não deixam de ser formas ornamentais apostas a produtos, e por isso tuteláveis via desenho industrial, por outro lado são também, em alguns casos, verdadeiras obras de arte – ou “criações do espírito”, na letra do art. 7º da Lei 9.610/96.

Antes de proferida a decisão explicada no tópico 1, havia diversos critérios para identificação dessa possibilidade de dupla proteção nos Estados Unidos, sendo o mais utilizado o da *conceptual separability* (“separabilidade” conceitual), desenvolvido no caso *Bernhardt* (1985). Segundo esse critério se a apresentação estética do objeto for ditada pela sua função, o bem não será protegível por direitos autorais, tão somente por desenho industrial, se preenchidos os requisitos legais.

Outro critério muito relevante foi o desenvolvido no mesmo caso, mas no voto do Juiz discordante (Judge Newman). Segundo este, deve se analisar se o artigo sustenta a sua característica estética como obra de arte por si só.

A relevância da decisão apresentada no tópico 1 é flagrante ao se analisar que tanto a lei anterior sobre propriedade intelectual, quanto a Comissão Especial de Propriedade Intelectual da Ordem dos Advogados

49 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.45/46.

50 KILMAR, Sofia Gavião. A dupla proteção em Propriedade Intelectual face ao abuso de direito. *Revista Eletrônica do IBPI*. Disponível em: <file:///C:/Users/marti/Downloads/3-Sofia-Kilmar-A-dupla-proteca%5ELFo-em-propriedade-intelectual-face-ao-abuso-de-direito.pdf> Acessado em 26 jun. 2018, p.2/3.

do Brasil, Seccional de São Paulo, já expressaram a sua concordância com a aplicação dos testes Norte-Americanos no Brasil. Nesse sentido⁵¹:

Resumidamente, concluíram que quando se tratar de forma necessária para a obtenção de um resultado técnico, não existe proteção autoral, sendo protegível somente como desenho industrial, observadas as condições de registrabilidade: novidade e originalidade; havendo **valor artístico separável da utilidade**, a proteção se dá tanto por registro de direito autoral quanto por de desenho industrial (cumulatividade de proteções) (grifo nosso).

No mesmo sentido é o antigo Código de Propriedade Intelectual (lei 5.988/73) que em seu artigo 6º, XI prevê que “são obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como as obras de arte aplicada, desde que seu valor artístico possa **dissociar-se** do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostas”⁵². Percebe-se que a lei anterior positivou o requisito Norte-Americano de separabilidade/dissociabilidade.

Ressalta-se que mesmo com o advento da lei 9.610/96, o referido requisito não se tornou ultrapassado. Em 2010, a empresa Village 284 ingressou com ação buscando a declaração de inexistência de relação jurídica derivada de suposta relação de direito autoral e de concorrência desleal, em razão de notificação extrajudicial enviada por Hèrmes Internacional à autora, por violação de direitos autorais. A violação consistiu na fabricação, pela Village 284, de cópia exata de bolsa desenhada, fabricada e comercializada por Hèrmes Internacional⁵³.

Na decisão do Juiz João Omar Marçura, mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, foi afirmado que “a Birkin bag detém valor por sua natureza artística, sendo uma verdadeira obra de arte, de maneira que seu aspecto funcional figura em segundo plano”. A ação encontra-se no Superior Tribunal de Justiça para julgamento de Agravo em

51 OLIVEIRA, Cíntia Bell de.; BRUCH, Kelly Lissandra. Fashion Law e Propriedade Intelectual: Uma análise dos métodos de proteção de ativos oriundos da indústria da moda. Revista de Propriedade Intelectual - Direito Contemporâneo e Constituição – PIDCC. Aracaju, Ano VII, Volume 12 nº 01. Fev/2018. P.11.

52 COSTA NETTO, José Carlos. Estudos e Pareceres de Direito Autoral. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.254.

53 Apelação Cível nº 0187707-59.2010.8.26.0100, 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Recurso Especial⁵⁴. Percebe-se, portanto, que para conferir a proteção por direitos autorais, o julgador utilizou-se do critério de separabilidade/dissociabilidade previsto na doutrina Norte-Americana e no antigo Código de Propriedade Intelectual.

Outros casos⁵⁵ já foram decididos no Brasil sobre o assunto, mas nenhum foi julgado no Supremo Tribunal Federal (STF).

No ordenamento atual, não há qualquer referência às artes plásticas aplicadas, deixando a indústria da moda refém de entendimentos particulares de julgadores. Dessa forma, a aplicação de um teste, mesmo que importado, é de suma importância para o desenvolvimento desta indústria no País.

Aplicando-se o novo teste Norte-Americano, bastará verificar-se se (i) há algum elemento bidimensional ou tridimensional que pareça ter características artísticas – nos EUA fala-se em características pictóricas, gráficas ou esculturais – e se (ii) a característica artística já separada, tem a capacidade de existir independentemente dos aspectos utilitários do artigo, ou seja, deve sustentar suas características artísticas por si (nos EUA, pictóricas, gráficas ou esculturais).

Outro ponto que merece referência, é que em razão do dinamismo da indústria da moda, os direitos autorais, por existirem desde a exteriorização da obra e por uma proteção quase transfronteiriça, satisfazem de forma mais satisfatória as expectativas e os anseios de estilistas e empresas que possuem como um dos seus principais ativos a sua marca.

Assim, com a aplicação do referido teste Norte-Americano na doutrina e, espera-se, na jurisprudência brasileira ficará mais fácil de se identificar a possibilidade de dupla proteção da obra de arte aplicada a objeto útil. Trazendo-se para o seio do mercado da moda (*“fashion law”*), poder-se ia defender a proteção dos direitos autorais em estampanaria, o que estimularia a produção e criatividade nessa indústria.

54 REsp 1725052 / SP. Ministro Relator Antônio Carlos Ferreira. Situação: Conclusos para julgamento.

55 Processo nº 001/1.05.0034980-4, Vara Cível do Foro Regional Partenon da Comarca de Porto Alegre/RS. Processo nº 0072174-63.2004.8.19.0001, 6ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro/RJ.

CONCLUSÃO

Após apresentação da decisão Norte-Americana escolhida para estudo, no ponto 01, apresentou-se a origem comum dos sistemas de direitos autorais – *copyright e droit d'auteur* – bem como indícios de, no plano internacional, se estar caminhado em direção a uma proteção universal dos direitos autorais. No ponto três, analisou-se de forma breve a abordagem constitucional dos direitos autorais e o seu tratamento como direito fundamental. Em seguida, apresentou-se que o ordenamento brasileiro outrora assemelhou-se ao norte-americano, demonstrando-se que, inclusive, o requisito da separabilidade estava previsto na antiga Lei de Propriedade Intelectual, e que a sua revogação não retirou essa ideia do ordenamento brasileiro – caso *Hèrmes Internacional vs. Village 284*. Portanto, conclui-se que o teste norte-americano pode e deve ser aplicado nas decisões e doutrina brasileiras, para o fim de se proteger obras de arte aplicada pelos direitos autorais; e, assim, satisfazer de forma mais completa o dinamismo do mercado da moda.

REFERÊNCIAS

ALGARVE, João Henrique Kurtz Amantino Rodrigues da Silva. O copyright o Direito de Autor e seus Reflexos no Direito Internacional Privado: Uma análise do caso John Huston. Porto Alegre: UFRGS, 2010. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/27013>. Acessado em: 18 jun. 2018.

ALVES, Marco Antônio Sousa; PONTES, Leonardo Machado. O direito de autor como um direito de propriedade: Um estudo histórico da origem do copyright e do droit d'auteur. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2535.pdf Acessado em 18 jun. 2018. P.9882/9884.

AVANCINI, Helenara Braga. O direito autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/2384> Acessado em: 25 jun. 2018.

BARACAT, Alyssa Cecília. O Significado do Direito Autoral na Era da Sociedade da Informação: um estudo comparado de convenções internacionais. São Paulo: UFSCar, 2013, p.20. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/894/4939.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acessado em 18 jun. 2018.

BARBOSA, Denis Borges. A estrutura legal internacional dos direitos autorais. Disponível em: http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/direito_internacional_autoral.pdf Acessado em 24 jun. 2018.

BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/bases4.pdf> Acessado em: 25 jun. 2018.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. Manual de Direito da Propriedade Intelectual. Aracaju: Evocati, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRACHA, Oren. Early American Printing Privileges. The Ambivalent Origins of Authors' Copyright in America. In: *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*. Cambridge (UK): Open Book Publishers, 2010.

BRANCO Jr., Sérgio Vieira. Direitos autorais. In: *Propriedade intelectual – Roteiro de curso*. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: [http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/2/25/Propriedade Intelectual.pdf](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/2/25/Propriedade_Intelectual.pdf). Acessado em: 26 jun. 2018.

BAUDEL, Jules-Marc. Le droit d'auteur français et le copyright américain: les enjeux In: *Revue Française d'Etudes Américaines*. N.78, 1998.

CARBONI, Guilherme. Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e á cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. In: *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem a Professora Maristela Basso*. Patrícia Luciane de Carvalho (Coord.). Curitiba: Juruá, 2005.

CARVER, Peter John. Millar v. Taylor (1769) and the new property of the eighteen century. Open Collections. The University of British Columbia: 1990, p.27. Disponível em: <<https://open.library.ubc.ca/cIRcle/collections/ubctheses/831/items/1.0077720>>. Acessado em: 17 jun. 2018

COSTA NETTO, José Carlos. *Estudos e Pareceres de Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DEAZLEY, Ronan. Breaking the Mould? The Radical Nature of the Fine Arts Copyright Bill 1862. In: *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*. DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin; BENTLY, Lionel (org.). Cambridge: Open Book Publishers, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Code: Title 17 – COPYRIGHTS. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17> Acessado em: 23 jun. 2018.

FONSECA, Yuri Ikeda. O reconhecimento histórico dos direitos do autor

e sua proteção internacional. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigoId=10579 Acessado em: 24 jun. 2018.

FISHER, William. *CopyrightX: The Decline of Formalities*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=HA1LsxeGJFI>> Acessado em: 01 out. 2018.

GOMPEL, Stef van. Les formalités sont mortes, vive les formalités! Copyright formalities and the reasons for their decline in nineteenth century Europe. In: *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*. DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin; BENTLY, Lionel (org.). Cambridge: Open Book Publishers, 2010.

KILMAR, Sofia Gavião. A dupla proteção em Propriedade Intelectual face ao abuso de direito. Revista Eletrônica do IBPI. Disponível em: <file:///C:/Users/marti/Downloads/3-Sofia-Kilmar-A-dupla-protecao%5ELFo-em-propriedade-intelectual-face-ao-abuso-de-direito.pdf> Acessado em 26 jun. 2018.

MELLO, Maria Chaves de. Dicionário Jurídico português-inglês – inglês-português. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forence; São Paulo: Método, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Cíntia Bell de.; BRUCH, Kelly Lissandra. Fashion Law e Propriedade Intelectual: Uma análise dos métodos de proteção de ativos oriundos da indústria da moda. Revista de Propriedade Intelectual - Direito Contemporâneo e Constituição – PIDCC. Aracaju, Ano VII, Volume 12 nº 01. Fev/2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Na era digital, qual o melhor sistema: copyright ou direitos autorais? Revista de Direito Privado, vol.69, 2016. Disponível em: <<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/0000000&hitguid=Ib6ef05107a3211e6b69501000000000f05107a3211e6b69501000000000&spos=4&epos=4&td=4000&co>>

ntext=10&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acessado em: 17 jun. 2018.

PFEISTER, Laurent. Author and Work in The Franch Print Privileges System: Some Milestone. In: Privilege and Property: Essays on the History of Copyright. DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin; BENTLY, Lionel (org.). Cambridge: Open Book Publishers, 2010.

RODRIGUES, Daniela Oliveira. Limites aos Direitos de Autor sob a Perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Estudo dos limites aos direitos de autor frente aos direitos de acesso ao conhecimento e à educação nos ordenamentos internacional e interno. São Paulo: USP, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-11022015-082708/pt-br.php> Acessado em: 24 jun. 2018.

ROSA, Antônio Machuco. 5 lições sobre comunicação, redes e tecnologias da informação: Da cibernética ao copyright. Lisboa: Vega, 2006. P.196.

ROSINA, Mônica Steffen Guise. Fashion Law é a nova moda do Direito. In Revista Observatório Itaú Cultural, nº 16, jan/jun 2014, p. 106-117. São Paulo: Itaú Cultural. Disponível em: http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wpcontent/uploads/2014/06/OBSERVATORIO16_0.pdf. Acessado em 26 jun. 2018.

Supreme Court of the United States. Decisão nº. 15-866. Relator: Justice Thomas. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-866_0971.pdf Acessado em: 23 jun. 2018.

SILVEIRA, Newton. A Propriedade Intelectual e a Nova Lei de Propriedade Industrial. São Paulo: Saraiva, 1996.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo IX Direito de Autor e transformações tecnológicas

TÍTULO: JUSTIFICANDO A PROPRIEDADE INTELLECTUAL - QUAL SERIA A SUA FUNÇÃO SOCIAL NA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL?

Eduardo Oliveira Agostinho



JUSTIFICANDO A PROPRIEDADE INTELLECTUAL – QUAL SERIA A SUA FUNÇÃO SOCIAL NA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL?

Eduardo Oliveira Agostinho¹

RESUMO

O trabalho trata sobre os fundamentos que legitimam a existência de um sistema jurídico para a proteção da criação intelectual fundado no regime jurídico de propriedade na economia digital, mesmo diante de disjunções no uso corrente desses institutos, como o surgimento dos *patent trolls* e de condutas oportunistas no uso abusivo da proteção intelectual por empresas de base tecnológica. Para tanto, faz-se uma revisão das propostas de Robert Merges e de Shuba Ghosh para justificar a eficácia do sistema de propriedade intelectual. Enquanto o primeiro busca fundar essa legitimidade na existência de um direito fundamental, o segundo valoriza o aspecto instrumental da propriedade intelectual como um elemento de governança para viabilizar o acesso ao bem comum informacional. Por caminhos diversos, apresentam-se importantes considerações que justificam a proteção da criação intelectual por meio do direito de propriedade, não obstante as mudanças sociais e de modelos de negócio trazidas pela economia digital.

Palavras-chave: propriedade intelectual; inovação, análise econômica do direito

¹ Doutor em Direito Econômico pela PUCPR. Professor Titular de Direito Empresarial na PUCPR. Advogado. E-mail: eduardo.agostinho@pucpr.br

INTRODUÇÃO

A proteção jurídica da criação inventiva ou humana por meio do regime jurídico de propriedade, a denominada propriedade intelectual se justifica socialmente? Esse questionamento sempre fez parte do desenvolvimento desse sistema e de seu estudo, mas com as mudanças que vem ocorrendo nos modos de produção em virtude da digitalização da economia, na chamada Quarta Revolução Industrial, apontam-se novos elementos para como ensejadores dessa questão. O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise da questão a partir da visão de autores que buscam justificar a existência e a preservação da Propriedade Intelectual. Dentro dessa proposta, apresenta-se, inicialmente, em uma primeira seção, exemplos de situações que colocam em questionamento a propriedade intelectual e sua função social. Em seguida, apresenta-se uma revisão dos fundamentos empregados por Robert Merges para a justificação da propriedade intelectual como um bem jurídico em si, de forma a legitimar o seu tratamento legal na sociedade de forma mais abrangente que a visão utilitarista pautada na sua instrumentalização como um apoio para o desenvolvimento tecnológico. Em uma terceira seção, apresenta-se a perspectiva da propriedade intelectual como um elemento facilitador para a construção de um *information commons*, na perspectiva de Shubba Ghosh. Por fim, apresenta-se considerações finais, nas quais se valorizam os aspectos que justificam a propriedade intelectual como um bem jurídico fundado na autonomia e liberdade do ser humano, com a sua função social limitada pelo interesse coletivo, e, ainda, sob o escopo funcional, em uma sociedade digital, como um facilitador do desenvolvimento tecnológico, diante da maior transparência que o direito de propriedade propicia para a organização das estruturas contratuais destinadas à produção de inovação.

1. A necessidade de se repensar o Sistema de Propriedade Intelectual

O sistema de propriedade atribuído às criações intelectuais e seu descompasso com as mudanças sociais provenientes da era digital tem

permitido a ocorrência de situações que colocam em dúvida se o regime em questão ainda se mostra adequado para o fim a que se destina. Para a contextualização exemplificativa dessas distorções dentro da proposta do presente artigo, apresentam-se duas situações que contribuem para a compreensão da complexidade desse debate.

A primeira envolve a figura conhecida como *Patent Trolls*, muito presente nos Estados Unidos. Trata-se de empresas especializadas em gerir portfólios de patentes com o objetivo único e restrito de promover ameaças a outras empresas, judicialmente ou extrajudicialmente, fundando-se na suposta e possível violação de propriedade intelectual. Em outros termos, um *patent troll* tem como objetivo e negócio adquirir patentes de invenção e simplesmente estocá-las como um ativo. Em paralelo, monitora-se o mercado para identificar empresários que estejam obtendo resultados econômicos significativos, e cujos produtos ofertados ao consumidor possam, em alguma medida, deter tecnologia que conflite com aquela estocada. Quando isso ocorre está atingido o objetivo do negócio. O *patent troll* notifica o empresário, forçando-o a uma negociação para evitar uma demanda judicial envolvendo uma possível violação de patente, obtendo o seu lucro na operação por meio desses acordos para se evitar a demanda judicial. Caso não ocorra o acordo, parte-se para a ação judicial. Os inúmeros casos de ganhos milionários de empresas dessa espécie são objeto constante de questionamento (PORTER, 2017), sendo que o que mais chama a atenção é o fato de que são empresas que não geram um produto ou serviço sequer para a sociedade. O seu único objetivo é o de se valer de uma aparente disjunção do sistema de propriedade intelectual como o seu negócio em si.

Como segunda situação que permite apontar como sinal de fadiga do sistema de propriedade intelectual, apresenta-se um problema local que ensejou grande debate, e cujo desfecho foi no sentido de proteção do regime jurídico existente, não obstante os questionamentos sobre a adequação dos fatos a sua função social. Trata-se da disputa entre montadoras de veículos (Volkswagen, Ford e Fiat) e a Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) envolvendo um possível abuso no uso da propriedade intelectual de forma a trazer prejuízos à concorrência.

Na interpretação da ANFAPE, haveria um domínio monopolista das montadoras no mercado secundário de peças automotivas, as chamadas peças de reposição, por intermédio do emprego do registro de desenho industrial. Desse modo, o adquirente de um carro dessas montadoras, caso venha a precisar repor um para-lama em virtude de uma batida, por exemplo, vê-se em uma condição de sujeição a um monopólio, uma vez que somente a montadora, ou terceiro por ela autorizado, é que produz aquela peça. Segundo as montadoras, tal situação faria parte do modelo de negócios, e os preços das peças no mercado secundário precisam ser avaliados como parte integrante da cadeia de produção automobilística, justificando-se a necessidade de proteção da condição monopolista nesse mercado. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE recentemente julgou a prática em questão e entendeu, em uma apertada votação de quatro a três, que não haveria prejuízo à concorrência (GANTOIS; PIMENTA, 2018)

Ambas as situações acima demonstram cenários de possível disjunção entre a posição da doutrina sobre a função social da propriedade intelectual e as consequências dos seus efeitos na sociedade contemporânea.

A tradicional justificativa para a adoção do regime de propriedade para a proteção das criações intelectuais, sobretudo no sistema de patentes, volta-se para a visão utilitarista do custo-benefício, na qual o Estado atribui artificialmente o direito de propriedade sobre um recurso de uso não rival visando o estímulo à produção de novas tecnologias. Segundo essa interpretação, se não houvesse esse indutor, o risco da sujeição à imitação serviria como um desincentivo ao investimento na pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias.

Ocorre que, no primeiro caso, o que se observa é o emprego dos efeitos da proteção da tecnologia como um negócio em si mesmo, sem a geração de qualquer inovação, e no segundo caso, um possível emprego do sistema para a captura de valor em um âmbito nebuloso, no qual essa proteção pode gerar prejuízos ao consumidor.

Situações como essas, dentre outras tantas decorrentes das rápidas mudanças trazidas para o modo de produção capitalista pela economia digital, na denominada Quarta Revolução Industrial (SCHWAB, 2016),

é que vem reforçando a necessidade de se debater o sistema de propriedade intelectual e sua justificação a partir de sua função social (LESSIG, 2001; BURK; LEMLEY, 2009).

2. Propriedade Intelectual como um direito fundamental – a perspectiva de Robert Merges

Para Robert Merges (2011, p. 12) o debate envolvendo a razão da existência do sistema de propriedade intelectual, trazido sob uma nova onda de questionamentos decorrentes dos desafios da era da economia digital, permitiu-lhe, um efetivo amadurecimento em relação ao tema.

Sobretudo porque esse autor, em sua trajetória de pesquisa, dentro da tradição saxã, parte da premissa de que o sistema de propriedade intelectual seria um regime de natureza instrumental, voltado para o incentivo à criação humana, de espírito ou tecnológica, por meio da recompensa proposta, caracterizada pela exclusividade na sua exploração econômica.

Nesse sentido, a disjunção observada em diversas situações envolvendo a aplicação do sistema efetivamente coloca em questão a sua pertinência.

Para o autor, não obstante essas situações anômalas às finalidades desse sistema, a percepção de que o regime de propriedade intelectual propicia um ciclo virtuoso ainda prevalece, mesmo que intuitivamente. Diante disso, Robert Merges se propõe a aprofundar a análise do instituto para buscar justificá-lo, para além da instrumentalidade utilitarista.

Dentro dessa perspectiva o autor apresenta sua proposta de justificação para o sistema de propriedade intelectual, dispondo como seus subprincípios: a) eficiência; b) maximização do domínio público (*nonremoval*); c) proporcionalidade; e d) dignidade.

De outro lado, como fundamentos normativos desse sistema, aponta o autor: a) a teoria da apropriação por intermédio do trabalho, fundada em John Locke; b) a autonomia e liberdade, fundada em Immanuel Kant; e c) propriedade e justiça distributiva, fundada em John Rawls. (MERGES, 2011, p. 4-27)

Nesse sentido, os elementos fundantes empregados usualmente pela construção do sistema de propriedade intelectual na experiência

saxã passam a ser vistos como subprincípios, cujo uso prático e relevância não deixam de existir. Todavia, na perspectiva do autor, esses elementos passam a ser permeados pelos fundamentos normativos que o justificam. Dessa forma, a disjunção funcional não seria, em si só, uma razão para a derrogação do sistema. Talvez possa ser uma causa para a reflexão sobre a necessidade de sua adequação, mas a propriedade intelectual como sistema, deixaria de ser vista como um elemento instrumental, para passar a ser vista como um direito em si.

Nessa perspectiva, Merges vale-se da teoria da apropriação por intermédio do trabalho de John Locke para reforçar o direito de propriedade sobre a criação intelectual como um direito natural do ser humano. Portanto, trata-se de um direito mais abrangente que o mero instrumental para o interesse coletivo no escopo da inovação.

Nessa perspectiva, soma-se à noção de propriedade jusnaturalista de Locke, a visão Kantiana de que a propriedade seria central para a liberdade do ser humano (MERGES, 17). A propriedade confere ao sujeito o controle e a perspectiva de compensação, as duas dimensões práticas da noção de Kant de autonomia. Passa-se, dessa forma, na visão de Robert Merges, da compreensão clássica da propriedade intelectual como um bem artificialmente cunhado em prol de um interesse coletivo para a concepção de um direito fundamental. (MERGES, 2011, p. 03)

Não se pode, todavia, conceber o direito de propriedade sem limitações, sobretudo em virtude dos interesses de terceiros, respeitando-se, inclusive, as visões nesse sentido de John Locke e, sobretudo, de Immanuel Kant.

É justamente no intuito de propiciar justificativa para a limitação dos direitos de propriedade intelectual que Merges se ancora na concepção de justiça distributiva de John Rawls, o qual destaca que todo ser humano, na sociedade, é devedor do seu sucesso, diante dos atributos que a sociedade lhe propiciou e que lhe permitiram chegar em seus resultados. A partir dessa premissa, os direitos de propriedade intelectual estão sujeitos à proporcionalidade, considerando a contribuição que a criação gera para a sociedade. Vale destacar ainda, que o fruto da exploração dessa propriedade intelectual também está sujeito à necessária retribuição social, o que ocorre

por intermédio da tributação. (MERGES, 2011, p. 19)

Para Robert Merges, esses três fundamentos do sistema de propriedade intelectual; apropriação por meio do trabalho, autonomia e liberdade e justiça distributiva norteiam os subprincípios que se encontram presentes nos textos de lei dos diversos bem de propriedade industrial, e se materializam em diversas oportunidades de aplicação.

Os subprincípios da eficiência e proporcionalidade, por exemplo, se alinham com o fundamento da apropriação pelo trabalho na delimitação do prazo da proteção, dos critérios para a reparação de danos no caso de violação.

O fundamento da autonomia e liberdade estão presentes de forma destacada no subprincípio da dignidade, que aflora o direito moral do criador intelectual. Mas também está presente no subprincípio da maximização do domínio público (*nonremoval*), que protege o interesse de terceiros, vedando-se a apropriação privada do bem público, tutelando-se assim o legítimo interesse de terceiros.

Por fim, o fundamento da justiça distributiva permeia o sistema de propriedade intelectual, não somente no momento de concessão da titularidade sobre a exclusividade na exploração de uma criação, mas também sobre todo o seu ciclo de existência e exercício.

Nas palavras do autor,

“[the] optimal policy in the IP field involves more than simply providing a clear set of property rights and then getting the government out of the way. This is a good starting point, as far as I am concerned, but it is not the end of the story. Government must monitor more than the initial conditions of appropriation. It must keep track of how these property rights are assembled and deployed, and what consequences – economic and social – follow from their use in specific settings. Because (like all rights) permits private individuals to bring the power of the State to bear against other citizens, the conditions surrounding the use of this power are always relevant, always of interest to the legal system. So, the government’s interest in IP rights does not end when the rights are awarded. It extends to the long period during which property owners use rights to control and exclude other people. Acquisition and appropriation are only the first movement in the concerto of government concern with IP rights; they are not the finale.” (MERGES, 2011, p. 12)

Por fim, o fundamento da justiça distributiva permeia o sistema de propriedade intelectual, não somente no momento de concessão da titularidade sobre a exclusividade na exploração de uma criação, mas também sobre todo o seu ciclo de existência e exercício.

Para Robert Merges, os fundamentos e os subprincípios propostos em sua justificação para a propriedade intelectual permitem a revisão do sistema, mas a propriedade intelectual deve ser vista como um direito do ser humano, fruto de seu trabalho criativo e inerente a sua autonomia e liberdade na condição de sujeito de direito.

Nesse panorama, questionamentos quanto à sustentação do sistema de propriedade intelectual em virtude de sua disjunção seriam falhos, eis que partem da premissa de que a propriedade intelectual seria meramente um instrumental para uma finalidade específica (LESSIG, 2001), e não um direito. Ademais, para Merges, a compreensão de que a forma de disseminação da informação por meio de novas plataformas e tecnologias não afasta a estrutura subjacente, na qual se tem um criador e uma obra. Dessa forma, esse criador continua sendo um detentor do direito de proteção da sua obra, não obstante a mudança na plataforma de difusão. O que ocorre, por vezes, para Merges, é uma falha na percepção dos críticos ao sistema da propriedade intelectual, no sentido de que a mudança nas plataformas gera a mudança nos modelos de negócio, também, de modo que a proteção do criador e de sua obra por meio do direito de propriedade tende a continuar atendendo a sua funcionalidade conforme os modelos de negócio se amoldam às novas tecnologias.

Não obstante isso, Robert Merges concorda com a fragilidade do modelo atual no tocante a sua estruturação diante de um panorama onde a propriedade intelectual é gerida por corporações, enquanto o sistema foi pensado e desenhado segundo a premissa de tutela ao criador individual ou à pequena empresa. Nesse tocante, um dos tantos desafios para o sistema é o balanceamento entre corporações gestoras de portfolios de propriedade intelectual e os demais agentes participantes desse ambiente diverso, como os criadores individuais, empregados das corporações e as empresas de tecnologia de pequeno porte.

3. Propriedade Intelectual como um instrumento para a organização dos bens comuns informacionais (*information commons*) – a perspectiva de Shubha Ghosh

Shubha Ghosh (2007), seguindo um percurso distinto da proposta de Robert Merges, procura fundar a justificação da propriedade intelectual e de sua função social exatamente no seu perfil funcional. Contudo, o enfoque sugerido é distinto do clássico tratamento utilitarista da relação custo-benefício e do interesse coletivo na atribuição da exclusividade ao criador intelectual como uma forma de incentivo à criação e, ao mesmo passo, de assegurar que a tecnologia venha a ser de domínio público com a subsequente expiração da proteção concedida. (GHOSH, 2007, p. 214)

Na visão de Ghosh, deve-se compreender o papel da propriedade intelectual como um instrumento para a formação e organização do *information commons*, aqui traduzido livremente por bem comum informacional. O autor, dessa forma, reforça a interpretação do sistema de propriedade intelectual como um meio, e não como um fim em si mesmo. Nesse âmbito, o autor conceitua o bem comum informacional (*information commons*) como a “organização da produção e distribuição do conhecimento de forma que assegure o seu livre acesso” (GHOSH, 2007, p. 210). Dito isso, para Ghosh, o papel da propriedade intelectual, como meio ou instrumento, deve ser no sentido de viabilizar essa organização que assegure o seu livre acesso.

A questão que passa a ser objeto de enfoque a partir dessa premissa é sobre a forma de implementação dessa organização, a qual tende a múltiplas interpretações. Enquanto para alguns, livre acesso equivaleria acesso à custo zero, para outros, o acesso gratuito geraria a não informação. (GHOSH, 2007, p. 210)

Dentro dessa perspectiva, Ghosh divide a doutrina sobre a propriedade intelectual entre os grupos extremos que a entendem como um elemento, de um lado, de restrição no acesso ao bem comum informacional, e de outro, de facilitação desse acesso. Por fim, indica ainda a existência de um terceiro grupo para o qual o regime de propriedade intelectual seria totalmente irrelevante.

Ghosh contrapõe-se a essas três perspectivas, propondo-se a avaliá-las sob o enfoque das instituições, compreendidas como as regras formais e informais que permeiam o bem comum informacional e sua relação com o sistema da propriedade intelectual. A proposta do autor, todavia, procura desenvolver essa análise a partir de três princípios que devem nortear a estrutura das instituições formais e informais de um sistema voltado para a “organização da produção e distribuição do conhecimento, de forma que assegure o seu livre acesso” (GHOSH, 2007, p. 210). Tais fundamentos seriam: *(i)* a imitação; *(ii)* a troca de ideias e produtos e *(iii)* a governança.

Enquanto a imitação representa um elemento social essencial para a produção e disseminação do conhecimento, a troca de ideias e produtos é a base para o mercado e outras formas de interação humana. Enquanto a primeira é baseada na igualdade e na cópia, a segunda é baseada na diferença e se desenvolve em virtude dos interesses recíprocos de intercâmbio. Por fim, a governança é representada pelas instituições, ou seja, regras formais e informais que norteiam a interação entre a imitação e a troca, que conjuntamente propiciam a produção cultural. (GHOSH, 2007, 214)

Desse modo, para Ghosh, a compreensão da propriedade intelectual a partir desses três princípios como informadores do sistema voltado para propiciar a organização do livre acesso à produção e distribuição do conhecimento, permite compreender que o seu papel não é antagônico ou contraditório ao acesso à informação de uso comum. Pelo contrário, o regime de propriedade intelectual é subsidiário e propicia a estrutura necessária para que exista a fluência no acesso ao bem comum informacional.

A partir dessa matriz principiológica incidente sobre as instituições, quais sejam, as regras formais e informais que permeiam o sistema jurídico de propriedade intelectual, é que Ghosh indica inconsistências nos três posicionamentos anteriormente mencionados. Os que avaliariam o regime jurídico de propriedade intelectual como um sistema restritivo, facilitador ou ainda, irrelevante, no acesso aos bens comuns informacionais.

Na leitura de Ghosh, a doutrina que valoriza o aspecto restritivo da

propriedade intelectual se funda em uma visão estritamente legalista. Ou seja, destacam o perfil excludente que esses direitos carregam por meio de suas regras formais. Nesse contexto, a criação intelectual protegida pelo direito de propriedade tende a permitir a formação de ambientes no qual essa exclusividade é empregada como um instrumento para restringir o trabalho criativo de terceiros. Desconsideram, todavia, os críticos ao perfil restritivo da propriedade intelectual, as regras informais que permeiam o sistema, bem como as mitigações de sua aplicação provenientes da jurisprudência. Como uma demonstração material dessa mitigação, ter-se-ia, por exemplo, a consolidação do *fair use* no âmbito dos direitos autorais. (GHOSH, 2007, 216)

De outro lado, a doutrina que valoriza o aspecto facilitador da propriedade intelectual funda-se em uma visão preponderantemente contratual. Ou seja, destacam os direitos de propriedade e o trânsito jurídico por meio dos contratos como elementos suporte para as regras informais pertinentes ao sistema, visto sob a ótica de mercado. Nesse contexto, a propriedade intelectual seria uma peça dentro da engrenagem do mercado de criações intelectuais, que juntamente com soluções contratuais, formaria o mercado para tecnologias (GHOSH, 2007, 217). Segundo Ghosh, os pontos de limitação do regime jurídico de propriedade intelectual suscitados, tanto pelos de visão restritiva quanto pelos de visão facilitadora, seriam os mesmos. A distinção entre as perspectivas estaria no enfoque dado ao regime em cada uma das perspectivas. Enquanto a doutrina restritivista destaca o aspecto ofensivo do sistema, como cerceador do direito de terceiros ao acesso e ao uso da informação, a doutrina facilitadora valoriza o aspecto defensivo, observando a propriedade intelectual como uma alternativa ao segredo. Enseja, dessa forma, o perfil da proteção da criação intelectual como um instrumento de disseminação do conhecimento, com o acesso à informação por terceiros ocorrendo de forma estruturada, sendo que, subseqüentemente, o conhecimento protegido torna-se domínio público.

A perspectiva facilitadora, todavia, na leitura de Ghosh, também apresenta limitações ao tratar o ambiente institucional da criação intelectual e da tecnologia, em sua totalidade, como um mercado.

Os sujeitos envolvidos na produção de cultura e tecnologia forjam um ambiente institucional complexo, o qual, em parte, formado por empresas, submete-se à lógica de mercado. De outro lado, pesquisadores e Universidades são induzidos por outros incentivos, que não necessariamente mercadológicos. Essa distinção é desconsiderada pela doutrina da propriedade intelectual como facilitadora do acesso ao bem comum informacional.

Diante disso, a inconsistência doutrinária, nesse âmbito, estaria representada na restrita instrumentalização da propriedade intelectual como uma engrenagem do mercado para tecnologia, desconsiderando que pesquisadores e Universidades, elementos essenciais desse ambiente institucional, não se pautam pelos mesmos indutores que norteiam o comportamento das empresas. (GHOSH, 2007, 218)

Por fim, tem-se a terceira vertente segundo a qual o regime jurídico de propriedade intelectual seria irrelevante, sobretudo na era digital. A doutrina, nesse panorama, parte da premissa lastreada pelo Teorema de Coase, segundo o qual, em um ambiente tendente a baixos custos de transação, a titularidade dos direitos de propriedade perde sua significância na forma de interação das partes para a melhor alocação dos recursos. Diante disso, as regras informais presentes no ambiente institucional da produção cultural e tecnológica induz os sujeitos envolvidos nesse mercado a implementarem soluções associativas para gestão coletiva das criações intelectuais, o que tornaria os direitos de propriedade intelectual prescindíveis. Segundo Ghosh, a fragilidade nessa visão doutrinária reside, exatamente, na valorização da irrelevância da propriedade em decorrência da presunção de que a alocação de recursos intelectuais entre os diversos sujeitos presentes no mercado tende a ocorrer independentemente de quem detém a condição de proprietário dos referidos recursos. Ocorre que, ao contrário do disposto, essa alocação eficiente do produto da criação intelectual é um desdobramento do livre trânsito jurídico desse recurso em um ambiente de baixos custos de transação. E os baixos custos de transação tem conexão direta com os direitos de propriedade.

Em suma, na perspectiva de Ghosh, contrariamente ao suscitado pela doutrina da irrelevância da propriedade intelectual, esse sistema não

é prescindível se a presunção para o livre fluxo do conhecimento se funda em baixos custos de transação, uma vez que essa característica é presente em um ambiente institucional exatamente pela compreensão integral dos sujeitos envolvidos nesse mercado, sobre os direitos de propriedade e seus respectivos limites. (GHOSH, 2007, 224)

Dessa forma, ao suscitar as inconsistências desses três tratamentos doutrinários pertinentes à propriedade intelectual, Ghosh procura avançar no debate, ao destacar que essas visões se limitam a abordar os problemas e as vantagens da propriedade intelectual na formação de um bem comum informacional, mas nenhuma das perspectivas apresenta proposições sobre como a propriedade intelectual poderia ser formatada para esse fim.

É com esse objetivo, qual seja, de apresentar uma proposta de guia para a formatação do sistema de propriedade intelectual voltado para a organização dos bens comuns informacionais, que o autor suscita os princípios da (i) imitação; (ii) troca de ideias e produtos e; (iii) governança. Segundo Ghosh:

“Open access facilitates imitation, which I demonstrate is important for progress in expressive and inventive activities. Open access facilitates the exchange of information, both through market and no-market transactions, that fuels creation and invention. Finally, open access principles not only guide the design of the information commons, but also the structure of intellectual property as a means to implementing that design.” (GHOSH, 2007, p. 225)

Desse modo, um sistema de propriedade intelectual, de caráter instrumental, somente atinge ao seu fim se for instrumento para o acesso ao bem comum informacional. Nesse âmbito, a sua estruturação, ou a sua governança, deve permitir a imitação e fomentar a troca de ideias e produtos.

A imitação é elemento essencial na formação do conhecimento coletivo e importante instrumento para a sua transmissão e evolução, por intermédio do trabalho colaborativo e cumulativo. Por essa razão, deve ser o primeiro princípio guia na formação de um regime jurídico de propriedade intelectual voltado para o livre acesso ao bem comum informacional.

Já a troca se funda na heterogeneidade do conhecimento e na sua importância no processo evolutivo do conhecimento, também por

intermédio do trabalho colaborativo e cumulativo. Por essa razão, deve ser o segundo princípio guia na formação do sistema de propriedade intelectual focado no livre acesso. Para tanto, a sua estruturação não pode ser simplesmente relegada ao mercado, sendo necessária a regulação estatal, visando a indução dos sujeitos envolvidos nesse ambiente institucional, o qual é integrado não somente por empresas, mas também por outras organizações como Universidades, institutos tecnológicos sem fins lucrativos, as quais visam promover o desenvolvimento tecnológico.

Dentro dessas premissas, Ghosh reforça sua compreensão de que “*the view of patents and copyrights as rewards emphasizes only one dimension, as compensation for invention, and ignores the role of patents and copyrights as means of regulating markets.*” (GHOSH, 2007, p. 230)

A governança é, portanto, o sustentáculo, por meio da atuação estatal, para que a propriedade intelectual possa ser um meio efetivo de regulação do mercado. Um mercado bem regulado, na perspectiva do autor, depende de uma governança que propicie (i) a criação de fóruns públicos de participação dos sujeitos envolvidos nesse ambiente institucional; (ii) o desenvolvimento de uma infraestrutura cultural que facilite a autonomia e a participação e; (iii) a criação de sistemas livres que permitam a transparência e o acesso ao conhecimento.

Esses três princípios, trabalhando em conjunto, serviriam de guia para a formatação de um regime jurídico de propriedade intelectual voltado para o livre acesso aos bens comuns informacionais. (GHOSH, 2007, p. 234)

Feito isso, o autor apresenta duas situações nas quais se propõe a análise a respeito da adequação do sistema de propriedade intelectual a partir dos três princípios guia para o livre acesso aos bens comuns informacionais.

O primeiro caso envolve o compartilhamento de arquivos *peer-to-peer*. Aponta o autor que essa tecnologia se apresentou como um desafio, não só ao sistema de direitos autorais, mas à própria estrutura de mercado de distribuição de músicas e filmes em si.

Destaca-se, nesse âmbito, dois julgamentos de tecnologias *peer-to-peer* submetidas a *U.S Court of Appeals for the Ninth Circuit*. Os

casos Napster e Grokster. Em ambas as situações, empregou-se como precedente o julgamento da Suprema Corte de 1984, no qual foi suscitada a responsabilidade civil da Sony em virtude da violação aos direitos autorais por meio da possibilidade de realização de cópias com o uso dos equipamentos de videocassete – VCR, e que deu origem à *substantial noninfringement-use doctrine*, em tradução literal, doutrina da não violação substancial. Por meio desse precedente a Suprema Corte estadunidense adotou o entendimento de que se o uso propiciado pelo equipamento em não violação aos direitos autorais é mais substancial do que o uso para a violação, o fabricante da tecnologia não é responsável por esse desvio na sua utilização.

Ocorre que nos casos Napster e Grokster, não obstante se tenha empregado a mesma doutrina em ambos os julgamentos, pela mesma Corte, as decisões foram antagônicas. Enquanto o Napster foi considerado responsável pelo uso da tecnologia em violação à propriedade intelectual, o Grokster não teve o mesmo julgamento. Enquanto a tecnologia Napster não foi considerada um *fair use* por facilitar a cópia sem custos, a tecnologia Grokster foi considerada um *fair use*, uma vez que propiciava a difusão de materiais não sujeitos a direitos autorais na mesma medida que os protegidos, enquadrando-se, portanto, nos limites aceitos pela doutrina da não violação substancial.

Para Ghosh, a contradição entre ambas as decisões decorreria do fato de que, na primeira situação, do caso Napster, os julgadores teriam sido influenciados pelo aspecto quantitativo do problema, comparando-se os efeitos do uso dessa tecnologia como o longínquo caso da Sony. A decisão do caso Grokster, não obstante antagônica a anterior, foi mais convergente ao aspecto finalístico do sistema da propriedade intelectual. Essa interpretação seria validada no emprego dos princípios guia sugeridos pelo autor. (GHOSH, 2007, p. 238)

Nesse mesmo sentido, mas envolvendo a disseminação de tecnologia protegida pelo sistema de patentes, o autor menciona um caso envolvendo o direito de um laboratório farmacêutico em copiar o princípio ativo e fazer testes antes de seu uso antes da expiração da vigência da patente de um terceiro laboratório. Destacou-se desse julgamento o seguinte

pronunciamento da juíza Pauline Newman:

The purpose of a patent system is not only to provide a financial incentive to create new knowledge and bring it to public benefit through new products; it also serves to add to the body of published scientific/technologic knowledge.

... The right to conduct research to achieve such knowledge need not, and should not, await expiration of the patent. That is not the law, and it would be a practice impossible to administer. (GHOSH, 2007, p. 240)

Na leitura de Ghosh, a disseminação da informação, mandatória no sistema de patentes, permite a imitação e induz a troca, que propicia, no caso da organização de um bem comum informacional, o estabelecimento da sua governança.

Uma forma de governança voltada para o escopo do uso livre, pode ocorrer, por exemplo, por meio dos *patent pools*. Trata-se de “(...) *an agreement between two or more patent owners to license one or more of their patents to one another or to third parties. (...) Pools also frequently represent the basis for industry standards that supply firms with the necessary technologies to develop compatible products and services. In that case, they rather concern technologies that are yet to be fully developed.* (WIPO, 2014, p. 3)

Um caso concreto de *patent pool* voltado, sobretudo, para a difusão de tecnologias é o *Medicine’s Patent Pool - MPP*, hospedado nas Nações Unidas, fundado em 2010 com o propósito de “*improve health by providing patients in low- and middle-income countries with increased access to quality, safe, efficacious, more appropriate and more affordable health product, through a voluntary patent pool mechanism*” (MPP, 2018). O *Pool* é uma entidade sem fins lucrativos e recebe licenças para sublicenciar patentes de princípios ativos ligados à indústria farmacêutica, voltados ao combate do HIV, Hepatite C e Tuberculose.

No contrato de licenciamento de patente relativa aos componentes antirretroviral conhecidos como “*lopinavir*” e “*ritonavir*” entre o licenciante *AbbVie Inc.* e a licenciada *Medicines Patent Pool Foundation* datado de 24 de novembro de 2014, observa-se que, mesmo se tratando de um licenciamento sem fins lucrativos, os tópicos que devem estar presentes no contrato para gerar frutos entre as partes são previstos para

dar garantia de que os direitos de propriedade intelectual do licenciante não sejam infringidos. Por outro lado, também deve haver cooperação para alcançar o objetivo da licenciada de beneficiar a população a partir do usufruto dessa patente e servir de exemplo para futuros licenciamentos.

No contrato encontra-se explícito que houve uma oferta e a aceitação de um licenciamento não exclusivo e intransferível para sublicenciar a patente objeto do contrato com a finalidade de manufaturar e desenvolver; vender, oferecer para vender ou distribuir, de forma não onerosa, nos territórios elegíveis com o único propósito de combate à HIV; e comercializar os componentes fixados nos territórios designados com a finalidade de tratamento pediátrico ou prevenção contra HIV. A licenciante *AbbVie Commercialization Rights* reserva para si, contudo, o direito a preferência na comercialização de melhoria dos componentes alvo deste licenciamento.

Reforça-se, dessa forma, por meio de decisões judiciais ou por meio de arranjos contratuais, formas de disseminação da informação, permitindo a imitação e induzindo a troca, o que propicia a formação de um ambiente de governança voltado para o estabelecimento do bem comum informacional,

4. Considerações finais

Robert Merges e Shubba Ghosh apresentam visões distintas. O primeiro busca fundar o sistema de propriedade intelectual com um bem jurídico em si, o que de certa forma caracteriza uma mudança de perspectiva na forma de tratamento do tema por esse autor, o qual em sua trajetória usualmente valorizou o aspecto funcional desse sistema.

Shuba Gosh, por outro lado, vale-se de uma perspectiva funcional do sistema, mas ao contrário da temática usual de valorização do enfoque nos ganhos individuais ou coletivos da tecnologia, o autor suscita o papel da propriedade intelectual como um suporte para o acesso à informação.

Ambas as perspectivas apontam, contudo, de forma convergente, para a existência de justificativas para a preservação da proteção da tecnologia por meio do regime jurídico de propriedade.

Valoriza-se, dessa forma, os aspectos que justificam a propriedade intelectual como um bem jurídico fundado na autonomia e liberdade do ser humano, com a sua função social limitada pelo interesse coletivo, e, ainda, sob o escopo funcional, em uma sociedade digital, como um facilitador do desenvolvimento tecnológico, diante da maior transparência que o direito de propriedade propicia para a organização das estruturas contratuais destinadas à produção de inovação.

Cabe, portanto, à doutrina, às decisões judiciais e aos arranjos contratuais, materializar o emprego desse sistema sob a premissa maior do equilíbrio entre o interesse individual e o coletivo, como proposto por Merges.

É possível que a percepção desse regime jurídico como um instrumento de acesso ao bem comum informacional, como proposto por Ghosh, possa servir de guia norte para a persecução desse equilíbrio.

REFERÊNCIAS

GANTOIS, Gustavo; PIMENTA, Guilherme. Cade não vê conduta anticompetitiva e arquiva processo contra VW, Ford e Fiat. in JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/cade-nao-ve-conduta-anticompetitiva-e-arquiva-processo-contravw-ford-e-fiat-14032018. Acesso em: 14 de março de 2018.

GHOSH, Shuba. How to build a commons in Understanding knowledge as a commons: from theory to practice. Massachusetts Institute of Technology, 2007.

LESSIG, Lawrence. The future of ideas: the fate of the commons in a connected world. Vintage, 2001.

MERGES, Robert. Justifying intellectual property. Harvard University Press: Cambridge, 2011.

PORTER, Eduardo. Patent ‘Trolls’ Recede as Threat to Innovation. Will Justices Change That? In The New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/11/21/business/economy/patents-trolls-supreme-court.html>. Acesso em: 03 de março de 2018.

WIPO. Patent pools and antitrust – a comparative analysis. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent_pools_report.pdf. Acesso em: 08 de março de 2018.

MPP. Medicine Patent Pool. Disponível em: <https://medicinespatentpool.org/>. Acesso em: 08 de março de 2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo IX Direito de Autor e os Primados Constitucionais

CONTROVÉRSIAS NA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL EM MATÉRIA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

**ÂNGELA KRETSCHMANN
NEY WIEDEMANN NETO
GUILHERME RODRIGUES**



CONTROVÉRSIAS NA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL EM MATÉRIA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ângela Kretschmann¹

Ney Wiedemann Neto²

Guilherme Kretschmann Rodrigues³

Resumo: Este artigo se propõe analisar a teoria e prática dos tribunais quanto a produção de prova pericial na propriedade intelectual. A abordagem esclarece os motivos pelos quais muitas vezes é prudente determinar a produção de prova pericial, mesmo em casos que parecem mais evidentes, e por que motivo em alguns casos a produção de prova técnica não é necessária. O artigo enfrenta as mudanças legais ocorridas a partir de 2015, bem como situações concretas levadas aos tribunais, que exemplificam a necessidade, ou não, da produção de tal prova.

Palavras-chave: prova pericial, direito autoral, patentes, marcas.

- 1 Pós-doutora pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Alemanha (ITM). Professora Honorária Visitante da Universidade de Münster, para o ano de 2018. Pesquisadora Sênior da Universidade de Brasília – UnB. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006). É mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1999). Advogada no escritório <http://www.kre.adv.br>. Foi Coordenadora do Curso de Direito do Cesuca (2009-2014). Foi Diretora de Pesquisa do CESUCA (2014-2016). Integra o Quadro de Árbitros da Câmara de Arbitragem da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (CARB-ABPI), do Centro de Solução de Disputas em Propriedade Intelectual (CSD-PI, da ABPI). Foi professora da Unisinos, lecionando a disciplina de Direito de Propriedade Intelectual (EAD) e Direito e Tecnologia da Informação, do Curso de Segurança da Informação, e do Mestrado em Direito, entre 1992 e 2016. Foi professora no Curso de Especialização em Direito, Mercado e Economia, e também da Especialização em Propriedade Intelectual, da PUCRS. Integrou a Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional RS (2004-2006), e a Comissão de Propriedade Intelectual (CEPI) da OAB/RS, de 2006 até 2016. Email: angelakreadv@gmail.com.
- 2 Desembargador do Tribunal de Justiça do R.G.S., integrante da Câmara Especializada em Propriedade Intelectual. Mestrado em Poder Judiciário pela FGV DIREITO RIO (2009). Bacharel em Direito pela UFRGS (1987). Coordenador do NEDE - Núcleo de Estudos de Direito Empresarial e Vice-Coordenador do NIAJ - Núcleo de Inovação e Administração Judiciária (www.niajajuris.org.br) da Escola Superior da Magistratura da AJURIS. Email: ney.w.neto@gmail.com.
- 3 Bacharel em Direito pela PUCRS. Pesquisador em Propriedade Intelectual. Advogado e graduando em Física pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Email: guilherme@kre.adv.br.

Abstract: This article analyzes the theory and practice of the courts regarding the production of technical expert evidence in intellectual property. The approach clarifies the reasons why it is often prudent to determine the production of expert evidence, even in cases that appear to be more evident, and why in some cases the production of technical evidence is not necessary. Is it possible that something very obvious in intellectual property law dispenses with the production of technical proof? The article deals with legal changes that took place after 2015, as well as concrete situations faced by the courts, which exemplify the necessity or otherwise of producing such evidence.

Keywords: evidence, copyright, patents, trademarks.

INTRODUÇÃO

A produção de prova pericial na propriedade intelectual demanda, em geral, conhecimentos técnicos especializados em determinadas áreas científicas, além do conhecimento específico em propriedade intelectual. Justifica-se, por exemplo, a preocupação e determinação de realização de prova técnica quando o conhecimento do funcionamento de uma caldeira deve ser acompanhado dos requisitos e conhecimento sobre o modo como a legislação valoriza determinados aspectos da criação, e não outros.

De pronto, percebe-se que um perito na área de propriedade intelectual, quando imprescindível para o deslinde da controvérsia, deve possuir conhecimentos técnicos específicos não apenas da caldeira, como no exemplo citado, mas também relativos à legislação de propriedade industrial, e ainda dos atos normativos do INPI que regulam e especificam inúmeros detalhes da legislação, como a diferença entre ato e atividade inventiva, só para citar um exemplo. Do contrário o perito poderá revelar aspectos que não são nada relevantes para o deslinde de uma controvérsia envolvendo os requisitos de uma patente de invenção, ou poderá não servir efetivamente para coordenar o conhecimento técnico que possui com a sua relação ou não com a proteção a um invento, que gera direitos e obrigações.

Os casos que chegam aos tribunais são muito variados, e se num primeiro momento as análises de patentes demandavam em sua maior parte engenheiros mecânicos, agora pode ser necessário um especialista em software, enquanto outro caso demanda um especialista que entenda de microorganismos, outro que entenda de componentes eletrônicos, outro de inteligência artificial aplicada a 3D, e assim por diante. Aí já se percebe a dificuldade para a formação da prova.

Nesse sentido, revela-se muitas vezes difícil encontrar um perito no assunto, considerando que os objetos que são protegidos pela propriedade intelectual são não apenas muito distintos, mas também cada dia mais elaborados.⁴ O avanço técnico e a especialização dos campos

⁴ As mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 também destacam a necessidade de maior cuidado na escolha dos peritos, e a área da engenharia mecânica, por exemplo, que usualmente era buscada para a solução da maioria dos conflitos, agora tende a restringir-se

do conhecimento, aliado ao reconhecimento de que investimentos em proteção à criação podem gerar benefícios, levou também a um maior número de demandas nos tribunais.

Com tamanho nível de complexidade aumentando a cada instante, e como auxiliar nos esclarecimentos e solução das controvérsias, a produção da prova pericial pode revelar-se fundamental na solução da lide, mas também traumática para todas as partes, e ainda para o Juízo, motivo pelo qual o cuidado na especialidade de cada profissional deve ser levada cada vez mais em conta.

1. A importância da prova pericial para a formação do convencimento

A produção da prova tem por objetivo auxiliar a formação do juízo de convencimento sobre determinada alegação de matéria fática. A prova recai sobre fatos, ou sobre as alegações aduzidas a esse respeito pelas partes. Serão objeto de prova os fatos controversos (CPC, art. 374), e não os fatos notórios, os fatos que se presumam verdadeiros, aqueles sobre os quais estiverem as partes de acordo ou que tenham sido confessados por uma delas.

O direito à prova é tão importante para a solução justa de uma controvérsia, que não fica difícil constatar seu merecimento no rol dos direitos fundamentais, pois se for imprescindível para o discernimento, também o será para a adequada prestação jurisdicional. Assim, tanto quanto o direito à contraprova deve estar baseada em técnicas que melhor satisfaçam a necessidade da adequada formação do juízo de fato. Segundo Artur Carpes, o direito fundamental à prova é corolário do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, a fim de cumprir sua missão de tutelar o direito material. Da mesma forma, em relação ao direito de defesa, que deve permitir à parte a efetiva e adequada possibilidade de

especificamente ao seu compo, como os próprios órgãos reguladores já o exigiam, mas que muitas vezes não era respeitado. Um problema de engenharia química não pode ser resolvido por um perito engenheiro mecânico, por exemplo, o que costumava acontecer de modo comum.

negar a tutela do direito pretendida pelo autor.⁵

Segundo o princípio da necessidade da prova, como destacado por Ovídio Araújo Baptista da Silva,⁶ o juiz não pode se valer de fatos de seu próprio conhecimento. Conforme o aforismo latino “*iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*”, o juiz só pode decidir baseado nos fatos e provas alegados pelos litigantes, da mesma forma que “*quod non est in actis, non est in hoc mundo*”, ou seja, o que não está no processo não está no mundo. Entretanto, esse princípio que impede a aplicação do conhecimento privado do juiz padece no direito moderno, pois tanto o código anterior de 1973 como o código de processo civil atual, tratam das *regras de experiência comum* que podem ser aplicadas pelo juiz (conforme art. 335 do CPC/73 e art. 375 do CPC/2015).⁷ Com isso, essa atuação e necessidade de prova técnica demandam um esclarecimento, em especial na seara da propriedade intelectual.

A perícia tem lugar para a formação do convencimento em face de fatos cuja compreensão dependa de conhecimentos técnicos ou científicos especializados, ou seja, que não são de experiência comum, situações que extrapolam o campo de conhecimento acessível ao homem comum. O direito à prova é um direito processual fundamental, que decorre da garantia do devido processo legal, do contraditório, da igualdade e da ampla defesa. Pelo acesso à tutela jurisdicional, decorre o direito à prova de suas alegações ao litigante, e o direito a contraprova ao litigado,

⁵ Dessa forma, Artur Carpes dispõe: “O acesso à tutela jurisdicional efetiva depende da adequada formação do juízo de fato, na medida em que, em não sendo corretamente acertados os fatos com o qual irá trabalhar o juiz, evidentemente não será possível falar em uma adequada e efetiva tutela jurisdicional. A falha na formação do juízo de fato obstaculiza a adequada tutela do direito. Se a formação do juízo de fato é imprescindível para a adequada e efetiva tutela jurisdicional, é evidente que o direito à prova também se eleva à condição de direito fundamental.” (CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87).

⁶ De acordo com Ovídio Baptista da Silva, o chamado *princípio da necessidade da prova* afirma: “os fatos afirmados pelas partes hão de ser suficientemente provados no processo, não sendo legítimo que o juiz se valha de seu conhecimento privado para dispensar a produção da prova de algum fato de cuja existência ou veracidade esteja ele ciente por alguma razão particular” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009. p.271).

⁷ Idem, p. 272.

conforme distribuição estática do ônus da prova (art. 373, CPC/2015).

Ainda, deve-se levar em conta que a prova visa uma demonstração de certeza aproximada, não absoluta, uma vez que esta sempre pode ser controvertida. Se mesmo no campo da Física, as certezas são difíceis, a ponto de, para chegar a uma maior aproximação possível de uma certeza desenvolveu a Teoria dos Erros, a fim de que calcular aproximadamente as chances de erro que determinada análise/medição pode possuir, imagine-se a área do Direito, avaliando e interpretando fatos, avaliando se uma semelhança confunde consumidor, ou não, se reproduz marca registrada, ou não...⁸ Portanto, se até mesmo as ciências conhecidas como “duras”, não tem essa pretensão, que dirá a prova pericial. O objetivo é, sim contribuir ao julgador para chegar próximo desta, e assim, ajudar na formação de seu convencimento. E o perito, nos termos do art. 149 do CPC/2015 é um auxiliar da justiça, convocado para atuar como tal ajudando na formação de seu convencimento.

2. Quando é necessária a produção de prova pericial

s do conflito. Prova necessária é a que decorre de necessidade de esclarecimentos técnicos e científicos desconhecidos pelo magistrado e não solucionados pelas demais provas dos autos. A seguir trata-se de alguns breves aspectos relacionados a três áreas que se observa mais demandam pedidos de realização de perícia técnica.

2.1 A perícia no direito autoral

O direito autoral visa proteger o resultado criativo expresso de modo original por uma pessoa, destacando a doutrina, nesse aspecto, em geral a notável diferença entre o humano e o animal, diante do fato de que o humano, capaz de realizações artísticas e científicas, ao criar, assemelhar-se-ia ao divino.⁹

8 INMETRO, SBN. Guia para expressão a incerteza de medição. ABNT, Rio de Janeiro, 1998. 120p.

9 A respeito: ADOLFO, Luiz Gonzaga. Obras privadas, benefícios coletivos: a

Na medida em que a o reconhecimento da autoria não demanda registro obrigatório, apenas exteriorização, conforme determina o artigo 7º., da Lei 9.610/989, em geral as dúvidas e controvérsias giram mais em torno do que pode ser considerado efetivamente uma obra protegida pelo direito autoral.

O teor do artigo 7º., justamente por indicar um rol exemplificativo de obras intelectuais, deixa propositadamente em dúvida e em aberto inúmeras possibilidades de expressão criativa que podem demandar proteção do direito autoral, ou não. Lembrando, com Guilherme Carboni, que a tutela do direito autoral independe do valor estético da obra.¹⁰ Portanto, nesses casos, muitas vezes uma perícia pode ser a melhor solução, pois as partes estão discutindo se existe, ou não, obra protegida merecedora de proteção autoral, que impeça uma delas de a utilizá-la ou reproduzi-la.

No mesmo sentido, muitas vezes algumas obras intelectuais são consideradas expressões criativas, do intelecto humano, mas estão taxativamente excluídas da proteção, conforme a listagem do artigo 8º., da Lei 9.610/98. Porém, as partes discutem se efetivamente determinada criação está inserida em um dos incisos do artigo oitavo, ou não, demandando uma dúvida que pode recomendar uma análise pericial que pode ser útil, ainda que nem sempre necessária. Nesse caso, atentam-se para os aspectos a serem analisados de criatividade, originalidade e individualidade, como destacado por Leite e Lucena¹¹, sendo a questão sobre a existência ou não de originalidade, a principal a ser periciada.

Nas ações envolvendo direito autoral de obra literária, entretanto, em geral as ações demandando perícia alegam o cometimento de plágio (pois ações de nulidade existem no caso de patentes, uma vez que no caso de obras protegidas por direito autoral, os registros constituem apenas

dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 97.

10 CARBONI, Guilherme. O direito de autor na multimídia. São Paulo: Quarter Latin, 2003. p. 53.

11 LEITE, Mário Sérgio; LUCENA, Adriana. Perícia em violação do Direito de Propriedade Intelectual. IN NALINI, José Renato. Propriedade Intelectual, org. São Paulo: RT, 2013. p. 222.

meios de prova, não constituindo direitos, art. 18, da Lei 9.610/98).

Nesse caso disseminaram-se programas que visam detectar a cópia em um texto. Entretanto, não basta o uso de um software que detecte as possibilidades do plágio, pois tais programas até então ainda demandam uma análise do percentual de citações legais que um trabalho realiza.

Um programa que vise detectar o plágio pode computar praticamente tudo como cópia ilícita, quando na realidade o trabalho pode trazer citações obrigatórias, ou ainda as respeitar, conforme demandam as exigências de um trabalho científico. Além disso, o software não detecta se o mesmo trabalho não foi publicado anteriormente com legitimidade por seu autor, demandando uma análise criteriosa dos dados que ele fornece.

Recomenda-se que um programa usado para detectar plágio seja aplicado aos dois trabalhos que estiverem submetidos à análise. Tanto o trabalho acusado de cópia, quanto o trabalho indicado como original, pois surpresas podem aparecer, quando o mesmo critério é adotado. Releva notar, portanto, que os programas ainda demandam aperfeiçoamento, mormente na análise sensível e decisória, pois o caso de plágio demanda uma análise que vai além da métrica de uso de dados e algoritmos cuja inteligência artificial que os modula ainda não consegue realizar uma plena avaliação para identificar uma cópia, e distingui-la de uma reprodução de fato ilícita.

O plágio, em realidade, quando existente, em geral é praticado com níveis de maior ou menor maestria, e muitas vezes eivado de ação dolosa. É característica do plágio estar escamoteado, demandando uma investigação criteriosa de outras obras e de estilo de escrita de cada autor.

Não raro recomenda-se que tal avaliação seja realizada por linguista e por especialista em propriedade intelectual, considerando que as mais diversas áreas do conhecimento tendem a conceituar plágio de forma distinta à que a jurídica costuma determinar, por exemplo. É muito comum que o plágio, na área artística e filosófica, bem como na psicologia, receba um tratamento mais ameno, do que na área jurídica. Daí a necessidade de dois peritos que auxiliem o Juízo no esclarecimento do fato. Pode acontecer, por outro lado, que o plágio seja óbvio, o que levaria a uma total desnecessidade de chamar peritos, como veremos

adiante.

2.2 Perícias envolvendo marcas e trade dress

Nas ações que envolvem discussão sobre marcas, por exemplo, é comum analisar os parâmetros postos nos 23 incisos do art. 124 da LPI. A possibilidade de um sinal ser registrado como marca vai depender de sua capacidade de diferenciação em relação a outros sinais distintivos de outras empresas e demais vedações ali previstas. São recorrentes casos de violação de nome empresarial, de nome civil, de sinal de caráter genérico, comum ou distintivo e a colisão de marcas. Os casos envolvendo trade dress tratam do caráter externo e sensorial do produto ou serviço,¹² devendo-se atentar para o artigo 195 da Lei 9.278/96.

Nesse caso, não basta que uma avaliação mecânica constate a existência de uma reprodução. Na realidade, a situação em geral exige um juízo de valor se a situação posta, no caso concreto, demanda um exame da situação real do uso de algum sinal ou imagem a enquadrar-se em alguma das proibições legais do artigo 124. Porém, essa análise pode variar no tempo e no espaço, o grau de conhecimento do público em dado momento, a área de atuação, tornando a análise obviamente mais complexa e sensível.

Contudo, esse tipo de avaliação, de regra, poderá demandar apenas uma prudente avaliação pessoal do julgador, com base nas regras de sua própria experiência. A prova técnica em conflitos marcários poderia ser algo excepcional, e não a regra. A prova documental, por exemplo, seria suficiente para demonstrar o registro das marcas ou o seu uso efetivo.

O autor, em sua petição inicial, já poderá provar por meio de documentos hábeis que a marca conflitante ou o tradedress usado por terceiros, sem sua autorização, reproduzem ou imitam suas marcas, ou tradedress. Deve juntar provas documentais desse uso indevido no mercado. Pode usar ata notarial, fotografias, material de publicidade, o

12 LEITE, Mário Sérgio; LUCENA, Adriana. Perícia em violação do Direito de Propriedade Intelectual. IN NALINI, José Renato. Propriedade Intelectual, org. São Paulo: RT, 2013. p. 225.

registro da marca no INPI.

Na impressão do conjunto deixada na análise das marcas, deve-se considerar o grau de atenção comum do consumidor, as circunstâncias em que normalmente se adquirem os produtos, sua natureza e o meio em que seu consumo é habitual. Nesse sentido, o TJRS:

Agravo de instrumento. Ação por contrafação de marca registrada e concorrência desleal. Marcas mistas. Designação de prova pericial. Desnecessidade de realização de perícia, no caso concreto, ante os elementos de prova carreados aos autos. A juridicidade dos conceitos de imitação ou confusão no campo do direito marcário dispensa a prova pericial, notadamente quando perceptíveis as diferenças entre os logotipos e marcas utilizadas em roupas esportivas do tipo fitness, sportwear, activewear e training. A livre apreciação da prova consubstancia um dos cânones do sistema processual civil. Inteligência do art. 131 do CPC. (AI nº 70010865962, 13ª Câmara Cível, TJRS, relatora Desa. Angela Terezinha de Oliveira Brito, julgado em 23/06/2005).

A jurisprudência tem valorado, em especial, a possibilidade de confusão ou dúvida no consumidor, no conflito de marcas (REsp 949.514/RJ). A confusão direta seria a compra de um produto por outro. A confusão por associação seria a compra de uma mercadoria sob a falsa crença de que se trata de uma fonte conhecida. Este último caso seria uma vinculação para aproveitamento do prestígio alheio como mola propulsora da venda.

No caso das marcas, há pelo menos dois métodos mais conhecidos que merecem ser levados em conta, quando uma perícia é necessária. O primeiro é apresentado por Gama Cerqueira, e determina que: a) As marcas não devem ser confrontadas e comparadas, mas apreciadas sucessivamente, a fim de se verificar se a impressão causada por uma recorda a impressão deixada pela outra; b) as marcas devem ser apreciadas, tendo-se em vista não as suas diferenças, mas as suas semelhanças; c) finalmente, deve-se decidir pela impressão de conjunto das marcas e não pelos seus detalhes. Leva-se em conta não só o grau de atenção do consumidor comum e as circunstâncias em que normalmente se adquire o produto, como também

a sua natureza e o meio em que o seu consumo é habitual. 13

Para análise de colisão entre marcas, tem-se designado com o nome de “Teste 360”¹⁴, o segundo método que é comumente utilizado: trata-se a avaliação que busca captar todos os elementos que compõem o caso, oferecendo uma visão panorâmica para formar o juízo de convicção, com os seguintes sete critérios a serem verificados: a) grau de distintividade intrínseca entre marcas; b) grau de semelhança das marcas; c) legitimidade e fama do suposto infrator; d) o tempo de convivência das marcas no mercado; e) a espécie dos produtos em cotejo; f) a especialização do público-alvo g) a diluição. Nesse sentido já há manifestação dos tribunais:

I - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão que indeferiu requerimento de prova pericial. O magistrado a quo considerou a referida prova desnecessária, tendo em vista que a questão controversa está relacionada à possibilidade de confusão entre marcas, podendo ser aferida pelo julgador, sem o auxílio pericial. No caso vertente, todas as hipóteses suscitadas pela agravante como justificadoras da perícia - possibilidade de registro exclusivo de expressões de uso comum; confusão no mercado consumidor; indução em erro dos consumidores; e concorrência desleal - constituem questões de direito ou são matérias fáticas não técnicas, apreciáveis exclusivamente pelo julgador sem o auxílio pericial, apenas com base no conjunto probatório carreado aos autos, em especial nas provas documentais. SIMONE SCHREIBER DESEMBARGADORA FEDERAL RELATORA Órgão julgador: 2ª TURMA ESPECIALIZADA Data de decisão 02/06/2015.15

13 CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, vol. II, tomo II, p. 50 e 51.

14 A respeito consultar: CABRAL, Filipe Fonteles; MAZZOLA, Marcelo. O teste 360º de confusão de marcas. Revista da ABAPI, n. 132, pp. 14-22.

15 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. ART. 124, XIX, DA LEI Nº 9.279/96. COLISÃO DE MARCAS. MARCA NOMINATIVA CHESTER E MARCA MISTA CHESTER CHEETAH. REGISTRO CONCEDIDO SEM EXCLUSIVIDADE DO USO DA PALAVRA “CHESTER”. POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA DAS MARCAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO ENTRE CONSUMIDORES. 1. Para a caracterização da infringência de marca, não é suficiente que se demonstrem a semelhança dos sinais e a sobreposição ou afinidade das atividades. É necessário que a coexistência das marcas seja apta a causar confusão no consumidor ou prejuízo

A par disso, defende a doutrina que o exame da colisão entre marcas deve considerar o conjunto dos sinais distintivos, como um todo, e não a partir dos elementos individuais que o compõem de modo pormenorizado.¹⁶ Devem ser comparados os impactos visuais gerados pelos conjuntos, sendo guiada a comparação pelas semelhanças, e não pelas diferenças apresentadas. A perícia que separa os elementos e traços da marca e fraciona o conjunto para uma análise compartimentada destoa do princípio da análise de colidência.

Se, portanto, uma análise técnica revelar-se imprescindível, deve-se considerar critérios que são fundamentais para o esclarecimento. Nesse aspecto, como destaca Aguillar, o exame da colisão entre sinais distintivos deve “dar-se por meio da apreciação dos conjuntos como um todo e não a partir dos elementos individuais que o compõem de modo pormenorizado”. A metodologia indica que devem ser apresentados laudos comparativos de impactos visuais gerados pelos conjuntos, com confronto de forma sucessiva e não concomitante, para não sofrer com resquícios e impressões mentais que o exame de uma pode imprimir no resultado da outra. Sem isso, muitos laudos que pretendiam revelar o óbvio acabam, ao contrário, “tornando mais complexo algo que se pretende seja simples”.¹⁷

ao titular da marca anterior, configurando concorrência desleal. Precedentes. 2. A doutrina criou parâmetros para a aplicação do 124, XIX, da Lei nº 9.279/96 ao caso concreto, listando critérios para a avaliação da possibilidade de confusão de marcas: a) grau de distintividade intrínseca das marcas; b) grau de semelhança das marcas; c) legitimidade e fama do suposto infrator; d) tempo de convivência das marcas no mercado; e) espécie dos produtos em cotejo; f) especialização do público-alvo; e) diluição. 3. Com base nos elementos fático-probatórios dos autos, o Tribunal de origem concluiu pela possibilidade de coexistência no mercado da marca nominativa CHESTER e da marca mista CHESTER CHEETAH. 4. A primeira é um produto derivado de uma ave para festas; a outra, um produto do ramo de salgadinhos. (AgRg no REsp 1346089/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 14/05/2015).

16 AGUILAR, Rafael Salomão Safe Romano. A nova disciplina da prova pericial no Código de Processo Civil de 2015 e seu impacto nos litígios de propriedade intelectual. **Parte I**. Revista da ABAPI, n. 140, pp. 14.

17 AGUILAR, Rafael Salomão Safe Romano. A nova disciplina da prova pericial no Código de Processo Civil de 2015 e seu impacto nos litígios de propriedade intelectual. **Parte I**. Revista da ABAPI, n. 140, pp. 16.

De todo modo, deve-se considerar que o exame de marca muitas vezes carece da dificuldade típica apresentada pelo campo das patentes, e muitas vezes uma perícia seria pode servir até mesmo apenas para revelar uma obviedade constrangedora. O saudoso Gama Cerqueira¹⁸ chegou a afirmar que a perícia nesse caso é desnecessária, o que merece sempre ser analisado no caso concreto, pois muitas vezes demanda apenas recursos e tempo preciosos que servem para revelar o óbvio.

2.3 Perícias envolvendo patentes de invenção, patente de modelo de utilidade, registros de desenhos industriais e de concorrência desleal

As peculiaridades indicadas nas ações envolvendo direito autoral (em geral acusações de plágio) e marcas e *trade dress* (em geral reprodução não autorizada e plágio), não são tão comuns na área das patentes, ainda que sejam observadas nos casos de registros de desenhos industriais. Tais peculiaridades não são tão visíveis em patentes, por ser mais fácil verificar a obviedade nas questões que envolvem tanto os direitos autorais, quanto marcas e desenhos (que requerem a originalidade e não a novidade, exigida para os casos de patentes, por exemplo). Nos casos de concorrência desleal¹⁹, revela-se a necessidade de averiguar a existência do dolo do competidor, mas também é necessária a apuração da existência de deslealdade, uma vez que há concorrências que são leais, saudáveis.

Em patentes o que usualmente ocorre são acusações de nulidade, por ausência dos requisitos legais autorizadores de uma concessão de exclusividade. Também existem acusações de uso não autorizado de uma técnica registrada e que teve patente concedida. A necessidade de laudo técnico é praticamente óbvia, ainda que o resultado acerca do seu objeto (se ocorreu ou não uso não autorizado) normalmente não seja nada óbvio, seja normalmente muito mais complexo de ser encontrado. Essa complexidade envolve a análise dos requisitos da novidade, ato ou

18 CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, vol. II, tomo II, p. 217.

19 BARBOSA, Denis Borges. A propriedade Intelectual no século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 31.

enorme complexidade de conhecimentos técnicos específicos e análises de patentes anteriores concedidas.

Assim, tem-se que ações demandando questões controversas sobre patentes e modelos de utilidade, normalmente exigem produção de prova pericial e nomeação de perito que tenha conhecimento técnico específico na área, e que tenha igualmente conhecimento em Propriedade Intelectual, o que acaba tornando o acesso a um perito algo às vezes bastante complexo. Raros são os peritos na área de Física, por exemplo, e muitas vezes engenheiros mecânicos tomam o lugar para questões que são mais afeitas a outras áreas, podendo sofrer impugnação de uma das partes, o que tem sido cada dia mais comum.²⁰

Recomenda-se, nesses casos, que o Juízo consulte o cadastro de peritos que usualmente os Tribunais de Justiça de cada estado possuem, e também a Associação de Agentes da Propriedade Intelectual (ABAPI) que possui uma relação muito útil auxiliar para os casos. O acesso é pela página da Associação, gerando maior segurança na condução do caso, uma vez que os peritos são selecionados e seu currículo pode ser facilmente conhecido, bem como a própria experiência anterior na área de realização de laudos específicos.²¹

Não obstante esse acesso, a nova legislação processual determinou que a nomeação do perito pelo magistrado deverá recair sobre nomes inscritos em cadastro a ser mantido pelo Tribunal a que estiver vinculado (CPC, RT. 156, § 1º). Se não houver profissionais inscritos no cadastro do Tribunal, o juiz poderá nomear livremente o perito, desde que comprovadamente capacitado para conduzir a perícia (§ 5º). Poderá

20 Impugnações que devem levar em conta se o laudo, mesmo sendo de área específica, como software, não seria simples, como no caso da decisão em Acórdão da Apelação: “No mais, a perícia efetuada era considerada simples, sendo necessária somente a identificação do tipo e da quantidade de softwares utilizados nos computadores da requerida, razão pela qual o engenheiro eletrônico possuía a devida qualificação, especialmente levando em conta a Resolução nº 218/73, do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia.” (Ap. Cível Nº 70078807294, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 19/10/2018).

21 Acesso no site da ABAPI (www.abapi.ogr.br): <http://www.abapi.org.br/abapi2014/sisperitos1.asp?ativo=Sim&secao=Peritos&subsecao=Localiza%E7%E3o%20de%20peritos&tiposistema=pesquisa> .

ser oficiado ou feita consulta no site da ABAPI para a escolha entre os profissionais de seu quadro que sejam aptos para o mister. Nesse sentido, o TJRS:

Agravo de Instrumento. Ação cautelar de produção antecipada de prova. Propriedade industrial e intelectual. Violação de desenho industrial. Pedido de substituição de perito. Perito nomeado pelo juízo que não possui especialização profissional compatível com a perícia necessária. Afastamento, com fulcro no disposto no art. 424, I, do CPC. Necessidade de nomeação de perito com especialização e conhecimento científico na área da propriedade industrial. Escolha de novo perito através de consulta ao rol de agentes da propriedade industrial cadastrados como peritos na ABAPI - Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial. Agravo de instrumento provido em decisão monocrática. (Agravo de Instrumento Nº 70060009263, 6ª Câmara Cível, TJRS, Relator Des. Ney Wiedemann Neto, julgado em 10/06/2014)

Nos casos de patentes, aplica-se terminantemente o artigo 156, do CPC/2015: o juiz deve ser assistido por perito sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico. Contudo, mesmo tratando-se da complexidade de um caso envolvendo patentes, deve-se demonstrar que a produção dessa prova é, realmente, útil e necessária, pertinente e eficiente, sob pena de haver despesas desnecessárias, perda de tempo e até mesmo delegação da própria atividade jurisdicional.²²

Uma das maiores novidades do CPC/2015 está no art. 471, que traz a figura da perícia consensual, abrindo a possibilidade de as partes nomearem em conjunto o perito.²³ Sob a égide do código processual anterior, muito já se discutiu em recursos acerca da nomeação de perito com qualificação insuficiente. E agora a decisão que nomeia o perito não

22 E existem casos em que as partes, autora e ré, possuem registros no INPI: “Necessária a realização da perícia técnica pretendida a fim de averiguar eventual identidade entre as máquinas industrializadas pelas partes, ainda que ambas possuam o registro junto ao órgão competente, tendo em vista que não necessariamente a industrialização observa ao que está de fato registrado junto ao INPI, conforme diversos casos que já foram apreciados pelo Colegiado desta Colenda Câmara Cível” (Embargos de Declaração Nº 70077995363, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 29/08/2018).

23 AGUILAR, Rafael Salomão Safe Romano A nova disciplina da prova pericial no Código de Processo Civil de 2015 e seu impacto nos litígios de propriedade intelectual. **Parte II**. Revista da ABAPI, n. 141, p. 23.

é recorrível de imediato. Na escolha consensual do perito, pelas partes, poderá haver a definição prévia e convencional dos honorários periciais também. Para esse tipo de negócio jurídico processual (CPC, art. 190) é preciso que estejam presentes os seus requisitos de admissibilidade. A perícia consensual pode até mesmo ser proposta pelas partes depois de o juiz haver nomeado o perito, o qual talvez não tivesse a especialidade necessária para o mister.

O art. 465 do CPC dispõe que o perito deve ser especializado no objeto da perícia. Ao nomear o perito, o juiz deverá justificar a adequação da escolha ao caso concreto, em face da especialidade e da complexidade da questão fática a ser dirimida. O perito nomeado deve apresentar currículo (§ 2º, II) que comprove a sua especialização na área, sendo importante não só a qualificação científica, mas também a experiência profissional, prática, no trato da matéria.

No caso das chamadas perícias complexas, o art. 475 do CPC autoriza que o magistrado nomeie dois peritos para conduzir a análise, que combinarão suas especialidades a fim de produzir um só laudo, mais técnico e abrangente.

O art. 473 do CPC especifica os itens obrigatórios que deverão constar nos laudos: a) exposição do objeto da perícia; b) análise técnica ou científica realizada pelo perito; c) indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser ele predominantemente aceito pelos especialistas da área de conhecimento da qual se originou; d) respostas conclusivas a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

O perito não pode emitir opiniões pessoais (§ 2º) que ultrapassem os limites de sua designação, tampouco podendo extrair conclusões jurídicas sobre as responsabilidades decorrentes dos fatos por ele elucidados.

Na sentença, o juiz não está vinculado ao resultado da perícia, podendo formar seu livre convencimento motivado também com base em outros elementos de prova dos autos (CPC, art. 479). Mas deverá apreciar a perícia de acordo com o art. 371 e apontar os motivos que o levaram a considerar ou não as conclusões do laudo, inclusive quanto à sua metodologia.

A respeito da recorribilidade das decisões sobre as provas, o agravo de instrumento não se presta para esse fim. Em preliminar de apelação ou de contrarrazões é que a irresignação será deduzida (CPC, art. 1.009, § 1º).

O esclarecimento dos fatos a partir de conhecimentos técnicos deve ser realizado por terceiro independente, em procedimento que respeite a participação das partes e de seus assistentes técnicos no contraditório. Não poderia o magistrado dispensar a produção da prova na hipótese de ele deter formação na área técnica de que versa o processo. O juiz não pode se substituir à função do perito, pelo mesmo motivo pelo qual não poderia julgar um processo no qual servisse como testemunha (CPC, art. 452, I). Nesse sentido, a lição de Dinamarco: a figura do perito diz respeito a algo intrínseco a sua menção, ele vai tratar daquilo que nem as partes nem o juiz tem aptidão técnica necessária para tratar, porque o conhecimento exigido vai além do âmbito do “homem-médio”.²⁴

Ao sanear o processo, deve o magistrado questionar se a determinação da prova pericial é o meio mais eficiente possível para esclarecer a matéria em discussão, ou se poderia ser decidida com base nas regras de experiência e de observação comuns, como será analisado no próximo item.

3. A desnecessidade de revelar o óbvio

Em muitos casos, envolvendo questões de propriedade intelectual, as provas podem representar muitas coisas, menos a necessidade de auxiliar no desvelamento de uma controvérsia. Podem representar, por exemplo, que uma das partes está tentando ganhar tempo, pois ela carece de necessidade de realização, não é útil, muito menos necessária. Existem situações de cópias praticamente literais, não apenas em direito autoral, ou seja, envolvendo criações artísticas literárias, mas também cópias no caso de marcas, *trade dress* e desenhos industriais.

Nesse sentido, em casos envolvendo marcas, por exemplo, Liliane Almeida destaca exemplos: “como seria possível justificar a necessidade de prova pericial para que um magistrado negue o registro de uma marca

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 586.

PELÉ ou XUXA, para um requerente que não obtenha a autorização prévia dos célebres protadores desses apelidos? E por que precisaria ele de auxílio pericial para definir se a marca A1 colide ou não com a marca A11? E para decidir se a marca nominativa PICOLÉ é registrável para indentificar um picolé?”²⁵ A revelação do óbvio, portanto, também deve ser discutida, pois não apenas é desnecessária e dispendiosa, como chega a desconsiderar que o Juiz Singular também é um cidadão ou cidadã que tem condições de, colocando-se como o “homem ou mulher médios”, perceber se existe plágio, se uma marca é imitação de outra, ou se uma embalagem pode causar confusão ao consumidor.

Solicitar que terceiro, um perito, diga muitas vezes o óbvio, é duvidar da capacidade do Juiz de emitir uma avaliação que não lhe seria em absoluto difícil ou estranha, pois está ao seu alcance como a qualquer outro consumidor. Confiar essa missão ao perito, para que este diga se há alguma imitação, seria atribuir-lhe o papel de juiz. Em que casos é realmente necessária a prova técnica? Quais são as diferenças entre as questões técnicas e o que torna distinta a necessidade de perícia para auxiliar o magistrado no exame das questões a decidir?

As hipótese de indeferimento constam no artigo 464, § 1º, do Código de Processo Civil: a) a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico; b) for desnecessária em vista de outras provas

25 Como destaca a autora, Desembargadora Federal aposentada do TRF-2, levando em conta sua experiência à frente de decisões junto à Segunda Turma Especializada de PI: “Já no caso das marcas, a questão a ser avaliada se resume – embora não com menor dificuldade – à tarefa de subsunção do conjunto de fatos à norma, em uma análise de interpretação de conceitos jurídicos de certa forma vagos e indeterminados, como ‘susceptível de causar confusão ou associação’, ou ‘suficiente forma distintiva’, a demandar uma avaliação pessoal do julgador, o que não quer dizer que este possa abdicar de fazer sua análise objetivamente e com rigor técnico aplicável, mas a partir de sua experiência e vivência, e não de uma delegação ao perito para que este use, ele próprio, sua experiência e vivência pessoal. Em outras palavras, esse juízo de valor, por se tratar de questão exclusivamente de direito, cabe ao magistrado, a partir dos documentos juntados aos autos, e não ao perito, que estaria, nesse caso, substituindo, com seu juízo próprio, o daquela autoridade que foi dotada pelo Poder Público do poder/dever de decidir, ocorrendo, caso contrário, um verdadeira delegação indevida de poderes” (ALMEIDA. Liliande do Espírito Santo Roriz de. A necessidade de prova pericial em ações de nulidade de patente ou de registro de marca. Revista da ABAPI, n. 133, p. 63 e 64).

produzidas; c) a verificação for impraticável. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes (art. 472).

Pode haver casos específicos em que um perito de *design* ou de outro campo técnico, pode contribuir para o esclarecimento da controvérsia. Por exemplo, em casos de concorrência desleal pela imitação de produtos, e também do conjunto imagem (*trade dress*), envolvendo questões de fato que extrapolam o mero cotejamento de sinais marcários, envolvendo abordagem mais ampla. Pode ser realizada inclusive uma pesquisa de mercado entre consumidores para demonstrar a possibilidade de confusão no mercado acerca de determinada questão marcaria.

Às vezes, por exemplo, pode acontecer que um determinado caso evidencie justamente uma cópia literal, porém, ao ouvir a parte contrária a acusação pode ser invertida, o que não se diria ser tão incomum na área da propriedade intelectual. Afinal, como destacam muito bem Leite e Lucena: “Um perito em propriedade intelectual não deve se ater somente aos autos, mas deve buscar a verdade em todas as esferas a que a perícia ora designada tenha correlação”.²⁶

Nesse sentido, algumas vezes o óbvio é a reprodução, porém, o autor da reprodução, que inicialmente seria o réu, pode revelar-se ser o próprio autor da ação. Casos envolvendo *trade dress* (conjunto-imagem), por exemplo, revelando a apresentação de determinado produto, sua embalagem, quando trazem empresas que são muito antigas, às vezes um histórico na apresentação de suas embalagens pode revelar que a acusada já utilizava uma apresentação acusada de cópia. Portanto, mesmo uma cópia literal de obra protegida pode revelar, pela perícia, que investiga a trajetória histórica, muitas vezes, que um réu pode ser inocente.

Sem esquecer que a legislação também traz a possibilidade, de, em alguns casos menos complexos, substituir o laudo pericial por uma prova técnica simplificada (CPC, art. 464, § 2º). Esta pode consistir

26 LEITE, Mario Sergio; LUCENA, Adriana. Perícia em violação ao direito de propriedade intelectual. Propriedade Intelectual. IN NALINI, José Renato (Org.). São Paulo. RT. 2013, pp. 229.

da ouvida de uma especialista que esclarecerá aspectos técnicos do fato controvertido. Recursos multimídia como vídeos e animações poderão ser usados (§ 4º).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, em casos envolvendo direito autoral, plágio, ou violação de marcas e conjunto-imagem, a produção da prova pode revelar-se necessária, mas, muitas vezes, a constatação da existência ou não do ilícito é relativamente singela, no sentido de que sua produção apenas irá revelar o que já é óbvio, tornando o processo algo muito mais dispendioso do que já é, além de mais demorado.

A diferença entre os casos envolvendo direito autoral (cujo requisito restringe-se à originalidade e não constar nas proibições legais) e matérias notavelmente mais complexas como de patentes de invenção e de modelo de utilidade é que nestas há necessidade de avaliação de documentos técnicos de patentes, muitas vezes de áreas bastante específicas, para revelar o que não é nada óbvio, mas antes se há efetivamente novidade e atividade inventiva, ou se uma invenção que recebeu patente não preenche os requisitos necessários para receber tal título de propriedade.

A revelação do óbvio, portanto, também deve ser discutida, pois não apenas é desnecessária e dispendiosa, como chega a desconsiderar que o Juiz Singular também é um cidadão ou cidadã que tem condições de, colocando-se como o “homem ou mulher médios”, perceber se existe plágio, se uma marca é imitação de outra, ou se uma embalagem pode causar confusão ao consumidor.

Uma das grandes inovações da nova legislação processual decorre da inserção da figura do perito como verdadeiro auxiliar do processo, e não mais auxiliar do Juízo, com uma função de extrema relevância na solução dos casos complexos. Além disso, a figura do negócio processual, com a perícia consensual, trazendo a possibilidade da escolha do perito pelas partes, igualmente inovadora, merece ser disseminada e aproveitada pelos advogados, pois poderão garantir o que normalmente é temerário

nessa seara, a indicação pelo Juízo de um perito que não tenha adequado conhecimento técnico exigível para a causa, devendo-se considerar que agora a decisão que nomeia o perito não é recorrível de imediato.

Mesmo sem perceber, a nova legislação acompanhou o avanço que tem ocorrido na difusão da Propriedade Intelectual, com uma maior disseminação do conhecimento na área. Se há cerca de 30 anos poderia ser comum encontrar operadores do direito desconhecendo a diferença entre a proteção de uma marca e de um desenho industrial, ou mesmo uma obra artística, protegida pelo direito autoral, esse é um passado que gostamos de constatar que ficou para trás efetivamente.

A superação desse dogma, e a inclusão da Propriedade Intelectual como área legítima do Direito, ou seja, a disseminação do conhecimento dessa área considerada no passado algo “fora do contexto jurídico” certamente tem relação com a inclusão da disciplina de Propriedade Intelectual nas universidades, o trabalho das associações de propriedade intelectual, como ABAPI e ABPI, cursos oferecidos pelo INPI e OMPI, os importantes centros de pesquisa, reflexão crítica e difusão, como o GEDAI (Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial)²⁷, bem como, pela criação de câmeras especializadas em Propriedade Intelectual, nos tribunais brasileiros.

Por isso mesmo, hoje em dia, solicitar que terceiro, um perito, diga muitas vezes o óbvio, é duvidar da capacidade do Juiz de emitir uma avaliação que não lhe seria em absoluto difícil ou estranha, pois está ao seu alcance como a qualquer outro consumidor. E isso não se confunde com a proibição do artigo 452, I, do CPC, que determina que o juiz não pode se substituir à função do perito, pelo mesmo motivo pelo qual não poderia julgar um processo no qual servisse como testemunha. Há casos simplesmente que não demandam prova técnica, pois não preenchidos os requisitos informadores da mesma: o juiz deve ser assistido por perito sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, nos termos do artigo 156, do CPC/2015.

27 Que realiza há mais de uma década, anualmente, um dos principais congressos de Direito da Propriedade Intelectual, o CODAIP, no Brasil, para o qual este estudo é inicialmente apresentado para publicação: www.gedai.com.br .

Nessa linha, este estudo abordou algumas situações que chegam aos tribunais, em especial aquelas que aparentemente poderiam não necessitar de um laudo técnico, e outras que não necessitariam dele. Alguns casos são óbvios, tanto pela dificuldade técnica, como pela ausência dela, porém, muitos casos deixam de ser óbvios quando um olhar mais atento presta atenção a certos detalhes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Fabris, 2008.

ALMEIDA. Liliande do Espírito Santo Roriz de. A necessidade de prova pericial em ações de nulidade de patente ou de registro de marca. Revista da ABAPI, n. 133, pp. 59-64.

Edição Especial. Cinco pareceres jurídicos sobre prova pericial em PI. Revista da ABAPI, n. 89.

AGUILLAR, Rafael Salomão Safe Romano. A nova disciplina da prova pericial no Código de Processo Civil de 2015 e seu impacto nos litígios de propriedade intelectual. **Parte I.** Revista da ABAPI, n. 140, pp. 3-20.

AGUILLAR, Rafael Salomão Safe Romano A nova disciplina da prova pericial no Código de Processo Civil de 2015 e seu impacto nos litígios de propriedade intelectual. **Parte II.** Revista da ABAPI, n. 141, pp. 21-37.

AVELINO. Murilo Teixeira. O juiz e a prova pericial no novo Código de Processo Civil: produção e controle. Revista de Processo, RT, n. 242, pp. 67-87.

BARBOSA, Denis Borges. A propriedade Intelectual no século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo, RT, n. 244, pp. 33-58.

BRAGA, Cristiano Prestes; BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. A perícia técnica para apuração das perdas e danos no curso do processo

de conhecimento em ações ressarcitórias por violações da propriedade intelectual. Revista da ABAPI, n. 132, pp. 23-31.

CABRAL, Filipe Fonteles; MAZZOLA, Marcelo. O teste 360° de confusão de marcas. Revista da ABAPI, n. 132, pp. 14-22.

CARBONI, Guilherme. O direito de autor na multimídia. São Paulo: Quarter Latin, 2003.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO, Marcelo Campos de; FABRIS, Roner Guerra. A prova pericial nas ações de contrafação de marca. Capítulos de processo civil na propriedade intelectual. In: ROCHA, Fabiano de Bem da (coord.). Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2009, pp. 197-210.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. V. II, T. II. Lúmen Iuris: Rio de Janeiro, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. 3. São Paulo: Malheiros: 2003.

INMETRO, SBN. Guia para expressão a incerteza de medição. ABNT, Rio de Janeiro, 1998. 120p.

LEITE, Mario Sergio; LUCENA, Adriana. Perícia em violação ao direito de propriedade intelectual. Propriedade Intelectual. INNALINI, José Renato (Org.). São Paulo. RT. 2013, pp. 211-230.

MENEZES, Paula Bezerra de. Perícia em conflitos de marcas e trade-dress: transferência da decisão de mérito para um terceiro não togado? Revista da ABAPI, n. 103, pp. 46-50.

NALINI, José Renato org. Propriedade Intelectual. São Paulo: RT, 2013.

ROCHA, Fabiano de Bem da. A perícia técnica nas ações por infração a direitos de propriedade industrial e um breve esboço sobre provas. Temas de processo civil na propriedade industrial. São Paulo. IOB Thomsom, 2006, pp. 129-148.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009. p.271.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo X Direito de Autor e os Primados Constitucionais

TÍTULO: DIREITOS AUTORAIS E EDUCAÇÃO: DIÁLOGOS

**Daniel de Paula Pereira
Allan Rocha de Souza**



DIREITOS AUTORAIS E EDUCAÇÃO: DIÁLOGOS ¹

Daniel de Paula Pereira²

Allan Rocha de Souza³

Resumo: O direito à educação e os direitos autorais possuem mesma hierarquia constitucional e constantemente se sobrepõem uns aos outros, sendo necessária sua harmonização. A legislação de direitos autorais deve acomodar os interesses extrapatrimoniais e supra individuais, como o direito a educação, com os interesses particulares do proprietário, para isso, estabelece limites temporais e não temporais, que são respectivamente o domínio público e as limitações e exceções (L&E), que são instrumentos de equilíbrio dos interesses envolvidos. Após breve incursão sobre alguns aspectos básicos dos direitos autorais, apresenta-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que consolidou o entendimento sobre a interpretação das L&E expressas na Lei de Direitos Autorais (LDA) como sendo extensiva e, portanto, as L&E devem ser interpretadas de maneira exemplificativa. Dessa forma, recorrendo ao método indutivo na análise da legislação, doutrina e jurisprudência selecionada, o trabalho

- 1 Este trabalho foi desenvolvido sob orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza e conta com o apoio financeiro do INCT PROPRIETAS e do CNPq.
- 2 Acadêmico de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRJ – ITR). Bolsista e pesquisador de Iniciação Científica do INCT PROPRIETAS. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas (NUREP). 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 e do Program on Information Justice and Intellectual Property (PIJIP), Washington College of Law, American University. Pesquisador do NUREP: Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. 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: allan@rochadesouza.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>

busca analisar a sobreposição entre direitos autorais e direito à educação. Conclui-se principalmente que a aplicação da interpretação extensiva é apenas um dos passos para se alcançar o equilíbrio entre os direitos do autor e o direito à educação, uma vez que a educação abarca inúmeras situações não consagradas na legislação em regência. No entanto, é ainda preciso desenvolver requisitos objetivos para a sua eficiente adequação e aplicação.

Palavras chave: Direitos autorais; Direito à Educação; Função Social; Limitação e Exceções aos direitos do autor.

INTRODUÇÃO

O direito a educação é um direito fundamental e indispensável ao desenvolvimento digno do indivíduo, detendo importância inclusive para a plena efetivação do Estado Democrático de Direito. Estes princípios são basilares e estão expressos nos instrumentos que organizam e viabilizam tais direitos.

No âmbito internacional a educação é reconhecida na Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH)⁴ e em diversos outros acordos internacionais de Direitos Humanos⁵. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), da mesma forma, reforça a importância a educação e discorre sobre algumas de suas ramificações, sendo importantes para o presente trabalho o reconhecimento da educação como direito fundamental, o atendimento ao educando como dever do Estado, a liberdade acadêmica, dentre outros⁶.

- 4 Declaração Universal dos Direitos do Homem: Artigo 26º 1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. 2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. 3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 30 de set. 2018.
- 5 Em destaque: BRASIL. Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm; Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>; BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm; BRASIL. Decreto no 591, de 6 de julho 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 30 de set. 2018.
- 6 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigos: 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: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; Art. 6º- São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança,

Da mesma forma, os direitos autorais são reconhecidos como direitos fundamentais, pela CF/88⁷ e também são reconhecidos na DUDH⁸ e outros tratados internacionais⁹.

Têm-se dois direitos de índole fundamental que constantemente se tencionam, de tal modo que, por exemplo, para a realização plena da educação, exige-se a utilização de obras protegidas por direitos autorais. Diversos são as hipóteses em que o interesse público, extra proprietário, se sobrepõe aos interesses do titular dos direitos autorais, no entanto, a legislação é omissa em relação a grande maioria dessas situações.

Com a consolidação da interpretação extensiva dos L&E, em que

a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição; Art. 206 - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; Art. 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso 30 de set. 2018.

- 7 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º: 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 30 set. 2018
- 8 Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo 27. 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 30 de set. 2018.
- 9 Convenção de Berna. Decreto no 75.699, de 6 de maio de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm; Acordo TRIPS. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>; Tratado de Marrakesh. Decreto Legislativo nº 261, de 2015. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/tratadomarraqueche.asp>; Convenção de Roma. Disponível em: http://www.socinpro.org.br/site/download/cv_roma.pdf; Convenção de Genebra. Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm. Acesso em 30 de set. 2018.

poderá ser constatado em determinado caso concreto, não previsto na legislação, a ocorrência da sobreposição dos interesses coletivos sobre os do proprietário, tem-se a superação do patrimonialismo exacerbado nos direitos autorais. No entanto, como harmonizar estes direitos de modo a preservar seu conteúdo essencial e determinar em quais situações de tensão um deles deverá ser priorizado – e por que – é objeto de intenso debate, o que será analisado no presente trabalho.

1. DIREITO AUTORAL: PROLEGÔMENOS

A proteção aos interesses do autor na propriedade intelectual refere-se à proteção das expressões artísticas, literárias e científicas, desde que conformem em expressões concretas e originais. Isto é, o direito autoral não tutela as ideias. Nesse sentido, o artigo 2º da Convenção de Berna¹⁰ e o artigo 7º da LDA¹¹, buscam, de modo não exaustivo, exemplificar quais

10 BRASIL. Convenção de Berna. 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 de set. de 2018. ARTIGO 2. 1) Os temas “obras literárias e artísticas”, abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.

11 BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em 30 de set. de 2018. Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à

são as obras protegidas, ao mesmo tempo em que o artigo 8º da LDA exemplifica os objetos sobre os quais os direitos autorais não incidem. O legislador cuidou também de, expressamente, além das ideias, excluir da proteção dos direitos autorais os métodos, projetos, esquemas, leis, etc¹². Em síntese, são obras protegidas pelo direito autoral, atualmente, as expressões criativas humanas, fixadas ou não, não estando limitadas aos tipos indicados na legislação¹³.

O fato de atribuir a titularidade dos direitos autorais sobre a expressão artístico-cultural a uma pessoa faz com que este titular possa utilizar a obra como desejar, além de poder impedir terceiros de utilizá-la, durante o tempo de proteção, sem sua autorização – em que pese a existência das L&E.

Surgem então, a partir da criação, dois tipos de direitos cobertos pelo direito do autor, os direitos patrimoniais e os direitos morais. Os direitos patrimoniais permitem ao titular extrair um benefício financeiro em virtude da utilização de sua obra e, pelas suas características, podem ser transferidos a terceiros, em todo ou em partes, de forma permanente ou temporariamente, pessoalmente ou por meio de representantes, por quaisquer formas admitidas em Direito¹⁴.

Ao mesmo tempo, os direitos morais permitem que o autor adote certas medidas para preservar o vínculo pessoal existente entre ele e a obra¹⁵. São, principalmente, o direito de autoria ou paternidade e o direito de assegurar a integridade da obra¹⁶, tratados no artigo 24 da LDA.

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.

12 Idem. Artigo 8º.

13 SOUZA, Allan Rocha de; PEREIRA, Daniel de Paula. Interseções entre Educação e Direitos Autorais. FGV. 2018. No prelo. Página 7

14 BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em 30 de set. de 2018. Artigo 49.

15 CURSO DL BR 101. Módulo 3. Página 9. Disponível em https://welc.wipo.int/acc/index.jsf?lang=pt_br. Acesso em 30 de set. de 2018.

16 Idem, p. 14.

No entanto, a exclusividade da obra não é absoluta e nem ilimitada. As propriedades de todos os tipos, inclusive os direitos de índole patrimonial, são constitucionalmente funcionalizadas, de modo que, o direito do titular ou proprietário é limitado em virtude dos direitos fundamentais e interesses coletivos. É evidente que a obra autoral envolve interesses não só de seu detentor, mas também de terceiros e da coletividade. Principalmente em relação às obras quando utilizadas no contexto educacional, visto a sua importância para a realização desse direito fundamental.

A própria legislação busca equilibrar os interesses privados patrimoniais com o público, de modo que estabelece dois institutos que permitem a utilização de obras protegidas alheias, sem a necessidade de autorização prévia ou remuneração: o domínio público e as limitações. No domínio público o uso é permitido em sua totalidade, uma vez que o prazo de proteção dos direitos se expirou. De outro modo, nas L&E, a obra ainda é protegida, sendo apenas alguns usos permitidos.

O domínio público é tratado na legislação nos artigos 41 a 45 da Lei nº 9610/98 e como regra geral, os direitos patrimoniais do autor perduram por (i) setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento (art. 41); (ii) em caso de co-autoria, de obra indivisível, iniciará a contagem do prazo na morte do último dos co-autores sobreviventes (art. 42). No período compreendido após o falecimento de um dos co-autores, os seus direitos serão acrescentados aos sobreviventes (art. 42, § único); (iii) quando tratamos de obras anônimas ou pseudônimas, isto é, de autores desconhecidos ou que não queiram se dar a conhecer, a contagem do prazo inicia-se de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação (art. 43); (iv) já em relação às obras audiovisuais e fotográficas, o prazo será de 70 anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua divulgação (art. 44). A determinação da contagem a partir do primeiro dia do ano subsequente ao falecimento tem vantagem prática ao não obrigar o conhecimento da data exata do óbito, bastando o ano.

Além das obras em que o prazo tiver decorrido, pertencem ao domínio público as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores

(art. 45, I) e as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos éticos e tradicionais (art. 45, II). Importante ressaltar que cada país tem soberania para determinar o prazo para que a obra entre em domínio público, claro, dentro de sua competência. Inclusive, no Brasil o prazo de proteção, de 70 anos, é superior ao mínimo de 50 anos exigido pela Convenção de Berna¹⁷ e o Acordo TRIPS¹⁸.

Por outro lado, têm-se as limitações e exceções aos direitos autorais, estabelecidas nos artigos 30, §1º, 46, 47 e 48 da LDA, que autorizam alguns usos de obras que ainda se encontram protegidas. Algumas dessas situações merecem especial destaque no presente trabalho: 46, I, “d”, que permite a reprodução de obras para uso de deficientes visuais¹⁹; 46, II, em relação à cópia de pequenos trechos para fins privados²⁰; 46, III, a citação de passagens de obras para fins de estudos, críticas ou polêmica, na medida justificada para atingir o objetivo²¹; 46, IV, o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem se dirigem²²; 46, VI, a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou para fins exclusivamente didático, nos estabelecimentos de ensino, não havendo qualquer intuito de lucro²³; e 46, VIII, a reprodução

17 BRASIL. Convenção de Berna. 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 de set. de 2018. Artigo 7.1.

18 BRASIL. Acordo TRIPS. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em 30 de set. de 2018. Artigo 12.

19 Importante atentar-se que, por meio de uma interpretação hermenêutica dos diplomas legais, como o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é amplamente viabilizada a criação de formatos acessíveis para pessoas com quaisquer deficiências, não só aos deficientes visuais.

20 Não há padrões ou diretrizes para caracterizar o que seria a reprodução de pequenos trechos, sendo ponto controvertido, que deverá ser analisado no caso concreto. Nesse aspecto, não se pode descartar a hipótese de cópia integral e legítima da obra, como, por exemplo, em situação de indisponibilidade para aquisição.

21 Quaisquer obras podem ser citadas, desde que identificados os autores e obedecidas suas finalidades.

22 É permitido que os destinatários do curso anotem e recolham lições, de modo a aperfeiçoar o aprendizado, no entanto, é vedada sua publicação, mesmo que parcial, sem a autorização de quem ministrou os ensinamentos.

23 A referência ao estabelecimento de ensino deve ser interpretada como sendo

de obras desde que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova, que não prejudique a exploração normal da obra e nem cause prejuízo injustificado aos autores²⁴.

2. INTERPRETAÇÃO DAS LIMITAÇÕES E EXCEÇÕES: A CAMINHO DO NOVO

A interpretação das limitações e exceções expressas na lei de direitos autorais foi fruto de intenso debate. Por um lado, argumenta-se pela interpretação restritiva das limitações, considerando como taxativo o rol elencado na Lei nº 9610/98. Para isso, defende que toda limitação ou exceção ao direito autoral deve estar contida nas hipóteses casuísticas previstas na lei de regência e, caso contrário, somente a autorização do titular legitimaria a utilização da obra. Mencionada corrente apresenta uma visão individualista e privatista dos limites ao direito autoral, defendendo a subsunção dos fatos à norma.

Por outro lado, com entendimento diverso, defende-se a interpretação extensiva das limitações, argumentando que os artigos 46, 47 e 48 apresentam um rol de caráter exemplificativo, pela qual são reconhecidas situações existentes, porém não previstas expressamente na legislação, nas quais há a preponderância do interesse coletivo ou de terceiros, resultando na legítima limitação do interesse do autor. Propõe-se o recurso às cláusulas gerais em detrimento da técnica casuística e da subsunção, que não detém a elasticidade necessária para abarcar todos os casos em que interesse coletivo se sobressai ao interesse individual do titular.

Em 2011 a discussão chegou ao STJ, que, em decisão paradigmática no Recurso Especial nº 964.040²⁵, acatou, por unanimidade, o

qualquer atividade necessária à transferência de conhecimento, independente de se realizar em sala de aula ou em ambiente externo.

24 As obras acessórias não podem se confundir com as obras finais, sendo a citação um meio, e não um fim em si mesmo.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 964.404. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 23 de maio de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701444505&dt_publicacao=23/05/2011. Acesso em 30 de set. de 2018.

entendimento de que as situações previstas expressamente na legislação devem ser interpretadas extensivamente, visto que não englobam todas as situações possíveis, dirimindo a questão.

O caso envolveu a Mitra Arquidiocesana de Vitória e o Escritório de Arrecadação e Distribuição (ECAD). Versou sobre a possibilidade de cobrança a título de direitos autorais em razão de execuções musicais ocorridas em evento de abertura do ano vocacional 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 o corpo docente da instituição, com a execução de músicas e sonorização ambiente, pelo qual foi cobrado pelo ECAD.

Tribunal de Justiça do Espírito Santo, tribunal *a quo*, entendeu pela permissibilidade da cobrança, partindo de uma concepção restritiva e taxativa das limitações e exceções, concluindo assim, que como o evento educacional-religioso não está elencado na legislação, deveria ser pago, nos termos do artigo 68, parágrafo 3º²⁶. Além disso, alega que o fato da solenidade ser realizada sem fins lucrativos não afasta a necessidade de arrecadação a título de direitos autorais, visto que, segundo tal linha de interpretação, as execuções musicais foram efetuadas em local de frequência coletiva e, sendo assim, o pagamento deveria ser entendido como gasto ordinário para a realização de qualquer evento com a execução de obras musicais.

Diante disso, a Mitra Arquidiocesana de Vitória, a quem pertence à escola em questão, interpôs recurso ao Superior Tribunal de Justiça buscando a revisão de tal decisão, pois este ato não violaria os direitos autorais, visto que estaria de acordo com o artigo 46, VI, da LDA, que

26 BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro 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.

afasta os encargos em face da execução musical realizada com finalidade didática, sem fins lucrativos em estabelecimento de ensino. A Terceira Turma do STJ, nos termos do voto do Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, atestou que a legislação fixa apenas o âmbito de proteção *prima facie* da propriedade intelectual, tendo os artigos, referentes às limitações do direito autoral, caráter meramente exemplificativo.

Ao expor sobre as L&E afirma que estas representam, na legislação infraconstitucional, reflexos dos próprios direitos constitucionais fundamentais, como a educação, discorrendo que:

Ora, se as limitações de que tratam os arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98 representam a valorização, pelo legislador ordinário, de direitos e garantias fundamentais frente ao direito à propriedade autoral, também um direito fundamental (art. 5º, XXVII, da CF), constituindo elas - as limitações dos arts. 46, 47 e 48 - o resultado da ponderação destes valores em determinadas situações, não se pode considerá-las a totalidade das limitações existentes.²⁷

A fim de limitar a própria analogia e a expansão das L&E, recorre à regra dos três passos, prevista na Convenção de Berna e no Acordo TRIPS, que estabelece que os Estados membros podem estabelecer limitações se: (i) forem casos especiais; (ii) a utilização não prejudicar a exploração normal da obra; e (iii) a utilização não causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. Conforme decidido, o caso concreto atende a todos os requisitos, tendo em vista se tratar de caso especial, sem fins lucrativos e de pequenas proporções.

Percebe-se então, que se trata de uma evolução do entendimento sobre os direitos autorais, ao analisar o caso diante da ponderação entre direitos e garantias constitucionais, devendo o direito patrimonial do autor se harmonizar com os demais direitos fundamentais. Nesse sentido, leciona Allan Rocha de Souza²⁸:

Vislumbra-se que a perspectiva hermenêutica sobre estes limites

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 964.404. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 23 de maio de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701444505&dt_publicacao=23/05/2011. Página 4.

28 SOUZA, Allan Rocha. A função social dos direitos autorais. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006. Página 273

deve ser uma que permita a incorporação de isenções outras que as especificadas em lei especial, em razão das efervescentes e crescentes demandas por suprimento das necessidades educacionais e culturais contemporâneas nacionais, constitucionalmente previstas e protegidas e não comportadas na legislação ordinária atual.

3. ARTE E CULTURA NA EDUCAÇÃO

A importância da educação para o desenvolvimento e para a concretização da dignidade humana impulsionou sua garantia em todo o mundo, sendo, inclusive, criada a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), além de diversos tratados internacionais²⁹ terem sido desenvolvidos sobre o tema.

No ordenamento pátrio, a educação é um direito fundamental, sendo prevista expressamente pela CF/88 no artigo 6º e, inclusive, conta com Seção própria no Título VIII, Capítulo III. A educação, então, é assegurada como um direito social de índole fundamental que deve ser promovido e incentivado com o intuito do pleno desenvolvimento da pessoa. Além disso, a Constituição estabelece um plano nacional de educação, para que assim se definam as diretrizes, objetivos, metas e estratégias para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas. Ademais, no plano infraconstitucional a educação é normatizada pela Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996³⁰, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e por isso, é chamada de Lei de Diretrizes e Bases (LDB).

Tal legislação indica a educação não apenas em seu aspecto estritamente formal, mas abrangendo os processos formativos que se desenvolvem na convivência humana, como na vida familiar ou no trabalho, devendo ser entendida como prática não só nas instituições de ensino, como também nos movimentos sociais, organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais (Art. 1º). Por isso, estabelece

29 UNESCO. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/education/international-instruments-ed/>. Acesso em 30 de set. 2018.

30 BRASIL. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em 30 de set. de 2018

a educação como um dever da família e do Estado, tendo como objetivo o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação profissional (Art. 2º). Claro que a educação se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino em instituições próprias (Art. 1º, §1º), mas a legislação estabelece que também deva estar vinculada ao mundo do trabalho e à prática social (Art. 1º, §2º).

O ensino deverá ser ministrado tendo em vista alguns princípios, dentre eles, os de maior relevância para o presente trabalho, que são a “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar cultura, o pensamento, a arte e o saber” (Art. 3º, II), o “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas” (Art. 3º, III), a “gestão democrática do ensino público” (Art. 3º, VIII) e a “vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais” (Art. 3º, XI).

Em relação à figura docente, lhe é atribuída à função de zelar pela aprendizagem dos alunos (Art. 13, III) e colaborar com as atividades de relação entre a escola, as famílias e a comunidade (Art. 13, VI). No mesmo sentido, versa a lei sobre os estabelecimentos de ensino, que terão a incumbência de articular-se com as famílias e a comunidade, criando processos de integração da sociedade com a escola (Art. 12, VI).

Em relação aos currículos da educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, institui a LDB a necessidade de uma base nacional comum, que, contudo, poderá ter partes diversificadas, devido às diferenças regionais dos alunos (Art. 26). Em relação às expressões artísticas, firmou o ensino da arte³¹ como componente curricular obrigatório da educação básica (Art. 26, §2º). Além disso, estabeleceu a exibição de filmes de produção nacional como componente curricular complementar integrado à proposta pedagógica da escola, sendo a exibição obrigatória por, no mínimo, duas horas mensais (Art. 26, §8º).

Novamente, a legislação pontua a obrigatoriedade da arte na base comum curricular no ensino médio (Art. 35), que compõe a educação básica e também determina que, ao final desta etapa, o educando deverá dominar os princípios científicos e tecnológicos que presidem a produção moderna e os conhecimentos das formas contemporâneas de linguagem

31 Como as expressões culturais, as artes visuais, a dança, música e o teatro.

(Art. 35, §8º, I e II).

Relativamente ao ensino superior a LDB propõe como finalidade, dentre outras, “estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo” (Art. 35, I), “incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura” (Art. 35, III), “promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação” (Art. 35, IV), “suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional” (Art. 35, V), e “promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição” (Art. 35, VIII).

Em síntese, ao analisar a Lei nº 9.394 percebe-se a atenção especial dada pelo legislador ao ensino da arte e cultura, sendo componentes obrigatórios no currículo, contribuindo diretamente ao desenvolvimento da identidade dos alunos, além de potencializar a criatividade, o desenvolvimento corporal e mental e a interpretação. Também se verifica a importância da relação entre Estado, família e sociedade para a educação, de modo a conceber a educação para além dos ambientes institucionais, relacionando-a com as práticas sociais, considerando os ambientes locais e os desafios regionais.

E é frente a esse conjunto que os direitos autorais devem ser compatibilizados, de modo a viabilizar ao máximo o acesso a conteúdos educacionais com o intuito de concretizar o direito a educação no seu âmbito mais profundo. A lei de Direitos Autorais trata de maneira sucinta dos assuntos relacionados à utilização de obras para fins de educação. No entanto, com a interpretação extensiva das limitações ao direito do autor, torna relevante entender a extensão das possibilidades de usos livres não previstos na norma, situações em que o interesse coletivo justifica o uso da obra sem necessidade de autorização ou pagamento. Nesse ponto, têm-se questões referentes a obras indisponíveis ou órfãs, uso de obras nas salas de aula, arquivos, bibliotecas, pesquisas acadêmicas, criação de material

didático, dentre outros.

O direito legislado não é capaz de acompanhar o intenso dinamismo social, sendo impossível a inclusão na legislação de todas as hipóteses em que haveria a sobreposição do interesse coletivo ao do proprietário, desse modo, transfere-se à sociedade e, no caso de conflito, ao Poder Judiciário, a função de construir, progressivamente as respostas, por meio da análise dos casos concretos³².

E com o intuito de compreender o entendimento do STJ a respeito das limitações do direito autoral frente ao direito de educação, serão analisadas a seguir decisões recentes deste tribunal no que se refere à educação.

4. PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

A extensão de sua aplicação é um dos temas decorrentes da decisão que estabelece que a correta interpretação das L&E é a extensiva, considerando que as L&E estabelecidas pelo legislador são apenas exemplos, frente à dificuldade, senão impossibilidade, de prever todas as situações e casos nos quais o interesse público legitimado pelos direitos fundamentais com os quais os direitos autorais devem ser harmonizados.

Então, superada a discussão sobre a devida interpretação das limitações, abrem-se questões sobre em que medida a decisão inicial é referenciada e seguida pelo próprio tribunal e, também, de que forma a interpretação extensiva está sendo aplicada às L&E específicas. Aqui neste trabalho o foco é, como já adiantado, na educação.

4.1. RECURSO ESPECIAL Nº 1.320.007 ³³

32 MARTINS-COSTA, Judith, O Direito Privado como um “Sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. In Revista de Informação Legislativa a. 35, n.139, jul/set, 1998.

33 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 05 de março 2018.

Em 04 de junho de 2013o STJ se manifestou a respeito da permissão de cobrança de direitos autorais em razão de festa de formatura. O litígio se inicia com a cobrança por parte do ECAD pela execução de músicas em festividade de formatura realizada pelo Centro de Treinamento Bíblico Thema Brasil, Aracajú. O Recurso Especial tem como origem o Tribunal do Sergipe, no qual, em primeira instância, foi declarada indevida a cobrança realizada pelo ECAD, porém, após recurso interposto, a segunda instância decidiu pela obrigatoriedade de pagamento dos direitos autorais.

No Recurso especial reafirma-se que o Centro de Treinamento Bíblico é instituição de ensino visto que propicia o ensino das escrituras bíblicas e que o evento realizado tinha fins didáticos e objetivo de confraternização entre discentes, docentes, familiares e amigos, sem qualquer intuito do lucro.

No STJ, a Ministra Relatora Nancy Andrichi, reitera o entendimento da interpretação extensiva das limitações contidas no artigo 46 da Lei de Direito Autorais, analisando mais especificadamente o sentido do termo “recesso familiar” contido em seu inciso VI³⁴. No enfrentamento do caso, concebe o termo em sentido *lato sensu*, a partir do precedente que estabelece a interpretação extensiva das L&E, propondo o entendimento de que recesso familiar não pode ser 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. E, assim, conclui que se trata de evento didático realizado somente com a presença de familiares e amigos próximos com o intuito de confraternização, configurando assim, um ambiente familiar enquadrado dentro do previsto no inciso VI do Art. 46 da LDA.

O balizador do caso foi o precedente o Recurso Especial nº 964.404, já comentado, e que também trata de evento sem fins lucrativos, com entrada gratuita e finalidade didática e religiosa e que, por isso, não conflita com a exploração normal da obra. Com esse raciocínio, considera que, nestes casos o interesse coletivo sobrepõe-se à exclusividade autoral,

³⁴ 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.

pois que, nas palavras da Ministra, “se inspira na própria sociedade em que vive, o que gera a previsão legal de um direito dessa mesma sociedade como uma contrapartida”³⁵.

Assim, conforme a própria LDB estabelece, o ensino não se dá unicamente nas instituições formais, de modo que o Centro de Treinamento Bíblico também constitui um instituto educacional, compreendido na dicção do inciso VI, do artigo 46. E, neste mesmo sentido, deverão ser entendidos outros centros comunitários de aprendizagem, cursos de artes e idiomas, profissionalizantes e assim por diante.

4.2. RECURSO ESPECIAL Nº 818.567³⁶

Em 2016 foi enfrentado pelo STJ um litígio a respeito das L&E e o consequente uso livre de trechos de obra pré-existente na criação de obra nova, com as devidas referências.

No caso, a Sociedade Brasileira de Cardiologia produziu um livro, com o título de “TEC – Título de Especialista em Cardiologia Guia de Estudo”, com finalidade de servir de auxílio ao estudo de matéria técnica destinada aos médicos interessados em especialização em cardiologia, portanto em curso de educação continuada e de formação profissional. Para atingir sua finalidade educacional a obra didática utilizou de questões, com as devidas referências, de titularidade da SJT Saúde Educação Cultura e Editora LTDA. A controvérsia diz respeito à cobrança de direitos autorais pela editora, uma vez que, em sua opinião, não se aplicaria o direito de citação, por conta de seu percentual elevado.

Contudo, o Ministro Relator Luís Felipe Salomão entendeu pela incidência da limitação contida no artigo 46, III da Lei 9.610/98, uma vez que as citações, ainda que em percentual considerável, apenas ocorreram 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 obra³⁷. O relator

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.320.007. Página 11.

36 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 30 de set. 2018.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 818.567.

atenta também para a diferença das finalidades das obras. Enquanto a primeira apresenta material didático para auxílio em especialização, a segunda visa a apresentação de questões de exames passados. Assim, o Relator decidiu pela inexistência de violação do direito autoral, sendo seguido pela Quarta Turma do STJ, por unanimidade.

Em 2007 o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já havia proferido decisão com entendimento no mesmo sentido³⁸. Ocorre que, após a reprodução de poema em livro didático sem a autorização prévia, o juízo de primeiro grau determinou liminarmente a medida de busca e apreensão das referidas obras. Posteriormente, em sede recursal, em segunda instância, o Tribunal, com base no artigo 46, III da LDA, sinalizou para a provável licitude da conduta da editora que reproduziu os poemas, interpretando como exorbitante a medida tomada, visto o ambiente conflituoso, e, assim, determinou a anulação da decisão do Juízo de primeira instância.

Ao compor os interesses em questão, o direito de acesso à cultura e educação por parte dos estudantes mostrou preponderância, no caso, frente ao direito patrimonial e, dessa forma, os discentes, principais destinatários da obra, poderiam obter não só o poema objeto do litígio, mas também todos os demais inseridos no livro didático.

Contudo, evidentemente, não se protege o uso indevido das citações, principalmente quando as citações perdem sua função de estudo, crítica ou polêmica, se tornam a mera reprodução e/ou não indicam o nome e a origem da obra citada, hipótese que pode configurar contrafação e/ou plágio, potencialmente punido inclusive criminalmente³⁹.

Página 1. “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 a origem da obra”.

38 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0009827-89.2007.8.19.0000. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00038B24EBF4AB6D41D6461A71C4DBFBB225B385C362620B&USER>. Acesso em 30 de set., 2018.

39 BRASIL. Código Penal. Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 184. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessado em 04/03/2018.

4.3. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 270.293⁴⁰

Ponto relevante trazido à apreciação dos Tribunais se refere à realização de festividades juninas no ambiente escolar. Regularmente, o ECAD efetua cobranças a título de encargos de direitos autorais devido à execução das obras, sob o fundamento do artigo 68, §3º da Lei nº 9.610⁴¹, alegando ausência de autorização prévia e correspondente remuneração. Não se submetendo aos desígnios do ECAD, diversas Instituições de Ensino recorrem ao Poder Judiciário sob o argumento que a utilização das obras se dá sem o intuito do lucro, em estabelecimento de ensino e para fins didáticos, sendo assim, deveriam ser interpretados como uma limitação ao direito do autor, regulado no artigo 46, VI da Lei 9.610/98.

Contudo, a matéria foi enfrentada de forma satisfatória somente em 2015, no Superior Tribunal de Justiça, no Agravo em Recurso Especial nº 270.293. O Relator, Ministro Raul Araújo discorreu seu entendimento de que o evento se tratava de um caso especial, que não representa um confronto com a exploração normal da obra, uma vez que se trata de festividade fechada ao público geral, além de não prejudicar injustificadamente o autor, devido ao fato de a festa junina representar uma atividade de integração entre escola e família, que, inclusive, está prevista entre os deveres curriculares das Instituições de Educação, conforme já analisado. Concluiu o Ministro que a execução de músicas folclóricas em festa junina, gratuita, em escola, com objetivo de entretenimento e sendo parte do projeto pedagógico, não necessita de autorização prévia do titular da obra ou pagamento a título de direito autoral.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 270.293. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/deciso/es/?num_registro=201202555669&dt_publicacao=27/05/2015. Acesso em 30 de set. 2018.

41 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.

Por outro lado, o mesmo não ocorre, por exemplo, nos eventos realizados fora do âmbito educacional, como no caso das festividades públicas realizadas pelos Municípios, que não apresentam fins lucrativos, mais alcançam um público amplo⁴², confirmando, mais uma vez, que os direitos autorais, em especial suas limitações, devem ser interpretados de acordo com seus fins sociais, por meio de uma ponderação com objetivo de harmonização entre os direitos autorais e da coletividade, de modo que, nem os direitos autorais sejam nem estendidos nem restringidos excessivamente.

A educação é um direito fundamental assim como os direitos autorais e, no caso concreto da execução de obras em festividade junina, a jurisprudência, de maneira correta, interpreta que o interesse coletivo a educação se sobrepõe ao interesse patrimonial do autor. Podemos, assim, firmar o entendimento extensivo de que esta possibilidade não só se relaciona a casos de festas juninas, mas também a outras festividades e expressões culturais como a folia de reis, bumba-meu-boi, festividades natalinas ou de cunho religioso e equivalentes. Desde que, claro, com intuito didático ou pedagógico, sem fim lucrativo e realizado em ambiente educacional, como parte das atividades de integração da comunidade escolar.

42 Nesse sentido, por exemplo, dentre as decisões mais recentes: AgInt no Recurso Especial nº 1.385.138/SC, Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1649319&num_registro=201301619983&data=20171030&formato=PDF; e Recurso Especial nº 1.444.957/MG, disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1527713&num_registro=201400679608&data=20160816&formato=PDF. Acesso em 30 de set. de 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de fácil constatação a relação existente entre o direito à educação e os direitos autorais, ambos de índole fundamental e constitucional. Conforme consagrado na CF/88 os direitos de propriedade e patrimoniais devem ser funcionalizados em razão dos interesses e direitos coletivos.

Desse modo, a LDA estabelece institutos com a função de equilibrar os interesses privados e públicos em relação à propriedade intelectual, como o domínio público e as L&E ao direito do autor. Entanto, a legislação pouco prevê a respeito dos usos livres dos direitos autorais para fins educacionais ou culturais, sendo evidente a omissão com relação à diversas atividades educacionais. As hipóteses de limitações ao direito do autor em relação às citações, usos ilustrativos, apanhado de lições, de modo algum constituem a totalidade de usos livres de obras autorais para finalidades educacionais.

Diante desta realidade, a doutrina, ao menos desde 2005, defende a interpretação extensiva das limitações como forma de estender às hipóteses não previstas na legislação a possibilidade uso independente de autorização e remuneração ao titular. Em 2011 o tema foi enfrentado no STJ, que decidiu pela interpretação extensiva das L&E previstas na LDA, de forma a considerar como exemplificativas as casuisticamente previstas. Desde então tal entendimento se consolidou como sólido precedente, sendo seguido em decisões subsequentes.

O entendimento não poderia ser contrário, diante da impossibilidade do legislador infraconstitucional prever a totalidade de situações em que os direitos relacionados à educação se sobressaem frente aos direitos do autor, necessário se faz permitir a constatação pelo Poder Judiciário, diante dos casos concretos que lhe são apresentados, das demais situações no qual há relevância, para o nosso caso, do direito fundamental à educação.

A realização de modo pleno do direito fundamental à educação exige o exercício de um conjunto de atividades nos quais usos de obras protegidas por direitos autorais são partes essenciais, tais como: pesquisa; adaptação de material às realidades regionais; estudo e ensino das artes

e letras; exibição cinematográfica; adequação dos programas e cursos às necessidades das pessoas com deficiência; integração escolar e comunitária; bibliotecas; arquivos; museus; dentre outros, que não estão expressamente previstos na legislação e são essenciais à atividade.

A ciência e o conhecimento se produzem de modo gradual, partindo sempre do ponto já alcançado por outro pesquisador, desse modo, é importante avançar na democratização do conhecimento, que deve se tornar livremente disponível e alcançar o número máximo de pessoas. A legislação é insuficiente e outros elementos do direito à educação precisam ser levantados e harmonizados com os direitos autorais. O STJ estabeleceu como paradigma judicial a interpretação extensiva, que se firmou como precedente no próprio Tribunal, tornando-se referência obrigatória em futuras decisões, que nela se basearam para incorporar situações essenciais à educação e não previstas expressamente na legislação.

Contudo, em que pesem tais avanços, faz-se importante a identificação e proposição de critérios – por meio, por exemplo, da instituição de uma cláusula geral de L&E - para que as limitações aos direitos autorais em favor dos interesses da coletividade sejam feitas de maneira mais eficaz. 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.

BRASIL. Acordo TRIPS. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em 30 de set. de 2018.

BRASIL. Código Penal. Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 30 de set. de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso 30 de set. de 2018

BRASIL. Convenção de Berna. 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 de set. de 2018

BRASIL. Convenção de Genebra. Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm. Acesso em 30 de set. de 2018.

BRASIL. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em 30 de set. de 2018

BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em 30 de set. de 2018.

BRASIL. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm . Acesso em 30 de set. de 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 270.293. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201202555669&dt_publicacao=27/05/2015. Acesso em 30 de set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.320.007. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 09 de setembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200822344&dt_publicacao=09/09/2013. Acesso em 30 de set. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.444.957/ MG, disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1527713&num_registro=201400679608&data=20160816&formato=PDF. Acesso em 30 de set. de 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 818.567. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 24 de junho de 2016. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502769649&dt_publicacao=24/06/2016. Acesso em 30 de set. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 964.404. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 23 de maio de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701444505&dt_publicacao=23/05/2011. Acesso em 30 de set. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.. AgInt no Recurso Especial nº 1.385.138/SC, Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1649319&num_registro=201301619983&data=20171030&formato=PDF. Acesso em 30 de set. de 2018

BRASIL. Tratado de Marrakesh. Decreto Legislativo nº 261, de 2015. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/tratadomarraqueche.asp>. Acesso em 30 de set. de 2018

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm; Acesso em 30 de set. de 2018

BRASIL. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 30 de set. de 2018

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0009827-89.2007.8.19.0000. Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, 19 de junho de 2007. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/t.?UZIP=1&GEDID=00038B24EBF4AB6D41D6461A71C4DBFBB225B385C362620B&USER>. Acesso em 30 de set. de 2018.

Convenção de Roma. Disponível em: http://www.socinpro.org.br/site/download/cv_roma.pdf. Acesso em 30 de set. de 2018

Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expression/showarticle.asp?artID=536&lID=4>; Acesso em 30 de set. de 2018

CURSO DL BR 101. Disponível em https://welc.wipo.int/acc/index.jsf?lang=pt_br. Acesso em 30 de set. de 2018.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso 30 de set. de 2018

MARTINS-COSTA, Judith, *O Direito Privado como um “Sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. In Revista de Informação Legislativa a. 35, n.139, jul/set, 1998.

SOUZA, Allan Rocha de; PEREIRA, Daniel de Paula. *Função Social nos Direitos Autorais: novos sentidos no âmbito educacional*. In Anais do XI CODAIP, 2017.

SOUZA, Allan Rocha de; PEREIRA, Daniel de Paula. *Interseções entre Educação e Direitos Autorais*. FGV. 2018. No prelo.

SOUZA, Allan Rocha. A função social dos direitos autorais. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. *A Garantia da propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n.6, jun. 2005

UNESCO. Disponível em:<http://www.unesco.org/new/en/unesco/about-us/who-we-are/history/>. Acesso em 28 de set. 2018.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo X Direito de Autor e os Primados Constitucionais

TÍTULO: A FUNÇÃO SOCIAL NOS DIREITOS AUTORAIS

**Lorraine Carvalho da Costa
Luisa Lemos Ferreira**



A FUNÇÃO SOCIAL NOS DIREITOS AUTORAIS

Lorraine Carvalho da Costa¹

Luisa Lemos Ferreira²

RESUMO

O instituto da função social da propriedade consagrado na Constituição Federal de 1988 inaugurou o fim do antagonismo existente entre o espaço absoluto de poder e autonomia do titular da propriedade e os interesses sociais coletivos acerca das pretensões dominiais. Com efeito, consagrou-se o entendimento de que a função social e a propriedade são direitos fundamentais que se complementam, na medida em que a função social compõe e molda a essência da propriedade. Por certo, os direitos autorais, através de uma interpretação sistêmica, compõem o instituto da propriedade dado que se trata de novas situações jurídicas subjetivas moldadas a partir da propriedade, a exemplo da propriedade intelectual. Nesse sentido, o presente estudo concentra-se na análise da aplicação do princípio da função social no direito autoral a partir do estudo da Lei de Direitos Autorais.

Palavras-chave: Função Social; Direito Civil Constitucional; Direito Autorais.

-
- 1 Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, (UFRRJ- ITR). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas (NUREP). Trabalho desenvolvido sob a orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza. Email: lorraine_carvalho@hotmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3224481627926024>
 - 2 Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, (UFRRJ- ITR). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas (NUREP). Trabalho desenvolvido sob a orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza. Email: luisa_lemos@hotmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6587489585769896>

INTRODUÇÃO

Influenciado pelo Código Napoleônico, o direito civil era tido como o “reino da liberdade individual” (MORAES, 1991, p. 2), o ramo do direito onde a autonomia privada era vista como valor supremo e indiscutível e sua utilização era desempenhada de maneira absoluta (MORAES, 1991, p. 2). Contudo, após o século XX ser marcado por duas grandes guerras mundiais deparou-se com a necessidade de redefinição dos institutos jurídicos existentes, tendo em vista às inúmeras atrocidades cometidas nesses períodos históricos resguardadas na licitude.

Neste sentido, os países europeus passaram pelo chamado “constitucionalismo do pós-guerra” (BARROSO, 2005, p. 238), que redefiniu o papel central da Constituição nos ordenamentos jurídicos, proporcionando inúmeras mudanças, não somente jurídicas, mas, sobretudo, políticas, com o fortalecimento do Estado democrático de direito, aproximando os ideais constitucionais e democráticos (BARROSO, 2005, p. 238).

Os Estados, deste modo, transformaram seus papéis, passando a operar em seus governos internos de forma mais atuante, o que acabou por influenciar os ramos do direito, em especial, o direito civil visto que “diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita às regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores.” (MORAES, 1991, p. 3).

Assim, o deslocamento hermenêutico da Constituição para o centro do ordenamento jurídico brasileiro admitiu a irradiação para todos os dispositivos infraconstitucionais de seus princípios e valores, notadamente os direitos e garantias fundamentais, assegurando, destarte, que a axiologia Constitucional fosse requisito de validade das normas infraconstitucionais.

O atual contexto pós-positivista, portanto, colocou os direitos fundamentais no centro do ordenamento jurídico, não só influenciando as demais normas nele existentes, como também dando a estas um novo parâmetro de existência. Nesse sentido, com o direito autoral não poderia

ser diferente, visto que o estudo do instituto dependerá essencialmente do estabelecimento do sentido e do alcance de sua fundamentação na Constituição Federal.

Nesse ponto, compreendendo a propriedade e a função social enquanto institutos que regem os direitos patrimoniais nos dias atuais, observa-se que a partir da análise dos incisos XXVII e XXVIII do art. 5º da Constituição, os direitos autorais encontram-se dentro do contexto constitucional de proteção da propriedade.

De certo, nos direitos do autor, tal como nos direitos de propriedade, deve ser conformado, da mesma forma, à função social. É nesse contexto que o presente estudo se desenvolve. Em outras palavras, busca-se avaliar a aplicabilidade do princípio da função social aos contornos dos direitos autorais.

Para tanto, se faz fundamental uma análise mais detida do instituto da função social, partindo-se de um exame sumário de seus desdobramentos e concluindo com a sua aplicabilidade na Lei de Direitos Autorais.

1. A constitucionalização do direito no Brasil

O direito brasileiro se inseriu no quadro de Estado Constitucional com a promulgação da Constituição de 1988. Na transição de um Estado autoritário para o Estado democrático de direito, a nossa vigente Constituição “foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira” (BARROSO, 2017, p. 03). Desta forma, segundo Anderson Schreiber: (SCHREIBER, 2013, p. 09):

Se, na Itália e na Alemanha, a derrubada dos regimes autoritários foi o gatilho para a edição de novas Constituições e a conseqüente reformulação do direito civil, tal papel coube, no Brasil, ao processo de “redemocratização”, que deu fim a um longo e tenebroso período de ditadura militar.

O fenômeno da constitucionalização do direito, que consiste no deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, passou, portanto, a ganhar força. A Lei Maior, além da supremacia formal, adquiriu supremacia material. Transformou-se, por conseguinte, “no filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico” (BARROSO, 2017, p. 09).

Anteriormente à virada constitucionalista no Brasil, o direito civil exerceu papel monopolizador na regulação das relações privadas. O Código Civil de 1916, considerado a Constituição do direito privado, resguardava as relações patrimoniais contra a ingerência do Poder Público, exercendo um papel hegemônico nas relações jurídicas interpessoais. Ansiava-se que o Código regulasse todos os centros de interesse jurídico que o indivíduo pudesse ser titular, através do estabelecimento de situações-tipo no bojo de suas normas (TEPEDINO, 2017, pp. 02-03). Assim (CASTRO, JUNIOR, SOUZA, 2008, p. 6534):

Acreditava-se e propalava-se a ideia de que os códigos, e no Brasil não foi diferente com o Código Bevilacqua, eram as Constituições do direito privado. Indiscutível, portanto, o significado e predominante que o Código Civil detinha no âmbito das relações *inter-privatos*. Não é de se espantar, portanto, o pensamento dominante que reduzia o direito ao código, em assaz correspondência a aproximação quase que absoluta entre norma e direito coroada com o positivismo, que nas primeiras décadas do século XX, tornou-se a filosofia dos juristas.

Evidente era, portanto, a divisão existente entre o direito civil e o direito público nesse cenário, considerados enquanto mundos apartados e incomunicáveis entre si, cada qual com seu papel pré-definido no ordenamento.

Não obstante, o grande contingente de leis extravagantes promulgadas ao longo do século XX implicou a perda do caráter exclusivo do Código Civil na regulação das relações privadas. A criação de tais leis excepcionais adveio da “insofismável necessidade do Estado em contemporizar os conflitos sociais emergentes, bem como em razão das inúmeras situações jurídicas suscitadas pela realidade econômica e simplesmente não alvitradas pelo Código Civil” (TEPEDINO, 2017, p. 05). Formou-se, portanto, um direito especial, que passou a vigor paralelamente ao direito comum instituído pelo Código Civil e que retirou o seu papel de estatuto único das relações privadas.

Com o advento da Constituição de 1988, viu-se latente falta de sintonia entre a Lei Maior e o Código Civil, os quais possuíam posturas e valores diversos e conflitantes. A Constituição da República, nessa esteira,

passou a tratar de matérias antes abordadas de forma exclusiva pela lei civil, mas dentro de uma concepção existencial e solidarista³. Conforme explica Anderson Schreiber (SCHREIBER, 2013, p. 09):

Fruto de um amplo debate democrático, a Constituição brasileira de 1988 elegeu como valores fundamentais da sociedade brasileira a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza, entre outros valores de cunho fortemente social e humanista. Ao mesmo tempo, permanecia em vigor o Código Civil de 1916, que, inspirado na filosofia liberal e individualista, seguira, qual servo fiel, a cartilha das codificações europeias dos séculos XVIII e XIX.

Fez-se mister, portanto, que o Código Civil se alinhasse à perspectiva humanista trazida pelo constituinte, e é nesse cenário que ele perde, definitivamente, o seu papel protagonista no direito brasileiro⁴. Desfrutando de supremacia formal e material, “a Constituição já não é apenas o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade” (BARROSO, 2013, p. 82).

O respeito à axiologia constitucional se torna, assim, pressuposto de validade das normas infraconstitucionais. Nas lições de Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2012, p. 10).

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o ordenamento jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional.

3 Como exemplos, “todo o Código Civil permanecia ancorado na ampla liberdade de contratar, no livre exercício da propriedade privada, na responsabilidade civil por culpa, enquanto a Constituição de 1988 funda-se no valor social da livre iniciativa, na função social da propriedade, na socialização dos riscos”. SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

4 Conforme bem elucidada Anderson Schreiber, a constitucionalização do direito civil gerou certa resistência em parte da doutrina: “Encontrou (...) forte resistência entre os nossos civilistas, ciosos dos seus conceitos seculares e da sua dogmática imune às instabilidades políticas que, no Brasil, já haviam levado à promulgação de mais de seis Constituições, enquanto o Código Civil de 1916 permanecia único e monolítico”. In: *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

As novas demandas da sociedade e a consciência social em relação aos direitos fundamentais ensejaram a superposição entre o público e o privado (BARROSO, 2013, p. 82). Neste passo, a clara divisão entre o direito público e o privado já não mais correspondia ao novo desenvolvimento dogmático, o qual passou a conferir à Constituição papel central no âmbito privado.

Supera-se, portanto, a clássica dicotomia direito público – direito privado e solidifica-se a consciência da unidade do sistema. Nas lições de Maria Celina Bodin de Moraes, acolher a construção da unidade do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo.

Destarte, a ideia de rígida separação entre o direito público e o privado é abandonada vez que não mais traduz a realidade econômico-social, tampouco corresponde à lógica do sistema (MORAES, 1991, p. 05). Nas palavras da referida autora (MORAES, 1991, p. 06):

No Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.

A estrutura da ordem jurídica privada foi alterada radicalmente, “na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as patrimoniais” (MORAES, 2006, p. 234). O legislador constituinte, neste sentido, passou a impor diversos deveres extrapatrimoniais às relações privadas, tendo-se em vista a realização da personalidade e da dignidade da pessoa humana. (TEPEDINO, 2017, p. 10).

A ordem jurídica passa a ser voltada para a investigação das singularidades da pessoa humana, e o homem, em seu próprio contexto, irá avocar e determinar a normativa mais condizente com suas necessidades essenciais (TEPEDINO, 2008, p. 09).

As fontes normativas, portanto, precisam ser harmonizadas a partir

dos valores e princípios constitucionais. Não deve o intérprete idealizar um “*microclima* de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional” (TEPEDINO, 2017, p. 12). Faz-se necessário, neste passo, que seja levado sempre em consideração a noção de unidade do sistema, realizando o intérprete uma interpretação sistemática dos dispositivos legais, que devem ser harmônicos entre si e respeitar, sobretudo a axiologia da Lei Maior.

Opera-se, no fim do século XX, a constitucionalização do direito civil, verificando-se, como consequência, uma despatrimonialização e repersonalização da disciplina civilista, com destaque em valores existenciais, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, em sua dimensão física e psíquica (BARROSO, 2012, p. 10).

Nesse diapasão, propagou-se no direito brasileiro, a metodologia civil-constitucional⁵, a qual propõe que “os institutos de direito civil sejam reformulados à luz dos novos valores constitucionais, abandonando-se o misoneísmo habitual da doutrina civilista em prol de uma efetiva reconstrução do direito privado” (SCHREIBER, 2013, p.09). Esta releitura, contudo, não deve ser compreendida de modo restritivo, vez que (SCHREIBER, 2013, p. 06):

Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser *diretamente* aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A rigor, para o direito civil-constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas.

5 A expressão “direito civil-constitucional” começou a ser empregada a partir da década de 1990, em estudos de dois civilistas pioneiros, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, recém-chegados da Itália, onde haviam concluído o curso da prestigiosa ScuoladiSpecializzazione in Diritto Civile da Università di Camerino, trouxeram na bagagem uma nova metodologia, apreendida diretamente das lições do seu maior expoente no direito italiano, Pietro Perlingieri: a doutrina do direito civil na legalidade constitucional. Tal corrente de pensamento acabaria se tornando mais conhecida, especialmente entre nós, sob a sintética denominação de direito civil-constitucional”. SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 06.

Desta forma, torna-se imperativo que todas as relações jurídicas de direito privado sejam interpretadas à luz da Constituição, “seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana” (SCHREIBER, 2013, p. 06).

2. Direito de propriedade e função social

A superação da *summa divisio* entre o direito público e o privado teve como uma de suas consequências a aplicação direta da Constituição às relações particulares. Neste sentido, tem-se também como consectário a leitura da legislação infraconstitucional pelo intérprete sob a perspectiva da axiologia constitucional.

A aplicação do direito enquanto atividade mecânica, utilizando-se de métodos puramente subsuntivos, não mais é suficiente para a análise da realidade fática. Faz-se necessário, além dos modelos abstratamente previstos pelo legislador, a aplicação da norma constitucional diretamente às relações privadas. Destarte (MORAES, 1991, p. 05):

A análise do caso concreto, com frequência, enseja primas diferentes e raramente pode ser resolvida através da simples aplicação de um artigo de lei ou da mera argumentação de lógica formal. Daí a necessidade, para os operadores do direito, do conhecimento da lógica do sistema, oferecida pelos valores constitucionais, pois que a norma ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para a sua aplicação naquele caso concreto.

Com efeito, os direitos fundamentais, que representam o núcleo essencial do direito constitucional, também adquiriram aplicabilidade direta a partir da superposição entre o direito público e privado.

Nessa perspectiva, no ordenamento brasileiro, que possui uma Constituição voltada para o social, não é possível que os direitos fundamentais atuem como meros limites à atuação do Poder Público. Tais direitos têm como destinatários todos os indivíduos, que devem conformar seu comportamento aos valores e diretrizes da Lei Maior

(SARMENTO, 2004, p. 277).

Neste sentido, Daniel Sarmiento aduz que nossa Constituição consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva. Não se baseia, portanto, “nos mesmos pressupostos ideológicos que sustentaram a separação rígida entre Estado e sociedade civil, e que serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais do campo das relações entre particulares” (SARMENTO, 2004, p. 279).

Ganhou espaço na doutrina a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva (MENDES, 2014, p. 176):

Que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si. Ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a noção de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade.

Destarte, os direitos fundamentais, em nossa ordem jurídica, possuem eficácia direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário para produzir seus efeitos. Trata-se da aplicação da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, segundo a qual devem tais direitos ser “diretamente aplicáveis nas relações entre os particulares, gerando, pois, direitos subjetivos oponíveis a entes privados” (MENDES, 2014, p. 179).

Nas lições de Luís Roberto Barroso, a aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequada para a realidade brasileira, tendo prevalecido na doutrina e na jurisprudência (BARROSO, 2013, p. 389). Não obstante, tal aplicação direta não exclui o dever dos magistrados de “interpretarem e aplicarem as normas jurídicas do Direito Privado – e não apenas as cláusulas gerais, frise-se bem – no sentido que mais favoreça a garantia e promoção dos direitos fundamentais” (SARMENTO, 2004, p. 297).

Deve-se ressaltar que a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não defende o

fim da autonomia particular, mas sim a necessidade de que esta seja ponderada com o direito fundamental também presente na situação fática (MARETTI, 2010, p. 87).

Por muito tempo, foi considerado que a propriedade e a função social seriam direitos fundamentais antagônicos, vez que, enquanto aquela representava o espaço absoluto de poder e autonomia de seu titular, esta representava os interesses sociais de uma coletividade, que iriam de encontro às pretensões dominiais.

Ocorre que, em um modelo de Estado Social como o nosso, “a garantia da propriedade não pode ser vista mais à parte de sua conformação aos interesses sociais” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2003, p. 105). Isso significa dizer que não existe, em nossa Lei Maior, garantia à propriedade, “mas tão somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2003, p. 105).

Assim, a propriedade e a função social não são princípios que caminham em direções opostas. Ao contrário, são direitos fundamentais que se complementam, na medida em que a função social compõe a propriedade e molda a sua essência, constituindo fundamento de atribuição dos poderes ao titular (TEPEDINO; SCHREIBER, 2003, p. 106).

Com o advento da Constituição de 1988, a função social da propriedade passou não só a receber amplo tratamento, constando em diversos dispositivos no bojo da Carta Magna⁶, como também passou a ser considerada como direito fundamental, e, portanto, cláusula pétrea. O artigo 5º, em seu inciso XXII, dispõe que é garantido o direito de propriedade. Em seguida, o inciso XXIII dispõe que a propriedade atenderá a sua função social, demonstrando o caráter indissociável entre esses dois direitos fundamentais.

A garantia da propriedade, desta forma, passou a ser condicionada pelo atendimento desta à sua função social. A propriedade, assim, não seria mais a atribuição plena de poder, com limites traçados externamente e em

6 Têm-se como exemplos: art. 170, III, que concebe a função social como princípio geral da ordem econômica nacional; art. 182, § 2º, que trata da função social da propriedade urbana; arts. 184, 185, parágrafo único, e 186, os quais tratam da função social da propriedade rural.

caráter predominantemente negativo. A determinação do conteúdo da propriedade passa a depender de interesses extraproprietários, regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade (TEPEDINO, 2004, p. 317).

Não há que se falar, portanto, em espaço mínimo ao qual a propriedade se retrairia para se manter imune ao avanço do interesse social (TEPEDINO; SCHREIBER, 2003, p. 106). Assim, “a imagem de um direito subjetivo absoluto, egocêntrico, é substituída pela figura da “propriedade-função” – uma situação funcionalizada a razões de ser específicas, que atendessem aos interesses não só individuais, mas, sobretudo de toda a coletividade” (MONTEIRO FILHO, 2014, p. 14).

A propriedade deixa de ser concebida como mero direito subjetivo e torna-se situação jurídica subjetiva complexa, na medida em que, além do feixe de poderes atribuídos ao proprietário (usar, gozar, fruir, dispor), também a ele são atribuídos deveres positivos, bem como ônus e sujeições (MONTEIRO FILHO, 2014, p. 16).

Destarte, a nova normativa constitucional foi imprescindível para a reconstrução do instituto da propriedade no âmbito das relações privadas. A existência de um ordenamento pautado na valorização da pessoa humana e na consagração de sua dignidade como fundamento da República rompe de forma abrupta com a ideia de propriedade vinculada a valores estritamente patrimoniais.

A Constituição Federal, assim, desloca a pessoa humana para o centro do ordenamento jurídico, dando prioridade às situações existenciais. Torna-se imperativo, como consequência, a releitura do direito de propriedade, que deve ser exercido em harmonia com valores extrapatrimoniais.⁷Neste sentido (MORAES, 2010, p. 19):

7 Sobre a dignidade da pessoa humana, pontua Maria Celina Bodin: “É neste ambiente que se torna necessário persistir na leitura do Código à luz da Constituição, de maneira a ampliar, cada vez mais, o espaço atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana. O respeito à pessoa humana, única em sua dignidade mas necessariamente solidária da comunidade em que se encontra inserida, resta sendo talvez o único princípio de coerência possível de uma democracia humanista que, nisto se confia, um dia venha a ter alcance universal, consagrando a este princípio plena e absoluta eficácia. É, com efeito, este o princípio ético-jurídico capaz de atribuir a unidade valorativa e sistemática ao direito civil; é este que representa o seu atual paradigma, ao contemplar espaços de liberdade no respeito à solidariedade

A atribuição constitucional da função social parece incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário, aquele a quem era permitido usar e abusar do bem de sua propriedade. As profundas restrições que, pouco a pouco, foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio, acarretaram a crise do conceito tradicional e perplexidade entre os operadores do direito civil com relação à determinação do conteúdo mínimo da propriedade, sem o qual se desnaturaria o próprio direito.

A antiga concepção de propriedade foi abandonada, e, a partir da supremacia da Constituição e da incidência direta de sua axiologia nas relações privadas, a efetiva tutela da propriedade pelo ordenamento passa a ter como pressuposto o cumprimento de sua função social.

A partir desta perspectiva, pontua Carlos Edison que os institutos jurídicos passam a ser estudados não apenas em seus aspectos estruturais, ou seja, sua constituição e elementos essenciais, sendo também analisados em seus perfis funcionais, verificando-se sua finalidade e objetivos.⁸ O fenômeno da funcionalização dos institutos concretizou, portanto, “a aceitação da ideia de que a ordem jurídica tem e sempre teve um papel de instrumento predisposto à satisfação de determinado interesse” (MONTEIRO FILHO, 2014, p. 13).

A diferenciação entre a Constituição atual e a anterior, portanto, está no fato de que a função social não constitui apenas princípio da ordem econômica, tornando-se princípio fundamental do ordenamento, garantia individual (TEPEDINO, 2017, p. 14). Como se sabe, o modelo de Estado Constitucional trouxe, como uma de suas características, a leitura da normativa infraconstitucional sob a ótica da axiologia da Lei Maior.

Seguindo-se esta lógica, o titular da propriedade privada não deve

social”. MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 779, 2000. p. 50.

8 “Nesse panorama, o intérprete que se vê diante de uma situação jurídica qualquer, deve perquirir, para além de seus elementos constitutivos (o que ela é), a sua razão teleologicamente justificadora: para que serve?”. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade*. In: Revista Brasileira de Direito Civil. vol. 02. out/dez 2014. p. 13.

observar apenas as limitações e princípios estabelecidos pela própria legislação ordinária, na perspectiva de um microsistema (TEPEDINO, 2017, p. 15). Deve exercer o direito de propriedade observando-se a função por ela exercida, se conformando aos interesses socialmente relevantes.

A propriedade que não se conforma a tais interesses, portanto, não é digna de ser tutelada pelo ordenamento. Nesse sentido, o ponto de vista funcional da propriedade, conforme bem pontua Carlos Edison (MONTEIRO FILHO, 2014, pp. 15-16):

Põe em jogo o controle de legitimidade da propriedade, a justificativa finalística dos poderes do titular em razão das exigências suscitadas por outros centros de interesses antagônicos – tais como vizinhos, entes públicos, enfim, terceiros proprietários ou não proprietários. Desta compatibilidade entre interesses proprietários e extraproprietários resulta o conceito da função social, que atua sobre a senhoria da propriedade e remodela, em sua essência, os poderes do titular.

Finaliza o autor afirmando que, nesse ambiente, passam a compor o núcleo do direito de propriedade diversos interesses dignos de tutela, como os interesses ambientais, trabalhistas e culturais, que ganham maior relevância e se tornam oponíveis ao proprietário.

Trata-se, portanto, de uma interpretação sistemática do direito de propriedade, “que põe em evidência os valores existenciais e solidários, a cuja concreta realização não apenas a propriedade, mas todas as situações jurídicas subjetivas devem se direcionar” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2003, p. 107).

Tepedino afirma que o rol de proteções “clássicas” à propriedade privada vem tutelar novas situações jurídicas subjetivas cuja formulação foi construída com base no modelo proprietário, conforme se observa através do instituto da propriedade intelectual. Nestes casos, como será exposto a seguir, também deve ser observada a função social exercida por essas novas expressões da propriedade, “a serem igualmente condicionadas aos interesses sociais relevantes e ao desenvolvimento da personalidade humana, fim maior do nosso sistema civil-constitucional” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2003, p. 110).

3. FUNÇÃO SOCIAL E OS DIREITOS AUTORAIS

Os direitos de autor são aqueles conferidos ao criador da obra literária, artística ou científica. São regulados, juntamente com os direitos que lhes são conexos, pela Lei de Direitos Autorais – Lei 9.610/98.

A proteção de tais criações faz-se pela outorga de um exclusivo, reservando-se a atividade de exploração econômica de determinada obra para o seu titular (ASCENSÃO, 1997, p. 03). Deste modo (ASCENSÃO, 1997, pp. 03-04):

Se visa compensar o autor pelo contributo criativo trazido à sociedade. Por isso esta aceita o ônus que representa a imposição do exclusivo. Todo o direito intelectual é assim acompanhado da consequência negativa de coarctar a fluidez na comunicação social, fazendo surgir barreiras e multiplicando as reivindicações. A liberdade de utilização de bens culturais, mesmo que não movida por fim lucrativo, fica assim entravada, porque contende com o exclusivo de exploração.

Tutelam-se, necessariamente, criações de espírito, distinguindo-se a obra intelectual protegida, portanto, do suporte físico no qual ela se incorpora. Nesse sentido temos que (SOUZA, 1988-2005, pp. 13-14):

O bem protegido no seio dos direitos autorais é a imaterialidade da obra, não o seu suporte. O bem físico projeta a imaterialidade, tornando-a perceptível aos sentidos. Esta proteção é dependente de sua exteriorização, devendo-se distinguir entre o ato criativo e a criação objetivada, pois apenas esta recebe proteção jurídica.

Em seu artigo 7º, a Lei 9.610/98 prevê um rol exemplificativo de obras protegidas pelos direitos autorais, informando, logo no artigo seguinte, as criações que não constituem objeto de proteção da Lei.

Quanto à natureza jurídica, é de suma importância dividir os direitos autorais em dois grupos: morais e patrimoniais, ambos adquiridos pelo autor desde o momento da criação da obra. Assim (CERQUEIRA, 2010, p. 112):

O direito de autor representa uma relação de natureza pessoal, porque o objeto deste direito constitui sob certos aspectos uma representação, ou uma exteriorização, uma emanção da personalidade do autor; representa, por outro lado, uma relação de direito patrimonial, enquanto a obra intelectual é, ao mesmo tempo,

tratada pela lei como um bem econômico. O direito de autor representa, pois, um poder de domínio (poteredisignoria) sobre um bem intelectual (*jus isreintellectuali*), o qual, pela natureza especial deste bem, abrange, no seu conteúdo, faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem patrimonial.

Os direitos morais encontram-se regulados entre os artigos 24 e 27 do diploma em comento e referem-se aos direitos de paternidade, comunicação, integridade e acesso. Os direitos patrimoniais, por sua vez, mencionados no artigo 29 da Lei de Direitos Autorais, conferem ao seu titular o aproveitamento econômico da obra protegida.

Tais possibilidades “são ilimitadas e incluem essencialmente os direitos de reprodução e representação da obra” (SOUZA, 2005, p. 02). Ao contrário do que ocorre com os direitos morais, os patrimoniais são disponíveis. Carlos Alberto Bittar os define como “aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público” (BITTAR, 2004, p. 49).

Têm os direitos autorais, portanto, uma natureza híbrida, a qual abrange os direitos morais, relacionados à personalidade do autor, e os patrimoniais. Importante destacar, nesse sentido, o entendimento de Sérgio Branco, segundo o qual (BRANCO JÚNIOR, 2007, p. 31):

Embora tenham caráter real, os direitos patrimoniais constituem, no mínimo, tipo especial de propriedade. Inserindo-se entre os direitos de propriedade intelectual, apresentam diversas características atribuídas à propriedade: são alienáveis, penhoráveis, prescritíveis. No entanto, e ao contrário do que normalmente ocorre com a propriedade, não podem ser perpétuos, já que a LDA fixa prazo máximo para seu titular e sucessores usufruírem patrimonialmente dos direitos decorrentes da criação intelectual.

Conforme se observa do art. 5º, XXVII e XXVIII, da Constituição Federal, os direitos autorais encontram-se dentro do contexto constitucional de proteção das propriedades. Por conseguinte, deve ser conformada, da mesma forma, à função social da propriedade.

Ainda persiste parte da doutrina tradicional a compreender os direitos naturais como um monopólio concedido em favor do autor.

Tal entendimento, no entanto, não merece prosperar, haja vista que (BRANCO JÚNIOR, 2007, p. 47):

Fosse o monopólio absoluto, restaria prejudicado o acesso à cultura, ao desenvolvimento, à livre circulação de idéias. Isso contraria frontalmente a prática, já que os autores precisam recorrer ao repositório cultural comum para criar. E limitações severas tornariam a utilização desse repositório ainda mais escassa.

É inquestionável a importância econômica dos direitos autorais. A proteção jurídica conferida às obras literárias, artísticas ou científicas torna-se um estímulo à criação. Como observado por Sérgio Vieira Branco Júnior, caso a reprodução fosse tolerada sem quaisquer restrições, o aproveitamento econômico da obra poderia ser prejudicado (BRANCO JÚNIOR, 2007, p. 47).

Nesse sentido, Allan Rocha de Souza afirma que a restrição dos direitos patrimoniais ao acesso e à liberdade de criação é justificada pelo suposto incentivo à produção cultural, com positivas consequências para a formação do patrimônio cultural brasileiro. Em suas palavras, “a inserção dos direitos autorais entre os direitos fundamentais legitima esta exceção ao acesso plenamente livre e irrestrito às obras artístico-culturais” (SOUZA, 2010, p. 128).

No entanto, faz-se imperioso destacar que a exclusividade do uso não é absoluta ou ilimitada, vez que tais direitos já surgiram limitados no tempo e alcance (SOUZA, 2010, p. 128). Assim (BRANCO JÚNIOR, 2007, p. 63):

Da mesma forma que não é possível permitir o livre e irrestrito uso das obras alheias na elaboração de novas obras, também não é possível vetar de modo absoluto todo e qualquer uso da obra de terceiros, já que esse extremo impediria, de maneira muito mais acentuada e perniciosa, o desenvolvimento social.

A restrição injustificada ou excessiva ao acesso é, portanto, espúria, “na medida em que ofende os princípios democráticos, pois permite o autoritarismo cultural dos titulares dos bens de acesso restrito” (SOUZA, 2010, p. 129).

É nesse cenário que a Lei de Direitos Autorais prevê as hipóteses de utilização da obra que independem de qualquer autorização do autor, representando verdadeira hipótese do princípio da função social sendo

aplicado aos direitos autorais.

Não obstante a Lei 9.610/98 confira ao autor direitos patrimoniais que o possibilitam ser remunerado por sua criação, o acesso à cultura e desenvolvimento social não podem ser totalmente marginalizados em prol das pretensões econômicas do titular. Ao contrário, tais valores devem ser devidamente ponderados quando confrontados com os direitos do autor, de modo a buscar sempre o alcance da função social dos direitos autorais.

O exercício do direito de propriedade precisa estar vinculado às suas finalidades econômicas e sociais, de modo a consagrar o princípio da função social como aspecto interno redefinidor do núcleo de poderes do proprietário (TEPEDINO, 2011, pp. 235-236). O mesmo raciocínio deve ser aplicado aos direitos autorais. O direito do autor sobre a obra não pode ser considerado como absoluto, sobrepondo-se sempre e em quaisquer circunstâncias aos interesses dos destinatários da obra ou os da coletividade como um todo.

Nesse sentido, a função social dos direitos autorais encontra-se representada pelas limitações previstas nos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, as quais configuram hipóteses de utilização de obras sem a necessidade de autorização ou remuneração ao autor.

O objetivo principal da função social nos direitos autorais é “a limitação da utilização social dos bens intelectuais pelo titular, em razão de diversos interesses da coletividade” (SOUZA, 2006 p. 282). Esta realidade decorre da superação, ao longo do século XX, do patrimonialismo e individualismo estrito e influências liberais, pelo alargamento da concepção sobre o desenvolvimento humano e pela preocupação de preservação de suas qualidades intrínsecas (SOUZA, 2006, pp. 282-283).

De acordo com Allan Rocha de Souza, o alcance da função social incide sobre todos os direitos patrimoniais que se assemelhem às características proprietárias, o que inclui os direitos autorais. Sendo uma demanda constitucional, é, também, obrigatória (SOUZA, 2006, p. 283).

A reflexão direta do princípio da função social sobre todo o tecido normativo infraconstitucional decorre do acolhimento da ideia de unidade do ordenamento jurídico, segundo a qual “cada ordenamento tem uma norma fundamental e é essa norma fundamental que dá unidade a todas as

outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado ‘ordenamento’ (BOBBIO, 1989, p. 49).

Os valores da Constituição, como já exposto, são fundamento de validade do ordenamento, devendo, logicamente, se estender a todas as normas do ordenamento jurídico. É nesse sentido que o respeito à função social se torna um imperativo no âmbito das relações de propriedade, sob pena “de se admitir a concepção de um *mondo in frammenti*, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário” (MORAES, 1991, p. 09).

A prioridade atribuída à pessoa humana por nossa Carta Magna funcionalizou os institutos de direito privado à realização de valores sociais, e a atividade econômica passou a ser protegida não em si mesma, mas enquanto instrumento de outros valores de cunho existencial (SCHREIBER, 2013, p. 19). O *ter*, assim, se torna instrumento de realização do *ser*. E os direitos autorais, de forma não diferente, devem ser instrumento para a realização de sua função social.

Não obstante, ao contrário do que ocorreu com o direito civil, onde o fenômeno da desapatrimonialização se deu de forma expressiva e remodelou o instituto integralmente à axiologia constitucional, a disciplina de direito autoral ainda possui forte tendência patrimonialista e privatista. Desta forma, nota-se, nos movimentos nacionais de proteção autoral (SOUZA, 2006, p. 275):

Uma ampliação do processo de privatização de seus usos, restrição dos usos livres legalmente autorizados, (...) afetando as próprias bases dos direitos autorais (...). Diante disso, vislumbra-se um processo diverso, e não justificado, do que acontece com as demais áreas do direito civil, (...) talvez por seu tardio reconhecimento em comparação com os demais ramos civilísticos, repetindo os direitos autorais agora, com o neo-liberalismo, o período de apogeu da doutrina liberal, em sacrifício dos interesses coletivos que necessariamente o compõem.

Os interesses da coletividade, com fundamento constitucional, sobre a utilização das obras autorais, são expressos através de três princípios: informação, cultura e educação (SOUZA, 2006, p. 283). O denominador comum das limitações inseridas no artigo 46 da Lei de Direitos Autorais é o uso não comercial da obra, valorizando também o

diploma o uso com caráter informativo, educacional e social (BRANCO JÚNIOR, 2007, p. 66).

Parte da doutrina, seguindo o pensamento de cunho essencialmente patrimonialista dos direitos autorais, entende que as limitações previstas na Lei devem ser interpretadas de forma restritiva. Defende, portanto (LEWICKI, 2007, p. 155):

Sua interpretação estrita, o caráter *numerus clausus* dos dispositivos legais concernentes, a vedação da analogia neste âmbito e a impossibilidade de extensão das limitações aos direitos morais. Em alguns defensores que se agarram a esta posição de forma mais aguerrida, chega-se a condicionar o recurso às limitações com o pagamento de uma compensação ou de uma autorização.

Eliane Y. Abrão afirma que o rol de limitações é taxativo, pois que esta é uma exceção à regra geral (ABRÃO, 1997, p. 146). Demonstrando apego às tradições, Plínio Cabral defende que as limitações são fechadas, não podendo se estender além do que a lei fixou. Afirma, ainda, que a tendência em aumentar o alcance do que a legislação faculta geraria “abusos de toda a natureza” (CABRAL, 2004, p. 07).

Este entendimento, contudo, não corresponde à metodologia civil-constitucional atualmente adotada, segundo a qual os institutos de direito infraconstitucional devem ser lidos e interpretados à luz da axiologia constitucional.

Nesse sentido, as limitações, que representam as possibilidades de usos livres da obra protegida, privilegiando os interesses da coletividade, devem ser interpretadas extensivamente, de modo a consagrar a efetiva aplicação da função social, direito fundamental consagrado no artigo 5º da Lei Maior.

Como um dos defensores da interpretação extensiva das limitações, Allan Rocha de Souza bem pontua (SOUZA, 2006, pp. 273-274):

A interpretação mais adequada e a única juridicamente sustentável parece ser a extensiva quanto aos limites da proteção, suportando o Poder Judiciário, após instigação e ao final das contentas, o ônus de verificação da demonstração satisfatória da existência e relevância dos interesses coletivos apresentados nos casos concretos.

Como bem pontua Denis Borges Barbosa, as limitações representam uma conciliação entre interesses constitucionais fundamentais, vez que, de um lado, há a esfera moral e patrimonial da criação humana, e de outro, interesses como a proteção à educação, o direito de citação e o direito à informação. Por conseguinte, em suas palavras, as limitações não são exceções, “e sim confronto entre interesses de fundo constitucional. (...) Assim, não é interpretação restrita, mas equilíbrio, balanceamento e racionalidade que se impõe” (BARBOSA, 1999, p. 03).

Também Sérgio Vieira Branco Júnior defende a existência de um rol exemplificativo das limitações aos direitos autorais, trazendo como solução uma reinterpretação da Lei de Direitos Autorais a partir do filtro constitucional. Esta medida teria como vantagens a produção de efeitos imediatos, sem depender de qualquer outro ato, seja por parte do legislador, seja por parte dos detentores dos direitos autorais, podendo abarcar outras situações além daquelas previstas na lei (BRANCO JÚNIOR, 2007, p. 181).

Nessa linha, a função social, como já observado, é elemento indissociável do conceito de propriedade, de modo que apenas a propriedade funcionalizada aos interesses socialmente relevantes será tutelada pelo ordenamento jurídico. Por isso, as limitações, que representam a função social nos direitos autorais, devem ser interpretadas como *numerus apertus*, de modo a retirar do instituto a lógica puramente patrimonial, adequando-o à nova tábua de valores constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da constitucionalização do Direito no Brasil, a ordem jurídica passou a ser voltada para a proteção da pessoa humana. Os direitos fundamentais adquiriram eficácia horizontal, incidindo diretamente nas relações privadas. Como consequência, a experiência de um ordenamento pautado na dicotomia entre o público e o privado deu lugar à existência de um direito constitucionalizado, e os institutos de direito privado, antes essencialmente patrimonialistas, passaram a ter como requisito de validade o respeito aos valores propagados pela Constituição.

Por conseguinte, a Lei de Direitos Autorais, que objetiva assegurar a proteção do autor e de suas obras, precisa estar em consonância com a Constituição Federal e os direitos fundamentais. As limitações aos direitos autorais precisam ser entendidas sob a ótica da axiologia constitucional, principalmente no que concerne à função social, de modo que o acesso e incentivo à cultura possam estar em condições de equilíbrio com os direitos autorais, uma vez que são direitos fundamentais de mesma estatura.

É nesse cenário que se torna um imperativo a mitigação do paradigma de um direito autoral absoluto, devendo ser consolidada a ideia de que a proteção aos direitos autorais também deve perseguir os interesses socialmente relevantes, de forma a consolidar o ideal de justiça previsto, na Constituição Federal, como objetivo da República.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. Direito Autoral e Propriedade Industrial como Espécies do Gênero Propriedade Intelectual. *In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.*

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

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 28 de setembro de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 28 de setembro de 2018.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral: apresentações gratuitas*. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/88.DOC>>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo-Brasília: UNB-Polis, 1989.

CABRAL, Plínio. *A Nova Lei de Direitos Autorais*. 4. ed. São Paulo: Editora Harbra, 2004.

CASTRO, Raul Murad Ribeiro de; JÚNIOR, Vitor de Azevedo Almeida; SOUZA, Allan Rocha de. *Os efeitos dos direitos fundamentais constitucionais nas relações de direito civil brasileiras*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/02_672.pdf>. Acesso: 25 de setembro de 2018.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de Propriedade Industrial*. 3. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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.

MARETTI, Luís Marcelo Bessa. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. In: Revista de Direito Público, v. 5, n. 3, dez. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. v. 9. n. 29. Jul/dez 2006.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade*. In: Revista Brasileira de Direito Civil. vol. 02. out/dez 2014.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

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 de. *Os Direitos Culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2012.

SOUZA, Allan Rocha de. *Os limites dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/153.pdf>>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

SOUZA, Allan Rocha. *Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso*. 2010. 266f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Temas de Direito Civil, T.I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/hermeneutica-constitucional-e-sumula-vinculante-normas-constitucionais-e-direito-civil-na-construcao-unitaria-do-ordenamento>>. Acesso em: 07 de junho de 2018. p. 09.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A garantia da propriedade no Direito Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n. 6, jun. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil, vol. XIV*. São Paulo: Saraiva, 2011.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo X Direito de Autor e os Primados Constitucionais

TÍTULO: O PAPEL DA PERÍCIA TÉCNICA NOS CASOS DE PLÁGIO MUSICAL: DIRETRIZES E ELEMENTOS DE ANÁLISE

Eduardo Riess R. de Souza



O PAPEL DA PERÍCIA TÉCNICA NOS CASOS DE PLÁGIO MUSICAL: DIRETRIZES E ELEMENTOS DE ANÁLISE¹

Eduardo Riess R. de Souza²

RESUMO

O presente artigo propõe uma reflexão acerca do conceito de *plágio musical* de acordo com a doutrina pátria e, principalmente, uma inserção no universo sobre o qual orbita o crivo analítico realizado pela figura do perito técnico, com base não apenas nas características e atributos da música e do som, mas também à égide de conceitos e noções jurídicas elementares, tais como ‘domínio público’, ‘*fair use*’, ‘originalidade objetiva’ e ‘contributo mínimo’. É justamente a amálgama entre tais elementos - técnico-musicais e jurídicos - o fator cardeal a possibilitar a melhor dinâmica colaborativa entre o *expert* e o julgador, garantindo-se aos jurisdicionados, por consectário, uma mais acurada e fundamentada análise acerca da eventual incidência plagiária.

Palavras-Chave: Direito Autoral. Perícia Técnica. Plágio.

1 Eixo temático: III – DIREITO DE AUTOR E OS PRIMADOS CONSTITUCIONAIS

2 Advogado. Graduando em Música (Licenciatura/Piano) pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). E-mail: eduardo.riess@daniel-ip.com – LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/eduardo-riess-0525387b/>.

“A música é arte; o Direito, uma prudência”
Eros Grau

1. INTRODUÇÃO

As propriedades intelectuais, a partir do momento que se tornam objetos de lucro, devem gozar de um especial amparo jurídico no que concerne à preservação da singularidade emanada quanto à maneira de se expressar de um determinado criador.

Torna-se premente conferir proteção especial à figura do modificador originário, bem como de seus agentes econômicos, frente às condutas ilícitas que venham a diluir ou macular os direitos de propriedade ali insertos – tanto do ponto de vista patrimonial, quanto existencial.

Tal proteção à expressão, contudo, é efêmera, e sob certas condições, justamente como uma forma de permitir um balanceamento entre a tutela dos interesses do autor, dos titulares de direitos patrimoniais e, ainda, dos demais grupos envolvidos na seara autoral.

O ramo autoral compreende um ambiente complexo e díspar, sendo imprescindível a adoção de uma metodologia precipuamente equilibrada no momento de apreciação quanto à ocorrência ou não de uma determinada infração, ou, no caso específico do que aqui se trata, do chamado *plágio musical*.

A Lei nº 9.610/98, a exemplo da antecedente Lei Medeiros e Albuquerque de 1808, não trouxe conceitualmente maiores informações acerca do que viria a ser a conduta plagiária, transferindo para a doutrina o especial papel de elaborar tais definições, além de fornecer subsídios informacionais quanto aos limites ao chamado uso livre das obras autorais.

Ademais, a ausência de fixação de critérios objetivos por parte do legislador, acabou por tornar demasiadamente casuístico o papel do julgador ao analisar a ocorrência ou não do plágio, uma realidade, contudo, bastante sensível no caso musical, cuja natureza comporta elementos eminentemente técnicos.

Não convém que ao aplicador da lei seja ministrado o auspicioso poder da estesia, tornando-se, portanto, indispensável que sua discricionariedade seja balizada tanto pelo acervo probatório colocado à disposição, como – principalmente – pelos conhecimentos técnicos exarados pela figura do perito.

Sob esta toada, o presente artigo objetiva destacar o proeminente papel adquirido pelo perito musical - enquanto auxiliar do julgador - no sentido de desenvolver uma profunda análise técnica, não apenas albergando os conhecimentos específicos do som e da música, mas também em observância aos elementos excludentes do plágio (*influência, coincidência fortuita e reminiscência*) e, por fim, à égide conceitual de *domínio público, fair use, originalidade objetiva e contributo mínimo*.

A análise pericial, afinal, deve mensurar, primariamente, o grau de equilíbrio entre a proteção jurídica atribuída ao criador supostamente infringido e o material contributivo que a sua obra proporciona à sociedade e aos demais agentes integrantes da seara autoral, para, somente após, averiguar a eventual ocorrência de conduta plágária.

2. O QUE NÃO DEVE SER CONSIDERADO PLÁGIO

O direito não protege ideias *per se*,³ sendo estas de livre tráfego, não apropriáveis, bens difusos, tampouco protege estilos, mas sim obras, ou caso contrário estaríamos diante de um verdadeiro engessamento quanto ao livre desenvolvimento da cultura, bem como teríamos por cerceada a criatividade humana.⁴

Ninguém pode se apoderar de um determinado gênero musical, como a *bossa nova* por exemplo, ou ainda, um estilo de vanguarda estética, como o *cubismo*, uma vez que não há na legislação autoral qualquer tipo de amparo ou proteção a título individual neste sentido.

No período barroco por exemplo, algumas características estilísticas eram comumente empregadas nas obras⁵: forma binária, ternária (*ária da capo*), rondó, variações (incluindo o baixo *ostinato*, hoje em muito presente nas trilhas sonoras *hollywoodianas*, a chacona e a *passacaglia*), *ritornello* (Claudio Monteverdi com maestria o explora na ópera *L'Orfeo*⁶), entre outros.

A forma e a expressividade dessas obras, porém, são de cunho existencial, sendo a criação de uma obra uma espécie de amálgama entre um aproveitamento cultural e um ato precipuamente individual.

Assim, o Direito Autoral tão somente ampara a ideia já materializada,

3 LDA Art. 8º, I “Não são objetos de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I – as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais”

4 MORAES, Rodrigo. Os direitos morais do Autor. Repersonalizando o Direito Autoral. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 88.

5 BENNETT, Roy. Uma Breve História da Música (History of Music). Rio de Janeiro: Zahar, 1986. trad. Maria Teresa Resende Costa. rev. Luiz Paulo Sampaio. p. 44.

6 Ibid. p. 37. “O Orfeo de Monteverdi, composto em 1607, é de fato a primeira grande ópera, com uma música que realmente acentua o impacto dramático da história. Usando intervalos cromáticos e espaçados na parte do canto, enquanto o acompanhamento fornece inesperadas harmonias, incluindo frequentes dissonâncias, Monteverdi, nas partes recitativas, faz vir à tona todo um plano de fortes emoções. Em sua ópera, existem coros pequenos mas dramáticos, e também peças instrumentais onde introduz corajosamente novas combinações de timbres. Sua orquestra compunha-se de uns 40 instrumentos, amplamente variados (incluindo os violinos, que começavam a tomar o lugar das violas – embora, por algum tempo, tocassem lado a lado)”

polida por características singulares do autor, não havendo que se falar em novidade absoluta, mas sim originalidade objetiva.⁷

Trata-se de um ramo que nasceu para estimular a criação do homem, e não lhe envolver com engessamentos e arestas, permitindo a harmonia e a coexistência de obras semelhantes, sem haver que se falar em conduta plagiária.

O plágio não pode ser tratado com leniência nem tampouco com exagero, devendo haver um especial cuidado até mesmo ao risco de ofensa à honra do autor acusado.⁸

Afinal, como leciona MORAES⁹, tal prática representa a mais condenável ilicitude contra uma determinada propriedade intelectual, mais grave, inclusive, do que a reprodução não autorizada de uma obra, pois abrange questões éticas que perpassam a esfera econômica vinculada a investimentos empresariais.

Trata-se de algo atentatório, em especial, ao direito do autor (infringido) à paternidade, bem como à integridade da respectiva obra, sendo o plagiário aquele infrator que age com a intenção do disfarce, de modo a ludibriar, dissimuladamente, tanto a sociedade como o autor.

A dissimulação é, portanto, um elemento cardeal para a aferição da conduta do plagiador, não havendo que se falar em plágio, por óbvio, nas situações em que o suposto aproveitamento indevido se deveu a razões fortuitas, sem o dolo do infrator.

Deste modo, além das meras influências (características sempre presentes na arte da criação), tanto as coincidências fortuitas, como as reminiscências, devem ser consideradas, *prima facie*, excludentes da configuração de prática plagiária.

O processo criativo inevitavelmente deriva de alguma influência e, portanto, nada impede o aproveitamento de uma obra preexistente para

7 BARBOSA, Denis Borges. Direito de Autor: Questões Fundamentais de Direito de Autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 302. “Assim, a mera disparidade configura novidade, mas é o determinado grau de contribuição que se busca com a noção de originalidade. É exatamente esse requisito que se constrói através da noção de contributo mínimo constitucional.”

8 MORAES, Rodrigo. Op. cit., p. 93.

9 Ibid, p. 85.

a criação de outra. O direito, vale frisar, não exige o absolutamente novo, mas sim o, de alguma forma, original.

Johann Sebastian Bach, por exemplo, por muitos considerado o mais influente compositor de todos os tempos,¹⁰ nunca negou sua admiração e, de certo modo, influência pelas obras de seu contemporâneo Antonio Vivaldi, realizando magníficas transcrições de alguns de seus concertos para cravo, órgão e até orquestra, como o famoso concerto para 04 (quatro) violinos em si menor, RV580.

Seu filho, e também compositor, Carl Philipp Emanuel Bach, embora já dotado de certas influências do período Clássico que estava por advir, ao compor seu Magnificat (Wq 215), não apenas eternizou toda a sua admiração e respeito pelo pai, como verdadeiramente refinou a obra sob a influência das mais avançadas técnicas contrapontísticas¹¹ presentes nas peças deste.

Mais recentemente, o grupo inglês Coldplay admitiu, por meio de seu porta-voz, a influência da música *Ritmo de la Noche*, tema lançado em 2007 pela banda Mystic, em sua canção *Every Teardrop is a Waterfall*, tendo sido os seus respectivos autores creditados, inclusive.

O guitarrista Noel Gallagher, em entrevista à difundida revista *Rolling Stone*, já admitiu a influência da música *The Jean Genie*, de autoria de David Bowie, no terceiro álbum de seu projeto solo High Flying Birds.

No cenário nacional, o compositor Caetano Veloso publicamente assumiu que sua canção “Alegria Alegria”, um hino contra a ditadura, foi veemente influenciada por “A Banda”, de Chico Buarque.

O fundador, e ex-baterista do grupo Sepultura, Iggor Cavalera, ao comentar sobre as características do álbum “Roots” no programa de rádio “Do You Know Jack?”, confirmou a ampla influência de grupos como Korn e Deftones no trabalho apresentado. E inúmeros são os exemplos.

Por sua vez, as coincidências fortuitas, como o próprio nome

10 Segundo o maestro João Carlos Martins, Bach é o que Bill Gates nunca irá conseguir atingir: um computador com alma. Trata-se, na visão do músico, de “um Barroco expressado com mais amor do que o próprio Romantismo”.

11 Contraponto é, do latim ‘punctos contra punctum’ (nota musical contra nota), uma técnica que combina a relação entre duas ou mais melodias independentes empregadas de modo simultâneo.

indica, caracterizam-se como pequenas semelhanças, em um plano absolutamente inconsciente e involuntário, envolvendo determinados elementos de uma obra mais recente, e outra preexistente.¹²

Ela ocorre quando resta inequivocamente comprovado que o criador da obra mais recente não poderia ter obtido prévio acesso ao conteúdo da obra supostamente infringida (ou ao menos, em tempo hábil a lhe permitir cometer a conduta infratora), não havendo que se falar, por conseguinte, em um ato dissimulado, ou sequer intencional.

Trata-se, outrossim, de mais uma excludente de plágio, uma vez que, diante da ausência de dolo ou má-fé, tem-se por afastado o aspecto volitivo quanto à conduta de atribuir a si material alheio.

Segundo POLI¹³, a mera coincidência fortuita distingue-se do plágio justamente por conta da inexistência de ato de elaboração abusiva de uma obra, não cabendo ao Direito impedir o uso de elementos singulares da criação preexistente.

Já na reminiscência, por fim, tem-se uma recordação pretérita, vaga, quase inconsciente, mas que de algum modo se mantém viva na memória das pessoas.¹⁴

No caso da música, seria exemplificativamente como uma influência inconsciente de um pequeno trecho melódico, uma estruturação timbrística específica, uma lógica organizacional de orquestra, uma pequena sucessão harmônica, entre outros. São pequenas influências auditivas do passado.

Este lapso de memória, embora comumente confundido com plágio, deve ser um terceiro excludente de sua configuração, eis que igualmente não imbuído de dolo.¹⁵

12 COLLA, Daniela Câmara. O plágio na obra lítero-musical. Revista ABPI, n. 105, mai/abr, 2010, p. 54-59.

13 POLI, Leonardo Marcedo. Direito Autoral: Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 129.

14 GALVÃO, Helder. Influência, coincidência e reminiscência não são plágio. Revista Consultor Jurídico, 7 de dezembro de 2012.

15 PINHEIRO, Luciano Andrade & PANZOLINI, Carolina Diniz. Vanusa versus Black Sabbath. Uma reflexão sobre o plágio. Artigo publicado em Revista Migalhas, na data de 30.05.2014. <<http://www.migalhas.com.br/PI/99,MI239851,11049-Vanusa+versus+Black+Sabbath+Uma+reflexao+sobre+o+plagio>> Acesso em 12.07.2017.

3. AS DIRETRIZES DA ANÁLISE PERICIAL

Como destaca Eros Roberto Grau, o Direito não serve “*para produzir efeito estético*”,¹⁶ sendo a sensibilidade ao belo algo não pertinente à atuação de um magistrado, no ofício interpretativo da Constituição e demais leis.

Além disso, há uma problemática em relação à beleza, que é o fato de que “*gostos e padrões do que é belo variam imensamente*”, como aduz o historiador Ernst Hans Gombrich.¹⁷

Assim, cabe à figura do perito o papel de auxílio dos juízes, árbitros, e demais julgadores, para que estes possam analisar, de modo mais substancioso, a ocorrência – ou não – da conduta fraudulenta.

Diante de uma acusação de plágio musical, incumbir-se-á ao *expert* a condução de uma análise meticulosa e visceral da estrutura das obras em cotejo, à luz dos elementos e características da música e do som ali presentes, e em observância, não obstante, aos conceitos de *fair use*¹⁸, contributo mínimo¹⁹, domínio público autoral, bem como aos três fatores excludentes aqui já tratados – *i*) influência, *ii*) coincidência fortuita e *iii*) reminiscência.

3.1 Elementos técnicos e características da música e do som

A arte, como dizem os antigos, é a revelação do belo, seja qual for o meio de expressão - seja na esfera plástica, cuja percepção é eminentemente visual (também tátil, em algumas obras de relevo), seja pela música, cuja percepção é auditiva e sequencial, seja através de formas mistas, como o teatro, ópera, balé, cinema, etc.

16 GRAU, Eros Roberto. A música e o Direito. Coluna publicada em jornal O GLOBO, na data de 13.05.2014. <<https://oglobo.globo.com/opiniaio/a-musica-o-direito-12465403>> Acesso em 30.09.2017.

17 GOMBRICH, Ernst Hans. A História da Arte. 16ª Ed. Rio de Janeiro: LTC. 1999. Introdução sobre Artes e Artistas.

18 LEITE, Eduardo Lycurgo. Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 49.

19 BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, jan/mar 2018. p. 6-7.

A música, enquanto arte de combinação dos sons, vem sendo cultivada desde os tempos antigos, como por exemplo no caso dos chineses que, há 3.000 anos antes de Cristo, já desenvolviam teorias musicais complexas, como o até hoje utilizado círculo das quintas.

Consta que foi Guido D'Arezzo, célebre músico do século XI, quem deu nomes aos sons musicais, ao aproveitar a primeira sílaba de cada verso do hino a São João Batista ("*Ut²⁰ queant laxis, REsonare fibris, MIra gestorum, FAmuli tuorum, SOLve polluti, LABii reatum, Sancte Iohannes*").²¹

À época, um coro de meninos costumava cantar este hino, antes de suas exibições públicas, rezando para que o santo preservasse suas cordas vocais.²²

O compositor musical, ao escrever determinada peça, combina - conscientemente ou não - diversos elementos musicais e sonoros à sua criação, o que, convencionalmente, pode ser chamado de *estilo*, algo que o difere dos demais, ao tornar - de algum modo - singular a sua forma de expressividade.

Como resultado, vale destacar que será justamente esta forma particular de organização de elementos, e o modo como tais componentes serão tratados, os fatores cardeais de identificação de um determinado artista e o método pelo qual ele transmite a sua arte.

As principais características da 'música', como bem define BOHUMIL²³, são:

- **Melodia:** conjunto de sons dispostos em ordem sucessiva (concepção horizontal).

As melodias, todavia, são constituídas através de frases musicais sujeitas a algumas regras, em uma espécie de sintaxe musical²⁴, cuja estrutura é integrada por elementos como: i) motivo, ii) tema, iii) frase e

20 Convencionalmente, a sílaba Ut foi a posteriori substituída por Dó, dada a dificuldade no canto.

21 MASCARENHAS, Mário & CARDOSO, Belmira. Curso Completo de Teoria Musical e Solfejo. 1º Volume. São Paulo: Irmãos Vitale. 1973. p. 07.

22 Ibid, p. 07.

23 BOHUMIL, Med. Teoria da Música. 4ª Ed. Brasília: Musimed, 1996, p. 11.

24 Ibid, p. 334.

iv) período.

O *motivo* é uma figura musical breve e clara, formada a partir de uma combinação bem definida de intervalos e ritmo, de modo a tornar fácil a sua memorização.

O *tema* é a ideia central de uma composição. É uma melodia bem definida com conteúdo musical significante.

A *frase* é uma unidade da música com senso de conclusão. Sua extensão costuma abranger de 4 a 8 compassos (não é regra absoluta).

O *período* é o trecho normalmente formado por duas frases, a antecedente e a conseqüente, encerrando-se com uma cadência conclusiva.

- **Harmonia:** conjunto de sons dispostos em ordem simultânea (concepção vertical).
- **Contraponto:** conjunto de melodias dispostas em ordem simultânea (concepção ao mesmo tempo horizontal e vertical).
- **Ritmo:** ordem e proporção em que estão dispostos os sons que constituem a melodia e a harmonia.

3.2. Características do som

O 'som' simboliza a sensação que a vibração de corpos elásticos produz no ouvido humano. Trata-se de uma decodificação que o cérebro estabelece a partir de ondas sonoras (vibrações) que atingem os tímpanos, conseqüentemente transformadas em impulsos nervosos.

A vibração regular produz sons de altura definida, enquanto a de natureza irregular, por outro lado, gera sons de altura indefinida, como por exemplo, no caso de uma turbina de avião. Na música, são utilizados tanto sons de altura definida, como também sons irregulares (alguns instrumentos percussivos, por exemplo).

As características principais do som²⁵ são:

25 BOHUMIL, Med. Op. cit., p. 12.

- **Altura:** determinada pela frequência das vibrações, ou seja, da sua velocidade. Quanto maior for a velocidade da vibração, maior será a frequência, assim como a altura e, por conseguinte, mais agudo será o som. Até o século XI era a única característica grafada.
- **Duração:** extensão de um som; é determinada pelo tempo de emissão das vibrações.
- **Intensidade:** amplitude das vibrações; é determinada pela força ou pelo volume do agente que as produz. É o grau do volume.
- **Timbre:** combinação de vibrações determinadas pela espécie do agente que as produz. É como a coloração do som de cada voz ou instrumentação, oriunda da intensidade de harmônicos que acompanham a sonoridade principal.

Tendo em vista serem as propriedades do som representadas também dentro de uma partitura musical, não se pode olvidar que a análise pericial deverá ser feita tanto pela via auditiva do *expert*, como pelo critério da escrita.

Deste modo, em uma partitura, o elemento da *altura* é indicado pela clave, bem como pela posição da nota no pentagrama, a *duração* por meio da figura da nota e pelo andamento, a *intensidade* através dos sinais de dinamismo e, por fim, o timbre é estabelecido pela indicação da voz ou instrumento executante.

3.3 As noções de Domínio Público Autoral, *fair use*, originalidade objetiva e o requisito do contributo mínimo

Existem certos conceitos que, embora desenvolvidos de forma mais substancial na seara jurídica, não devem passar despercebidos por quem for incumbido a exercer o papel de periciar um caso de plágio musical, de modo a evitar malferimento no procedimento técnico.

Neste sentido, se um julgador designado, enquanto *peritus peritorum*

(perito dos peritos), entender que as noções a seguir expostas não estão presentes na esfera de conhecimento do *expert* escolhido, prudente seria determinar a substituição do mesmo, sob pena de incidência do *contradictio in adjecto*.²⁶

Afinal, a faculdade prevista no art. 468, inciso I do NCPC²⁷ torna-se um dever, na medida em que há sérios riscos de prejudicialidade no resultado da demanda.

A concepção de *domínio público* não pode ser limitada ao segmento autoral, ou ainda à esfera constitucional, uma vez que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁸ destaca como objetivos do homem tanto a participação no progresso científico, como a fruição das artes e do acervo cultural da comunidade, objetivos estes que diretamente dele dependem.²⁹

O mesmo dispositivo, contudo, igualmente prevê como direito do homem a “*proteção dos interesses morais e patrimoniais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística de sua autoria*”, o que, por óbvio, acaba por gerar um conflito em face dos interesses anteriormente expostos, e de certas garantias constitucionais previstas como o acesso à informação, cultura, entre outros.

Não obstante, a noção de *domínio público* na esfera autoral tampouco pode ser categorizada sob o prisma do direito administrativo, eis que, por exemplo, diferentemente do que ocorre com os *Bens Dominicais*,³⁰ o seu uso fica livre a qualquer pessoa, independentemente de autorização.³¹

Quanto maior for a extensão desse conjunto de obras cuja proteção

26 ALBERTO FILHO, Reinaldo Pinto. Da Perícia ao Perito. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 34.

27 CPC/15 Art. 468, I. “O perito pode ser substituído quando: I - faltar-lhe conhecimento técnico ou científico”

28 DUDH, art. 27. “1. 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” 2. Todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.”

29 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 78.

30 CC/02 Art. 101 “Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”.

31 BRANCO, Sérgio. O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 55.

jurídica já tenha expirado, maior será o “*manancial para a (re)criação livre*”.³²

O início da proteção ao direito do autor, como cedição, não depende de providência formal específica, derivando do próprio ato de criação em si. Qualquer registro, portanto, possui tão somente o condão de instruir uma eventual prova de autoria.³³

Havendo conflito entre um registro e a utilização de determinada obra, esta última prevalece – desde que anterior ao primeiro – haja vista que a “*titularidade do direito autoral tem como fato gerador a criação da obra, que é a forma originária de criação do direito subjetivo*”, possuindo o registro posterior “*natureza declaratória e não constitutiva*”.³⁴

Atualmente, tem-se como regra geral – sendo a composição musical aqui abarcada - um prazo de proteção de 70 (setenta) anos contados a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor, como dispõe o artigo 41 da LDA.³⁵

Finda a proteção supramencionada, seja pelo decurso de prazo, ou por ausência de herdeiros do autor falecido, ingressam em domínio público os direitos patrimoniais de determinada obra musical, remanescendo uma parcela dos direitos existenciais, cuja ‘titularidade’ e o poder-dever de proteção à integridade passam a ser do Estado.

Essa proteção estatal, como bem destaca BARBOSA³⁶, não deve, contudo, impor maiores limitações à transformação criativa, sob pena de eivar o acesso à informação e cultura.

Vale lembrar que são justamente as experiências culturais que ajudam a pavimentar a integração social dos indivíduos e, ainda, promovem o desenvolvimento integral de suas personalidades.³⁷ Logo, a transformação criativa é justamente uma das principais razões de existência do domínio público.

32 Ibid, p. 57.

33 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 25.

34 TJ-RJ, 3ª Câmara Cível, Rel. José Rodriguez Lema, AC 4.865/RJ, J. 26/02/1991.

35 LDA 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”

36 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 85-86.

37 ROCHA, Allan. Direitos Culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Azougue, 2012. p. 46-47.

Embora o domínio público autoral represente uma ampla segurança à liberdade de se expressar da sociedade, se totalmente irrestrito o fosse, ter-se-ia verdadeiramente uma ameaça ao modelo de produção de mercado, que, por sua vez, insistiria em esvaír o seu conteúdo.³⁸

A solução, conseqüentemente, é a proteção temporária - e por certas condições - no uso de determinada expressão criada, de sorte a equilibrar os interesses dos díspares grupos envolvidos na esfera do direito autoral.³⁹

Afinal, o quão danoso poderia ser para a sociedade e o progresso cultural, se cada um dos herdeiros de Bach, Vivaldi, Chopin, e Fauré precisassem ser localizados para que houvesse uma licença de uso de suas obras?⁴⁰

E, não obstante, em relação às obras que ainda não integram o domínio público autoral, seria razoável imaginar uma exclusividade absoluta por parte dos autores, capaz de minar todo e qualquer tipo de aproveitamento de suas obras, ainda que este não implicasse em prejuízo aos seus direitos de propriedade?

A resposta para a esta última situação emana justamente a partir da inserção das chamadas “limitações” aos direitos de autor, ou, *“hipóteses em que uma determinada obra artística ou literária, ainda no prazo de proteção legal, pode ser livremente utilizada, sem a anuência prévia de seu autor ou titular”*.⁴¹

38 BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p. 562.

39 “A famosa teoria peninsular acerca do perfil poliédrico na Teoria da Empresa é maciçamente explorada pela doutrina nacional, de modo a aumentar o objeto de enfoque (sujeito de direito, objeto de direito, atividade, viés corporativo, etc). Entretanto, já se propôs em algumas oportunidades a expansão de tal premissa visando à aplicação extroversa do tal perfil de “múltiplos lados”; o que, no ambiente da Propriedade Intelectual, implicaria no cotejamento dos núcleos de interesses (além do titular ou do autor) dos não-titulares (Poder Público fomentador ou comprador monopsonio, Concorrentes e Consumidores). BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. A práxis conflituosa sobre a proteção do dossiê clínico para medicamentos de uso humano no Brasil: Prognósticos e políticas públicas. Revista ABPI, n. 146, jan/fev, 2017, p. 40.

40 KRASILOVSKY, William & SHEMEL, Sidney. This Business of Music: The definitive guide to music industry. New York: Billboard Books, Watson-Guptill Publications, 2000. p. 134.

41 VASCONCELOS, Cláudio Lins. As limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro. Revista ABPI, n. 119, jul/ago, 2012, p. 49.

O *fair use*, ou *usage loyal*,⁴² é um instituto desenvolvido no sistema norte-americano como uma forma de flexibilização em relação às violações autorais perpetradas, funcionando em uma sistemática de balanceamento entre a proteção aos autores e o interesse público de acesso às respectivas obras.⁴³

Trata-se de uma ‘tolerância’ quanto à possibilidade de alguns usos livres, sem que isso implique em qualquer tipo de risco aos interesses do criador originário ou dos titulares dos direitos patrimoniais.

Deste modo, o *fair use* representa um conceito desenvolvido a partir de um princípio geral da esfera autoral, calcado na equidade e regido por preceitos morais e éticos, como bem atenta LEITE.⁴⁴

No ordenamento jurídico nacional, embora não haja menção expressa à utilização do chamado *fair use*, o legislador, talvez de algum modo por ele influenciado, buscou impor limitações quanto à exclusividade dos direitos de propriedade autoral.

Assim, tais hipóteses são tratadas, não taxativamente,⁴⁵ ao longo dos artigos 46 a 48 da LDA e representam a valorização de direitos e garantias fundamentais em detrimento parcial da exclusividade dos direitos de propriedade do autor.⁴⁶

O entendimento *supra*, vale ponderar, embora majoritário, não é uníssono.⁴⁷

Um exemplo deveras pertinente para o estudo aqui desenvolvido, e

42 Referência na doutrina francesa.

43 LEITE, Eduardo Lycurgo. Op. cit., p. 49.

44 Ibid, p. 50.

45 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 30-31.

46 “Ora, se as limitações de que tratam os arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98 representam a valorização, pelo legislador ordinário, de direitos e garantias fundamentais frente ao direito à propriedade autoral, também um direito fundamental (art. 5º, XXVII, da CF), constituindo elas - as limitações dos arts. 46, 47 e 48 - o resultado da ponderação destes valores em determinadas situações, não se pode considerá-las a totalidade das limitações existentes.” STJ, 3ª Turma, Voto do Min. Relator Paulo de Tarso Sanseverino, REsp nº 964404/ES, Brasília, J. 15/03/2011.

47 “(...) É uma vez que a regra é impedir a livre utilização das obras sem o consentimento do autor, as exceções previstas pela LDA em seu art. 46 são interpretadas como rol taxativo, ou seja, é inadmissível qualquer exceção não indicada explicitamente no referido artigo” PARANAGUÁ, Pedro & BRANCO, Sérgio. Direitos Autorais. 1ª Ed. Rio de Janeiro: EDITORA FGV, 2009. p. 72.

que decerto não pode ser ignorado pelo crivo engendrado nos trabalhos periciais, é o aproveitamento lícito de pequenos trechos de obras preexistentes, para uma nova criação.

Para isso, contudo, há que se observar o que parte da doutrina classifica como a regra dos três passos (*“three step test”*), ou, em outros termos, que *i)* o material utilizado não seja o objetivo principal da obra, *ii)* a referida utilização não prejudique a exploração normal da obra reproduzida, e também *iii)* não cause injustificado prejuízo aos legítimos interesses autorais.⁴⁸

Não obstante, existem outros elementos a serem considerados pelo perito musical para fins de aferição quanto à ocorrência do plágio, como a *originalidade* das obras – sob o prisma do direito de autor – e o *contributo mínimo* ali configurado, afinal, somente se deve proteger obras cuja produção *“justifique o custo social da exclusão”*.⁴⁹

A originalidade de uma obra autoral deve ser condição para a sua existência, de sorte a torná-la, intrínseca e extrinsecamente, díspar frente ao material inserido tanto no campo do domínio público, como junto ao estado da arte.

Conforme já mencionado, este requisito não se apresenta sob o caráter absoluto, uma vez que é praticamente impossível evitar que não haja um aproveitamento, ainda que em grau mínimo, do acervo cultural comum.⁵⁰

Aliás, justamente sob o prisma desta relatividade é que obras derivadas, como um arranjo ou uma transcrição musical por exemplo, encontram proteção semelhante às peças originárias, se previamente autorizadas o forem.⁵¹

A originalidade, ainda, deve ser ruminada por um viés objetivo, em

48 LDA Art. 46, VIII “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”

49 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 493.

50 BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. Rio de Janeiro: 6ª Ed. Forense. p. 47.

51 Ibid, p. 47.

observância a uma exigência constitucional de que a obra represente “*um aporte à sociedade de algo a mais do que o simplesmente novo*”.⁵²

Até porque, em termos históricos, cada forma de arte comporta épocas críticas, onde ela tende a produzir efeitos somente após uma modificação do nível técnico.⁵³

Deve haver – e, por óbvias razões, disso não pode se afastar o crivo de um perito – um equilíbrio razoável entre a proteção jurídica atribuída a um criador e o material contributivo que a sua obra proporciona à sociedade e demais agentes integrantes da seara autoral.⁵⁴

Este equilíbrio é uma salvaguarda ao conceito de “*consciente coletivo*” trazido por Durkheim, como bem atenta Carolina Tinoco Ramos⁵⁵, afinal, “*Ninguém se pode dar completamente a outrem sem abandonar a si mesmo; ninguém pode desenvolver em excesso sua personalidade sem cair no egoísmo*”.⁵⁶

Segundo o professor Denis Barbosa, o princípio do *contributo mínimo* representa um elemento basilar, necessário para toda e qualquer obra integrante da esfera da propriedade intelectual, embora não se trate de um requisito cuja essência, na esfera autoral⁵⁷, emane de construção normativa.⁵⁸

Tal requisito aparece tanto na doutrina como na jurisprudência⁵⁹, simbolizando, como bem asseverou a 6ª Câmara Cível do Tribunal de

52 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 299.

53 “Por isso, os exageros e extravagâncias que se manifestam nas épocas de pretensa decadência nascem, na realidade, do que constitui, historicamente, o centro de forças mais rico da arte. BENJAMIN, Walter. A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica. In: ADORNO et al. Teoria da Cultura de massa. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 248.

54 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 300.

55 RAMOS, CT. O Contributo Mínimo em Direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro. 2010. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

56 DURKHEIM, Émile. Da Divisão do Trabalho. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999. trad. Eduardo Brandão. p. 230.

57 Existe disposição normativa explícita quanto ao contributo mínimo no caso dos direitos de cultivares e patentes.

58 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 307.

59 Ibid, p. 305.

Justiça do Rio Grande do Sul⁶⁰, o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida por direito de autor.

O relator, na ocasião, destacou seu *status* de norma constitucional, mormente devido a sua qualidade enquanto âmbito do balanceamento entre o exclusivo autoral e o acesso à cultura.

Vê-se, portanto, que muitos são os fatores a serem balizados por um trabalho pericial na análise das obras envolvidas em uma ação de plágio musical, não devendo o profissional designado restringir-se aos meros elementos técnicos concernentes às esferas da música e do som.

Como igualmente observado, deve haver plena percepção quanto aos possíveis fatores excludentes de sua ocorrência, quais sejam as influências, coincidências fortuitas e reminiscências.

E, *at last but not least*, a análise deve ser calcada à égide das noções conceituais aqui expostas (*domínio público*, *‘fair use’*, *originalidade objetiva* e *contributo mínimo*) que, embora mais estruturalmente desenvolvidas sob a esfera jurídica, não podem passar despercebidas ao polo cognitivo do perito, sob risco de mácula ao equilíbrio que permeia – ou ao menos deveria – todas as classes envolvidas no ramo autoral.

4. CONCLUSÃO

Combinar música e direito pode parecer, *prima facie*, tão possível quanto misturar água e óleo, uma vez que a primeira é arte, e o segundo uma prudência.⁶¹

Diante de um cenário de extrema complexidade, vazio normativo,
60 TJ-RS, 6ª Câmara Cível, Rel. Ney Wiedemann Neto, AC nº 700.458.230-44/RS, j. 08/11/2012.

61 “Aristóteles ensinou-nos que o princípio de existência da arte está no artista, não na coisa produzida. A arte não se ocupa com as coisas que são ou se geram por necessidade. Nem com os seres naturais, que encontram em si mesmos seu princípio. O Direito, ao contrário, é uma prudência. Não é ciência nem arte. É capacidade, acompanhada de razão, de agir na esfera do que é bom ou mau para o ser humano. Razão intuitiva que não discerne o exato, porém, o correto. Por isso, há sempre, no texto da Constituição e das leis, mais de uma solução correta a ser aplicada a cada caso, nenhuma exata” GRAU, Eros Roberto. A música e o Direito. Coluna publicada em jornal O GLOBO, na data de 13.05.2014. <<https://oglobo.globo.com/opiniao/a-musica-o-direito-12465403>> Acesso em 30.09.2017.

ausência de uma maior parametrização objetiva prática, que envolve profissionais das mais distintas áreas técnicas (compositores, agentes, advogados, juízes, entre outros), o presente artigo se propôs a, de algum modo, solidificar as principais balizas a serem enfrentadas no crivo analítico de um perito musical, de sorte a não macular o equilíbrio que permeia o poliédrico de classes inseridas na seara do direito autoral.

Baseando-se em uma observância técnica, doutrinária e jurisprudencial, pode-se constatar que, a despeito de algumas pequenas divergências quanto aos limites que orbitam ao redor da prática do plágio (mormente quanto à dicotomia plágio x usurpação), resta-se quase uníssono a presença da intenção como requisito-chave para a sua configuração.

Assim, os conhecimentos de um *expert* designado a auxiliar o julgador não podem se adstringir aos de cunho absolutamente técnico.

Caberá ao mesmo, além de um meticoloso estudo comparativo entre as obras em cotejo, analisar se há – ou não – a presença de algum dos excludentes da conduta plagiária, bem como se a obra precedente – ou seu respectivo trecho em comparação – confere à sociedade suficiência contributiva a justificar qualquer eventual privação social de aproveitamento.

REFERÊNCIAS

ALBERTO FILHO, Reinaldo Pinto. *Da perícia ao perito*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2ª Ed. São Paulo: Renovar, 2007.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito Civil da Propriedade Intelectual: O caso da usucapião de patentes*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *A práxis conflituosa sobre a proteção do dossiê clínico para medicamentos de uso humano no Brasil: Prognósticos e Políticas Públicas*. Revista ABPI, n. 146, jan/fev, 2017.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Originalidade em crise*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, jan/mar 2018.

BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica*. In: ADORNO et al. Teoria da Cultura de massa. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BENNETT, Roy. *History of music*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986. trad. Maria Teresa Resende Costa. rev. Luiz Paulo Sampaio.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 6ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BOHUMIL, Med. *Teoria da música*. 4ª Ed. Brasília: Musimed, 1996.

BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

COLLA, Daniela Câmara. *O plágio na obra lítero-musical*. Revista ABPI, n. 105, mai/abr, 2010.

Código de Processo Civil de 2015 - CPC/15.

Código Civil de 2002.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88.

Declaração Universal dos Direitos Humanos.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999. trad. Eduardo Brandão.

GALVÃO, Helder. *Influência, coincidência e reminiscência não são plágio*. [S.l]: Revista Consultor Jurídico, 7 de dezembro de 2012.

GOMBRICH, Ernst Hans. *A história da Arte*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: LTC. 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A música e o direito*. Coluna publicada em jornal O GLOBO, na data de 13.05.2014. < <https://oglobo.globo.com/opiniaao/a-musica-o-direito-12465403>> Acesso em 22.07.2017.

MASCARENHAS, Mário & CARDOSO, Belmira. *Curso completo de teoria musical e solfejo*. 1º Volume. São Paulo: Irmãos Vitale.

Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Plágio e outros estudos em direito de autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KRASILOVSKY, William & SHEMEL, Sidney. *This Business of Music: The definitive guide to music industry*. New York: Billboard Books, Watson-Guptill Publications, 2000.

MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

PARANAGUÁ, Pedro & BRANCO, Sérgio. *Direitos autorais*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: EDITORA FGV, 2009.

PINHEIRO, Luciano Andrade & PANZOLINI, Carolina Diniz. **Vanusa versus Black Sabbath. Uma reflexão sobre o plágio**. Artigo publicado em Revista Migalhas, na data de 30.05.2014. <<http://www.migalhas.com.br/PI/99,MI239851,11049-Vanusa+versus+Black+Sabbath+Uma+reflexao+sobre+o+plagio>> Acesso em 12.07.2017.

POLI, Leonardo Marcedo. *Direito autoral: Parte Geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RAMOS, CT. *O contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro*. 2010. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

ROCHA, Allan. *Direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2012.

STJ, 3ª Turma, Voto do Min. Relator Paulo de Tarso Sanseverino, REsp nº 964.404/ES, Brasília, J. 15/03/2011.

TJ-RJ, 3ª Câmara Cível, Rel. José Rodriguez Lema, AC 4.865/RJ, J. 26/02/1991.

TJ-RS, 6ª Câmara Cível, Rel. Ney Wiedemann Neto, AC nº 700.458.230-44/RS, J. 08/11/2012.

VASCONCELOS, Cláudio Lins. *As limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro*. Revista ABPI, n. 119, jul/ago, 2012.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo X Direito de Autor e os Primados Constitucionais

**TÍTULO:
UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO
MORAL DO AUTOR NAS RECENTES
DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

Heloísa Augusta Vieira Molitor



UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO MORAL DO AUTOR NAS RECENTES DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Heloísa Augusta Vieira Molitor¹

RESUMO

Este trabalho traz o conceito de direito do autor, os direitos da personalidade, seus direitos morais, características e como é vista a proteção no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, faz um curto resumo sobre três decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, quanto ao reconhecimento do dano moral na violação do direito autoral. Pode-se concluir que para o autor ser indenizado quanto ao dano moral, o mesmo deve provar a violação, pois nessa esfera não está sendo reconhecida o dano moral *in re ipsa*. A metodologia utilizada foi pesquisa qualitativa, utilizando-se do método de análise de conteúdo.

Palavras-chave: direito do autor, direito moral, direito da personalidade, jurisprudência.

A BRIEF ANALYSIS OF THE AUTHOR'S MORAL LAW IN THE RECENT DECISIONS OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

ABSTRACT

This work brings the concept of author's right, the rights of the personality, its moral rights, characteristics and how protection is seen in our Brazilian legal system. Thus, it makes a short summary about three decisions of the Superior Court of Justice on the subject, regarding the recognition of moral damages in the violation of copyright. It can be concluded that for the author to be indemnification for moral damages, it must prove the violation, because in this sphere the moral damage *in re ipsa* is not being recognized. The methodology used was qualitative research, using the content analysis method.

Keywords: right of the author, moral law, personality law, jurisprudence.

1 Advogada. Especialista em Direito e Tecnologia da informação pela POLI - USP e Mestre em Direito pela UNIMEP. E-mail: heloavs@ig.com.br.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo discutir o conceito de direito autoral, sua natureza e os direitos morais do autor.

O direito autoral apresenta natureza dualista, uma vez que, há os direitos morais e patrimoniais. Todo criador ou autor de qualquer obra tem proteção moral e patrimonial sobre sua criação ou obra.

Urge salientar que os direitos de personalidade estão presentes no direito do autor, pois, a partir do momento que o autor cria sua obra este tem a proteção moral.

No que tange ao dano moral de autor o mesmo encontra-se previsto na Lei de Direitos Autorais (Lei n.º 9.610/98), que confere proteções ao direito moral do autor, nesta qualidade e, enquanto pessoa natural.

Nesta mesma lei consta, também, o direito à integridade da obra (art. 24, inciso IV), onde o autor tem a possibilidade de se opor a qualquer modificação introduzida em sua obra ou, então, a ofensas em sua honra e reputação, decorrentes dessa modificação.

Há, ainda, o direito de retirada (art. 24, inciso VI) que prevê a possibilidade de violação ao direito moral de autor, bem como aos direitos da personalidade. Aquele que utilizar e/ou fazer circular uma obra protegida de maneira que afronte a reputação ou imagem do autor, estará desrespeitando aos direitos de imagem e reputação, direitos da personalidade e, ao mesmo tempo, à ligação do autor com sua própria criação.

Observam-se, ainda, os direitos de repúdio e de crédito. O direito de repúdio (art. 26) confere ao autor a prerrogativa de repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a execução ou após a conclusão de sua construção. O direito ao crédito (art. 24, inciso II), se o utilizador de uma obra artística, científica ou literária protegida, deixar de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo, sinal convencional do autor e, conforme o caso, do intérprete, estará violando um direito moral de autor.

Nesse diapasão há, também, o direito de paternidade (art. 24, inciso I), ao inédito (art. 24, inciso III), de modificação (art. 24, inciso V) e de acesso (art. 24, inciso VII) que não cogitam de possibilidade de ofensa aos direitos da personalidade do autor, sendo passíveis somente de violação simples de direitos morais de autor.

1 - PRECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. A CONVENÇÃO DE BERNA

Em setembro de 1886 realiza-se a Convenção de Berna para a Proteção de Obras Artísticas e Literárias (CUB).

O objetivo foi a harmonização da legislação de cada país referente a produção e proteção dos direitos de autor e direitos conexos, daí que se afirma que a A União de Berna tinha a missão de servir de parâmetro para a criação de proteção específica dos países membros.

Os direitos protegidos por esta convenção compreendem as produções de domínio literário, científico e artístico. Essa proteção envolve até mesmo “as manifestações advindas das artes decorrentes da alta tecnologia, multimídia, software, além das obras derivadas, como traduções e outras realizadas sob autorização.”²

1.2. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Como se sabe, a introdução na Declaração dos Direitos Humanos dos interesses morais e patrimoniais correspondentes a uma pessoa ou a um grupo de pessoas tem sido polêmica desde o início, pois como se discutiu em outro trabalho³:

Não obstante a Declaração da Subcomissão de Direitos Humanos (Resolução 2000/7) do Alto Comissariado das Nações Unidas⁴ de que o direito à proteção dos interesses morais e materiais que correspondem a uma pessoa, por razão das produções científicas,

2 PRONER, Carol. Propriedade Intelectual e Direitos Humanos. Sistema Internacional de Patentes e Direito ao Desenvolvimento. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 107.

3 ¹TEJERINA-VELÁZQUEZ, Victor Hugo e GONZALEZ, Q. Everaldo; Direitos de Autor e Direitos Humanos. In: TEJERINA-VELÁZQUEZ, Victor Hugo e GONZALEZ, Q. Everaldo (Coords.). Direitos Humanos, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Curitiba: Juruá: 2012, p. 85-123.

4 NAÇÕES UNIDAS. ALTO COMISSONADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS., **Direitos de Propriedade Intelectual e Direitos Humanos**. Resolução da Subcomissão de Direitos Humanos 2000/7.

literárias ou artísticas de que é autora, é um direito humano, de conformidade com o disposto no parágrafo 2 do art. 27 da Declaração de Direitos Humanos e no apartado c) do parágrafo 1 do art. 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com sujeição às limitações do interesse público, tem surgido uma série de dúvidas, pois a tentativa de o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de querer explicar a diferença entre direitos de propriedade intelectual, direitos de autor e direitos humanos na sua Observação General nº 17 (2005) sobre o “direito de toda pessoa a beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe correspondem em razão das produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autor (a)”, é incompleta e foi objeto de muitas críticas se não vejamos:

No Art. 27 da Declaração dos Direitos Humanos⁵ afirma-se que:

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.
2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

A proteção dos direitos morais do autor vem da proposta francesa, não obstante a oposição de países como Estados Unidos e o Reino Unido, pois:

A delegação da França, com apoio da maioria dos países latino-americanos, sugeriu incluir uma frase sobre os direitos morais e patrimoniais na Declaração Universal de Direitos Humanos já que considerava que no Art. 17 sobre direitos de propriedade não se protegia os “direitos morais” como a integridade do autor e da sua criação. Ressalte-se que, os Estados Unidos de Norte-américa e o Reino Unido opuseram-se a tal inclusão argumentado que os direitos de autor e os direitos conexos não são direitos humanos fundamentais⁶.

5 NN.UU. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. In: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> (acesso em 28-03-12).

6 Orit Fischman Afori, *Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations Into American Copyright Law*, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* Vol. 14, 497, 2003-2004, p. 520. Apud NN.UU. *Propiedad intelectual y Derechos Humanos: ¿Queda ahora clara la diferencia? Evaluación de la Observación General no 17 (2005) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, op. Cit. In: http://www.3dthree.org/pdf_3D/3D_CDESC_DDHH_PI.pdf (acesso em 07-04-18).

Patra Zollinger se inspirou em três fontes: os acórdão do Conselho do Rei de 1.777, os decretos revolucionários de 1.791 e 1.793, e por fim o nascimento dos direitos morais do autor e a sua necessidade de proteção internacional da propriedade literária e artística do 'seculo XIX'⁷

1.3. OS DIREITOS DE AUTOR NA CONTEMPORANEIDADE

Os câmbios experimentados no mundo científico-tecnológico certamente têm operado uma mudança de paradigma nos direitos autorais como fora anunciado por Dietz em 1988⁸.

Para Teubner o “Direito e a Economia afirmam ser os novos paradigmas vitoriosos que eliminam antigas orientações político-morais da lei, não tolerando a coexistência, lado a lado, de quaisquer outros paradigmas (e.g. Priest, 1990n)”⁹.

O tema central do debate, segundo as Nações Unidas é saber qual o efeito das normas de propriedade intelectual, de modo particular das patentes e dos direitos do autor, sobre a capacidade que têm os Estados para cumprir com as obrigações contraídas em virtude da normativa internacional de direitos humanos, como a obrigação de garantir o acesso a medicamentos, a uma alimentação adequada e ao material educativo.¹⁰

7 ZOLLINGER, Alexandre. Droits d'auteur et droits de l'Homme. Université de Poitiers. Collection de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales. Paris: LGDJ, 2008, p.1.

8 ZOLLINGER, Alexandre. Droits d'auteur et droits de l'Homme. Université de Poitiers. Collection de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales. Paris: LGDJ, 2008, p.1). In: ¹TEJERINA-VELÁZQUEZ, Victor Hugo e GONZALEZ, Q. Everaldo; Direitos de Autor e Direitos Humanos. In: TEJERINA-VELÁZQUEZ, Victor Hugo e GONZALEZ, Q. Everaldo (Coords.). Direitos Humanos, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Curitiba: Juruá: 2012, p. 85-123

9 TÁUBNER, Gunter. Altera Pars auditor – Law in the Collision of Discourses. In Law, Society and Economy (LSD), Richard Rawlings org. Oxford: Clarendon Press, 1997. in: : TEJERINA-VELÁZQUEZ, Victor Hugo e GONZALEZ, Q. Everaldo (Coords.). Direitos Humanos, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Curitiba: Juruá: 2012, p. 85-123.

10 ¹TEJERINA-VELÁZQUEZ, Victor Hugo e GONZALEZ, Q. Everaldo; Direitos de Autor e Direitos Humanos. In: TEJERINA-VELÁZQUEZ, Victor Hugo e GONZALEZ, Q. Everaldo (Coords.). Direitos Humanos, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Curitiba: Juruá: 2012, p. 119.

2 - DIREITO AUTORAL E SEU CONCEITO

Carlos Alberto Bittar, classifica o direito do autor como um direito de base ética, que encontra-se, por fim, com o direito às criações intelectuais, tomado sob o aspecto pessoal da vinculação entre o autor e a obra. Esse direito incide sobre produto do intelecto, sob o ângulo do relacionamento criativo, é o elo espiritual entre o autor e sua concepção intelectual.¹¹

Encontra-se no ramo do direito privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências¹².

Para Bittar o direito do autor é inspirado por noções de defesa do homem enquanto criador, em suas relações com os frutos do seu intelecto, encontra-se no direito privado, embora com normas públicas para obtenção de suas finalidades.¹³

Eduardo Salles Pimenta firma que:

(...) podemos definir direitos autorais como, o conjunto de prerrogativas jurídicas atribuídas, com exclusividade, aos criadores e titulares de direitos sobre obras intelectuais (literárias, científicas e artísticas) de gerar e opor a todo atentado contra estas prerrogativas exclusivas, como também aos que lhe são direitos conexos (intérprete ou executante, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão) aos direitos do autor, aos quais para efeitos legais, aplicar-se-ão as normas relativas ao direito do autor.¹⁴

De acordo com a lei 9610/98, no seu artigo 11, autor é a pessoa física criadora da obra. No parágrafo único ressalva a aplicabilidade do conceito à pessoas jurídicas nos casos previstos em lei.

Newton Silveira afirma que mantém um sistema unitário de tratamento do direito do autor e dos direitos conexos sob a designação

11 BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8 ed. ver. E mod. Eduardo C. B. Bittar, São Paulo: Saraiva, 2015. p. 212.

12 BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 6 ed. ver., atual. E ampl. Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 27.

13 Op. cit. 46.

14 PIMENTA, Eduardo Salles. Direitos autorais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 73.

de direitos autorais, neles incluindo os direitos dos artistas, interpretes e executantes, que são por natureza direitos da personalidade e os direitos industriais dos produtores de fonogramas e videogramas.¹⁵

Direito autoral existe para estimular a criação intelectual, essa percepção parte da premissa que uma primeira função a ser desempenhada pelo direito autoral é incentivar autores a criar¹⁶.

Alguns doutrinadores afirmam que direitos autorais encontram-se na categoria de direitos da personalidade, em função de criação intelectual do autor e, a outra posição que enfatiza a natureza real do direito de autor, os aspectos patrimoniais do mesmo e a relação com o direito de propriedade.

No que tange a função social do direito de autor, Guilherme Carboni defende:

O direito do autor tem como função social a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo, findo o qual, a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa.¹⁷

E continua:

Podemos dizer que a função social do direito de autor tem como base uma forma de interpretação que permite aplicar ao direito de autor restrições relativas à extensão da proteção autoral (restrições intrínsecas), notadamente no que diz respeito ao objeto e à duração da proteção autoral, bem como às limitações estabelecidas em lei, além de restrições quanto ao seu exercício (restrições extrínsecas), como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de direito e das regras sobre desapropriação para divulgação e reedição de obras intelectuais protegidas, visando a correção de distorções, excessos e abusos praticados por particulares no gozo desse direito, para que o mesmo possa cumprir a função social de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico.¹⁸

15 SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial. 4 ed. Barueri/SP: Manole, 2011, pag. 55.

16 SOUZA, Carlos Affonso Pereira. Direitos autorais , tecnologia e transformações na criação e no licenciamento de obras intelectuais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.) Direito privado e internet. São Paulo: Atlas, 2014.

17 CARBONI, Guilherme. Função social do direito de autor. Curitiba: Juruá, 2008, p. 97.

18 Op. Cit. 47, p. 98.

Liliana Paesani posiciona os direitos autorais na categoria dos direitos da personalidade em função da criação intelectual do autor e a corrente oposta que enfatiza a natureza real do direito do autor, os aspectos patrimoniais do mesmo e a relação do direito de propriedade.¹⁹

O artigo 7 da lei de direitos autorais dispõe que obras intelectuais são todas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

Desta feita, são objetos do direito do autor as produções literárias, artísticas e científicas, esculturas, músicas, projetos de engenharia, de arquitetura, manifestações estéticas, programas de computador, etc.

Bittar, afirma que:

as obras protegidas são destinadas à sensibilização ou à transmissão de conhecimentos, a saber, as obras de caráter estético, que se inscrevem na literatura (escrito, poema, romance, conto), nas artes (pintura, escultura, projeto de arquitetura, filme, cinematográfico, fotografia) ou nas ciências (relato, tese, descrição de pesquisa, demonstração escrita, bula medicinal)²⁰.

O direito autoral apresenta natureza dualista, uma vez que, há os direitos morais e patrimoniais. Todo criador ou autor de qualquer obra tem proteção moral e patrimonial sobre sua criação ou obra.

Vale ressaltar que a teoria dualista foi desenvolvida na França e é seguida pela maioria dos países.

Urge salientar que os direitos de personalidade estão presentes no direito do autor, pois, a partir do momento que o autor cria sua obra este tem a proteção moral.

No que tange ao dano moral de autor o mesmo encontra-se previsto na Lei de Direitos Autorais (Lei n.º 9.610/98), que confere proteções ao direito moral do autor, nesta qualidade e, enquanto pessoa natural.

Nesta mesma lei consta, também, o direito à integridade da obra (art. 24, inciso IV), onde o autor tem a possibilidade de se opor a qualquer

19 PAESANI, Liliana Minardi. Manual da propriedade intelectual: direito de autor, direito da propriedade industrial, direitos intelectuais sui generis. São Paulo: Atlas, 2012, p. 09.

20 BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 6 ed. rev., atual. E ampliado por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pag. 27.

modificação introduzida em sua obra ou, então, a ofensas em sua honra e reputação, decorrentes dessa modificação.

Há, ainda, o direito de retirada (art. 24, inciso VI) que prevê a possibilidade de violação ao direito moral de autor, bem como aos direitos da personalidade. Aquele que utilizar e/ou fazer circular uma obra protegida de maneira que afronte a reputação ou imagem do autor, estará desrespeitando aos direitos de imagem e reputação, direitos da personalidade e, ao mesmo tempo, à ligação do autor com sua própria criação.

Observam-se, ainda, os direitos de repúdio e de crédito. O direito de repúdio (art. 26) confere ao autor a prerrogativa de repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a execução ou após a conclusão de sua construção. O direito ao crédito (art. 24, inciso II), se o utilizador de uma obra artística, científica ou literária protegida, deixar de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo, sinal convencional do autor e, conforme o caso, do intérprete, estará violando um direito moral de autor.

Nesse diapasão há, também, o direito de paternidade (art. 24, inciso I), ao inédito (art. 24, inciso III), de modificação (art. 24, inciso V) e de acesso (art. 24, inciso VII) que não cogitam de possibilidade de ofensa aos direitos da personalidade do autor, sendo passíveis somente de violação simples de direitos morais de autor.

Como características básicas do direito do autor Bittar assim elenca:

- a) dualidade de aspectos em sua cunhagem, que, embora separáveis, para efeito de circulação jurídica, são incindíveis por natureza e por definição;
- b) perenidade e inalienabilidade dos direitos decorrentes do vínculo pessoal do autor com a obra, de que decorre a impossibilidade de transferência plena a terceiros, mesmo que o queira o criador;
- c) limitação dos direitos de cunho patrimonial;
- d) exclusividade do autor, pelo prazo definido em lei, para a exploração econômica da obra;
- e) integração, a seu contexto, de cada processo autônomo de comunicação da obra;
- f) integração, a seu contexto, de cada processo autônomo de comunicação da obra, correspondendo cada qual a um direito patrimonial;
- g) limitabilidade dos negócios jurídicos celebrados para a utilização econômica da obra;
- h) interpretação estrita das convenções firmadas pelo autor;
- i) licença não voluntária pelo interesse de acesso à cultura depositado na obra.²¹

21 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6 ed. rev., atual. E ampliado por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 30.

3 - DIREITO DO AUTOR E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Conforme já narrado anteriormente, os direitos autorais encontram-se classificados como direitos da personalidade devido seu caráter moral.

O elemento moral é a expressão do espírito criador da pessoa, com reflexo da personalidade do homem na condição de autor de obra intelectual. Manifesta-se com a criação da obra.²²

Bittar afirma que são características do direito moral do autor:

a perpetuidade, a imprescritibilidade, produzindo efeitos por toda a existência da obra, a impedir usos que a maculem, ou venham a ofender a personalidade do criador, mesmo quando no domínio público, a inalienabilidade e a irrenunciabilidade.²³

E continua, são ordem do direito moral os direitos:

à paternidade (direito de dizer-se autor de ser reconhecido como tal); a nomeação (de dar nome a obra); à integridade (de mantê-la inalterada); de inédito (de comunicá-la, ou não, ao público); de arrependimento (de retirá-la de circulação); e outros que algumas leis e a doutrina costumam enumerar.²⁴

O elemento moral é a expressão do espírito criador da pessoa (*corpus mysticum*) e protege a personalidade do autor nas suas relações pessoais com a obra.²⁵

Desta feita não se pode deixar de lembrar que o artigo 5 da Constituição Federal em seu inciso XXVII, onde trata de um direito personalíssimo exclusivo do autor.

Os direitos da personalidade conforme a doutrina civilista extingue com a morte, entretanto, à exceção no que tange aos direitos do autor, pois estes são transmitidos aos seus herdeiros e sucessores.

O artigo 24 da lei de direitos autorais elenca os direitos morais de autor nos seus incisos e, com a morte do autor, se transferem do autor aos

22 BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da Personalidade. 8 ed. ver. atua. E mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 214.

23 Op. Cit. 55, p. 216.

24 Op. Cit. 55, p. 217.

25 PAESANI, Líliliana Minardi. Manual da propriedade intelectual: direito de autor, direito da propriedade industrial, direitos intelectuais sui generis. São Paulo: Atlas, 2012, p. 11.

sucessores os direitos morais referentes aos incisos I a IV²⁶. Em caso de ausência de sucessores cabe ao Estado salvaguardar esses direitos.

Liliana Paesani muito bem pondera o vínculo moral do autor quando:

O vínculo moral existente entre o criador e a sua obra não se desfaz pela ação do tempo, por meio de negócios jurídicos ou mesmo pela vontade do próprio autor porque a obra é extensão da própria personalidade, emanando dessa relação diversos direitos de natureza moral, como por exemplo, o próprio reconhecimento da autoria.²⁷

E continua:

O direito do autor, assim como o direito do inventor, é um direito absoluto *ius excludendi omnes alios*; ambos, entretanto, permitem um gozo diferente do gozo de outros bens: primeiramente seu objeto não é um bem material onde se concentra a ideia, mas a própria ideia (*corpus mysticum* e não o *corpus mechanicum*); além do mais, o objeto do direito não oferece uma imediata vantagem econômica²⁸.

Vale frisar que o direito da paternidade da obra é um direito imprescritível, inalienável e irrenunciável e, o direito moral do autor é inalienável e imprescritível, sendo assim, trata-se de direitos da personalidade.

O elemento comum entre a paternidade e o direito moral é o caráter criativo da obra, ou seja, deverá ser o fruto da contribuição da personalidade do autor.²⁹

4 - CARACTERÍSTICAS DO DIREITO MORAL

São características fundamentais: a personalidade, a perpetuidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade.

26 Artigo 24 da LDA (...) I – o de reivindicar a qualquer tempo a autoria da obra; II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional ligado à obra; III – o de conservar o direito do inédito (não publicar a obra); IV – o direito a integridade da obra.

27 Op. cit. 58, p. 14.

28 PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 45.

29 Op. cit. 111, p. 47.

Para Carlos Alberto Bittar as características fundamentais

[...] são direitos de natureza pessoal inserindo-se nessa categoria direitos de ordem personalíssima; são também perpétuos ou perenes, não se extinguindo jamais, são inalienáveis, não podendo, pois, ingressar legitimamente no comércio jurídico, mesmo se o quiser o criador, pois deles não pode dispor; são imprescritíveis, comportando, pois exigência por via judicial a qualquer tempo; e por fim, são impenhoráveis, não suportando, pois, constrição judicial (a lei fala em inalienabilidade e irrenunciabilidade, art. 27, realçando, em outro passo, a inaccessibilidade dos direitos, art. 49, I).³⁰

Observa Manuella Santos que,

assim, o autor é titular de direitos morais, como a paternidade da obra, a integridade, o direito de conservar a obra inédita, o direito de arrependimento ou direito de retrato que, no dizer de Eduardo Vieira Manso, autoriza o autor a retirar sua obra de circulação, bem como o de suspender-lhe qualquer forma de utilização já iniciada ou simplesmente autorizada, desde que responda pelos danos que sua decisão causar a terceiros.³¹

Renan Lotufo, em comentários ao Código Civil vigente, externa seu entendimento nos seguintes termos:

Os direitos da personalidade podem ser divididos em direitos à integridade física e em direitos à integridade moral. Em relação à integridade física, destacam-se o direito à vida, o direito sobre o próprio corpo e do direito ao cadáver. Quanto aos direitos à integridade moral, tem-se o direito à honra, à liberdade, à privacidade, e, numa esfera mais estreita, à intimidade, à imagem, ao nome e ao direitos morais sobre as criações pela inteligência. O dispositivo não tem precedentes na legislação anterior. Assim, para Gustavo Tepedino, considerados como direitos subjetivos privados, os direitos da personalidade possuem como características, além da extrapatrimonialidade e da irrenunciabilidade previstas no art. 11 deste Código, a característica da generalidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade. O absolutismo decore do fato de ser logicamente oponível erga omnes, impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los. A generalidade, que consiste em ser concedida a todos, pelo simples fato do ser humano estar vivo, de ser, implica a existência e in-

30 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito do Autor*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2000. p. 48

31 SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. -p. 83

vestidura dos direitos da personalidade. A extrapatrimonialidade, que decorre da indisponibilidade expressa na intransmissibilidade, ademais, é visa como característica desses direitos por serem insuscetíveis de avaliação econômica, mesmo que sua lesão gere efeitos econômicos.³²

4 – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Fazendo um breve estudo das últimas decisões do Superior Tribunal de Justiça no que tange ao dano moral do autor é possível verificar que esse dano é reconhecido quando demonstrado nos autos, ou seja, comprado a ofensa á honra.

No Ag. Resp 1.315.628 - SP, publicado no Dje em 04/09/2017, trata-se de exposição pública de obra, sem a autorização do autor, neste caso, o Egrégio Tribunal entende que a simples exposição pública da obra por si só não autoriza a indenização por danos morais.³³

Entendeu essa Corte que cabia comprovar os danos causados à imagem dos autores da obra para que fosse estabelecida a indenização por danos morais.

Precedentes do STJ indicam que, de um modo geral,

O dever de indenizar existe na medida da extensão do dano, que deve ser certo (possível, real, aferível). Mas até que ponto a jurisprudência afasta esse requisito de certeza e admite a possibilidade de reparação do dano meramente presumido?

O dano moral é aquele que afeta a personalidade e, de alguma forma, ofende a moral e a dignidade da pessoa. Doutrinadores têm defendido que o prejuízo moral que alguém diz ter sofrido é provado *in re ipsa* (pela força dos próprios fatos). Pela dimensão do fato, é impossível deixar de imaginar em determinados casos que o prejuízo aconteceu por exemplo, quando se perde um filho.³⁴

32 LOTUFO, Renan. Código civil comentado. São Paulo: Editora Sairava. p.?

33 Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1630495&num_registro=201200592144&data=20170904&formato=PDF > Acessado em 02 de abr. de 2018.

34 BRASIL. STJ define em quais situações o dano moral pode ser presumido. Jusbrasil (2011). In: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3167669/stj-define-em-quais-situacoes-o-dano-moral-pode-ser-presumido>. Acesso em 07-04-18.

Nesse diapasão José de Oliveira Ascensão trata:

Os danos não patrimoniais podem resultar, quer da violação de direitos pessoais, quer da violação de direitos patrimoniais de autor. Cabe ao autor, nos termos gerais fazer a demonstração desse dano.³⁵

Já o Resp. 1.635.646 – RJ, trata-se de indenização por danos morais e materiais, no que tange aos direitos autorais de uma faixa de música incluída em um *Compact disc*, sem autorização do autor, neste caso foi reconhecido o dano moral uma vez que não foi incluído o nome do autor nos CDs. Inteligência do artigo 24, inciso II, da Lei 9.610/98.

Nesse diapasão o acórdão do Tribunal já havia condenado em danos morais no valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), entretanto, o Superior Tribunal de Justiça manteve esse valor de indenização, sob a alegação de que o dano moral experimentado pelo titular dos direitos autorais não guarda proporcionalidade direta e exata à quantidade de bens contrafeitos vendidos indevidamente. Vale ressaltar que no caso em tela foram comercializadas 300,000 (trezentas) mil cópias.³⁶

O terceiro Resp. analisado foi o de n. 1.716.465 – SP, onde se pleiteava indenização por danos morais e materiais, com responsabilidade solidária de acordo com o artigo 104 da Lei de Direitos Autorais 9610/98, pela venda de produtos contrafeitos, reprodução de desenho artístico não autorizado.

Neste caso foi reconhecido a violação ao direito moral do autor uma vez que violou os direitos elencados no artigo 24 da lei 9.610/98, quanto à compensação pelos danos morais, a fixação do montante deve ser realizada com razoabilidade, levando em consideração as circunstâncias específicas da hipóteses, como a gravidade do dano, a reprovabilidade da conduta, a repercussão do fato e o porte econômico dos envolvidos, desta feita, ficou-se em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).³⁷ .

35 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2º Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pag. 544.

36 Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1669178&num_registro=201402904720&data=20171218&formato=PDF > Acessado em 02 de abr. de 2018.

37 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1692134&num_registro=201703326201&data=20180326&formato=PDF > Acessado em: 02 de abr. de 2018.

5 - CONCLUSÃO

Nesse diapasão é de salientar que a doutrina dos direitos da personalidade consagrou a plena reparabilidade dos danos morais como mais um meio de se defender o patrimônio moral do indivíduo.

No direito autoral, com a promulgação da Lei nº. 9.610/98, ainda enfrenta algumas dificuldades em sua interpretação e aplicação, apesar do grande avanço doutrinário e jurisprudencial no entendimento da matéria.

É sabido que, quando uma ofensa moral recai sobre um criador de obra literária, artística ou científica, se faz necessária uma análise mais detida da hipótese para se proceder à correta aplicação da doutrina do direito de autor e dos danos morais.

Sendo assim, podemos concluir que quando a ofensa recai sobre a pessoa do autor, atingindo-lhe em seus direitos da personalidade, teremos a proposição de um dano moral, ínsito a qualquer indivíduo. Já quando o elo permanente estabelecido entre criador e obra é ultrajado, a hipótese será de violação de direito moral de autor, ramificação do caráter dúplice do direito autoral.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2º Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito do Autor. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. In:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1669178&num_registro=201402904720&data=20171218&formato=PDF>

DESBOIS, Henri. Le Droit d'Auteur. Paris:Dalloz, 1950.

CARBONI, Guilherme C. O direito de autor na multimídia. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2003.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. São Paulo: Editora Sairava.

NAÇÕES UNIDAS. ALTO COMISSIONADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Direitos de Propriedade Intelectual e Direitos Humanos**. Resolução da Subcomissão de Direitos Humanos 2000/7.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 45.

_____, Liliana Minardi. **Manual da propriedade intelectual: direito de autor, direito da propriedade industrial, direitos intelectuais sui generis**. São Paulo: Atlas, 2012

PIMENTA, Eduardo Salles. **Direitos autorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRONER, Carol. **Propriedade Intelectual e Direitos Humanos**. Sistema Internacional de Patentes e Direito ao Desenvolvimento. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

SANTOS, Manuella. Direito autoral na era digital. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

Silveira, Newton. Direitos autorais estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial**. 4 ed. Barueri/SP: Manole, 2011, pag. 55.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira. Direitos autorais , tecnologia e transformações na criação e no licenciamento de obras intelectuais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.) Direito privado e internet. São Paulo: Atlas, 2014.

TEJERINA-VELÁZQUEZ, Victor Hugo e GONZALEZ, Q. Everaldo; *Direitos de Autor e Direitos Humanos*. In: TEJERINA-VELÁZQUEZ, Victor Hugo e GONZALEZ, Q. Everaldo (Coords.). Direitos Humanos, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Curitiba: Juruá: 2012, p. 85-123.

ZOLLINGER, Alexandre. Droits d'auteur et droits de l'Homme. Université de Poitiers. Collection de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales. Paris: LGDJ, 2008.



XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo X Direito de Autor e os Primados Constitucionais

**TÍTULO:
NAVEGANDO NO TRIÂNGULO DAS
BERMUDAS DA INTERNET: ONDE
DESAPARECEM MISTERIOSAMENTE OS
DIREITOS DOS CRIADORES**

**José Vaz de Souza Filho
Marcos Alves de Souza
Samuel Barichello Conceição**

NAVEGANDO NO TRIÂNGULO DAS BERMUDAS DA INTERNET: ONDE DESAPARECEM MISTERIOSAMENTE OS DIREITOS DOS CRIADORES

José Vaz de Souza Filho¹

Marcos Alves de Souza²

Samuel Barichello Conceição³

A criação da internet como a conhecemos hoje, no início dos anos 90, trouxe à tona todo o potencial da rede como fonte de troca de informações. Se em sua concepção e desenvolvimento a rede serviu inicialmente como meio de comunicação e intercâmbio entre militares, e posteriormente entre cientistas e instituições de pesquisa, rapidamente seu potencial como fonte de acesso a toda espécie de informação ficou claro, deixando para trás seu funcionamento em “nichos” hermeticamente fechados.

Ficou claro desde o primeiro momento que um dos focos principais do desejo infinito de informação por parte da sociedade seria a música e as demais manifestações protegidas por direitos autorais. Tanto foi assim que, na virada dos anos 80 para os 90, iniciaram-se, na Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, os trabalhos de um Comitê de Peritos com vistas a estudar a possibilidade de atualizar a Convenção de Berna, cujo último texto datava de 1973. Seu foco era proteger o direito autoral no mundo digital.

Para entender o desenrolar do nascimento das primeiras regras internacionais voltadas à difusão de conteúdo na internet, é necessário compreender o contexto dessa discussão.

A primeira metade dos anos 90 marcou a conclusão das negociações da Rodada Uruguaí, cujo marco final foi a criação da Organização Mundial do Comércio – OMC. Um dos acordos constituintes da OMC

- 1 Mestrando em Ciência Política, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, ISCS, Portugal.
- 2 Especialista em Direitos Autorais, ex-diretor de direitos intelectuais da Secretaria Executiva do Ministério da Cultura (Minc).
- 3 Mestrado em Ciência Política pela Universidade de São Paulo, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

são os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio—TRIPS os quais incorporaram a maior parte dos dispositivos da Convenção de Berna. No escopo desse acordo, criou-se um lócus específico dentro das estruturas da OMC para discutir Propriedade Intelectual, o Conselho de TRIPS. Assim, o tema direito autoral adentra na estrutura do principal organismo regulador do comércio internacional, sujeitando os países membros que infringirem as regras de TRIPS a sofrerem sanções efetivas, elemento essencial e distintivo dos acordos da OMC em relação a todos os acordos internacionais de comércio anteriores.

A criação de uma instância específica para discutir Propriedade Intelectual no âmbito da OMC criou uma possibilidade real de esvaziamento da OMPI. No entanto, a ofensiva dos países desenvolvidos para inclusão de TRIPS em uma OMC com poder de punição levou os países em desenvolvimento a rejeitarem discutir sequer a possibilidade de ampliar o escopo de TRIPS para incluir novos temas. Preterida como fórum para discussão do comércio vinculado à propriedade intelectual, à OMPI coube a tarefa de discutir a relação entre direito autoral e a internet.

O andar das discussões da OMPI mostrou a dificuldade de legislar sobre algo tão novo. Ficou claro que seria impossível atualizar o texto da Convenção de Berna, tendo em vista a necessidade de unanimidade entre os países para tanto. De fato, além das questões geopolíticas multilaterais envolvidas, dialogar sobre algo ainda tão distante da realidade da maior parte dos países tornou a discussão ainda mais difícil e teórica. Antes sequer da criação do MP3, os representantes norte-americanos e europeus pareciam perceber o impacto que a expansão da rede traria, entre outras, às indústrias musical, editorial e do audiovisual, como ameaça ao modelo baseado na escassez vigente. A era das reproduções (cópias) físicas, realizadas sob encomenda exclusiva do titular de direitos e em quantidade específica, estava chegando ao fim.

Os Tratados da Internet da OMPI

Assim sendo, ao final de 1996, chegou-se finalmente ao texto de dois tratados internacionais sobre direitos autorais: o WIPO Copyright

Treaty – WCT (Tratado de Direito de Autor da OMPI) e o *Wipo Performers and Phonograms Treaty* – WPPT (Tratado sobre Artistas Intérpretes e Fonogramas). Enquanto o WCT tratou sobre direito de autor *stricto sensu*, posicionando-se como um “Acordo Particular” à convenção de Berna, o WPPT dispõe sobre a proteção dos fonogramas (gravações sonoras) e dos artistas intérpretes em obras sonoras, excluída a parte audiovisual, servindo, assim, na prática, como uma atualização das disposições da Convenção de Roma de 1962 para os países que dela fazem parte. O processo de confecção dos tratados deixou em aberto dois temas para o futuro: artistas intérpretes em obras audiovisuais (que seria concluído, em 2012, em Pequim) e radiodifusão (tema até hoje em discussão na OMPI).

Até aquele momento, os direitos patrimoniais das obras intelectuais estavam abrigados em dois grupos conforme a modalidade de uso das obras, decorrente do conceito de “obra publicada” da Convenção de Berna (Art. 3.3). O primeiro, o das obras publicadas, aquelas reproduzidas e distribuídas em uma quantidade de exemplares suficiente para satisfazer as demandas do público. O segundo, constituído de obras “não publicadas”, cujo uso de dá através da representação de obras dramáticas, dramático-musicais ou cinematográficas, pela execução de obras musicais, da recitação pública de obras literárias, através da transmissão ou radiodifusão de obras literárias ou artísticas, e pela exposição de obras de arte e construção de obras de arquitetura.

Os tratados da Internet alteraram essa classificação de uma forma mais funcional, distinguindo mais claramente o gênero do direito patrimonial das suas modalidades de uso (espécies). Reconheceu-se formalmente o armazenamento digital como modalidade do direito de reprodução. O direito de distribuição, que era vinculado ao ato de reprodução presente no conceito de obra publicada em Berna, ganhou autonomia. Assim deixou mais claro suas diferentes modalidades de utilização (locação, empréstimo e qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse). Finalmente, consolidou-se um entendimento de que diferentes modalidades de usos públicos de obras, não baseados na oferta de exemplares, que passaram a estar agregados numa única categoria

de direitos, agora denominado direito de comunicação ao público.

Essas três categorias de direitos exclusivos, combinados, se mostraram funcionais para dar conta da nova realidade trazida pela internet. Em particular, a que foi denominada como “making available”: uma nova modalidade de uso – não um direito autônomo - definida como “a colocação das suas obras à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a membros do público a partir do local e no momento por eles escolhido individualmente”. Essa descrição buscou retratar a forma como uma obra era acessada na internet: ela “sobe” para um servidor (upload), e é “baixada” (download) ou transmitida “em linha” (online) numa hora e local individualmente escolhido. Trata-se da interatividade proporcionado por essa nova tecnologia, que inexistia até então. Tal modalidade de uso de obras, autônoma no caso do WPPT, nasce, no caso do WCT, vinculada ao direito de comunicação ao público.

Há que se pontuar que o conceito de “direito de colocar à disposição” se consolidou ao final das negociações. Não se obteve consenso quanto a um enquadramento único dessa nova modalidade de uso naqueles três gêneros de direitos. O alcance da internet ainda era muito restrito naquele momento, e os aspectos técnicos não eram claros para muitas delegações. Alguns entendiam que era uma nova modalidade de distribuição, feita de forma “eletrônica”. A maioria, no entanto, entendia como uma espécie da comunicação ao público. O impasse foi resolvido com uma solução de compromisso, uma umbrella solution: os Estados teriam a flexibilidade de proteger essa nova modalidade de uso por quaisquer dos gêneros de direitos já reconhecidos, ou ainda por uma combinação desses vários gêneros de direitos. A única exigência é que tal uso ficasse compreendido no âmbito dos direitos exclusivos.

O resultado obtido foi uma solução intermediária, que deu flexibilidade para os países adaptarem as suas legislações como bem entendessem diante da falta de mínimo consenso. Quem quisesse tratar como “comunicação ao público”, como “distribuição”; ou numa combinação dos dois; ou como uma nova modalidade de um desses direitos típicos (não um “novo direito”, pelas implicações contratuais dessa opção), teria liberdade. O importante é que esse uso fosse caracterizado

como um direito exclusivo.

Além dessa adaptação conceitual, os Tratados criam as chamadas medidas de proteção tecnológica, que permitem ao titular a inserção de “medidas eficazes de caráter tecnológico” que impeçam ou o acesso não autorizado a obras, ou reproduções não autorizadas de obras. Com essa medida buscou-se replicar o modelo de escassez vigente no mundo analógico para o mundo digital

Esses são os dispositivos-chave estabelecidos pelos tratados de 1996 com o intuito de impedir que a internet e a digitalização colocassem em risco a chamada indústria de direitos autorais: o upload de obras (colocar à disposição) se torna direito exclusivo do artista, buscando impedir que o download se torne disseminado a partir do conteúdo disponibilizado na rede. Permite-se, ainda, que o titular de obra ou fonograma utilize qualquer tecnologia que impeça a reprodução ou disseminação de sua obra ou fonograma na internet sem sua autorização.

As Lacunas dos Tratados da Internet

Os tratados de 1996 entraram em vigor em 2002. Mesmo países que não aderiram a tais tratados, como o Brasil, alteraram, bem ou mal, suas legislações com previsão de dispositivos que iam ao encontro do disposto nestes tratados. No entanto, um aspecto primordial a respeito da utilização de obras protegidas por direito de autor não foi objeto dos novos tratados: qual o papel e a responsabilidade dos sites de internet em que obras são “colocadas à disposição”? Os sites teriam que fiscalizar cada conteúdo postado na rede? Seriam responsabilizados junto com quem realizou o upload?

Recordemos que, na segunda metade dos anos 90, a internet pública e comercial ainda era um recém-nascido. Os grandes conglomerados de hoje ainda engatinhavam ou nem sequer tinham nascido. A bolha do “ponto com” ainda não havia estourado. A criação de um ônus excessivo para os novos sites que pipocavam a cada momento foi vista como um risco para o desenvolvimento das potencialidades da rede.

A solução veio da criação de um mecanismo de proteção jurídica dos provedores, o safe harbour (porto seguro), via nova legislação de direito autoral dos EUA, o Digital Milenium Copyright Act – DMCA. Buscava-se, dessa maneira, equilibrar a necessidade do artista, produtor de fonograma ou intérprete contar com um mecanismo efetivo e rápido de derrubada de conteúdo na internet, aliado a uma isenção de responsabilidade do site. Assim, o artista, ao identificar um upload não autorizado, notificaria o site, o qual se isentaria de responsabilidade caso derrubasse imediatamente esse conteúdo.

Há que se recordar que, à época, essa solução focava o provedor de acesso, sendo posteriormente ampliada para o provedor de conteúdo e de aplicações. De qualquer maneira, exportada a vários países por meio de acordos de livre comércio, tal solução se disseminou.

Sob tais regras, a internet acabou desenvolvendo conglomerados poderosos que trabalham em uma camada da rede que não é a de acesso, baseada na oferta de estrutura tecnológica, mas sim na oferta de conteúdos quase sempre protegidos por direitos de autor, sob a proteção do mecanismo do safe harbor.

A evolução tecnológica que se seguiu mostrou que tal regulação se mostrou, na melhor das hipóteses, parcialmente funcional para lidar com o novo ambiente. Um novo tipo de “gigante da internet” acabou se desenvolvendo, mais recentemente, justamente onde os direitos exclusivos concedidos pelos tratados da OMPI não conseguiram alcançar. Em outras palavras, os novos gigantes se desenvolveram no vácuo que existe na regulação para a modalidade de negócio digital onde se oferece a possibilidade de se acessar uma obra de forma que não há uma reprodução temporária ou permanente, e sim uma reprodução transitória e efêmera inerente ao próprio processo tecnológico, baseado no uso de medidas de proteção tecnológicas que, todavia, são facilmente quebradas. Em outras palavras, o streaming prosperou no vazio regulatório resultante dos tratados da OMPI.

Tecnologia e a indústria de direito autoral: encontros e desencontros

No ano em que os EUA discutiam a adoção dos novos tratados da OMPI e a alteração de sua lei de direito autoral, 1997, a Sony desenvolveu um formato padrão para compressão de áudio que se tornaria um marco na popularização do uso de músicas pela internet, o MP3. Ao viabilizar a utilização de arquivos menores para áudio, o MP3 facilitou enormemente a vida dos usuários de internet que queriam compartilhar conteúdo entre si. Serviços de compartilhamento de arquivos via peer-to-peer (usuário para usuário) como Napster e Kazaa logo se popularizaram com base nessa tecnologia, sem que tivessem firmado qualquer acordo de licenciamento com a indústria musical.

Incapaz de fornecer um modelo de comercialização de músicas pela internet de forma legal e abrangente e de atender à demanda que crescia em escala exponencial, a indústria musical se viu impelida a reagir utilizando todos os meios legais possíveis contra aquilo que caracterizou como “pirataria”. Seu arsenal, no entanto, se mostrou falho: as medidas de proteção tecnológica se mostraram pouco efetivas para coibir esse compartilhamento, já que qualquer um poderia converter seus arquivos musicais em MP3 e compartilhá-los na internet. Mesmo assim, lançou-se em longas, custosas e inúteis batalhas jurídicas contra esses serviços, que a cada derrota nos tribunais eram logo substituídos no mercado por novos serviços com as mesmas características. Isso fez com que a indústria musical levasse aos tribunais os próprios usuários que compartilhavam música, numa tática intimidadora que, sem solucionar o problema de fundo, apenas contribuía ainda mais para dissociar a indústria musical de seu público alvo.

Sua incapacidade de lidar com o fenômeno ou oferecer alternativas viáveis levou a um processo de aprofundamento dessa lógica de confronto com as utilizações propiciadas pelas novas tecnologias. Exemplos dessas iniciativas política foram a *Lei Hadopi* na França e a iniciativa chamada *Graduate Response* em vários países, as quais, com o passar do tempo, foram sendo abandonadas ou revertidas. O fato é que a indústria musical percebia a internet como inimiga, e não como uma fonte nova de receitas.

No começo de 2001, houve a primeira tentativa efetiva de utilização da internet para a exploração comercial de obras musicais e fonogramas

de forma legal, quando a Apple lançou o iTunes. A característica principal desse e dos serviços que se seguiram a ele foi a de utilizar o download, isto é, a reprodução (cópia) da música no terminal do usuário final, adequando-se aos parâmetros fixados pelos tratados da OMPI, uma vez que o *upload* (*make available*) era feito legalmente por meio de acordos feitos entre a Apple e as gravadoras majors, e o *download* só era permitido àqueles que pagassem pelo serviço, utilizando-se as TPMs para tanto. Destaque-se que os serviços que ofereciam *download* legal, como o iTunes, se adequavam, em termos de largura de banda de transmissão, à tecnologia existente e oferecida aos usuários.

No final da primeira década dos anos 2000, com a popularização da banda larga em taxas mais velozes, começam a surgir os serviços de *streaming*, onde a reprodução (cópia) das obras é substituída pela reprodução transitória e efêmera das obras nos dispositivos em que são acessadas. Ou seja, é a partir da compatibilização das taxas de velocidade da banda larga com as taxas de transmissão dos serviços que o streaming surgiu, se popularizou e se tornou o modelo de negócio predominante para a indústria cultural (música e audiovisual) na internet. Assim, surgiram vários tipos de streaming como *livestreaming*, *simulcasting*, serviços de *streaming* sem possibilidade de uso *off line*. A tendência mais recente é os serviços permitirem o uso *off line*, além da transmissão, com uma cópia (*download*) da música sendo feita no terminal do usuário.

A remuneração pelo Streaming se dá mediante duas fontes principais de renda: as assinaturas, que consistem num valor pago, geralmente em bases mensais, para ter acesso a um catálogo de obras; e a publicidade, a qual tanto pode estar presente em serviços com assinaturas, quanto em serviços gratuitos.

Já o conteúdo pode ser disponibilizado tanto pelos próprios usuários do serviço, geralmente utilizando obras de terceiros, quanto por gravadoras, artistas e demais titulares de direitos.

No caso da música, os serviços cujo conteúdo é baseado em acordo com titulares de direitos parecem ainda buscar sua viabilidade econômica, já que eles argumentam que 70% de suas receitas são destinadas a pagar os titulares de direitos autorais. Já no outro caso, existe um confortável

uso do mecanismo do safe harbor. De qualquer forma, ambos os modelos acabam gerando aquilo que se conhece como value gap, isto é, o fenômeno de que a grande popularização dos serviços de streaming, e consequente aumento da utilização de obras protegidas, não gera, para autores e artistas, um aumento equivalente em termos de receita.

E o Brasil?

A Lei de Direitos Autorais brasileira, aprovada dois anos após os tratados da OMPI (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998), buscou incorporar os novos conceitos provenientes dos tratados da OMPI. No entanto, não o fez com a melhor técnica legislativa. Dois aspectos contribuíram para isso. Primeiramente, as dificuldades de compreensão dos aspectos técnicos das novas tecnologias e possibilidades de seu impacto no futuro (a conexão na época era “discada”, inexistindo a exploração comercial do *streaming* àquela altura). Um segundo aspecto foi o lobby de alguns grupos de interesse, com destaque para a indústria fonográfica internacional, desejosa de assegurar vantagens comparativas numa nova realidade que se avizinhava, algo que só não foi mais danoso aos autores e artistas nacionais por conta da intervenção de técnicos do Poder Executivo, que inclusive indicaram vetos à Lei aprovada pelo Congresso.

A defasagem de tais conceitos face à evolução tecnológica recente tem dado margem a interpretações distintas quando da aplicação desses conceitos pelo Poder Judiciário, gerando inúmeros litígios. As discussões giram em torno do uso que desponta como o amplamente hegemônico: o streaming. Como vimos, no debate dos tratados da OMPI, o conceito de “colocação das obras à disposição do público”, foi inicialmente pensado para a transmissão de obras pela internet de forma que elas possam ser reproduzidas no dispositivo de um usuário (*download*), muito embora já se vislumbrasse que esse acesso poderia se dar sem gerar uma cópia. Por isso, tal conceito também se mostrou aplicável quando da popularização do *streaming*, em que não há reprodução no sentido estrito, tratando-se apenas de um evento temporário inerente ao processo tecnológico.

De fato, quando buscamos compreender juridicamente o fenômeno

do streaming vemos que ele não se confunde automaticamente com apenas um direito patrimonial específico. Conforme a utilização feita na internet, há a incidência de diferentes gêneros de direitos que se combinam. Para que um streaming ocorra podemos encontrar atos como o upload, o *download*, o armazenamento na “nuvem” e a transmissão online. Em cada caso podemos identificar atos de reprodução, distribuição e comunicação ao público combinados. Isso se dá em muitos dos serviços oferecidos por provedores de conteúdo e de aplicações na internet.

O debate conceitual oculta as suas consequências práticas, pois cada direito exclusivo comumente envolve distintos titulares a quem cabe cobrar e receber pela utilização da obra. **Em suma, a questão de fundo é a quem, como e quanto pagar.**

No Brasil há uma disputa adicional: as gravadoras transnacionais querem uma repartição de ganhos distinta da que obtêm na execução pública há décadas, a qual, no Brasil está abaixo da sua média mundial. Veem na internet uma janela de oportunidade. Por conta disso, se recusam a reconhecer o *streaming* como comportando também uma modalidade de execução pública (cobrada e distribuída pelo sistema ECAD), aproveitando para surfar na má fama histórica do ente arrecadador. Para quem se interessa pelos detalhes da argumentação jurídica, contrárias e favoráveis a essa tese, o Recurso Especial no STJ (REsp 1559264 RJ/013/0265464-7) é ilustrativo.

O problema é que, nesse banquete, quem está comendo o osso são os criadores. Enquanto a indústria musical vai finalmente e progressivamente se conciliando com a internet e as novas tecnologias, encontrando seu modelo de licenciamento de conteúdo legalizado na rede e recuperando o seu faturamento, autores e artistas vêem seus rendimentos mingando. Contratos de licenciamento são firmados globalmente, e o pagamento se dá nas matrizes, que repassam para artistas de todo o mundo cifras misteriosas, calculadas sabe-se lá como. Nesse contexto, os gigantes da Internet, cujo principal insumo é a criação intelectual de terceiros, se aproveitam dessa confusão para pagar pouco ou nada enquanto faturam bilhões.

Para complicar a situação dos criadores nesse cenário de incertezas,

proliferam novos intermediários, empresas especializadas na difusão de obras na internet, que se apropriam de mais uma parcela dos minguados ganhos dos autores e artistas.

O *Safe Harbour* e suas consequências

A raiz dessa situação está no erro de origem dos tratados da OMPI, nos quais não foi considerado, ou vislumbrado, o papel das novas empresas globais “.com”, as gigantes que hoje conhecemos. Os barcos que atracam no *safe harbour* que essas empresas hoje desfrutam não trazem os naufragos abandonados em alto mar: os autores e artistas que lutam pela sua sobrevivência.

De fato, não seria exagero dizer que a internet só assumiu as características que possui hoje devido à bolha protetora criada pelo mecanismo do safe harbor. Google e Facebook, para citar duas das gigantes da internet, somente puderam atingir a dimensão atual devido à proteção com que contavam, e ainda contam, em relação ao conteúdo postado por terceiros em seus aplicativos. Conteúdo cuja fatia mais valiosa é composta de músicas e audiovisual cuja titularidade é muitas vezes de empresas, autores e intérpretes nacionais. Com base nesse conteúdo, atrai-se publicidade, audiência e faturamento; dados privados da audiência são processados e viram novo insumo para a publicidade; e, assim, se cria um mecanismo que vai muito além do direito autoral.

O sucesso do modelo do safe harbor foi tal que no acordo do TPP (*Transpacific Partnership*), o qual previa o surgimento de uma área de livre comércio envolvendo vários países ao redor do Pacífico tais como EUA, México, Japão, Austrália, Canadá entre outros, enterrado em sua versão original pela administração Trump, a grande inovação era a expansão da proteção dos gigantes da internet para além do direito autoral, mediante a criação do conceito de produto digital no capítulo de comércio eletrônico, cuja amplitude foge ao foco deste artigo. Nesse mesmo sentido, iniciativas que pudessem colocar o *safe harbor* em risco foram sumariamente eliminadas, como prova a súbita demissão, em 2016,

de Maria Pallante do cargo de *Copyright Register* no Copyright Office, órgão do governo dos EUA historicamente vinculado ao interesse dos grandes conglomerados de direitos autorais, após aquele órgão realizar estudos e publicações a respeito do impacto negativo que o safe harbor vem exercendo na indústria de direitos autorais.

De qualquer maneira, a realidade da prática dos gigantes da internet nos dias de hoje mostra que os tratados da OMPI de 1996, ao centrarem o foco somente na criação da nova modalidade de utilização chamada de “direito de colocação à disposição do público”, ou seja, no “*upload-download*”, tornaram-se completamente obsoletos. De fato, enquanto os serviços legais de disponibilização de música na internet via *streaming* se disseminam e buscam sustentabilidade financeira, ainda que pagando um valor mínimo aos artistas, a mesma música postada nos sites dos gigantes da internet “monetiza” um valor ínfimo, ainda que não só aos artistas, mas, neste caso específico, também às gravadoras.

CONCLUSÃO

Chegamos à realidade atual com um grande paradoxo e um ator que corre sério risco de extinção. O paradoxo é que, de um lado, as gravadoras abraçam o modelo do *streaming* como tábua de salvação da indústria e conseguem ver o seu faturamento voltar a crescer. No entanto, enquanto o seu faturamento cresce, esse novo modelo gera, quando muito, valores residuais aos compositores, intérpretes e executantes, os quais, tanto no Brasil quanto ao redor do mundo, não conseguem entender porque recebem tão pouco e quais são os critérios de distribuição de valor.

As gravadoras, acuadas, apontam o *safe harbor* como o grande culpado e causador do fenômeno do *value gap*. E assim os autores e artistas, particularmente os brasileiros, veem o porto seguro cada vez mais distante.

O fenômeno demanda uma nova política pública que, dada a ausência de fronteiras no mundo virtual, não se resume apenas a mudanças nas leis nacionais, apesar dessas mudanças também serem necessárias.

Assim, passando para o campo de sugerir saídas e ações para a situação atual, no **âmbito nacional**, as políticas a serem implementadas

devem primeiro deixar claro e indubitável na legislação autoral quais direitos estão envolvidos no streaming e quem tem a faculdade de cobrar por eles. Via de regra, deve-se deixar claro que a execução pública é um desses direitos, com todas as consequências que isso traz, como a cobrança feita pelo sistema Ecad, de forma similar ao que acontece em suas congêneres no plano internacional.

Do ponto de vista do autor e do artista nacional, todos os direitos envolvidos no *streaming* devem, na medida do possível, ser exercidos por meio da gestão coletiva de direitos. A gestão individual é inviável no ambiente digital, posto que fragiliza o poder negociador de autor e artista frente às plataformas digitais. Da mesma forma, autores e artistas também são fragilizados e submetidos a baixas remunerações em virtude de sua dependência de intermediários como gravadoras, editoras e agregadores de conteúdo. Estes últimos, um novo tipo de prestadores de serviços que surgiram nas franjas dos gigantes da internet e que, muitas vezes, realizam um tipo de gestão coletiva de direitos sem qualquer tipo de regulação.

No âmbito internacional, inicialmente deve-se frear iniciativas que possam agravar os problemas atuais, como a conceituação de “produto digital” proposta pelos Estados Unidos no âmbito das discussões sobre Comércio Eletrônico atualmente em curso na OMC, tal como fizeram no TPP, tendo em vista seu efeito de ampliação do safe harbor, o que só aprofundará o modelo injusto que se configura.

Ademais, é necessário desenvolver uma nova harmonização internacional, para dar conta das lacunas deixadas pelos tratados da OMPI de 1996, já que tais problemas se fazem sentir em todos os países. É fundamental que se dê um tratamento adequado para o streaming, caso em que a reprodução (cópia) não é permanente, senão transitória e efêmera, uma vez que o que se busca principalmente é dar um acesso interativo, e não fornecer cópias de obras ou fonogramas.

Igualmente, deverá ser delineado o princípio da territorialidade, esclarecendo o alcance das legislações nacionais nos negócios globais dos gigantes da internet. Hoje muitos usos locais são licenciados em contratos globais, negociados e remunerados nas matrizes de grandes conglomerados, fora dos territórios nacionais de onde os usos se originam.

Não é difícil inferir que há perdas econômicas substanciais, tanto para o Estado quanto para os criadores nacionais.

Além disso, outra questão importante que deve ser tratada na regulação internacional é acabar com o mito dos direitos exclusivos para autores e artistas, isto é, para os criadores pessoas físicas. Os direitos exclusivos de autorizar e proibir usos na internet, previstos nos tratados da OMPI, são apenas ilusão, uma vez que na maior parte das vezes são cedidos por contrato a gravadoras e editoras. Melhor seria prever que as utilizações de obras, interpretações e execuções por plataformas que as exploram comercialmente gerem pagamentos obrigatórios, mediante a criação de uma reserva de direitos de remuneração aos autores e artistas, mesmo após a cessão de direitos. A regulação no ambiente digital deve prever que tais direitos sejam inalienáveis.

Um novo instrumento internacional deve dar conta também da regulação dos modelos de negócio adotados pelas plataformas digitais, garantindo transparência e critérios justos na fixação de preços, bem como a devida regulação sobre os novos intermediários que proliferam no ambiente digital, como os agregadores de conteúdo. A transparência, além disso, deve vir da criação, por meio da regulação internacional, de uma base de dados mundial de obras, fonogramas, interpretações e execuções, com o intercâmbio obrigatório de informações entre governos, titulares de direitos e associações de gestão coletiva.

Por fim, mas não menos importante, qualquer novo instrumento internacional deve também resguardar outros direitos e garantias fundamentais, como a liberdade de expressão e o acesso à cultura, ao conhecimento e à informação. Para isso, a tradicional visão punitiva da indústria musical, editorial e do audiovisual deve ser superada por uma outra que veja o usuário final não como um infrator de direitos, mas como o financiador, direto ou indireto, de toda a cadeia mundial de negócios no ambiente digital. Para isso, passo fundamental será identificar os usos de bens intelectuais que poderiam se considerar limitações ou exceções aceitáveis, isto é, os usos justos e livres que devem poder ser feitos no ambiente digital, e sua não neutralização por conta da aplicação das medidas tecnológicas de proteção (TPMs) nos negócios digitais.

Tal agenda é ambiciosa, mas de possível execução. O Ministério da Cultura estava empenhado nesse caminho. Em 2015, apresentou no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual em Genebra, um documento para discussão nesse sentido, que obteve amplo apoio de personalidades e artistas de vários países.

Infelizmente, a ruptura institucional que o Brasil sofreu em maio de 2016, praticamente abortou essa iniciativa. Extinto, depois recriado com uma estrutura esvaziada e com orçamento píftios, e com quatro Ministros se sucedendo rapidamente num espaço de um ano e meio, o Ministério da Cultura, sujeito ao fisiologismo de um governo em busca de apoios da área privada, ao invés de lócus primordial para a definição de políticas públicas na área, tornou-se um ator irrelevante para tocar adiante tal agenda.

Nesse espírito, e nessas circunstâncias, cabe aos nossos artistas e autores mostrarem à sociedade que sua causa é tão ou mais legítima do que qualquer outro setor econômico para o país, gerando renda e subsistência para milhares de criadores, intérpretes e músicos, os quais, mais do que agentes econômicos, são expressão da nossa própria identidade e cultura nacional, impulsionando assim o governo a retomar a defesa desses direitos.



A MUDANÇA DO PARADIGMA DE ACESSO À CULTURA E INFORMAÇÃO E AS LIMITAÇÕES DO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO

Letícia Alves Vial¹

RESUMO

A partir da observação do contexto social atual, com o desenvolvimento tecnológico e o surgimento de inúmeros meios de compartilhamento de conteúdo por meio dos avanços da *Internet*, percebeu-se que em muitos níveis, a proteção autoral em voga, já não se encontra legitimada, tendo surgido, neste cenário, formas alternativas de proteção das obras, a fim de viabilizar a distribuição de conteúdo autoral na Rede. Este trabalho apresenta a discussão sobre a possibilidade e a necessidade de se modernizar e flexibilizar a Lei de Direitos Autorais (LDA) brasileira, para que esta se adeque às novas formas de lidar com acesso à informação e cultura pela sociedade. Apresenta-se formas alternativas de proteção ao Direito Autoral e como viabilizam o acesso do público à informação. Discute-se as funções do Direito Autoral e a mudança do paradigma que deu origem ao sistema clássico desta proteção ao um novo em que prevalece o acesso à cultura. Após a análise, pode-se concluir pela necessidade e possibilidade de adaptação da LDA à nova realidade social.

Palavras-chave: Direito Autoral. Acesso à Cultura. Flexibilização.

1 Analista de Propriedade Intelectual da Coordenadoria de Transferência e Inovação Tecnológica da Universidade Federal de Minas Gerais (CTIT-UFMG). Graduada em Direito pela UFMG. Coordenadora do Grupo de Estudos em Propriedade Intelectual da FDUFG. E-mail: vialleticia@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O sistema atual de proteção aos direitos de autor iniciou-se no século XIX, com a Convenção de Berna, momento em que foram definidas as primeiras diretrizes mínimas em caráter “global” para a proteção desses direitos. Passado mais de um século desde sua elaboração e assinatura, e após algumas alterações no texto original, a Convenção ainda permanece como a base das legislações relativas à temática do direito autoral em países de todo o mundo, incluindo o Brasil.

Este fato torna-se de extrema relevância quando refletimos, ainda que de forma superficial, sobre todas as mudanças tecnológicas ocorridas no mundo, nos últimos anos. Se há 20 (vinte) anos não se poderia imaginar a transferência de um documento por meio de ondas eletromagnéticas, hoje o Bluetooth² é uma realidade, sendo uma tecnologia comum em praticamente todos os equipamentos eletrônicos. Neste mesmo passo, juntamente com a mudança ocorrida na tecnologia, houve mudança na forma de acesso pela sociedade aos bens intelectuais. Ao contrário do que acontecia anos atrás, hoje não se tem que ir a uma loja e comprar o álbum de um artista para se ter acesso à música. Basta “baixar” o conteúdo específico em um site especializado ou utilizar uma plataforma de *streaming*.

Tendo em vista todas essas mudanças ocorridas de forma tão intensa e irreversível, é no mínimo estranho pensar que a forma de proteção das obras literárias, artísticas e científicas, no Brasil e no mundo, permanece a mesma desde os tempos de popularização da imprensa (fazendo uma comparação temporal, o Brasil ainda era um país escravagista quando a Convenção de Berna foi assinada) até os dias atuais, em que a *Internet* revolucionou a forma de consumo de conteúdo. Fazendo ainda um comparativo temporal, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98 – LDA) brasileira data de 1998, época em que a *Internet* no país ainda era embrionária, utilizada somente no ambiente comercial.

2 Uma tecnologia de comunicação sem fios que permite a transmissão de dados entre computadores, telefones celulares, câmeras digitais e outros dispositivos através de ondas de rádio.

A partir da leitura de textos como “*IP in a World Without Scarcity*”, de Mark A. Lemley e “Propriedade Intelectual e Direito Antitruste”, do Professor Dr. Leandro Novais e Silva, questiona-se se a legislação brasileira poderia e/ou deveria se flexibilizar para se adequar às novas formas de lidar com o acesso à informação pela sociedade.

Para tal investigação, apresentar-se-á algumas das alternativas à proteção restritiva dos Direitos Autorais que surgiram no contexto das mudanças geradas pela *Internet* e que revolucionaram a forma de compartilhamento de conteúdo no mundo, trazendo o exemplo das licenças *Creative Commons*.

Neste contexto, debater-se-á quais são as funções do Direito Autoral na sociedade e na nova realidade trazida pela *Internet*. Além disso, será examinada a mudança de paradigma de acesso à cultura e informação causada pela mudança tecnológica, bem como se a legislação atual concernente à proteção do direito de autor conseguiria abarcar as novas práticas de produção e distribuição de obras através da Rede e as novas questões sobre Direitos Autorais surgidas neste âmbito.

2. A função da proteção dos Direitos Autorais e a mudança de paradigma de acesso à informação

Durante a história da sociedade houve diversas formas de se encarar as produções do intelecto humano. O conceito que autoria se distinguiu durante todos esses anos indo de uma produção de obras grupal, em que a autoria específica era de pouca importância, sendo posteriormente substituído por um padrão de proteção máxima aos direitos daqueles que realizavam obras intelectuais. Somente em 1886, com a Convenção de Berna, houve uma sistematização dos Direitos Autorais³ a nível mundial, estabelecendo preceitos mínimos de regulação dos direitos a serem garantidos aos autores/produtores de obras intelectuais. Tais *standards* são seguidos ainda hoje por 175 países signatários (OMPI, 2017).

No Brasil, a preocupação com a proteção dos Direitos Autorais está

3 Neste trabalho, quando se utiliza o termo “Direitos Autorais”, pretende-se englobar as perspectivas tanto do copyright quando do Droit d’Auteur.

presente em seu sistema jurídico, ao longo de grande parte de sua história. A primeira referência aos direitos dos autores em documentos oficiais no país foi no decreto que fundou as primeiras faculdades de Direito, em 1827. Com a promulgação da Constituição de 1988, os direitos de Propriedade Intelectual ganharam status constitucional, estando a proteção estabelecida especificamente em seu texto, no Art. 5º, XXVII e XXVIII. E em 1998, finalmente, foi aprovada a Lei nº 9.610, a atual Lei de Direitos Autorais (daqui para frente referida também como LDA). Sobre ela, comenta Plínio Cabral:

A nova Lei de Direitos Autorais foi promulgada a 19 de fevereiro de 1998, depois de uma longa gestação e tomou o número 9.610. Foram muitas as discussões e emendas ao projeto inicial. O longo tempo em que ele permaneceu no parlamento tirou-lhe bastante a atualidade esperada, especialmente em função de novas técnicas de distribuição e comunicação do texto criativo ao público em geral. O Brasil tem participado de várias conferências diplomáticas para discutir problemas que a revolução tecnológica trouxe para o campo do direito autoral e teria sido oportuno que o novo diploma legal contemplasse questões cruciais que estão na ordem do dia no mundo jurídico e têm sido objeto de discussões e conclusões bastante avançadas. Isto foi feito parcialmente. Perdeu-se uma boa oportunidade. (CABRAL, 1999. p.17) ⁴

Por meio da perspectiva do autor, percebe-se que a LDA já nasceu defasada. Soma-se a isto o fato de que ao longo das últimas duas décadas, foi possível observar uma grande mudança tecnológica. A proporção e alcance da evolução ocorrida neste período superam em muito todas as revoluções tecnológicas anteriores na história, sendo a *Internet* o ponto chave destes avanços.

Com essa ferramenta, renovou-se a cultura do remix⁵, o fluxo de informação que passou a circular na sociedade aumentou enormemente, e a distribuição e acesso com facilidade aos conteúdos criativos criaram um conflito com a proteção de ativos protegidos por Direitos Autorais. Situação esta que trouxe o desafio “na busca de um consenso entre o direito

4 Sendo a obra citada de 1999, os comentários feitos trazem a perspectiva do autor quanto às discussões ainda feitas à época, sendo, por isso, utilizado o tempo presente.

5 Conceito muito explorado por Lawrence Lessig, nesse contexto, “remix is collage; it comes from combining elements of RO culture; it succeeds by leveraging the meaning created by the reference to build something new.”.

do autor e o interesse do público no acesso, uma vez que o criador do conteúdo precisa ter sua obra protegida e, ao mesmo tempo, garantir que a obra seja objeto de uso pela sociedade.” (PERALTA; DA SILVA; TERUYA, 2011. p.125)

Com esse propósito, surgiram novos conceitos que buscam esse consenso. O primeiro deles foi o de *copyleft*, primeiramente difundido por Richard M. Stallman, foi concebido com a intenção de facilitar o compartilhamento dos programas de computador. Posteriormente surgiram outros, como as licenças *Creative Commons*, idealizadas pelo professor Lawrence Lessig, que buscam construir uma infraestrutura para a “*identificação e redução de barreiras desnecessárias à pesquisa, elaboração de diretrizes políticas e acordos legais e desenvolvimento de tecnologia para facilitar a pesquisa, os dados e os materiais.*”⁶. As licenças dão àqueles que decidem utilizá-las a liberdade de escolher, entre várias opções, a maneira como desejam proteger a sua obra, sendo em resumo, as “*três expressões — uma licença legal, uma licença compreensível pelas pessoas e marcações que o computador pode entender (...)*” (LESSIG, 2004. p.255)

A questão que se coloca no cenário atual, diante da mudança dos padrões de acesso a informação, é a de quais seriam as razões para se manter a proteção de tais direitos vinculadas ao rigor da LDA e quais as razões para a flexibilização e abertura da lei.

2.1 Panorama da função social do Direito Autoral

Um ponto relevante à discussão sobre a aplicação do Direito Autoral tradicional e sobre sua possível adaptação à nova realidade social passa pelo debate sobre a função desse direito.

Conforme apontado por Simone Lahorgue Nunes:

Algumas funções são identificadas ao direito autoral, sendo a primeira – que qualifica o direito objeto – a de garantia de um direito individual, de natureza pessoal-patrimonial, previsto na Constituição brasileira (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII)⁷, que direito a propriedade não é⁸; a segunda é a de incentivo ao investimento na

6 Disponível em: < <https://creativecommons.org/about/history/>>. Acesso em: 07 ago. 2017

7 A indicação de dois incisos iguais está presente no texto original.

8 Destaca-se que não se discutirá, neste trabalho, a natureza do Direito Autoral, se esse se trataria ou não de uma propriedade. Será apresentada uma visão geral da função desse direito.

atividade de produção de obras criativas, seja por parte do autor, pessoa física, seja por parte da indústria de entretenimento que se vale de tal proteção para recuperar os custos despendidos (...), existe também uma terceira, não menos relevante, que é a função de atendimento aos interesses sociais, que se manifesta de diversas formas (...). (NUNES, 2011. p.244)

A legislação brasileira tem sido muito eficiente em preservar a primeira das funções, qual seja, a proteção dos aspectos morais e patrimoniais do autor. Contudo, como trabalhado anteriormente, não se pode dizer o mesmo quanto as outras, afinal, a lei brasileira é tida como uma das mais restritivas do mundo (LEMOS; BRANCO, 2009. p.1). Sobre este perfil da LDA, Pedro Paranaguá e Sérgio Branco apontam:

Por exemplo, pela LDA, não se pode fazer cópia de livro que, mesmo com edição comercial esgotada, ainda esteja no prazo de proteção dos direitos autorais. Mas, pelos princípios constitucionais do direito à educação (art. 6º, *caput*, art. 205), do direito de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, V) e, mais importante, pela determinação de que a propriedade deve atender a sua função social (art. 5º, XXIII), é necessário que se admita cópia do livro, ainda que protegido. O contrário seria um contrassenso, uma inversão da lógica jurídica, já que princípios constitucionais teriam que se curvar ao disposto em uma lei ordinária (a LDA), quando, na verdade, o oposto é que deve ocorrer. (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009. p.71).

A Convenção de Berna prevê que os países signatários podem estabelecer exceções e limitações aos direitos autorais desde que respeitada a “regra dos três passos”, que determina : “(i) *podem ser previstas exceções em certos casos especiais; (ii) desde que essa reprodução não prejudique a exploração normal da obra; (iii) nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.*” (ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (Ed.), 2011. p.45/46). Porém, como afirmam os autores de “Direitos Autorais em Reforma”, a LDA não se aproveitou da possibilidade de ter uma ampla área para a previsão de exceções e limitações ao direitos de autor, optando por restringir o seu rol e assim vedar diversos usos legítimos de obras protegidas. (ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (Ed.), 2011. p.45/46)

Assim, percebe-se que as outras funções do Direito Autoral,

apontadas acima, acabam prejudicadas pela visão restrita à garantia apenas do direito pessoal-patrimonial, que normalmente se concentra no aspecto econômico deste. Porém, na leitura e aplicação dos Direitos Autorais, é devida uma análise sistemática sobre as três funções para que se avalie sua adequação, não devendo ser priorizada somente uma destas funções, pois isso geraria prejuízo à sociedade. É dizer, para além da garantia do retorno patrimonial e da vinculação obrigatória de autoria, deve também haver a preocupação com o incentivo a novas produções culturais, a novas formas de expressão artística e o florescimento da cultura, além de atender a interesses como a promoção da educação e do conhecimento.

Tendo isso em mente, a discussão prosseguirá sobre a mudança de paradigma dos Direitos Autorais em sua forma clássica.

2.2 A mudança de um paradigma

Paradigma, em definição simples⁹, é “*algo que serve de exemplo geral ou de modelo.*”¹⁰ O sistema de Direitos Autorais clássico teve seu modelo concebido, como explica Richard Stallman:

(...) na era da imprensa como uma regulamentação industrial sobre o negócio de escrever e publicar. O objetivo era incentivar a publicação de uma diversidade de trabalhos escritos. O meio era exigir que os editores obtivessem a permissão do autor para publicar escritos recentes. Isso permitiu aos autores obter renda de editores, o que facilitou e encorajou a escrita. O público leitor em geral recebeu o benefício disso, ao mesmo tempo em que perdeu pouco: publicação restrita por direitos autorais, nada que um leitor comum poderia fazer. Isso tornou os direitos autorais indiscutivelmente um sistema benéfico para o público e, portanto, legítimo. (STALLMAN, 2010. p. 123)

Percebe-se, então, que a máxima motivadora para o estabelecimento dos Direitos Autorais clássicos à época (e que persiste até hoje) era baseada na primeira função do Direitos Autorais, apontada por Simone Lahorgue

9 Não traremos nesse trabalho o conceito de “paradigma” sob a teoria de Thomas Kuhn, por ser uma análise complexa e que nos faria extrapolar o objetivo proposto.

10 “paradigma”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, disponível em: < <https://www.priberam.pt/dlpo/paradigma>>. Acesso em: 29 out. 2017

Nunes. Esta pregava que se deveria regular e limitar a cópia de obras (literárias, artísticas etc.) para garantir que a produção pelos autores e a reprodução pelos livreiros/editores/produtores se mantivesse, ou seja que esses tivessem incentivos para produzir, podendo auferir ganhos sobre elas.

No contexto de mercado da época, esta lógica fazia sentido já que, apesar das ideias não serem escassas, a sua reprodução era, sendo algo difícil e caro de se fazer. Por esse motivo, desenvolveu-se uma forma de garantir a escassez sobre materialização das ideias, os livros, por meio do Direito Autoral, para que assim os que os produziam pudessem ter o retorno de seu investimento.

Porém, surgiu a *Internet* e, com ela, as razões apresentadas pelos defensores da teoria clássica e mais restritiva do Direito Autoral, de dificuldade e custos da produção, e a possibilidade de controle absoluto sobre as informações que circulavam pela sociedade, não mais se comprovavam na realidade.

Começou, então, a mudança do paradigma que respaldava tal visão de proteção dos Direitos Autorais e acesso à cultura e informação. Sobre isso, Lemley diz:

A economia da informação é um pouco diferente. Trata-se de um bem público cujo consumo não é rival. Ao contrário, digamos, do sorvete, meu consumo de informações não o impede também de consumi-las. Consequentemente, o custo marginal de produzir informações aproxima-se de zero (embora os bens físicos em que a informação tenha sido encapsulada tradicionalmente, como livros, custem dinheiro para produzir e distribuir). (LEMLEY, 2014. p. 8)

E Clóvis Montenegro de Lima e Rose Marie Santini reforçam:

Os usuários das novas tecnologias digitais de informação e comunicação descobrem o potencial de compartilhar informações, conhecimentos e conteúdos. A comunicação em rede corrói profundamente as bases da indústria cultural, particularmente no que se refere à produção artificial da escassez pelo controle do acesso e do uso. A Internet evidencia a indústria cultural como algo histórico e social, e não como modo “natural” de produção e disseminação de bens imateriais. (LIMA; SANTINI, 2008. p.124)

Assim, com a facilidade tecnológica para acesso aos mais diversos tipos de informação, a sociedade foi se remodelando e desenvolvendo uma nova forma de lidar com as informações e com os bens culturais,

relativizando tal visão e a garantia da função do Direito Autoral de resguardar o direito patrimonial do autor. Focou-se, então, em suas duas outras funções, a de incentivar a produção cultural¹¹ e a de satisfazer o interesse social.

No princípio da popularização do acesso à cultura e o desenvolvimento de formas de compartilhamento de conteúdo,

A Internet pode ter gerado uma pirataria sem precedentes, mas também deu origem à criação de obras de todos os tipos mais do que em qualquer momento antes na história, muitas vezes por múltiplas ordens de grandeza. Talvez a Internet tenha reduzido o custo de criação, fazendo com que mais pessoas criem, mesmo sem uma maneira óbvia de receber o pagamento. Ou talvez elas nunca precisaram da motivação do dinheiro, apenas a capacidade de criar e distribuir conteúdo. De qualquer forma, se o objetivo da proteção da Propriedade Intelectual é encorajar a criação de novos trabalhos, o exemplo da Internet sugere que para alguns tipos importantes de criação, reduzir radicalmente o custo de produção diminui, não aumenta, a necessidade de lei de PI. (LÉMLEY, 2014. p. 4)

Tal fato vai de encontro ao afirmado pelos defensores do modelo clássico de proteção autoral, que afirmam que sem ela não haveria incentivo para a continuação das produções artísticas e científicas. Pelo contrário, como afirmam Lima e Santini:

Os usuários das novas tecnologias digitais e da Internet estão revolucionando a produção cultural e artística. Na atualidade, qualquer pessoa pode usar a Internet para distribuir seus trabalhos

11 Neste contexto, o incentivo à produção cultural já existia com os investimentos da indústria, porém sendo o único, visto que os autores/produtores de conteúdo menores eram “engolidos” pelo mercado de bens culturais. Os incentivos para esses autores eram baixíssimos, pois se viam na obrigatoriedade de fornecer seu trabalho às grandes produtoras para que estes tivessem qualquer chance de visibilidade, sendo a contrapartida e reconhecimento baixos na época do domínio hegemônico das grandes empresas respaldadas pela proteção autoral. Com a *Internet* surgiu uma nova forma de incentivo, além do acesso quase ilimitado a todo tipo de informação: a possibilidade de disseminação de conteúdo sem a necessidade de intermediadores. Os pequenos produtores de conteúdo cultural podem agora realizar e divulgar o seu trabalho sem a obrigatoriedade de vínculo e aprovação das empresas de grande mídia. Esse meio permitiu uma penetração e alcance sem igual a esses autores no mercado, sendo incentivada a produção independente.

de investigação, postar as canções que grava com seu grupo de música, ou difundir sem restrições os vídeos que realiza com sua câmera digital. Desaparecem, nestas circunstâncias, os intermediários culturais. Torna-se mais imediata a relação criador-usuário. (LIMA; SANTINI, 2008. p.124)

Neste contexto, também comenta Lemley:

Se as pessoas estão intrinsecamente motivadas a criar, como parecem estar, quanto mais fácil é criar e distribuir conteúdo, mais conteúdo estará disponível mesmo na ausência de proteção da Propriedade Intelectual. E se o ponto da Propriedade Intelectual é incentivar a criação ou a distribuição desse conteúdo, as tecnologias de redução de custos podem realmente significar que temos menos, não mais, necessidade de proteção da PI.¹² (LEMLEY, 2014. p. 4)

Deste modo, vê-se que a redução ou flexibilização das garantias dos Direitos Autorais estaria possibilitando a realização de duas de suas funções: a de “*incentivo ao investimento na atividade de produção de obras criativas (...) [e] a função de atendimento aos interesses sociais.*” (NUNES, 2011. p.244)

Para ilustrar essa mudança de paradigma sobre a aplicação do Direito Autoral, cabe trazer alguns dados de levantamento feito em 2016, segundo o qual:

- 65%, dos 1,2 bilhões de trabalhos *Creative Commons (CC)*, são compartilhados nas licenças «*Free Culture*», ou seja, por meio das licenças CC0, CC BY e CC BY-SA e outras licenças de domínio público, que são a de proteção mais “leve”;¹³
- O total de 92.985.089 (noventa e dois milhões novecentos e oitenta e cinco mil e oitenta e nove) trabalhos em domínio público são marcados com ferramentas CC;¹⁴

Neste mesmo sentido surgiu, por exemplo, uma plataforma chamada Libreflix. Segundo seus criadores, esta “*é uma plataforma de streaming*

12 Tradução livre: “If people are intrinsically motivated to create, as they seem to be, the easier it is to create and distribute content, the more content is likely to be available even in the absence of IP. And if the point of IP is to encourage either the creation or the distribution of that content, cost-reducing technologies may actually mean we have less, not more, need for IP.”

13 Disponível em: <<https://stateof.creativecommons.org/>>. Acesso em: 02 nov. 2017

14 Idem.

*aberta e colaborativa que reúne produções audiovisuais independentes, de livre exibição e que fazem pensar*¹⁵. São disponibilizados diversos tipos de filmes, documentários, curtas-metragens, animações, conforme consta no site da iniciativa, como forma de defender

novas formas de compartilhamento da cultura. Formas que atinjam todas as pessoas, principalmente as que não podem pagar por ela. Formas que conectem os artistas direto com os fãs. E até formas que permitam que artistas criem algo novo a partir do trabalho de outros artistas. Cultura é ciência, é poesia e é de todo mundo.¹⁶

Ou seja, os usuários da Rede estão escolhendo divulgar seus trabalhos da forma mais acessível possível, para que estes circulem e gerem mais produção de conhecimento.

Numa análise econômica da proteção dos Direitos Autorais, em sua visão clássica, esta confere, como pensado desde o Estatuto da Rainha Ana, um monopólio aos criadores de bens intelectuais. Esse monopólio, durante toda a história, foi mantido nas mãos de empresas que viram no domínio da propagação de entretenimento, conhecimento e informação, uma forma de lucrar.

Porém com a mudança na forma de lidar com as informações e a inexistência das barreiras físicas para o seu consumo, aqueles interessados na manutenção deste monopólio com a aplicação mais restritiva dos direitos de autor buscaram uma forma de forjar a escassez anterior, pelo receio da diminuição de seus lucros pelo enorme fluxo de informação e conteúdo livre pela *Internet*.¹⁷

Então, para a manutenção dos seus ganhos, como apontado por Lemley, estes defendem “*a visão clássica da lei de PI - um mundo em que todo o valor reside na informação é um mundo em que precisamos de PI em todos os lugares, controlando os direitos sobre tudo, ou ninguém será pago para*

15 Disponível em: < <https://libreflix.org/sobre>>. Acesso em 28 nov. 2017

16 Idem

17 Corroborando com esta ideia, Mark Lemley traz que: “IP rights [were] designed to artificially replicate scarcity where it would not otherwise exist. In its simplest form, IP law takes public goods that would otherwise be available to all and artificially restricts their distribution. It makes ideas scarce because then we can bring them into the economy and charge for them, and economics knows how to deal with scarce things.” (LEMLEY, 2014. p. 02/03)

criar”.¹⁸ (LEMLEY, 2014. p. 2/3)

Apesar do receio com os ganhos em algumas fatias do mercado ser legítimo¹⁹, como afirma o professor Leandro Novais:

é importante pensar que (i) a inovação trazida pela internet e novas tecnologias também geram riqueza. A geração de riqueza pode mais que compensar a destruição de receita decorrente do processo evolutivo. Isso não equivale a dizer que a propriedade intelectual não precisa ser protegida, mas que o modelo de negócio deve ser adaptado à nova realidade, o que exige uma regulação diferente. (SILVA, 2012. p.167)

O professor pondera ainda:

É também consistente pensar que (ii) a aplicação de mecanismos clássicos para o *enforcement* dos direitos autorais no ambiente digital resulta em altíssimo custo, cujos benefícios são reduzidos. As redes de compartilhamento se reproduzem quase que instantaneamente. Os custos para a supervisão da internet com os objetivos de impedir cópias ilegais são gigantescos. Ademais, afetariam o tráfego normal da rede, com nítidas externalidades negativas. O balanço econômico não compensa. (SILVA, 2012. p.167)

E conclui sua análise indicando a importância em se pensar que:

(iii) a solução de reforço dos direitos de propriedade intelectual retarda os efeitos benéficos ofertados pela inovação. Há modelos de negócios eficientes, incorporando a demanda fora da curva, que garantem proteção ao direito autoral, remunerando o autor, tornando a cópia (*download*) ilegal, legal (...). (SILVA, 2012. p.167)

Como comprovação do exposto, tem-se o exemplo do mercado da música que:

18 Tradução livre de: “on one view – the classical view of IP law – a world in which all the value resides in information is a world in which we need IP everywhere, controlling rights over everything, or no one will get paid to create”

19 Sobre a preocupação legítima de alguns setores da indústria com o retorno financeiro de seus investimentos Lemley diz:” None of this is to say that IP will, or should, disappear entirely or overnight. The cost of producing and distributing content has fallen (and will continue to fall) at uneven rates. Some content, like blockbuster action movies or video games, may be expensive to make for years to come. Other content, like pharmaceuticals, may remain expensive because regulatory barriers raise the cost even as design and manufacturing become cheap. 3D printing, too, may work cheaply and easily for some kinds of goods but less well for others, at least at first. And the case for IP is at its strongest in the case of things that are very expensive to make but cheap to copy. But increasingly those justified instances of IP will become islands in a sea of cheap goods, content, and even services delivered to your home in the form of digital information.” (LEMLEY, 2014. p. 5)

- Em 2016 houve queda no cenário internacional de -7,6% nas vendas do mercado físico e um aumento de 17,7% nas vendas pelo mercado digital. No Brasil, a queda do mercado físico foi de 43,2%;²⁰
- O uso de ferramentas de *streaming*, a nível mundial, teve um crescimento no uso de 60,4%. No Brasil, o crescimento foi de 52,4%;²¹

Dessa forma, após essa mudança da visão da sociedade com relação à proteção restrita dos Direitos Autorais e a existência da possibilidade do surgimento de novos modelos de negócio ainda assim, vê-se que o “modelo” em que o Direito Autoral clássico foi fundado mudou. A manutenção do *status quo* da proteção tradicional, prevista em lei, não tem mais total respaldo social, não é mais plenamente benéfica, nem se adequa à realidade por uma série de razões.

2.3 As possibilidades para a harmonização entre a legislação e o novo paradigma de acesso à informação e cultura

Primeiramente, para enfrentar as mudanças tecnológicas ocorridas e as novas formas de lidar com as obras intelectuais, surgiram opções criadas pela própria sociedade civil para tentar contornar os efeitos restritivos da aplicação integral da lei de Direitos Autorais. A criação de licenças privadas de uso, como as *Creative Commons*, foi um dos artifícios utilizados para tentar adaptar a proteção às necessidades dos criadores das obras, permitindo um compartilhamento mais livre delas.

Porém, a utilização desta opção não encontra total apoio entre os estudiosos de Direitos Autorais. O professor Hildebrando Pontes Neto, em seu livro, “Os contratos de cessão de direitos autorais e as licenças virtuais *Creative Commons*”, explica o porquê de discordar da utilização desses tipos de licença. O autor aponta que, além dessas não passarem de termos de adesão, também

20 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/streaming-avanca-604-em-2016-garante-crescimento-da-industria-da-musica-21381773#ixzz4y6ijW5ok>> . Acesso em: 23 mai. 2017

21 Idem.

encampam uma construção doutrinária que não se coaduna com a nossa, convalidando conceitos distorcidos e incongruentes. Essa inadequação doutrinária afeta, acima de tudo, o conceito de autor, o de obra, o de obra coletiva e o de obra derivada, que são tratados pelo nosso direito à imagem e semelhança dos postulados herdados do Direito Continental que nos vincula. (PONTES, 2009. p.119)

Pontes concentra ainda sua maior crítica no fato de, segundo ele, a instituição *Creative Commons* fazer “*constar das licenças cláusulas que reforçam os seus objetivos, ainda que essas cláusulas possam contrariar disposições legais expressas (...)*”. (PONTES, 2009. p.155) ²²

Tendo em conta tais ponderações, é inegável o problema que há no descompasso entre a norma e a prática social. Paulo Nader traz que “*por definição, o Direito deve ser uma expressão da vontade social e, assim, a legislação deve apenas assimilar os valores positivos que a sociedade estima e vive.*” (ADER, 2002. p. 16-17 *apud* BRANCO, 2007. p.3) Com todas as alterações pelas quais a sociedade passou com o advento e expansão da *Internet* e a mudança na forma de lidar com a informação, a vontade social, que dava legitimidade aos postulados citados por Pontes, alterou-se.

Alguns usos das obras autorais, que são vedados pela lei, são hoje plenamente aceitos socialmente, não havendo uma penalização moral e nem ao menos jurisdicional sobre os atos, na maioria das vezes. Esses usos são, por exemplo, o *xérox* ou escaneamento de textos para estudo, a cópia de um CD comprado para utilização em aparelhos digitais, a utilização de imagens disponibilizadas no *Google* em trabalhos de escola, dentre inúmeros outros. Demócrito Filho, sobre essa perspectiva, diz que:

O desenvolvimento da *Internet* e demais meios de comunicação, influenciando tão profundamente em nossas vidas, não desencadeou apenas uma revolução tecnológica, mas trouxe também a seu lado uma *revolução jurídica*. De fato, não se poderia pretender que o Direito ficasse indiferente a esse magnífico fenômeno humano. A todo impacto nas relações humanas corresponde igual reação do Direito. (...) A necessidade de ajustamento dos sistemas jurídicos nacionais para enfrentar a realidade do mundo *on-line* é hoje o

22 Com a devida vênia, é justamente o fato de ir contra as inúmeras previsões de limites impostos pelo modelo antigo de Direitos Autorais e a tentativa de renovar estes postulados dão a essas licenças o caráter tão inovador e utilitário no contexto da circulação de bens intelectuais pela Rede.

grande desafio para o Direito. (REINALDO FILHO, 2005. p. 2 *apud* BRANCO, 2007. p.3)

Independentemente de haver opções disponíveis para o compartilhamento que assegurem as prerrogativas aos autores e o direito de acesso aos usuários, somente estas não bastam, pois, uma lei restritiva ainda está em vigor. Manter a Lei como está não só obstaculiza o cumprimento de todas as funções do Direito Autoral, como tira legitimidade do ordenamento jurídico, uma vez que se tem uma norma que é copiosamente ignorada e seu descumprimento não traz nenhuma, ou quase nenhuma, consequência àquele que a viola. No entanto, uma questão que se apresenta ao se pensar na modernização da lei para se adaptar à “vontade social”, é a que de há uma “parte” dessa vontade que se posiciona a contrassenso.

Na fase de transição do primeiro modelo de gestão dos bens intelectuais, nos quais havia real restrição física de acesso, para o modelo das mídias eletrônicas cujo acesso pode ser ilimitado, segundo o professor Leandro Novais, a indústria da produção cultural fez um intenso *lobby* pela “*renovação da proteção dos direitos de propriedade intelectual, com novos mecanismos de proteção, endurecendo o jogo em face das cópias ilegais.*” (SILVA, 2012. p.164) Sobre essa influência das indústrias na abordagem da lei, Richard Stallman diz:

Em uma democracia, uma lei que proíbe uma atividade popular e útil geralmente é rapidamente relaxada. Não é assim onde corporações têm poder político. O lobby dos editores estava determinado a evitar que o público aproveitasse o poder de seus computadores e encontraram nos direitos autorais uma arma útil. Sob a sua influência, ao invés de regras de direitos autorais relaxadas para se adequar às novas circunstâncias, os governos as tornaram mais estritas do que nunca, impondo severas penas à prática de compartilhamento. (STALLMAN, 2010. p. 123)

Vê-se, então, um conflito de interesses entre a indústria – detentora da maioria dos direitos patrimoniais referentes à produção cultural no cenário atual, e que quer manter seu domínio e seus retornos financeiros nos mesmo moldes da época em que os Direitos Autorais foram sistematizados -, e o interesse da sociedade de forma geral – que quer,

cada vez mais, ter acesso amplo à cultura e informações, de forma gratuita ou pagando um preço justo, quer poder difundir seus trabalhos, usar dos conteúdos aos quais tem acesso de modo a construir o conhecimento – o conflito volta-se de novo às funções do Direito Autoral. A questão que se coloca, então, é: como harmonizar os interesses em uma lei que não beneficie uma pretensão em detrimento da outra?

Interpretando o exposto pelo professor Leandro, em trecho trazido acima, defende-se que a geração de riqueza por meio da *Internet* pode compensar a destruição de receita decorrente do processo de mudança do sistema de gestão dos bens intelectuais. Mas isso depende da vontade dos atores do mercado de concordarem “*que o modelo de negócio deve ser adaptado à nova realidade.*” (SILVA, 2012. p.167) Como prova desta possibilidade de adaptação do modelo de negócio às novas tecnologias e às novas formas de acesso à cultura e informação, é trazido o exemplo do mercado da música, em que os *downloads* e *streaming* já representam 77,2% de sua receita, enquanto a “*venda de CDs gerou somente 22,8% dos lucros do mercado fonográfico do Brasil, em 2016*”²³. Assim, vê-se que os empecilhos colocados pelas indústrias culturais podem ser facilmente superados, estando as mesmas dispostas a aceitarem o novo paradigma de acesso mais livre e democratizado à informação.

Desta maneira, conclui-se que é patente a necessidade da adaptação do Direito às mudanças tecnológicas e a este novo paradigma de acesso à informação trazido por elas, para que o Direito Autoral volte a ser incentivador do desenvolvimento da cultura e do conhecimento e não, obstáculo. Ademais, vê-se que é concretamente possível harmonizar as pretensões da sociedade civil, em geral, e o ganho pela indústria no contexto da Rede, não havendo motivos para que este setor siga se opondo à renovação de alguns conceitos e à relativização de algumas garantias que trarão benefícios em grande escala para a sociedade como um todo²⁴.

Segundo Simone Lahorgue Nunes,

Vale a pena insistir, ainda, em um ponto: uma eventual proposta de alteração do sistema jurídico do direito autoral, com vistas a

23 Disponível em: <<http://g1.globo.com/musica/blog/mauro-ferreira/post/aos-35-anos-de-vida-o-cd-agoniza-no-mercado-fonografico-mas-nao-morre.html>>. Acesso em: 05 nov. 2017

24 Vale aqui relembrar as exceções apontadas por Lemley que ainda justificam uma aplicação mais restrita da proteção intelectual.

um melhor atendimento às suas funções, deve ser precedido de aprofundado estudo a ser embasado em pesquisas sérias e eficientes, que tenham por finalidade, unicamente, melhor atender esses importantes postulados da sociedade contemporânea. (NUNES, 2011. p.246)

O desenvolvimento de um novo texto legal, que agregue os novos valores sociais, utilizando-se da permissão às limitações ao Direitos Autorais dada pela Convenção de Berna, com a “regra dos três passos”, é possível. Além de possível, é necessário, criando-se uma norma que volte a ter respaldo social, sem que seu cumprimento leve ônus a nenhum dos atores sociais, permitindo que todos aproveitem ao máximo o potencial de inovação, crescimento e compartilhamento que se tem na atualidade.

Isso já foi feito, em certa medida, no Canadá, em seu *Copyright Modernization Act*, de 2012. O texto da lei prevê várias exceções/limitações à proteção autoral, além da revisão de seu texto a cada 05 (cinco) anos²⁵. Entende-se relevante trazer o seu resumo:

Esta promulgação altera a Lei de Direitos Autorais para

- (a) atualizar os direitos e proteções dos proprietários de direitos autorais para melhor abordar os desafios e oportunidades da Internet, de modo a estar em conformidade com os padrões internacionais;
- (b) esclarecer a responsabilidade dos provedores de serviços de Internet e tornar a habilitação da violação de direitos autorais em linha em si mesma uma violação de direitos autorais;
- (c) permitir que empresas, educadores e bibliotecas façam maior uso de material protegido em direitos autorais em formato digital;
- (d) permitir que os educadores e os alunos façam maior uso do material de direitos autorais;
- (e) permitir determinadas utilizações dos direitos autorais pelos consumidores;
- (f) dar aos fotógrafos os mesmos direitos que outros criadores;
- (g) garantir que permaneça tecnologicamente neutro; e
- (h) mandato de revisão por parte do Parlamento de cinco em cinco anos.²⁶ (CANADÁ, 2012)

25 A revisão do texto dessa lei estava prevista para 2017, mas até a data de desenvolvimento deste trabalho não foi finalizada.

26 Tradução livre de: “This enactment amends the Copyright Act to (a) update the rights and protections of copyright owners to better address the challenges and opportunities of the Internet, so as to be in line with international standards; (b) clarify Internet service providers’ liability and make the enabling of online copyright

Faz também parte de seu preâmbulo:

Considerando que a Lei de direitos autorais é uma importante lei-quadro de mercado e instrumento de política cultural que, através de regras claras, previsíveis e justas, apoia a criatividade e a inovação e afeta muitos setores da economia do conhecimento; Considerando que os avanços e a convergência das tecnologias da informação e das comunicações que ligam as comunidades ao redor do mundo apresentam oportunidades e desafios globais para a criação e uso de obras protegidas por direitos autorais ou outros assuntos;

Considerando que, na era digital atual, a proteção de direitos autorais é aprimorada quando os países adotam abordagens coordenadas, com base em normas internacionalmente reconhecidas;(…) Considerando que o Governo do Canadá está empenhado em melhorar a proteção de obras protegidas por direitos autorais ou outros assuntos, inclusive através do reconhecimento de medidas de proteção tecnológica, de forma a promover cultura e inovação, concorrência e investimento na economia canadense;

E considerando que a capacidade do Canadá para participar de uma economia do conhecimento impulsionada pela inovação e a conectividade de rede é incentivada pelo uso de tecnologias digitais para pesquisa e educação;

Agora, portanto, Sua Majestade, com e com o conselho e consentimento do Senado e da Câmara dos Comuns do Canadá, decreta o seguinte: (...) ²⁷ (CANADÁ, 2012)

infringement itself an infringement of copyright; (c) permit businesses, educators and libraries to make greater use of copyright material in digital form; (d) allow educators and students to make greater use of copyright material; (e) permit certain uses of copyright material by consumers; (f) give photographers the same rights as other creators; (g) ensure that it remains technologically neutral; and (h) mandate its review by Parliament every five years.”

- 27 Tradução livre de: “Whereas the Copyright Act is an important marketplace framework law and cultural policy instrument that, through clear, predictable and fair rules, supports creativity and innovation and affects many sectors of the knowledge economy; Whereas advancements in and convergence of the information and communications technologies that link communities around the world present opportunities and challenges that are global in scope for the creation and use of copyright works or other subject-matter; Whereas in the current digital era copyright protection is enhanced when countries adopt coordinated approaches, based on internationally recognized norms; (...) Whereas the Government of Canada is committed to enhancing the protection of copyright works or other subject-matter, including through the recognition of technological protection measures, in a manner that promotes culture and innovation, competition and investment in the Canadian economy; And whereas Canada’s ability to participate in a knowledge economy driven by innovation and network connectivity is fostered by encouraging the use

A lei que foi emendada por este *Act* data de 1985, tendo o governo e a sociedade canadense visto urgência na renovação de seu texto. O parlamentar Christian Paradis, integrante do Partido Conservador do Canadá, ao apresentar a emenda afirmou:

Todos os anos que o Canadá não possui leis modernas de direitos autorais, a necessidade dessa modernização torna-se mais evidente à medida que a tecnologia evolui e emergem novas questões. A última vez que o [Copyright] Act foi alterado, não havia toca-dores de MP3. As lojas de vídeo ainda estavam cheias de fitas VHS. Ninguém pensava que poderíamos tirar fotos com um celular e carregá-los em telas de computador em todo o mundo ... O mundo mudou tanto desde então que o Copyright Act parece ser uma lei para uma era diferente. (SCHABAS; FISCHER; DI-MATTEO, 2012)^{28 29}

Desta forma, comprova-se, mais uma vez, a possibilidade da elaboração de um novo texto legal e também o reconhecimento da sociedade de que o mundo evoluiu de tal forma que os Direitos Autorais como postos não se encaixam nessa nova realidade.

Porém, confiar somente na eficiência do campo político para o desenvolvimento dessa reforma mostra-se um tanto quanto ineficaz. Um exemplo, em escala maior, é a proposta de alteração da normativa europeia relativa aos Direitos Autorais³⁰. Ela foi proposta tendo um caráter extremamente conservador e restritivo e recebeu inúmeras críticas

of digital technologies for research and education; Now, therefore, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows: (...)"

- 28 Tradução livre de: "Each year that Canada goes without modern copyright laws, the need for such modernization becomes more evident as technology evolves and new issues emerge. The last time the [Copyright] Act was changed, there were no MP3 players. Video stores were still full of VHS tapes. No one thought we would be able to take pictures with a cellphone and upload them onto computer screens around the world...The world has changed so much since then that the Copyright Act seems like a law for a different era."
- 29 A leitura do artigo "Canada's Copyright Modernization Act: A Delicate Rebalancing of Interests" em sua integralidade é muito interessante, pois apresenta os diversos aspectos da alteração legislativa ocorrida
- 30 Em outubro de 2017, ocorreu a primeira rodada de discussões sobre a proposta, em setembro de 2018 ocorreu a primeira votação do texto de lei que foi aprovado com a previsão de pequenas alterações. Até o final de 2018 haverá negociações entre o Parlamento, Conselho e Comissão Europeus com previsão de votação final para 2019.

como do European Digital Rights initiative (EDRi), do membro alemão no Parlamento Europeu, Julia Reda, do Greens/European Free Alliance e da Mozilla (STANDEFORD, 2017). Esta última criou campanhas para que os cidadãos europeus se mobilizassem contra a aprovação da reforma e exigissem a criação de uma lei de Direitos Autorais favorável ao contexto da Internet. Em 2016, foram obtidas 100.000 (cem mil) (MOZILLA, 2017) assinaturas para que houvesse uma reforma modernizadora, ao invés da que ia ser votada e em 2017, foram feitos 22,263,132 (vinte e dois milhões duzentos e sessenta e três mil cento e trinta e dois) (MOZILLA, 2017) clicks que geraram flyers digitais com mensagens aos euro-deputados com a mesma solicitação.

Assim, sendo possível a criação de uma lei mais moderna que abarque as necessidades dos usuários e que também atenda anseios das empresas da área cultural, para que haja a mudança necessária, é imprescindível a participação da sociedade civil. A exemplo de como foi o processo legislativo do Marco Civil da Internet, é preciso que haja uma conscientização e discussão real sobre o tema para que se possa ter no Brasil uma legislação condizente com sua sociedade, que promova a criatividade, a criação e o compartilhamento de cultura e conhecimento.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se analisar o sistema de proteção dos Direitos Autorais e como este se apresenta hoje, em função do contexto tecnológico que gerou tantas mudanças no mundo. Foi explicitada a diferença que o advento e disseminação da *Internet* acarretou no cenário de produção e reprodução de obras intelectuais. Então, evidenciaram-se os desafios trazidos por essa inovação e as alternativas à proteção autoral surgidas nesta conjuntura, perpassando pelas licenças *Creative Commons*. Dessa forma, buscou-se evidenciar a ruptura causada por esses avanços na estrutura fundadora do sistema de Direito Autoral clássico.

Foi feita uma análise sobre quais seriam as funções do Direito Autoral na sociedade, para se entender como seria sua aplicação ideal, sendo trazida a visão sobre o modelo que sustenta o sistema tradicional de

proteção das obras autorais e como o paradigma de acesso à informação mudou desde o seu desenvolvimento até hoje. Tais explicações foram feitas com o intuito de se entender se a lei brasileira de direitos autorais poderia ou deveria ser modificada, a fim de sua modernização.

Tal discussão é importante, tendo em vista que o Direito Autoral não pode se justificar em si mesmo, tendo sua proteção funções a cumprir. Com os inúmeros desafios que a sociedade vem enfrentando para conciliar a necessidade de acesso a conteúdo e informação com os interesses do mercado, com os empecilhos que são colocados a este acesso pelas regras de Direito Autoral, percebeu-se que o ideal tradicional de proteção adotado pela LDA, uma das leis mais restritivas do mundo, vai no caminho contrário a todas as possibilidades, em um mundo de acesso praticamente ilimitado.

Viu-se, então, que apesar da existência das alternativas civis para adaptação do Direito Autoral, a fim de facilitar a produção e disseminação de informação, a sociedade brasileira precisaria de uma positivação dessa flexibilização, para garantir a segurança jurídica e evitar questionamentos sobre a legitimidade de alguns direitos, como nas críticas feitas por Hildebrando Pontes.

Diante de todo o exposto, conclui-se que é necessária a elaboração de uma nova lei, visando flexibilizar e democratizar o acesso a conteúdo, relativizando a proteção autoral. E também que é possível o desenvolvimento desse novo marco legal, tendo em vista a viabilidade de se harmonizar os interesses dos atores sociais, garantindo os interesses financeiros dos criadores, mantendo o lucro e o crescimento industrial e atendendo aos anseios sociais surgidos a partir da mudança do paradigma de acesso à informação.

Apesar da conclusão pela necessidade e possibilidade do desenvolvimento de um novo texto legal para adaptação à nova realidade social, em termos gerais, sabe-se da complexidade das discussões sobre Direitos Autorais, tendo em vista a multiplicidade de *players* e interesses que envolvem. Os desafios de adequação do Direito às questões relativas aos avanços tecnológicos são muitos, porém a reflexão é sempre positiva para que se possa empoderar a sociedade em discussões que a afetam tão profundamente.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 219 p. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2832/Sergio%20Branco%20-%20Direitos%20Autorais%20na%20Internet.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016

CABRAL, Plínio. **A Nova Lei de Direitos Autorais**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1999. p.17. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/2566-2560-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017

CANADÁ. **Copyright Modernization Act**, de 29 de junho de 2012. Ottawa. Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/annualstatutes/2012_20/FullText.html>. Acesso em: 01dez. 2017

ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (Ed.). **Direitos autorais em reforma**. Rio de Janeiro: FGV, 2011. 122 p.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre**. 2004. 341 p. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/proex/cpinfo/educacao/docs/10d.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016

LEMLEY, Mark A.. **IP in a World Without Scarcity**. 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2413974>. Acesso em: 13 mar. 2016.

LEMONS, Ronaldo; BRANCO, Sérgio. **Copyleft, software livre e Creative Commons: a nova feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas**. Direitos Autorais e as obras colaborativas. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2796>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

LIMA, Clóvis Montenegro de; SANTINI, Rose Marie. Copyleft e licenças criativas de uso de informação na sociedade da informação. **Ci. Inf.**, Brasília, v. 37, n. 1, p.124, jan./abr. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v37n1/11.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2017

MORGAN, Cliff. Understanding the Creative Commons licence. **Learned Publishing**, [s.l.], v. 24, n. 1, p.51-53, jan. 2011. Wiley-Blackwell. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1087/20110108>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 22^a. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. p. 16-17.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora Fgv, 2009. 144 p. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/DireitosAutorais.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

PERALTA, Patrícia Pereira; DA SILVA, Elizabeth Ferreira; TERUYA, Dirceu Yoshikazu. **Busca de consenso entre o direito do autor e o acesso à informação pelo público na rede de computadores: uma ótica dos tratados relativos ao direito autoral** Perspectivas em Ciência da Informação, v.16, n.3, p.116-130, jul./set. 2011

PONTES, Hildebrando. **Os contratos de cessão de direitos autorais e as licenças virtuais Creative Commons**. 2. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2009. 172 p.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Responsabilidade por Publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005. p. 2.

SILVA, Leandro Novais e. Propriedade Intelectual e Direito Antitruste: a velha e a nova economia em disputa.

SCHABAS, Paul; FISCHER, Iris; DIMATTEO, Christopher. **Canada's Copyright Modernization Act: A Delicate Rebalancing of Interests**. 2012. Disponível em: <<http://www.medialaw.org/component/k2/item/1820-canada's-copyright-modernization-act-a-delicate-rebalancing-of-interests>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

SILVA, Leandro Novais e. Propriedade Intelectual e Direito Antitruste: a velha e a nova economia em disputa. **Publicações da Escola da Agu: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course**, Brasília, n. 16, p.143-170, mar. 2012

STALLMAN, Richard M. **Copyleft: pragmatic idealism In Free software, free society : selected essays of Richard Stallman**. 2010. p. 129-131. Disponível em: <<https://www.gnu.org/philosophy/fsfs/rms-essays.pdf>> Acesso em: 23 jul.2017

STANDEFORD, Dugie. **EU Copyright Reform meets resistance from stakeholders, some governments**. 2017. Disponível em: <<https://www.ip-watch.org/2017/09/13/eu-copyright-reform-meets-resistance-stakeholders-governments/>>. Acesso em: 01 dez. 2017

UNIÃO EUROPEIA. **Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market**. 2016. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-593-EN-F1-1.PDF>>. Acesso em: 01 dez. 2017

VALENTE, Mariana Giorgetti. **Entenda a consulta pública do governo sobre Direito Autoral no ambiente digital**. 2016. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/pt/internetlab-reporta/entenda-a-consulta-publica-do-governo-sobre-direito-autoral-no-ambiente-digital/>>. Acesso em: 25 out. 2017





GEDAI

Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial
Universidade Federal do Paraná